

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Selçuk Law Review



Cilt
Volume
30

Sayı
Number
1

Yıl
Year
2022

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

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

Yayıncı | Publisher

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

Sahibi | Owner

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

Editörler | Editors

Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN

sustun@selcuk.edu.tr

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

Dr. Öğr. Üyesi Tamer BOZKURT

tamer.bozkurt@selcuk.edu.tr

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

Dr. Öğr. Üyesi Kemal ERDOĞAN

erdogan-kemal@hotmail.com

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

Arş. Gör. Dr. Cansu Büşra ÖLMEZ

cansubkartal@hotmail.com

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

Arş. Gör. Ahmet Talha TETİK

ahmettalhatetik@gmail.com

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

Arş. Gör. Rabia MACİT

rabiamacit26@gmail.com

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

Arş. Gör. Muhammed Furkan SOYLU

muhammedfurkansoylu@hotmail.com

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

Dr. Öğr. Üyesi Hüseyin TOKAT

huseyintokat7861@gmail.com

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

Arş. Gör. Aydın Furkan KAYNAK

af_kaynak@hotmail.com

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

Arş. Gör. Övünç GÜVEL

ovunc_guvel@hotmail.com

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

Arş. Gör. Samed ATASOY

samedatasoy1109@hotmail.com

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

Yayın Kurulu | Editorial Board

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Danışmanlar Kurulu | Advisory Board*

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

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

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

Prof. Dr. Mehmet Altunkaya
Faculty of Law, Akdeniz University
Antalya, Turkey

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

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

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

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

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

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

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

Prof. Dr. Vahit Doğan
Faculty of Law, İstanbul Aydın University
İstanbul, Turkey

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

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

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

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

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

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

Prof. Dr. Yavuz Atar
Faculty of Law, İbn Haldun University
İstanbul, Turkey

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

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

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

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

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

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

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

* Danışmanlar Kurulu, Unvan ve Soyadına göre alfabetik sıraya dizilmiştir.
Advisory Board is listed in alphabetical order by Title and Surname.

Prof. Dr. Fethi Gedikli

Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Hüseyin Hatemi

Faculty of Law, İstanbul Comm. University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz

Faculty of Law, Dokuz Eylül University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Yüksel Metin

Faculty of Law, Süleyman Demirel University
Isparta, Turkey

Prof. Dr. M. Turgut Öz

Faculty of Law, İstanbul Kültür University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. İzzet Özgenc

Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Doğan Soyaslan

Faculty of Law, Çankaya University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Cumhuri Şahin

Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Doğan Şenyüz

Faculty of Law, Bursa Uludağ University
Bursa, Turkey

Prof. Dr. İlhan Uluşan

Faculty of Law, İstanbul Kültür University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Sevilay Uzunallı

Faculty of Law, Yaşar University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Yener Ünver

Faculty of Law, Özyeğin University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. İlhan Üzülmöz

Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. M. Fadıl Yıldırım

Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Ejder Yılmaz

Faculty of Law, Bilkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Aydın Gülan

Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Arslan Kaya

Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Nuran Koyuncu

Faculty of Law, N.E. University
Konya, Turkey

Prof. Dr. Fevzi Rifat Ortaç

Faculty of Law, KTO Karatay University
Konya, Turkey

Prof. Dr. İbrahim Özbay

Faculty of Law, Gaziosmanpaşa University
Tokat, Turkey

Prof. Dr. Oğuz Sancakdar

Faculty of Law, Dokuz Eylül University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. İbrahim Subaşı

Faculty of Law, İstanbul Medeniyet University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Cemal Şanlı

Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Hasan Tunç

Faculty of Law, Cyprus Int. University
Nicosia, North Cyprus

Prof. Dr. M. Fatih Uşan

Faculty of Law, Ankara Y.B. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Ünal

Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk

Faculty of Law, Yeditepe University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Cevdet Yavuz

Faculty of Law, İstanbul Medipol University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Ramazan YILDIRIM

Faculty of Law, Selçuk University
Konya, Turkey

Prof. Dr. Müjgan Tunç Yücel

Faculty of Law, İstanbul Medipol University
İstanbul, Turkey

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

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

Hakkında

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

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

Kısaltma: Dergiye yapılan atıflarda SÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

About

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

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

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

Yönetim Yeri İletişim | Executive Office Contact

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 42150, Konya, Türkiye

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

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

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

hukukdergi@selcuk.edu.tr

Baskı ve Cilt | Printing Office

Selçuk Üniversitesi Basımevi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University Printing House, 42150, Konya, Turkey

+90 332 241 18 47 selcukbasimevi@gmail.com

Basım Tarihi: Mart 2022

Publication Date: March 2021

İndeksler ve Dizinler | Indexes and Platforms

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

Yayın İlkeleri

Makalenin Hazırlanma Aşaması

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

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

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

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

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

Publication Principles

Preparation Process of the Article

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

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

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

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

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

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


Makale Gönderme Aşaması

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

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

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

Ön İnceleme Aşaması

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

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

Hakem Değerlendirme Aşaması

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

name of article and page numbers may be used.


Submission Process of the Article

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

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

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

Preliminary Examination Process

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

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

Process of the Referee Evaluation

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

halinde Editörlük'ün yeni hakem belirleme yetkisi saklıdır.

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

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

Makale Düzeltme Aşaması

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

Dergi Dizgi Aşaması

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

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

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

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

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

Process of the Article Correction

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

Process of the Review Typographic

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

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

İçindekiler
Table of Contents

Araştırma Makaleleri	ResearchArticles
TÜRK CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA ÖZEL SORUŞTURMA USULLERİ SONUCUNDA DÜZENLENEN İDDİANAME VE İDDİANAME YERİNE GEÇEN BELGELERİN İADESİ	1-45
Retrocession of the Indictments and The Documents Edited at the End of the Exclusive Investigation Practices in Turkish Criminal Procedure Law Yakup DURANOĞLU	
KASA KİRALAMA SÖZLEŞMESİ	47-88
The Safe Deposit Box Agreement Aziz Erman BAYRAM	
TANIMA YOLU İLE KURULAN SOYBAĞININ İRADE BOZUKLUĞU HALLERİNDEN KORKUTMA SEBEBİYLE İPTALİ	89-122
Annulment of The Parent-Child Relationship (The Paternity) Established by Recognition Due to Duress as A Defect in Consent Emre KÖROĞLU	
İŞYERİ DEVRİNİN UYGULAMADA YARATTIĞI SORUNLAR	123-159
The Problems Caused by The Transfer of Establishment in Practice İştar URHANOĞLU	
İNERSEKS KÜÇÜĞE UYGULANAN GENİTAL REKONSTRÜKTİF CERRAHİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUĞU MESELESİ	161-193
The Question of The Legal Validity of Consent to Genital- Reconstructive Surgery on Intersex Minors Dila OKYAR	

YARGISAL TUTUM KAVRAMINA SİNEMADAN BİR 195-220
ÖRNEK: EŞİTLİK SAVAŞÇISI FİLMİ

An Example of Judicial Attitude: On the Basis of Sex Movie
İlknur Rabia TÜRKÖLMEZ

KEFALET SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL VE EŞİN RIZASI 221-258

Form and Consent of Spouse in Surety Contract
Banu Bilge SARIHAN

SIK SIK KISA SÜRELİ HASTALANMA NEDENİYLE İŞ 259-299
SÖZLEŞMESİMİN FESHİ VE KONUNUN COVID 19
SALGINI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİMESİ

Valid Termination of Employment Contract Due to Frequently
Short-Term Illness and Evaluation of the Subject in the Context
of The Covid 19 Pan-Demic
Ahmet BAYRAK

THE ISSUE OF WHETHER IT IS MANDATORY TO APPLY 301-323
TO MEDIATION BEFORE REACHING THE INSURANCE
ARBITRATION COMMISSION

Sigorta Tahkim Komisyonuna Başvurulmasından Önce
Arabuluculuğa Başvuru Zorunluluğu Olup Olmadığı Meselesi
Alper Tunga KÜÇÜK

SOSYAL PAYLAŞIM SİTELERİNDE SÜREKLİ ZAMAN 325-370
GEÇİRMENİN EVLİLİK BİRLİĞİNİN SARSILMASI
SEBEBİYLE BOŞANMA BAKIMINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluation of Continuous Time Spending on Social Sharing
Sites in Terms of Divorce Due to the Loss of the Foundation of
the Marriage Union
Mehmet Emin ÖZGÜL

UZAY HUKUKU BAĞLAMINDA “İNSANLIK” VE 371-398
ULUSLARARASI HUKUK KİŞİLİĞİ MESELESİ

Humanity in The Context of Space Law and the Question of
International Legal Personality
Tuğrul ÇAKIR

657 SAYILI KANUN KAPSAMINDA MEMURLARIN KURUMLAR ARASI NAKLEN ATANMALARI 399-440

Inter-Institutional Transportation of Officers Under Law No 657
Yunus ERASLAN

CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİ 441-483
KAPSAMINDA HÜKÜMETE KARŞI SUÇ (TCK M. 312)

Crime Against the Government Within the Scope Of
Presidential Government System (Article 312 Of TPC)
Muhammed Hakan ÖZATA – Burak TAŞ

ALMAN HUKUKUNA GÖRE MİRASBIRAKANIN SAKLI 485-510
PAYLI MİRASÇILARINI SAKLI PAYDAN ÇIKARMAK
İÇİN SAHİP OLDUĞU HUKUKİ BİR ÇARE: SAKLI
PAYDAN UZAKLAŞTIRMA

According to German Law, A Legal Remedy for Disclaimers
with Hidden Share from the Hidden Share: Extracting from The
Hidden Share
Gözde ÇAĞLAYAN AYGÜN

Araştırma Makaleleri
Research Articles

TÜRK CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA ÖZEL SORUŞTURMA USULLERİ SONUCUNDA DÜZENLENEN İDDİANAME VE İDDİANAME YERİNE GEÇEN BELGELERİN İADESİ*

Dr. Yakup DURANOĞLU**

Öz

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, soruşturma yapmak ve iddianame düzenlemek görevini münhasıran Cumhuriyet savcısına vermiştir. Ancak gerek Anayasa gerekse özel statüdeki birtakım kanunlar, bazı kişilerin işlemiş olduğu özel nitelikteki bazı suçların soruşturmasını yürütmek, soruşturma sonunda suç işlendiği yönünde yeterli şüphe bulunduğu kanısına varılırsa elde edilen delil ve iddiaları muhakeme mercileri önüne taşımak görevlerini, Anayasa ya da kanunlarda gösterilen kişi veya kurullara bırakmıştır. Bu çalışmamızda, Anayasada düzenlenen “meclis soruşturması” kurumu başta olmak üzere soruşturma yapmak ve iddiada bulunmak yetki ve görevi konusundaki istisnai düzenlemeler ile özellikle Cumhuriyet savcısı dışındaki kişi veya heyetlerin düzenlediği iddianame yerine geçen belgeler ve bunların iade edilmesi konusu tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Meclis soruşturması • İddianamenin iadesi • İddianame yerine geçen belgeler • Özel soruşturma usulleri • Yüce Divan

* Bu makale, yazarın doktora tezinin ilgili bölümlerinden oluşturulmuştur. Yakup Duranoğlu, Soruşturma Aşamasında Toplanan Delillerin Değerlendirilmesi ve Kamu Davasının Açılması, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2021.

** Doktor, İstanbul, Türkiye | Doctorate, İstanbul, Turkey.

✉ jacobmcstati@gmail.com • ORCID 0000-0003-0950-4574

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: DURANOĞLU Yakup, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Özel Soruşturma Usulleri Sonucunda Düzenlenen İddianame ve İddianame Yerine Geçen Belgelerin İadesi”, *SÜHFD.*, C. 30, S. 1, 2022, s. 1-45.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

RETROCESSION OF THE INDICTMENTS AND THE DOCUMENTS EDITED AT THE END OF THE EXCLUSIVE INVESTIGATION PRACTICES IN TURKISH CRIMINAL PROCEDURE LAW

Abstract

The Criminal Procedure Law No. 5271 has assigned making investigation and indictment task only to the public prosecutor. Yet, constitution as well as some laws in special statute, have left the task for making investigation of some crimes which have special attributes; had been come to conclusion that gained enough suspicion about crime commitment, than carrying these claims and evidence to discernment authorities. In our study, the issues in which exceptional executions about making investigation an claims authority and task, which was arranged especially in constitution as "parliamentary investigation" foundation as well as rendering the documents taking place of indictment document tahat individuals and committees arranged without public prosecutor have been discussed.

Key Words

Parliamentary investigation • Rendering indictments • The documents substitutes for indictments • Special investigation • Supreme Court

GİRİŞ

Sözlük anlamı itibariyle soruşturma; *"bir sorunu açıklığa kavuşturmak amacıyla bir idari veya adli makamın yönettiği, ilgililerden ve tanıklardan bilgi toplama, konuyu inceleme işi, tahkik, tahkikat"* olarak tanımlanmaktadır¹.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 2. maddesinde ise soruşturma; yetkili mercilerin suç şüphesini öğrendiği andan başlayarak soruşturma sonunda yeterli şüphe oluşması halinde düzenlenecek iddianame-nin yetkili mahkemece kabul edilmesi (ya da kabul edilmiş sayılması) anı arasındaki evre olarak tanımlanmıştır. Aynı maddedeki kovuşturma ta-nımı ise soruşturmanın bittiği an ile yetkili mahkeme tarafından verilen kararın kesin hüküm halini alması anı arasında geçen evre olarak ifade edilmiştir².

¹ <https://sozluk.gov.tr> / E.T.07.10.2021

² ŞAHİN, Cumhuriyet/GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt I, 11. Baskı, Ankara, 2020, s. 113; CMK'de "evre" tabiri sadece soruşturma ve kovuşturma için kullanılmış olup başka herhangi bir sürece "evre" adı verilmemiştir. Yine Türk Ceza Kanunu'nda da "evre" tabiri soruşturma ve kovuşturma ile birlikte kullanılmıştır.

Soruşturma evresinde; kovuşturmanın etkin ve süratli bir şekilde tamamlanmasına yarayacak³ şekilde suç oluşturduğu izlenimi oluşturan fiile ilişkin delilleri kapsayacak ciddi iddiaların kovuşturma mercileri önüne getirilmesi sağlanarak⁴ kovuşturma evresinin dikkat ve mesaisinin etkin olarak kullanılmasına katkı sağlanmaya çalışılmaktadır.

CMK, soruşturma evresi işlemlerini yerine getirerek kamu davasının açılması sürecini harekete geçirmek üzere iddianame tanzim ve ita görevini Cumhuriyet savcısına tevdi etmiştir⁵. Böyle olmakla birlikte; gerek CMK'nin yürürlüğe girmesinden önce ihdas edilen ve halen yürürlükte bulunan bazı kanunlar gerekse Anayasa, bazı hallerde, soruşturma evresini yürütmek ve/veya bu evreden sonuç çıkarmak görevini tamamen ya da kısmen başka kişi veya heyetlere bırakmıştır. Bu özel durumlar nedeniyle, Cumhuriyet savcısı tarafından yürütülmeyen bir soruşturma sonucunda, yine Cumhuriyet savcısı tarafından düzenlenmeyen ve adına iddianame denemeyecek olan belgelerin hukuki mahiyeti de sorun yaratmaktadır.

Her ne kadar CMK'nin 191/3-b maddesi; "*İddianame veya iddianame yerine geçen belgede yer alan suçlamanın dayanağını oluşturan eylemler ve deliller ile suçlamanın hukuki nitelendirmesi anlatılır*" hükmüyle iddianame yerine geçen belgelerin varlığını kabul etmiş ise de yine iddianamenin iadesi kurumunu düzenleyen CMK'nin 174. maddesi, iddianame yerine geçen belgelerin iade edilip edilemeyeceği konusunda bir açıklık öngörmemiştir.

Bkz. DURANOĞLU, Yakup, Soruşturma Evresinde Toplanan Delillerin Değerlendirilmesi ve Kamu Davasının Açılması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2021, s. 6; YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 475; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 495; Toroslu/Feyzi-oğlu, s. 307; KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ceza Muhakemesi Hukuku), 15. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2010, s. 1284, dn. 10.

³ KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s. 38, 39.

⁴ PRADEL, Jean, "Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü, ISIC Kolokyumlarının Sentez Raporu"; (Çev.) DÖNMEZER, Sulhi, Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü, İstanbul, 2000, s. 1.

⁵ TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 322.

Çalışmamızdaki özel nitelikli ceza yargılamalarından kastedilen doğrudan ceza mahkemelerinde, Yargıtay'da veya Anayasa Mahkemesi'nde (AYM), CMK'de anlatılan iddianame ile değil de özel kanunlarda belirtilen iddianame yerine geçen belgeler ile başlatılan kamu davasının açılması sürecidir.

CMK'nin 174. maddesinde, hangi hallerde iddianamenin iade edileceğinin belirtilmesine rağmen, iddianame yerine geçen belgelerin iade edilebileceğine dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanun koyucunun, iddianamenin iade edilebileceğine yönelik bir niyetinin olması nedeniyle bu hususu kanunla düzenlediği, kanun koyucunun açık iradesini ortaya koyan açık bir düzenleme bulunmaması nedeniyle iddianame yerine geçen belgelerin iadesinin mümkün olmayacağını savunan düşünceler bulunmaktadır⁶.

CMK'nin 170. maddesi, soruşturma evresinde toplanan delillerin, suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe derecesine ulaşmış olması halinde ve diğer şartlar da oluştuğunda Cumhuriyet savcısının bir iddianame tanzim ederek kamu davası açılması sürecini harekete geçirmekle görevli olduğunu emretmekte ise de her türlü kişi ve/veya suç açısından süreç bu şekilde işletilemeyebilmektedir. Yasal düzenlemeler itibarıyla, bazı kişilerin işledikleri kimi suçlar açısından soruşturma yapmak ve kamu adına iddiada bulunmak yetkisi Cumhuriyet savcısına tanınmıştır. Bu kişiler ve bu kişilerin işledikleri kimi suçlar açısından soruşturmayı yürüten mekanizmanın, neticede suçlamaya yönelik olarak hazırladığı belge de CMK açısından iddianame değil, iddianame yerine geçen belge olarak vasıflandırılmaktadır. Ya da yine bu mercilerin vermiş oldukları son soruşturmanın açılmasına gerek olmadığı ya da soruşturma yapılmasına gerek bulunmadığına yönelik belge de bir çeşit kovuşturmayaya yer olmadığı kararı niteliğine sahip olmakla birlikte yine CMK anlamında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı adıyla anılmamaktadır.

“Dava açan belge” ya da “iddianame yerine geçen belgeler” Anayasa'da ya da bazı özel kanunlarda yer almaktadır. Bahsedilen durumlar; Cumhuriyet savcısının dahil olmadığı, kanun (ya da Anayasa) tarafından

⁶ ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 497.

işaret edilen yetkili merciler tarafından soruşturma yapılarak kovuşturma sürecinin harekete geçirildiği istisnai durumlardır. Soruşturma yapmaya yetkili istisnai merciler, soruşturmaya ilişkin CMK'deki düzenlemeleri, uygun düştüğü oranda, uygulayabilmektedir. Hatta bu durum, bazı özel kanunlarda özellikle belirtilmiştir⁷.

CMK'de özel soruşturma usulü bulunmayıp özel soruşturma usulleri Anayasa veya bazı özel kanunlarda yer almaktadır. Özel kanunlarda yer alan "lüzumu muhakeme" kararları ile dava açan ya da iddianame yerine geçen belgelerin öncelikli olarak Cumhuriyet savcısına gönderilmesi, Cumhuriyet savcısına gönderilen bu belgelerin suç ihbarı olarak kabul edilerek bu ihbar doğrultusunda CMK çerçevesinde soruşturma işlemlerinin yürütülerek iddianamenin yine Cumhuriyet savcısı tarafından düzenlenmesi, böylece de hazırlanan bu iddianamenin CMK'nin 170 ve 174. maddeleri çerçevesinde iadesine karar verilebilmesinin sağlanabileceği de ifade edilmektedir⁸.

Bu çalışmamızda, iddianamenin iadesi kurumunun hukuki niteliğine kısaca değinilmeyi müteakip, hukukumuzda yer alan özel soruşturma usulleri ile bu soruşturmalar neticesinde düzenlenen iddianame yerine geçen belgelerin iade edilip edilmeyeceği tartışılacaktır.

I. İDDİANAMENİN İADESİ

A. Tanımı ve Süreç İçindeki Konumu

Yukarıda değinilen amacı çerçevesinde; kovuşturma evresine hazırlık görevi nedeniyle, soruşturma evresinin, araştırma/soruşturma, takip ve ayıklama olarak üç işlevi haiz olduğunu söylemek mümkündür. Bu nedenle hukukumuzda; ceza muhakemesi sürecinin soruşturma evresine dayandırıldığını, soruşturma olmaksızın kovuşturma evresinin yü-

⁷ Bkz. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 57/3. Maddesi.

⁸ ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA GEZER, Özge/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ALAN AKCAN, Esra,/ÖZAYDIN Özdem/ERDEN TÛTÛNCÛ, Efser/ALTINOK VILLEMIN, Derya/TOK, Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 621, 622.

rütülemeyeceğini, her soruşturma evresinin ise mutlak suretle kovuşturma evresine aktarılması zorunluluğunun bulunmadığını söylemek mümkündür⁹.

CMK'nin 2. maddesi çerçevesinde soruşturma ve kovuşturma evrelerinin kesin sınırlarla ayrıldığını söylemek mümkündür. Bu iki evrenin kesin sınırlarla ayrılmış olmaları nedeniyle, iddianamenin değerlendirildiği "ara muhakeme dönemi/aşaması"nın soruşturma evresi içerisinde zikredildiği açıktır. İddianamenin değerlendirildiği bu aşamaya üçüncü bir evre demek mümkün değildir¹⁰.

İddianame adı verilen belge, kamu davasını açan değil kamu davasının açılması sürecini harekete geçiren bir belgedir. Bu nedenle; iddianamenin düzenlenerek ilgili mahkemeye teslim edilmesi, kamu davasının açılması için tek başına yeterli değildir. Kamu davasının açılması için ikinci bir işlem olarak iddianameyi teslim alan mahkemenin, açık veya zımni bir şekilde, bu iddianamenin, kamu davasını açmaya ehil olduğunu kabul etmesi gerekmektedir¹¹.

⁹ Yurtcan, s. 475, 476, 509; Yenisey/Nuhoğlu, s. 697; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2020, s. 626, 627.

¹⁰ "Bu nedenle, delillerin toplanması neticesinde, suç işlendiğine ilişkin yeterli şüpheye ulaşması durumunda, Cumhuriyet savcısının kamu davası açması kanaati ile iddianameyi görevli ve yetkili mahkemeye sunduğu andan itibaren soruşturma evresine ilişkin işlemlerin bitmiş olduğu, bu andan itibaren iddianameyi inceleyen mahkemenin CMK'nin 174. maddesi uyarınca ve bu madde ile sınırlı olarak iddianamenin eksiksiz bir şekilde düzenlenip düzenlenmediğine ilişkin dosya üzerinden inceleme yaptığı bu ara evreye soruşturma ile kovuşturma evreleri arasındaki üçüncü evre olarak kabul edilmesi gerektiği" ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 529; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, s. 601. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 495; Centel/Zafer, s. 624;

"İddianamenin görevli ve yetkili mahkemeye sunulması ile ara muhakeme döneminin başladığı ve iddianamenin kabulü sonucu kovuşturma evresinin başlamasıyla bu ikinci evrenin sona erdiği" Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, s. 621 şeklindeki aksi yöndeki görüşlere katılmamaktayız

¹¹ Ünver/Hakeri, s. 529; GÖKCEN, Ahmet/BALCI, Murat/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Adalet Yayınları, İstanbul, 2020, s. 560.

Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu (CMUK) döneminde; salt olarak iddianamenin görevli ve yetkili mahkemeye teslim edilmesiyle kamu davasının açılmasının; tam olarak güvence sağlamadığı ve yetersiz soruşturmayla ve gereksiz yere açılan kamu davalarının yargılamaları haddinden fazla uzattığı görülerek bu aksaklıkların önüne geçmek amacıyla CMK'de, iddianamenin, soruşturmayı yürüten mercii dışında başka bir merci tarafından incelenmesi hususu düzenlemiştir¹². Bu düzenlemeyle; ilgili mahkemeye teslim edilen iddianame, görevli ve yetkili mahkeme tarafından değerlendirilmeyi müteakip hüküm ve sonuç doğurabilecektir¹³.

İddianame düzenlenerek ilgili mahkemeye gönderilmesi, kamu davasının açılmasını talep etmek anlamına gelmektedir. Bu talep soruşturma sürecini sona erdirmemektedir. Nasıl soruşturma devam ederken Cumhuriyet savcısı, bazı koruma tedbirlerine karar verilmesi maksadıyla sulh ceza hâkimliğinden talepte bulunduğu, aynı zamanda o soruşturmaya yönelik işlemlerine devam edebiliyorsa, iddianamenin değerlendirilmesi aşamasında da durum bir farklılık arz etmemektedir. Dolayısıyla, iddianamenin görevli ve yetkili mahkemeye sunulması sonrasında soruşturma makamlarının soruşturmaya yönelik işlem tesis etmesinin önünde bir engel bulunmadığı değerlendirilmektedir.

Ara muhakeme aşamasında da Cumhuriyet savcısı soruşturma işlemleri yapabilir, koruma tedbiri kararı verebilir veya koruma tedbirine karar verilmesini talep edebilir. Ara muhakeme aşamasını ceza muhakemesi sürecinde üçüncü bir evre olarak tanımlamak ayrı, bu aşamaya ara muhakeme evresi denmesi ayrı anlamlar ifade etmektedir¹⁴. Ara muhakeme aşamasında soruşturma evresi bitmediği gibi kovuşturma evresi de başlamamıştır. Almanya'da bu aşamaya neredeyse ittifak halinde "ara

¹² Toroslu/Feyzioğlu, s. 324; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 495.

¹³ ÖZEN, Mustafa, "Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi", Ankara Barosu Dergisi, 2009, Sayı 3, s. 17-28, s. 22.

¹⁴ Bu aşamaya muhakeme evresi denemeyeceği yönündeki gerekçe ve görüş için bakınız MERAKLI, Serkan, "İddianamenin İadesi Kurumunun Ceza Muhakemesi Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel Sayı, İzmir 2014, s. 1597, 1598.

muhakeme evresi” denmekte¹⁵ ise de gerek Türk Ceza Kanunu’ndaki zikredilme şekli ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nda “evre” tabirinin kullanıldığı yerler dikkate alındığında, hukukumuzda iddianamenin değerlendirildiği bu aşamayı ayrı ve üçüncü bir evre olarak nitelendirmek mümkün değildir. Çünkü ara muhakeme dönemi üçüncü bir evre olarak kabul edildiğinde, bu aşamada soruşturma işlemlerinden herhangi birini tesis etmek yetkisinin bulunmadığı, kovuşturma yapmak yetkisinin ise başladığını kabul etmek gerekecektir. Ceza muhakemesi hukukumuzda, bir sonraki evrenin başlaması ile bir önceki evreye dönüş mümkün değildir. Ancak ara muhakeme döneminde Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresinde sahip olduğu her türlü yetkiyi şartlar elverdiğince kullanabilir. Bu nedenlerle ara muhakeme dönemi üçüncü bir evre değil soruşturma evresinin bir parçasıdır¹⁶.

B. Hukuki Niteliği

İddianamenin mahkemesince kabulü, iddianamenin hüküm ve sonuç doğurmaya ehil ve kamu davası açılması yönünde kurucu bir unsur olduğunu ifade etmektedir¹⁷.

¹⁵ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, s. 601.

Türk hukukunda ise Gökcen/Balcı/Alşahin/Çakır, s. 545, Ünver/Hakeri, s. 549 ara muhakeme evresi olarak; Evik, Vesile Sonay, “İddianamenin İadesi”, Sulhi Dönmezer’e Armağan, C. 2, Ankara 2009, s. 814.

YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 571 süreci ara soruşturma aşaması olarak adlandırmaktadır.

Aşamayı orta aşama olarak adlandıran görüş için bkz. Hacıoğlu, Burhan Caner, “1999 CMUK Tasarısında Muhakemenin Yürüyüşüne İlişkin Düzenlenen Ara Soruşturma Devresi (Orta Aşama) Üzerine Bir İnceleme”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VI, S. 1-4, 2002, s. 148, 149

Buna mukabil [Toroslu/Feyzioğlu, s. 306, 327 ve Şahin/Göktürk, I. Cilt, s. 39] süreci soruşturma ve kovuşturma evresi olarak ikiye ayırmakta ve ara muhakeme evresi olarak üçüncü bir evrenin bulunmadığını vurgulamaktadırlar.

¹⁶ Bir evrenin tamamlandıktan sonra tekrar önceki evreye dönmenin mümkün olmadığı yönündeki görüş için bkz. KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ceza Muhakemesi Hukuku), 15. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2006, s. 640.

¹⁷ FEYZİOĞLU, Metin, Meclis Soruşturması, Ankara, Savaş Yayınları, 2006, s. 39.

CMK'ye göre iddianamenin iade edilmesi, bu konuda bir karar verilmesi ile mümkündür. CMK'nin 174. maddesi, bu süreci ve iddianamenin değerlendirilmesi şartlarını düzenlemiştir. İddianamenin kabulünde ise bir karar verilmesi gerekli görülmemiştir. Her ne kadar CMK'nin 191/1. maddesinde “*mahkeme başkanı veya hâkim, duruşmanın başladığını, iddianamenin kabulü kararını okuyarak açıklar*” demiş ise de bu hüküm, mahkemenin daha önceden bu konuda bir karar vermiş olmasını gerekli görmemektedir. Uygulamada mahkemeler, tensip tutanağının ilk maddesinde, iddianamenin kabul edildiğini belirtmektedir. Arkasından da duruşma hazırlığı kapsamında yapılması gereken işlemleri sıralamaktadır. Nihayetinde ilk duruşmada da CMK'nin 191/1. maddesi gereğince iddianamenin kabul edildiğini açıklamaktadırlar. Mahkemesince tensip tutanağında iddianamenin kabul edildiği yazılmasa veya iddianamenin kabul edildiğine yönelik başkaca bir karar verilmemiş olsa ve fakat duruşma hazırlığı yapılarak ilk celse açılrsa ve mahkemesince iddianamenin kabul edildiği okunup açıklansa (yani bir nevi iddianamenin kabulü kararı ilk celsede verilmiş olsa) yine aynı fonksiyon gerçekleştirilmiş olacaktır. Zaten sürecin ilk celseye kadar getirilmesi iddianamenin sarahaten değil de zımnen kabul edildiğini göstermektedir. Nitekim Yargıtay, iddianamenin kabulü kararının bulunmamasını değil ilk duruşmada iddianamenin kabul edildiği kararının okunmamasını dikkate almaktadır¹⁸. Dolayısıyla iddianamenin kabulü bir nevi dava şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim ara muhakeme dönemi için tanınan onbeş günlük sürenin hareketsiz olarak geçirilmesi de bir zımni kabul olup bu sürenin geçirilmesi halinde de iddianamenin kabul edildiğine dair bir karar verilmesi gerekmemektedir.

İddianamenin değerlendirilmesi aşamasında, değerlendirmeye tabi tutulan hususun iddianame ve bu iddianame ekinde bulunan soruşturma belgelerine ilişkin olduğunun vurgulanması gerekmektedir. Yani iddiaya konu suçun unsurları konusunda bir değerlendirme bulunmamaktadır.

¹⁸ Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 11.04.2007 tarihli, 2007/19665-4552 E. ve K. sayılı kararı. (Yayımlanmamıştır.)

Mercii tarafından karar verilirken, olay bütün boyutlarıyla incelenmemekte ve incelemenin eldeki verilere göre bir kovuşturmayı haklı kılıp kılmayacağı noktasında toplanmaktadır¹⁹.

Görevli ve yetkili mahkeme CMK'nin 174. maddesi çerçevesinde ve bu maddenin tanıdığı onbeş günlük süre içinde iddianameyi değerlendirerek ya iddianamenin kabulüne ya da iadesine karar verecektir²⁰. İddianamenin kabulü kararı ile CMK'nin 175/1. maddesi gereği kamu davası açılmış olacaktır. Cumhuriyet savcısının, iddianamenin iadesi kararına karşı genel hükümler çerçevesinde itiraz hakkı bulunmaktadır. Onbeş günlük değerlendirme süresi içinde, mahkeme tarafından herhangi bir karar verilmemesi halinde, iddianame zımnı olarak kabul edilmiş olacaktır²¹.

C. Görevi ve Amacı

İddianamenin iadesi kurumu, CMK'nin birçok düzenlemesinde olduğu gibi, İHAS'ın ceza yargılamasına yönelik yükümlülüklerinin çok önemli bir kısmını somut hale getirmiştir. Hatta yine önemli bir kısım düzenleme İHAS'ın öngördüğü güvencenin ötesinde bir güvence getirmiştir²².

İHAS'ın 6. maddesindeki "adil yargılanma hakkı"na temas eden iddianamenin iadesi kurumu, aynı zamanda "makul sürede yargılanma hakkı" ve Anayasa'nın 141/4 maddesindeki "davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını isteme hakkı"na da ilişkin olup bu haklar çerçevesinde şüpheli veya sanık hakkındaki iddiaların, mahkeme tarafından makul sürede incelenerek sonuçlandırılması sonucunu doğurmaktadır²³. Makul sürede yargılanmak ancak etkin ve doğru bir soruşturma sonucu sağlanabilir. İşte iddianamenin iadesi, soruşturmanın etkin ve eksiksiz yapılmasını teşvik ve temin fonksiyonu üstlenmektedir. Etkin ve eksiksiz

¹⁹ YENİSEY, Feridun, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku-Duruşma ve Kanun Yolları, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1990, s. 274.

²⁰ Şahin/Göktürk, I. Cilt, s. 118; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 495; Yenisey/Nuhoğlu, s. 697; Centel/Zafer, s. 625.

²¹ Centel/Zafer, s. 629.

²² AYDIN, Murat, "İddianamenin Unsurları ve İadesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, Cilt X, Sayı 1, 2, s. 367-416, s. 369.

²³ EVİK, Vesile Sonay, "İddianamenin İadesi", Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt II, Ankara, 2008, s. 811-829, s. 814.

iddianamenin neleri içereceği de CMK'nin 170 ve 174. maddelerinde belirtilmiştir²⁴.

İddianamenin iadesi kurumundan beklenen ikinci görev ise henüz yeterli içeriğe sahip olmayan iddianame ile kişilere haksız olarak suç isnadını önleyerek kişilerin lekelenmemek hakkının teminini sağlamaktır. İddianamenin kabulüyle birlikte kovuşturma evresi başlayacak ve kişi sanık statüsüne geçecektir. Haksız yere sanık statüsü verilen kişiler açısından telafisi çok zor zararlara sebebiyet vermektedir²⁵. Bu görevin bir yanısı da gerekli yeterliliğe sahip olamadan açılan ve çok zaman beraat ile sonuçlanan davaları engellenmesidir.

Bu çerçevede iddianamenin iadesi kurumunun denetim, koruma ve eleme görevlerinin bulunduğunu söylemek mümkündür. Böylelikle de iddianamenin iadesi kurumunun güvenli ve etkin bir ceza adalet sisteminde ve de dolayısıyla adil yargılanma hakkını güvence altına alınmasına hizmet ettiğini söylemek doğru olacaktır.

Genel itibariyle, "kamu davasının açılması" süreci, "iddianamenin tanzim ve mahkemesine teslimi" ile mahkemesince kendisine sunulan "iddianamenin kabulü kararı" üzerine odaklanmaktadır²⁶. Tekemmül etmiş soruşturma evresinin sonuç çıkarma bölümünde, isnadın iddianame

²⁴ Centel/Zafer, s. 627-629.

²⁵ "4734 sayılı Kamu İhale Kanunu" nun 59/2'nci maddesi gereğince; "Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlar yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamaz. Haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna bildirilir."

"1136 sayılı Avukatlık Kanunu" nun 153/1'inci maddesi gereğince; "Hakkında meslekten çıkarma cezasını gerektirebilecek mahiyette bir işten dolayı kovuşturma yapılmakta olan avukat Disiplin Kurulu kararıyla, tedbir mahiyetinde işten yasaklanabilir"

"657 sayılı Devlet Memurları Kanunu" nun 140'inci maddesi gereğince; "Haklarında mahkemelerce cezai kovuşturma yapılan Devlet memurları da 138inci maddedeki yetkililer tarafından görevden uzaklaştırılabilirler."

"5411 sayılı Bankacılık Kanunu" nun 85/3'üncü maddesi gereğince; "657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48'inci maddesinin (A) fıkrasının (5) numaralı bendinde öngörülen suçlarla ilgili olarak haklarında ceza davası açılan Kurul Başkan ve üyelerinden görevi başında kalması sakıncalı görülenler, Bakanlar Kurulu tarafından tedbiren görevden uzaklaştırılabilir."

²⁶ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 2010, s. 1257; Aydın, s. 381.

denilen belgede somutlaştırılması ve bu durumun uygunluğunun mahkemesince onaylanması amacı ön plana çıkmaktadır²⁷. Bu sürece ilişkin genel olarak kullanılan terim, “iddianamenin iadesi kurumu” olmakla birlikte Yargıtay, süreci, “iddianamenin değerlendirilmesi” olarak ifade etmektedir²⁸.

İHAM; etkili ve eksiksiz bir soruşturmanın,

- soruşturmanın bağımsız bir organ tarafından, tarafların katılımı sağlanmak suretiyle yürütülmesi,
- eksiksiz ve titiz bir şekilde yapılması,
- kamu denetimine açık olması,
- ihlâlden sorumlu olanların tespit edilmesi ve cezalandırılması konularında sonuca götürebilecek mahiyette olması ile mümkün olabileceğini vurguladıktan sonra “*kamuoyunun güvenini zedelememek ve hukuka aykırı eylemlere göre her türlü hoşgörü ya da suç ortaklığı izleniminden kaçınmak amacıyla soruşturmada gerekli olan sürat ve özen gösterilmelidir*”²⁹ diyerek etkili ve eksiksiz bir soruşturma yapılmasının ve sonuçta belirtilen özellikleri haiz olarak düzenlenen iddianame ile uzun süren yargılamaların sebebiyet verdiği sıkıntılar giderilerek makul sürede yargılanma hakkının korunacağını ve böylece adaletin olması gerektiği şekilde temininin ve hukuka olan inancın muhafazasının sağlanacağını³⁰ belirtmiştir.

İddianamenin iadesi kurumunun bir diğer amacı da şüpheliyi korumaktır. Cumhuriyet savcısı soruşturma evresinde hem lehe hem de aleyhe delilleri toplamakla görevlidir. İddianamenin değerlendirildiği

²⁷ Centel/Zafer, s. 624, 625.

²⁸ Aydın, s. 381, 382; ERTEM, Burcu, Kamu Davasının Açılması ve İddianamenin İadesi, Yüksek Lisans Tezi Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s. 182.

²⁹ CENGİZ, Serkan/DEMİRAG, Fahrettin/ERGÜL, Teoman/McBRİDE, Jerem/TEZCAN, Durmuş, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara, 2008, s. 154-161, s. 154.

³⁰ YILDIRIM, Akif, Bireysel Başvuruda Ceza Yargılamasını İlgilendiren Kararlar.; EPAMAT Basın Yayın, 2017, Ankara, s. 72; bkz. B.E. Başvurusu (2012/625, 09/01/2014) ve Aycan Yılmaz Başvurusu (2014/10799, 10/03/2015), her iki kararda da makul sürede yargılanma hakkının ihlaline ilişkin Türkiye aleyhine karar verilmiştir.

ara muhakeme döneminde mahkeme elde edilen delillerin yeterli şüphe seviyesine ulaşip ulaşılmadığını inceleyecek ve şüphelinin gereksiz yere sanık sıfatı almasının önüne geçecek bu suretle de şüphelinin kişilik hakları korunmuş olacaktır³¹. Haksız yere bir kişinin sanık sıfatını almasının telafisi güç veya imkânsız problemler doğurabileceği³² izahtan varestedir.

Ara soruşturma döneminin düzenlenmesinden umulan fayda; kovuşturma evresi başlamadan önce, mahkeme huzurunda çıkarılmanın meydana getireceği maddi ve manevi zararların ağırlığının dikkate alınarak, soruşturma mercii dışında bir mercii tarafından bir ayıklama ve denetim yapılarak muhtemel doğacak zararların engellenmesidir. Ara soruşturma dönemi ile şüphelinin hakları ve çıkarları, aleni kovuşturma evresine geçilmeden ve şüpheli sanık sıfatını alarak duruşmaya çıkmasından önce güvence altına alınması sağlanmış ve belki de gereksiz yere kovuşturma başlatılmayarak hakların muhtel olması engellenmiş veya eksik düzenlenen iddianamenin tamamlanması sağlanarak yargılamanın hızlandırılması temin edilmiş olacaktır³³.

Ara soruşturma döneminde, soruşturmanın tam ve anlamına yakışır titizlikte yapıldığı, ceza uyumsuzluğundan sorumlu olanların tespiti ile cezalandırılmasının temini bakımından yargılamayı sonuca götürebilecek nitelikte olup olmadığı, soruşturma makamı dışında bir mercii tarafından denetlenmelidir. Nitekim soruşturma makamı bölünemeyen, bir ve bütün olan tek bir makamdır. Bir savcının bir başka savcının kararını denetlemesi kendi kendini denetlemek anlamına geleceğinden sürecin

³¹ GÜLTEKİN, Özkan, İddianame ve İddianamenin İadesi, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 304.

³² “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu”nun 59/2. maddesi gereğince; “Bu Kanun kapsamında yapılan ihalelerden dolayı haklarında birinci fıkra gereğince ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenler ve 58 inci maddenin ikinci fıkrasında sayılanlar yargılama sonuna kadar Kanun kapsamında yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının ihalelerine katılamaz. Haklarında kamu davası açılmasına karar verilenler, Cumhuriyet Savcılıklarınca sicillerine işlenmek üzere Kamu ihale Kurumuna bildirilir.”

“1136 sayılı Avukatlık Kanunu”nun 153/1. maddesi gereğince; “Hakkında meslekten çıkarılma cezasını gerektirebilecek mahiyette bir işten dolayı kovuşturma yapılmakta olan avukat Disiplin Kurulu kararıyla, tedbir mahiyetinde işten yasaklanabilir”

Ayrıca burada belirtilemeyecek kadar çok sayıda memurlar açısından hak mahrumiyetine sebep olunabilecektir.

³³ Yurtcan, s. 515 vd.

mantığına uygun düşmeyecektir. Bu nedenle sürecin soruşturma makamı dışında bir mercii tarafından yürütülmesi makuldür.

Bu anlatılanlar ışığında iddianamenin iadesi kurumunun, delilsiz ve dayanaksız iddiaların engellenerek güvence yaratmak amacı bulunduğu da söylemek doğru olacaktır. Nitekim bu düzenlemenin; CMUK döneminde, Cumhuriyet savcıları tarafından herhangi bir delil araştırması yapılmadan, kolluk tarafından hazırlanan soruşturma evrakına göre iddianame düzenlenmesine bir tepki olarak yapıldığı da ifade edilebilecektir. Bu anlayışı gerek CMK'nin 174. maddesine karşılık gelen Hükümet Tasarısının 178. maddesinin gerekçesinde³⁴ gerekse 5353 sayılı Kanun ile CMK'nin 174. maddesini değiştiren 27. maddesinin gerekçesinde görmek mümkündür.

³⁴ Hükümet Tasarısı'nın 178'inci maddesinin gerekçesi şu şekildedir: “Cumhuriyet savcısının iddianamesini vermesi ile kamu davası açılırsa da, isin esasta bir duruşmada çözülebilmesini sağlayacak bir soruşturmada sonra kovuşturma evresine sevk edilmiş olup olmadığını araştırmak üzere hukuk sistemlerinde 173 ve 177'nci maddelerde ve gerekçelerinde açıklanan bir orta aşama kabul edildiği açıklanmıştır. 1412 sayılı Kanun'da 1985 yılında yapılan değişiklikten önce benimsenen ilk soruşturma, bu işlevi yerine getiriyordu. Hâlen temyiz davasının açılmasında, kişisel davada, yargılamanın yenilenmesinde aynı sistem söz konusudur. Mahkeme önüne giden davalarda Türkiye'ye özgü yüksek beraat kararı oranlarının (%30) ortaya koyduğu gerçek, davaların, olgunlaşmadan ve soruşturmada yeterli delil, iz, eser ve emareler toplanmadan, basit şüpheler üzerine açıldığıdır. Tasarı, bu maddesinde iddianamenin iadesi ve 179'uncu maddesinde iddianamenin reddi kurumlarını, bu gerçek dolayısıyla kabul etmiştir. İddianamenin iadesini düzenleyen bu maddeye göre, davaya bakacak olan mahkeme kamu davasının açılması için delillerin yeterli şüpheyi ortaya koymasına karşın, iddianamede bazı fazla önemli olmayan noksanlık saptarsa, örneğin şüphelinin açık kimliğinin belirtilmemesi, uygulanması gereken kanun maddesinin gösterilmemesi, bütün delillerin mahkemeye verilmemiş olması ve benzeri gibi, iddianameyi tamamlaması için Cumhuriyet savcılığına geri verilmesine karar verecektir. Geri verilme nedenleri maddede dokuz ayrı bentte gösterilmiştir. Bunun üzerine Cumhuriyet savcısı eksikleri tamamlayarak aynı iddianameyi veya gerekiyorsa yeniden düzenleyeceği iddianameyi mahkemeye sunacaktır. Amaç, davanın bir duruşmada sonuçlanmasını sağlayacak alt yapıyı oluşturmaktır. Ön ödemeye bağlı bir suç hakkında yanlışlıkla dava açılmış ise, bu da iddianamenin iadesi nedeni sayılmıştır. Cumhuriyet savcısı bu gibi hâllerde dosyayı gerekli kararı vermesi için yetkili mercie gönderecek ve Yargıtay'a kadar gidip de yıllar sonra bozma kararı verilmesini önleyerek davaların önemli surette hızlanmasına katkıda bulunacaktır.” (2020, 7 Nisan) <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss698m.htm> adresinden alınmıştır.

Bir diğer amacın da fuzuli şekilde kamu davası açılarak muhakeme sürecini yavaşlatan, yanlış ya da eksik düzenlenmiş iddianamelerin ortadan kaldırılmasını sağlamak³⁵ olduğu söylenebilir.

Sonuç olarak iddianamenin iadesi kurumunun amacının;

- Soruşturma evresinde delillerin hukuka uygun ve sağlıklı bir şekilde toplanarak kovuşturma evresinin mümkün olduğunca kısa tutulup uyumsuzluğun hızlı bir şekilde sonuçlandırılması³⁶,

- CMK'nin kabul ettiği tek celselik yargılama ilkesinin hayata geçirilerek uzun süren ve parçalı yargılamanın sakıncalarının giderilip davanın tek oturumda bitirilmesini sağlayacak altyapının oluşturulması,

- Cumhuriyet savcısını, bütün yönleriyle tekemmül etmiş ve tam bir soruşturma yapmaya zorlayarak ulusal veya uluslararası hukuk kurallarıyla temin edilmeye çalışılan makul sürede yargılanma hakkının ve masumiyet karinesi ile lekelenmeme hakkının sağlanması olduğunu söylemek mümkündür.

II. ÖZEL NİTELİKLİ SORUŞTURMALAR, BU SORUŞTURMALAR SONUCUNDA DÜZENLENEN İDDİANAME VEYA İDDİANAME YERİNE GEÇEN BELGELER VE BU BELGELERİN İADESİ

A. Yüce Divanda Kamu Davası ve İddianame ya da İddianame Yerine Geçen Belgelerin İadesi

1. Genel Olarak

AYM'ye gelen soruşturma belgeleri AYM Başkanı tarafından AyMKYUHK'nin 26. maddesi gereğince bir Raportöre tevdi edilecek ve

³⁵ ERTEN, Burcu, "Ceza Muhakemesi Kanununda İddianamenin İadesi", Hukuk Gündemi, S. 2, Ankara, 2005, s. 71.

³⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 495; ÖZEN, Mustafa, "Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi (İlkeler, Takdir Yetkisi, İddianamenin İadesi)", Ankara Barosu Dergisi, 2009, Yıl 67, Sayı 3, s. 17-28, s. 22.

Raportörün incelemesi ve hazırlayacağı rapor ile birlikte soruşturma evrakı Yüce Divana³⁷ gönderilecektir. Aynı Kanunun 57/3. maddesi gereğince CMK'deki iddianamenin iadesi sebepleri ve bu sebeplere ek olarak başka esaslı hukuka aykırı hallerin bulunması halinde Yüce Divan tarafından dava açan belge iade edilebilecektir. İddianame yerine geçen bu belgenin incelemesinde esnasında Yüce Divan; tabii olarak hem CMK hem de ilgili Kanun ya da duruma göre Anayasa ve TBMM İç Tüzüğüne dikkate alacaktır. Kanun koyucu Yüce Divana, CMK'nin mahkemelere verdiği yetkiden daha geniş bir şekilde iddianame veya iddianame yerine geçen belgelerin iadesi yetkisini vermiştir. Ancak en yüksek yargı mercii olan Yüce Divanın bu değerlendirmesini dikkatle yerine getirmesi, kovuşturma aşamasında giderilebilecek esaslı olmayan nedenlerle iddianame veya iddianame yerine geçen belgeleri iade etmemesi tercih edilmelidir.

Yüce Divan tarafından iddianame yerine geçen belgelerin iade edilmesi üzerine, bu iddianame yerine geçen belgeyi düzenleyen soruşturma mercilerinin nasıl hareket edeceğine yönelik gerek Anayasa'da gerekse ilgili özel kanunlarda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu nedenlerle Anayasa ve özel kanunların ayrı ayrı ele alınmasında yarar bulunmaktadır.

Yüce Divan, CMK'nin 174. maddesindeki açık düzenleme gereği, suç vasfındaki hatayı ileri sürerek iddianame veya iddianame yerine geçen belgeyi iade edemeyecektir. Yüce Divan görevsiz olduğunu düşünüyorsa görevsizlik kararı verecektir.

Şunu da belirtmekte fayda bulunmaktadır ki Anayasa'nın 148. maddesi gereğince TBMM Başkanı görev suçu nedeniyle Yüce Divanda yargılanacaktır. Ancak ne Anayasa'da ne de TBMM İç Tüzüğünde TBMM Başkanı hakkında kim tarafından ve ne şekilde soruşturma yapılacağı öngörülmediğinden kanaatimizce TBMM Başkanının görev suçu nedeniyle soruşturulması ve kovuşturulması imkânı bulunmamaktadır.

³⁷ KAYA, Kamuran, "6216 Sayılı Kanun Kapsamında Yüce Divan Yargılaması", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2012, Cilt 86, Sayı 6, s. 256, Yazar, Yüce Divanın ceza mahkemelerine benzediğini ancak istisnai bir yeri olduğunu vurgulamaktadır.

2. Anayasada Bulunan Özel Soruşturma Usulleri

Yüce Divan sıfatıyla AYM’de ileri sürülen iddia faaliyetlerinde de iddianame yerine geçen belgelerin bulunduğu görülmektedir. Bu iddia faaliyetlerini Anayasa’nın 105, 106. maddeleri gereği ileri sürülen iddia faaliyetleri ve 148. madde gereği ile ileri sürülen iddia faaliyetleri olarak ikiye ayırmak mümkündür. Anayasa’nın 148. maddesi gereği olarak ileri sürülen iddia faaliyeti ya bir iddianameye ya da iddianame yerine geçebilecek bir soruşturma sonucuna bağlı olduğundan bu madde gereği yapılacak olan iddianamenin incelemesi AyMKYUHK’nin 57/3. maddesi gereğince bir özellik arz etmemektedir. Bu belge, iddianame yerine geçen belge olduğundan iddianamede bulunan her türlü özelliği barındırması gerektiği açıktır³⁸. Anayasa’nın 148. maddesi gereği Yüce Divan’a sevk edilecek iddianame veya iddianame türünden belgeler AyMKYUHK’nin 57/3 ve CMK’nin 174. maddesi gereğince iade edilebilecektir. Asıl sorun Anayasa’nın 105 ve 106’ncı maddeleri gereğince Yüce Divana sevk kararı verilen soruşturma raporu konusunda kendini göstermektedir.

Öncelikle; TBMM tarafından Yüce Divana sevk edilen soruşturma raporunun pratikte iade edilebilmesi (çünkü soruşturma raporunun, öncelikle bir komisyon tarafından hazırlandığı, bu raporun TBMM genel kurulunda tartışıldığı, genel kurul görüşmeleri esnasında eksikliklerin giderileceği düşüncesiyle iddianamede bulunması gereken bütün hususları taşıyacağını düşünmekteyiz) pek mümkün görülmesi de teorik olarak soruşturma raporunun iade edilebilirliğini tartışmakta fayda bulunmaktadır.

Yüce Divan yargılamalarında, iddianame yerine geçen belge olan soruşturma raporu ile TBMM tarafından verilen Yüce Divan’a sevk kararının, Yüce Divan nezdinde mutlak bir karar ve iade edilemezliği düşünüldüğünde, Yasamanın iddiasının mutlaklığı söz konusu olacağından, erkler ayrılığı prensibine aykırı bir durum oluşacaktır. Özellikle ceza yargılamaları bakımından, yasama organının, yasama görevi dışındaki bir nedenle (Türk Milleti adına Anayasa tarafından verilen bir iddia görevini

³⁸ GÜLTEKİN, Özkan, “Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan Sıfatıyla Yaptığı Yargılamada İddianamenin İadesi ve İtiraz Kanun Yolu”, Terazi Hukuk Dergisi, 2011, Cilt 6, Sayı 54, s. 15-24, s. 16.

yürütürken), yargı organına karşı bir üstünlüğü söz konusu olamayacağından Yüce Divan'a sunulan iddianame yerine geçen belgenin de mutlak olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Zaten Yüce Divan'a sevk kararı, TBMM'nin bir yargısal görevidir. Sevk kararının verilmesi ile birlikte bu yetki kullanılarak tüketilmiştir. Artık tüm yetki Yüce Divan sıfatıyla AYM'dedir. TBMM tarafından kabul edilen ve Yüce Divana sevk edilmesine karar verilen soruşturma raporu bir iddianame, TBMM ise Millet adına bu soruşturmayı yapan savcı konumundadır. Ceza yargılamasının, Devletin en geniş yetki kullandığı bir alana temas etmesi nedeniyle Yüce Divan yargılaması esnasında çıkacak yasal boşluklara özgürlükler açısından yaklaşmak daha doğru olacaktır. İddianamenin iadesi kurumunun, bir yönden, kişi haklarını güvencelemek fonksiyonu bulunması nedeniyle, AYM'nin; Yüce Divan yargılamaları esnasında, bu konuda anayasal bir düzenleme bulunmamasına karşın, özgürlüklerden yana tavır almak zarureti bulunmaktadır. Bu nedenle de AyMKYUHK'nin 57/3. maddesi gereğince iddianame yerine geçen belge olan soruşturma raporunun TBMM'ye iade edilebileceğini düşünüyoruz. Anılan maddedeki açık hüküm nedeniyle iddianame yerine geçen diğer belgelerin iade edilmesi ise zaten Kanun tarafından verilen bir yetkinin kullanılmasından ibarettir³⁹. Bir an için meclis soruşturmasının Anayasal bir mekanizma olduğu; meclis soruşturması usulünün Anayasa'da düzenlendiği; Anayasa'da, Yüce Divan'a sevk edilmesine karar verilen meclis soruşturma raporunun iade edilebileceğine yönelik bir düzenleme bulunmadığı; bu nedenle Yüce Divan'ın soruşturma raporunu iade edemeyeceği; aksi takdirde Meclis iradesinin yok sayılacağı düşünülse bile AyMKYUHK'nin 57/3. maddesinin de Meclis iradesi olduğu; TBMM tarafından her zaman AyMKYUHK'de yapılacak bir düzenlemeyle meclis soruşturması raporlarının iade edilemeyeceğine dair bir düzenleme yapılabileceği hususları birlikte değerlendirildiğinde, Yüce Divan'ın meclis soruşturma raporlarını AyMKYUHK'nin 57/3 ve CMK'nin 174. maddeleri çerçevesinde iade edebilmesi önünde hukuki bir engel bulunmadığı anlaşılmaktadır.

³⁹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 2010, s.1284, dn. 10.

AyMKYUHK'nin 66/1. maddesi gereğince Yüce Divan kararları kesin olduğundan ve bu ve benzer konularda herhangi bir itiraz kurumu bulunmadığından Yüce Divan tarafından verilecek bir iddianamenin iadesi (soruşturma raporunun iadesi) kararına itirazın mümkün olmadığı değerlendirilmektedir.

TBMM tarafından Yüce Divan'a sevk edilen soruşturma raporlarının iade edilmesi üzerine ise kanaatimizce Anayasa'nın 105 ve 106. maddeleri gereğince, süreç en başa kadar geri dönecek, yeni bir soruşturma raporu hazırlanacak, bu rapor TBMM Genel Kurulunca görüşülecek ve yeterli çoğunluk sağlanırsa (Anayasa'da bulunan şartlar sağlanırsa) soruşturma raporu AYM'ye sevk edilebilecektir. Elbette burada soruşturma raporunun AYM'ye sevk edilmemesi yönünde bir karar da verilebilir. Bu aşamada, henüz kovuşturma başlamadığından, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının henüz iddia makamı görevi üstlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle soruşturma raporunun AYM tarafından iade edilmesi halinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından iade kararındaki eksikliklerin giderilmesi yani Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının bu aşamada sürece müdahale edebilmesi mümkün görünmemektedir.

3. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanundaki Soruşturma Usulü

AyMKYUHK'nin 16 ve 17. maddeleri ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünde, Başkan ve Üyeler hakkında görev suçu ve kişisel suçlar sebebiyle soruşturmanın nasıl yapılacağı düzenlenmiştir.

AYM Başkan ve üyelerinin görev suçlarının soruşturulması ancak Genel Kurulun kararına bağlıdır. Genel Kurul'un soruşturma başlatılması için karar vermesi halinde, AyMKYUHK'nin 16 ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 4/1-f,g,ğ maddeleri gereğince Genel Kurul tarafından üç üye soruşturmayı yürütmekle görevlendirilecektir. Eğer soruşturulacak kişi AYM Başkanı ise bu durumda süreç kıdemli başkanvekili tarafından yürütülecektir.

Soruşturma heyetindeki en kıdemli üye heyet başkanlığı görevini yürütecektir. Bu heyet CMK'nin Cumhuriyet savcısına tanıdığı yetkilerle donatılmıştır (AyMKYUHK'nin 16/5. maddesi).

AyMKYUHK'nin 17/4. maddesi gereğince bu soruşturma heyeti ne ticede ya iddianame düzenleyecek ya da kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilecektir. Bu durumda görev suçu söz konusu olduğundan zaten kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı mümkün değildir. Eğer suç şahsi nitelikte bir suç ise ve suç kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilebilecek türden bir suç ise bu durumda AyMKYUHK'nin 16/5. maddesi hükmü gereği Cumhuriyet savcısının yetkileri ile mücehhez soruşturma heyeti kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı da verebilecektir.

Eğer soruşturma heyeti iddianame düzenler ise bu iddianame⁴⁰; Yüce Divan'da (Yüce Divanda soruşturma yapmakla görevlendirilen soruşturma heyeti üyelerinin bulunamayacağı açıktır) değerlendirilecek ve gerek görülürse AyMKYUHK'nin 57/3. maddesi gereğince iade edilebilecektir⁴¹. Eğer Yüce Divan tarafından iddianame iade edilirse, bu karara karşı bir itiraz düzenlemesi bulunmadığından, iddianame tekrar soruşturma heyetine tevdi edilecektir. Soruşturma heyeti ya iade kararındaki eksiklikleri gidererek yeniden bir iddianame tanzim edecek ya kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verecek ya işin görev suçu değil kişisel suç olduğuna kanaat getirerek düzenleyeceği iddianameyi Yargıtay'ın görevli ve yetkili dairesine gönderilmek üzere AYM Başkanına sunacaktır. Eğer şartlar oluşmuş ise yine heyet tarafından kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmesi de mümkündür.

Soruşturma heyetinin Yargıtay nezdinde kovuşturmayı tahrik etmek⁴² üzere iddianame tanzim etmesi halinde bu iddianamenin Yargıtay

⁴⁰ ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 323, 324, yazarlara göre bu belge iddianamedir.

⁴¹ KAYA, Mehmet, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Soruşturma Evresinde Adil Yargılanma Hakkı, Doktora Tezi, Ankara, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, 2014, s. 259; KARAKURT, Ahu, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2009, S. 82, s. 1-31, s. 9; Aksi yöndeki görüş için bkz. ÖZEN, Mustafa, "1982 Anayasasına Göre Yüce Divan Yargılamasındaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Türk Hukuk Dergisi*, Ocak 2018, Sayı 17, s. 23-36, s. 29. (Makaleden sonra Anayasa Mahkemesi Kanununda değişiklik bulunduğu dikkate alındığında bu görüşün de değişebileceği düşünülmektedir.)

⁴² Çok istisnai durumlar (ileride değinilecek İcra İflas Kanunu'ndaki şikâyet usulü) hariç olmak üzere kamu davasının açılması, iddianame veya iddianame yerine geçen

ilgili dairesince iade edilip edilmeyeceği de bir tartışma konusudur. Kanaatimizce Yargıtay'ın ilgili dairesi de CMK'nin 174. maddesi çerçevesinde iddianameyi iade edebilecektir. Bu iade kararına karşı itirazın mümkün olup olmadığı aşağıda tartışılmıştır.

4. Danıştay Kanununda Bulunan Özel Soruşturma Usulü

Danıştay Kanununun⁴³ 76/1. maddesi gereğince; Danıştay Başkanı veya üyeleri hakkında ihbar veya şikâyet söz konusu olursa, Danıştay Başkanı tarafından, ihbar veya şikâyet Danıştay Başkanı hakkında olursa Başkanlık Kurulu tarafından, bir daire başkanı ve iki üyeden oluşan bir soruşturma kurulu seçilir.

Danıştay Kanununun 81. maddesi soruşturma kurulunu CMUK (CMK'nin)'un sorgu hâkimine verdiği yetkilerle mücehhez kılmıştır. Sorgu hâkimliği kurumu kalmadığından bu yetkiyi sulh ceza hâkimi olarak kabul etmek mümkündür. Anılan kurula verilen bu yasal yetki nedeniyle ve görevin niteliği de dikkate alındığında, bu kurulun delilleri değerlendirmek yetkisi bulunduğu tartışmasızdır. Bu yetki sayesinde kurul, soruşturulan eylemin suç oluşturup oluşturmadığını, toplanan delillerin son soruşturma açılması için yeterli şüpheyi içerip içermediğini, ancak elde edilen delilleri bir değerlendirmeye tabi tutarak yapabilirler.

Danıştay Kanununun 76/3. maddesi gereğince bu kurul soruşturmayı tamamladığında, düzenleyeceği fezlekeyi Danıştay Başkanı'na, soruşturma Danıştay Başkanı hakkındaysa başkanvekiline teslim edecektir. Başkanlık fezlekeyi ve soruşturma dosyasını Danıştay üyesi hakkında nihai kararı vermeye yetkili merci olan İdari İşler Kurulu Başkanlığına ulaştır-

belgelerin kabulü ile mümkün olduğundan, kanaatimizce, gerek Cumhuriyet savcısının gerekse iddianame yerine geçen belgeleri düzenlemekle yetkili mercilerin, hazırladıkları iddianame veya iddianame yerine geçen belgeleri görevli ve yetkili mahkemelere göndermeleri tek başına kamu davasını açmaya ehil işlemler değildir. Bu durumda; iddianame veya iddianame yerine geçen belgelerin görevli ve yetkili mahkemelere gönderilmesi, ancak kovuşturma sürecini tahrik edebilmek kabiliyetindedir. Bu nedenle bu çalışmamızda; yetkili mercilerin düzenlediği iddianame veya iddianame yerine geçen belgeleri görevli ve yetkili mahkemelere göndermesi işlemini, "kamu davasının açılması sürecinin tahriki" olarak vasıflandırmayı özellikle tercih ettik.

⁴³ 6/1/1982 tarihli 2575 sayılı Kanun, R. Gazete: Tarih: 20/1/1982, Sayı: 17580

tırır. İdari İşler Kurulu, kovuşturma açılmasına (son soruşturmanın açılması) ya da kovuşturmaya yer olmadığına (yargılamanın men-i) karar vererek kararlar ilgisine tebliğ edilir. Kovuşturmama kararı kendiliğinden, kovuşturma açılmasına yönelik karar ise itiraz üzerine, İdari İşler Kurulu üyelerinin katılmadığı Genel Kurula gönderilir. Kovuşturma açılması kararı, Genel Kurul tarafından onanarak ya da itiraz olunmamak suretiyle kesinleşince, soruşturma dosyası, Danıştay Başkanı veya vekili tarafından Cumhuriyet Başsavcısına gönderilir.

Süreç içinde, gerek İdari İşler Kurulunun gerekse itiraz mercii olan Danıştay Genel Kurulunun, bir karar vermek üzere yaptıkları faaliyetlerin tamamı da delil değerlendirmesidir. Süreçte görevli her üye, birbirinden bağımsız olarak, toplanan her türlü delili, kovuşturma evresindeki hâkimin delil değerlendirmesi hassasiyeti ile yapması bir zarurettir.

Kovuşturma açılması kararı aslında bir iddianamedir. Kanunda bu Cumhuriyet Başsavcısı'nın hangi Başsavcılık olduğu açık olmamakla birlikte Anayasa'nın 148 ve AyMKYUHK'nin 57/6. maddesi gereğince bu Cumhuriyet Başsavcısı'nın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı olduğu değerlendirilmektedir⁴⁴. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının yapacağı tek şey ise bu dosyayı AYM'ye iletmek olacaktır. Yoksa Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı yeniden bir iddianame hazırlamayacaktır.

Bu halde iddianame⁴⁵, Yüce Divan tarafından değerlendirilecek ve iade edilirse süreç Danıştay Kanununun 76. maddesinden itibaren yeniden başlayacaktır. Yani soruşturma kurulu iade kararındaki eksiklikleri gidererek fezlekeyle soruşturma dosyasını İdari İşler Kuruluna gönderecek, süreç yukarıda belirtilen sırada yeniden işletilecektir. Danıştay İdari İşler Kurulu ile Genel Kurul, ilk kararları gibi karar verebileceği gibi başka kararlar da verebilecektir.

⁴⁴ Buradaki karışıklığın Danıştay Kanununun 1982 Anayasasından önce çıkarılması ve Danıştay Kanununun ilk halinde görev suçları nedeniyle yargılama görevinin Yargıtay'a verilmesi ve fakat Milli Güvenlik Konseyi tarafından Anayasa'da bu görevin Yüce Divana tevdi edilmesi olarak açıklanmaktadır. YANIK, Murat, Yüce Divan, Derin Yayınları, İstanbul, 2018, s. 179.

⁴⁵ Özen, 1982 Anayasasına Göre Yüce Divan Yargılamasındaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri, s. 31; Kaya, s. 257.

5. Yargıtay Kanununda Bulunan Özel Soruşturma Usulü

Yargıtay Başkan ve üyelerinin görev suçları nedeniyle soruşturma Yargıtay Kanununun⁴⁶ 46. maddesinde düzenlenmiştir. Yargıtay Başkan ve üyelerinin görev suçları nedeniyle soruşturma yapılabilmesi yerleşik bir kurum olan Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun kararına tabidir.

Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu yaptığı inceleme neticesinde soruşturma yapılmasına gerek duymazsa kesin bir karar olan dosyanın işlemiden kaldırılmasına karar verir. Soruşturma yapılmasına gerek duyulursa şüphe altındaki üyeden daha kıdemli, eşit kıdemde ya da en kıdemli ceza dairesi başkanlarından biri soruşturma yapmakla görevlendirilir.

Soruşturma yapacak olan Daire Başkanı koruma tedbirlerine karar vermeye ilave olarak (Birinci Başkanlık Kurulu'nun onayını almak şartıyla) Cumhuriyet savcısının yetkileri ile donatılmıştır⁴⁷.

Soruşturmayı tamamlayan Daire Başkanı dosyayı Birinci Başkanlık Kuruluna teslim eder. Birinci Başkanlık Kurulu, Daire Başkanına ilave soruşturma yaptırabilir. Soruşturma evrakı çerçevesinde Birinci Başkanlık Kurulu kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verip kesin bir şekilde soruşturmayı sonlandırabilir. Bu karara karşı herhangi bir kanun yolu bulunmamaktadır⁴⁸. Birinci Başkanlık Kurulu, üyenin Yüce Divan'a sevk edilmesi gerektiği kanaatindeyse kovuşturma açılmasına karar vererek dosyayı AYM'ye gönderecektir.

Yüce Divan bu iddianameyi⁴⁹ inceleyerek iade edebilir. Bu durumda yukarıda bahsedildiği şekilde süreç tekrar başlayacaktır.

Danıştay tarafından yapılan soruşturma bahsinde anlatıldığı üzere, soruşturma yapmak ve bu soruşturmayı AYM önüne taşımakla görevli her kurul veya üye, delil değerlendirmek yetkisini taşımaktadır.

⁴⁶ 4/2/1983 tarihli 2797 sayılı Kanun, R. Gazete: Tarih: 8/2/1983, Sayı: 17953

⁴⁷ CİN, Onursal, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Palet Yayınları, Konya, 2015, s. 134.

⁴⁸ ÖZTÜRK, Bahri, (1995), "Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi "Yüce Divan"", Anayasa Yargısı, Ankara, Sayı 12, s. 96.

⁴⁹ Özen, 1982 Anayasasına Göre Yüce Divan Yargılamasındaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 31; Kaya 2014:258, 259.

6. Sayıştay Kanununda Bulunan Özel Soruşturma Usulü

Sayıştay Başkan veya üyelerinden biri hakkında görev suçu nedeniyle ihbar veya şikâyet vuku bulunduğu Sayıştay Kanununun⁵⁰ 66. maddesi gereğince Sayıştay Genel Kurulu tarafından üç daire başkanı ve iki üyeden oluşan bir soruşturma heyeti seçilir. Heyet tarafından yapılacak soruşturma neticesinde hazırlanacak rapor ve diğer belgeler kovuşturma izni konusunda karar vermeye yetkili olan Daireler Kuruluna verilir. Daireler Kurulunun vereceği her türlü karar itiraza tabi olup itiraz Genel Kurulda görüşülerek üçte iki nitelikte bir karar nisabı ile itiraz hakkında bir karar verilir.

Neticede Yüce Divan'a sevk kararı alındığında soruşturma heyeti tarafından hazırlanan ve Daireler Kurulunda son hali verilen rapor iddianame yerine geçen belgedir. Eğer Daireler Kurulu kovuşturamama yönünde bir karar verdiyse ve bu karar Genel Kurulda kaldırıldıysa Genel Kurul tarafından son hali verilen soruşturma raporu artık iddianame yerine geçen belge⁵¹ olacaktır. Bu belge Yüce Divan'da değerlendirilerek iade edilebilir. İade kararı verildiğinde süreç yukarıda anlatıldığı şekilde tekrarlanacaktır.

Soruşturma yapmakla görevli kurul veya üyelerin delilleri değerlendirmesi yetkileri, Danıştay veya Yargıtay bahsinde anlattığımız hususlarla bir farklılık içermemektedir.

7. Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kanununda Bulunan Özel Soruşturma Usulü

Hâkimler ve Savcılar Kurulunun seçilmiş üyeleri (Başkan Adalet Bakanı olduğundan kanun kapsamında değildir) bakımından kişisel veya görev suçları açısından Hâkimler ve Savcılar Kanununda⁵² izin kurumu düzenlenmiştir. Hâkimler ve Savcılar Genel Kurulu tarafından verilen netice izin soruşturma iznidir. Neticede Yüce Divan'a sevk yönünde bir karar verildiğinde iddianame Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından

⁵⁰ 3/12/2010 tarihli 6085 sayılı Kanun, R. Gazete: Tarih: 19/12/2010, Sayı: 27790.

⁵¹ Kaya, s. 259; Özen, 1982 Anayasasına Göre Yüce Divan Yargılamasındaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri, s. 31.

⁵² 24/2/19832802 sayılı Kanun, R. Gazete: Tarih: 26/2/1983, Sayı: 17971.

Yargıtay Kanununun 46/6. maddesi doğrultusunda hazırlanarak Yüce Divan'a sevk edilecektir. Bu durumda Yüce Divan tarafından iddianamenin değerlendirilmesi AyMKYUHK'nin 57/3. maddesi çerçevesinde yapılabilecektir.

8. Genelkurmay Başkanı ile Kuvvet Komutanları Hakkında Yürütülecek Özel Soruşturma Usulü

Anayasanın 148 ve 11/2/2014 tarihli 6519 sayılı Kanunun 61. maddesi ile 353 sayılı Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 15/A maddesi olarak yapılan yasal düzenleme gereği Genelkurmay Başkanı, Kuvvet Komutanları ile Jandarma Genel Komutanının görev suçları nedeniyle yargılanmaları Yüce Divan'da yapılmaktaydı. Anılan düzenleme gereği yapılacak ön inceleme sonucunda soruşturma izni verilmesine karar verilmesi halinde, bu izne karşı Cumhurbaşkanlığı'na yapılacak itiraz konusunda veya verilecek kovuşturmayaya yer olmadığı kararına karşı itiraz mekanizmasına yönelik düzenlemeler AYM tarafından iptal edildiğinden⁵³ bu Kanun hükümleri uygulanamaz hale gelmişti. Dolayısıyla Genelkurmay Başkanı ile Kuvvet Komutanlarının görev suçları nedeniyle yargılanmaları bu Kanun hükmü itibarıyla mümkün değildi. Ancak Genelkurmay Başkanı ile Kuvvet Komutanlarının, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun 3. maddesindeki genel hükümlere tabi oldukları söylenebilecek ise de bu durum Anayasa'ya aykırılık oluşturmaktaydı.

Bu eksiklik 24/06/2021 tarih ve 7329 sayılı Kanunun ile 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'na⁵⁴ eklenen Ek-16. madde ile giderilmiş ve Genelkurmay Başkanı ile Kuvvet Komutanları hakkında soruşturma ve kovuşturmanın nasıl yürütüleceği netlik kazanmıştır. Anılan düzenleme itibarıyla Genelkurmay Başkanı ile Kuvvet Komutanlarının askeri suçlarının izne tabi olduğu ve soruşturma izninin Cumhurbaşkanlığı tarafından verileceği, soruşturma izni verilmesi halinde soruşturmanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından yapılacağı, iddianame düzenlenerek kamu

⁵³ Anayasa Mahkemesi'nin 14/1/2015 tarih ve 2014/89 E. ve 2015/3 K. sayılı Kararı

⁵⁴ 22/5/1930 tarih ve 1632 sayılı Kanun, 15/6/1930 tarih ve 1520 Sayılı R. Gazete yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

davasası açılması halinde kovuşturmanın Yüce Divan sıfatıyla AYM'de yürütüleceği hüküm altına alınmıştır. Buradan da anlaşılacağı üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından bir iddianame düzenlendiğinde, iddianamenin değerlendirilmesi, AyMKYUHK'nin 57/3. maddesi çerçevesinde yapılabilecektir. Bu düzenleme ile 24/06/2021 tarih ve 7329 sayılı Kanunun 18. maddesi ile 353 sayılı Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu yürürlükten kaldırıldığından, yukarıda belirtilen Genelkurmay Başkanı ile Kuvvet Komutanlarının görev suçları nedeniyle yargılanmaları önündeki hukuki engel ortadan kaldırılmıştır.

B. Siyasi Parti Kapatma Davası ve İddianamenin İadesi

Siyasi parti kapatma davaları, kapatma davası sürecini harekete geçiren Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının bir iddianamesine bağlı olduğundan, siyasi parti kapatma davasını harekete geçirmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından AYM'ye gönderilen iddianameler Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un (AyMKYUHK) 57/3. maddesi kapsamında olduğundan bu iddianamelerin anılan madde çerçevesinde iade edilmesi takdiri ve değerlendirmesi AYM'nin yetkisindedir.

Siyasi partilerin kuruluşu ve siyasi partileri uyması gereken kurallar Anayasa'nın 68 ve 69. maddelerinde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 69/4. maddesi gereğince siyasi partilerin kapatılması, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının açacağı dava üzerine (Anayasa'daki hüküm bu olmakla birlikte bu ifadeyi düzenleyeceği iddianameyle şeklinde okumak gerekmektedir.) AYM tarafından kesin hükme bağlanmaktadır.

AyMKYUHK'nun 52. maddesinde de Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından düzenlenen iddianamenin kabulü üzerine AYM'nin, Anayasanın 69. maddesinde sayılan durumlar nedeniyle siyasi partilerin, kapatılmasına ya da iddia konusu fiillerin ağırlığına göre Devlet yardımından kısmen ya da tamamen yoksun bırakılmasına karar verebileceği düzenlenmiştir.

Gerek Anayasa'nın 69 gerekse AyMKYUHK'nun 52 ve Yargıtay Kanununun 27/1-(6). maddelerinde yer bulan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından siyasi partilerin kapatılması hakkında açılan dava ifadesinden Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından AYM'ye sevk edilen

siyasi parti kapatma talepli iddianame anlaşılmalıdır. Yoksa daha önceden de değinildiği üzere iddianamelerin tek başına ve doğrudan dava açmak kabiliyeti bulunmamaktadır. Aksi takdirde AyMKYUHK'nun 57/3. maddesindeki *“iddianame ve iddianame yerine geçen belgelerin iadesi”* ve 52/2. maddesindeki *“5271 sayılı Kanunun davanın mahiyetine uygun hükümleri uygulanmak suretiyle”* hükümlerinin bir anlamı kalmamaktadır.

Anlatılanlar çerçevesinde siyasi parti kapatma davası süreci, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından düzenlenen bir iddianame ile harekete geçirilmekte ve bu iddianame AYM tarafından incelenerek kabulüne veya reddine karar verilebilmektedir.

AYM'nin 31.03.2021 tarih ve 2021/1 (Siyasi Parti Kapatma) E. ve 2021/1 K. sayılı kararında da bu husus işlenmiş ve CMK'nin 170, 174, Anayasa'nın 68 ve 69. maddeleri çerçevesinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 17/3/2021 tarih ve 36321649/2021/1 sayılı iddianamesini iade etmiştir.

AYM anılan kararında *“...eylemlerine yer verilerek haklarında yasaklılık kararı verilmesi istenilen kişiler ile eylemlerine yer verilmekle birlikte haklarında yasaklılık kararı verilmesi istenilmeyen kişilerin; kimliklerinin, kendilerine isnat edilen bazı eylemlerin, bu eylemlerin tarihlerinin, bu eylem tarihlerinde Partideki görevlerinin, açıkça belirtilmediği, “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne” aykırı olduğu ileri sürülen, ancak soruşturma ve kovuşturma konusu olması dışında bir gerekçeye yer verilmeyen eylemler ile Partinin bu eylemlerin odağı haline gelmesi arasındaki ilişkinin kurulmadığı”* sonucuna vararak CMK'nin 170/3, 4 ve 174. maddeleri uyarınca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 17/3/2021 tarih ve 36321649/2021/1 sayılı iddianamesinin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına iadesine karar vermiştir. Ancak bu kararında AYM'nin AyMKYUHK'nun 57/3. maddesine neden hiç değinmediği anlaşılabilir.

C. Yargıtay ve Genel Mahkemelere Sunulan İddianame Yerine Geçen Belgeler ve Bu Belgelerin İadesi

1. Genel Olarak

Yukarıda sayılan özel Kanunlar gereği, bu Kanunlara tabi kişilerin şahsi suçlarının yargılanması Yargıtay'ın ilgili Ceza Dairesinde yapılaca-

ğundan, Yargıtay'a gönderilen ve yukarıda bahsedilen Kanunlarda belirtilen iddianame yerine geçen belgeler hakkında Yargıtay'ın iade kararı verebilmesinin mümkün olduğu⁵⁵, bu durumda Yargıtay'ın CMK'nin 174. maddesi çerçevesinde hareket edebileceği değerlendirilmektedir. Yargıtay'ın, kendisine yukarıda değinilen özel Kanunlar gereği gönderilen iddianame yerine geçen belgeleri iade etmesi halinde, bu karara karşı teknik anlamda itiraz edilebilmesi mümkündür⁵⁶. İddianame yerine geçen belgelerin iadesi kararı üzerine, soruşturma evrakı tekrar ilgili kuruma gönderilecek ve eksikliğin tamamlanması istenecektir. Özel kanundaki hükümlere göre yapılacak yeni soruşturma sonucunda kişisel suç nedeniyle ilgilisinin yargılanması maksadıyla yetkili mercii tarafından soruşturma belgeleri tekrar Yargıtay'a gönderilebileceği gibi yetkili kurullarca kovuşturamama kararı da verilebilecektir.

Gerek Yargıtay'da gerekse genel mahkemelerde iddianame yerine geçen belgelerle kamu davasının açılması sürecinin tahriki CMUK döneminden kalma Kanun uygulamaları olmakla birlikte CMK'de bu konuda düzenleme bulunmaktadır. Nitekim CMK'nin 191/3-b maddesinde iddianame yerine geçen belgelerin okunmasından bahsedilmektedir.

Yargıtay bahsinde değinildiği üzere, nasıl Yargıtay tarafından iddianame yerine geçen belgelerin iadesi mümkün (Yargıtay'ın iddianame yerine geçen belgelerin iade edilemeyeceğine yönelik görüşü de bulunmakla birlikte⁵⁷ Yargıtay'ın bizatihi iddianame yerine geçen belgeyi iade ettiği de vakıadır⁵⁸) ise genel ceza mahkemelerinde de (İcra İflas Kanunundaki düzenleme hariç) iddianame yerine geçen belgelerin iadesi

⁵⁵ (Bu konuda bir yasal düzenleme bulunmadığını belirten ve uygulamada iddianame yerine geçen belgelerin iade edildiğine ilişkin görüş için bkz. Centel/Zafer, s. 630 ve dn. 44-Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 12.05.2010 tarih ve D. İŞ-39/39 sayılı kararı.); Karakurt, s. 73; Özen, 1982 Anayasasına Göre Yüce Divan Yargılamasındaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri, s. 23.

⁵⁶ Teknik olarak itiraz mümkün ise de bu itirazın kim tarafında yapılacağı açık olmadığından pratik olarak itirazın mümkün olmadığı düşünülmektedir.

⁵⁷ Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 08.06.2006 tarih ve 2006/4657 E. ve 2006/5120 K. sayılı kararı için bkz. Gültekin, Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan Sıfatıyla Yaptığı Yargılamada İddianamenin İadesi ve İtiraz Kanun Yolu, s. 111 vd; BİRTEK, Fatih, Ceza Muhakemesinde İkrar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 231.

⁵⁸ Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 12.05.2010 tarih ve D. İŞ-39/39 sayılı kararı. Centel/Zafer, s. 630 ve dn. 44.

mümkündür. Genel ceza mahkemelerinde kamu davasının açılması sürecini tahrik anlamında karşılaşılabilecek örnekler 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun⁵⁹ 53, İcra İflas Kanununun⁶⁰ 349 ve Karayolları Trafik Kanununun⁶¹ 114. maddesindeki düzenlemedir. Bu düzenlemelerden İcra İflas Kanununun 349. maddesindeki şikâyet usulünde iddianamenin iadesi kurumu görülmemektedir.

2. Yükseköğretim Kanunundaki Lüzum-u Muhakeme ve Men-i Muhakeme Kararları

AY'ın 128. maddesinde kamu hizmetlerinin yürütülmesinde görevli memurların hak ve yükümlülüklerinden bahsedildikten sonra 129. maddesinde, istisnaları hariç olmak üzere, memurların ve diğer kamu görevlilerinin görevleri hakkında işledikleri suçların soruşturulmasının, yetkili merciin iznine tabi olduğu vurgulanmıştır⁶². Kamu görevlilerinin yargılanması konusundaki temel Kanun 4483 sayılı Kanun olmakla birlikte, mesleki nitelikleri çerçevesinde diğer bazı kamu görevlileri hakkında kendi özel kanunlarında özel izin kurumları düzenlenmiştir⁶³. Bu çerçevede, 2547 sayılı Kanuna tabi kamu görevlilerinin soruşturulması da bazı özel düzenlemeler içermektedir.

Yükseköğretim Kanununun 53. maddesi, yükseköğretim kurumları, yükseköğretim üst kuruluşları ve bunlara bağlı kuruluşlarında çalışan kamu görevlileri hakkında yapılacak olan ceza takibatını “*fezleke hazırlama ve yetkili kurul tarafından karara bağlanma olma*” şeklinde iki adımda yerine getirmektedir. Adı geçen kanunda bu aşamalar ilk soruşturma ve

⁵⁹ 4/11/1981 tarihli 2547 sayılı Kanun, R. Gazete: Tarih: 6/11/1981, Sayı: 17506

⁶⁰ 9/6/1932 tarihli 2004 sayılı Kanun, R. Gazete: Tarih: 19/6/1932, Sayı: 2128.

⁶¹ 13/10/1983 tarihli 2918 sayılı Kanun, R. Gazete: Tarih: 18/10/1983, Sayı: 18195

⁶² DUMAN, Bahattin, Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması, Seçkin yayıncılık, 7. Baskı, Ankara, 2021, s. 39, 42, 43.

⁶³ Örnek olarak 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununda asker kişiler hakkındaki soruşturma izni özel olarak düzenlenmekle birlikte bu Kanunda bulunmayan hususlar yönünden 4483 sayılı Kanuna genel bir atıf bulunmaktadır. Yine 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile 1512 sayılı Noterler Kanununda da özel düzenlemeler bulunmaktadır.

son soruşturma olarak ifade edilmiştir olup son soruşturma aşaması Cumhuriyet savcısının yaptığı soruşturma niteliğindedir⁶⁴.

Öncelikle kimlerin Yükseköğretim Kanununun 53. maddesi kapsamında olduğunun ortaya konulması gerekmektedir. 53. madde metni incelendiğinde;

- üst kuruluşların başkan ve üyeleri,
- yükseköğretim kurumlarının idarecileri,
- kadrolu ya da sözleşmeli olarak çalışan öğretim elemanları ile
- Yükseköğretim kurul veya kuruluşlarında 657 sayılı Devlet Me-

murları Kanunu'na tâbi olarak göre yapan memurlar, Kanunun 53. maddesi kapsamında oldukları görülecektir⁶⁵. Yine 02.12.2016 tarih ve 6764 sayılı Kanununla 2547 sayılı kanunun 53/1-(a) maddesinin değiştirilmesi

⁶⁴ Duman, 97; MESÇİ, Hatice/AYDIN, Vahdettin, "Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Kamu Görevlilerinin Ceza Soruşturma Usûlü". Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, Cilt 7, Sayı 2, s. 1-91, s. 8.

⁶⁵ Duman, 100; YILMAZ, Dilşat, "Yükseköğretim Personeli Ceza Soruşturması, Yasal Eksiklikler ve Çözüm Önerileri", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XVII, Sayı:1-2, Erzincan, 2013, s. 102, 103.

"... Üniversitesi Rektörlüğü Özel Güvenlik Müdürlüğünde güvenlik görevlisi olan sanığın savunmasında, 657 Sayılı Devlet Memurları yasasına tâbi olarak çalıştığını belirtmiş bulunması karşısında; bu husus bağlı bulunduğu kurumdan da sorularak belgelendirildikten sonra görev yaptığı sırada suç işleyen sanık hakkında 2547 sayılı Yüksek Öğretim Yasasının 53/C madde ve fıkrası uyarınca soruşturma yapılması gerektiği ..." Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 20.10.2001 tarih ve 2001/12308 E. ve 2001/13227 K. sayılı kararı. (www.sinerjimevzuat.com.tr/, E.T. 10.10.2021)

"...Üniversitesinde ... hukuk müşaviri olarak görev yapan ve aynı zamanda avukat olan sanık hakkında ... 2547 sayılı kanunun 53 ve 1136 sayılı kanunun 58-59. maddelerine göre iki ayrı özel soruşturma usulü bulunduğu, bunlardan idarenin kendi içinde yürütülüp sonuçlandırılacak olması nedeniyle sanığın daha lehine olduğu değerlendirilen 2547 sayılı kanun hükümleri uyarınca son soruşturmanın açılıp açılmaması konusunda bir karar verilmek üzere dosyanın yetkili mercie gönderilmesi gerektiği..." Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 27.06.2016 tarih ve 2014/6049 E. ve 2016/6864 K. sayılı kararı. (www.sinerjimevzuat.com.tr/, E.T. 10.10.2021)

Görüleceği üzere 2547 sayılı Kanun kapsamındaki kamu görevlisi tanımı oldukça geniş yorumlanmaktadır.

İşçilerin durumu için bkz. Danıştay 1. Dairesi'nin 04.04.2017 tarih ve E:2017/565, K:2017/571 sayılı kararı, (Yayımlanmamıştır.) Danıştay 1. Dairesi'nin 14.03.2017 tarih ve E:2016/2389, K:2017/399 sayılı kararı, (Yayımlanmamıştır.)

Vakıf yükseköğretim kurumlarında görevli personel açısından değerlendirme için bkz. ZAFER, Hamide, "Ceza Hukuku Uygulamasında Kamu Görevlisi", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:IX, Sayı:2, İstanbul, 2012, s. 213-226.

sonucu vakıf üniversitelerinin personeli de (değişiklik ile özel bir hüküm içermemesi nedeniyle mütevellî heyeti başkan ve üyeleri hariç) 2547 sayılı Kanun kapsamına alınmış ve bu durum “ayrıcalıklı pozisyon sağlaması” gerekçesiyle eleştirilmiştir⁶⁶.

Yükseköğretim Kanununun 53. maddesinin metninden de anlaşılacağı üzere Kanunun konu yönünden “görev dolayısıyla” ya da “görevin icrası sırasında işlenen suçlar”ı kapsamına aldığı anlaşılmaktadır⁶⁷.

Ön incelemeyi, Yükseköğretim Kanununun 53/1-c-(1). maddesi gereğince, Yükseköğretim Kurulu Başkanı veya diğer disiplin amirleri bizzat yürütebilecekleri gibi uygun sayıda görevlendirecekleri bir heyete de yaptırabilirler⁶⁸. Görevlendirme esnasında dikkat edilecek önemli bir husus, soruşturmacının, soruşturulacak personelden, akademik yönden daha kıdemli olması zaruretidir. Kanunda bir açıklık bulunmamakla birlikte görev unvanı bakımından da bu hassasiyete dikkat etmek gerekecektir. Örneğin akademik unvanındaki kriter yanında bir daire başkanının ön incelemesi yine en az bir daire başkanı tarafından yapılmalıdır. Yine 4483 sayılı Kanunda ön incelemenin kurum içinden yapılacağı dü-

⁶⁶ Mesci/Aydın, s. 17.

⁶⁷ “Şüphelilere isnat edilen suç, ...promosyon bedelinin, ... Üniversitesi Vakfına bağış olarak kabul edilmesine ilişkin olduğu, ... suçun, ... öğretim üyeliği sıfatlarından kaynaklanmadığı ve görevleri dolayısıyla ya da bu görevlerini yaptıkları sırada işlenmediği, suç hakkında 2547 sayılı Kanunun ilgili maddesi kapsamında ceza soruşturması yapılamayacağı ve men-i muhakemei veya lüzum-u muhakeme yolunda bir karar alınmayacağı...” Danıştay 1. Dairesinin 06.12.2011 tarih ve 2011/1781 E. ve 2011/1940 K. sayılı kararı. (www.sinerjimevzuat.com.tr/, E.T. 06.10.2021)

“... suçların Spor Kulübü Derneği işleriyle ilgili olduğu, ... memur olmaları sıfatlarından doğan ve görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işlenen suçlardan olmadığından, ... şüpheliler hakkında yasal takibatın genel hükümlere göre Cumhuriyet savcılığınca yapılması gerektiğine...” Danıştay 1. Dairesininin 07.12.2012 tarihli ve 2010/1638 E. ve 2010/1901 K. sayılı kararı. (www.sinerjimevzuat.com.tr/, E.T. 05.07.2021)

⁶⁸ PINAR, İbrahim, 4483 Sayılı Kanuna göre Memur Suçlarında İdari ve Adli Soruşturma Usulleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 434; ÜNLÜ, Ahmet Hamdi, “Üniversite Personelinin Göreve İlişkin Suçlarının Kovuşturulması”, Danıştay Dergisi, Yıl:14, Sayı: 52-53, Ankara, 1984, s. 25.

“Soruşturma açmaya yetkili merci ile ceza vermeye yetkili merciin aynı olması ya da soruşturma açmaya yetkili merciin son soruşturma kurulunda yer alması gibi nedenlerle kimi zaman soruşturmacı tayini zorunlu hale gelmektedir. Aksi takdirde soruşturma açmaya yetkili merciin objektif ve tarafsız olmadığı ileri sürülebilir. Soruşturmacının tarafsızlığı kadar soruşturma açan kişinin de tarafsız ve objektif olması gerekmektedir.” Mesci/Aydın, s. 36.

zenlemesinin Yükseköğretim Kanununun 53. maddesinde bulunmaması yanında aynı hususiyetin Yükseköğretim Kanununun için de uygulanması gerektiği değerlendirilmektedir.

Ön inceleme için görevlendirilen personelin tarafsız ve objektif olması ve bu şartları sağlayabilecek personel arasından seçilmesi önem arz etmektedir. Bu nedenle görevlendirilecek personelin soruşturmayla herhangi bir ilgisinin bulunmaması (akrabalık, halef-selef, eylemin mağduru vb.) önemli bir husustur. Burada bir kriter olarak hâkimin davaya bakamama ve reddi sebepleri tatbik edilebilir⁶⁹. Sadece ön inceleme yapacak heyetin değil aynı zamanda ilk veya son soruşturma açılmasına karar veren kişi veya kurulun da objektif olması gerekmektedir⁷⁰.

Ön inceleme ile görevlendirilen personel, Yükseköğretim Kanununun 53. maddesinin açık atfı nedeniyle, Yükseköğretim Kanununda bulunmayan hallerde, 4483 sayılı Kanunun 6. maddesindeki yetkiler kullanabilirler. Bu Kanunda da bulunmayan durumlarda CMK'nin ön inceleme kurumuna uygun yetkileri kullanabileceklerdir. Bu çerçevede, ön inceleme ile görevlendirilen personel; delil toplayabilecek, ifade ve savunma tespit edebilecek, tanık dinleyebilecek, görevden uzaklaştırma veya görevden uzaklaştırmayı talep etme kararı verebilecek, münhasıran Cumhuriyet savcısı veya hâkim/mahkeme kararı gerektiren durumlar hariç olmak üzere koruma tedbirlerine karar verebilecektir. Eğer münhasıran Cumhuriyet savcısı veya hâkim/mahkeme kararı gerektiren bir durum söz konusu olursa bu tedbirlerin alınması için ilgisinden talepte bulunabilir.

Yükseköğretim Denetleme Kurulunun bir ön inceleme yapması halinde ise Yükseköğretim Denetleme Kurulunun Teşkilat, Görev ve Çalışma Usûlleri Yönetmeliğinin 24. maddesi gereğince, ön inceleme veya soruşturma yapan personel sorgu hâkimi (sulh ceza hâkimi) yetkisine sahiptir. Ancak bir yönetmelikle bu kadar geniş yetki verilmesi doğru bulunmamaktadır.

⁶⁹ Mesci/Aydın, s. 40.

⁷⁰ Danıştay 2. Dairesinin 21.10.2003 tarih ve 2003/910 E. ve 2003/2067 K. sayılı kararı. (www.sinerjimevzuat.com.tr/, E.T. 22.05.2021)

Ön inceleme süresi konusunda, Yükseköğretim Kanununda bir düzenleme bulunmamakla birlikte⁷¹, uygulamada 4483 sayılı Kanundaki 30 ve ilave 15 günlük soruşturma süresi Yükseköğretim Kanunu kapsamındaki soruşturmalarda uygulanmamakta, bunun yerine ön inceleme süresi olarak Kanunun 53/A-1. maddesindeki disiplin soruşturması için öngörülen süreye itibar edilerek görevlendirmenin tebliğinden itibaren iki ay ve verilecek ek süre soruşturma süresi olarak tatbik edilmektedir⁷².

Ön inceleme sonucunda görevlendirilen personel bir rapor hazırlayacaktır. Bu raporda; görevlendirme emrine ilişkin bilgiler, iddiaya konu edilen eylemin öğrenilme şekli ve niteliği, ön incelemenin başlama ve bitiş tarihleri, hakkında inceleme yürütülen kişinin kimlik ve memuriyet bilgileri, soruşturulan eylemin işlendiği tarih/tarih aralığı, dinlenmiş mağdur, suçtan zarar gören ve tanık kimlikleri, memuriyet bilgileri ve beyanlarına ilişkin tutanaklar, varsa bilirkişi kimliği ve hakkında ön inceleme yürütülen kişinin savunmasına yer verilecektir. Ayrıca bu raporda varsa suçun vasıflandırması ve eylemin uyduğu Kanun maddeleri, suçun unsurlarına ilişkin bilgiler değerlendirilecektir. Netice olarak bu eylem nedeniyle kovuşturmaya gerek olup olmadığı da belirtilecektir. Tüm bu bilgileri içeren gerekçeli kanaat raporda gösterilecektir. Ön inceleme bir heyet marifetiyle yaptırıldı ise ve karar oybirliği ile verilmedi ise karşı oylar da gerekçeli olarak raporda gösterilecektir. Müteakiben rapor ve ekleri, ön inceleme emri veren makama gönderilecektir⁷³. Hazırlanan rapor ön inceleme sonucunda ulaşılan kanaat olup henüz bir karar içermemektedir.

Yapılmışsa ilk soruşturmanın (ön incelemenin) tamamlanmasını müteakip ikinci aşama olan son soruşturma geçilip geçilmeyeceğine karar vermek aşamasına geçilecektir. İlk soruşturma (ön inceleme) raporu bu konuda bir karar verecek olan mercie ulaştırılacaktır⁷⁴. Son soruşturma

⁷¹ İSTANBULLU, Burhanettin, Devlet Üniversitelerindeki Kamu Görevlilerinin Görevleri Nedeniyle İşledikleri Suçlardan Dolayı Soruşturulması, Yüksek Lisans Tezi, Niğde Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Niğde, 2009, s. 47.

⁷² Mesci/Aydın, s. 49.

⁷³ Pınar, s. 158, 159.

⁷⁴ Duman, 120, 121.

kararı verilmesi için Kanunda öngörölmüş herhangi bir süre bulunmamaktadır. Bu da önemli bir yasal eksiklik olup azami sürelerin mutlaka yasa ile düzenlenmesi gerekmektedir.

Yetkili kurul, dosyayı inceledikten sonra varsa eksikliklerin giderilmesini ön incelemeyi yapan kişi/heyetten isteyebilir ve eksikliğin giderilmesini temin eder. Eğer eksik yoksa tarih ve sayı numarası vermek suretiyle kararını bir tutanağa bağlar. Bu kararda varsa muhalefet gerekçeleri de bulunur⁷⁵.

Yükseköğretim Kanununun 53. maddesi “lüzum-u muhakeme” ya da ; “men-i muhakeme” kararlarından birinin verilmesi gerektiğini belirttiğinden başka bir kararın verilebilmesi imkânı bulunmamaktadır⁷⁶.

Men-i muhakeme kararı eylemin suç teşkil etmemesi, eylemin disiplinsizlik oluşturması veya eylemin disiplinsizlik dâhil bir yaptırıma konu edilmeyeceğinin anlaşılması üzerine verilecek karardır. Men-i muhakeme kararı verildikten ve bu karar bir nevi kesinleştikten sonra artık yeni bir delil ortaya çıkmadan kamu davası açılabilmesi mümkün değildir. Benzer düzenleme 4483 sayılı Kanunda da yer almaktadır.

Toplanan deliller ışığında eylemin ceza kovuşturmasına tabi bir suç oluşturduğu düşünülüyor ise bu durumda verilecek karar lüzum-u muhakeme kararıdır. Artık lüzum-u muhakeme kararı iddianame niteliğindedir⁷⁷. Lüzum-u muhakeme kararı iddianame niteliğinde olduğundan,

⁷⁵ Mesci/Aydın, s. 63, 64.

⁷⁶ Duman, 121, 124; Danıştay 1. Dairesinin 04.02.2005 tarih ve 2004/663 E. ve 2005/119 K sayılı kararı. (www.sinerjimevzuat.com.tr/, E.T. 10.10.2021)

⁷⁷ Pınar, s. 160; GÖKCAN, Hasan Tahsin, ARTUÇ, Mustafa, Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usûlleri (Memur Yargılaması), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 706; Danıştay 2. Dairesinin 10.10.2002 tarih ve 2001/1032 E. ve 2002/3415 K. sayılı kararı. (www.sinerjimevzuat.com.tr/, E.T. 10.10.2021)

“...2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinin (c) fıkrası 1. bendi uyarınca yapılan ilk soruşturmayı müteakip, aynı maddenin (c) fıkrası 2. bendinin (c) alt bendi gereğince oluşturulan 3 kişilik Üniversite Cezaî Soruşturma Kurulu'nca verilecek “lüzum-u muhakeme” kararı ile “men-i muhakeme” kararına yönelik denetim üzerine, “lüzum-u muhakemeye” dair Danıştay 1. Dairesinin kararının, 2547 sayılı Kanun'un 53. maddesi (c) fıkrası 2. bendi gereğince son soruşturmanın açılması kararı olmaları bakımından, iddianame yerine geçeceği, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 11. maddesinin uygulama alanı bulunmadığı, Cumhuriyet savcısının ayrıca iddianame düzenleyerek kamu davası açmasına gerek olmadığı...” Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin

bu kararda, CMK'nin iddianameyi konu alan 170. maddesindeki unsurlar bulunmalıdır.

Lüzum-u muhakeme kararı itiraza tabi bir karar olduğundan, bu karar ilgisine bildirilecektir. Bildirimde itiraz yol ve yönteminin açıkça belirtilmesi gerekmektedir. İtiraz olursa lüzum-u muhakeme kararı ve ekleri itiraz merciine, itiraz olmazsa lüzum-u muhakeme kararı ve ekleri görevli ve yetkili mahkemeye gönderilecektir.

Men-i muhakeme kararı itiraz üzerine veya kendiliğinden, lüzum-u muhakeme kararı ise hakkında soruşturma yürütülen kişinin itirazı üzerine Danıştay 1. Dairesince, Danıştay 1. Dairesince verilen lüzum-u muhakeme kararına itiraz Danıştay İdari Davalar Kurulunca karara bağlanacaktır.

Yükseköğretim Kanununu 53. maddesinde belirtilen kişiler hakkında yapılacak soruşturma sonucunda (Kanunun 4483 sayılı Memurların ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkındaki Kanuna yapılan atıf nedeniyle 4483 sayılı Kanunun 6. maddesinde sayılan yetkiler Yükseköğretim Kanunu çerçevesinde görevlendirilen soruşturma kurullarına da tanınmıştır) çıkan netice karar; Kanunun 53/c-2. maddesi çerçevesinde şüphelinin ifa ettiği göreve göre Danıştay İdari İşler Kurulunca veya Danıştay 2. Dairesince denetlenmeyi müteakip kesinleştiğinde artık lüzum-u muhakeme kararı ile birlikte soruşturma evrakının görevli ve yetkili Yargıtay Dairesine⁷⁸ veya genel görevli ve yetkili mahkemeye tevdi

23.03.2017 tarih ve 2016/2468 E. ve 2017/1141 K sayılı kararı (www.sinerjimevzuat.com.tr/, E.T. 10.10.2021)

⁷⁸ 2846 sayılı Yükseköğretim Kanununu 53/c-(4). maddesi gereğince "Yükseköğretim Kurulu ve Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyelerinin yargılanması Yargıtay ilgili ceza dairesine, temyiz incelemesi Ceza Genel Kuruluna, diğer görevlilerin yargılanmaları suçun işlendiği yer adliye mahkemelerine aittir."

edilmesi gerekmektedir. Bu belge artık iddianame yerine geçen belge olmaktadır⁷⁹ ve iddianamede bulunması gereken tüm özellikleri barındırması gerekecektir⁸⁰. Bu belgenin iade edilmesi kapsamında da aslında özel bir durum bulunmamaktadır. Kanaatimizce bu belgenin de CMK'nin 174. maddesine göre ve kıyasen iade edilebilmesi mümkündür. İade kararı verilmesi halinde soruşturma evrakı ile birlikte lüzum-u muhakeme kararının ilgili kuruma gönderilmesi ve yetkili kurullarca noksanlıklara yönelik soruşturma yapılarak sürecin Yükseköğretim Kanununun 53. maddesi gereğince aynı usullerle tekemmül ettirilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

İade kararına karşı itiraz konusunda ise iade kararına karşı sadece Cumhuriyet savcısının itiraz edebileceği düşünüldüğünde, lüzum-u muhakeme kararı veren kurulun, mahkemenin iade kararına itiraz edemeyeceği değerlendirilmektedir.

Bu konu kapsamında da gerek ilk incelemeyi yapan görevli veya heyet, gerekse son soruşturmanın açılmasına karar verecek kurul ile itirazları karara bağlayacak merciler, tıpkı soruşturma aşamasında delilleri değerlendirme görevini yürüten Cumhuriyet savcısı gibi delilleri değerlendirmek yetkisini taşımaktadırlar.

3. İcra İflas Kanundaki Şikâyet Usulü

Cumhuriyet savcısının düzenlediği iddianame olmaksızın başlatılan kovuşturma sürecinin bir diğer türü ise İcra İflas Kanununun (İİK) 349. maddesi gereğince, şikâyetçinin yazılı şikâyeti veya sözlü şikâyetini mahkeme kâtibine yazdırması üzerine başlatılan kovuşturma sürecidir.

⁷⁹ Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün 04.05.2017 tarih ve 19120602-045-02-0343-2017-E.1094-/32020 sayılı görüşünde; bu düşünceyi tekrarlamış ve Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 2014/2918-3884 E. ve K. sayılı kararına atıf yaparak Yargıtay'ın bu kararda 2547 sayılı Kanunun 53. maddesi gereğince yapılan soruşturma esnasında arama ve elkoyma talebinin Cumhuriyet başsavcılığınca yapılmasını, mahkemenin bu doğrultuda bir karar vermesini bozma nedeni yapmadığını işaret etmiştir. Hatta aynı görüşte Adalet Bakanlığı, soruşturma heyetinin istinabe talebinin Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yerine getirilmesi gerektiğini de belirtmiştir. Bu tür tespitler bizim iddianame yerine geçen belgelerin iadesi meselesinde kıyas yapılabileceği hakkında da bir fikir vermektedir.

⁸⁰ GÜRGEN, Lütfi, "2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda Görevi Kötüye Kullanma Suçunun Soruşturma Usulü", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2018, Yıl 6, Sayı 11, s. 166.

İİK ile kurulmuş bir ceza mahkemesi olan icra ceza mahkemesinde, özel bir muhakeme usulü uygulanmaktadır⁸¹. Bu ayırım, icra ve iflas hukununun amaç ve niteliklerinden kaynaklanmaktadır. İİK'nin öngördüğü ceza rejiminin CMUK'un 344. maddesindeki şahsi dava sistemine benzediği ileri sürülmektedir⁸². Şahsi dava usulünün CMK ile birlikte ortadan kaldırıldığı, bu nedenle İİK'de belirtilen suçların da kendiliğinden kamu davasına dönüştüğü belirtilmiştir⁸³. Bu düşüncenin; İİK'de düzenlenen suçların, şahsi davaya ilişkin düzenlemeler içeren CMUK'un 344. maddesinde yer verilmemesi nedeniyle, doğru olmadığı söylenebilir⁸⁴.

İİK'deki ceza davasının başlatılması usulü şahsi dava usulüne benzetilebilir ise de icra ceza muhakemesinin yapısı, amacı ve işlevi dikkate alındığında, CMK ile ciddi farklar bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır. Nitekim İİK'de, yargılama usulüne ilişkin özel düzenlemeler bulunmaktadır⁸⁵.

Bu bilgiler doğrultusunda, İİK'de düzenlenen şikâyet usulünün kendine özgü bir yapısı olduğu, CMK'den ayrıksı morfoloji içerdiği söylenebilir. Bu nedenle de CMK sistematığına bir istisna teşkil etmektedir.

İİK'nin 331 vd. maddelerinde belirtilen suçlar açısından yapılacak kovuşturma bir şikâyet dilekçesi ile başlamakta olup bu şikâyet dilekçesi iddianame yerine geçen belgedir. İcra ceza mahkemelerinde Cumhuriyet savcısı bulunmamakta olup mahkeme, şikâyet dilekçesinin sınırları ile (iddia ve taleplerle) bağlı olduğundan bu şikâyet dilekçesinin iadesinin mümkün olmadığı değerlendirilmektedir. İİK'nin 349. maddesindeki

⁸¹ İcra mahkemesince yürütülen ceza muhakemesinin "özel ceza muhakemesi" olarak adlandırılmasına dair bkz. Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma Gezer/ Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/ Erden Tütüncü/ Altınok Villemin/Tok, s. 840, 841.

⁸² POSTACIOĞLU, İlhan E./ ALTAY, Sümer, İcra Hukuku Esasları, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 900.

⁸³ Öztürk/ Tezcan/ Erdem/ Sırma Gezer/ Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/ Erden Tütüncü/ Altınok Villemin/Tok, s. 840, dn. 51.

⁸⁴ BAŞTÜRK, İhsan, "İcra ve İflas Kanununun On Altıncı Babındaki Takibi Şikayete Bağlı Suçlarda Uzlaştırma Kurumunun Uygulanmasının Doğuracağı Sakıncalar", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XXIV, Sayı 4, Ankara, 2020, s. 626.

⁸⁵ Bkz. İİK'nin; görev ve birleştirme yasağına ilişkin 346, şikâyet süresine ilişkin 347, yetkiye ilişkin 348, yargılama usulüne ilişkin 349, duruşma usulüne ilişkin 350, tahkikat usulüne ilişkin 351, karar verilmesine ilişkin 352, itiraza ilişkin 353, davanın ve cezanın düşmesine ilişkin 354. maddeleri.

müşteki de bu dilekçesinin hazırlanması aşamasında elde mevcut delillerden istifade edeceğinden, bu müştekinin de delilleri değerlendirme yetkisi olduğu değerlendirilmektedir.

4. Karayolları Trafik Kanununun 114. Maddesindeki Tutanak

Karayolları Trafik Kanununun 114. maddesi gereğince, Karayolları Trafik Kanununda suç olarak düzenlenen fiiller hakkında, yetkili merciler tarafından düzenlenen tutanakların, yedi iş günü içinde yetkili mahkemeye gönderileceği düzenlenmiştir. Kara Yolları Trafik Kanununda çeşitli suç tipleri düzenlenmiş olmakla birlikte bunlardan sadece Kanunun 79/2. maddesinde düzenlenen suç tipi yukarıda değinilen kapsamdadır. Diğer suçlar, hafif hapis cezası gerektiren suçlar olduğundan ve bu suçlar 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 7. maddesi gereğince kabahate dönüştürüldüğünden, incelememiz dışındadır. Kara Yolları Trafik Kanununun 79/2. maddesindeki suç nedeniyle yetkili mercilerce düzenlenen ve zamanında yetkili mahkemeye gönderilen tutanak, iddianame yerine geçen belge niteliğindedir.

CMK'nin getirdiği sistemde, soruşturma evresi Cumhuriyet savcısı merkezli olarak işaret edilmiş ve bu sürecin tek hâkimi Cumhuriyet savcısı olarak belirlenmiştir⁸⁶.

Ceza muhakemesinde, yetkili merciler tarafından bir karar verildiğinde, kişilerin hak ve özgürlüklerine temas eden bazı kısıtlamalar söz konusu olabilmektedir⁸⁷. Kişilerin hak ve özgürlüklerinin kısıtlanmasına neden olabilecek bir işlem söz konusu olduğunda, bu tür işlemlerin, devletin meşruiyeti ve otoritesi çerçevesinde yerine getirilmesi gerekecektir⁸⁸. Bu düşünce çerçevesinde, Kıta Avrupası'nda kamu davası sürecini başlatmak görevi, devlet adına, savcılar vasıtasıyla yerine getirilmekte ve kovuşturma evresinin sonuna kadar iddia görevi bu makam tarafından temsil edilmektedir⁸⁹.

⁸⁶ Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar Kırıt/Alan Akcan/Özaydın/Erden Tütüncü/Altınok Villemin/Tok, s. 221

⁸⁷ KARAKEHYA, Hakan, "Ceza Muhakemesinin Amacı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2007, Cilt. 65, Sayı: 12, s. 121.

⁸⁸ Yurtcan, 107; Ünver/Hakeri, 68; Centel/Zafer, 121, 552.

⁸⁹ Centel/Zafer, 127.

CMK'nin ihdas edildiği tarih de dikkate alındığında; Kara Yolları Trafik Kanunu'ndaki görevli memur tarafından kovuşturma sürecini başlatmak üzere tutanak tanzimi ve bu tutanağın ilgili mahkemeye iletilmesi şeklindeki işlem (kamu adına iddiada bulunmak işlemi), CMK ile sadece Cumhuriyet savcısına tanınan kamu adına iddiada bulunmak yetkisi nedeniyle, acaba zımninden ortadan kalkmış mıdır? Bu sorunun cevabı aslında açıktır. Nitekim CMK'nin soruşturmada Cumhuriyet savcısını merkeze alan düzenlemesine aykırı oldukça fazla yasa hükmü bulunduğu dikkate alındığında, özel kanun hükmü olan Kara Yolları Trafik Kanunu'ndaki istisnai düzenlemenin zımninden de olsa CMK tarafından ilga edildiğini söylemek mümkün olmayacaktır. Aksi düşünce kanun koyucunun iradesini ortadan kaldırmak anlamına gelebilecektir. Nitekim kanun koyucu, bahse konu istisnanın ortadan kaldırılmasını istese idi bu yönde bir irade sergilerdi.

Kara Yolları Trafik Kanununun 79/2. maddesi çerçevesinde düzenlenen belgeler, CMK'nin 170. maddesindeki şartlardan bünyesine uygun olanları barındırmadığı takdirde, yetkili mahkemesince, CMK'nin 174. maddesi gereğince iade edilebilecektir. Tutanak düzenlemeye yetkili makam işaret edilen eksiklikleri gidererek gerekirse yeni bir tutanak hazırlayıp yetkili mahkemeye gönderebilecektir. Ancak bu başlık altında düzenlenen tutanak düzenlemeye yetkili makamın mahkeme kararına itirazı mümkün değildir. İddianamenin iadesi kurumunda itiraz mercileri özel olarak düzenlendiğinden ve Kara Yolları Trafik Kanununun 114. maddesi gereğince tutanak düzenlemeye yetkili makamların iade kararına itirazı özel olarak düzenlenmediğinden, tutanak düzenlemeye yetkili mercilerin iade kararına itirazı mümkün değildir. Nitekim CMK'nin 267. maddesi gereğince hâkim veya kanunda açıkça düzenlenen mahkeme kararlarına karşı itiraz yolu açık bulunmaktadır.

Kara Yolları Trafik Kanununun 79/2. maddesinde düzenlenen suçun niteliği dikkate alındığında, tutanağı düzenleyen kamu görevlilerinin, bu görevlerini icra ederken delilleri değerlendirmeye tabi tutmaları kaçınılmazdır.

Diğer taraftan, çok sık olmasa bile anılan suçla ilgili olarak yetkili mercilerce işlem yapıldığına da rastlanmaktadır⁹⁰.

Sonuç

AYM Başkan ve üyelerinin soruşturmalarına ilişkin netice kararın Genel Kurul'da verilmesi, Yüce Divanın AYM Genel Kurulundan oluşması, diğer özel bazı kanunlarda (örneğin Yargıtay Kanununda) soruşturma açılmamasına ilişkin kararın kesin olması konumuz açısından en önemli eleştiri noktalarıdır.

Diğer taraftan CMK ile şahsi dava usulü kaldırılmış olmasına rağmen İcra İflas Kanunundaki şikâyet usulünün devam ediyor olması büyük bir noksanlıktır.

CMK gereği soruşturma yapmaya ve iddianame düzenlemeye yetkili tek makam olarak Cumhuriyet savcısı işaret edilmiştir. Ancak bazı özel kanunlarda ve bazı özel kişilerin görev suçları ya da kişisel suçlarının soruşturulmasında ve bu kişiler açısından kamu davasının açılması sürecinin harekete geçirilmesinde özel usuller belirlenmiştir⁹¹. Nasıl yargıda birlik önemli bir argümanrsa yargılama usulünde birlik de o kadar önemli bir argümandır. Bu durumda Anayasa'nın 105 ve 106. maddelerindeki Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Bakanlar ile 148. maddesindeki TBMM Başkanı hakkındaki usul saklı kalmak üzere diğer özel statüdeki kamu görevlilerinin yargılanması usulünde sadece soruşturma iznine yönelik düzenleme yapılması, soruşturma izni verilmesi durumunda soruşturmanın duruma göre; Yüce Divan'da iddia görevini yürüten Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya vekili, Yargıtay'da yapılacak yargılamalar açısından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, genel mahkemelerde yapılacak yargılamalar açısından Cumhuriyet başsavcısı veya

⁹⁰ Haber için bkz. <https://www.sabah.com.tr/egeli/2016/04/28/korsan-otoparkcilara-iki-yil-hapis-istemi>, E.T. 28.12.2021.

⁹¹ Anayasa Mahkemesinin 10.10.2013 tarih ve 2013/58 E. ve 2013/114 K. sayılı kararında; 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53/c maddesinin iptali için yapılan Sınop Sulh Ceza Mahkemesinin başvurusunu, özel statüdeki kamu görevlileri hakkındaki soruşturma usulünün belirlenmesi yetkisinin Kanun koyucuda olduğu vurgulanarak iptal başvurusunu reddedilmiştir.

vekili tarafından yürütülerek iddianamenin bu makamlar tarafından hazırlanması, iddianamenin iadesi sürecinin ise genel hükümler çerçevesinde yürütülmesinin uygun olacağı değerlendirilmektedir.

Yürüyüşün mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde devam edeceği halde ise iddianame yerine geçen her türlü belgenin, iddianın geldiği mekanizmanın vasfından bağımsız olarak, CMK'nin 174. maddesi uyarınca iade edilebileceği, aksi halde iddianameye alternatif belgelerin çoğaltılabilmesi riskinin bulunduğu, iddianamenin iadesi kurumunun yargılamayı hızlandırmak yanında özgürlükleri korumaya yönelik bir fonksiyonunun da bulunduğu dikkate alındığında, mahkemelerin özgürlüklerden yana tavır almalarının önündeki engellerin kabul edilemez olduğu değerlendirilmektedir. Bununla birlikte yetkili mahkemenin, kovuşturma aşamasında re'sen ve kolaylıkla giderilebilecek eksiklikler nedeniyle iddianame yerine geçen belgeleri iade etmemesi, sürecin sürati ve sıhhati açısından daha doğru olacaktır.

KAYNAKLAR

- AYDIN, Murat, "İddianamenin Unsurları ve İadesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2006, Cilt X, Sayı 1, 2, s. 367-416.
- BAŞTÜRK, İhsan, "İcra ve İflas Kanununun On Altıncı Babındaki Takibi Şikâyete Bağlı Suçlarda Uzlaştırma Kurumunun Uygulanmasının Doğuracağı Sakıncalar", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XXIV, Sayı 4, Ankara, 2020, s. 613-666.
- BİRTEK, Fatih, Ceza Muhakemesinde İkrar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- CENGİZ, Serkan, DEMİRAG/Fahrettin/ERGÜL, Teoman/McBRİDE, Jeremy/TEZCAN, Durmuş, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara, 2008, s. 154-161.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2020.
- CİN, Onursal, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Palet Yayınları, Konya, 2015.
- DUMAN, Bahattin, Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması, Seçkin yayıncılık, 7. Baskı, Ankara, 2021.
- DURANOĞLU, Yakup, Soruşturma Evresinde Toplanan Delillerin Değerlendirilmesi ve Kamu Davasının Açılması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2021.
- ERTEM, Burcu, Kamu Davasının Açılması ve İddianamenin İadesi, Yüksek Lisans Tezi Ankara, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.
- ERTEN, Burcu, "Ceza Muhakemesi Kanununda İddianamenin İadesi", Hukuk Gündemi, S. 2, Ankara, 2005 s. 68-71.
- EVİK, Vesile Sonay, "İddianamenin İadesi", Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt II, Ankara, 2008, s. 811-829.
- FEYZİOĞLU, Metin, Meclis Soruşturması, Ankara, Savaş Yayınları, 2006,
- GÖKCAN, Hasan Tahsin, ARTUÇ, Mustafa, Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usûlleri (Memur Yargılaması), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

- GÖKCEN, Ahmet/BALCI, Murat/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Adalet Yayınları, İstanbul, 2020.
- GÜLTEKİN, Özkan, İddianame ve İddianamenin İadesi, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- GÜLTEKİN, Özkan, "Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan Sıfatıyla Yaptığı Yargılamada İddianamenin İadesi ve İtiraz Kanun Yolu", Terazi Hukuk Dergisi, 2011, Cilt 6, Sayı 54, s. 15-24.
- GÜRGEN, Lütfi, "2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda Görevi Kötüye Kullanma Suçunun Soruşturma Usulü", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2018, Yıl 6, Sayı 11, s. 145-168.
- HACIOĞLU, Burhan Caner, "1999 CMUK Tasarısında Muhakemenin Yürüyüşüne İlişkin Düzenlenen Ara Soruşturma Devresi (Orta Aşama) Üzerine Bir İnceleme", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VI, S. 1-4, 2002, s. 147-166.
- İSTANBULLU, Burhanettin, Devlet Üniversitelerindeki Kamu Görevlilerinin Görevleri Nedeniyle İşledikleri Suçlardan Dolayı Soruşturulması, Yüksek Lisans Tezi, Niğde Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Niğde, 2009.
- KAYA, Kamuran, "6216 Sayılı Kanun Kapsamında Yüce Divan Yargılaması", İstanbul Barosu Dergisi, 2012, Cilt 86, Sayı 6, s. 255-264.
- KAYA, Mehmet, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Soruşturma Evresinde Adil Yargılanma Hakkı, Doktora Tezi, Ankara, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, 2014.
- KARAKEHYA, Hakan, "Ceza Muhakemesinin Amacı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 65, Sayı 121, 2007.
- KARAKURT, Ahu, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İddianamenin İadesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2009, S. 82, s. 1-31.
- KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2000.
- KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ceza Muhakemesi Hukuku), 15. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2006,

- KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, (Ceza Muhakemesi Hukuku), 15. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2010.
- MERAKLI, Serkan, "İddianamenin İadesi Kurumunun Ceza Muhakemesi Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Özel Sayı, İzmir 2014, s. 1595-1652.
- MESCİ, Hatice/AYDIN, Vahdettin, "Yükseköğretim Kurumlarında Çalışan Kamu Görevlilerinin Ceza Soruşturma Usulü". Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017, Cilt 7, Sayı 2, s. 1-91.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ÖZEN, Mustafa, "Kamu Davası Açma Konusunda Benimsenen İlkeler, Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi ve İddianamenin İadesi", Ankara Barosu Dergisi, 2009, Sayı 3, s. 17-28.
- ÖZEN, Mustafa, "1982 Anayasasına Göre Yüce Divan Yargılamasındaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Türk Hukuk Dergisi, Ocak 2018, Sayı 17, s. 23-36.
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006.
- ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA GEZER, Özge/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ALAN AKCAN, Esra,/ÖZAYDIN Özdem/ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser/ALTINOK VILLEMIN, Derya/TOK, Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ÖZTÜRK, Bahri, (1995), "Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi "Yüce Divan"", Anayasa Yargısı, Ankara, Sayı 12, s. 59-108.
- PINAR, İbrahim, 4483 Sayılı Kanuna göre Memur Suçlarında İdari ve Adli Soruşturma Usûlleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- POSTACIOĞLU, İlhan E./ ALTAY, Sümer, İcra Hukuku Esasları, 5. Baskı, Vedat Ki-tapçılık, İstanbul, 2010.

- PRADEL, Jean: “Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü, ISIC Kollokyumlarının Sentez Raporu”; (Çev.) Sulhi DÖNMEZER, Çağdaş Sistemlerde Karşılaştırmalı Ceza Usulü, İstanbul, 2000.
- ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt I, 11. Baskı, Ankara, 2020.
- TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 20. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2020.
- ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- YANIK, Murat, Yüce Divan, Derin Yayınları, İstanbul, 2018.
- YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- YENİSEY, Feridun, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku–Duruşma ve Kanun Yolları, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1990.
- YILDIRIM, Akif, Bireysel Başvuruda Ceza Yargılamasını İlgilendiren Kararlar, EPAMAT Basın Yayın, 2017.
- YILMAZ, Dilşat, “Yükseköğretim Personeli Ceza Soruşturması, Yasal Eksiklikler ve Çözüm Önerileri”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XVII, Sayı:1-2, Erzincan, 2013, s. 109-111.
- YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ZAFER, Hamide, “Ceza Hukuku Uygulamasında Kamu Görevlisi”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: IX, Sayı:2, İstanbul, 2012, s. 213-226.

KASA KİRALAMA SÖZLEŞMESİ

Arş. Gör. Dr. Aziz Erman BAYRAM*

Öz

Kasa kiralama sözleşmesi, hukukî niteliği itibarıyla, kira ve vekâlet sözleşmesine ait unsurların bir araya getirildiği karma nitelikli bir sözleşmedir. Kasa kiralama sözleşmesinde bankanın, kasanın kullanılmasını müşteriye bırakma, müşterinin kasaya erişmesinde iş birliğinde bulunma, kasanın güvenliğini sağlama ve sır saklama yükümleri bulunmaktadır. Kasa kiralama sözleşmesinde banka, borçlarını sadâkat ve özenle yerine getirmek zorundadır. Bankanın özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, kasa kiraya verme işini üstlenen basiretli bir bankanın göstermesi gereken davranış esas alınır. Sorumluluğun koşullarının gerçekleşmesi üzerine, banka, müşterinin maddî ve manevî zararını gidermekle yükümlüdür. Kasa kiralama sözleşmesinde müşteri, sözleşme bedelini ve kararlaştırılmışsa depozitoyu ödemekle yükümlüdür. Müşteri, sözleşme bedelini ödemezse, banka, müşteriye karşı borçlunun temerrüdünün hükümlerini işletebilir, müşteriye yazılı olarak bir süre verip bu sürede de ifa etmeme durumunda, sözleşmeyi feshedeceğini bildirebilir. Müşteri, ayrıca, kasayı sözleşmeye uygun olarak özenle kullanmakla yükümlüdür; aksi hâlde, banka, müşteriye önceden ihtarda bulunmaksızın sözleşmeyi hemen feshedebilir ve müşteriden, meydana gelen zararının giderilmesini isteyebilir.

* Arş. Gör. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı, Ankara, Türkiye | Ress. Asst. Dr., Çankaya University Faculty of Law, Department of Civil Law, Ankara, Turkey

✉ azizermanbayram@cankaya.edu.tr • ORCID 0000-0002-6232-7928

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: BAYRAM Aziz Erman, "Kasa Kiralama Sözleşmesi", *SÜHFD.*, C.30, S.1, 2022, s. 47-88.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

Banka • Kiralık Kasa • Karma Sözleşme • Bankanın Sorumluluğu • Müşterinin Sorumluluğu

THE SAFE DEPOSIT BOX AGREEMENT

Abstract

Safe deposit box agreement has a mixed nature bringing together the elements of the lease and the contract of mandate. In the safe deposit box agreement, the bank has obligations to leave the usage of the safe to the customer, to cooperate in accessing the safe, to ensure the security of the safe and confidentiality. The bank has to perform its obligations diligently and faithfully. In determining the liability of the bank arising from the duty of care the behaviour required by a prudent bank, which undertakes to lease safe boxes, is taken as reference. In case of existence of conditions of liability, the bank is obliged to compensate the customer for both pecuniary and non-pecuniary damages. In the safe deposit box agreement, the customer is obliged to pay the contract value, and the deposit if agreed. If the customer does not pay the contract value, the bank may put the customer in debtor's default, may set a time limit in writing for payment and notify her/him that in the event of non-payment the bank will terminate the contract on expiry of that time limit. The customer is obliged to use the safe with all due care, as well; otherwise, the bank may terminate the contract with immediate effect and may demand the customer to compensate for the damage occurred.

Key Words

Bank • Safe Deposit Box • Mixed Contract • Bank's Liability • Customer's Liability

I. GİRİŞ

Maddî veya manevî değeri bulunan varlıkların, başkaları tarafından ele geçirilme, kaybolma veya dış etkenlere maruz kalma tehlikesi, bu varlıkları güvende tutma ihtiyacını ortaya çıkarır. Değerli varlıkların sayısının çoğalması ve bunları saklama gereksiniminin artması, kiralık kasalara olan talebi de artırmaktadır. Zira kiralık kasalar, kişilerin, çalınmasından, kaybolmasından veya zarar görmesinden korktukları değerli taşınurlarını, gizlilik içinde güvende tutma imkânı sunan yerlerdir. Dünyanın pek çok ülkesinde olduğu gibi, ülkemizde de kiralık kasa hizmeti,

esas olarak, bir güven kuruluşu olarak görülen bankalar tarafından yürütülür¹. Bankalar, yeni müşteriler edinmek ve böylece mevduata yönelik işlemlerini desteklemek amacıyla, şubelerinde inşa ettirdikleri kiralık kasaları, müşterilerinin hizmetine sunar. Düğünlerde takı kültürünün yaygın olduğu ülkemizde, kiralık kasa hizmetinden geniş ölçüde yararlanılmaktadır. Kiralık kasalara ilişkin uyuşmazlıklar da ülkemizde azımsanmayacak kadar çoktur.

Banka ile bankadan kiralık kasa hizmeti almak isteyen müşteri arasında, kasa kiralama sözleşmesi kurulur. Kasa kiralama sözleşmesi, uygulamada yaygın olarak akdedilen sözleşmelerden biri olmasına rağmen, açık bir yasal düzenlemeye konu edilmemiştir. Kanun koyucu, kasa kiralama sözleşmesini özel olarak düzenlemediğinden, bu durum, kasa kiralama sözleşmede tarafların haklarının ve borçlarının belirlenmesini daha da önemli kılar. Zira kasa kiralama sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözülebilmesi, ancak, tarafların haklarının ve borçlarının doğru şekilde belirlenmesi ve değerlendirilmesi sayesinde mümkün olur. Bankayla kasa kiralama sözleşmesi akdeden müşterilerin, genellikle tüketici sıfatını taşıması ve uygulamada kasa kiralama sözleşmesinin neredeyse her zaman genel işlem koşulları içeren sözleşme niteliğinde olması, bu sözleşme incelenirken tarafların menfaat dengesinin özel olarak değerlendirilmesi zorunluluğunu doğurur. İşte bu çalışmada, bankacılık sektörünün en yaygın sözleşmelerinden biri olan ve Yargıtay kararlarında da kendisine yer bulan kasa kiralama sözleşmesi, ayrıntılı olarak incelenmektedir.

¹ Ülkemizde kasa kiralama işi kural olarak bankalar tarafından yürütülmektedir. Bununla birlikte, kasa kiralama işi mevzuatta özel olarak bankalara özgülenmiş değildir. Hâl böyle olunca, kasa kiralama hizmetinin, banka niteliği taşımayan kişi veya kuruluşlarca yürütülmesinin önünde, yasal bir engel bulunmamaktadır. Örneğin, günümüzde Almanya'da, banka niteliği taşımayan bazı şirketler, kasa kiralama işinde uzmanlaşarak kiralık kasalar oluşturmakta ve bunları müşterilerinin hizmetine sunmaktadır. Ülkemizde kiralık kasalara olan talebin her geçen gün arttığı göz önüne alınırsa, gelecekte, ülkemizde de banka dışında kalan kişi veya kuruluşların, kasa kiralama hizmeti vermeye başlaması gündeme gelebilir. Ancak hâlihazırda uygulamada kasa kiralama işi kural olarak sadece bankalar tarafından yürütüldüğünden, bu çalışmada bankalar tarafından verilen kasa kiralama hizmeti kapsamında kurulan kasa kiralama sözleşmeleri esas alınmıştır.

II. KASA KİRALAMA SÖZLEŞMESİNE GENEL BAKIŞ

A. Kiralık Kasa Kavramı

Bankalarda esas olarak iki tür kasa bulunur. Bunlardan ilki, bankanın kendi değerli varlıklarının ve çoğu kez de müşteriler tarafından açık veya kapalı tevdi yoluyla bırakılan taşınır varlıkların saklandığı banka kasasıdır. İkincisi ise, bankanın bünyesinde bulunan ve müşterilere kiraya verilmek üzere kurulmuş olan çelik kasalardır. Bu ikincisine ülkemizde genel olarak “kiralık kasa” denir. Sözü edilen iki tür kasa, neredeyse tüm bankalarda yapısal olarak birbirinden ayrılmıştır. Zira banka kasasına müşterilerin erişmesi mümkün değilken; kiralık kasalara müşterilerin erişmesi mümkün ve gereklidir.²

Kiralık kasa, üst kavramdır. Kiralık kasa, kimi zaman kilitli dolapları kimi zaman kasa dairesinde bulunan ve sayılarla işaretlenen farklı büyüklükteki kilitli bölmeleri (kasa bölmesini) ve bazen de kilitli ve korunaklı tüm bir odayı ifade eder. Örneğin, değerli sanat eserlerinin saklanması konusunda uzmanlaşmış olan bazı bankalar, özellikle sıcaklık ve nem bakımından sanat eserlerinin konulabilmesi için uygun koşullara sahip olan kasalar (odalar) inşa ettirebilir ve bunları müşterilerinin hizmetine sunabilir.³

Kiralık kasalar, güvenli bir yerde tutulmak istenen ve bir kişi tarafından yönetilmesi veya üzerinde bir işlem yapılması “gerekmeyen” değerli varlıkların saklanmasına uygundur. Bu kapsamda, kiralık kasalar, mektup, adî senet, önemli belge gibi evrakın ve değerli metal, banknot, madeni para, değerli taş, mücevher, altın, gümüş, koleksiyon ürünleri, veri depolama aygıtı, manevî değeri olan diğer eşya gibi varlıkların saklanmasına uygundur. Buna karşılık, kiralık kasalar, kıymetli evrak ve vasiyetname gibi, belirli bir yönetimi gerektiren belgelerin saklanmasına uygun değildir.⁴ Ancak önemle belirtmek gerekir ki kıymetli evrak veya vasiyetname gibi belgelerin kiralanan kasaya konulması yasak değildir. Kiralık kasalar, tehlikeli maddeler (örneğin, radyoaktif materyaller)⁵ ile

² ARPAGAUS, Reto/STADLER, Ralph A./WERLEN, Thomas, Das Schweizerische Bankgeschäft, 8. Auflage, Zürich 2021, s. 492; BAUEN, Marc/ROUILLER, Nicolas, Schweizer Bankkundengeschäft, Zürich 2010, s. 185.

³ ARPAGAUS/STADLER/WERLEN, s. 492; BAUEN/ROUILLER, s. 185.

⁴ ABEGG, Philipp/GEISSBÜHLER, Alex/HAEFELI, Kurt/HUGGEN-BERGER, Eric, Schweizerisches Bankenrecht, 4. Auflage, Zürich 2019, s. 120.

⁵ ARPAGAUS/STADLER/WERLEN, s. 492.

akıcı, yanıcı, patlayıcı, uçucu, kokan, bozulabilen maddelerin saklanması da uygun değildir.

Kiralık kasalarda, kural olarak her bir kasa bölmesinin iki kilidi bulunur. Böylece banka, bir kilit için bir anahtar⁶ kendinde bulundururken, diğer kilit için müşteriye bir veya birden çok anahtar teslim eder. Böylece, müşteri, kasa bölmesini sadece bankanın katılımıyla açıp kapayabilir. Banka da tıpkı müşteri gibi, kasayı tek başına açamaz. Dolayısıyla sözleşmenin her bir tarafı, anahtarını sadece diğerinin anahtarına bağlı olarak kullanabilir; hiçbir anahtar kasayı tek başına açmaz.⁷ Buna karşılık, tek bir kilidi bulunan ve müşteri tarafından tek başına açılıp kilitlenebilen kiralık kasalar da bulunmaktadır.⁸ Ancak bunlar istisnaîdir; zira banka çift kilit sayesinde hem kasanın güvenliğini daha iyi sağlayabilir, hem de kontrolü elinde bulundurabilir.⁹

Günümüzde, müşteri tarafından, banka görevlisinin yardımı olmaksızın, yedi gün, yirmi dört saat kullanılabilen ve önceden randevu alınmasını gerektirmeyen kasalar hizmete girmiştir. Söz konusu kasalara, müşteri tarafından, biyometrik kimlik tanıma sistemi, özel manyetik kart, şifre ve benzeri araçların kullanılması yoluyla erişilmekte ve kasanın kilidi sadece müşteride bulunan anahtarla açılıp tekrar kilitlenmektedir. Robotik veya otomatik kasa olarak adlandırılan söz konusu kasalar, mesai saatlerine bağlı olmaksızın kullanılabilirler için yararlıdır. Ayrıca bu tür kasalar, mahremiyetin en üst düzeyde gerçekleşmesini de sağlar.

B. Kasa Kiralama Sözleşmesinin Tanımı ve Özellikleri

Kasa kiralama sözleşmesi, bankanın, değerli varlıkların saklanabilmesine uygun nitelikte olan ve güvenliği en üst düzeyde sağlanan bir ka-

⁶ Uygulamada bu anahtara “kılavuz anahtar” denilmektedir.

⁷ LOTZ, Peter, Der Schrankfachvertrag unter besonderer Berücksichtigung des Bankgeheimnisses, Basel 1940; s. 11; ROESLE, Max C., Der Schrankfachvertrag der Banken, Zürich 1982, s. 15; SCHÖNLE, Herbert, Bank- und Börsenrecht, München 1971, s. 276; ABEGG/GEISSBÜHLER/HAEFELI/HUGGENBERGER, s. 120; ARPA-GAUS/STADLER/WERLEN, s. 493.

⁸ BAUMBACH, Adolf/HOPT, Klaus J., Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 9, Handelsgesetzbuch: HGB, 40. Auflage, München 2021, (7) Bankgeschäfte, Rn. V/1; ABEGG/GEISSBÜHLER/HAEFELI/HUGGENBERGER, s. 120.

⁹ TEKİNALP, Ünal, Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, 2. Bası, İstanbul 2009, s. 469.

sanın kullanılmasını müşterisine bırakmayı, müşterinin de bunun karşılığında genellikle yıllık olarak belirlenen bir bedel ödemeyi üstlendiği, tam iki tarafa borç yükleyen, rızâî bir sözleşmedir.¹⁰

Kasa kiralama sözleşmesinin bir tarafında banka, diğer tarafında ise gerçek veya tüzel kişi bulunur. Bankalar, özen yükümünün bir gereği olarak, kasalarını, güvenilirlikleri konusunda herhangi bir tereddüt bulunmayan ve kural olarak hâlihazırda başka bir iş ilişkisi içinde buldukları kişilere kiraya verir.¹¹ Kiralanan kasanın, müşteri tarafından yasadışı bir amaçla kullanılacağına dair göstergeler varsa, bankanın, kasasını kiraya vermemesi önerilmektedir.¹² Bu bağlamda, kasanın özellikle Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde düzenlenen "suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu" kapsamında kullanılacağına dair belirtiler varsa ve bu durum, banka tarafından biliniyorsa banka, kasasını kiraya vermemelidir. Örneğin, kasayı kiralamak isteyen müşteri hakkında, "suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu" dolayısıyla yapılmakta olan bir soruşturma veya görülmekte olan bir dava kapsamında; yetkili makamlarca, müşterinin bankadaki hesaplarına el konulmuşsa bankanın artık o müşterisine kasasını kiraya vermemesi gerekir.

Kasa kiralama sözleşmesinin karşı tarafında genellikle tek bir müşteri bulunur. Bununla birlikte, kasa bölmesinin iki veya daha fazla kişiye birlikte kullandırılması da mümkündür. Bu tür sözleşmelerde her bir müşterinin, kasadan sözleşmenin tarafı olan diğer müşterinin katılımı olmaksızın yararlanabilmesi veya sözleşmenin tarafı olan tüm müşterilerin kasadan ancak beraberce yararlanabilmesi kararlaştırılır.¹³ Eğer sözleşmede aksi kararlaştırılmadıysa, her bir müşteri, diğerinin katılımı olmaksızın kasayı tek başına kullanabilir.¹⁴

¹⁰ SCHÖNLE, s. 276-277; BAUEN/ROUILLER, s. 185; ARPAGAUS/STADLER/WERLEN, s. 492.

¹¹ ARPAGAUS/STADLER/WERLEN, s. 492.

¹² ARPAGAUS/STADLER/WERLEN, s. 492; BAUEN/ROUILLER, s. 185; KAPLAN, İbrahim, Banka Sözleşmeleri Hukuku, Cilt I, Ankara 1996, s. 211.

¹³ ARPAGAUS/STADLER/WERLEN, s. 493.

¹⁴ BUNTE, Hermann- Josef/Zahrte, Kai, AGB-Banken, AGB-Sparkassen, Sonderbedingungen: AGB-Banken Kommentar, 5. Auflage, München 2019, 4. Teil, IX. Sonderbedingungen für die Vermietung von Schrankfächern, Rn. 7; Schimansky, Herbert/Bunte, Hermann-Josef/Lwowski, Hans-Jürgen/Klanten, Thomas, Bankrechts-Handbuch, Band I, 5. Auflage, München 2017, § 73, Rn. 7. Krş. Roesle, s. 63.

Kasa kiralama sözleşmeleri, genellikle, tamamen veya kısmen “genel işlem koşulları”¹⁵ içeren standart sözleşmelerdir.¹⁶ Bankaların, müşterilerine sundukları standart kasa kiralama sözleşmelerinin yanında, bankadan kasa kiralanmasına ilişkin olarak tarafların karşılıklı haklarını ve borçlarını ayrıntılı olarak içeren genel bir düzenleme de bulunabilir. Taraflar arasında kurulan asıl kasa kiralama sözleşmesinde, bankanın genel düzenlemesine, sözleşmenin eki olarak yer verilebilir ve böylece, bankanın kasa kiralanmasına ilişkin genel düzenlemesi, kasa kiralama sözleşmesinin bir parçası hâline getirilebilir.¹⁷ Bankanın, kasa kiralamaya ilişkin genel düzenlemesinin, müşteriyle kurulan kasa kiralama sözleşmesinin ekinde yer alması, söz konusu düzenleme hükümlerinin de “genel işlem koşulu” olarak nitelendirilmesine engel olmaz (TBK m. 20/II).

III. KASA KİRALAMA SÖZLEŞMESİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Kasa kiralama sözleşmesinde, bankanın kasanın kullanılmasını müşteriye bırakma, müşterinin de bunun karşılığında bedel ödeme edimleri, kira sözleşmesinin ana unsurlarını oluşturmaktadır (TBK m. 299).¹⁸ Bundan hareketle, öğretilerde bir görüş, kasa kiralama sözleşmesini “adî kira sözleşmesi” olarak nitelendirmektedir.¹⁹ Kasa kiralama sözleşmesindeki “kiralama” ifadesi ve uygulamada bu sözleşmenin yeknesak olarak

¹⁵ Genel işlem koşulları ve genel işlem koşullarının unsurları hakkında ayrıntılı bilgi için özellikle bkz. ATAMER, Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 1999, s. 61 vd.

¹⁶ KOÇ, Nevzat, İsviçre-Türk Hukukunda Bankaya Tevdi Sözleşmesi, Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, İzmir 1997, s. 175; AKYOL, Şener, Banka Sözleşmeleri, İstanbul 2001, s. 148; ROESLE, s. 92; BAUMBACH/HOPT, (7), Rn. V/1.

¹⁷ ARPAGAUS/STADLER/WERLEN, s. 493; BAUEN/ROUILLER, s. 186.

¹⁸ ROESLE, s. 42; SCHÖNLE, s. 276-277; ARPAGAUS/STADLER/WERLEN, s. 492; BAUEN/ROUILLER, s. 185.

¹⁹ Alman hukukunda kasa kiralama sözleşmesinin, hukukî niteliği itibarıyla, kira sözleşmesi olduğu genel olarak kabul görmektedir (Bkz. JAUERNIG, Othmar/MANSEL, Heinz-Peter, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Auflage, München 2021, BGB § 688 Rn. 9; SCHWINTOWSKI, Hans-Peter/SCHLEICHER, Bettina, Bankrecht, 5. Auflage, Köln 2018, s. 891; BUNTE/ZAHRT, 4. Teil, IX, Rn. 1a; SCHÖNLE, s. 277; SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLANTEN, § 73, Rn. 2; BAUMBACH/HOPT, (7), Rn. V/1; kasa kiralama sözleşmesinin atipik sözleşme olduğu yönünde bkz. EM-MERICH, Volker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - Band 3: Schuldrecht - Allgemeiner Teil II, 8. Auflage, München 2019, BGB § 311 Rn. 25). İsviçre ve Türk hukukunda, kasa kiralama sözleşmesini adî kira sözleşmesi olarak kabul eden yazarlar bulunmaktadır (BECKER, Hermann/GAUTSCHI, Georg, Berner

“kiralık kasa sözleşmesi” olarak anılması, bu görüşü destekler niteliktedir. İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında kasa kiralama sözleşmesinin hukukî niteliği itibariyle kira sözleşmesi olduğuna hükmetmiştir.²⁰

Kasa kiralama sözleşmesinde bankanın edimi, adı kira sözleşmesinden farklı olarak sadece kasanın kullanılmasını müşteriye bırakmaktan ibaret değildir. Zira müşterinin bir bankadan kasa kiralamaktaki temel amacı, değerli varlıklarını başkalarının erişiminden korumak; diğer bir ifadeyle, değerli varlıklarını güvenli bir yerde “saklamaktır”. Kasa kiralama sözleşmesiyle, banka, kiraya verdiği kasayı yangın, deprem, hırsızlık gibi dışarıdan gelen her türlü etkiden korumayı yükümlenir. Bu açıdan, kasa kiralama sözleşmesinin, hukukî niteliği itibariyle bir “saklama sözleşmesi” (TBK m. 561/I) olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sorunu doğar. Ne var ki, kasa kiralama sözleşmesi, hukukî niteliği itibariyle bir “saklama sözleşmesi” değildir.²¹ Şöyle ki; kasa kiralama sözleşmesinde müşteri, bankaya bir taşınırını, güvenli bir yerde korunması amacıyla teslim etmez. Aksine, banka sadece, güvenli olan ve müşterinin anahtarıyla açılan bir kasayı müşterinin kullanımına bırakır; müşteri de bu kasanın içine değerli eşyasını kilitler. Kasa kiralama sözleşmesinde

Kommentar, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung, Art. 425-491, Bern 1962, Vorb. Hinterlegung, N. 3 (c); HIGI, Peter/BÜHLMANN, Anton, Zürcher Kommentar, Die Miete, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253 - 273c OR), Art. 253 - 265 OR, 5. Auflage, Zürich 2019, Vorb. zum OR Art. 253-273c, N. 205; HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/WIEGAND, Wolf-gang/KOLLER, Thomas, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Auflage, Basel 2015, Art. 472, N. 9; HULLIGER, Urban/HEINRICH, Peter, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, 3. Auflage, Zürich 2016, OR Art. 253, N. 13; GRASSINGER, E. Gülçin, Kasa Kirası Sözleşmesi, Prof. Dr. Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul 1996, s. 154; YÜKSEL, Ali Sait/YÜKSEL, Aslı/YÜKSEL, Ülkü, Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, 10. Bası, İstanbul 2004, s. 499; LOTZ, s. 34).

²⁰ BGE 102 III 6 ff.

²¹ LOTZ, s. 25; ROESLE, s. 48; SCHÖNLE, s. 277; JAUERNIG/MANSEL, BGB § 688 Rn. 9; BAUMBACH/HOPT, (7), Rn. V/1; SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLANTEN, § 73, Rn. 2; BUNTE/ZAHRTE, 4. Teil, IX, Rn. 1a; BECKER/GAUTSCHI, BK, Vorb. Hinterlegung, N. 3 (c); HONSELL/VOGT/WIEGAND/KOLLER, BSK, OR Art. 472, N. 9; ARPAGAU/STADLER/WERLEN, s. 492; BAUEN/ROUILLER, s. 185; ABEGG/GEISSBÜHLER/HAEFELI/HUGGENBERGER, s. 120; GRASSINGER, s. 152; KOÇ, s. 176; TEKİNALP, s. 470; AKYOL, s. 145. Buna karşılık, Yargıtay bir kararında kasa kiralama sözleşmesinden saklama sözleşmesi olarak söz etmiştir (Y. 11. HD, 10.11.2015, E. 2015/4801, K. 2015/11778).

müşteri, bankanın kilidi açmak dışında bir katılımı olmaksızın, kendi eşyasına erişebilir ve hatta isterse kasayı boş tutabilir. Bedel, kasaya bırakılan eşyaya göre değil; kasanın büyüklüğüne göre belirlenir.²² İki kilitli kasalarda bile, bankanın katılımı, sadece kasa dairesinin ve kilitlerden birinin açılmasından ibarettir. Müşterinin, kasada tuttuğu eşyaya ulaşabilmesi, bankanın iradesine bağlı değildir. Gizlilik ilkesi nedeniyle, banka, müşterinin kasada ne sakladığını bilmez. Bankanın kasa içeriğine doğrudan erişimi yoktur. Banka, müşterinin “kendisine bıraktığı” bir taşınırı güvenli bir yerde koruma altına almaz.²³

Kasa kiralama sözleşmesinde banka, sıradan bir kira sözleşmesinde kiraya verenin üstlenmediği, kasa dairesinin gözetilmesi, kasanın güvenliğinin sağlanması ve denetiminin yapılması yükümleri ile müşterinin kasaya erişmesinde iş birliğinde bulunma yükümünü üstlenir. Müşteri ise, ödemeyi üstlendiği bedeli, sadece kasayı kullanmasının karşılığı olarak değil; aynı zamanda, bankanın gözetleme, denetleme ve güvenliği sağlama edimleri ile kasaya erişimde iş birliğinde bulunma edimlerinin bir karşılığı olarak öder. Dolayısıyla, kasa kiralama sözleşmesi, kira sözleşmesinin aslî unsurlarının yanında, vekâlet sözleşmesinin aslî unsurlarını (TBK m. 502/I) da içerir. Kasa kiralama sözleşmesinde, banka, kasanın kullanılmasını müşteriye bırakma borcunun yanında; müşterinin yararına ve iradesine uygun olarak kasanın güvende tutulmasına yönelik işleri, kasa dairesini ve iki kilitli kasalarda bir kilidi açma işini özenli bir biçimde yerine getirmeyi yükümlenir. Dolayısıyla, kasa kiralama sözleşmesi, hukukî niteliği itibarıyla, salt bir kira sözleşmesi olarak değil; kanunda düzenlenen kira ve vekâlet sözleşmelerine ilişkin aslî unsurların, kanunun öngörmediği bir biçimde birleşmesinden meydana gelen “karma sözleşme”²⁴ olarak nitelendirilebilir.²⁵

²² YÜKSEL, s. 499, dipnot 226.

²³ LOTZ, s. 25-27; SCHÖNLE, s. 277; SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLANTEN, § 73, Rn. 3; BECKER/GAUTSCHI, BK, Vorb. Hinterlegung, N. 3 (c); ABEGG/GEISSBÜHLER/HAEFELI/HUGGENBERGER, s. 120; ARPAGAUS/STADLER/WERLEN, s. 492.

²⁴ Karma sözleşme, edimin içerik ve yüklenilme biçimine bağlı sözleşmelerin esaslı unsurlarını kısmen veya tamamen kanunun öngörmediği bir bütünlük içinde birleştiren tek bir sözleşmedir [KUNTALP, Erden, Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), 2. Bası, Ankara 2013, s. 157].

²⁵ ROESLE, s. 48-49; ARPAGAUS/STADLER/WERLEN, s. 493; BAUEN/ROUILLER, s. 186; ABEGG/GEISSBÜHLER/HAEFELI/HUGGENBERGER, s. 120; KOÇ, s. 176. Öğretide AKYOL, kasa kiralama sözleşmesini, kira niteliği ağır basan, ancak bankanın

IV. KASA VE KASA İÇERİĞİ ÜZERİNDEKİ ZİLYETLİK DURUMU İLE BUNUN SONUÇLARI

A. Kasa ve Kasa İçeriği Üzerindeki Zilyetlik Durumu

Banka tarafından müşteriye kiraya verilen “boş bir çelik bölüm olarak” kasa üzerinde, müşterinin dolaysız, tek başına, fer’î zilyetliği; bankanın ise dolaylı, aslî zilyetliği bulunmaktadır. Çift kilitli kasalarda, kasa bölümünün kapısı üzerinde bankanın ve müşterinin birlikte zilyetliği bulunmaktadır.²⁶

Kasanın içeriği veya başka bir ifadeyle, müşteri tarafından kasaya bırakılanlar üzerindeki zilyetlik durumu öğretide tartışmalıdır. Öğretideki bir görüş, bankanın, özellikle kasanın açılabilmesi için her zaman müşterisiyle iş birliği yapmak zorunda olmasından hareketle, bankanın kasaya konulan varlıklar üzerinde, müşteriyle “birlikte zilyetliğinin” sözü konusu olduğunu savunmaktadır.²⁷ Buna karşılık, öğretide hâkim olan ve bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, bankanın, kasa içeriği üzerinde, herhangi bir zilyetliği bulunmamaktadır.²⁸ Şöyle ki; bankaya saklanması için “tevdî edilen” değerli eşyadan farklı olarak, bankanın, kasa

muhafaza, hizmet ve iş görme (vekâlet) edimleri bulunan kombine bir sözleşme olarak nitelendirmektedir (AKYOL, s. 147). Öğretide *KAPLAN* ise kasa kiralama sözleşmesinin, basit kiranın unsurlarının ağır bastığı, saklama sözleşmesiyle vekâletin ikincil unsurlarını barındıran karma sözleşme niteliğinde olduğunu kabul etmektedir (*KAPLAN*, s. 210).

²⁶ SCHÖNLE, s. 277; TEKİNALP, s. 470; *KAPLAN*, s. 214.

²⁷ ZOBL, Dieter/THURNHERR, Christoph, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, 3. Auflage, Bern 2010, Art. 884, N. 546’de ve LOTZ, s. 19, dipnot 15’te anılan yazarlar; ROESLE, s. 35; GRASSINGER, s. 155.

²⁸ STARK, Emil W./LINDENMANN, Barbara, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Der Besitz, Art. 919-941 ZGB, 4. Auflage, Bern 2016, Art. 919, N. 60; BATTAL, Ahmet, Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2001, s. 270; ZOBL/THURNHERR, BK, ZGB Art. 884, N. 546; STARK/LINDENMANN, BK, ZGB Art. 920, N. 59; SCHÖNLE, s. 277; BUNTE/ZÄHRTE, 4. Teil, IX, Rn. 3; BAUMBACH/HOPT, (7), Rn. V/1; SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLANTEN, § 73, Rn. 16; SCHWINTOWSKI/SCHLEICHER, s. 891; LOTZ, s. 22; ARPAGAU/STADLER/WERLEN, s. 494; BAUEN/ROUILLER, s. 186; ABEGG/GEISSBÜHLER/HAEFELI/HUGGENBERGER, s. 120; AKYOL, s. 148; *KAPLAN*, s. 217; TEKİNALP, s. 471; YÜKSEL, s. 500.

bölmesine konulan eşyaya doğrudan erişimi bulunmaz.²⁹ Müşteri tarafından kiralanan kasa bölmesinin açılması konusundaki ilk girişim, her zaman müşteriden gelir.³⁰ Bazı istisnaî durumlar dışında, banka, müşterinin iradesi olmaksızın kasayı açamaz ve kasanın içindekiler üzerinde fiilî hâkimiyet kuramaz. Bankanın kasaya konulacak nesnelere yoklayabilmesi ve bazı nesnelere kasaya konulmasını engelleyebilmesi, onun kasa içeriği üzerinde fiilî hâkimiyet kurabilmesinden değil; onun gözetim, denetim ve güvenlik yükümlerini yerine getirmesinden kaynaklanır.³¹ Bankanın, hukuka ve müşterinin iradesine aykırı olarak kasa içeriğine el atması, zilyetliğin gaspı anlamına gelir. Diğer taraftan, bankanın hukuka aykırı olarak müşterinin kasa içeriğine erişmesini engellemesi de zilyetliğe saldırı anlamına gelir.³² Kasanın çift kilitli olması ve her zaman bankanın katılımıyla açılması, bu durumu değiştirmez. Zira kasanın çift kilitli olması, müşterinin kasanın içinde bulunan eşya üzerindeki egemenliğini bankayla paylaşması anlamına gelmez.³³ Diğer yandan, bankanın, kasa içeriği üzerinde bir “zilyetlik iradesi” bulunmamaktadır.³⁴ Banka, kasanın içinde neyin olduğunu bile bilmez. Dolayısıyla, kasa içeriği üzerinde, müşteri, tek başına ve dolaysız zilyettir. Kasa içeriği üzerinde banka ve müşteri bakımından dereceli zilyetlik bulunmaz. Banka, müşteriye kasa içeriğini değil; sadece kasa bölmesini kiraya vermektedir.³⁵ Hâl böyle olunca, bankanın kasa içeriğinin aslî zilyedi olmasından söz edilemez. Burada bir elbirliği zilyetliği de yoktur.³⁶

Bankanın kasa içeriği üzerinde zilyetliğinin bulunmadığını kabul eden bazı yazarlar, bankanın kasa içeriği bakımından “zilyet yardımcısı”

²⁹ LOTZ, s. 22; BUNTE/ZAHRTTE, 4. Teil, IX, Rn. 3; SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLANTEN, § 73, Rn. 16; ABEGG/GEISSBÜHLER/HAEFELI/HUGGENBERGER, s. 120.

³⁰ LOTZ, s. 22; ARPAGAUS/STADLER/WERLEN, s. 494.

³¹ SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLANTEN, § 73, Rn. 16; TEKİNALP, s. 471.

³² SCHÖNLE, s. 277.

³³ STARK/LINDENMANN, BK, ZGB Art. 919, N. 60; SCHÖNLE, s. 277; BUNTE/ZAHRTTE, 4. Teil, IX, Rn. 3; BAUMBACH/HOPT, (7), Rn. V/1; SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLANTEN, § 73, Rn. 16.

³⁴ SCHÖNLE, s. 277; BUNTE/ZAHRTTE, 4. Teil, IX, Rn. 3; SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLANTEN, § 73, Rn. 16.

³⁵ SCHÖNLE, s. 277.

³⁶ LOTZ, s. 22; ARPAGAUS/STADLER/WERLEN, s. 494.

olduğunu savunmaktadır.³⁷ Ne var ki, banka, kasa içeriği yönünden zilyet yardımcısı da değildir.³⁸ Zira zilyet yardımcısı, zilyet olmamakla birlikte, eşya üzerinde fiilî hâkimiyete sahip olan kişidir. Hâlbuki belirtildiği üzere, bankanın kasa içeriği üzerinde fiilî hâkimiyeti bulunmamaktadır.

Bankadaki bir kasa bölmesi, iki veya daha fazla kişiye birlikte kiraya verilmişse, kasa içeriği üzerinde birlikte zilyetlik söz konusu olur. Bu kapsamda, tek bir kasa bölmesi, birden fazla kişiye kiralanırken, her bir kiracının (müşterinin) diğerinin veya diğerlerinin katılımı olmaksızın kasayı tek başına kullanabilmesi veya tüm kiracıların kasayı ancak beraberce kullanabilmeleri kararlaştırılmış olabilir. Birinci ihtimâlde, her bir kiracı, diğerinin katılımı olmaksızın, kasa içeriği üzerinde fiilî hâkimiyeti kurabildiğinden, kasa içeriği yönünden kiracılar arasında, paylı zilyetlikten söz edilir. Buna karşılık, tüm kiracıların kasayı ancak beraberce kullanabildikleri ikinci ihtimâlde, elbirliğiyle zilyetlikten söz edilir. Elbirliğiyle zilyetlikte, kiralanan kasanın kilidi, ancak kiracılardan her birinde bulunan ayrı anahtarların kullanılması sayesinde açılıp kapanabilir. Kiracılardan hiçbiri, diğerinin katılımı olmaksızın, kendinde bulunan tek bir anahtarla kasayı açarak, kasa içeriğine el atamaz. Burada, birlikte zilyet olan kiracılar arasında, kasa içeriği üzerindeki zilyetlik ancak elbirliğiyle işletebilir hâle getirilmiştir.³⁹

Kasa içeriği üzerinde tek başına dolaysız zilyetliği bulunan müşterinin ölmesiyle, onun mirasçıları, Türk Medenî Kanunu'nun 599. maddesi gereğince, kendiliğinden, iradelerine bakılmaksızın kasa içeriği üzerinde elbirliğiyle zilyet hâline gelir. Mirasçıların, kasa içeriği üzerinde, kanun gereği elbirliği zilyetliğini elde edebilmesi için, onların mirasbırakanın öldüğünü veya onun bir kasa kiralama sözleşmesinin tarafı olduğunu bilmeleri gerekmez.⁴⁰

Kasa içeriğinde bulunan eşya, müşterinin veya üçüncü bir kişinin mülkiyetinde bulunabilir.⁴¹ Taşınırı çalınan, kaybolan veya iradesi dı-

³⁷ ZOBL/THURNHERR, BK, ZGB Art. 884, N. 546; ARPAGAUS/STADLER/WERLEN, s. 494.

³⁸ STARK/LINDENMANN, BK, ZGB Art. 919, N. 60.

³⁹ SEROZAN, Rona, Eşya Hukuku I, 3. Bası, İstanbul 2014, s. 115; GRASSINGER, s. 156; AKYOL, s. 148.

⁴⁰ ÖZTAN, Bilge, Miras Hukuku, 10. Bası, Ankara 2019, s. 22-25.

⁴¹ BUNTE/ZAHRTE, 4. Teil, IX, Rn. 3a; SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLAN-TEN, § 73, Rn. 17.

şında elinden çıkan ve bu taşınırın bankadaki bir kiralık kasaya konulduğunu iddia eden üçüncü kişi, bankaya karşı taşınır davası (TMK m. 989) açamaz. Zira banka, taşınırın hâlihazırdaki zilyedi değildir.

B. Kasa İçeriğindeki Zilyetlik Durumunun Hukukî Sonuçları

Bankanın kasa içeriği üzerinde zilyetliğinin “bulunmamasının” önemli hukukî sonuçları vardır. Bunlardan ilki, bankanın kasa içeriği üzerinde teslimine bağlı taşınır rehnine sahip olamamasıdır. Gerçekten de teslimine bağlı taşınır rehminin kurulabilmesi için alacaklının, taşınıra zilyet olması şarttır (TMK m. 939/I). Taşınır, fiilen yalnız rehnedenin hâkimiyetinde kaldığı sürece, rehin hakkı doğmaz (TMK m. 939/III). Kasa içeriğinde bulunan taşınır üzerinde, bankanın zilyetliği bulunmadığından, banka, kasa içeriğindeki taşınır üzerinde teslimine bağlı taşınır rehnine sahip olamaz.⁴² Hâl böyle olunca, bankayla müşteri arasındaki genel işlem koşulları içeren kasa kiralama sözleşmesinde, banka lehine, bankanın müşteriden olan alacakları yönünden, kasada bulunan taşınırlar üzerinde bir rehin hakkı tanınmış olsa bile, bu yönde bir anlaşma geçerli olmaz.⁴³ Bununla birlikte, bankayla müşteri, kasa kiralama sözleşmesinden ayrı bir anlaşma yaparak kasa içeriği üzerinde banka lehine bir rehin hakkı kurabilir.⁴⁴ Ancak söz konusu anlaşmanın geçerli olabilmesi için müşteri tarafından, bankaya, banka tarafından kendisine teslim edilmiş olan anahtarın geri verilmesi ve böylece bankanın, kasa içeriği üzerinde tek

⁴² SCHÖNLE, s. 278; BUNTE/ZAHRTE, 4. Teil, IX, Rn. 5; SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLANTEN, § 73, Rn. 18; SCHWINTOWSKI/SCHLEICHER, s. 891; ZOBL/THURNHERR, BK, ZGB Art. 884, N. 546; ARPAGAU/STADLER/WERLEN, s. 494; ABEGG/GEISSBÜHLER/HAEFELI/HUGGENBERGER, s. 120. Krş. GRASSINGER, s. 158.

⁴³ SCHÖNLE, s. 278; SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLANTEN, § 73, Rn. 18; BAUMBACH/HOPT, (7), Rn. V/1; ARPAGAU/STADLER/WERLEN, s. 494; ABEGG/GEISSBÜHLER/HAEFELI/HUGGENBERGER, s. 120; ZOBL/THURNHERR, BK, ZGB Art. 884, N. 548.

⁴⁴ SCHÖNLE, s. 279; BUNTE/ZAHRTE, 4. Teil, IX, Rn. 5; SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLANTEN, § 73, Rn. 18; ZOBL/THURNHERR, BK, ZGB Art. 884, N. 547; ARPAGAU/STADLER/WERLEN, s. 494. Krş. ABEGG/GEISSBÜHLER/HAEFELI/HUGGENBERGER, s. 121.

başına dolaysız zilyet hâline getirilmesi zorunludur.⁴⁵ Bu bağlamda, bankanın, kasa içeriği üzerinde zilyetlik iradesinin oluşması gerekir.⁴⁶ Ayrıca, kasanın içinde yer alan ve üzerinde rehin hakkı kurulacak olan eşyanın belirlenmiş olması da gerekir.⁴⁷

Kasa içeriği üzerinde banka dışında üçüncü bir kişi lehine rehin hakkı kurulabilmesi için rehnelen alacaklının, kasa içeriği üzerinde dolaysız zilyet hâline getirilmesi gerekir.⁴⁸ Bunun için müşterinin, banka tarafından kendisine verilmiş olan anahtarı, rehnelen üçüncü kişiye teslim etmesi; böylece onun, taşınır üzerinde, hâkimiyeti sağlayan araçların teslimi yoluyla, dolaysız zilyet kılınması gerekir (TMK m. 977).⁴⁹ Müşteri, kasayı açıp kapamaya yarayan anahtarlardan birini, rehnelen alacaklıya devretmiş olmasına rağmen, rehnelen alacaklının katılımı olmaksızın tek başına kasayı açıp kapamaya devam edebiliyorsa, taşınır, fiilen sadece rehnedenin hâkimiyetinde kalmaya devam ettiğinden, TMK m. 939/III gereğince, rehin hakkı doğmaz. Buna karşılık, rehnedin müşteriyle rehnelen alacaklı, kasayı ancak beraberce açabiliyorsa, diğer bir ifadeyle, onlar kasa içeriği üzerinde elbirliğiyle zilyetse, kasa içeriği üzerinde alacaklı lehine rehin hakkı doğar.⁵⁰ Bankaya rehlin bildirilmesinden sonra banka, rehinli alacaklının rızası olmaksızın, müşterinin kasaya tek başına erişmesine izin veremez.⁵¹

Banka, kasa kiralama sözleşmesinden doğan bedel alacağına karşılık olmak üzere, müşterinin kasaya bıraktığı eşya üzerinde, TMK m. 950/I kapsamında bir "hapis hakkına" sahip olamaz. Zira TMK m. 950/I bağlamında bir hapis hakkı için bankanın, kasa içeriğinde bulunan taşınır veya

⁴⁵ SCHÖNLE, s. 279; SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLANTEN, § 73, Rn. 18; AKYOL, s. 156.

⁴⁶ ZOBL/THURNHERR, BK, ZGB Art. 884, N. 547. Krş. OFTINGER, Karl/BÄR, Rolf, Zürcher Kommentar, Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand, Art. 884-918 ZGB, 3. Auflage, Zürich 1981, Art. 894, N. 250.

⁴⁷ SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLANTEN, § 73, Rn. 18.

⁴⁸ SCHÖNLE, s. 279.

⁴⁹ LOTZ, s. 66; ZOBL/THURNHERR, BK, ZGB Art. 884, N. 550.

⁵⁰ LOTZ, s. 68; AKYOL, s. 157.

⁵¹ ZOBL/THURNHERR, BK, ZGB Art. 884, N. 550.

kiymetli evrak üzerinde müşterinin rızasıyla sağlanan “zilyetliğinin bulunması” gerekir. Buna karşılık, belirtildiği üzere, bankanın, kasa içeriği üzerinde zilyetliği bulunmamaktadır.⁵²

Eşya hukukundan doğan hapis hakkının yanında, borçlar hukukunda, kira sözleşmesinden doğan “kiraya verenin hapis hakkı” da (TBK m. 336) vardır. Kira sözleşmesinden doğan hapis hakkında, üzerinde hapis hakkı kurulacak olan eşyanın zilyetliği, hapis hakkı sahibine değil; kiracıya aittir.⁵³ Bununla birlikte, bankanın, kira sözleşmesinden doğan bir hapis hakkı da yoktur. Zira TBK m. 336/I’de kiraya verenin hapis hakkı, sadece “taşınmaz kiralarna” özgülenmiştir. Kasa kiralama sözleşmesi, bir “taşınmaz kirası” olmadığından, bankanın, kasa içeriği üzerinde bir hapis hakkına sahip olmasından söz edilemez.⁵⁴ Diğer yandan, hapis hakkı, belirlilik ilkesi gereğince, kiracıya ait “eşya birliği” üzerinde kurulamaz.⁵⁵ Kasa içeriğinde bulunan eşya belirli olmadığından, bankanın kasa içeriği üzerinde hapis hakkına sahip olması mümkün değildir.⁵⁶ Bunun dışında, öğretide, müşterinin kasaya erişmek istediği her zaman, onun kasaya erişmesine izin verilmesi gerektiğinden hareketle, bankanın

⁵² OFTINGER/BÄR, ZK, ZGB Art. 895, N. 67; ZOBL/THURNHERR, BK, ZGB Art. 884, N. 549; ARPAGAUS/STADLER/WERLEN, s. 494; BAUEN/ROUILLER, s. 186; ABEGG/GEISSBÜHLER/HAEFELI/HUGGENBERGER, s. 121; KAPLAN, s. 226; TEKİNALP, s. 471.

⁵³ İNCEOĞLU, M. Murat, Kira Hukuku, Cilt I, İstanbul 2014, s. 303; TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/2, 3. Bası, Ankara 1985, s. 175.

⁵⁴ BECKER, Hermann, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde 184-551, (Çeviren: Dura, A. S.), Ankara 1993, s. 314. Krş. ROESLE, s. 147 vd. Öğretide AKYOL, bankanın kasa içeriği üzerinde hapis hakkının “bulunmamasının”, bu sözleşmenin mahiyetine uygun düşeceğini belirttiğinden sonra; buna rağmen, bankanın kasanın içindekiler üzerinde hapis hakkını kullanabileceğini kabul etmektedir (AKYOL, s. 156). Öğretide KAPLAN ise banka kasa dairesinin taşınmaz olması, kiralık kasaların ise bütünüleyici parça veya eklenti niteliğinde olması nedeniyle bankanın, kiracının neden olduğu kilit tamiri, kira bedeli ve benzeri harcamaların ödenmemesi durumunda, kasadaki eşya üzerinde hapis hakkını kullanabileceğini kabul etmektedir (KAPLAN, s. 226).

⁵⁵ HIGI, Peter/WILDISEN, Christoph, Zürcher Kommentar, Die Miete - Art. 266-268b OR, 5. Auflage, Zürich 2020, Art. 268b, N. 40.

⁵⁶ HIGI/WILDISEN, ZK, OR Art. 268b, N. 40, dipnot 62.

kasa içeriği üzerinde hapis hakkına sahip olamayacağı da savunulmaktadır.⁵⁷

V. TARAFLARIN BORÇLARI VE BORCA AYKIRILIKTAN DOĞAN SORUMLULUKLARI

A. Bankanın Borçları ve Borca Aykırılıktan Doğan Sorumluluğu

1. Genel Olarak

Taraflar arasında kurulan kasa kiralama sözleşmesinde ve varsa bu sözleşmenin eki hâline getirilen bankanın kasa kiralamaya ilişkin genel düzenlemesinde, bankadan kasa kiralınmasına ilişkin koşullar yer alır ve müşteri bu koşulları kabul etmek suretiyle kasa kiralama işlemini gerçekleştirir. İşte taraflar arasında kurulan kasa kiralama sözleşmesinde, sözleşmenin içeriği ve bu kapsamda, bankanın ve müşterinin hakları ve borçları, ayrıntılı olarak belirlenir.⁵⁸

2. Kasanın Kullanımını Müşteriye Bırakmak

Bankanın kasa kiralama sözleşmesinden doğan aslî edim yükümlerinden biri, değerli varlıkların saklanması uygun, güvenliği üst düzeyde sağlanmış olan ve belirli veya belirlenebilir bir kasanın kullanımını müşteriye bırakmaktır.⁵⁹ Bu kapsamda banka, kiralanan kasayı, sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda müşteriye teslim etmek ve sözleşme süresince bu durumda bulundurmamakla yükümlüdür. Genel işlem koşullarıyla, müşteri aleyhine buna aykırı bir düzenleme yapılamaz (TBK m. 301).

Bankanın, kasanın müşteri tarafından kullanılabilmesi için müşteriye, kasayı açmaya yarayan anahtarı, varsa yedek anahtarı, elektromanyetik kartı ve benzeri araçları tutanakla teslim etmesi gerekir.⁶⁰ Ayrıca, kasa kiralama sözleşmesinde, kasadan yararlanılması özel bir kimlik kartının ibrazına bağlanmışsa, banka, müşterisine banka kasasından yarar-

⁵⁷ ZOBL, Dieter, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand, Art. 888-906 ZGB, 2. Auflage, Bern 1996, Art. 895, N. 158; BAUEN/ROUILLER, s. 186.

⁵⁸ ROESLE, s. 52; BUNTE/ZAHRTTE, 4. Teil, IX, Rn. 2b; SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLANTEN, § 73, Rn. 4; ARPAGAU/STADLER/WERLEN, s. 493.

⁵⁹ LOTZ, s. 35; ROESLE, s. 54; SCHÖNLE, s. 278; BUNTE/ZAHRTTE, 4. Teil, IX, Rn. 9; SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLANTEN, § 73, Rn. 4.

⁶⁰ ROESLE, s. 60; ARPAGAU/STADLER/WERLEN, s. 493.

lanmaya ilişkin özel kimlik kartını da teslim etmelidir. Varsa, kasa kullanımını için belirlenen parolanın müşteriyile paylaşılması gerekir.⁶¹ Otomatik kasalarda, müşterinin bilgilerinin (örneğin, kimlik bilgilerinin ve parmak izinin), onun kasayı kullanabilmesine yarayan elektronik sisteme tanıtılması ve şifre işlemlerinin gerçekleştirilmesi gerekir. Bazı bankalar, anahtarını yanında taşımak istemeyen veya kaybetmekten korkan müşterileri için, müşteri anahtarlarının kapalı bir zarfta, bankaya, bir bedel karşılığında tevdi edilmesi imkânını sunmaktadır.⁶² Böyle durumlarda, banka, müşteri tarafından kasanın kullanılmak istenmesi hâlinde, kendisine tevdi edilmiş olan ve içinde anahtar bulunan mühürlü zarfı müşteriye teslim etmeli ve kullanımdan sonra anahtarı geri alarak yine mühürlü zarfa koymalıdır.

3. Müşterinin Kasaya Erişmesinde İş Birliğinde Bulunmak

Adî kira sözleşmesinden farklı olarak kasa kiralama sözleşmesinde banka, kasanın kullanımını müşteriye sağlama edimini, tek seferde kasayı müşterinin kullanımına bırakmak suretiyle gerçekleştiremez. Bankanın, müşterinin kasayı kullanmak istemesi üzerine, kasanın açılmasına katılması da gerekir.⁶³ Bu kapsamda, müşterinin, çalışma saatleri içinde (TBK m. 94) kasayı kullanmayı talep etmesi üzerine, banka görevlisince kasa dairesinin kapısının ve kasa bölmesi iki kilitliyse birinci kilidin açılması ve müşterinin gizliliği koruyacak şekilde, değerli varlıklarını kasaya bırakabilmesi sağlanmalıdır. Otomatik kasalarda ise, müşterinin sözleşme hükümlerine göre, bu kapsamda, genellikle yedi gün yirmi dört saat, kasaya erişiminin sağlanması gerekir.⁶⁴ Banka, kasanın açılmasına katılma edimini yerine getirmezse, müşteri, bankadan ediminin yerine getirilmesini talep ve dava edebilir.⁶⁵

Bankanın, kiralanan kasanın müşteri tarafından kullanılmasında müşteriyile iş birliğinde bulunma yükümü, kasa kiralama sözleşmesinin vekâlet sözleşmesine ilişkin yönünü oluşturur. Dolayısıyla banka, kasanın müşteri tarafından kullanılmasında müşteriyile iş birliğinde bulunma

⁶¹ SCHÖNLE, s. 278.

⁶² ROESLE, s. 61; ARPAGAUS/STADLER/WERLEN, s. 493; BAUEN/ROUILLER, s. 188.

⁶³ LOTZ, s. 35; SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLANTEN, § 73, Rn. 4; ABEGG/GEISSBÜHLER/HAEFELI/HUGGENBERGER, s. 120; ARPAGAUS/STADLER/WERLEN, s. 493; AKYOL, s. 149.

⁶⁴ SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLANTEN, § 73, Rn. 4.

⁶⁵ ZOBL/THURNHERR, BK, ZGB Art. 884, N. 546; SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLANTEN, § 73, Rn. 4; BAUMBACH/HOPT, (7), Rn. V/1.

yükümünü, müşterinin haklı menfaatlerini gözetererek, sadâkat ve özenle yürütmelidir (TBK m. 506/II).⁶⁶ Bu kapsamda, kasanın, yetkisiz üçüncü bir kişi tarafından açılmaması için, banka görevlisinin, kasayı kullanmak isteyen müşteriden anahtarını, varsa, özel kimliğini göstermesini ve parolayı söylemesini istemesi gerekir. Ayrıca, banka görevlisinin, kasayı açmak isteyen müşteriden bir imza örneği almak suretiyle onun kimliğini saptaması gerekir.⁶⁷ Müşteri tarafından, kasa kiralama sözleşmesine uygun olarak, üçüncü bir kişi kiralanan kasayı açıp kapama konusunda özel bir vekâletname ile yetkilendirilmişse, bankanın vekâletname ve vekâletnameye dayanarak kasayı açmak isteyen üçüncü kişinin kimliği konusunda da gereken özeni göstermesi gerekir.⁶⁸ Müşterinin ölmesi hâlinde, tereke temsilcisi atanmamışsa, mirasçılardan tamamı olmaksızın mirasçılardan birinin veya birkaçının kasaya erişmesine izin verilemez.⁶⁹ Banka, kasa dairesine giren müşterinin, sadece sözleşmeyle kullanımı kendisine bırakılan ve numarası belli olan kasaya erişip erişmediğini denetlemelidir.⁷⁰

Banka tarafından, müşterinin veya yetkili temsilcisinin kasayı her ziyareti, kasa ziyaret tutanaklarına, tarih ve saatiyle birlikte işlenmelidir.⁷¹ Banka, müşteri kasayla ilgilenirken, onun herhangi bir banka çalışanı veya başka müşteriler tarafından rahatsız edilmesini önleyici önlemler almalıdır.⁷² Bankanın, kasa dairesini ve iki kilitli kasalarda kendisinde bulunan kilidin anahtarını özenle koruması, söz konusu anahtarın başkalarının eline geçmesini engelleyecek önlemler alması da gerekir.⁷³ Otomatik

⁶⁶ ABEGG/GEISSBÜHLER/HAEFELI/HUGGENBERGER, s. 120.

⁶⁷ LOTZ, s. 36; ROESLE, s. 84; SCHÖNLE, s. 278; ARPAGAUS/STADLER/WERLEN, s. 493.

⁶⁸ LOTZ, s. 38; SCHÖNLE, s. 278; SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLANTEN, § 73, Rn. 4.

⁶⁹ ARPAGAUS/STADLER/WERLEN, s. 493; BAUEN/ROUILLER, s. 190. Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu'nun 23. maddesi uyarınca, bankalar nezdlerindeki kiralık kasa sahiplerinden birinin ölümü halinde (sulh hâkimi tarafından yapılacak tespit hariç) vergi dairesinin yetkili bir memuru hazır bulunmadıkça kasanın açılmasına ve bu memur huzurunda tespit edilmedikçe içeriğinin mirasçıları veya kanuni temsilcileri veya vekilleri tarafından alınmasına izin veremezler.

⁷⁰ ROESLE, s. 85.

⁷¹ ARPAGAUS/STADLER/WERLEN, s. 493.

⁷² SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLANTEN, § 73, Rn. 4.

⁷³ GRASSINGER, s. 157; AKYOL, s. 149.

kasalarda ise kasanın kullanılmasını sağlayan elektronik sistemin dışarıdan gelebilecek olan müdahalelere karşı korunması, bu kapsamda üçüncü kişilerin sisteme yetkisiz erişiminin engellenmesi ve yine müşterinin kasa ziyaretlerinin tarih ve saatiyle birlikte sisteme işlenmesi gerekir. Buna karşılık, banka kasadan ne alındığını veya kasaya ne konulduğunu bilmez; buna ilişkin bir gözden geçirme veya kaydetme yükümü üstlenmez.⁷⁴

4. Kasanın Güvenliğini Sağlamak ve Kasayı Dış Etkilerden Korumak

Banka, kasa kiralama sözleşmesi süresince, kasayı gözetlemekle, denetlemekle, kasanın güvenliğini en üst düzeyde sağlamakla ve kasayı dış etkenlere karşı korumakla yükümlüdür.⁷⁵ Bankanın kasayı hırsızlık, gasp, yetkisiz birinin kasayı açması gibi insan etkilerinden ve nem, yangın, sel, deprem gibi doğal güçlerden koruması gerekir.⁷⁶

Banka, kasa dairesinin gözetlenmesi, denetlenmesi ve güvenliğinin sağlanması işini müşterinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadâkat ve özenle yürütmelidir (TBK m. 506/II).⁷⁷ Banka, kasa dairesini, sağlam inşa ettirmeli ve teknolojinin kabul gören en son standartlarına uygun olarak donatmalıdır.⁷⁸ Bu kapsamda, banka, kamera ve alarm sistemi kurmalı; şubenin büyüklüğü, işlem hacmi ve fizikî koşulları ile bulunduğu bölge gibi hususları değerlendirerek şubede gerekli güvenlik önlemlerini almalı;⁷⁹ şubede yeteri kadar güvenlik görevlisi bulundurmalıdır.

Banka, kasa dairesinin güvenliğini sağlarken, müşterinin mahremiyetini ihlâl etmekten kaçınmalı; donatımını, müşterinin gizliliğini sağlayacak şekilde ayarlamalıdır. Diğer taraftan, banka, kasa dairesinin ve iki kilitli kasalarda banka tarafından açılacak olan kilidi açmakla görevlendirdiği personelini özenle seçmekle yükümlüdür.

⁷⁴ ROESLE, s. 64.

⁷⁵ BUNTE/ZAHRTE, 4. Teil, IX, Rn. 2; ARPAGAU/STADLER/WERLEN, s. 493.

⁷⁶ BUNTE/ZAHRTE, 4. Teil, IX, Rn. 9; SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLANTEN, § 73, Rn. 4; BAUEN/ROUILLER, s. 189; KAPLAN, s. 217.

⁷⁷ BAUEN/ROUILLER, s. 189.

⁷⁸ BAUMBACH/HOPT, (7), Rn. V/1; SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLANTEN, § 73, Rn. 4; BUNTE/ZAHRTE, 4. Teil, IX, Rn. 2; AKYOL, s. 150-151. Krş. KAPLAN, s. 220.

⁷⁹ Bankaların İzne Tabi İşlemleri ile Dolaylı Pay Sahipliğinin İlişkin Yönetmelik m. 8/IV.

Banka, müşteriye kiraya verilen kasa bölmesini, kural olarak, müşterinin rızası olmaksızın tek başına açmaz. İstisnâî olarak, deprem, savaş gibi olağanüstü durumların gerçekleşmesi, kasanın içine konulan eşyanın kasaya veya çevreye zarar verme tehlikesinin doğması, kasada saklanması sözleşme veya işin özelliği gereği yasak olan maddelerin kasaya konulduğuna yönelik güçlü şüphenin ortaya çıkması, uzun zamandan⁸⁰ beri sözleşme bedelini ödemeyen müşteriyle artık iletişimin kurulamaması gibi durumlarda, müşteriye veya yetkili temsilcisine ulaşılamıyorsa, kasa, müşteri orada olmaksızın açılabilir. Böyle durumlarda "acil durum açılışından" söz edilir.⁸¹ Buna karşılık, gecikmesinde sakınca bulunan bir durum yoksa ve müşteriye ulaşılabilmesine rağmen, müşteri, sözleşmeye aykırı olarak veya haklı olmayan bir nedenle, kasanın banka tarafından açılmasına rıza göstermiyorsa, banka, mahkemeye başvurarak, masrafı müşteriye ait olmak üzere, kasanın açılmasına izin verilmesini hâkimden isteyebilir. Kasanın, müşteri orada bulunmaksızın açılışında banka, kasayı bankada saklanan müşteri anahtarını kullanarak açabilir veya bir uzmandan yardım alarak zorla açtırabilir. Kasa, müşterinin veya yetkili temsilcisinin yokluğunda, olağan koşullarda bir noterin, olağanüstü koşullarda ise bankanın imzaya yetkili iki personelinin huzurunda açılmalıdır.⁸² Kasa açılışının detayları, bu kapsamda, tarih, saat, açılıştaki bulunan kişiler gibi bilgiler ile kasanın içinden çıkan varlıklar, açılış protokolüne ayrıntılı olarak kaydedilmelidir.⁸³

⁸⁰ Bu kapsamda, beş yıl veya daha uzun süre, "uzun zaman" olarak kabul edilebilir. Zira bir kimsenin beş yıl boyunca, kasasını ziyaret etmemesi ve kasa kiralama bedelini de ödememesi, onun kasasıyla arasında sıkı bir bağın kalmadığını gösterir. Böyle bir durumda, bankanın kasayı açmaktaki menfaati, müşterinin kasa içeriğinin başkaları tarafından öğrenilmemesine ilişkin menfaatine nazaran üstündür.

⁸¹ ARPAGAUS/STADLER/WERLEN, s. 494; BAUEN/ROUILLER, s. 188.

⁸² Kasanın müşterinin yokluğunda açılması hâlinde, durumu öğrenen müşteri tarafından, kasanın içeriğinde bulunan varlıkların kaybolduğuna veya çalındığına ilişkin iddiaların ileri sürülmesi ve bankanın sorumluluğuna başvurulması muhtemeldir. Buna karşılık, banka, kasanın içine müşteri tarafından neyin konulduğunu veya kasanın içinden neyin alındığını, hatta kasanın boş tutulup tutulmadığını bilmemektedir. Dolayısıyla, kasanın müşterinin yokluğunda açılması hâlinde, banka yönünden bir ispat güclüğü meydana gelir. İşte müşterinin yokluğunda kasanın açılması gereken hâllerde, eğer mümkünse, bir hukukî güvenlik kurumu olarak noterliğin yardımına başvurulması; bu mümkün değilse yine de hukukî güvenliğin ve ispat kolaylığının sağlanması amacıyla imzaya yetkili iki personelden yararlanılması yararlı olur.

⁸³ SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLANTEN, § 73, Rn. 13a; ARPAGAUS/STADLER/WERLEN, s. 494; BAUEN/ROUILLER, s. 188.

Kasa kiralama sözleşmesinde, saklama sözleşmesinin aksine (TBK m. 561/I), bankanın “kasanın içine konulan eşyayı” koruma yükümlülüğü bulunmamaktadır.⁸⁴ Bununla birlikte, kasanın içindeki eşyanın yangın, sel, deprem, savaş, terör olayları, halk ayaklanması gibi öngörülemeyen tehlikelerden zarar görme ihtimâlinin doğması durumunda, banka, olanakları çerçevesinde yapılabilecek olan her şeyi yapmak; bu kapsamda, müşteriye uyararak ve kasada bulunan eşyaya zarar gelmesini önleyecek önlemleri almakla yükümlüdür.⁸⁵ Bankanın bu yükümlülüğü, onun kasayı kiraya verme işini müşterinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadâkat ve özenle yürütme yükümünün (TBK m. 506/II) ayrılmaz bir parçasıdır.⁸⁶ Banka, bu kapsamda mümkünse, kasayı güvenli bir yere nakletmeli ve hatta durumun özelliklerine göre, müşterinin katılımı olmaksızın kasa bölmesini açmalı ve içinden çıkanları güvenli bir yerde depolamalıdır.⁸⁷ Bu tür olağanüstü hâllerde, olağan koşullarda uygulanan müşterinin katılımı olmaksızın kasayı açma protokolü işletilemiyorsa; kasanın açılması, yukarıda da açıklandığı gibi, imzaya yetkili en az iki personelin huzurunda gerçekleştirilmeli ve kasadan çıkanlar, tarih ve saat belirtilmek suretiyle ayrıntılı olarak kaydedilmelidir.

5. Bankanın Sır Saklama Borcu

Kasa kiralama işi, mahremiyetin önem taşıdığı faaliyetlerden biridir. Kasa kiralama sözleşmesi, bankayla müşteri arasındaki güven ilişkisine dayanır. Kasa kiraya verme işini, TBK m. 506/II uyarınca, sadâkat ve özenle yürütmekle yükümlü olan banka, sır saklama ve gizlilik yükümü altındadır.⁸⁸

Bankacılık Kanunu’nun 73. maddesinde, bankanın müşteri sırlarını saklama yükümlülüğü açıkça ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Öğre-

⁸⁴ BUNTE/Zahrte, 4. Teil, IX, Rn. 2; Schönle, s. 278; Schimansky/Bunte/Lwowski/Klanten, § 73, Rn. 4. Krş. Kaplan, s. 218.

⁸⁵ Lotz, s. 35; Bunte/Zahrte, 4. Teil, IX, Rn. 2a; Schimansky/Bunte/Lwowski/Klanten, § 73, Rn. 4; Grassinger, s. 156; Ak Yol, s. 150.

⁸⁶ Henssler, Martin, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6: Schuldrecht Besonderer Teil III (§§ 631-704), 8. Auflage, München 2020, § 688 Rn. 46.

⁸⁷ Bunte/Zahrte, 4. Teil, IX, Rn. 2a; Schimansky/Bunte/Lwowski/Klanten, § 73, Rn. 4.

⁸⁸ Gümüüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, 3. Bası, İstanbul 2014, s. 153-154; Lotz, s. 39; Roessler, s. 66; Grassinger, s. 159; Ak Yol, s. 153.

tide, müşteri sırrının en geniş anlamıyla değerlendirilmesi gerektiği, bankanın müşteriyle olan ilişkisinde ve bankacılık işlemleri çerçevesinde müşteriyle yaptığı işlemlerden müşteri sırrının doğduğu, bu kapsamda, bankadan kasa kiralayanların da banka müşterisi oldukları ve bu nedenle, bankanın kasa kiralama sözleşmesinin tarafı olan müşterinin de sırlarını saklamakla yükümlü olduğu, haklı olarak belirtilmektedir.⁸⁹

Sır saklama borcu altındaki banka, müşterinin bankada bir kasa kiralağını, müşteriyle kurulan sözleşmenin standart kasa kiralama sözleşmesinden ayrılan yönlerini, varsa müşteriye verilen parolayı ve şifreyi, müşteri tarafından verilen temsil yetkisini, kasanın müşterinin veya yetkili temsilcinin kasayı ziyaretine ilişkin bilgileri, üçüncü kişilerle paylaşmaz.⁹⁰ Ayrıca banka, bir şekilde, müşterinin kasanın içine koyduğu eşyayı öğrenmişse, bu bilgiyi de üçüncü kişilerle paylaşamaz. Buna karşılık, müşteriye aydınlatarak onun rızasını alan veya yetkili bir mercinin emrini yerine getiren banka, müşterinin kasa kiralamasına ilişkin bilgilerini açıklayabilir.

Banka nezdindeki kiralık kasa bilgileri, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında “kişisel veri” niteliği taşıdığından, söz konusu bilgilerin işlenmesi, silinmesi, yok edilmesi, anonim hâle getirilmesi, aktarılması gibi konularda, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hükümleri uygulama alanı bulur.⁹¹

⁸⁹ REİSOĞLU, Seza, Bankacılık Kanunu Şerhi, Cilt II, Ankara 2007, s. 993; ALICI, Yaşar, Bankacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2007, s. 792.

⁹⁰ SCHINNERER, Erich/AVANCINI, Peter, Bankverträge, III. Teil, 3. Auflage, Wien 1976, s. 190.

⁹¹ Kişisel Verileri Koruma Kurulu’nun kararına (13.02.2020 tarihli ve 2020/118 sayılı Karar) konu olan bir olayda, aleyhinde icra takibi başlatılan borçlunun, bankalar nezdindeki hak ve alacakları üzerine haciz işlemi uygulanmak üzere, icra dairesi tarafından, diğer bankalarla birlikte, şikâyet edilen bankaya da haciz ihbarnamesi gönderilmiştir. Şikâyet edilen banka, ilgili kişinin kişisel veri niteliğinde olan hesap ve “kiralık kasa bilgilerini” İcra ve İflas Kanunu’nun ilgili hükmü dolayısıyla icra dairesine bildirmiştir. Şikâyetçi, kendi aleyhine haksız bir şekilde icra takibine geçildiğini, haczin haksız olduğunu ve tebligatın Tebligat Kanunu hükümlerine aykırı yapıldığı iddia ederek bankayı, Kurul’a şikâyet etmiştir. Kurul, inceleme sonucunda, “...veri sorumlusu olarak şikâyet edilen bankanın, İcra Dairesince ödeme emrinin tebliğ edilmesi ve kiralık kasaya haciz konulması işlemleri nedeniyle kişisel verilerin korunması mevzuatından kaynaklanan bir sorumluluğunun bulunmadığı ve icra ve iflas hukuku bakımından üçüncü kişi konumunda olduğu, kişisel veri olan hesap ve kiralık kasa bilgisinin veri sorumlusu nezdinde bankacılık ve kişisel verilerin korun-

6. Bankanın Borcu İhlâl Etmesinin Hukukî Sonuçları

Kasa kiralama sözleşmesinin geçerli olarak kurulmasından sonra, banka, müşteriye değerli varlıkların saklanmasına uygun, sağlam ve güvenli bir kasayı veya kasanın kullanılmasını sağlayan anahtar ve benzeri araçları teslim etmezse, müşteri, bankayı TBK m. 117 uyarınca, borçlunun temerrüdüne düşürebilir ve bankaya karşı borçlunun temerrüdünün hükümlerini (TBK m. 118 vd.) işletebilir.

Kasa kiralama sözleşmesinden doğan borçlarını hiç veya gereği gibi ifa etmeyen banka, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, müşterinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür (TBK m. 112). Banka, kiralanan kasanın müşteri tarafından kullanılmasında müşteriyle iş birliğinde bulunma, kasayı dış etkenlerden koruma, kasa dairesini gözetleme, denetlenme ve onun güvenliğini sağlama borçları ile sır saklama⁹² borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemezse, müşterinin bundan doğan zararını, TBK m. 112 ve devamı hükümleri kapsamında⁹³ gidermekle yükümlü olur.⁹⁴

Bankanın, üstlenmiş olduğu borçları gereği gibi ifa edip etmediğinin belirlenmesinde, onun, somut olayda kasa kiraya verme işi yürüten

ması mevzuatına aykırı bir biçimde elde edildiğini gösteren bir bulguya rastlanılmadığı, veri sorumlusu tarafından, ilgili kişinin kişisel verisi olan hesap ve kiralık kasa bilgilerinin, 2004 sayılı İcra İflas Kanununun 89 uncu ve 367 nci madde hükümleri çerçevesinde Kanunun 5 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (ç) bendinde yer alan “hukuki yükümlülüğün yerine getirilmesi” şartına dayalı olarak Kanunun 8 inci maddesine uygun olarak icra iflas mevzuatı çerçevesinde aktarıldığı” gerekçesiyle şikâyetçinin iddialarıyla ilgili olarak Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında yapılacak bir işlem bulunmadığına karar vermiştir.

⁹² Yargıtay kararına konu olan bir olayda banka, yanlışlıkla müşterinin bilgisi ve izni olmaksızın kasa kilidini kırdırması ve kasa içerisindekileri üçüncü bir kişiye teslim etmiştir. Müşteri, bankadan manevî tazminat talebinde bulunmuştur. Yerel mahkeme, davanın reddine karar vermiştir. Yargıtay bize göre “isabetli olmayan bir biçimde”, kararı onamıştır (Y. 11. HD, 27.02.2017, E. 2016/971, K. 2017/1113).

⁹³ Yargıtay bir kararında, kasa kiralama sözleşmesinin tarafı olan müşterinin ölmesi üzerine, mirasçılardan birinin kasa içeriğine yetkisiz olarak ulaşması olayını, bankacılık işleminden kaynaklanmayan, banka memurunun dikkatsizliği ve hatasından kaynaklanan “haksız fiilden kaynaklı” tazminat davası olarak nitelendirmiştir (Y. 20. HD, 26.06.2015, E. 2015/1505, K. 2015/6478). Bize göre, sözü edilen kararda müşterilerin mirasçılarıyla banka arasındaki sözleşmesel borç ilişkisi göremezden gelindiğinden, Yargıtay’ın kararı yerinde değildir.

⁹⁴ SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLANTEN, § 73, Rn. 5; BAUEN/ROUILLER, s. 189; KAPLAN, s. 218.

basiretli bir bankadan⁹⁵ beklenebilecek olan en yüksek derecede özen ölçüsünde davranıp davranmadığına bakılır (TBK m. 506/II).⁹⁶ Bankanın özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, kasa kiraya verme işi ve hizmeti üstlenen basiretli bir bankanın göstermesi gereken davranış esas alınır (TBK m. 506/III).⁹⁷ Ayrıca, TTK m. 18/II'ye göre bankanın, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde, bu kapsamda kasa kiraya verme işinde, basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Böylece, bankanın özen ölçütünün ve bu kapsamda, kusurluluğunun belirlenmesinde, basiretli bir bankanın davranışı esas alınarak, bankanın özen ölçüsü objektifleştirilmiştir.⁹⁸

Bankanın, borca aykırı davranışından zarar gören müşterinin, bankanın kusurlu olduğunu ispat etmesine gerek yoktur. Aksine banka, kusursuzluğunu ispat etmelidir (TBK m. 112). Eğer banka, kasa kiralama işi yürüten basiretli bir bankanın göstermesi gereken bütün özeni gösterdiğini ispat edebilirse, sorumluluktan kurtulabilir. Ayrıca, banka, borcun sözleşmeye uygun olarak ifa edilmemesinin beklenmeyen hâlden, mücbir sebepten, müşteriden veya onun kasayı kullanan yetkili temsilcisinden kaynaklandığını ispat edebilirse, müşterinin zararını gidermekle yükümlü olmaz.⁹⁹ Bu kapsamda, örneğin banka, kasanın salgın hastalık, devletin koyduğu yasaklar, savaş, grev ve benzeri sebeple açılmadığını

⁹⁵ Bir tacir olarak banka, ticaretine ilişkin bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek zorundadır (TTK m. 18/II). Basiretli bir banka, kendi personelinin yeteneklerine ve imkânlarına göre ondan beklenebilecek olan özeni değil, bankacılık sektöründe faaliyet gösteren "tedbirli, öngörülü" bir bankadan beklenebilecek olan özeni göstermekle yükümlüdür (Genel olarak tacir yönünden bkz. ARKAN, Sabih, Ticarî İşletme Hukuku, 27. Bası, Ankara 2021, s. 153).

⁹⁶ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001, s. 211.

⁹⁷ GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s. 160.

⁹⁸ GÜMÜŞ, Özel Hükümler, s. 163. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre de bir güven kurumu olarak bankalar, basiretli bir tacir gibi davranmak zorunda olup objektif özen yükümü altındadır (Y. HGK, 10.6.2015, E. 2013/2426, K. 2015/1540; Y. 11. HD, 12.2.2014, E. 2013/14362, K. 2014/2390; Y. 11. HD, 13.01.2020, E. 2019/2248, K. 2020/278).

⁹⁹ OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 12. Bası, İstanbul 2014, s. 418; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, Ankara 2018, s. 1092.

ispat edebilirse, zarardan sorumlu olmaz. Bununla birlikte, böyle durumlarda dahi müşteriyi uyarmayan ve kasada bulunan eşyaya zarar gelmesini önleyecek tedbirleri almayan banka, müşteriye karşı sorumlu olabilir.

Banka, kasa kiralama sözleşmesinden doğan yükümlerini banka personeli aracılığıyla yürütür. Banka personeli, bankanın kasa kiralama sözleşmesiyle üstlenmiş olduğu borçların yerine getirilmesi bakımından ifa yardımcısı niteliğindedir. Banka, kasa kiralama sözleşmesinden doğan borçlarının yerine getirilmesi sırasında, banka personelinin müşteriye verdiği zararlardan sorumludur (TBK m. 116/I). Borçlunun, yardımcı kişinin verdiği zararlardan sorumlu tutulabilmesi için, kendisinin veya ifa yardımcısının kusurunun gerekli olup olmadığı, öğretide tartışmalıdır.¹⁰⁰ Bankanın, müşterinin uğradığı zarardan sorumluluğu, banka personelinin değil, bankanın “varsayımsal kusuruna” dayanır. Banka personelinin zarar verici davranışını, bizzat bankanın genel müdürü¹⁰¹ yapmış olsaydı, bu davranış onun için kusurlu sayılacak idiyse, bankanın varsayımsal kusuru meydana gelmiş olur ve banka meydana gelen zarardan sorumlu tutulur.¹⁰² Banka, eğer banka genel müdürü, banka personeli yerine o davranışı gerçekleştirseydi, bu, onun için kusurlu bir davranış olarak sayılmayacak idiyse, banka bu hususu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.¹⁰³ Ancak varsayımsal değerlendirme yapılırken, banka genel müdürünün genel bilgi ve kişisel yetenekleri değil; yardımcı kişiye bırakılan iş için gerekli olan bilgi ve yetenekler dikkate alınır. Hâl böyle olunca, banka personelinin kusurunun bulunmaması, dışsal ve nesnel nedenlere dayanıyorsa, banka, müşterinin uğradığı zarardan sorumlu olmaz.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Söz konusu tartışmalarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENOCAK, Zarife, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995, s. 203 vd.; YÜNLÜ, Semih, Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, İstanbul 2019, s. 276 vd.

¹⁰¹ Borçlu tüzel kişiyse, bu tüzel kişinin yardımcı kişisinden dolayı sorumlu olup olmayacağı araştırılırken, bu tüzel kişinin yetkili organlarını oluşturan gerçek kişilerin bizzat ifade bulunmaları hâlinde sorumluluğun söz konusu olup olmayacağına bakılır (OĞUZMAN/ÖZ, s. 438.) Türk Ticaret Kanunu’ndan farklı olarak genel müdürlük, Bankacılık Kanunu’nda bankanın zorunlu bir organı olarak düzenlenmiştir (OĞUZ, Sefer, Bankacılık Kanunu Kapsamında Banka Yöneticilerinin Şahsi Sorumlulukları, İÜHFD 2017, C. 8, S. 1, s. 260).

¹⁰² ŞENOCAK, s. 211; YÜNLÜ, s. 287; OĞUZMAN/ÖZ, s. 436; EREN, s. 1108.

¹⁰³ ŞENOCAK, s. 211; OĞUZMAN/ÖZ, s. 436; EREN, s. 1109.

¹⁰⁴ OĞUZMAN/ÖZ, s. 436.

7. Bankanın Sorumluluğunu Kaldıran Kayıtlar

Bankalar, müşterilerle kurulan kasa kiralama sözleşmelerine, kasa içeriğiyle ilgili hiçbir sorumluluk kabul etmediklerine dair hükümler koymaktadır. Ne var ki, bankanın, kasanın güvenliğini en üst düzeyde sağlama ve kasayı dış etkilere karşı koruma yükümlülüğünü “kasten veya ağır ihmâlle” ihlâl etmesinden doğan sorumluluğu, taraflar arasında önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen ortadan kaldırılamaz (TBK m. 115/I).

Türk Borçlar Kanunu’nda, uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif ihmâlinde sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmaların kesin olarak hükümsüz olacağı, açıkça hükme bağlanmıştır (TBK m. 115/III). Kasa kiralama işinin yürütülmesi, mevzuatta açıkça kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen bir izne bağlı tutulmamıştır. Bununla birlikte, bankaların kurulmaları ve faaliyetleri genel olarak izne bağlı olduğundan (Bank m. 6), TBK m. 115/III’te yer alan “kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülen iş” kavramı geniş yorumlanarak¹⁰⁵, bankaların kasa kiralama işinin de kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülen iş kapsamında kaldığı söylenebilir. Dolayısıyla bankaların, kasa kiralama sözleşmesinde, kasanın güvenliğini en üst düzeyde sağlama ve kasayı dış etkilere karşı koruma yükümlülüğünü “hafif ihmâlle” ihlâl etmelerinden doğan sorumluluklarını da ortadan kaldıramayacakları sonucuna varılabilir.¹⁰⁶

Bankalar, kasa kiralama sözleşmesinden doğan borçlarını, daima yardımcı kişi niteliği taşıyan banka personeli aracılığıyla yürütür. Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk ise, kural olarak, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir (TBK m. 116/II). Buna karşılık, uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin

¹⁰⁵ ERTEN, Ali, Sorumsuzluk Şartları, Ankara 1977, s. 240.

¹⁰⁶ Yargıtay, bankaların kiralık kasa faaliyetlerinde ve işlemlerinde, kasanın içinde bulunduğu binanın korunması ve kasadaki eşyanın muhafazası ile ilgili bütün meslekî hatalarını “ağır kusur” olarak kabul etmektedir (Y. 11. HD, 23.05.2016, E. 2015/10700, K. 2016/5579). Böylece, bankaların kasa kiralama sözleşmesiyle ilgili hafif kusurlardan söz edilememekte ve dolayısıyla bankaların müşterilerle yaptıkları sorumsuzluk anlaşmaları “hafif ihmâl” yönünden geçerlilik kazanmamaktadır.

anlaşma kesin hükümsüzdür (TBK m. 116/III). Belirtildiği üzere, “kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülen iş” kavramının geniş yorumlanması sonucunda bankalarca yürütülen kasa kiralama işi de kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülen iş kapsamında kalmaktadır. Dolayısıyla bankanın, kasa kiralama sözleşmesinin tarafı olan müşterisiyle yaptığı, yardımcı kişi niteliği taşıyan banka personelinin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma, TBK m. 116/III gereğince, kesin hükümsüzdür.

8. Müşterinin Zararının Giderilmesi

Banka, sorumluluğun koşullarının gerçekleşmesi üzerine, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle müşterinin uğradığı zararı gidermek zorundadır. Müşteri, kural olarak borca aykırılık yüzünden uğradığı zararı ispatla yükümlüdür.¹⁰⁷ Müşteri zarara uğradığını ve bu kapsamda kasada bulunduğunu iddia ettiği değerli varlıkları, tanık dâhil her türlü delil ile ispat edilebilir.¹⁰⁸

Kasa kiralama sözleşmesinde müşteri, bir zarara uğradığını ispat edebilirse de zararın gerçek miktarını ispat etmesi zor ve hatta çoğu zaman imkânsızdır. Bu takdirde, hâkim, haksız fiillerde zararın miktarını belirlemeye ilişkin esası uygulamalıdır (TBK m. 114/II). Bu kapsamda, TBK m. 50/II uyarınca, müşterinin uğradığı zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa, hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler. Bununla birlikte, müşterinin herhâlde, bir zarara uğramış olduğunu ispat etmesi gerekir ki; hâkim zararın miktarını hakkaniyete göre takdir edebilsin.¹⁰⁹ Yargıtay, müşterinin zararının belirlenmesinde, ilk derece mahkemeleri tarafından, müşterinin sosyal durumu itibarıyla kasada nelerin olduğuna dair müşteriye açıklama yaptırılmasına, varsa kanıtlar toplanmak suretiyle, iddia edilenler çerçevesinde kasada nelerin bulunabileceğinin uzman bilirkişiden de yararlanılıp değerlendirilerek buna göre bir hüküm kurulmasına karar vermektedir.¹¹⁰

¹⁰⁷ BAUMBACH/HOPT, (7), Rn. V/1; KAPLAN, s. 219.

¹⁰⁸ Y. 11. HD, 19.11.2020, E. 2019/1779, K. 2020/5237.

¹⁰⁹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 404.

¹¹⁰ Y. 11. HD, 15.05.2017, E. 2016/4860, K. 2017/2909.

Bankanın borca aykırı davranmasının sonucunda, müşteri genellikle sadece maddî zarara uğrar. Bununla birlikte, kasa kiralama sözleşmesinin özelliği gereği, borca aykırılık, müşterinin manevî zarara uğramasına da neden olabilir. Örneğin, müşteri, kasaya, kaybolmasından veya çalınmasından korktuğu, mektup, fotoğraf, hatıra eşyası gibi maddî değeri bulunmayan varlıklar ile evlilik yüzüğü, aile yadigârı saat, madalya, mücevher gibi hem maddî hem de manevî değeri bulunan eşya koymuş olabilir ve bu eşya, bankanın sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle zarar görmüş olabilir. Bankanın sözleşmeye aykırı bir davranışı sebebiyle kişilik hakları zedelenen müşteri, bankadan manevî tazminat talep edebilir (TBK m. 58; TBK m. 114/II). Ne var ki, her borca aykırı davranış, kişilik haklarını zedeleyecek nitelikte değildir. Manevî tazminata hükmedilebilmesi için borca aykırı davranışın kişilik haklarını ihlâl eder nitelikte olması gerekmektedir.¹¹¹ Dolayısıyla, bankanın kasa kiralama sözleşmesinden doğan borçlarına aykırı davranması, müşterinin kişilik haklarını zedelemişse, bu kapsamda, müşterinin sosyal ve kişilik değerlerinde bir eksiklik meydana getirmişse,¹¹² müşterinin fiziksel, sosyal veya duygusal bir acı, elem ve ıstırap duymasına neden olmuşsa,¹¹³ müşteri bankadan manevî tazminat adı altında bir miktar paranın kendisine ödenmesini isteyebilir.

Banka, müşterinin uğramış olduğu zararın, münhasıran müşterinin veya onun sorumlu olduğu kişilerin davranışından kaynaklandığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Buna karşılık, somut olayda, bankanın kusurlu davranışlarının yanında, müşterinin de kusurlu davranışı varsa (müterafik kusur), sorumluluğun hakkaniyete uygun bir şekilde paylaşılması gerekir. Sorumluluğunun paylaşılmasında, TBK m. 62/I kıyasen uygulanabilir (TBK m. 114/II). Böylece, hâkim, bütün durum ve koşulları, özellikle banka ve müşteriden her birine yüklenebilecek olan kusurun ağırlığını ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğunu göz önünde tutarak sorumluluğu taraflar arasında paylaşırabilir.¹¹⁴

¹¹¹ Y. 11. HD, 06.11.2018, E. 2017/2866, K. 2018/6801; Y. 11. HD, 24.10.2019, E. 2018/5385, K. 2019/6709.

¹¹² EREN, s. 818.

¹¹³ ÖZTAN, Bilge, Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler, 11. Bası, Ankara 2021, s. 376.

¹¹⁴ BAYSAL, Başak, Zarar Görenin Kusuru, İstanbul 2012, s. 176; GRASSINGER, s. 157.

Müşteri, kasa içeriğinde bulunan eşyasını, isteğe bağlı olarak, yangın, sel, deprem, hırsızlık, kaybolma gibi risklere karşı sigorta ettirebilir.¹¹⁵

B. Müşterinin Borçları ve Borca Aykırılıktan Doğan Sorumluluğu

Müşterinin kasa kiralama sözleşmesinden doğan ve söz konusu sözleşmenin adî kira sözleşmesine ilişkin yönünü oluşturan asıl borcu, sözleşme bedelini ödemektir (TBK m. 313). Müşteri ayrıca, taraflar arasında kararlaştırılmışsa, depozitoyu ödemekle de yükümlüdür.¹¹⁶

Müşteri, kasa kiralama sözleşmesinin kurulmasından sonra muaccel olan sözleşme bedelini veya depozito ödeme borcunu ifa etmezse, banka müşteriyi TBK m. 117 ve devamı uyarınca borçlunun temerrüdüne düşürebilir ve müşteriye karşı borçlunun temerrüdünün hükümlerini işletebilir (TBK m. 118 vd.). Müşteri, kasanın kullanımına sunulmasından sonra sözleşme bedelini veya yan gideri ödeme borcunu ifa etmezse, banka, TBK m. 315/I gereğince, müşteriye yazılı olarak bir süre verip bu sürede de ifa etmeme durumunda, sözleşmeyi feshedeceğini bildirebilir. TBK m. 315/II uyarınca, müşteriye verilecek süre en az on gündür ve bu süre, müşteriye yazılı bildirim yapıldığı tarihi izleyen günden itibaren işlemeye başlar. Ayrıca banka, önce ifa yükümü altında değilse, sözleşme bedeli ifa edilinceye kadar, kasanın açılmasına katılma edimini yerine getirmekten kaçınabilir (TBK m. 97) ve böylece müşteriye kasayı kullanırmayabilir.¹¹⁷

Uygulamada kasa kiralama sözleşmesine, müşterinin bankada hesabının bulunması hâlinde, bankanın, başta sözleşme bedeli olmak üzere, kasa kiralama sözleşmesinden doğan tüm alacaklarını, müşteriye ayrıca bir bildirimde bulunulmasına veya onun izninin alınmasına gerek olmaksızın, müşterinin hesaplarına borç kaydetmeye ve bu hesaplardan mahsup etmeye yetkili olduğuna dair hükümler konulmaktadır. Genel işlem koşulları içeren kasa kiralama sözleşmelerinde, müşterinin menfaatine aykırı olan bu tür bir kayıt, sözleşmenin yapılması sırasında, bankanın müşteriye bu koşulun varlığı konusunda açıkça bilgi verip bunun içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve müşterinin bunu kabul etmesine

¹¹⁵ SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLANTEN, § 73, Rn. 5.

¹¹⁶ Kasa kiralama sözleşmesi, konut veya çatılı işyeri kirası niteliğinde olmadığından, TBK m. 342 hükmü, kasa kiralama sözleşmesi bakımından uygulanmaz.

¹¹⁷ BUNTE/ZAHRTE, 4. Teil, IX, Rn. 6; SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLANTEN, § 73, Rn. 20; AKYOL, s. 156.

bağlıdır (TBK m. 21/I). Buna karşılık, TBK m. 506/II hükmü karşısında, kasa kiralama sözleşmesi devam ederken, müşterinin sözleşme bedelini ödememesi hâlinde, bankayı, müşterinin rızası olmaksızın kasayı zorla açtırarak içinden çıkanları almaya yetkili kılan anlaşmaları, kesin hükümsüz saymak gerekir (TBK m. 27/I).

Banka, müşterinin, kiraladığı kasayı ziyaretine ilişkin olarak müşteriden herhangi bir bedel alamaz. Kasa kiralamada depozito bedeli, kiralanan kasanın bir yıllık sözleşme bedelini aşamaz. Kasa kiralama hizmetinin sona ermesi hâlinde, kasaya ilişkin müşteri tarafından verilen bir zarar, ödenmeyen sözleşme bedelleri ve kasa kiralama sözleşmesinden doğan diğer borçlar dolayısıyla ortaya çıkan tutar, depozito bedelinden düşülerek kalan tutar “derhâl” müşteriye iade edilir.¹¹⁸

Müşteri, kullanıma elverişli bulundurulduğu sürece, kasayı kendisinden kaynaklanan bir sebeple kullanırsa (örneğin, boş tutsa) veya sınırlı olarak kullansa bile, sözleşme bedelini ödemekle yükümlüdür (TBK m. 324).

Müşteri, kasayı sözleşmeye uygun olarak özenle kullanmakla yükümlüdür (TBK m. 316/I). Bu kapsamda müşteri, kasada saklanması uygun olmayan tehlikeli maddeler ile kasaya konulması uygun olmayan maddeleri kasaya koyamaz. Müşteri, bankanın, sözleşmeyle, kasaya konulmasını, kasanın veya diğer müşterilerin zarar görmesini engellemeye yönelik olarak yasakladığı eşyayı da kasaya koyamaz.¹¹⁹ Banka, durumun özelliklerine göre, müşterinin kasaya koyduğu maddeyi, müşterinin huzurunda kabaca yoklayabilir.¹²⁰

Kiralanan kasayı sözleşmeye uygun olarak özenle kullanmakla yükümlü olan müşteri, kasanın güvenli bir biçimde kullanılmasına yönelik olarak öngörülmüş olan tüm kurallara uymalıdır.¹²¹ Bu kapsamda müşteri, kendisine teslim edilen anahtarı ve benzeri aracı özenle korumalı, bunları yetkisiz kişilere vermemeli, şifresini veya parolasını başkalarıyla

¹¹⁸ Finansal Tüketicilerden Alınacak Ücretlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ, m. 14/III; Bankalarca Ticari Müşterilerden Alınabilecek Ücretlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ m. 16/II-III. Bankalarca Ticari Müşterilerden Alınabilecek Ücretlere İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ m. 16/III’te “derhâl” ifadesine yer verilmemesine rağmen, kalan tutarın ticarî müşterilere de derhâl geri verilmesi gerekir.

¹¹⁹ LOTZ, s. 40; BUNTE/ZAHRTE, 4. Teil, IX, Rn. 12; SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLANTEN, § 73, Rn. 6; GRASSINGER, s. 160; AKYOL, s. 154.

¹²⁰ LOTZ, s. 41; AKYOL, s. 154.

¹²¹ BUNTE/ZAHRTE, 4. Teil, IX, Rn. 10.

paylaşmamalı, her ziyarette ziyaret defterini imzalamalı, anahtarı kilidin veya kasanın üstünde unutmamalı, bankanın izni olmaksızın anahtarın yedeğini yaptırmamalı, anahtarı kaybederse bankaya derhâl bildirimde bulunmalı, acil ve haklı durumlarda mümkünse kasanın açılmasına katılmalı ve bu gibi hâllerde banka görevlisinin kasa içeriğini kabaca yoklamasına izin vermelidir.

Müşterinin kiralanan kasayı sözleşmeye uygun olarak özenle kullanmak yükümüne aykırı davranması durumunda, banka, müşteriye önceden bir ihtarda bulunmaksızın yazılı bir bildirimle sözleşmeyi derhâl feshedebilir (TBK m. 316/II) ve müşteriden, meydana gelen zararının giderilmesini isteyebilir (TBK m. 112 vd.)¹²². Ayrıca, müşterinin borca aykırı davranışı, müşterinin kendisinin bir zarara uğramasına neden olmuşsa, banka, müşterinin uğramış olduğu zararın, münhasıran onun davranışından kaynaklandığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir veya müşterinin kusuru ölçüsünde, bankanın sorumluluğu azalabilir.

Kasa kiralama sözleşmesi, müşteriyle banka arasındaki karşılıklı güven ilişkisine dayandığından, müşteri, kasayı tamamen veya kısmen başkasına kiraya veremez veya kullanım hakkını başkasına devredemez (TBK m. 322/I). Ayrıca, müşteri, bankanın yazılı rızasını almadıkça, kasa kiralama ilişkisini başkasına devredemez (TBK m. 323/I).

VI. SÖZLEŞMENİN SÜRESİ, SONA ERMESİ, SONA ERMESİNİN SONUÇLARI VE ZAMANAŞIMI MESELESİ

A. Sözleşmenin Süresi ve Sona Ermesi

Kasa kiralama sözleşmesinin süresi, taraflar arasındaki anlaşmaya göre belirlenir. Uygulamada, bu sözleşme, genellikle, belirsiz süreli olarak¹²³ veya bir yıl gibi belirli bir süreyle kurulur.¹²⁴ Sürenin belirli olmasından söz edilebilmesi için kasa kiralama sözleşmesinin taraflarının borç ilişkisinin sona ereceği an üzerinde uyuşmuş olmaları gerekir.¹²⁵ Belirli süreli sözleşmeler, sürenin dolmasıyla kendiliğinden sona erer.¹²⁶ Belirsiz

¹²² SCHÖNLE, s. 278; BUNTE/Zahrte, 4. Teil, IX, Rn. 14; SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLANTEN, § 73, Rn. 6.

¹²³ ARPAGAUS/STADLER/WERLEN, s. 494; BAUEN/ROUILLER, s. 186.

¹²⁴ ROESLE, s. 67.

¹²⁵ SELİÇİ, Özer, Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976, s. 67.

¹²⁶ SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLANTEN, § 73, Rn. 11; GRASSINGER, s. 162; SELİÇİ, s. 65.

sürelî sözleşmelerde taraflardan her birine kısa bir ihbar öneli (örneğin, iki hafta) verdikten sonra, sözleşmeyi her zaman feshedebilme yetkisi tanınır.¹²⁷ Belirli sürelî sözleşmelere ise, genellikle, sözleşme süresinin dolmasından en az iki hafta öncesinde taraflarca bir bildirimde bulunulmazsa, sözleşmenin aynı süre için uzamış sayılacağı kararlaştırılır.¹²⁸ Aynı şekilde, uygulamada, sözleşmeye, müşterinin ihbar öneli vererek sözleşmeyi feshedeceğini açıklamasına rağmen, müşteri, sözleşmeyi feshedeceğini bildirdiği tarihten önce, tüm anahtarları bankaya geri vermezse, sözleşmenin aynı süre için uzamış sayılacağına ilişkin hükümler konulur. Bu tür kayıtlar geçerlidir; zira sözleşmenin feshi, ancak anahtarların bankaya geri verilmesi durumunda hukukî sonuç doğurabilir.¹²⁹

Kasa kiralama sözleşmesi belirsiz sürelî olarak kurulmuş; ancak sözleşmede feshe ilişkin herhangi bir belirleme yapılmamışsa, TBK m. 329 hükmü kıyasen uygulanarak, taraflardan her birinin sözleşmeyi, altı aylık kira döneminin sonu için, üç aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebileceği kabul edilmelidir. Fesih döneminin hesabında, kasa kiralama sözleşmesinin başlangıç tarihi esas alınır (TBK m. 328/I). Sözleşmede veya kanunda belirtilen fesih dönemine veya bildirim süresinde uyulmamışsa, bildirim, bir sonraki fesih dönemi için geçerli olur (TBK m. 328/II).

Kasa kiralama sözleşmesinin “önemli sebeplerle” olağanüstü feshi, TBK m. 331 uyarınca gerçekleştirilir. Buna göre, taraflardan her biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hâle getiren önemli sebepler varsa, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilir. Bununla birlikte, müşteri, kiralananı özenle kullanma borcunu ihlâl eder; bu kapsamda kiralananaya yasak maddeler koyarsa, banka, TBK m. 316/II uyarınca, müşteriye önceden bir ihtarda bulunmaksızın yazılı bir bildirimle sözleşmeyi hemen feshedebilir.¹³⁰ Ayrıca, banka sadâkat ve özen yükümlülüğünü (TBK m. 506/II) ihlâl ederse, müşteri, TBK m. 512 uyarınca, sözleşmeyi ihbar önelinde bulunmaksızın derhâl feshedebilir.

¹²⁷ ARPAGAUS/STADLER/WERLEN, s. 494; BAUEN/ROUILLER, s. 186. Kasa kiralama sözleşmesi, sürekli borç ilişkisi niteliğindedir. Sürekli borç ilişkisinin taraflarına söz konusu hukukî ilişkiyi tek taraflı bir hukukî işlemle sona erdirebilme konusunda tanınan yetki, hukukî ihtiyaçların bir sonucudur (SELİÇİ, s. 111).

¹²⁸ LOTZ, s. 13; ROESLE, s. 67-68; SCHÖNLE, s. 279; GRASSINGER, s. 162.

¹²⁹ SCHINNERER/AVANCINI, s. 198.

¹³⁰ LOTZ, s. 43; SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLANTEN, § 73, Rn. 11a; SCHINNERER/AVANCINI, s. 198; GRASSINGER, s. 163.

Müşteri, sözleşme süresine uymaksızın, kasayı boşaltır ve kasanın boş olduğunu banka görevlisine göstererek tüm anahtarları bankaya geri verirse, onun kasa kiralama sözleşmesinden doğan borçları, kasanın benzer koşullarla kiraya verilebileceği makul bir süre için devam eder (TBK m. 325/I). Banka, yapmaktan kurtulduğu giderleri sözleşme bedelinden indirmekle yükümlüdür (TBK m. 325/II). Buna karşılık, müşteri ödemiş olduğu bedelin kendisine iadesini isteyemez.¹³¹

Müşteri, kasanın kullanımı kendisine bırakıldıktan sonra iflâs ederse, banka, işleyecek sözleşme bedelleri için güvence verilmesini isteyebilir (TBK m. 332/I). Banka, güvence verilmesi için müşteriye ve iflâs masasına yazılı olarak uygun bir süre verir. Bu süre içinde kendisine güvence verilmezse banka, sözleşmeyi herhangi bir fesih bildirim süresine uymaksızın hemen feshedebilir (TBK m. 332/II).

Müşterinin ölümü hâlinde, taraflarca kasa kiralama sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıysa, müşterinin mirasçıları, kasa kiralama sözleşmesinin tarafı hâline gelir.¹³² Ölümden sonraya etkili temsil yoksa mirasçılardan hiçbiri, kasayı tek başına kullanamaz.¹³³ Müşterinin ölmesi üzerine, kasanın ilk açılışı, sulh hâkimi tarafından tereke hâkimi sıfatıyla bir tespit yapılmadıysa (TMK m. 589 vd.), görevli vergi memuru ve mirasçıların tamamı veya tereke temsilcisi yahut ölümden sonraya etkili temsil yetkisine sahip olan vekil huzurunda yapılır (VİK m. 23). Eğer ölen müşteri, kasa anahtarını saklamış ve bu anahtar bulunamıyorsa, kasanın kilidi yine sözü edilenler huzurunda zorla açılır. Bu durumda, ortaya çıkan masraftan kira sözleşmesinin tarafı hâline gelen mirasçılar sorumlu olur. Mirasçılar, yasal fesih bildirim süresine uyararak en yakın fesih dönemi sonu için sözleşmeyi feshedebilir (TBK m. 333). Banka, sözleşmeyi ancak TBK m. 331/I kapsamında önemli sebeple feshedebilir.

Kasa kiralama sözleşmesinin müşteri tarafında birden fazla kişi bulunuyorsa, feshin, müşterilerin tümü tarafından beraberce veya müşterilerin tümünü temsil eden bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi gerekir.

¹³¹ ROESLE, s. 67.

¹³² Öğretide KAPLAN, müşterinin ölümü hâlinde, kasa kiralama sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceğini kabul etmektedir (KAPLAN, s. 229).

¹³³ SCHÖNLE, s. 279; ARPAGAUS/STADLER/WERLEN, s. 493; BAUEN/ROUILLER, s. 189; GRASSINGER, s. 164.

Banka da fesih iradesini, müşterilerin tamamına veya müşterilerin tümünü temsil eden kişiye karşı yönelmelidir.¹³⁴

B. Sözleşmenin Sona Ermesinin Sonuçları

Kasa kiralama sözleşmesinin sona ermesi üzerine, müşteri kasayı boşaltmakla ve banka tarafından kendisine verilen tüm anahtarlar ile benzeri araçları bankaya geri vermekle yükümlüdür.¹³⁵ Müşteri, kasayı ne durumda teslim almışsa, sözleşmenin bitiminde o durumda geri vermelidir; o, kasanın sözleşmeye aykırı kullanılmasından doğan zarardan sorumludur.¹³⁶ Buna karşılık, müşteri, sözleşmeye uygun kullanma dolayısıyla kasada ve kendisine teslim edilen diğer araçlarda meydana gelen eskimelerden ve bozulmalardan sorumlu değildir (TBK m. 334/I).

Kasa kiralama sözleşmesinin sona ermesine rağmen, müşteri anahtarları bankaya geri vermezse, banka, kasayı noter veya imzaya yetkili iki banka görevlisi huzurunda açtırabilir; kasanın içinden çıkanları masrafları müşteriye ait olmak üzere saklayabilir. Bu yolda bankanın kilidin değiştirilmesi dâhil yaptığı tüm masraflara müşteri katlanır.¹³⁷ Ayrıca banka, müşteriye kasanın içinden çıkan eşyayı teslim alma konusunda alacaklının temerrüdüne düşürerek (TBK m. 106 vd.) ona karşı alacaklının temerrüdünün hukukî sonuçlarını (TBK m. 107 vd.) işletebilir.¹³⁸ Sözleşmede geçerli olarak kararlaştırılmışsa (müşteriye bu durum hakkında açıkça bilgi verilmiş, ona içeriği öğrenme imkânı sağlanmışsa ve müşteri de bunu kabul etmişse), banka kasanın içinden çıkanları doğrudan doğruya pazarlık yoluyla satabilir ve elde edilen bedelden alacağını mahsup

¹³⁴ BAYRAM, Aziz Erman, Birlikte Kira, Ankara Barosu Dergisi 2019, 77/1, s. 149.

¹³⁵ BUNTE/ZAHRTE, 4. Teil, IX, Rn. 11; SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLAN-TEN, § 73, Rn. 13; ABEGG/GEISSBÜHLER/HAEFELI/HUGGENBERGER, s. 121; BAUEN/ROUILLER, s. 189; GRASSINGER, s. 161-162.

¹³⁶ Kiracının kiralananı sözleşmeye aykırı kullanılmasından doğan zararlardan sorumluluğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. BAYRAM, Aziz Erman, Kira Sözleşmesinde Kiracının Kiralananı Geri Verme Borcu, GÜHFD 2017, C. 21, S. 4, s. 169 vd.

¹³⁷ ROESLE, s. 88; ABEGG/GEISSBÜHLER/HAEFELI/HUGGENBERGER, s. 121; BAUEN/ROUILLER, s. 189.

¹³⁸ BUNTE/ZAHRTE, 4. Teil, IX, Rn. 16; SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLAN-TEN, § 73, Rn. 13a.

ederek kalan miktarı müşterinin hesabına yatırabilir.¹³⁹ Buna karşılık, banka, kasa içeriğinden çıkanları imha edemez.¹⁴⁰

C. Zamanaşımı Meselesi

Banka nezdinde bulunan mevduat, katılım fonu, emanet ve alacaklardan, hak sahibinin en son talebi, işlemi, herhangi bir yazılı talimatı tarihinden başlayarak on yıl içinde aranmayanlar, zamanaşımına uğrar (Bank m. 62/I). Zamanaşımına uğrayan değerler, banka tarafından hak sahibine ulaşılamaması hâlinde, yapılacak ilânı müteakiben, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na gelir kaydedilir (Bank m. 62/II). Belirtildiği üzere, kasa içeriğinde bulunan eşya üzerinde banka zilyet veya malik değildir. Söz konusu eşya, banka nezdindeki mevduat, katılım fonu, emanet veya alacak niteliğinde de değildir. Bununla birlikte, yukarıda da ifade edildiği üzere, beş yıl gibi uzun bir zamandan beri sözleşme bedelini ödemeyen müşteriyle veya onun yetkili temsilcisiyle artık iletişim kurulamıyorsa, kasa, müşteri orada bulunmaksızın noter huzurunda açılır ve içinden çıkanlar banka tarafından emanete alınır. İşte Kanun'un 62. maddesinde düzenlenen on yıllık zamanaşımı süresi, kasanın içinden çıkan değerli varlıkların emanete alındığı tarihten itibaren işlemeye başlar.¹⁴¹

Mevduat ve Katılım Fonunun Kabulüne, Çekilmesine ve Zamanaşımına Uğrayan Mevduat, Katılım Fonu, Emanet ve Alacaklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 9. maddesinde ise, kiralık kasalardaki değerler için on yıllık zamanaşımının, kasa kira bedelinin en son tahsil edildiği veya kasanın en son açıldığı tarihten itibaren başlaması düzenlenmiştir.¹⁴² Müşterinin veya üçüncü bir kişinin mülkiyetinde bulunan

¹³⁹ ROESLE, s. 88; ABEGG/GEISSBÜHLER/HAEFELI/HUGGENBERGER, s. 121; BAUEN/ROUILLER, s. 189.

¹⁴⁰ BUNTE/Zahrte, 4. Teil, IX, Rn. 16; SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI/KLANTEN, § 73, Rn. 13a.

¹⁴¹ EREM, Faruk/ALTINOK, Akın/TANDOĞAN, Halûk, Bankalar Kanunu Şerhi, 7. Bası, Ankara 1989, s. 110. Öğretide REİSOĞLU, bu fikre yer vermekle birlikte, bu sonuca katılıp katılmadığını belirtmemiştir (REİSOĞLU, Seza, Bankacılık Kanunu Şerhi, Cilt I, Ankara 2007, s. 893). Öğretide ALICI ise kiralık kasadaki kıymetlerin "emanetler" kapsamında kaldığını kabul etmektedir (ALICI, s. 719). Bankacılık Kanunu'nun 62. maddesindeki intikal sürecinin, Anayasa'nın 35. maddesine aykırı olduğu yönünde bkz. BOZKURT, Tamer, Bankacılık Kanunu'nun 62. Maddesinin Hukukî Niteliği, Uygulama Alanı ve Mülkiyet ve Miras Hakkı Yönünden Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu, TFMHD 2017, C. 3, S. 1, s. 43.

¹⁴² BOZKURT, s. 32, dipnot 52.

bir eşyanın, emanete alındığı tarihten değil de; kasa kira bedelinin en son tahsil edildiği veya kasanın en son açıldığı tarihten itibaren on yıl geçmesiyle Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na gelir kaydedilmesini öngören bu hüküm, Kanun'a¹⁴³ ve Anayasa'nın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesine aykırıdır.

VII. SONUÇ

Kasa kiralama sözleşmesi, bankanın, değerli varlıkların saklanması için uygun ve güvenliği en üst düzeyde sağlanan bir kasanın kullanılmasını müşteriye bırakmayı, müşterinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği; kira ve vekâlet sözleşmelerine ilişkin aslî unsurların birleşmesinden meydana gelen, karma nitelikli bir sözleşmedir.

Kasa kiralama sözleşmesi sayesinde, müşteri, bankada bulunan kitli kasa içerisine, kasada saklanmaya uygun olan değerli varlıklarını bırakabilir. Kasa, kural olarak, ancak bankanın katılımıyla açılıp kapatılabilir; banka veya müşteri, kasayı tek başına açamaz. Bununla birlikte, bankanın, kasa içeriği üzerinde, zilyetliği yoktur. Dolayısıyla banka, kasa içeriği üzerinde, teslimine bağlı taşınır rehnine veya eşya hukukundan doğan bir hapis hakkına sahip olamaz. Diğer yandan, kasa kiralama sözleşmesi, taşınmaz kirası niteliğinde olmadığından, bankanın, kasa içeriği üzerinde, kira hukukundan doğan bir hapis hakkı da bulunmaz.

Banka, müşteriye karşı, değerli varlıkların saklanmasına uygun olan bir kasanın kullanımını bırakmayı, sözleşme süresince bu kasanın güvenliğini sağlamayı ve müşterinin kasaya erişmesinde iş birliğinde bulunmayı üstlenir. Banka, üstlendiği işi müşterinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadâkat ve özenle yürütmekle yükümlüdür. Bankanın, üstlenmiş olduğu borçları gereği gibi ifa edip etmediğinin belirlenmesinde, basiretli bir bankadan beklenebilecek olan en yüksek derecedeki özen esas alınır. Bankanın özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, basiretli bir bankanın göstermesi gereken davranışa göre değerlendirme yapılır.

Kasa kiralama sözleşmesinden doğan borçlarını hiç veya gereği gibi ifa etmeyen banka, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, müşterinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Banka, sözleşmeden doğan borçlarının yerine getirilmesinde, ifa yardımcısı niteliği taşıyan personeli tarafından müşteriye verilen zararlardan da

¹⁴³ REİSOĞLU, Cilt I, s. 893.

sorumludur. Sorumluluğun koşullarının gerçekleşmesi üzerine, bankanın müşterinin uğradığı hem maddî hem de manevî zararı gidermesi gerekir.

Bir güven kurumu olan ve objektif özen yükümü altında bulunan bankalar kasanın güvenliğini en üst düzeyde sağlama ve kasayı dış etkilere karşı koruma yükümlülüğünü ihlâl etmelerinden doğan sorumluluklarını ortadan kaldıramaz. Bu durum, bankanın yardımcı kişi niteliği taşıyan banka personelinin fiillerinden doğan sorumluluk bakımından da geçerlidir.

Müşteri, kullanıma elverişli bulundurulduğu sürece, kasayı kendisinden kaynaklanan bir sebeple kullanmasa veya sınırlı olarak kullansa bile, sözleşme bedelini ödemekle ve kiralanan kasayı sözleşmeye uygun olarak özenle kullanmakla yükümlüdür. Eğer müşteri, kiralanan kasayı özenle kullanma yükümüne aykırı davranırsa, banka, yazılı bir bildirimle sözleşmeyi derhâl feshedebilir ve müşteriden, meydana gelen zararının giderilmesini isteyebilir.

Kasa kiralama sözleşmesinin sona ermesi üzerine, müşteri, kasayı boşaltmakla ve banka tarafından kendisine verilen tüm anahtarlar ile benzeri araçları bankaya geri vermekle yükümlüdür. Müşteri, kasayı ne durumda teslim almışsa, sözleşmenin bitiminde o durumda geri vermelidir. Müşteri ayrıca, kasanın sözleşmeye aykırı kullanılmasından doğan zarardan sorumludur.

KAYNAKLAR

- ABEGG, Philipp/GEISSBÜHLER, Alex/HAEFELI, Kurt/HUGGENBERGER, Eric**, Schweizerisches Bankenrecht, 4. Auflage, Zürich 2019.
- AKYOL, Şener**, Banka Sözleşmeleri, İstanbul 2001.
- ALICI, Yaşar**, Bankacılık Kanunu Şerhi, İstanbul 2007.
- ARKAN, Sabih**, Ticarî İşletme Hukuku, 27. Bası, Ankara 2021.
- ARPAGAUS, Reto/STADLER, Ralph A./WERLEN, Thomas**, Das Schweizerische Bankgeschäft, 8. Auflage, Zürich 2021.
- ATAMER, Yeşim**, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 1999.
- BATTAL, Ahmet**, Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukukî Sorumluluğu, Ankara 2001.
- BAUEN, Marc/ROUILLER, Nicolas**, Schweizer Bankkundengeschäft, Zürich 2010.
- BAUMBACH, Adolf/HOPT, Klaus J.**, Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 9, Handelsgesetzbuch: HGB, 40. Auflage, München 2021.
- BAYRAM, Aziz Erman**, Birlikte Kira, Ankara Barosu Dergisi 2019, 77/1, s. 89-154.
- BAYRAM, Aziz Erman**, Kira Sözleşmesinde Kiracının Kiralananı Geri Verme Borcu, GÜHFD 2017, C. 21, S. 4, s. 131-181.
- BAYSAL, Başak**, Zarar Görenin Kusuru, İstanbul 2012.
- BECKER, Hermann/GAUTSCHI, Georg**, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Besondere Auftrags- und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung, Art. 425-491, Bern 1962.
- BECKER, Hermann**, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde 184-551, (Çeviren: DURA, A. S.), Ankara 1993.
- BOZKURT, Tamer**, Bankacılık Kanunu'nun 62. Maddesinin Hukukî Niteliği, Uygulama Alanı ve Mülkiyet ve Miras Hakkı Yönünden Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu, TFMHD 2017, C. 3, S. 1, s. 23-46.
- BUNTE, Hermann-Josef/ZÄHRTE, Kai**, AGB-Banken, AGB-Sparkassen, Sonderbedingungen: AGB-Banken Kommentar, 5. Auflage, München 2019.

- EMMERICH, Volker**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - Band 3: Schuldrecht - Allgemeiner Teil II, 8. Auflage, München 2019.
- EREM, Faruk/ALTINOK, Akın/TANDOĞAN, Halûk**, Bankalar Kanunu Şerhi, 7. Bası, Ankara 1989.
- EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, Ankara 2018.
- ERTEN, Ali**, Sorumsuzluk Şartları, Ankara 1977.
- GRASSINGER, E. Gülçin**, Kasa Kirası Sözleşmesi, Prof. Dr. Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul 1996, s. 152-166.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, 3. Bası, İstanbul 2014. (Anılış: Özel Hükümler).
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper**, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001.
- HENSSLER, Martin**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 6: Schuldrecht Besonderer Teil III (§§ 631-704), 8. Auflage, München 2020.
- HIGI, Peter/BÜHLMANN, Anton**, Zürcher Kommentar, Die Miete, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253 - 273c OR), Art. 253 - 265 OR, 5. Auflage, Zürich 2019.
- HIGI, Peter/WILDISEN, Christoph**, Zürcher Kommentar, Die Miete - Art. 266-268b OR, 5. Auflage, Zürich 2020.
- HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/WIEGAND, Wolfgang/KOLLER, Thomas**, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Auflage, Basel 2015.
- HULLIGER, Urban/HEINRICH, Peter**, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, 3. Auflage, Zürich 2016.
- İNCEOĞLU, M. Murat**, Kira Hukuku, Cilt I, İstanbul 2014.
- JAUERNIG, Othmar/MANSEL, Heinz-Peter**, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Auflage, München 2021.
- KAPLAN, İbrahim**, Banka Sözleşmeleri Hukuku, Cilt I, Ankara 1996.
- KOÇ, Nevzat**, İsviçre-Türk Hukukunda Bankaya Tevdi Sözleşmesi, Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, İzmir 1997, s. 143-207.
- KUNTALP, Erden**, Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), 2. Bası, Ankara 2013.
- LOTZ, Peter**, Der Schrankfachvertrag unter besonderer Berücksichtigung des Bankgeheimnisses, Basel 1940.

- OFTINGER, Karl/BÄR, Rolf**, Zürcher Kommentar, Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand, Art. 884-918 ZGB, 3. Auflage, Zürich 1981.
- OĞUZ, Sefer**, Bankacılık Kanunu Kapsamında Banka Yöneticilerinin Şahsi Sorumlulukları, İÜHFD 2017, C. 8, S. 1, s. 255-286.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 12. Bası, İstanbul 2014.
- ÖZTAN, Bilge**, Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler, 11. Bası, Ankara 2021.
- ÖZTAN, Bilge**, Miras Hukuku, 10. Bası, Ankara 2019.
- REİSOĞLU, Seza**, Bankacılık Kanunu Şerhi, Cilt I, Ankara 2007.
- REİSOĞLU, Seza**, Bankacılık Kanunu Şerhi, Cilt II, Ankara 2007.
- ROESLE, Max C.**, Der Schrankfachvertrag der Banken, Zürich 1982.
- SCHIMANSKY, Herbert/BUNTE, Hermann-Josef/LWOWSKI, Hans-Jürgen/KLANTEN, Thomas**, Bankrechts-Handbuch, Band I, 5. Auflage, München 2017.
- SCHINNERER, Erich/AVANCINI, Peter**, Bankverträge, III. Teil, 3. Auflage, Wien 1976.
- SCHÖNLE, Herbert**, Bank- und Börsenrecht, München 1971.
- SCHWINTOWSKI, Hans-Peter/SCHLEICHER, Bettina**, Bankrecht, 5. Auflage, Köln 2018.
- SELİÇİ, Özer**, Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976.
- SEROZAN, Rona**, Eşya Hukuku I, 3. Bası, İstanbul 2014.
- STARK, Emil W./LINDENMANN, Barbara**, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Der Besitz, Art. 919-941 ZGB, 4. Auflage, Bern 2016.
- ŞENOCAK, Zarife**, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995.
- TANDOĞAN, Halûk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/2, 3. Bası, Ankara 1985.
- TEKİNALP, Ünal**, Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, 2. Bası, İstanbul 2009.
- YÜKSEL, Ali Sait/YÜKSEL, Aslı/YÜKSEL, Ülkü**, Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, 10. Bası, İstanbul 2004.
- YÜNLÜ, Semih**, Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, İstanbul 2019.
- ZOBL, Dieter/THURNHERR, Christoph**, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten

dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand, Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB; 3. Auflage, Bern 2010.

ZOBL, Dieter, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand, Art. 888-906 ZGB, 2. Auflage, Bern 1996.

KISALTMALAR CETVELİ

Art.	: Artikel
BSK	: Basler Kommentar
BanK	: Bankacılık Kanunu
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Die Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BK	: Berner Kommentar
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
E.	: Esas
ff.	: die folgenden
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar
Krş.	: Karşılaştırınız
m.	: madde
N.	: Nummer
OR	: Obligationenrecht
Rn.	: Randnummer
s.	: sayfa
S.	: Sayı
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TFMHD	: Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: Türk Medenî Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
VİK	: Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu
Vorb.	: Vorbemerkungen
Y.	: Yargıtay
ZGB	: Zivilgesetzbuch
ZK	: Zürcher Kommentar



TANIMA YOLU İLE KURULAN SOYBAĞININ İRADE BOZUKLUĞU HALLERİNDEN KORKUTMA SEBEBİYLE İPTALİ

Dr. Emre KÖROĞLU*

Öz

Hukukumuzda çocuk ile baba arasında soybağı, ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulmaktadır (TMK m. 282/ f. 1). Keza çocuk ile baba arasındaki soybağının ayrıca evlât edinme yoluyla da kurulması mümkündür (TMK m. 282/ f. 2). Tanıma, babanın, nüfus memuruna veya mahkemeye yazılı başvurusu ya da resmî senette veya vasiyetnamesinde yapacağı beyanla söz konusu olmaktadır (TMK m. 295/ f. 1). Kanun koyucu, TMK m. 297 hükmü ile tanıyanın irade sakatlıklarına dayanarak tanımayı geçersiz duruma getirmesine imkân sağlamıştır. TMK m. 297’de belirtildiği üzere, tanıyan, yanıltma, aldatma veya korkutma sebebiyle tanımanın iptalini dava edebilmektedir. Tanımanın iptali davası anneye ve çocuğa karşı açılmaktadır.

Çalışmamızın konusunu tanımanın iptalini sağlayan sebeplerden korkutma oluşturmaktadır. TMK m. 297’de, tanımanın iptaline yol açan korkutmanın niteliği hususunda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Bu kapsamda çalışmamızda tanımanın iptaline sebep olan korkutma ile ilgili olarak kapsamlı bilgilere yer verilmiş, bu doğrultuda korkutmanın tanımı, şartları ve sonucu ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 297 • Soybağı • Tanıma • Korkutma • Tanımanın İptali Davası

* Arş. Gör. Dr., Erciyes Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kayseri, Türkiye | Res. Assist. Dr., Erciyes University, Faculty of Law, Kayseri, Turkey.

✉ emre_koroglu@erciyes.edu.tr • ORCID 0000-0003-4293-2749.

✎ **Atf Şekli** | Cite As: KÖROĞLU Emre, “Tanıma Yolu ile Kurulan Soybağının İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutma Sebebiyle İptali”, *SÜHFD.*, C. 30, S. 1, 2022, s. 89-122.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

ANNULMENT OF THE PARENT-CHILD RELATIONSHIP (THE PATERNITY) ESTABLISHED BY RECOGNITION DUE TO DURESS AS A DEFECT IN CONSENT

Abstract

The parent-child relationship (the paternity) is formed between child and father by virtue of the latter being married to the mother, by recognition or by court declaration (TCC Art. 282/ p. 1). Moreover, the parent-child relationship between child and father is formed by adoption (TCC Art. 282/ p. 2). Recognition is effected by the father with the assistance of a written declaration made before the registry officer or the court or by an official deed or by testamentary disposition (TCC Art. 295/ p. 1). With TCC Art. 297, the legislator enabled the recognising person to invalidate the recognition due to the defect in consent. As stated in TCC Art. 297, the recognising person can sue for the annulment of the recognition due to error, fraud or duress. An action for annulment of recognition is filed against the mother and the child.

The subject of our study is the duress, which is the reason for the annulment of recognition. In TCC Art. 297, there is no clarity on the nature of the duress leading to the annulment of recognition. In this context, in our study, comprehensive information is given about the duress that causes the annulment of recognition, and in this direction, the definition, conditions and result of the duress are discussed.

Key Words

Turkish Civil Code (TCC) Art. 297 • The Parent-Child Relationship (The Paternity) • Recognition • Duress • Action for Annulment of Recognition

GİRİŞ

Tanıma¹, herhangi bir erkeğe soybağı ile bağlı olmayan çocuğa babasının sahip çıkması ve bu kapsamda onun kendisinin evlilik dışı ilişkisinden olduğunu kabul etmesi olup, tanıma sayesinde çocuk ile babası arasında soybağı kurulmuş olmaktadır². Tanımada çocuk ile baba arasında soybağı, babanın TMK m. 295/ f. 1 gereğince nüfus memuruna veya

¹ Tanıma hakkında kapsamlı bilgi için bkz. KOÇ Nevzat, "Tanıma ve M.K. m. 310/ II Hükümünün İptali Hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararının Tanımaya Etkisi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, Cilt 3, Sayı 1-4, Yıl 1987, s. 542 vd.; GENÇ ARIDEMİR Arzu, "Tanıma Yolu ile Kurulan Soybağı", Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan, 1. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2009, s. 1-37; BİLGİLİ Fatih, Türk Medeni Hukukunda Evlilik Dışı Çocuğun Tanınması (MK. md. 291-294), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1994, s. 12 vd.

² KOÇ, s. 542; GENÇ ARIDEMİR, s. 6; BİLGİLİ, s. 14; EGGER August, Zürcher Kommentar, Familienrecht, Die Verwandtschaft, Art. 252-359, 2. Auflage, Schulthess Ver-

mahkemeye yapacağı yazılı başvuruya ya da resmî senette veya vasiyetnamesinde yapacağı beyanla kurulmaktadır. Tanıma, hukuki sonuçlarını tanıyanın varması gerekli olmayan tek taraflı irade beyanıyla meydana getirdiği için hukuki niteliği itibariyle kurucu yenilik doğuran işlemdir³. Tanıyanın tanımada bulunabilmesi için çocuğun veya annenin rızasının alınması, hatta herhangi bir kişiye yöneltilmesi şart değildir⁴. Tanımanın

lag AG, Zürich, 1943, ZGB Art. 302, N. 15; SCHWENZER Ingeborg/ COTTIER Michelle, Basler Kommentar, Art. 1-456 ZGB, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag AG, Basel, 2018, ZGB Art. 260, N. 1; DURAL Mustafa/ ÖĞÜZ Tufan/ GÜMÜŞ Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005, s. 462; SEROZAN Rona, Çocuk Hukuku, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 203, N. 52; ÖZTAN Bilge, Aile Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 909; BAYGIN Cem, Soybağı Hukuku, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 59; BAYGIN Cem, "Kan Bağına Dayanan Soybağı", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Sayı 1-4, Yıl 2002, s. 269; ÖZDEMİR Hayrunnisa/ RUHİ Ahmet Cemal, Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 769; KILIÇOĞLU Ahmet M., Aile Hukuku, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 438; AKYÜZ Emine, Çocuk Hukuku, Çocuğun Hakları ve Korunması, 7. Baskı, Pegem Yayınları, Ankara, 2020, s. 155; ŞIPKA Şükran/ GENÇ ARIDEMİR Arzu, "4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na Göre Soybağının Kurulması ve Hükümleri", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, Yıl 2003, s. 163; ÖZBAY İbrahim/ AKSAN NAR Şerife, "Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Tanımanın İptali Davası ve Bu Davada Uygulanacak Usul", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14, Sayı 3-4, Yıl 2010, s. 189; USTA Sevgi, Velayet Hukuku, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 183.

³ SEROZAN, Çocuk Hukuku, 2. Baskı, s. 204, N. 52; KOÇ, s. 542; ÖZTAN, s. 910; BAYGIN, Soybağı Hukuku, s. 59; ÖZDEMİR/ RUHİ, s. 769; AKYÜZ, s. 155; ŞIPKA/ GENÇ ARIDEMİR, s. 163; GENÇ ARIDEMİR, s. 7; ÖZBAY/ AKSAN NAR, s. 189; USTA, Velayet Hukuku, s. 184; RUSCH Martina/ GÖTSCHI Antje, Kurz Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag AG, Basel, 2017, ZGB Art. 260, N. 1; STEHLI Claudia, Orell Füssli Kommentar, ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2016, ZGB Art. 260, N. 1; OĞUZMAN Kemal/ DURAL Mustafa, Aile Hukuku, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001, s. 326; AKINTÜRK Turgut/ ATEŞ Derya, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt, 23. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 346; USTA Sevgi, Çocuk Hakları ve Velayet, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 56. Koç ile Hatemi ise, tanıma beyanının kurucu yenilik doğuran bir işlem olmadığını, bilgi açıklaması niteliğini taşıdığını belirtmektedir. Bkz. KOÇ, s. 543-544; HATEMİ Hüseyin, Aile Hukuku, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 168, N. 736.

⁴ SCHWENZER/ COTTIER, BSK, ZGB Art. 260, N. 1; RUSCH/ GÖTSCHI, KUKO, ZGB Art. 260, N. 1; OĞUZMAN/ DURAL, s. 326; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, 2005, s. 462; AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 346-347; SEROZAN, Çocuk Hukuku, 2. Baskı, s. 204, N. 52; ÖZTAN, s. 912; KILIÇOĞLU, s. 439; GENÇ ARIDEMİR, s. 9; ÖZBAY/ AKSAN NAR, s. 190.

sonucunda çocuk ile baba arasında soybağı geçmişe etkili bir biçimde kurulur ve çocuğun doğumu anından itibaren hüküm ifade eder⁵.

Kanun koyucu TMK m. 297/ f. 1'de yanılma, aldatma veya korkutma sebebiyle tanımanın iptalini dava edilebileceğini belirterek, tanıyanın irade sakatlıklarına dayanarak tanımayı geçersiz duruma getirmesine imkân tanımıştır. Tanıyan TMK m. 297/ f. 1 gereğince açacağı iptal davasında tanıma beyanında bulunurken çocuğun babası olduğu hususunda yanıldığını veya aldatıldığını ya da korkutma teşkil eden bir fiil altında tanıma beyanında bulunmak zorunda kaldığını ileri sürer.

Çalışmamızda tanımanın iptalini sağlayan sebeplerden korkutma inceleme konusu yapılmış olup, bu çerçevede korkutmanın tanımı, şartları ve sonucu ele alınmıştır. Korkutma temelde borç sözleşmeleri esas alınarak Türk Borçlar Kanunu m. 37 ile 39 arasında düzenlenmiştir⁶. Ancak Kanun koyucu tanıyanın tanıma yönündeki beyanını özgür iradesiyle yapmasını güvence altına almak ve konunun borç sözleşmelerinden ziyade aile hukukunu ilgilendirmesi sebebiyle korkutmaya TMK m. 297'de ayrıca iptal sebebi olarak yer vermiştir.

I. KORKUTMANIN TANIMI

Korkutmanın, tanıyanın tanımaya ilişkin irade beyanında bulunmasını sağlamak amacıyla, onda geleceğe yönelik bir kötülüğe ve zarara maruz kalacağı kanısını uyandırmasına korkutma denir⁷.

⁵ RUSCH/ GÖTSCHI, KUKO, ZGB Art. 260, N. 1; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, 2005, s. 462; AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 347; BAYGIN, Soybağı Hukuku, s. 59; ÖZDEMİR/ RUHİ, s. 769; AKYÜZ, s. 155; GENÇ ARIDEMİR, s. 22; BİLGİLİ, s. 14-15; REICH Johannes, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht-Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB – PartG, 3. Auflage Schulthess Verlag AG, Zürich, 2016, ZGB Art. 260, N. 1.

⁶ TBK m. 37-39 hakkında kapsamlı bilgi için bkz. KÖROĞLU Emre, Türk Borçlar Hukukunda İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutma, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 42 vd; DEMİRBAŞ Harun, Türk Borçlar Kanunu'nda Korkutmanın (İkrah) Şartları ve Sonuçları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2012, s. 4 vd.

⁷ REICH, CHK, ZGB Art. 260a, N. 3. Korkutma ile ilgili evliliğin nisbi butlanı açısından yapılan benzer tanımlar için bkz.: VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku, 5. Baskı, Nurgök Matbaası, İstanbul, 1965, s. 296; İKİZLER Metin, Evlenmenin Hükümsüzlüğü, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 215; ÇELİK Nazlı Hilâl, Evlenmenin Hükümsüzlüğü, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 200. Korkutma ile ilgili borç sözleşmeleri açısından yapılan benzer

Korkutmada, tanıyanın iradesi ile beyanı arasında herhangi bir irade bozukluğu bulunmamaktadır. İrade bozukluğu tanıyanın iradesinin oluşumu aşamasındadır⁸. Zira korkutmada, tanıyanın çocuğu tanımaya yönelik iradesi, baskıya bağlı olarak özgür bir düşünce ve karar alma sürecinin sonunda meydana gelmemektedir.

Korkutmaya maruz kalan tanıyan iki ihtimalle karşı karşıya kalmaktadır. İlk ihtimalde tanıyan korkutmanın sonucunu göze alır ve tanımaya ilişkin beyanda bulunmaz. Böyle bir durumda korkutma, korkutan açısından beklediği sonucu sağlamaz. İkinci ihtimalde ise, tanıyan korkutmaya boyun eğerek, aslında tanımaya ilişkin bir beyanda bulunmak istememesine rağmen tanımda bulunmak zorunda kalır. İşte bu tür durumlarda tanımanın iptaline ilişkin TMK m. 297 hükmü uygulama alanı bulur ve korkutma sonucu beyanda bulunmuş olan tanıyan, tanımanın iptalini dava edebilir.

Korkutmada tanıyana yönelik manevi bir cebir (*vis compulsiva/psychische Zwang*) vardır. Maddi cebirin (*vis absoluta/ physische Zwang*) bulunduğu durumlarda, tanıyanın iradesinin yerine maddi cebiri kullanan kişinin iradesi geçtiği için, tanıyanın tanımaya yönelik olarak yapmış olduğu irade beyanı yok hükmündedir⁹. Buna göre maddi cebir altında yapılan tanımalarda, tanıyanın herhangi bir iradesi bulunmadığından tanıma beyanı hiç yapılmamış sayılır ve TMK m. 297 hükmü uygulama alanı bulmaz.

tanımlar için bkz.: KÖROĞLU, s. 47; DEMİRBAŞ, s. 5; ETTER Josef, *Die Furchterregung nach schweizerischem Obligationenrecht*, 1. Auflage, Kanisiusdruckerei, Freiburg, 1954, s. 35, 43; EREN Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 452, N. 1234; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, *Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 471, N. 1; OĞUZMAN M. Kemal/ ÖZ Turgut, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I*, 19. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021, s. 119, N. 364.

⁸ Bkz. KÖROĞLU, s. 49; EREN, s. 452, N. 1236; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 471, N. 1.

⁹ Bkz. ETTER, s. 30; KÖROĞLU, s. 50; EREN, s. 452-453, N. 1237; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 118, dpt. 245; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 472, N. 2; ÖZTAN, s. 614; DEMİRBAŞ, s. 9.

II. KORKUTMANIN ŞARTLARI

A. Genel Olarak

TMK m. 297’de sadece tanıyanın korkutma sebebiyle tanımayı iptal edebileceği belirtilmiş, buna karşılık korkutmanın şartları ile ilgili herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bu sebeple herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmaksızın tanıyanın sanki her türlü korkutmada tanımanın iptalini isteyebileceği gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Ancak bu türden bir sonuca ulaşılması durumunda çocuğun soybağı kolaylıkla değiştirilebilir bir hâl alacaktır. Oysaki soybağı hususunda çocuğun yararları ön planda tutularak, çocuktan yana çözümlerin tercih edilmesi gerekmekte olup, onun soybağının sık sık değiştirilmesine yol açılmadan soybağının kalıcılığı olabildiğince devam ettirilmelidir¹⁰. Bu çerçevede TMK m. 297 hükmünün örtülü bir boşluğu içerdiği kabul edilmeli ve amaca uygun sınırlama yöntemi (teleolojik redüksiyon) ile tanıyanın hangi durumlarda ve ne şekilde korkutma sebebiyle tanımanın iptali için dava açabileceği tespit edilmelidir¹¹.

Doktrinde tanımanın iptali davasına sebebiyet veren korkutmanın şartları belirlenirken mehzaz kanunumuz olan İsviçre Medeni Kanunu (ZGB)’nun tanımanın iptali ile ilgili hükmü olan 260a/ Abs. 2 ’den yararlanılması gerektiği ifade edilmektedir . Söz konusu hükme bakıldığında, gerçekten de ZGB Art 260a/ Abs. 2’de, tanıyanın ancak kendisinin veya yakınlarından birinin hayatına, sağlığına, onuruna veya malvarlığına yönelik yakın ve önemli bir tehlike ile korkutularak çocuğu tanımaya razı edildiği durumlarda, tanımanın iptali için dava açabileceği belirtilmektedir. Görüldüğü üzere, ZGB Art. 260a/ Abs. 2’de tanıyanın hangi şartlar altında tanımanın iptalini isteyebileceği açık bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak doktrinde Baygın, malvarlığına yönelik korkutmalarda TMK m. 297’nin uygulama alanı bulmaması gerektiğini, Türk Medeni Ka-

¹⁰ SEROZAN, Çocuk Hukuku, 2. Baskı, s. 159-160, N. 23 ve s. 162, N. 26; SEROZAN Rona (HATEMİ Hüseyin), Aile Hukuku, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 382; SEROZAN Rona, “Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 765.

¹¹ SEROZAN, Çeşitlemeler, s. 765; SEROZAN, Çocuk Hukuku, 2. Baskı, s. 209, N. 60.

nu'nda korkutma yoluyla kurulmuş olan diğer aile hukuku ilişkilerinde, bu kapsamda TMK m. 151'de malvarlığına yönelik korkutmaların iptal sebebi olarak değerlendirilmediğini söylemektedir¹².

Kanaatimizce de TMK m. 297'de yer alan boşluğun doldurulmasında sadece ZGB Art. 260a/ Abs. 2 değil, bu hükümlerle birlikte evliliğin nisbi butlanı sebeplerinden korkutmaya ilişkin TMK m. 151 hükmü de dikkate alınmalıdır. Çünkü TMK m. 151 her ne kadar "evliliğin nisbi butlanı" ilgili bir düzenleme olsa da sonuçta aile hukukunu ilgilendirmekte, dolayısıyla da konumuz açısından yol gösterici bir nitelik taşımaktadır. Kaldı ki ancak bu sayede aile hukuku uygulamasında bir paralellik, bir uyum sağlanmış olacaktır. TMK m. 151'e bakıldığında, söz konusu düzenlemede ZGB Art. 260a/ Abs. 2'den farklı olarak korkutmanın yöneldiği değerler arasında malvarlığına yer verilmediği görülmektedir. TMK m. 151'de korkutmanın yöneldiği değerler olarak sadece hayat, sağlık ve namus ile onurdan bahsedilmiştir. Bu durum aslında Kanun koyucunun bilinçli bir tercihidir. Kanun koyucu malvarlığına yönelik olarak yapılan korkutmaları evliliğin butlanına sebep olacak nitelikte ağır bir durum olarak görmediği için TMK m. 151'de ihlale konu olabilecek değerler arasında yer vermemiştir. Bu kapsamda -aslında her ne kadar olması gereken hukuk açısından malvarlığına yönelik korkutmaların da iptale sebebiyet durumlarından biri olarak kabul edilmesi daha isabetli olacak idiyse de¹³- TMK m. 151'in mevcut düzenlemesi karşısında malvarlığına yönelik

¹² Bkz. BAYGIN, *Soybağı Hukuku*, s. 67 ve dpt. 170; BAYGIN, *Kan Bağı*, s. 271. Aksi görüş için bkz. ÖZTAN, s. 927; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, 2005, s. 468; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, 2021, s. 304, N. 1456; ÖZDEMİR/ RUHİ, s. 772; KILIÇOĞLU, s. 442-443. Serozan'da 743 sayılı Türk Kanuni Medenisi yürürlüğü döneminde malvarlığına yönelik korkutmalarda tanyanın korkutmaya dayalı iptal hakkının bulunmadığını benimsemekle birlikte, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun kabulü sonrasında bu yöndeki görüşünü değiştirmiş ve malvarlığına yönelik korkutmalarda da TMK m. 297'nin uygulama alanı bulabileceğini kabul etmiştir. Bu konuda bilgi için bkz. SEROZAN (HATEMİ), s. 382; SEROZAN, *Çocuk Hukuku*, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 215, N. 302. Ayrıca bkz. SEROZAN, *Çocuk Hukuku*, 2. Baskı, s. 209, N. 60; SEROZAN, *Çeşitlemeler*, s. 766.

¹³ Nitekim ancak bu sayede tanyanın tanıma yönündeki beyanını gerçek manada özgür bir biçimde yapmaları temin edilmiş ve onun irade özgürlüğü tam anlamıyla korunmuş olurdu. Zira korkutan tanyanın malvarlığını hedef alarak da korkutmada bulunabilir. Örneğin, korkutan, çocuğu tanımazsa, tanıyana bütün malvarlığını yakağını, ekonomik açıdan onu mahvedeceğini bildirebilir. İşte bu tür durumlarda,

korkutmaların TMK m. 297 hükmünün uygulanmasında dikkate alınması mümkün değildir. Sonuç olarak ZGB Art. 260a/ Abs. 2 ile TMK m. 151'in birlikte değerlendirilmesi neticesinde, tanıyanın sadece kendisinin veya yakınlarından birinin hayatına, sağlığına veya onuruna yönelik yakın ve önemli bir tehlike ile korkutularak çocuğu tanımaya razı edildiği durumlarda, tanımanın iptali amacıyla dava açabileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar çerçevesinde tanımanın iptali davasının açılmasına sebebiyet verecek nitelikte bir korkutmanın söz konusu olabilmesi için altı şartın bulunması gerekmektedir. Bu şartlar:

1. Korkutanın korkutma teşkil eden bir fiilinin bulunması,
2. Korkutanın korkutma kastının bulunması,
3. Korkutmanın tanıyanın şahsına ya da bir yakınının hayatına, sağlığına veya onuruna yönelik olarak yapılmış olması,
4. Korkutmanın pek yakın ve ağır bir tehlike arz etmesi,
5. Korkutma teşkil eden fiil ile tanıma arasında illiyet bağının bulunması ve
6. Korkutmanın hukuka aykırı olmasıdır.

Aşağıda sırasıyla bu şartlar incelenmiştir.

B. Korkutanın Korkutma Teşkil Eden Bir Fiilinin Bulunması

1.Genel Olarak

Korkutmanın söz konusu olabilmesi için gerekli olan ilk şart, korkutanın korkutma teşkil eden bir fiilinin bulunmasıdır.

Aşağıda öncelikle kimlerin korkutan olabileceği konusu üzerinde durulmuş, sonrasında da korkutma teşkil eden fiil hakkında bilgilere yer verilmiştir.

2. Korkutan

Tanıyanın tanımaya ilişkin irade beyanında bulunmasını sağlamak için korkutma teşkil eden bir fiilde bulunan kişiye korkutan denir.

tanıyan kendisini çocuğu tanımak zorunda hissedeceği için, iradesinin baskı altında olmadığından söz edilemez.

Korkutan çocuğun annesi olabileceği gibi, üçüncü bir kişi de olabilir¹⁴. Bu bakımdan korkutularak çocuğu tanımak zorunda bırakılan tanıyanın, sonradan TMK m. 297 hükmü kapsamında tanımanın iptali amacıyla dava açabilmesi için korkutma teşkil eden fiilin kim tarafından yapıldığı herhangi bir önem arz etmemektedir. Burada anne babaya karşı zaten TMK m. 301 gereğince babalık davası açabileceğinden, onun çocuğunun tanınması amacıyla neden korkutmaya başvurma gereği duyacağı sorusu gündeme gelebilir. Zira bir annenin babalık davası açma gibi hukuka uygun bir yola başvurma imkânı var iken, aynı sonuca ulaşmak için hukuka aykırı bir yol olan korkutmaya başvurma yönünde bir tercihte bulunması pek ihtimal dâhilinde görülmez. Ancak ülkemizdeki yargılamaların uzun yıllar sürdüğü gerçeği dikkate alındığında, anne açacağı babalık davasının kısa sürede sonuçlanmayacağı düşüncesiyle evlilik dışı ilişkisinin birçok kişi tarafından duyulacağı endişesine kapılıp, babanın çocuğunu tanımamasını sağlamak için ona karşı korkutmada bulunma yoluna gidebilecektir. Yine, anne babalık davası açabileceği hak düşürücü süreyi kaçırmış da olabilir. Kanun koyucu TMK m. 303/ f. 1’de annenin dava hakkının, doğumdan başlayarak bir yılın geçmesiyle birlikte düşeceğini ifade etmektedir. Bu çerçevede, anne, çocuğunun doğumunun üzerinden bir yıldan fazla bir sürenin geçtiği durumlarda, artık babalık davası açamayacağından çocuğu ile babası arasında hiç olmazsa tanıma yoluyla soybağının kurulmasını isteyebilir ve bu amaçla babaya karşı korkutmada bulunabilir. Sonuç olarak TMK m. 297’nin uygulanmasında annenin de korkutan sıfatını taşıyabileceği hususunun göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

3. Korkutma Teşkil Eden Fiil

Korkutanın, tanıyanın çocuğu tanımayı kabul etmemesi durumunda, onun şahsına veya yakınlarından birine zarar vereceğini belirtmesine korkutma teşkil eden fiil denir. Korkutma teşkil eden bir fiil korkutmanın temelini oluşturmaktadır.

Korkutan, korkutma teşkil eden fiilde bulunurken, tanıyana, çocuğu tanımazsa, onun şahsına veya yakınlarından birine zarar vereceğini de belirtmektedir. Bu bakımdan korkutma teşkil eden fiil, görünürde tek

¹⁴ HEGNAUER, BK, ZGB Art. 260a, N. 92.

bir fiil gibi gözükse de aslında bünyesinde biri mevcut biri geleceğe yönelik olmak üzere iki fiili barındırmaktadır. Bunlardan birincisi “*korkutmaya yönelik fiil*”i oluştururken, ikincisini ise, korkutmaya yönelik fiilin içerisinde yer alan ve tanıyanın çocuğu tanımaması durumunda onun şahsına veya yakınlarından birine yönelik olarak ileride gerçekleştirileceği belirtilen “*zarara sebebiyet verecek fiil/ tehlikeye yönelik fiil*” oluşturmaktadır. İşte korkutma teşkil eden fiil, her iki fiilin bir araya gelmesinden oluşmakta olup, bunlardan birinin eksik olduğu durumlarda korkutma teşkil eden fiil bulunmamaktadır¹⁵.

Korkutanın korkutma teşkil eden fiilini tanıyanla aynı ortamda bulunarak yapması şart değildir. Korkutan korkutma teşkil eden fiilini, tanıyanla aynı ortamda bulunmadan mektup, telgraf, kargo veya telefon gibi araçlarla yapabileceği gibi, teknolojinin nimetlerinden faydalanarak internet yoluyla, bu açıdan özellikle sosyal medya veya online video konferans uygulamaları aracılığı ile de yapabilir.

Korkutma teşkil eden fiil, söz veya yazı ile yapılabileceği gibi, birtakım davranışlarla da yapılabilir. Örneğin, A’nın B’ye onu sakat bırakacağını söylemesi söz ile yapılan bir korkutma; A’nın B’nin çantasına ailesine zarar vereceğini belirten bir not koyması yazı ile yapılan bir korkutma; A’nın B’ye elindeki bıçağı göstermesi, davranış ile yapılan bir korkutma teşkil etmektedir.

Korkutma teşkil eden fiil açık veya örtülü olarak da yapılabilir¹⁶. Korkutanın, tanıyan çocuğu tanımazsa, şahsının veya yakınlarından birinin bir zarar tehlikesiyle karşı karşıya kalacağını, doğrudan, herhangi bir şüpheye yer vermeyecek şekilde ifade ettiği veya birtakım davranışlarla gösterdiği durumlarda açık olarak yapılan korkutma söz konusu olmaktadır. Örneğin, A’nın B’ye onu döve döve öldüreceğini söylemesi durumunda korkutma teşkil eden fiil açık bir şekilde yapılmaktadır. Buna karşılık, korkutanın zarar tehlikesini üstü kapalı, dolaylı bir biçimde belirttiği durumlarda ise, örtülü bir şekilde yapılan korkutma bulunmaktadır.

¹⁵ “Korkutmaya yönelik fiil” ile “zarara sebebiyet verecek fiil/ tehlikeye yönelik fiil” ayırımı hakkında bilgi için bkz. KÖROĞLU, 80 vd.

¹⁶ Evliliğin korkutmaya dayalı nisbi butlanı açısından aynı yönde, TUOR Peter/ SCHNYDER Bernhard/ SCHMID Jörg/ JUNGO Alexandra, ZGB - Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich, 2015, s. 199, N. 17.

Ancak üstü kapalı, dolaylı bir biçimde yapılan korkutmaların, örtülü bir korkutma olarak değerlendirilebilmesi için somut olaydan tanıyanın, çocuğu tanımazsa bir zarar tehlikesiyle karşı karşıya kaldığı sonucuna ulaşılması gerekmektedir. Örneğin, bir kişinin masaya silah koyduğu durumlarda, örtülü bir şekilde yapılan korkutma bulunmaktadır. Zira bu tür durumlarda, masaya silah koyan kişinin, bu hareketleri ile zarar vereceğini ima ve ikaz etmek istediği sonucuna rahatlıkla ulaşılabilir.

Korkutanın korkutma teşkil eden herhangi bir fiilinin bulunmadığı durumlarda, irade bozukluğu olarak korkutma söz konusu olmaz. Bu sebeple, bir kişi, korkutma teşkil eden bir fiilde bulunmayan bir kişinin sırf olumsuz bir geçmişe sahip olmasından veya çevresinde kötü bir üne sahip olmasından ya da korkutucu bir dış görünüşe sahip olmasından etkilenerek bir çocuğu tanır ise, sonradan TMK m.297'ye dayanarak tanımının iptalini dava edemez. Çünkü böyle bir durumda korkutma teşkil eden bir fiil bulunmayıp, kişi kendi kendisine korkarak çocuğu tanımaktadır. Bu konuda örnek vermek gerekirse, hapisten bir süre önce çıkmış olan A'nın kendisine zarar vereceğini düşünen B, C'yi çocuğu olarak tanırsa, sonradan iradesinin A'nın korkutması sebebiyle sakatlandığını ileri süremez.

C. Korkutanın Korkutma Kastının Bulunması

TMK m. 297 kapsamında tanımının iptalinin istenebilmesi için korkutanın, korkutma teşkil eden fiilde bulunurken korkutma kastı ile hareket etmiş olması gereklidir. Başka bir deyişle, korkutan, korkutma teşkil eden fiili ile tanıyanın iradesine bilerek ve isteyerek etki etmek istemeli, onun tanımada bulunması amacına sahip olmalıdır.

Korkutanın kastının değil de ihmalinin bulunduğu durumlarda TMK m. 297'ye göre tanımının iptali amacıyla dava açılmaz. Zira bir olayda ihmal ile korkutmanın bir arada bulunması mümkün değildir. Bunlardan birinin bulunması, diğersinin varlığına engel olur ve onu dışlar¹⁷.

¹⁷ Bkz. KÖROĞLU, s. 89.

D. Korkutma Teşkil Eden Fiilin Tanıyanın Şahsının veya Yakınlarından Birinin Hayatına, Sağlığına veya Onuruna Yönelik Olarak Yapılmış Olması

1. Genel Olarak

TMK m. 297'nin uygulama alanı bulması için, korkutma teşkil eden fiilin tanıyanın şahsına ya da yakınlarından birinin hayatına, sağlığına veya onuruna yönelik olarak yapılmış olması gerekmektedir. Görüldüğü üzere burada ikili bir ayırım bulunmaktadır. İlk olarak korkutma teşkil eden fiil tanıyanın şahsına veya yakınlarından birine karşı yapılmış olmalıdır. İkinci olarak ise, tanıyanın şahsına veya yakınlarına karşı yapılan korkutma fiili, onların hayatına, sağlığına veya onuruna yönelik olarak yapılmış olmalıdır.

Aşağıda bu ayırımdan hareket edilerek açıklamalarda bulunulmuştur.

2. Korkutma Teşkil Eden Fiilin Tanıyanın Şahsına veya Yakınlarından Birine Karşı Yapılmış Olması

Korkutma teşkil eden fiil doğrudan tanıyanın şahsını hedef alabilir. Böyle bir durumda korkutma teşkil eden fiilden tanıyanın bizzat kendisi zarar görme tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır.

Korkutan tanıyanın şahsı yerine yakınlarına yönelik olarak da bir korkutmada bulunmuş olabilir. Burada "yakın" ifadesinin kapsamına kimlerin girdiğinin açıklanmasına ihtiyaç bulunmaktadır¹⁸. Doktrinde¹⁹, yakın ifadesi, aile, akrabalık ve mirasçılık ilişkisinden bağımsız olarak ele alınmakta ve bir kişinin yakınlığının değerlendirilmesinde taraflar arasında kan bağı veya hısımlık gibi herhangi bir hukuki bağın bulunması şart olarak aranmamaktadır. Yakın ifadesinin kapsamına kimlerin girdiği

¹⁸ Yakın ifadesi ile ilgili olarak kapsamlı bilgi için bkz. GÖRMEZ Gizem, Türk Borçlar Hukukunda Yakın Kavramı, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 1 vd.

¹⁹ Evliliğin korkutmaya dayalı nisbi butlanı açısından aynı yönde, ÖZTAN, s. 615; AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 223; KILIÇOĞLU, s. 74; LANZ MÜLLER Andrea, Orell Füssli Kommentar, ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2011, ZGB Art. 107, N. 5; ERDEM Mehmet, Aile Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 91.

belirlenirken kişinin hukuki anlamdaki çevresinden ziyade fiili yaşamındaki ilişkilerinin esas alınması gerekmektedir²⁰. İşte tüm bu açıklamalar çerçevesinde, yakın kişi, tanıyanın sevincini, mutluluğunu, üzüntüsünü veya acısını paylaştığı, kendisi için değerli hissettiği kişi olarak ifade edilebilir²¹.

Yakın ifadesi biri dar, diğeri geniş olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Dar anlamda yakın ifadesinin kapsamına sadece gerçek kişiler girmektedir²². Geniş anlamda yakın kişi ifadesinin kapsamına ise gerçek kişilerle birlikte tüzel kişiler de girmektedir²³. Bu çerçevede TMK m. 297'nin uygulama alanı bulması için yakın olarak sadece gerçek kişilerin mi, yoksa gerçek kişilerle birlikte tüzel kişilerin de mi dikkate alınmasının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Tanıyanın şahsının veya yakınlarından birinin ihlal edilebilecek değerleri olarak hayat, sağlık ve onura bakıldığında yakın kavramının kapsamına sadece gerçek kişilerin girdiği gibi bir sonuca ulaşılabilmektedir. Çünkü bunlar temelde gerçek kişilere özgü değerler niteliğini taşımaktadır. Tüzel kişilerin nitelikleri gereği hayat ve sağlık gibi değerlere sahip olması mümkün değildir. Bununla birlikte onur gerçek kişilerle birlikte tüzel kişilerin de sahip olabileceği bir değerdir²⁴. Çünkü onur kişiye bulunduğu toplumun gerekli olarak kabul ettiği ahlaki niteliklere sahip olduğu için verilen değerdir. Bu bakımdan tüzel kişiler de bir onura sahiptir. Yine kişiler hayatları boyunca sadece gerçek kişilerle değil, tüzel kişilerle de bir araya gelebilmekte ve onlarla da birtakım ilişkilerde bulunabilmektedir. Bu sebeple kanaatimizce yakınlık ilişkisi tüzel kişileri de kapsayacak bir biçimde geniş olarak ele alınmalıdır.

²⁰ Evliliğin korkutmaya dayalı nisbi butlanı açısından aynı yönde, LANZ MÜLLER, OFK, ZGB Art. 107, N. 5; KELLER Stefan, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Art. 1-456 ZGB, 2. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich, 2012, ZGB Art. 107, N. 6.

²¹ Evliliğin korkutmaya dayalı nisbi butlanı açısından aynı yönde, SAĞLAM İpek, Turkish Family Law, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 108.

²² GÖRMEZ, s. 4; KÖROĞLU, s. 98.

²³ GÖRMEZ, s. 6; KÖROĞLU, s. 98.

²⁴ GÖNEN Doruk, Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 127.

Gerçek kişiler ile tüzel kişiler yakın ifadesinin kapsamına girmekle birlikte her gerçek veya tüzel kişi tanıyanın yakını olarak kabul edilemez. Bir gerçek veya tüzel kişinin yakın olarak kabul edilebilmesi için tanıyanla aralarında yakın bir bağ ile düzenli bir ilişkinin bulunması gereklidir²⁵. Aksi takdirde gerçek veya tüzel kişiler yakın olarak kabul edilemez. Örneğin, tanıyanın anne veya babası onun açısından yakındır. Zira tanıyanla anne babası arasında hem kuvvetli bir bağ bulunmakta, hem de devamlı iletişim halinde oldukları için aralarında düzenli bir ilişki bulunmaktadır. Benzer bir şekilde, ailesi tarafından kurulmuş bir şirketin yönetim kurulu üyesi olan kişi ile söz konusu şirket arasında da yakın bir bağ ile düzenli bir ilişkinin bulunduğu kabul edilebilir.

Bir gerçek veya tüzel kişinin yakın olup olmadığı hususunda takdir yetkisi hâkime aittir. Hâkim somut olayı dikkate alarak gerekli değerlendirmelerde bulunur²⁶.

Özel durum olarak, korkutan tanıyanı tanımaya razı etmek için, kendi şahsını veya tanınmasını istediği çocuğu hedef almış olabilir.

Korkutanın kendi şahsını hedef aldığı, yani kendisine zarar vereceğini belirttiği durumlarla ilgili olarak ikili bir ayırımı gidilmesi gerekmektedir.

Korkutanın üçüncü kişi olduğu durumlarda kanaatimizce TMK m 297 hükmü uygulama alanı bulmaz. Korkutanın kendi şahsının tehlikeye gireceğini belirtmesi, tanıyanın şahsının veya yakınlarının hedef alınmasıyla karşılaştırıldığında onun iradesi üzerinde bu kişiler kadar yoğun ve aşırı bir baskı oluşmasına yol açmamaktadır. Çünkü korkutan tanıyanın değer verdiği, yakın bir bağ ile düzenli bir ilişkisinin bulunduğu kişilerden biri değildir. Kaldı ki evliliğin nisbi butlanı ile ilgili TMK m. 151'e (ve bu arada borç sözleşmeleri ile ilgili TBK m. 38'e) baktığımızda Kanun koyucu sadece kişinin kendi şahsına veya onun yakınlarına yönelik tehlikelerin söz konusu olduğu durumlarda korkutmanın gerçekleşmiş sayılacağını belirtmiştir. Bu bakımdan kanun koyucu kişinin kendi şahsını hedef alması durumunu korkutma olarak değerlendirilmesini isteseydi, TMK m. 151'de (ve TBK m. 38'de) gerekli düzenlemeyi yapardı.

²⁵ GÖRMEZ, s. 4, 6; KÖROĞLU, s. 101-102, 103.

²⁶ Evliliğin korkutmaya dayalı nisbi butlanı açısından aynı yönde, SAĞLAM, s. 108; ÇELİK, s. 205.

Korkutmanın çocuğun annesi olduğu durumlarda ise, eğer korkutan ile tanıyan arasında geçmişte duygusal bir ilişki, birliktelik de yaşanmışsa, korkutunun yakın kişi olma şartlarını taşıdığı kabul edilebilir. Bu çerçevede de tanıyan TMK m. 297 gereğince tanımanın iptalini isteyebilir.

Korkutunun tanınmasını istediği çocuğa zarar vereceğini belirttiği durumlarda, tanıyan tanımada bulunmuşsa, kanaatimizce TMK m. 297'ye dayanarak tanımanın iptalini isteyebilir. Zira bu tür durumlarda, çocuğun babası olabileceğini düşünerek hareket eden tanıyan çocuğu kendisine yakın olarak hissedecektir.

3. Korkutma Teşkil Eden Fiilin Hayata, Sağlığa veya Onura Yönelik Olarak Yapılmış Olması

a. Genel Olarak

Tanımanın korkutma sebebiyle iptalinin istenilebilmesi için korkutma teşkil eden fiilin tanıyanın şahsının veya yakınlarından birinin hayatına, sağlığına veya onuruna yönelik olarak yapılması gereklidir.

Aşağıda hayat, sağlık ve onur hakkında kısaca bilgilere yer verilmiştir.

b. Korkutma Teşkil Eden Fiilin Hayata Yönelik Olarak Yapılmış Olması

Hayat hakkı, kişinin fiziki ve ruhi bütünlüğünü koruyabilmesi, devam ettirebilmesi ve bunların çeşitli dış etkenler sebebiyle bozulmasına engel olabilmesi hakkıdır²⁷. Bir gerçek kişinin diğer bütün haklarının devamını sağlaması, aslında onun hayatını devam ettirmesine bağlıdır. Bu sebeple hayat hakkı gerçek kişiler açısından en önemli ve temel kişilik hakkıdır²⁸.

²⁷ HELVACI Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK md. 24/ a fıkra I/ İMK md. 28a/ fıkra I), 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, s. 50; ERDOĞAN İhsan/ KESKİN Ayşe Dilşad, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019, s. 279; DOĞAN Murat, Şahsiyet Haklarına Tecavüzün Önlenmesi Davası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 1993, s.10.

²⁸ HELVACI, s. 50; DOĞAN, s. 10; OĞUZMAN Kemal / SELİÇİ Özer / OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 18. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 175-176, N. 579; Pınar AKDEMİR, Kişilik Haklarının İhlalinden Elde Edilen Kazancın İadesi Davası, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.7; Hilal YÜKSEL, Kişilik Hakkı İhlali Kapsamında İnsan Üzerinde Yapılan Deneyler ve Hukuki Sonuçları, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 69.

Bu hakkı korkutma açısından ele alacak olursak, korkutan, tanıyan tanımamasını istediği çocuğu tanımayı kabul etmezse, onun şahsının veya yakınlarından birinin öldürüleceğini bildirmiş olabilir. Bu gibi durumlarda, tanıyan veya onun yakınları için hayata yönelik bir zarar tehlikesi bulunduğundan, tanıyan sonradan TMK m. 297 gereğince tanınmanın iptalini dava edebilir.

c. Korkutma Teşkil Eden Fiilin Sağlığa Yönelik Olarak Yapılmış Olması

Sağlık, genel anlamda kişiyi oluşturan organların, vücut bütünlüğünün iyi ve düzenli bir şekilde işlemesi anlamına gelmektedir²⁹. Kişinin sağlığı, onun hayat hakkı ile vücut bütünlüğünün bir uzantısı niteliğini taşımakta, bunlarla yakın bir ilişki içerisinde bulunmaktadır³⁰. Bu bakımdan kişinin sağlığı da kişilik hakları arasında yer almaktadır.

Kişinin sağlığını tehlikeye düşürecek herhangi bir girişimde bulunulması bu hakka bir saldırı niteliği taşımaktadır. Ancak kişinin sağlığının kapsamına sadece beden sağlığı girmemektedir; ruh sağlığı da girmektedir³¹. Bu çerçevede kişiye manevi acılar yaşatan, onun psikolojisini bozan veya sarsıntıya uğratan fiiller de kişinin sağlığına yönelik tehlikeler olarak değerlendirilmektedir³².

Korkutmada, korkutan, tanıyanın istediği çocuğu tanımamasını sağlamak için, onun veya yakınlarından birinin cinsel dokunulmazlığını ihlal edeceğini, şahsına veya yakınlarına eziyet edeceğini, ona veya yakınlarına huzur vermeyeceğini bildirmiş olabilir. Bu gibi durumlarda, bedeni veya ruhi sağlığa yönelik bir tehlike bulunduğu için tanıyanın iradesinin serbest bir şekilde oluştuğundan söz edilemez ve somut olayda TMK m 297 hükmü uygulama alanı bulabilir.

²⁹ AKDEMİR, s. 9; ÖZGÜL Mehmet Emin, Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 96; GÜRBÜZ Meral, Kişilik Hakkı Açısından Tıbbi Genetik Analizler, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir, 2010, s. 61.

³⁰ ÖZGÜL, s. 96.

³¹ ÖZGÜL, s. 96; GÜRBÜZ, s. 62.

³² ÖZGÜL, s. 97.

d. Korkutma Teşkil Eden Fiilin Onura Yönelik Olarak Yapılmış Olması

Onur, kişiye bulunduğu toplumun gerekli olarak kabul ettiği ahlaki niteliklere sahip olduğu veya böyle kabul ettiği için verilen değerdir³³. Bir toplumda bulunan her kişi, başka kişilerden üstün veya değersiz olmayan onura sahiptir³⁴.

Kişinin içinde bulunduğu çevrenin, kişiden beklediği ahlaki niteliklerden birinin veya bazılarının eksik olduğu düşüncesini uyandıran her türlü yazılı veya sözlü beyan ve davranışlar kişinin onuruna saldırı teşkil eder³⁵.

Konuyu korkutma açısından ele alacak olursak, korkutanın, tanıyanın veya onun yakınlarından birinin onuruna yönelik olarak, dedikodular yayacağı, söylentiler çıkaracağı, itibarını ve güvenilirliğini zedeleyeceği veya asılsız suçlamalarda bulunacağı korkutmasında bulunması durumunda, tanıyan TMK m 297 gereğince tanımanın iptalini dava edebilir.

E. Korkutmanın Pek Yakın ve Ağır Bir Tehlike Arz Etmesi

Korkutma teşkil eden fiil, tanıyanın şahsının veya yakınlarından birinin hayatına, sağlığına veya onuruna yönelik pek yakın ve ağır bir tehlike doğurmalıdır. Çünkü ancak böyle bir durumda tanıyanın iradesini etkileyecek güçte bir korkutmanın varlığı kabul edilebilir.

³³ GÖNEN, s. 123; AKDEMİR, s. 9; YÜKSEL, s. 73; EGGER August, Zürcher Kommentar, Personenrecht, Art. 1-89 ZGB, 2. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich, 1930, ZGB Art. 28, N. 35; Mustafa DURAL/ Tufan ÖĞÜZ, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 130, N. 637; Yargıtay 4 HD., 14497/4830, 16.04.2003“... yalın bir ifade ile şeref ve haysiyet dahil olduğu toplumun gerekli saydığı ahlaki niteliklere sahip olduğu ya da böyle kabul edildiği için, kişiye verilen değeri ifade eder. Kişinin onuru, şerefi ve saygınlığı onun toplum içindeki tüm manevi değerlerinden oluşur. Bunlar kişinin ahlaki değerleridir. Herkesin, içinde yaşadığı toplumda ve ilişkiler kurduğu çevrelerde kişisel bir onuru, şerefi ve saygınlığı mevcuttur. Kişiyi küçük düşürmek, yanlış tanıtmak, gülünç ya da zor duruma sokmak, kişiye düşmanca bir ortam hazırlamak amacıyla vaki davranışlar manevi değerleri nasıl zedelerse, bir olayın aktarılması ya da bir olay veya kişinin eleştirilmesi de çok kez şeref ve saygınlığa, onura müdahale niteliğinde olabilir. Ancak hiç kuşku yoktur ki, bu müdahalenin haksız olması diğer bir deyimle hukuka aykırı bulunması gerekir.” (www.kazanci.com.tr, Erişim tarihi: 19.10.2021).

³⁴ DURAL/ ÖĞÜZ, s. 131, N. 646; ERDOĞAN/ KESKİN, s. 282; DOĞAN, s. 14.

³⁵ EGGER, ZK, ZGB Art. 28, N. 35; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 190, N. 607; ERDOĞAN/ KESKİN, s. 293; DOĞAN, s. 15; GÖNEN, s. 124.

Pek yakın tehlikeden anlaşılması gereken, korkutmanın konusunu oluşturan tehlikenin hemen veya kısa bir zaman içerisinde gerçekleşebilecek nitelikte olmasıdır³⁶. Zira ancak bu tür durumlarda tanıyan, karşı karşıya kalmış olduğu tehlikeyi bertaraf etmek için yeterli zamana sahip olamaz³⁷. Bununla birlikte, korkutma teşkil eden fiilin hemen, derhal gerçekleşmesi şart değildir. Gelecekte gerçekleşme ihtimali olan, uzak tehlikeler korkutma teşkil etmez. Örneğin, korkutanın tanıyana doğacak ilk çocuğunu öldüreceğini söylemesi yakın bir tehlike içeren korkutma niteliğini taşımamaktadır. Buna karşılık söz konusu örneği biraz değiştirecek olursak, korkutan tanıyanın mevcut çocuğunu öldüreceğini belirtmiş olsa idi, bu durum korkutulan açısından pek yakın bir tehlike teşkil ederdi. Nitekim burada korkutma tanıyanın mevcut çocuğuna yönelik bir tehlike arz etmektedir.

Korkutma teşkil eden fiilin ağır bir tehlike doğurması ile kastedilen ise korkutmanın önemli ve ciddi bir tehlike içermesidir. Önemsiz ve ciddi olmayan tehlikeler korkutma teşkil etmez³⁸. Örneğin, korkutanın tanıyanın paltosunun düğmesini koparacağını veya saçını keseceğini belirttiği durumlarda önemli ve ciddi bir korkutmanın bulunmadığı kabul edilebilir. Çünkü önemli ve ciddi bir tehlike içeren korkutmanın söz konusu olduğu durumlarda, tanıyanın korkutmaya boyun eğdiği ve normal şartlarda yapmayacağı bir tanımayı yapmak zorunda kaldığı kabul edilir. Ancak istisnai olarak, palto tanıyan açısından manevi bir değer taşıyabilir. Mesela ailesinden yadigâr olabilir. Keza tanıyanın saçını uzun bir tedavi sürecinin sonunda çıkmış olabilir. İşte böyle durumlarda, tanıyana yönelik önemli ve ciddi bir tehlikenin bulunduğu kabul edilebilir.

Korkutmanın ağır olup olmadığının belirlenmesinde tanıyanın subjektif durumu dikkate alınır³⁹. Bu bakımdan tanıyanın cinsiyeti, kişiliği, karakteri, yaşı, eğitim ve bilgi düzeyi ve aklı durumu gibi hususlar esas

³⁶ Evliliğin korkutmaya dayalı nisbi butlanı açısından aynı yönde, İKİZLER, s. 218; SAĞLAM, s. 108.

³⁷ Evliliğin korkutmaya dayalı nisbi butlanı açısından aynı yönde, KILIÇOĞLU, s. 74; ERDEM, s. 92; ÇELİK, s. 208.

³⁸ Evliliğin korkutmaya dayalı nisbi butlanı açısından aynı yönde, OĞUZMAN/ DURAL, s.103; AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 223; SAĞLAM, s. 108; ÇELİK, s. 209.

³⁹ Evliliğin korkutmaya dayalı nisbi butlanı açısından aynı yönde, TUOR/ SCHNYDER/ SCHMID/ JUNGO, s. 199, N. 17; ÖZTAN, s. 615-616.

alınarak yapılan fiilin ciddi bir tehlike içerip içermediği değerlendirilir. Zira bir korkutma şahsi özellikleri birbirinden farklı olan kişiler üzerinde değişik etkilere yol açabilir.

Bir korkutmanın pek yakın ve ağır bir tehlike içerip içermediği ve bunun tanıyanın iradesi üzerinde etkili olup olmadığı hususunda takdir yetkisi hâkime aittir. Hâkim tanıyanın sübjektif durumunu da dikkate alarak, her somut olayda korkutmanın pek yakın ve ağır bir tehlike içerip içermediğini tespit eder.

F. Korkutma İle Tanıma Arasında İlliyet Bağının Bulunması

Tanıyan tanımayı korkutmanın sonucunda yapmış olmalıdır⁴⁰. Tanıyan korkutma olmasa idi, çocuğu tanımazdı denilebiliyorsa, korkutma ile tanıma arasında illiyet bağı kurulmuş olmaktadır. Bu çerçevede, tanıyan, korkutma olmasaydı dahi zaten çocuğu tanıyacak idiyse, artık korkutmaya dayanarak tanımanın iptali amacıyla dava açamaz. Burada illiyet bağı tespit edilirken, tanıyanın tanımayı korkutmanın sonucunda yapmış olmasının hayatın olağan akışına uygun olup olmaması araştırılmaz. Diğer bir deyişle, korkutma fiili ile tanıma arasında uygun illiyet bağının bulunması şart değildir; alelade illiyet bağının bulunması yeterlidir⁴¹. Örneğin, normal bir kişinin etkilenmeyeceği bir büyü yapılacağı veya metafizik varlıkların musallat edileceği korkutmasından aşırı evhamlı birinin etkilenmesi mümkündür. Bu gibi durumlarda, çocuğu tanımak zorunda kalan tanıyan, tanımanın iptali amacıyla dava açabilecektir.

G. Korkutmanın Hukuka Aykırı Olması

Tanımanın iptali amacıyla dava açılmasına sebep olan korkutma hukuka aykırı bir nitelik taşımaktadır. Korkutma teşkil eden fiilin konusunu oluşturan tehlikenin hukuk düzeninin izin vermediği haksız bir tehlike olduğu durumlarda, hukuka aykırılık gerçekleşmektedir. Bu husus özellikle korkutma teşkil eden fiildeki tehlikenin içeriğinin aynı zamanda haksız fiil ve/veya suç olduğu durumlarda söz konusu olmaktadır. Örneğin, bir kişinin kendisinin veya yakınlarından birinin öldürüleceği, yaralanacağı veya özel görüntülerinin yayılacağı belirtilerek yapılan bir korkutmanın hukuka aykırılığı kuşkusuzdur. Zira bu gibi durumlar hem

⁴⁰ HEGNAUER, BK, ZGB Art. 260a, N. 92; RUSCH/ GÖTSCHI, KUKO, ZGB Art. 260a, N. 7; STEHLI, OFK, ZGB Art. 260a, N. 3.

⁴¹ Bkz. OÇUZMAN/ ÖZ, s. 121-122, N.371; KÖROĞLU, s. 152.

haksız fiile hem de suça ilişkin unsurları bünyelerinde barındırmaktadır. Kaldı ki, kendisinin veya yakınlarından birinin zarara uğrayacağını düşünerek bir çocuğu tanıyan bir kişinin özgür iradesiyle hareket ettiğinin kabul edilmesi zaten mümkün değildir.

Bir hak veya kanundan doğan yetkinin kullanılacağı belirterek yapılan korkutmalar tanımanın iptali amacıyla dava açılması imkânını vermektedir⁴². Nitekim kural olarak bir hak veya kanundan doğan yetkinin kullanılacağı bildirilmesi hukuka aykırılık unsurunu bünyesinde barındırmadığı için hukuki anlamda korkutma sayılmamaktadır⁴³. Bu kapsamda tanıyan eğer çocuğu tanımazsa, aleyhine babalık davası açılacağı belirtilerek yapılan korkutmalar, tanımanın korkutma sebebiyle iptaline yol açmaz⁴⁴. Zira tanıyan, hamile kalabileceği bir dönemde anne ile cinsel ilişkiye girmişse, onun çocuğun babası olması ihtimal dâhilindedir. Bu çerçevede babalık davası da, babanın çocuğu tanımayı reddetmesi durumunda onunla çocuk arasında soybağının kurulmasını sağlamak amacıyla başvurulmuş hukuki bir araç niteliğini taşımaktadır⁴⁵. Kaldı ki, tanıyan annenin hamile kalabileceği dönemde herhangi bir cinsel ilişkide bulunmamışsa, babalık davası onun açısından herhangi bir tehlike de teşkil etmemektedir⁴⁶.

III. KORKUTMANIN SONUCU: TANIMANIN İPTALİ DAVASI

A. Genel Olarak

Yukarıda belirtilen şartların bulunması durumunda, tanıma her ne kadar korkutma sebebiyle sakat olsa da kendiliğinden hükümsüz duruma gelmemektedir. Korkutma altında yapılmış olan tanımanın iptali için, tanıyan tarafından dava açılıp, mahkemenin iptal yönünde karar vermesi gerekmektedir.

⁴² BAYGIN, Soybağı Hukuku, s. 67.

⁴³ KOÇ, s. 570, dpt. 144.

⁴⁴ HEGNAUER, BK, ZGB Art. 260a, N. 93; SCHWENZER/ COTTIER, BSK, ZGB Art. 260a, N. 2; RUSCH/ GÖTSCHI, KUKO, ZGB Art. 260a, N. 6; REICH, CHK, ZGB Art. 260a, N. 3; KOÇ, s. 570, dpt. 144; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, 2005, s. 468; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, 2021, s. 304, N. 1456; BAYGIN, Soybağı Hukuku, s. 67-68; BILGİLİ, s. 88.

⁴⁵ HEGNAUER, BK, ZGB Art. 260a, N. 93.

⁴⁶ HEGNAUER, BK, ZGB Art. 260a, N. 93.

Tanımanın iptali davası soybağını ilgilendiren davalardan olduğu için, yetkili mahkeme TMK m. 283 gereğince taraflardan birinin dava veya doğum sırasındaki yerleşim yeri mahkemeleridir. İptal davasında görevli mahkeme ise 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 4'e göre aile mahkemeleridir.

Tanımanın iptali davasının tanıyan lehine sonuçlanması için tanıyan korkutma altında tanıma beyanında bulunmak zorunda kaldığını ispatlamalıdır⁴⁷. Bu sebeple korkutmaya ilişkin ispat yükü tanıyanın üzerindedir⁴⁸.

B. İptal Davasının Hukuki Niteliği

Korkutma altında yapılan tanımanın iptali amacıyla açılan iptal davası hukuki niteliği itibariyle bozucu yenilik doğuran bir dava, mahkeme tarafından verilen karar da bozucu yenilik doğuran bir karardır⁴⁹. Zira mahkeme tarafından verilen tanımanın iptali kararıyla birlikte çocuk ile tanıyan arasındaki soybağına ilişkin sonuçlar geçmişe etkili olarak ortadan kalkmakta ve çocuk baba yönünden nesepsiz duruma gelmektedir⁵⁰.

C. İptal Davasının Tarafları

Tanımanın korkutma sebebiyle iptali davasında davacı çocuğu tanıma yönünde beyanda bulunan babadır (TMK m. 297/ f. 1). İptal davasını açma hakkı kişiye sıkı şekilde bağlı bir hak olduğundan, tanıyan ayırt etme gücü bulunmak kaydıyla bu davayı tek başına açabilir⁵¹. Türk Medeni Kanunu'nda tanıyanın sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybettiği

⁴⁷ DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, 2005, s. 467; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, 2021, s. 303, N. 1453; GENÇ ARIDEMİR, s. 32, 33; BAYGIN, Kan Bağı, s. 271; ÖZBAY/ AKSAN NAR, s. 197; DURMUŞ Rukiye Feray, Yenilik Doğuran Davalar, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 79.

⁴⁸ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 356; GENÇ ARIDEMİR, s. 32, 33.

⁴⁹ ÖZTAN, s. 922, 932; BAYGIN, Soybağı Hukuku, s. 70; GENÇ ARIDEMİR, s. 34; ÖZBAY/ AKSAN NAR, s. 195; DURMUŞ, s. 79; SEROZAN, Çeşitlemeler, s. 765; USTA, Velayet Hukuku, s. 186.

⁵⁰ GENÇ ARIDEMİR, s. 34. Tanıyanın mahkeme tarafından tanımanın iptali yönünde karar verilmesinden sonra, aynı çocuğu tekrar tanıması mümkün değildir. Bkz. BAYGIN, Soybağı Hukuku, s. 70.

⁵¹ GENÇ ARIDEMİR, s. 33; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, 2021, s. 303, N. 1452; Yargıtay 8. HD., 964/ 763, 26.01.2017 "Tanımanın iptali davası açma ve bu davayı takip etme, şahsa bağlı bir hakkın kullanımı niteliğinde olup..." (Yayınlanmamış Karar).

durumlarda davanın yasal temsilciler tarafından açılabilmesine dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak kanaatimizce tanıyanın ayırt etme gücünün bulunmadığı durumlarda, onun menfaatlerinin korunması gerektiği için bu davanın yasal temsilci tarafından açılması mümkün olmalıdır.

Tanıyanın açmış olduğu iptal davasının davalı tarafında ise anne ile tanınan çocuk yer almaktadır (TMK m. 297/ f. 2). Burada anne ile çocuk arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmaktadır⁵². Ancak çocuk küçük ise kayyım tarafından temsil edilmesi gerekmektedir⁵³.

D. İptal Davasının Açılabilmesi Süre

Tanıyanın dava hakkı, korkunun etkisinin ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde tanıyanın üzerinden beş yıl geçmekle düşmektedir (TMK m. 300/ f. 1). Görüldüğü üzere Kanun koyucu tanıyanın iptal davası açma hakkını TMK m. 297’de biri nisbi diğeri mutlak olmak üzere iki farklı süre ile sınırlandırmıştır⁵⁴. Bu süreler hukuki nitelikleri itibariyle hak düşürücü sürelerdir⁵⁵. Bu sebeple zamanaşımından farklı ola-

⁵² DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, 2005, s. 467; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, 2021, s. 303, N. 1452; ÖZBAY/ AKSAN NAR, s. 204; Yargıtay 8. HD., 10849/ 4600, 06.05.2019 “TMK’nin mad. 297/f. 1 hükmüne göre tanıyanın; yanıma, aldatma veya korkutma sebebiyle açacağı tanıyanın iptali istemli davayı anaya ve çocuğa karşı açılmalıdır ve ana ve çocuk arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmaktadır.” (Yayınlanmamış Karar).

⁵³ ÖZBAY/ AKSAN NAR, s. 204; Yargıtay 2. HD., 14073/ 16947, 05.12.2005 “Dava, tanıyan tarafından açılan tanıyanın iptaline ilişkindir (MK. m. 297/ f. 1). Tanıyanın açtığı iptal davası anaya ve çocuğa karşı açılır (MK. m. 297/ f. 2). Yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün menfaati çatıştığından (MK. m. 426/ f. 2) küçük Berkay’a temsil kayyımı atanarak dava kayyımına yöneltilmelidir” (Özbay/ Aksan Nar, s. 204-205, dpt. 83’ten naklen).

⁵⁴ HEGNAUER, BK, ZGB 260c, N. 6; TUOR/ SCHNYDER/ SCHMID/ JUNGO, s. 429, N. 34; STEHLI, OFK, ZGB Art. 260c, N. 2; SEROZAN, Çocuk Hukuku, 2. Baskı, s. 210, N. 61; HAUSHEER Heinz/ GEISER Thomas/ AEBI-MÜLLER Regina E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 6. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2018, s. 360, N. 16.58.

⁵⁵ SCHWENZER/ COTTIER, BSK, ZGB Art. 260c, N. 1; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, 2005, s. 471; SEROZAN, Çocuk Hukuku, 2. Baskı, s. 210, N. 61; ÖZTAN, s. 931; BAYGIN, Soybağı Hukuku, s. 68; ŞİPKA/ GENÇ ARIDEMİR, s. 166; ÖZBAY/ AKSAN NAR, s. 206.

rak sürenin durması veya kesilmesi gibi bir durum söz konusu olmamaktadır. Dava açıldığında hâkim tanınanın iptali davasının süresi içerisinde açılmış olup olmadığını kendiliğinden (re'sen) göz önünde bulundurur⁵⁶.

Tanıyan için korkunun etkisinin ortadan kalıp, bir yıllık nisbi sürenin işlemeye başladığı an, onun korkutma sebebiyle zarar göreceği yönünde artık endişe taşımadığı ve kendisini güven ve huzur içerisinde hissettiği andır. Korkunun etkisinin kalkması tanıyan açısından psikolojik bir nitelik taşıdığından, dışarıdan birinin bu anın ne zaman olduğunu kesin ve net olarak tespit etmesi çok zordur. Dolayısıyla kural olarak korkunun etkisinin ortadan kalktığı an olarak tanıyanın belirtmiş olduğu tarih dikkate alınır. Ancak davalı anne ile çocuk, korkunun etkisinin ortadan kalktığı tarihin başka bir tarih olduğunu, buna göre iptal davasının açılabilceği sürenin dolduğunu ispatlayabilirler. Bu takdirde açılan dava bir yıllık süre geçtiği için reddedilir.

Beş yıllık süre ise iptal davasının açılabilceği azami süre olup, tanınanın yapıldığı andan itibaren işlemeye başlar ve tanımayı takip eden beşinci yıldaki tanıma tarihine tekabül eden günde sona erer⁵⁷. Bu sebeple tanıyan, bir yıllık süre henüz işlemeye başlamamış veya işlemeye başlamış olsa bile beş yıllık sürenin dolmasıyla birlikte artık tanınanın iptali amacıyla dava açamaz ve tanıma sürekli bir geçerlilik kazanır.

İstisnai olarak TMK m. 300/ f. 4'te iptal davasının açılabilceği sürelerin dolmasına rağmen gecikmeyi haklı kılan bir sebebin varlığı durumunda, söz konusu sebebin ortadan kalkmasından başlayarak bir ay içerisinde iptal davası açılabilceği ifade edilmiştir⁵⁸. Görüldüğü üzere TMK m. 300/ f. 1'de düzenlenen bir ve beş yıllık süreler kesin süreler değildir. Tanıyan açısından gecikmesini haklı kılan bir sebep var ise, o bu durumu ispatlayarak bir yıllık veya beş yıllık süreyi aşmasına rağmen tanınanın

⁵⁶ ÖZBAY/ AKSAN NAR, s. 208.

⁵⁷ HEGNAUER, BK, ZGB 260c, N. 7.

⁵⁸ Acabey, bir aylık sürenin konulmasının isabetli olmadığını, zaten hâkimin gecikmenin haklı olup olmadığını değerlendirirken, haklı sebebin ne zaman kalktığına da bakacağını belirtmektedir. Bkz. ACABEY Mehmet Beşir, Soybağı, 1. Baskı, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2002, s. 280-281.

iptali amacıyla dava açabilecektir⁵⁹. Bununla birlikte her gecikme tanıyana iptal davası açabilme imkânını vermemektedir⁶⁰. İlk olarak, tanıyan açısından gecikme haklı kabul edilebilecek objektif bir sebebe dayanmalıdır⁶¹. Örneğin, tanıyan geçici olarak yurt dışında bulunursa veya fiil ehliyetini kaybederse ya da ağır bir hastalık geçirirse, gecikmesinde haklı bir sebebin bulunduğu kabul edilebilir⁶². İkinci olarak tanıyanın gecikmesinin dikkate alınabilmesi için, onun iptal davası açmakla elde edeceği menfaat, davalı tarafın soybağının devamı ile elde edeceği menfaate göre daha üstün olmalıdır⁶³. Örneğin, tanıyan ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisinin kurulmasının üzerinden uzunca bir zamanın geçtiği ve buna bağlı olarak da çocuğun tanıyanla arasında sıkı bir bağ kurduğu durumlarda, TMK m. 300/ f. 4'te belirtilen bir aylık süre tanıyana verilmeyebilir. Zira aksi takdirde tanıyana ek bir aylık süre içerisinde tanımanın iptali davası açma hakkı tanınacak olursa, çocuğun sağlıklı bir şekilde gelişimine ilişkin menfaati zarar görme tehlikesiyle karşı karşıya kalabilecektir. Tanıyan ile davalı tarafın menfaatleri eşit ise, çocuğun üstün yararı gözetilerek dava reddedilir ve tanıma yoluyla kurulan soybağının devamlılığı sağlanır⁶⁴. Hâkim, iptal davasında somut olayın tüm özelliklerini göz önünde bulundurarak, hukuka ve hakkaniyete uygun bir şekilde önemli bir sebebin bulunup bulunmadığına karar verir⁶⁵.

E. İptal Davasının Sonuçları

Tanımanın iptali davası sonucunda tanıyan haklı görülürse, tanıma iptal edilir. Tanıyanla çocuk arasındaki soybağı ilişkisi, tanımanın iptali

⁵⁹ SCHWENZER/ COTTIER, BSK, ZGB Art. 260c, N. 5; Art. 256c, N. 6; RUSCH/ GÖTSCHI, KUKO, ZGB Art. 260c, N. 4, Art. 256c, N. 3.

⁶⁰ REICH, CHK, ZGB Art. 260c, N. 5; STEHLI, OFK, ZGB Art. 260c, N. 4, Art. 256c, N. 4.

⁶¹ HEGNAUER, BK, ZGB Art. 260c, N. 31.

⁶² HEGNAUER, BK, ZGB Art. 260c, N. 31; REICH, CHK, ZGB Art. 260c, N. 5.

⁶³ HEGNAUER, BK, ZGB Art. 260c, N. 34; RUSCH/ GÖTSCHI, KUKO, ZGB Art. 260c, N. 4, Art. 256c, N. 4; REICH, CHK, ZGB Art. 260c, N. 5, Art. 256c, N. 4.

⁶⁴ RUSCH/ GÖTSCHI, KUKO, ZGB Art. 260c, N. 4, Art. 256c, N. 4; REICH, CHK, ZGB Art. 260c, N. 5, Art. 256c, N. 4.

⁶⁵ RUSCH/ GÖTSCHI, KUKO, ZGB Art. 260c, N. 4, Art. 256c, N. 4.

kararının kesinleşmesiyle birlikte doğum zamanına etkili olacak bir şekilde geriye dönük olarak geçerliliğini yitirir⁶⁶. Bu takdirde somut olayda şartlarının da bulunması kaydıyla çocuk ile annenin tanıyana karşı babalık davası açma hakları saklıdır⁶⁷.

Tanımanın iptali kararı ile birlikte tanıyan ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisi son bulduğu için, artık tanıyanın çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkı da son bulmaktadır⁶⁸. Bununla birlikte istisnaen, tanıyanın kişisel ilişki kurmasında çocuğun yararı bulunmakta ise onun TMK m. 325 çerçevesinde üçüncü kişi olarak çocukla kişisel ilişki kurması mümkündür⁶⁹.

Tanımanın iptali kararı sonucunda baba ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisinin ortadan kalkmasına bağlı olarak çocuğun tanıyana ve onun hısımlarına olan mirasçılığı sona ermektedir. Nitekim TMK m. 498 gereğince ancak evlilik dışında doğmuş ve soybağı, tanıma veya hâkim

⁶⁶ HAUSHEER/ GEISER/ AEBI-MÜLLER, s. 360, N. 16.60; SEROZAN, Çeşitlemeler, s. 765; ÖZTAN, s. 922; BAYGIN, Soybağı Hukuku, s. 70; GENÇ ARIDEMİR, s. 34; ÖZBAY/ AKSAN NAR, s. 195.

⁶⁷ Annenin babalık davası açma hakkı çocuğun doğumundan itibaren bir yıllık hak düşürücü sürenin dolmasıyla sona ermektedir (TMK m. 303/ f. 1). Ancak TMK m. 303/ f. 3'te belirtildiği üzere, bir yıllık süre geçtikten sonra gecikmeyi haklı kılan sebepler varsa, sebebin ortadan kalkmasından başlayarak bir ay içerisinde anne tarafından dava açılabilir. Kanaatimizce tanımanın üçüncü kişinin korkutması sebebiyle iptaline karar verildiği durumlarda, anne üçüncü kişinin korkutmasını bilmiyorsa veya bilebilecek durumda değilse, bir aylık ek süreden yararlanabilmelidir. Zira bu tür durumlarda, anne, korkutmaya tamamen yabancı ve uzak bir konumda olduğundan, tanımanın ileride iptal edilebileceğini hiç düşünmemekte, hatta tam tersine tanımanın sürekli bir şekilde geçerliliğini sürdüreceği inancına sahip olmaktadır. Dolayısıyla annenin bu inancının korunması gerektiğinden onun açısından haklı sebebin bulunduğu kabul edilmeli ve tanımanın iptalinden sonra, eğer babalık davası açabileceği bir yıllık süre hak düşürücü süre de dolmuşsa, ona bir aylık ek süre tanınmalıdır. Buna karşılık, korkutma anne tarafından yapılmışsa, tanıma artık kendi korkutması yüzünden iptal edilmiş olacağından, anne TMK m. 303/ f. 3'te düzenlenen bir aylık ek süreden yararlanamamalıdır.

Çocuğun babalık davası açma hakkı ise TMK m. 303/ f. 2 hükmü Anayasa Mahkemesi'nin 27.10.2011 tarihli ve 71/ 143 sayılı kararı ile iptal edildiğinden herhangi bir hak düşürücü süreye tabi değildir. Çocuk tanımanın iptali kararı sonrasında belirli bir süre sınırı ile bağlı olmaksızın dilediği zaman babalık davası açabilecektir.

⁶⁸ ÖZBAY/ AKSAN NAR, s. 213; SERDAR İlknur, "Kişisel İlişki Kurma Hakkı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, Cilt 9, Özel Sayı, Yıl 2007, s. 753.

⁶⁹ SERDAR, s. 753.

hükmüyle kurulmuş olanlar, baba yönünden evlilik içi hısımlar gibi mirasçı olabilmektedir.

Tanıma sonrasında çocuğun velayet hakkı, annenin küçük veya kısıtlı olması ya da ölmesi veyahut da velâyet kendisinden alınması sebebiyle hâkim tarafından babaya verilmiş (TMK m. 337/ f. 2) olabilir⁷⁰. Bu tür durumlarda mahkeme tarafından tanımanın iptali kararının verilmesi ile birlikte tanıyanın velayet hakkı son bulur. Bu takdirde çocuğun velayet hakkı kendiliğinden anneye tekrar geçmez. Mahkeme somut olayın şartları çerçevesinde yapacağı değerlendirmenin sonucunda çocuğun menfaatini dikkate alarak velayet hakkını ya anneye verir ya da çocuğu vesayet altına alarak ona bir vasi atar.

Çocuğa tanımanın sonrasında tanıyanın soyadının verildiği durumlarda⁷¹, tanımanın iptali kararı ile birlikte çocuk artık tanıyanın soyadını taşıyamayacağı için, annesinin soyadını taşır. Bu çerçevede mahkemenin iptal kararıyla birlikte, tanınması iptal edilen çocuk, tanıyanın hanesindeki kaydı kapatılarak annesinin bekârlık hanesine annesinin bekârlık soyadı ile taşınır. Annenin ve tanıyanın kayıtlarına tanımanın iptali tescil edilir⁷².

Tanıma yolu ile kurulan soybağında anne, baba ve çocuk her ne kadar bir arada yaşamasalar da *birbirlerine yardım etmek, saygı ve anlayış gös-*

⁷⁰ Nitekim anne ile babanın evli olmadığı durumlarda çocuğun velayeti anneye ait olduğu için (TMK m. 337/ f. 1), tanıma yoluyla çocukla arasında soybağı ilişkisi kurulmuş olan baba, kendiliğinden velayet hakkının sahibi olamaz. Bu konuda bkz. GENÇ ARIDEMİR, s. 30-31.

⁷¹ Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 28/ f. 4'te tanınan veya babalığa hüküm kararı ile soybağı kurulan çocukların babalarının hanesine baba adı ve soyadı ile nakledileceği, keza NHK geçici m. 5'te bu Kanun yürürlüğe girinceye kadar tanıma beyanı veya babalığa ilişkin karar sonucu anne hanesine tescil edilmiş olan çocukların baba hanelerine nakline anne ve babadan birinin, çocuk ergin ise kendisinin müracaatının aranacağı belirtilmektedir. Bu düzenlemeler çerçevesinde TMK m. 321 hükmü dar yorumlanmalı ve tanıma yoluyla babasına bağlanan çocukların babalarının soyadını alabilecekleri kabul edilmelidir. Bu konuda bkz. ÖZTAN, s. 1010-1017; BAYGIN, Soybağı Hukuku, s. 97-102; ÖZDEMİR/ RUHİ, s. 801-802. Ayrıca bkz. ACABEY, s. 283-284.

⁷² Bu konuda bkz. https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/talimat/nufusislemeleri/081021-tarihli-nufus_mevzuatinin_uygulanmasina_iliskin_aciklamalar.pdf, Erişim Tarihi: 03.01.2021).

termek ve birbirlerinin onurunu gözetmekle yükümlüdürler (TMK m. 322). Tanımanın iptali sonucunda çocukla baba arasındaki soybağı sona erdiği için, bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi artık söz konusu olmayacaktır⁷³.

Tanıyan, tanımanın sonucunda çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderleri karşılama yükümlülüğü altına girmektedir (TMK m. 327/ f. 1). Tanımanın iptali ile birlikte soybağı ilişkisi sona erdiğinden, buna bağlı olarak tanıyanın çocuğun bakım, eğitim ve korunması için gerekli giderleri karşılama yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır⁷⁴. Tanıyan, tanımanın iptaline kadar geçen süre zarfında yapmış olduğu bu giderlerin kendisine geri ödenmesini sebepsiz zenginleşmeye ilişkin TBK m. 77 vd. gereğince anneden talep edebilir⁷⁵.

SONUÇ

Korkutan tarafından tanıyanın çocuğu tanımasını sağlamak amacıyla, onda geleceğe yönelik bir kötülüğe ve zarara maruz kalacağı kanısının uyandırılmasına korkutma denir.

TMK m. 297’de korkutma durumunda tanıyanın tanımayı iptal edebileceği belirtilmiştir. Ancak bu düzenlemede korkutmanın şartları ile ilgili herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. TMK m. 297 kapsamında korkutmanın şartları belirlenirken hem mehzaz kanun İsviçre Medeni Kanunu (ZGB)’nun tanımanın iptali ile ilgili hükmü olan ZGB Art. 260a/ Abs. 2’den, hem de evliliğin nisbi butlanı ile ilgili hüküm olan TMK m. 151’den yararlanılması gerekmektedir. Bununla birlikte ZGB Art. 260a/ Abs. 2’den farklı olarak TMK m. 151’de malvarlığına yönelik korkutmalar kapsam dışında tutulmuştur. Bu sebeple tanımanın korkutmaya dayalı iptali açısından da malvarlığı dikkate alınmamalıdır.

ZGB Art. 260a/ Abs. 2 ile TMK m. 151’den hareketle tanımanın iptaline sebep olan korkutmanın şartlarının şu şekilde belirlenmesi mümkündür:

⁷³ ÖZBAY/ AKSAN NAR, s. 216.

⁷⁴ ÖZBAY/ AKSAN NAR, s. 216; BGE 129 III 650 (www.bger.ch, Erişim Tarihi: 17.11.2021).

⁷⁵ USTA, Velayet Hukuku, s. 186. Ayrıca bkz. USTA, Çocuk Hakları, s. 66.

İlk olarak, korkutanın korkutma teşkil eden bir fiili bulunmalıdır. Korkutan çocuğun annesi olabileceği gibi, üçüncü bir kişi de olabilir. Korkutan korkutma teşkil eden fiili, söz veya yazı ile veya birtakım davranışlarla yapabilir. Yine korkutma teşkil eden fiil açık veya örtülü bir şekilde de yapılabilir. Korkutanın korkutma teşkil eden herhangi bir fiilin bulunmadığı durumlarda, TMK m. 297 hükmü uygulama alanı bulmaz.

İkinci olarak, korkutanın korkutma kastı bulunmalıdır. Korkutanın kastı değil de ihmali varsa, TMK m. 297'ye göre tanınanın iptali amacıyla dava açılmaz.

Üçüncü olarak, korkutma tanıyanın şahsına ya da bir yakınının hayatına, sağlığına veya onuruna yönelik olarak yapılmış olmalıdır.

Dördüncü olarak, korkutma tanıyan için pek yakın ve ağır bir tehlike arz etmelidir. Korkutmanın ağır olup olmadığının belirlenmesinde tanıyanın sübjektif durumu dikkate alınır.

Beşinci olarak, korkutma teşkil eden fiil ile yapılan tanıma arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Yani tanıyan korkutmaya bağlı olarak çocuğu tanımak zorunda kalmış olmalıdır.

Son olarak, korkutma hukuka aykırı bir nitelik taşımamalıdır. Korkutma teşkil eden fiilin suç veya haksız fiil teşkil ettiği durumlarda hukuka aykırılığın bulunduğu şüphe bulunmamaktadır. Bir hak veya kanundan doğan yetkinin kullanacağı belirterek yapılan korkutmalar tanınanın iptali amacıyla dava açılması imkânını vermemektedir. Bu kapsamda tanıyanın çocuğu tanımadığı durumlarda, aleyhine babalık davası açılacağı belirtilerek yapılan korkutmalar, tanınanın korkutma sebebiyle iptaline yol açmamaktadır.

Yukarıda belirtilen şartların bulunması durumunda, korkutma altında yapılan tanıma iptal edilebilir. Tanınanın iptalinin sağlanması için tanıyan tarafından iptal davasının açılması gerekmektedir. Bu davanın davalıları anne ile tanınan çocuktur. Tanınanın iptali davası, bozucu yenilik doğuran bir dava; mahkeme tarafından verilen karar da bozucu yenilik doğuran bir karardır. Tanınanın iptali davasının sonucunda iptal yönünde bir karar çıkarsa tanıyanla çocuk arasındaki soybağı ilişkisi doğum zamanına etkili olacak bir şekilde geçerliliğini yitirir.

Kanun koyucu TMK m. 300'de tanımanın iptali davasının açılmasını belirli sürelerle tabi tutmuştur. TMK m. 300'e göre, tanıyanın dava hakkı, iptal sebebinin öğrenildiği veya korkunun etkisinin ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde tanımanın üzerinden beş yıl geçmekle düşmektedir. İstisnaen TMK m. 300/ f. 4 söz konusu sürelerin geçmesine rağmen, tanıyan için gecikmeyi haklı kılan sebepler varsa, sebebin ortadan kalkmasından başlayarak bir ay içinde tanımanın iptali davasının açılabilmesi belirtilmiştir. Ancak TMK m. 300/ f. 4 gereğince tanıyana ek süre tanınabilmesi için, tanıyan açısından gecikmenin haklı kabul edilebilecek objektif bir sebebe dayanması ve tanıyanın iptal davası açmakla elde edeceği menfaatin davalı tarafın soybağının devamı ile elde edeceği menfaate göre daha üstün bir nitelik taşıması gerekmektedir.

Mahkeme tarafından verilen tanımanın iptali kararına bağlı olarak tanıyan ile çocuk arasındaki soybağının geçmişe etkili olarak ortadan kalkması sonucunun yanında ortaya çıkan diğer sonuçlar şu şekilde sıralanabilir:

İlk olarak, tanımanın iptali kararı ile birlikte çocuğun tanıyana ve onun hısımlarına olan mirasçılığı sona ermektedir.

İkinci olarak, tanıma sonrasında çocuğun velayet hakkının babaya verildiği durumlarda, tanımanın iptali kararı ile birlikte tanıyanın velayet hakkı da son bulmaktadır.

Üçüncü olarak, tanıyan tanıma sonrasında çocuğa kendi soyadını vermiş ise, tanımanın iptali kararı sonucunda çocuk artık tanıyanın soyadını taşıyamayacağı için, annesinin soyadını taşır.

Dördüncü olarak, tanımanın iptali kararı sonucunda TMK m. 322'de belirtilen anne, baba ve çocuğun birbirlerine yardım etme, saygı ve anlayış gösterme ve birbirlerinin onurunu gözetme yükümlülüklerini yerine getirmesi artık söz konusu olmayacaktır.

Son olarak, tanımanın iptali kararı ile birlikte, tanıyanın çocuğun bakım, eğitim ve korunması için gerekli giderleri karşılama yükümlülüğü sona ermekte olup, tanıyan tanımanın iptaline kadar geçen süre zarfında yapmış olduğu bu giderlerin iadesini sebepsiz zenginleşmeye ilişkin TBK m. 77 vd. gereğince anneden talep edebilmektedir.

KAYNAKLAR

- ACABEY, Mehmet Beşir, Soybağı, 1. Baskı, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2002.
- AKDEMİR, Pınar, Kişilik Haklarının İhlalinden Elde Edilen Kazancın İadesi Davası, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, İkinci Cilt, 23. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021.
- AKYÜZ, Emine, Çocuk Hukuku, Çocuğun Hakları ve Korunması, 7. Baskı, Pegem Yayınları, Ankara, 2020.
- BAYGIN, Cem, “Kan Bağına Dayanan Soybağı”, Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Sayı 1-4, Yıl 2002, s. 255-284 (Kan Bağı).
- BAYGIN, Cem, Soybağı Hukuku, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010 (Soybağı Hukuku).
- BİLGİLİ, Fatih, Türk Medeni Hukukunda Evlilik Dışı Çocuğun Tanınması (MK. md. 291-294), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1994.
- ÇELİK, Nazlı Hilâl, Evlenmenin Hükümsüzlüğü, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- DEMİRBAŞ, Harun, Türk Borçlar Kanunu’nda Korkutmanın (İkrah) Şartları ve Sonuçları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2012.
- DOĞAN, Murat, Şahsiyet Haklarına Tecavüzün Önlenmesi Davası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 1993.
- DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005 (2005).
- DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, 16. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021 (2021).
- DURMUŞ, Rukiye Feray, Yenilik Doğuran Davalar, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

- EGGER, August, Zürcher Kommentar, Personenrecht, Art. 1-89 ZGB, 2. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich, 1930.
- EGGER, August, Zürcher Kommentar, Familienrecht, Die Verwandtschaft, Art. 252-359, 2. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich, 1943.
- ERDEM, Mehmet, Aile Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- ERDOĞAN, İhsan/ KESKİN, Ayşe Dilşad, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- ETTER Josef, Die Furchterregung nach schweizerischem Obligationenrecht, 1. Auflage, Kanisiusdruckerei, Freiburg, 1954.
- GENÇ ARIDEMİR, Arzu, "Tanıma Yolu ile Kurulan Soybağı", Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan, 1. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2009, s. 1-37.
- GÖNEN, Doruk, Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- GÖRMEZ, Gizem, Türk Borçlar Hukukunda Yakın Kavramı, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- GÜRBÜZ, Meral, Kişilik Hakkı Açısından Tıbbi Genetik Analizler, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir, 2010.
- HATEMİ, Hüseyin, Aile Hukuku, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- HAUSHEER, Heinz/ GEISER, Thomas/ AEBI-MÜLLER, Regina E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 6. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2018.
- HEGNAUER, Cyril, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 2. Abteilung, Die Verwandtschaft, 1. Teilband, Die Entstehung des Kinderverhältnisses, Art. 252-269c ZGB, 4. Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1984.

- HELVACI, Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Korumaya Davalar (MK md. 24/ a fıkra I/ İMK md. 28a/ fıkra I), 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001.
- İKİZLER, Metin, Evlenmenin Hükümsüzlüğü, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- KELLER, Stefan, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Art. 1-456 ZGB, 2. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich, 2012.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., Aile Hukuku, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- KOÇ, Nevzat, "Tanıma ve M.K. m. 310/ II Hükümünün İptali Hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararının Tanımaya Etkisi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, Cilt 3, Sayı 1-4, Yıl 1987, s. 523-592.
- KÖROĞLU, Emre, Türk Borçlar Hukukunda İrade Bozukluğu Hallerinden Korkutma, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- LANZ MÜLLER, Andrea, Orell Füssli Kommentar, ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2011.
- OĞUZMAN, Kemal/ DURAL, Mustafa, Aile Hukuku, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, 19. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 18. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- ÖZBAY, İbrahim/ AKSAN NAR, Şerife, "Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Tanımanın İptali Davası ve Bu Davada Uygulanacak

Usul”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14, Sayı 3-4, Yıl 2010, s. 187-226.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa/ RUHİ, Ahmet Cemal, Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

ÖZGÜL, Mehmet Emin, Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.

REICH, Johannes, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht-Partnerschaftsgesetz, Art. 1-456 ZGB-PartG (3. Auflage Schulthess Verlag AG, Zürich, 2016.

RUSCH, Martina/ GÖTSCHI, Antje, Kurz Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag AG, Basel, 2017.

SAĞLAM, İpek, Turkish Family Law, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

SCHWENZER, Ingeborg/ COTTIER, Michelle, Basler Kommentar, Art. 1-456 ZGB, 6. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag AG, Basel, 2018.

SERDAR, İlknur, “Kişisel İlişki Kurma Hakkı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, Cilt 9, Özel Sayı, Yıl 2007, s. 739-781.

SEROZAN, Rona, Çocuk Hukuku, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000 (Çocuk Hukuku, 1. Baskı).

SEROZAN, Rona, Çocuk Hukuku, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005 (Çocuk Hukuku, 2. Baskı).

SEROZAN, Rona, “Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 759-777 (Çeşitlemeler).

SEROZAN, Rona (HATEMİ, Hüseyin), Aile Hukuku, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

STEHLI, Claudia, Orell Füssli Kommentar, ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2016.

- ŞIPKA, Şükran/ GENÇ ARIDEMİR, Arzu, “4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’na Göre Soybağının Kurulması ve Hükümleri”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, Yıl 2003, s. 149-185.
- TUOR, Peter/ SCHNYDER, Bernhard/ SCHMID, Jörg / JUNGO, Alexandra, ZGB-Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Schulthess Verlag AG, Zürich, 2015.
- USTA Sevgi, Çocuk Hakları ve Velayet, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012 (Çocuk Hakları).
- USTA Sevgi, Velayet Hukuku, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016 (Velayet Hukuku)
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku, 5. Baskı, Nurgök Matbaası, İstanbul, 1965.
- YÜKSEL, Hilal, Kişilik Hakkı İhlali Kapsamında İnsan Üzerinde Yapılan Deneyler ve Hukuki Sonuçları, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.



İŞYERİ DEVRİNİN UYGULAMADA YARATTIĞI SORUNLAR

Doç. Dr. İştar URHANOĞLU*

Öz

İşyeri devri, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.202 hükümlerine göre; işyerinin aktif ve pasifi ile devralana intikalini öngören bir devir sözleşmesi ile gerçekleşmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu m.6'ya göre ise işyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devridir. Yargıtay içtihatlarında da bu maddeye uygun olarak işyeri devri, işyerinin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devri olarak tanımlanmaktadır. Kanunda işyeri devrine ilişkin işlemler sayılmamış ve genel bir ifadeye verilmiştir. Bu nedenle işyeri devri, uygulamada farklı şekillerde ortaya çıkabilmekte ve bazı sorunlara yol açabilmektedir. Çalışmamızda Yargıtay kararları çerçevesinde, işyeri devrinin uygulamada ortaya çıkardığı problemler ele alınmış ve çözüm önerileri sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler

İşyeri Devri • Fesih Hakkı • Değişen Alt İşverenler • İşyeri Devrinde Muvazaa • Şirketlerde Yapısal Değişiklik

* Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş Ve Sosyal güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | Assoc. Prof. Dr., Hacettepe University Faculty of Law, Labour Law and Social Security Law, Ankara, Turkey.

✉ istarurhanoglu@hacettepe.edu.tr • ORCID 0000-0002-3769-9260

✎ **Atf Şekli** | Cite As: URHANOĞLU İştar, "İşyeri Devrinin Uygulamada Yarattığı Sorunlar", *SÜHFD.*, C. 30, S. 1, 2022, s. 123-159.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

THE PROBLEMS CAUSED BY THE TRANSFER OF ESTABLISHMENT IN PRACTICE

Abstract

The transfer of establishment, according to the provisions of article 202 of the Turkish Code of Obligations numbered 6098, takes place by a transfer agreement that foresees the transfer of the establishment to the transferee with its active and passive assets. On the other hand, according to article 6 of the Labor Law No. 4857 the establishment or one of its sections is transferred to another person based on a legal transaction. In the jurisprudence of the Turkish Court of Cassation in accordance with the last aforementioned article, the transfer of an establishment is defined as the transfer of all or a part of the workplace to another person based on a legal transaction. Transactions regarding the transfer of the establishment are not covered in the law but given in a general way. For this reason, the transfer of establishment may occur in different ways and can cause some problems in practice. In our study, within the framework of the Turkish Supreme Court decisions, the problems caused by the workplace transfer in practice are discussed and solutions are offered.

Key Words

The Transfer of Establishment • Right of Termination • Changing Sub-employers • Simulation in the Transfer of Establishment • Structural Change in Companies

GİRİş

İşyeri devri, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.202 hükümlerine göre; işyerinin aktif ve pasifi ile devralana intikalini öngören bir devir sözleşmesi ile gerçekleşmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu m.6'ya göre ise işyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devridir. Yargıtay içtihatlarında da bu maddeye uygun olarak işyeri devri, işyerinin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devri olarak tanımlanmaktadır. Kanunda işyeri devrine ilişkin işlemler sayılmamış ve genel bir ifadeye verilmiştir. Bu nedenle işyeri devri, uygulamada farklı şekillerde ortaya çıkabilmek ve bazı sorunlara yol açabilmektedir.

İşyeri devrinde, işveren sıfatında bir değişiklik meydana gelmekte ve sözleşme dışı üçüncü bir şahıs işveren olarak mevcut iş sözleşmesinin tarafı olmaktadır. İşin niteliği ve sürekliliği açısından işyeri veya bölü-

münün aynen faaliyetini sürdürmesi işyeri devrinin belirleyici özelliğidir.

Uygulamada işyeri devirleri; özelleştirme, işyerinin önceleri gerçek kişi ya da kişilerce işletilmesinin ardından şirketleşmeye gidilmesi, maden işyerlerinin işletme hakkının rödovans sözleşmesi ile başka bir işverene bırakılması, işyeri bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak devredilmesi, işyerinin külli halefiyet veya kanun hükmü gereği devredilmesi, işyerinin iflas sebebiyle tasfiyesi sonucu devri gibi durumlarda bazı problemlere yol açabildiği gibi fesih hakkı ve iş güvencesi, değişen alt işverenler yanında çalışmanın devam etmesi, toplu iş sözleşmesinin uygulanması, şirketlerde yapısal değişiklikler, muvazaa ve organik bağ gibi durumlarda da problemlere yol açabilmektedir.

I. GENEL OLARAK

İşyeri devri, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu¹ m.202 hükümlerine göre; işyerinin aktif ve pasifi ile devralana intikalini öngören bir devir sözleşmesi ile gerçekleşmektedir.² 4857 sayılı İş Kanunu³'nda ise işyeri devri m.6'da düzenlenmiştir ve hükme göre “İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devri” işyeri devridir.⁴ Yargıtay içtihatlarında da bu maddeye uygun olarak işyeri devri, işyerinin tamamının veya bir bölümünün hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devri olarak tanımlanmaktadır.⁵

Türk Borçlar Kanunu'nun m.428'de yer alan “İşyerinin tamamının veya bir bölümünün devri” kenar başlıklı hükme göre “İşyerinin tamamı veya bir bölümü hukuki bir işlemle başkasına devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan hizmet sözleşmeleri, bütün hak ve

¹ Kanun Numarası: 6098 Kabul Tarihi: 11/1/2011 Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 4/2/2011 Sayı: 27836 Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 50.

² CENGİZ, İhtar, İş Sözleşmesinin İradi Devri, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s.161; MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, ASTARLI Muhittin, BAYSAL Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı (Cilt 1: Bireysel İş Hukuku), Güncellenmiş 5. Baskı, LYKEION Yayıncılık, Ankara 2021, s.61.

³ Kanun Numarası: 4857 Kabul Tarihi: 22/5/2003 Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 10/6/2003 Sayı: 25134 Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 42.

⁴ Öğretide işyeri devri, “iş sözleşmesinin kanuni devri” olarak ifade edilmektedir (CENGİZ, s.166).

⁵ Yargıtay 9. HD, E.2017/13142, K.2020/69, T.13.01.2020.

borçları ile birlikte devralana geçer. İşçinin hizmet suresine bağlı hakları bakımından, onun devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır. Yukarıdaki hukmlere gore devir hâlinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan, devreden ve devralan işveren muteselsilen sorumludurlar. Ancak, devreden işverenin bu yukmllklerden doğan sorumluluğu, devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır.” Buna gore işyeri devri hukmleri sadece 4857 sayılı İş Kanunu’na tabi iş ilişkileri açısından değil diğer iş kanunlarına ve Türk Borçlar Kanunu’na tabi tüm iş ilişkileri bakımından geçerlidir.⁶

İş Kanunu’nun işyeri devrine ilişkin 6. maddesinin Deniz İş Hukuku alanında uygulama alanı bulması, gerek 4857 sayılı İş Kanunu gerekse 854 sayılı Deniz İş Kanunu⁷’nun özel kanun olması sebebiyle mümkün değildir. Genel kanun olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 428. maddesi ile Deniz İş Kanunu’nun 3. maddesi yollaması ile 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu⁸’nun gemilerin devri ile ilgili hukmlerinin uygulanması gerekmektedir. Söz konusu hukmlerden hareketle, bir geminin hukuki bir işlemlle nc bir kişiye devri veya donatma iştirakine ait bir gemi ise bir kısım payının devri Türk Bayrağını taşıma hakkının kaybına neden olmadığı sürece, taraflara fesih hakkı vermemektedir. Geminin Türk Bayrağı taşıma hakkını kaybetmesi halinde ise iş sözleşmesi, Deniz İş Kanunu’nun 14/son maddesi uyarınca kendiliğinden sona erer. Bu durumda, gemi adamının yeni gemi sahibi veya işleteni ile iş ilişkisi kurması mümkün ise de; bu ilişki yeni bir iş sözleşmesine dayalı olup devirden önceki sürenin birleştirilmesi mümkün değildir.⁹ Basın işyerinde çalışanlarla

⁶ EKMEKÇİ Ömer, YİĞİT Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s.228; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.66.

⁷ Kanun Numarası: 854 Kabul Tarihi: 20/4/1967 Yayımlandığı R. Gazete: Tarih: 29/4/1967 Sayı: 12586 Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 6 Sayfa: 1849.

⁸ Kanun Numarası: 6102 Kabul Tarihi: 13/1/2011 Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 14/2/2011 Sayı: 27846 Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 50.

⁹ “...4857 sayılı İş Kanunu’nun 6. maddesinde ise işyeri devri ile ilgili ayrıntılı ve açık düzenleme vardır. Ancak bu maddenin her iki kanunun özel kanun olması nedeni ile Deniz İş Hukuk alanında özellikle gemiadamı açısından uygulama alanı bulunmamaktadır. O nedenle genel kanun olan 6098 Borçlar Kanunu’nun 202 ve 203. Maddeleri (01.07.2012 tarihinden önce 818 sayılı Borçlar Kanununun 179 ve 180 maddeleri) ile Deniz İş Kanunu’nun 3. maddesi yollaması ile Türk Ticaret Kanunu’nun gemilerin devri ile ilgili hukm-

çalıştıranlar arasındaki ilişkilerde uygulanan 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun¹⁰'da, satış suretiyle de olsa işyeri devri hâlinde devir tarihine kadar doğmuş işçilik alacaklarından sorumluluk esasları belirlenmemiştir. Bu durumda anılan Kanun'a tâbi çalışanlar bakımından işyeri devrinin işçilik alacaklarına etkileri hususunda kanun boşluğundan söz edilir. Yasal boşluğun genel kanun niteliğindeki Borçlar Kanunu hükümleri ile doldurulması gerekir.¹¹

Düzenlemelerde “hukuki bir işleme dayalı olarak” yapılan işyeri veya işyerinin bir bölümünün devrinden söz edilmiş olup İş Kanunu'nun 6. maddesinin gerekçesinde bu şekilde devrin kapsamına işverenin ölümüyle işyerinin mirasçılara geçmesi dışında bütün hallerin girebileceği açıklanmıştır.¹² Yargıtay'ın yerleşik hale gelen içtihatlarına

lerinin dikkate alınması gerekir. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu işyeri devri ve iş sözleşmesinin devri konusunda ayrı hükümlere yer vermiştir. 428 ve 429 maddelerindeki hükümlere göre “İşyerinin tamamı veya bir bölümü hukuki bir işlemle başkasına devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan hizmet sözleşmeleri, bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer. İşçinin hizmet süresine bağlı hakları bakımından, onun devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır. Devir hâlinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan, devreden ve devralan işveren müteselsilen sorumludurlar. Ancak, devreden işverenin bu yükümlülüklerden doğan sorumluluğu, devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır”. Devreden işveren kendi dönemindeki süre ve ücret üzerinden kıdem tazminatında sorumlu olacaktır. Ayrıca iki yıl süre ile de bu süre içinde gerçekleşen işçilik alacaklarından sorumlu olacaktır. Devralan işveren ise tüm süre üzerinden sorumluluğu vardır. İş Sözleşmesinin haklı neden olmaksızın feshedilmesi halinde ayrıca kıdem ve ihbar tazminatı ile yıllık ücretli izin alacağından sorumludur. Devreden işverenin ihbar tazminatı ve yıllık ücretli izinden sorumluluğuna gidilemeyecektir...” (Yargıtay 9. HD, E. 2010/51107, K.2013/90195, T.18.03.2013)

¹⁰ Kanun Numarası: 5953 Kabul Tarihi: 13/6/1952 Yayımlandığı R. Gazete: Tarih: 20/6/1952 Sayı: 8140 Yayımlandığı Düstur: Tertip: 3 Cilt: 33 Sayfa: 1511.

¹¹ Yargıtay 9. HD, E.2015/8851, K.2015/13918, T. 13.04.2015.

¹² ÇELİK, Nuri, CANIKLIOĞLU Nurşen, CANBOLAT Talat, İş Hukuku, Yenilenmiş 33. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2021, s.149; ÇİL, Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2019-2021 Yılları), 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s.273; UÇAROL, Fatma Bengü, İşyeri Devrinin İş Sözleşmesine Etkisi, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s.38; ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, Candan, İş Sözleşmesinin Devri, 1. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, s.114; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s. 61; EYRENCİ, Öner, TAŞKENT Savaş, ULUCAN Devrim, BASKAN Esra, İş Hukuku, 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2020, s.52; karar için bkz. Yargıtay 9. HD, E.2005/802, K.2005/7443,

göre, maddedeki “*hukuki işleme dayalı*” ifadesi geniş şekilde değerlendirilmeli ve yazılı, sözlü ve hatta zımni bir anlaşma da işyeri devri için yeterli görülmelidir.¹³

Kanunda iş sözleşmelerinin devralan işverene geçtiği tarih, devir tarihi olarak açıklanmıştır.¹⁴ Devir tarihi, devreden ve devralan tarafın ayrıca bu konuda anlaşmasına gerek olmadan, mevcut iş ilişkilerinin işveren tarafının değiştiği tarihtir. İşveren değişikliğinin hukuki işleme, hukuki olaya, idari veya yargı kararına dayanmasına göre devir tarihinin değişmesi mümkündür. Devir birden çok hukuki işleme dayanmakta ise son işlemin tamamlandığı veya işyerinin esaslı unsurları ile devralana geçtiği an devir tarihi olarak kabul edilir. Devralan işverenin yönetim hakkı işyerinin fiilen devri anında başlar. Bu sebeple öğretilerde tarafların devir tarihini devir sözleşmesi ile belirlemiş iseler kararlaştırılan tarih devir tarihi kabul edilmeli; devir tarihinin kararlaştırılmamış olması halinde fiili devir tarihi esas alınmalı, bu tarih de belirlenemediğinde hukuki işlem tarihine değeri verilmelidir. Esasen, her somut olaya göre işyerinin devir anının ayrı ayrı saptanması gerekmektedir.¹⁵

İşyeri devrinde, işveren sıfatında bir değişiklik meydana gelmekte ve sözleşme dışı üçüncü bir şahıs işveren olarak mevcut iş sözleşmesinin tarafı olmaktadır.¹⁶ Ancak işçinin işvereni değişmekle birlikte işyeri aynı

T.07.03.2005; Yargıtay 9. HD, E.2008/20332, K.2008/15696, T.16.06.2008; ayrıca bkz. “08.09.2009 tarihli protokol uyarınca işyerinin kira sözleşmesi kapsamında işletilmek üzere davalı işveren tarafından dava dışı şirkete devredildiği, davacı işçinin aynı işyerinde devralan şirkete çalışmaya devam ettiği, işçiye karşı işverence bir fesih bildirimini yapılmadığı hususları gözetildiğinde davacının çalıştığı işyerinin dava dışı şirkete devrinin 4857 sayılı İş Kanunu’nun 6’ncı maddesi kapsamında işyeri devri niteliğinde olduğu kabul edilmiştir...” (Yargıtay HGK, E.2015/22-2383, K.2018/1197, T.13.06.2018)

¹³ Yargıtay 9. HD, E.2016/16220, K.2020/4817, T.03.06.2020.

¹⁴ UÇAROL, s.119; ÇİL, s.279.

¹⁵ ÇİL, s. 279; UÇAROL, s.119-120; ayrıca bkz. “...özeleştirme işlemi sonucu işyerinin fiilen devredildiği tarih dosyadan belirlenememektedir. İşyerinin hisselerinin tamamı satın alan iş ortaklığına fiilen devredildiği tarih araştırılmalı ve fesih tarihinden önceye ait ise ilave teğiye yönünden hesaplama devir tarihine kadar yapılmalıdır.” (Yargıtay 9. HD, E.2017/23848, K.2020/18475, T.14.12.2020).

¹⁶ CENGİZ, s.162; Yazarın örnek gösterdiği Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 22. HD E.2012/11360, K.2013/1283, T.29.01.2013; ayrıca bkz. ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, s.112.

kalmaktadır.¹⁷ Devralanın devir öncesinde ayrı bir işyerinin olması ve işveren sıfatını taşıması zorunlu değildir. Çünkü, kanunda işyerini devralandan işveren olarak söz edilmemiş, “başka biri” ifadesi kullanılmıştır.¹⁸

İşyeri devrinde Avrupa Birliği'nin 2001/23 sayılı Yönergesi uygulanmaktadır. Bu Yönerge'de işyeri devrinin söz konusu olabilmesi için ekonomik birliğin korunması gerektiği öngörülmüştür.¹⁹ Yönerge anlamında devir, asıl ya da yan faaliyet icrası için kaynakların organize edilmiş bir şekilde bir araya getirilmesi anlamında kimliğini koruyan bir ekonomik birliğin devridir.²⁰ Yargıtay kararları doğrultusunda da işyeri devrinin temel ölçütü, ekonomik birliğin korunmasıdır. Avrupa Adalet Divanı kararlarına göre (Süzen, v. Zehnacker Krankenhauservice, Case 13/95, 1997, ECR I-1259; Spijkers v. Benedik, Case 24/85, 1986, ECR 1119) maddi ve maddi olmayan unsurların devredilip devredilmediği ve devir anındaki değeri, iş gücünün devri, müşteri çevresinin devri, işyerinden devirden önce ve sonra yürütülen faaliyetlerin benzerlik derecesi, işyerinde faaliyete ara verilmiş ise bunun süresi işyeri devrinin kriterleri arasında kabul edilmektedir.²¹ Ancak bu kriterlerin tamamının birlikte gerçekleşmesi gerekmemektedir. Ekonomik birliğin korunması koşuluyla bu ölçütlerden bir kısmının devredilmesi yeterlidir.²²

¹⁷ CENGİZ, 166; Çalışılan işyerinin değişmesi halinde işyeri devri hükümlerinin uygulanamayacağına ilişkin bir karar için bkz. “...davacı sözü edilen işyerinde inşaat işçisi iken, inşaatın tamamlanarak P... Konakları adı ile konut olarak kullanılmaya başlanması ile birlikte Site Yönetimi nezdinde 4 ay 10 gün süre ile bahçe bakımı ve havuz temizliği işinde çalışmıştır. Çalışılan işyerinin aynı olmaması nedeni ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6 ncı maddesinde düzenlendiği biçimi ile bir işyeri devrinden söz etmek olanaklı değil ...” (Yargıtay HGK, E.2015/ (7) 9-1275, K.2017/266, T.15.02.2017).

¹⁸ ÇİL, s. 273; CENGİZ, s.161.

¹⁹ ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, s. 113.

²⁰ UÇAROL, s. 33.

²¹ Yargıtay 9. HD, E.2021/11408, K.2021/11547, T.10.11.2021; Yargıtay 9. HD, E.2021/7416, K.2021/11709, T.14.09.2021; Yargıtay 9. HD, E.2021/11408, K.2021/11547, T.10.11.2021; Yargıtay 9. HD, E.2021/7416, K.2021/11709, T.14.09.2021; aynı yönde bkz. CENGİZ, s.161.

²² SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 21. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2021, s.205.

İşin niteliği ve sũrekliliđi açısından işyeri veya bũlũmũnũn aynen faaliyetini sũrdũrmesi işyeri devrinin belirleyici ozelliğidir.²³ Yargıtay bir kararında, işçinin ilk çalıştığı işyerinin faaliyet konusu inşaat işi iken sonraki işyerinin faaliyetinin site yũneticiliđi işlerinden olduğunu, her iki işyerinin personelinin, yũnetiminin ve iş organizasyonunun farklı olduğunu bu durumda devir sonrası kimliğini koruyan bir ekonomik birlikten sũz edilemeyeceğini bu sebeple işveren değişikliğinin işyeri devri mahiyetinde olmadığını ve işyeri devri hũkũmlerinin uygulanamayacağını kabul etmiştir.²⁴

İşyeri devri uygulamada farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Kanunda işyeri devrine ilişkin işlemler sayılmamış ve genel bir ifadeye verilmiştir.²⁵

Yargıtay, ozelleştirme işleminin içinde kavramsal olarak bir ‘devir’ olgusu bulunmakla birlikte, iş hukuku bakımından her ozelleştirme işleminin, işyerinin tamamen veya kısmen devri olarak kabulũ mũmkũn olmadığından ozelleştirmenin işyeri devri sonucunu doğurup doğurmadığı bakımından değerlendirme yapılırken ozelleştirmenin yũntemi ve tekniğine gũre sonuca gidilmesi gerektiği esasını benimsemiştir. Buna gũre, kamuya ait hisselerin bir kısmının yada tamamının el değiştirmesi suretiyle ozelleştirmede, işverenin tũzel kişiliği ozelleştirme sonrasında aynı şekilde devam etmekte, işyeri aynı tũzel kişilik altında faaliyetini sũrdũrmekte ve sadece sũz konusu şirketteki pay durumunda bir değişiklik meydana gelmekte ise burada işyeri devrinin varlığını kabul etmemektedir.²⁶ Bununla birlikte, tamamı kamuya ait olan bir işyerinin ozelleştirme işlemi sonucu “başka bir

²³ CENGİZ, s.168; ayrıca bu yũnde bir karar için bkz. “... faaliyet konusunun eski işverenin faaliyet konusu ile aynı olduğu, dosya kapsamındaki tanık beyanları uyarınca da faaliyet gũsterilen işyerinin ve işin aynı olduğu anlaşılmakla davalılar arasında işyeri devri ilişkisi bulunduğu anlaşılmıştır...” (Yargıtay 22. HD, E.2015/34913, K.2018/15018, T.18.06.2018).

²⁴ Yargıtay, 22. HD, E.2017/29155, K.2020/5358.

²⁵ ÇELİK, CANIKLİOĞLU, CANBOLAT, s.149.

²⁶ Yargıtay 9. HD, E.2021/11408, K.2021/11547, T.10.11.2021; Yargıtay 9. HD, E.2021/7416, K.2021/11709, T.14.09.2021.

işverene geçmesi" işyeri devri niteliğindedir.²⁷ Bu durumda önemli olan husus, özelleştirme suretiyle "*işveren değişikliği*" meydana gelmesidir. Kamuya ait işyerlerinin özelleştirme kapsamına alınması ve bu aşamada 4046 sayılı Kanun uyarınca Özelleştirme İdaresinin işyeriyle ilgili bazı tasarruflarda bulunabilmesi yetkisini elde etmesi işyeri devri niteliğinde değildir.²⁸

İşyerinin önceleri gerçek kişi ya da kişilerce işletilmesinin ardından şirketleşmeye gidilmesi halinde bu işlem de bir tür işyeri devridir.²⁹ Önceki gerçek kişi olan işverenlerin devralan tüzel kişi ortakları olması bu devir ilişkisini ortadan kaldırmaz.³⁰ Aynı şekilde daha önce tüzel kişi şirket olan işverenin işyerini bir gerçek şahsa devretmesi de mümkündür.³¹ Bu halde devralan gerçek kişinin devreden şirketin hissedarlarından biri olması arada ilişkinin işyeri devri olmasını etkilemez.³² Yargıtay bir kararında hissesinin devreden ortağın kıdem tazminatından kendi çalıştırdığı süre ile sınırlı sorumlu olduğunu kabul etmiştir.³³

Maden işyerlerinin işletme hakkının 3213 sayılı Maden Kanunu³⁴'na uygun olarak rödovans sözleşmesi ile başka bir işverene bırakılmasının da işyeri devri olarak değerlendirilebileceği ifade edilmiştir.³⁵ Ancak, 3213 sayılı Maden Kanunu 10.06.2010 tarihinde 5995 sayılı Kanun ile değiştirilerek bu devir bakımından İş Kanunu'ndan doğan yükümlülüklerin sadece rödovansçıya ait olduğu kabul edilmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Eylül 2020'de verdiği ilke

²⁷ Yargıtay 9. HD, E.2008/25370, K.2008/19682, T.8.7.2008; aynı yönde bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.62.

²⁸ ÇİL, s.274.

²⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.62.

³⁰ Yargıtay 9. HD, E.2016/30987, K.2021/595, T.13.01.2021; Yargıtay 9. HD, T.22.07.2008, E.2007/20491, K.2008/21645; ayrıca bkz. ÇİL, s. 274.

³¹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s.62.

³² Yargıtay 9. HD, E.2020/5625, K.2020/10079, T.30.09.2020; ayrıca bkz. ÇİL, s.274.

³³ ÇİL, s.273. Yargıtay 9. HD, E.2004/10507, K.2005/4324, T.15.02.2005.

³⁴ Kanun Numarası: 3213 Kabul Tarihi: 4/6/1985 Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarih: 15/6/1985 Sayı: 18785 Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 24 Sayfa: 446.

³⁵ ÇİL, s.275; karar için bkz. Yargıtay 9. HD, E.2007/6437, K.2007/15608, T.21.05.2007; Yargıtay 9. HD, T.05.02.2007, E.2006/30411, K.2007/2035.

kararına g6re³⁶, “R6dovans s6zleşmesi, maden işletme hakkı (ruhsat) sahibinin belirli s6reliğine işletme hakkını devretmeyi taahh6t ettiği, devralanın da bunun karşılığında belirli miktarda 6retim yapmayı ve 6rettiğinden yıllık belirlenen miktar 6zerinden bedelini 6demeyi taahh6t ettiği bir 6zel hukuk s6zleşmesidir. Geçerli bir r6dovans s6zleşmesinde r6dovansçı tarafından 6alıştırılan işçilerin alacaklarından ruhsat sahibinin sorumluluğu yoktur. 10.06.2010 tarih ve 5995 sayılı Kanunla Maden Kanunu eklenen Ek Madde 7’de madencilik faaliyetlerinden doğacak İş Kanunu, iş sağlığı ve g6venliği ile ilgili idari, mali ve hukuki sorumlulukların r6dovansçıya ait olduğunun a6ıkça belirtilmiş olması, bu tarihten 6nce ruhsat sahibinin sorumlu olduğu anlamı 6ıkarılamaz. Ruhsat sahibi ile r6dovansçı şirket arasındaki ilişki asıl işveren alt işveren ilişkisi değildir. Ancak s6zleşme içeriği ile diğer delillere g6re r6dovansçı şirketin işin y6r6t6m6nde bağımsız bir işveren gibi 6rg6tlenip 6rg6tlenmediği değerlendirilecektir.”. Yargıtay s6z konusu kararında, r6dovans s6zleşmesinde m6lkiyeti devlete ait olan madenlerin arama ve işletme hakkını alan gerçek veya t6zel kişilerin bu haklarını 66nc6 kişilere devretmesinin m6mk6n olduğu sonucuna varmıştır.³⁷

4857 sayılı Kanun’un y6r6rl6Đe girmesi ile birlikte işyeri b6l6m6n6n herhangi bir hukuki işleme dayalı olarak devri de m6mk6nd6r. İş Kanunu’nun 6. ve 2. maddesi birlikte değerlendirildiğinde sadece işin devri ya da iş devri anlamını taşıyabilecek başkasının 6zerine geçirme eylemlerinin işyeri b6l6m6n6n devri olmadığı fiziki mekânın devrinin de işyeri b6l6m6n6n devri için gerekli olduğu 6Đretide ifade edilmiştir.³⁸ İşyeri b6l6m6n6n devrinde, devir tarihinden sonra devredilen b6l6m6n faaliyetlerine devam edebilmesi gereklidir. Devir edilmeyen b6l6m6n ise teknik amaca uygun faaliyetlerini s6rd6rmesi veya işçi 6alıştırması 6nem taşımamaktadır.³⁹ İşyeri b6l6m6n6n devri için ayrı bir biçimde işletilmeye uygun bir b6l6m6n6n varlığı gerekmektedir.⁴⁰ İşyeri b6l6m6

³⁶ Yargıtay 22. HD, E.2017/23312, K.2019/15144.

³⁷ 6İL, s.276.

³⁸ CENTEL, Tankut, “İşyerinin Bir B6l6m6n6n Devrinde Fiziki Mekân”, Sicil, Mart 2008, Sayı: 9, 8.

³⁹ UÇAROL, s.30.

⁴⁰ 6İL, s.276.

devredildiğinde, devralan işveren devraldığı işyeri bölümünü bağımsız işyeri olarak devam ettirebileceği gibi, kendi bünyesindeki bir iş organizasyonu ile de birleştirilebilir ya da değişik işverenlere ait işyerleri aynı teknik amaç altında bir işyeri olarak toplanabilir.⁴¹

İşyerinin devrinin külli halefiyet veya kanun hükmü gereği gerçekleştiği durumlar yani hukuki işlem dışı gerçekleşen devirler İş Kanunu'nun 6. maddesi kapsamına dahil değildir.⁴² İşverenin ölümü ile birlikte 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu⁴³'nun 599. maddesine göre ölenin tüm hak ve borçları külli halefiyet yoluyla mirasçılara geçer. Bu durumda işyerinin mirasçılara devri için herhangi bir hukuki işleme gerek bulunmamaktadır ve ölüm tarihi ile birlikte mirasçılar iş sözleşmelerinin tarafı olmaktadır.⁴⁴ Türk Borçlar Kanunu'nun 441. maddesinde ise; *"İşverenin ölümü hâlinde, yerini mirasçıları alır. Bu durumda işyerinin tamamının veya bir bölümünün devri ile gerçekleşen hizmet ilişkisinin devrine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır. Hizmet sözleşmesi ağırlıklı olarak işverenin kişiliği dikkate alınmak suretiyle kurulmuşsa, onun ölümüyle kendiliğinden sona erer. Ancak, işçi sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zarar için, mirasçılardan hakkaniyete uygun bir tazminat isteminde bulunabilir."* düzenlemesine yer verilmiştir. Bu durumda, rızaya dayalı olarak değil işverenin ölümü sebebiyle kanun gereği iş sözleşmesi tüm hak ve borçlarıyla birlikte bir bütün olarak başkasına geçmektedir. Kanun gereği işçi geçişi sebebiyle kanun koyucu

⁴¹ UÇAROL, s.29. *"...davalı şirket, dava dışı... belediye başkanlığına ait ve kiraladığı bir çok kafe işletmesinden bir kaçının kira sözleşmelerinin bitiş tarihine kadar kira bedeli alınarak kullanım hakkının devri ve demirbaşlarının satışının yapılması kararı almış ve... kafelerde çalışan işçilerden belediyenin diğer alt işverenlerine geçişi kabul etmeyenlerin iş sözleşmelerini bu nedenle feshetmiştir. ...Davalının kiraladığı kafelerden bir kısmının kira sözleşmelerinin bitiş tarihine kadar kira bedeli alınarak kullanım hakkının devri ve demirbaşların satışının yapılması kararı işyerinin bir bölümünün devridir. Zira işyerini kiralayacak kişi işletmeye devam etmektedir."* (Yargıtay 9. HD, E.2015/30530, K.2015/35521, T.15.12.2015).

⁴² ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, s.114.

⁴³ Kanun Numarası: 4721 Kabul Tarihi: 22/11/2001 Yayımlandığı Resmî Gazete: Tarihi: 8/12/2001 Sayı: 24607 Yayımlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 41.

⁴⁴ ATAY, Zeynep Anıl, Türk İş Hukukunda Muvazaalı İşyeri Devri, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s.75; UÇAROL, s.91-92, 120; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, s.470; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.574.

bu durumda işyeri devrine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanmasını kararlaştırmıştır.⁴⁵ Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki; İş Kanunu'nun 6. maddesine göre, işyeri devri halinde devir tarihinden önce iş sözleşmesinin sona ermesinde devralan işverenin sorumluluğundan söz edilemezken, külli halefiyet durumunda devir öncesi sona eren iş sözleşmeleri bakımından da mirasçılarının sorumluluğu bulunmaktadır ⁴⁶. Miras yoluyla intikalin bir kısım sonuçları işyeri devri ile benzerlik göstermekte ise de ölen işverenin sorumluluğu söz konusu olmayacağından işçilik haklarından birlikte sorumluluk olması da söz konusu olamaz ⁴⁷.

İş Kanunu'nun 6. maddesinde işyerinin iflas sebebiyle tasfiyesi sonucu devri halinde işyeri devri hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Hüküm iflas yoluyla devralan işverenin devir öncesi dönemden sorumluluğunu kaldırmak suretiyle şirketlerin tasfiyesini kolaylaştırmak amacını taşımaktadır.⁴⁸ İşyerinin cebri icrada satımı suretiyle devrinin de bu bağlamda değerlendirilmesi gerekir.⁴⁹

II. İŞYERİ DEVRİNİN TARAFLARIN FESİH HAKKINA VE İŞ GÜVENCESİNE ETKİSİ

İş Kanunu'nun 6. maddesinin 5. fıkrasına göre, *“Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturmaz. Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhal fesih hakları saklıdır.”*. İşyeri devri başlı başına ne işçi ne devreden ne de devralan işveren

⁴⁵ GÜLVER, Ender, Özellikle Koşulları ve Hukuki Sonuçları Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Rızaya Dayalı Devri Yoluyla İşçi Geçişi, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2021, s.35; UÇROL, s.39.

⁴⁶ UÇAROL, s.121; EREN, s.575.

⁴⁷ ÇİL, s.273; Yargıtay 9. HD, E.2020/5625, K.2020/10079, T.30.09.2020; Yargıtay 9. HD, E.2020/8186, K.2021/428, T.12.01.2021.

⁴⁸ ÇİL, 285.

⁴⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.65; UŞAN, M. Fatih, ERDOĞAN, Ersin, ERDOĞAN, Canan, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel İş Hukuku ve İş Yargılaması, İNTES Yayınları, Ankara 2021, s.66; Yargıtay 9. HD, E.2008/20333, K.2008/15696, T.16.06.2008.

bakımından fesih sebebi olabilir.⁵⁰ Bu konuda işçinin iş güvencesi kapsamında olması ya da olmaması sonuca etkili değildir.⁵¹ Yargıtay'ın yerleşik hale gelen içtihatlarına göre, işyerinin devri işverenin yönetim hakkının son aşaması olup çalışma koşullarında değişiklik anlamına gelmez. Bu sebeple, işyeri devri işçiye haklı sebeple fesih hakkı tanımaz.⁵² İşçinin devrolunduğu işveren yanında çalışmak istememesi istifa anlamına gelir.⁵³ Bu takdirde işçi kıdem tazminatına hak kazanamaz ve bildirim sürelerine uymamış ise ihbar tazminatı ödemekle yükümlü olur. Ancak, işyeri devrinin çalışma koşullarını ağırlaştırıcı bir yönü olup olmadığı belirlenmelidir.⁵⁴ Ayrıca, devirden sonraki çalışma koşulları değişiklikleri İş Kanunu m.22 hükmüne tabi olup devralan işverenin devir gerekçesiyle çalışma koşullarında esaslı değişiklikler yapması mümkün değildir.⁵⁵

Bununla birlikte devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhal fesih hakları her zaman mümkündür. Anlaşılacağı üzere bu tür durumlarda feshin sebebi devir olgusu değil organizasyonel değişiklikler veya Kanun'da yer alan haklı sebeplerdir.⁵⁶

Öğretide, devrin tek başına fesih sebebi olmamasının istinasını Basın İş Kanunu'nun 11. maddesinin oluşturduğu, ilgili hükme göre gazetecinin, devirle birlikte çalıştığı kuruluşun karakterinde manevi değerlerini ihlal edici derecede bir değişiklik meydana gelmişse, iş

⁵⁰ EKMEKÇİ, YİĞİT, s.225; CENGİZ, s.163; EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN, BASKAN, s.49; UŞAN, ERDOĞAN, ERDOĞAN, s.68; ÇELİK, CANİKLİOĞLU, CANBOLAT, s.150; SÜZEK, s.209.

⁵¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.61; MANAV, Eda, İşyeri Devrinde İş Güvencesi, Sarper Süzek'e Armağan, C.II, Beta Yayınları, s.1354-1355.

⁵² Yargıtay 9. HD, E.2017/14300, K.2020/3139, T.26.02.2020.

⁵³ EKMEKÇİ, YİĞİT, s.221; CENGİZ, s.163.

⁵⁴ Yargıtay 9. HD, E.2017/16395, K.2020/10782, T.06.10.2020; Yargıtay 9. HD, E.2008/29715, K.2008/28944, T.27.10.2008; aynı yönde bkz. CENGİZ, s.163, 171; EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN, BASKAN, s.52.

⁵⁵ EKMEKÇİ, YİĞİT, s.226; SÜZEK, s.210.

⁵⁶ EKMEKÇİ, YİĞİT, s.225; EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN, BASKAN, s.52; SÜZEK, s.209.

sözleşmesini ihbar süresini beklemeden feshedebileceği ifade edilmektedir.⁵⁷

Tarafların doğmuş bulunan haklı fesih nedenleri işyeri devri ile değerini yitirmez. İşyeri devri, İş Kanunu'nun 26. maddesinde öngörölen fesih için hak düşürücü süreye de etki etmez. Devralan işveren için yeni bir hak düşürücü sürenin devreye girmesi söz konusu olmayıp devralan işverenin feshe konu olayı sonra öğrenmiş olmasının sonuca etkili olmadığı, işlemeye başlamış hak düşürücü sürenin işlemeye devam edeceği öğretilmektedir.⁵⁸

İşyeri devri halinde işçinin iş güvencesine tabi olma ya da olmama durumunun değişebilmesi mümkündür. Şöyle ki; iş güvencesinden yararlanma koşulları arasında İş Kanunu'nun 18. maddesine göre diğer koşulların yanı sıra işçinin çalıştığı işyerinin girdiği iş kolunda "otuz işçi" koşulu aranmaktadır. Aranan işçi sayısı devir sebebiyle değişebilir. İş güvencesi kapsamına girme iş sözleşmesinden doğan bir hak olarak nitelendirilemez. Bu sayının düşmesi sebebiyle iş güvencesi kapsamı dışında kalma işyeri devri olmadan da gerçekleşebilir⁵⁹. Ancak işyeri devri muvazaalı ise bir başka anlatımla, sırf işçilerin iş güvencesi kapsamı dışında kalmalarını sağlamak için gibi bir sebeple işyeri devri yapılmış ise; kimse kendi muvazaasından faydalanamayacağından devir sebebiyle işçi sayısının "otuz işçi" sayısının altına düşmüş olmasına da dayanılamaması gerektiği ifade edilmektedir.⁶⁰

İşçinin hizmet süresinin hesabında devreden işverenin yanında geçen süreler de dikkate alınacağı gibi sözleşmenin türü de devir sebebiyle değişmez. Bu sebeple, iş güvencesinden yararlanmanın diğer

⁵⁷ EKMEKÇİ, YİĞİT, s.225.

⁵⁸ ÇİL, s.278.

⁵⁹ İş sözleşmesinin devri halinde de aynı durumun söz konusu olduğu konusundaki açıklama için bkz. CENGİZ, s.155-157.

⁶⁰ ÇİÇEK, Mustafa, İşyerinin Devri, Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s.197-198.

koşulları “altı ay kıdem” ve “belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışma” şartlarının işyeri devri sebebiyle değişmesi söz konusu olmaz.⁶¹

Öğretide; iş güvencesine tabi bir işçinin en geç devir tarihinde iş sözleşmesinin devreden işveren tarafından işyeri devri gerekçe gösterilerek feshedilmesi halinde; işçinin, feshin geçersizliği isteminde devreden işveren tüzel kişiliğini korumakta ise devreden ve devralan işvereni birlikte davalı gösterilerek dava açmasının menfaatine olacağı, devir sonrası devreden tüzel kişiliği sona ermekte ise sadece devralan işverenin başlı başına hasım gösterilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁶² Yargılama sırasında işyerinin devri halinde, 6100 sayılı Kanun’un 125. maddesine göre işçinin seçimlik hakkı mevcut olduğu, işçinin isterse devreden tarafla olan davasından vazgeçerek devralan işverene davaya devam edebileceği, isterse davasını devreden taraf hakkında tazminat davasına dönüştürebileceği, ilk ihtimalde, halefiyet ilkesi gereği devralanın davaya dahil edilmesi ve davanın devralan işveren yönünden devam ettirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁶³ Öğretide; iş sözleşmesi işyeri devrinden önce feshedilmiş ve işçi devir tarihinden önce işe iade davası açmış ise, iş sözleşmesi dava süresince askıda iş

⁶¹ ÇİÇEK, s.197-198; iş sözleşmesinin devri halinde de “altı ay kıdem” ve “belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışma” şartlarının değişmeyeceği konusundaki açıklama için bkz. CENGİZ, s.155-157.

⁶² KAR, Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulaması, 6356 sayılı STİK ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (Arabuluculuk) Kapsamında Yenilenmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s.378; Tüzel kişiliğin tasfiyesiz infisah ile sona ermesi halinde husumetin devralan şirkete yöneltilmesi için süre verilmesi yönündeki karara göre; “...birleşme suretiyle tasfiyesiz infisah hükümlerinde, bir ticaret şirketi başka bir şirket tarafından devralınırsa eski şirketin tüzel kişiliği sona erer. Tüzel kişiliğin son bulması ile, artık eski tüzel kişinin (ölü bir şahıs gibi) taraf ehliyetinin de son bulduğunun kabulü gerekir. Bu itibarla, mahkemece, davanın, devralan işveren olan K... İ... San. ve Tic. A.Ş.’ye yöneltilmesi için davacıya süre verilmesi ve bu suretle yargılamaya devam edilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...” (Yargıtay 22. HD, E.2016/761, K.2016/2558, T.08.02.2016); 6100 sayılı HMK’nın 125. maddesinin uygulanamayacağı, işyerinin devri ile dava konusunun devrinin aynı olmadığı bu sebeple davanın devralan işverene karşı tazminat davasına dönüştürülemeyeceği, davanın devralan işverene ihbarı ile dava devam edilmesi, işe iadenin mali sonuçlarından devreden ile birlikte devralanın da sorumlu olması gerektiği konusunda görüş için bkz. ÇİÇEK, s.200.

⁶³ KAR, s.378. Karar için bkz. Yargıtay 9. HD, E.2015/12002, K.2015/21796, T.16.06.2015.

sözleşmesi mahiyetinde olduğundan devir ile birlikte devralana geçeceği bu sebeple işe başlatmak ile dolayısıyla iş güvencesi tazminatlarından yükümlü olanın devralan işveren olup bu işverenin devreden işverene rücu hakkı olduğu, dava konusunun devri ile işyeri devrinin farklı kavramlar olduğu ve işe iade davasının tazminat davasına dönüşemeyeceği dolayısıyla, 6100 sayılı HMK'nın 125. maddesinin uygulama alanı bulamayacağı ya devralan işverenin davaya dahil edilmesi ya da işe iade davasının devralan işverene ihbarı gerektiği de ifade edilmektedir.⁶⁴ Bir başka görüş ise; bu durumda 6100 sayılı HMK'nın 125. maddesinin uygulanmasının mümkün olduğu gibi davanın devralana ihbarının da yeterli olduğunu belirtmektedir.⁶⁵

Devirden sonra işe başlatmamak ya da bu devir sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde işe iade davası devralan işverene karşı açılır.⁶⁶

III. İŞÇİNİN DEĞİŞEN ALT İŐVERENLERDE ÇALIŞMAYA DEVAM ETMESİ

Alt işverenlerin değişmesi en yaygın biçimde, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması ve işçilerin yeni alt işveren nezdinde çalışmaya devam etmeleri şeklinde gerçekleşmektedir. Bu eylemli durumun işyeri devri niteliğinde olup olmadığının tespiti ile hukukî sonuçlarının belirlenmesi önemlidir. Alt işverenlerin değişiminde olması gereken, süresi sona eren alt işverenin işyerinden ayrılması anında işçilerini de beraberinde başka işyerlerine götürmesi veya iş sözleşmelerinin sona erdirilmesidir. Bunun tersine alt işveren işçilerinin alt işverenin işyerinden ayrılmasına rağmen yeni alt işveren yanında aynı şekilde çalışmayı sürdürmeleri halinde, alt işverenler arasında İş Kanunu'nun 6. maddesi anlamında bir işyeri devrinin kabulü gerekir. Bu durumda yeni alt işverenin, devam eden hizmet akitlerini de devraldığı aynı maddede hükme bağlanmıştır. Süresi sona eren alt

⁶⁴ ÇİÇEK, s.199.

⁶⁵ ATAY, s.96.

⁶⁶ MANAV, s.1373; ÇİÇEK, s.195; karar için bkz. Yargıtay 7. HD, 2015/14789, 2015/18532, T.08.10.2015.

işverenle yeni ihaleyi alan alt işveren arasında açık biçimde işyeri devrini öngören bir sözleşme yapılması da imkân dahilindedir.⁶⁷

Alt işverenler arasında doğrudan bir hukuki işlem yapılmamış olsa da böyle bir durumda hizmet sektöründe işyerinin maddi unsurunun büyük ölçüde iş gücünden oluşması sebebiyle çoğunluklu sayıda işçilerin devri işyeri devri kabul edilmektedir. Ancak yeni alt işverenin işçilerinin çoğunlukla kendi işçileri olması halinde işyeri devrinden söz edilemeyecektir.⁶⁸

Alt işverenin asıl işverenle akdettiği çalışma süresinin sonunda veya süresinden önce alt işverenin, ilişkinin sonlandırılması nedenine dayalı olarak tüm işçilerine başka işyeri göstererek işyerinden ayrılması, ardından işin asıl işveren tarafından başka bir alt işverene verilmesi örneğinde alt işverenler arasında hukukî bir ilişki bulunmamaktadır. Hukukî ilişki, alt işverenler ile asıl işveren arasında gerçekleştiğinden

⁶⁷ Yargıtay 9. HD, E.2021/5032, K.2021/3068, T.02.02.2021; aynı yönde bkz. EKMEKÇİ, YİĞİT, s.226-227; ÇİL, s.164; *Bu durumda alt işverenler arasında bir hukuki işlem yoksa doğrudan işyeri devri kabul etmek yerine işyeri devrine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiğini kabul etmenin daha doğru olacağı* yönündeki görüş için bkz. SÜ-ZEK, s.213. Yargıtay bir kararında şu gerekçeler ile bu ilişkinin işyeri devri kabul edildiğini açıklamıştır; *“Alt işverenlerin, aralarında herhangi bir hukukî işleme bağlı olmaksızın değişmesini işyeri devri olarak kabul etmediğimiz takdirde, her bir alt işverenin kendi dönemiyle ilgili olarak işçilik haklarından sorumluluğu söz konusu olacağından ve asıl işverenin sorumluluğu yasa gereği alt işverenin sorumluluğunu aşamayacağından hak kaybına neden olabilecektir. Örneğin işyerinde periyodik olarak 11 ay 29 gün sürelerle işçi çalıştıran alt işverenler yönünden hiçbir zaman kıdem tazminatı ile izin ücreti ödeme yükümlülüğü doğmayacak, buna rağmen asıl işverenin tüm süreye göre bu işçilik haklarından sorumluluğu gündeme gelecektir. Oysa asıl işverenin sorumluluğunun alt işveren veya işverenlerin sorumluluğunu aşması düşünülemez.”* (Yargıtay 9. HD, E.2016/27082, K.2020/11552, T.12.10.2020); Yargıtay HGK ise bir kararında bu durumda işyeri devri hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiğine değinmiştir; *“Asıl-alt işveren ilişkisi açısından özellik gösteren bir durum, işçilerin aynı işyerinde değişik alt işverenler yanında kesintisiz çalışması ile ilgilidir. Bu durum özellikle kamu işyerlerinde söz konusu olmaktadır. Gerçekten kamu kurum ve kuruluşları ihale ile işyerindeki bazı işleri alt işverenlere vermekte, pek çok durumda işyerlerinde alt işverenlerin örneğin her yıl değişmesine rağmen işçiler yeni alt işveren yanında çalışmaya devam etmektedirler. Bu nedenle alt işverenlerin ve asıl işverenin bu işçilerin haklarından nasıl sorumlu olacakları konusunda uygulamada pek çok sorun yaşanmaktadır. Bu durumda işyeri devrine benzer bir durum söz konusu olduğundan İş Kanunu’nun 6. maddesinin kıyasen uygulanması yerinde olacaktır.”* (Yargıtay HGK, E.2019/22-357, K.2020/388, T.10.06.2020).

⁶⁸ ÇİL, s.166.

belirtilen durum alt işverenler arasında işyeri devri olarak değerlendirilemez.⁶⁹ Süresi sona eren alt işveren, işçileri başka bir işyerinde görevlendirmek isteyebilir. İşçinin bu teklifi kabul etmeyip yeni işverende işe başlaması yeni bir iş sözleşmesine dayalı olacağından işyeri devri hükümleri uygulanmaz.⁷⁰

Önceki alt işverenden çıkış ve yeni alt işverende işe girişlerde kısa süreli ara vermeler söz konusu olabilir. Bu takdirde işçiye yapılan bir fesih bildirimini olmadığı sürece kısa süreli ara vermelerde de işyeri devri kuralları işletilmektedir. Yargıtay'ın yerleşik hale gelen içtihatlarına göre devralan ve devreden işveren arasında 10-15 gün gibi makul bir süreyi aşan süreden sonra başlayan fiili bir çalışma yeni bir iş sözleşmesine dayalı olup bu takdirde işyeri devri hükümleri uygulanmaz.⁷¹ Böyle bir durumda, makul süreyi aşan ara vermelerde işçiye yapılan fesih bildirimini olmasa dahi işçinin yeni alt işverendeki çalışmasının yeni bir iş ilişkisi olduğu kabul edilmelidir. Kayden daha uzun süreli ara vermeye rağmen fiili çalışmanın aralıksız devam ettiği durumlarda fesihden söz edilemez.⁷²

⁶⁹ Yargıtay 9. HD, E.2021/5032, K.2021/3068, T.02.02.2021.

⁷⁰ ÇİL, s.166.

⁷¹ ÇİL, s.164; Yargıtay 22. HD, E.2017/1746, K.2020/8146, T.30.06.2020; "...Dairemiz uygulamasına göre, değişen alt işverenler arasında işyeri devrinden söz edebilmek için işçinin bir alt işverendeki çalışma süresinin sona erdiği tarih ile diğer alt işverendeki çalışma süresinin başladığı tarih arasında (10-15 gün gibi) makul bir süre bulunmalıdır. Makul süreyi aşan bir kesintinin varlığı halinde, alt işverenler arasında işyeri devri bulunduğu kabul edilemeyeceği için, işçinin işyeri devrine bağlı hukuki sonuçlardan yararlanması mümkün değildir. Bu halde işçinin makul süreyi aşan kesintiden sonra başlayan çalışmasının yeni bir iş sözleşmesine dayandığı kabul edilmelidir. Somut olayda davacının 07/11/2001-30/06/2007 ile 17/04/2009-25/05/2010 tarihleri arasında iki ayrı dönem çalışması bulunmaktadır. Bu çalışma dönemlerinin her biri için, o dönemdeki çalışma süresi ve ücret miktarı ile sınırlı olarak zamanaşımı savunması da gözetilerek hesaplama yapılmalıdır. Mahkemece, asil işverenin sorumlu olduğu alacak miktarı belirlenirken, davacının toplam çalışma süresi ve ikinci dönem sonundaki ücreti üzerinden sonuca gidilmesi hatalı olup, kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir." (Yargıtay 9. HD, E.2021/7397, K.2021/12371, T.21.09.2021); bkz. aynı yönde HGK kararı için bkz. Yargıtay HGK, E.2015/22-2597, K.2018/1871, T.11.12.2018.

⁷² ÇİL, s.164; ayrıca bkz. "...Somut uyuşmazlıkta; M... Ü... R...’ne bağlı sağlık araştırma ve uygulama merkezi yemekhanesinde davalı işveren nezdinde garson olarak çalışan davacının iş akdinin, alt işveren... şti.’nin ihale bitiminde yeni ihaleyi alamaması üzerine kayden feshedildiği ve çıkış işlemlerinin yapıldığı ancak davacı işçinin ihaleyi yeni alan Ö...şti.’nde

Fesih varsa yeni işverende çalışma başlangıcı bir gün sonra dahi olsa bu çalışma yeni bir iş sözleşmesine dayalı kabul edilmeli, işyeri devri hükümleri uygulanmamalıdır.⁷³ Feshin mutlaka yazılı olması gerekmeyip fesih yapıldığı konusunda işçi ve işveren iradesinin uyuşması ya da işçi tarafından feshin her türlü delil ile ispatlanması durumunda artık işyeri devri kuralları uygulanmaz.⁷⁴ Süresi sona eren alt işveren tarafından fesih bildirimini olmaksızın kıdem ve ihbar tazminatının birlikte ödenmesi ya da kıdem tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağına birlikte ödenmesi de fesih niteliğinde olup yeni alt işverendeki çalışma bu takdirde de yeni bir iş sözleşmesine dayalı olacaktır. Ancak fesih bildirimini yok ve sadece kıdem tazminatı ödenmiş ise somut olayın özelliğine göre bu ödeme avans olarak değerlendirilebilmektedir. İşçinin değişen alt işverenler nezdinde aralıksız çalışmasına karşın bir alt işverende çalışma süresinin sonunda fesih olmasa bile fesih yerine geçen ibra gibi işlemlerin varlığı halinde de iş sözleşmesinin sona erdiği kabul edilmektedir.⁷⁵

ara vermeksizin, 01/01/2011 tarihinden itibaren aynı işini yapmaya devam ettiği, bu işlemin işyeri devri niteliğinde olduğu ve gerçek bir fesih bulunmadığı anlaşılmaktadır. Açıklanan nedenle davacının feshine bağlı taleplerinin reddi yerine, kabulü hatalıdır...” (Yargıtay 9. HD, E.2017/5738, K.2017/14423, T.28.09.2017).

⁷³ “...İş sözleşmesinin tarafı olan davalı işverence işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, yapılan fesih bildirimini ile iş ilişkisi sona ereceğinden, işçinin daha sonra yeni ihaleyi devralan işveren nezdindeki çalışması yeni bir iş sözleşmesi niteliğindedir. Bu durumda davacının feshine bağlı hakların talep koşulları gerçekleşeceğinden, feshin niteliğine göre davacının kıdem tazminatına hak kazanma durumunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Mahkemece aksi yönde değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...” (Yargıtay 22. HD, E.2015/34927, K.2018/15022, T.18.06.2018)

⁷⁴ ÇİL, s.165; ayrıca bkz. “...Dava dilekçesinde iş akdinin davacı tarafından haklı nedenle feshedildiği ileri sürülmüş, davalı işveren ise cevap dilekçesinde ihale bitimi itibarıyla davacı işçinin istifa ettiğini bu nedenle kendisine yeni bir iş teklifinde bulunulmadığını savunmuştur. İş sözleşmesinin dava dilekçesinde belirtildiği tarih itibarıyla sona erdiği hususunda taraflar arasında bir çekişme söz konusu olmayıp aksine fesih yönünde tarafların iradeleri birleşmiştir. Bu nedenle davalı işçinin yeni alt işveren nezdinde sonraki çalışmaları yeni bir iş sözleşmesi niteliğindedir. Bu duruma göre, davalı alt işveren davacının istifa ettiğini yöntemince kanutlayamadığından davacının kıdem tazminatı ile yıllık izin ücret alacağı taleplerinin kabulü yerine, yazılı gerekçeyle reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...” (Yargıtay 9. HD, E.2016/30041, K.2018/18276, T.15.10.2018).

⁷⁵ ÇİL, s.165.

Aynı asıl işverenenden alınan iş kapsamında çalışmış olsa da alt işverenler arasında işyeri devri olmadığı sürece feshe bağlı alacaklar bakımından hizmet sürelerinin birleştirilerek hesaplamaya gidilmesi mümkün değildir. Bu takdirde işyeri devrine dayalı olmayan her bir çalışma dönemi ayrı değerlendirilmelidir.⁷⁶

Değerşen alt işverenler arasında işyeri devri olmadığı sürece aynı asıl işverende geçen hizmet sürelerinin toplamına göre de hesaplamaya gidilmesi mümkün değildir. Çünkü asıl işverenin sorumluluğu alt işverenin sorumluluğu ile sınırlı olup asıl işverenin sorumluluğunun alt işverenin sorumluluğunu aşması mümkün değerildir.⁷⁷

Alt işveren şirketin aynı kalmasına karşı asıl işveren şirketlerin değerşmesi ihtimalinde de işyeri devri hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilmektedir.⁷⁸

İşçinin alt işveren işçisi olması ve değerşen alt işverenlere rağmen aynı asıl işverenin işyerinde çalışmasını sürdürmesi halinde, “(...) alt işveren işçilerinin alt işverenin işyerinden ayrılmasına rağmen yeni alt işveren yanında aynı şekilde çalışmayı sürdürmeleri halinde, alt işverenler arasında İş Kanununun 6 ncı maddesi anlamında bir işyeri devrinin kabulü gerekir. Bu durumda yeni alt işverenin, devam eden hizmet akitlerini de devraldığı aynı maddede hükme bağlanmıştır. (...) İş sözleşmesinin tarafı olan işçi veya alt

⁷⁶ İL, s.167; “...Somut uyuşmazlıkta; davacının davalı bünyesinde değerşen alt işverenlerin işçisi olarak çalıştığı sabittir. Dava dışı alt işveren şirketlerin işçinin bu çalışmalarından işin devralındığı kabulüne göre işyeri devri kuralları gereği sorumlu olacağı muhakkaktır. Davalı asıl işverenin sorumluluğu ise alt işverenin sorumluluğu ile sınırlı bir sorumluluktur. Bu nedenle asıl işverenin sorumluluğunun belirlenebilmesi için öncelikle alt işverenlerin sorumluluğunun belirlenmesi gerekmektedir...”. (Yargıtay 22. HD, E.2017/29360, K.2020/9192, T.09.07.2020).

⁷⁷ İL, s.167.

⁷⁸ “...Davalı T... ile davalı E...’nin asıl işveren sıfatıyla işyerini devreden ve devralan işverenler olduğu, davalı A...’nin ise son alt işveren olarak davacının tüm çalışma süresinden sorumlu olduğu hususları uyuşmazlık dışı kalmıştır. Hâl böyle olunca somut olayda işyerinin devri hükümleri uygulanacağından, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 120. maddesi yollamasıyla halen uygulanmakta olan 1475 sayılı mülga İş Kanunu’nun 14/2. fıkrası uyarınca davalı E...’m kidem tazminatından sorumluluğu, davalı T... nezdindeki çalışma süresine ek olarak işyerini devralıp zelleştirme ile dava dışı ... A.ř.ye devrettiği tarihler arası (17.02.2005-17.06.2013) ve devir tarihi olan 17.06.2013 tarihindeki ücret esas alınarak belirleneceğinden mahkemece bu yönde verilen direnme kararı isabetlidir...” (Yargıtay HGK, E.2019/22-357,K.2020/388, T.10.06.2020).

işveren tarafından bir fesih bildirimini yapılmadığı sürece, iş sözleşmeleri değişen alt işverenle devam edeceğinden, işyerinde çalışması devam eden işçi açısından, feshe bağlı haklar olan ihbar ve kıdem tazminatı ile izin ücreti talep koşulları gerçekleşmiş sayılmaz. Buna karşın, süresi sona eren alt işverence işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, yapılan fesih bildirimini ile iş ilişkisi sona ereceğinden, işçinin daha sonra yeni alt işveren yanındaki çalışmaları yeni bir iş sözleşmesi niteliğindedir. Bu durumda feshe bağlı hakların talep koşulları gerçekleşeceğinden, feshin niteliğine göre hak kazanma durumunun değerlendirilmesi gerekecektir.” yönündeki esaslara Yargıtay kararlarında isabetle yer verilmektedir.⁷⁹

Öğretide, devrin tek başına fesih sebebi olmamasının istinasını Basın İş Kanunu'nun 11. maddesinin oluşturduğu, ilgili hükme göre gazetecinin, devirle birlikte çalıştığı kuruluşun karakterinde manevi değerlerini ihlal edici derecede bir değişiklik meydana gelmişse, iş sözleşmesini ihbar süresini beklemeden feshedebileceği ifade edilmektedir.⁸⁰

Tarafların doğmuş bulunan haklı fesih nedenleri işyeri devri ile değerini yitirmez. İşyeri devri, İş Kanunu'nun 26. maddesinde öngörülen fesih için hak düşürücü süreye de etki etmez. Devralan işveren için yeni bir hak düşürücü sürenin devreye girmesi söz konusu olmayıp devralan işverenin feshe konu olayı sonra öğrenmiş olmasının sonuca etkili olmadığı, işlemeye başlamış hak düşürücü sürenin işlemeye devam edeceği öğretilmektedir.⁸¹

İşyeri devri halinde işçinin iş güvencesine tabi olma ya da olmama durumunun değişebilmesi mümkündür. Şöyle ki iş güvencesinden yararlanma koşulları arasında İş Kanunu'nun 18. maddesine göre diğer koşulların yanı sıra işçinin çalıştığı işyerinin girdiği iş kolunda “otuz işçi” koşulu aranmaktadır. Aranan işçi sayısı devir sebebiyle değişebilir. İş güvencesi kapsamına girme iş sözleşmesinden doğan bir hak olarak nitelendirilemez. Bu sayının düşmesi sebebiyle iş güvencesi kapsamı

⁷⁹ Yargıtay 22. HD, E.2017/22180, K.2019/10811, T.16.05.2019; Yargıtay 22. HD, E.2016/14757, K.2019/12592, T.11.06.2019.

⁸⁰ EKMEKÇİ, YİĞİT, s.225.

⁸¹ ÇİL, s.278; MANAV, s.1371.

dışında kalma işyeri devri olmadan da gerekleřebilir⁸². Ancak işyeri devri muvazaalı ise bir başka anlatımla, sırf işçilerin iş güvencesi kapsamı dışında kalmalarını sağlamak için gibi bir sebeple işyeri devri yapılmış ise; kimse kendi muvazaasından faydalanamayacağından devir sebebiyle işçi sayısının “*otuz işçi*” sayısının altına dşm olmasına da dayanılamaması gerektiği ifade edilmektedir.⁸³

İşçinin hizmet süresinin hesabında devreden işveren yanında geçen süreler de dikkate alınacağı gibi sözleşmenin türü de devir sebebiyle değişmez. Bu sebeple, iş güvencesinden yararlanmanın diğer koşulları “*altı ay kıdem*” ve “*belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışma*” şartlarının işyeri devri sebebiyle değişmesi söz konusu olmaz.⁸⁴

Öğretide; iş güvencesine tabi bir işçinin en geç devir tarihinde iş sözleşmesinin devreden işveren tarafından işyeri devri gerekçe gösterilerek feshedilmesi halinde; işçinin, feshin geçersizliği isteminde devreden işveren tüzel kişiliğini korumakta ise devreden ve devralan işvereni birlikte davalı gösterilerek dava açmasının menfaatine olacağı, devir sonrası devreden tüzel kişiliği sona ermekte ise sadece devralan işveren başlı başına hasım gösterilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁸⁵ Yargılama sırasında işyerinin devri halinde, 6100 sayılı Kanun’un 125.

⁸² İş sözleşmesinin devri halinde de aynı durumun söz konusu olduğu konusundaki açıklama için bkz. CENGİZ, s.155-157.

⁸³ ÇİÇEK, s.197-198.

⁸⁴ ÇİÇEK, s.197-198; MANAV, s.1372; iş sözleşmesinin devri halinde de “*altı ay kıdem*” ve “*belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışma*” şartlarının değişmeyeceği konusundaki açıklama için bkz. CENGİZ, s.155-157.

⁸⁵ Kar, s.378; Tüzel kişiliğin tasfiyesiz infisah ile sona ermesi halinde husumetin devralan şirkete yöneltilmesi için süre verilmesi yönünde bir karar için bkz. “...birleşme suretiyle tasfiyesiz infisah hükümlerinde, bir ticaret şirketi başka bir şirket tarafından devralınırsa eski şirketin tüzel kişiliği sona erer. Tüzel kişiliğin son bulması ile, artık eski tüzel kişinin (l bir şahıs gibi) taraf ehliyetinin de son bulduğunun kabulü gerekir. Bu itibarla, mahkemece, davanın, devralan işveren olan K... I... İ... San. ve Tic. A.ř.’ye yöneltilmesi için davacıya süre verilmesi ve bu suretle yargılamaya devam edilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...” (Yargıtay 22. HD, E.2016/761, K.2016/2558, T.08.02.2016); 6100 sayılı HMK’nın 125. maddesinin uygulanamayacağı, işyerinin devri ile dava konusunun devrinin aynı olmadığı bu sebeple davanın devralan işverene karşı tazminat davasına dönüştürülemeyeceği, davanın devralan işverene ihbarı ile dava devam edilmesi, işe iadenin mali sonuçlarından devreden ile birlikte devralanın da sorumlu olması gerektiği konusunda görüş için bkz. ÇİÇEK, s.200.

maddesine göre işçinin seçimlik hakkı mevcut olduğu, işçinin isterse devreden tarafla olan davasından vazgeçerek devralan işverene davaya devam edebileceği, isterse davasını devreden taraf hakkında tazminat davasına dönüştürebileceği, ilk ihtimalde, halefiyet ilkesi gereği devralanın davaya dahil edilmesi ve davanın devralan işveren yönünden devam ettirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁸⁶ Öğretide; iş sözleşmesi işyeri devrinden önce feshedilmiş ve işçi devir tarihinden önce işe iade davası açmış ise, iş sözleşmesi dava süresince askıda iş sözleşmesi mahiyetinde olduğundan devir ile birlikte devralana geçeceği bu sebeple işe başlatmak ile dolayısıyla iş güvencesi tazminatlarından yükümlü olanın devralan işveren olup bu işverenin devreden işverene rücu hakkı olduğu, dava konusunun devri ile işyeri devrinin farklı kavramlar olduğu ve işe iade davasının tazminat davasına dönüşmeyeceği dolayısıyla, 6100 sayılı HMK'nın 125. maddesinin uygulama alanı bulamayacağı ya devralan işverenin davaya dahil edilmesi ya da işe iade davasının devralan işverene ihbarı gerektiği de ifade edilmektedir.⁸⁷ Bir başka görüş ise; bu durumda 6100 sayılı HMK'nın 125. maddesinin uygulanmasının mümkün olduğu gibi davanın devralana ihbarının da yeterli olduğunu belirtmektedir.⁸⁸

Devirden sonra işe başlatmamak ya da bu devir sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde ise işe iade davası devralan işverene karşı açılır.⁸⁹

IV. TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİNİN UYGULANMASINA ETKİSİ

İşyerinin el değiştirmesinin toplu iş sözleşmelerine etkilerine dair düzenleme 6356 sayılı Kanun'un 37/1 maddesidir. Buna göre, "*Toplu iş sözleşmesine taraf olan sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, faaliyetinin durdurulması, işçi sendikasının yetkiyi kaybetmesi ve toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde işverenin veya işyerinin girdiği işkolunu değişmesi toplu iş sözleşmesini sona erdirmez.*". Bu düzenleme genel olarak tarafların

⁸⁶ KAR, s.378; karar için bkz. Yargıtay 9. HD, E.2015/12002, K.2015/21796, T.16.06.2015.

⁸⁷ ÇİÇEK, s.199.

⁸⁸ ATAY, s.96.

⁸⁹ ÇİÇEK, s.195; karar için bkz. Yargıtay 7. HD, E.2015/14789, K.2015/18532, T.08.10.2015.

durumundaki bir değişikliğin toplu iş sözleşmesine etkisini ortaya koymaktadır. Bu durumda, öğretilerde, işveren değişikliğinin toplu iş sözleşmesi imzalanmadan önce gerçekleşmesi ihtimalinde de devralan işverenin yetki başvurusu ve sonrasındaki tüm devreden işveren işlemleriyle bağlı olacağı açıklanmıştır.⁹⁰

İşyerinin veya bir bölümünün devri başlıklı 38. Maddesi kapsamında bir değerlendirme yapılabilmesi için, devre konu işyerinde ya da devralan işverene ait işyeri veya işletmede ya da bunların her ikisinde de devir anında yürürlükte bulunan bir toplu iş sözleşmesinin varlığı gerekmektedir. 6356 sayılı Kanun'un 38. maddesinde işyeri devrine ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu sebeple işyeri devri noktasında İş Kanunu'nda yer alan ilkeler uygulanmalıdır.⁹¹

Düzenlemeye göre, toplu iş sözleşmesi olan bir işyeri veya bölümünün devri halinde, devralan işverenin aynı işkoluna giren işyerinde yürürlükte olan bir toplu iş sözleşmesi varsa bu durumda devralınan işyeri veya işyerlerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar iş sözleşmesi hükmü olarak devam etmektedir. Dolayısıyla toplu iş sözleşmesinin yürürlüğü sona ermektedir.⁹² Bu durum sadece devir tarihinde işyerinde çalışan ve toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçiler bakımından geçerlidir. Bu halde, devralan işverenin taraf olduğu aynı iş kolundaki toplu iş sözleşmesinin devredilen işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesine göre süresinin daha uzun ya da kısa olması sonuca etkili değildir.⁹³

Devralan işverenin işyeri ya da işyerlerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesi yoksa devralınan işyerinde yürürlükteki toplu iş sözleşmelerinden doğan hak ve borçlar, yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılıncaya kadar uygulanmaya devam eder.⁹⁴ Yeni bir toplu iş

⁹⁰ EKMEKÇİ, YİĞİT, s.255.

⁹¹ GÖKTAŞ Seracettin, YILMAZ Gökhan, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi (Açıklamalı-Gerekçeli- İtihatlı), 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.672.

⁹² SUR, Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Gözden Geçirilmiş-Güncelleştirilmiş 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s.326; GÖKTAŞ, YILMAZ, s.673.

⁹³ GÖKTAŞ, YILMAZ, s.673.

⁹⁴ SUR, s.328, GÖKTAŞ, YILMAZ, s.674.

sözleşmesi imzalanmaması halinde devralınan işyerindeki toplu iş sözleşmesinin azami ne kadar süre ile uygulanacağı konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bir görüş, bu durumda toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresinin bitimine kadar uygulanmasını ve devamında toplu iş sözleşmesinin art etkisine göre sonuca gidilmesi gerektiğini ileri sürmekte, diğer bir görüş ise yeni bir toplu iş sözleşmesi yapılmadıkça önceki toplu iş sözleşmesinin ucu açık bir şekilde uygulanması gerektiğini savunmaktadır.⁹⁵ Devralan işyerindeki işçiler devre konu işyerindeki toplu iş sözleşmesinin kapsamı dışında kaldığında bu toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları mümkün değildir.⁹⁶

Toplu iş sözleşmesi bulunmayan bir işyerinin işletme toplu iş sözleşmesi tarafı olan bir işverence devralınması durumunda ise işyeri, işletme toplu iş sözleşmesi kapsamına girer. Bu durumda toplu iş sözleşmesinden yararlanma şartlarının gerçekleşmesi yani taraf sendikaya üye olma, dayanışma aidatı ödeme ya da sendikanın yazılı muvafakati gerekir.⁹⁷ Bu kapsama giriş kanun gereği olup herhangi bir sayısal şart aranmamaktadır, devralınan işyerinde başka bir sendikanın örgütlenme çalışması yapması sonuca etkili değildir. Devirle birlikte, devralınan işyeri bağımsız bir toplu sözleşme birimi olma niteliğini yitirir ve artık salt orayı kapsamına alan bir yetki tespiti yapılamaz.⁹⁸ Devre konu işyerinin, aynı iş kolunda tek bir işyeri mevcut olan ve buradaki işyeri toplu iş sözleşmesine taraf işverence devralınması halinde yapılacak uygulamaya ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide bir görüş bu durumda, devre konu işyerindeki işçilerin devralan işverenin önceden taraf olduğu işyeri toplu iş sözleşmesinden yararlanması gerektiğini ifade etmektedir. Bir başka görüş ise; bu durumda devre konu işyerinin devralan işverenin mevcut işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesi kapsamına girmeyeceğini ileri sürmektedir.⁹⁹

⁹⁵ Farklı yöndeki görüşler için bkz. GÖKTAŞ, YILMAZ, s.674.

⁹⁶ GÖKTAŞ, YILMAZ, s.674.

⁹⁷ SUR, s.328.

⁹⁸ EKMEKÇİ, YİĞİT, s.258.

⁹⁹ GÖKTAŞ, YILMAZ, s.674.

Yargıtay bir kararında, devreden alt işvereninin devir tarihinde taraf olduğu toplu iş sözleşmesinin yeni işverene karşı ileri sürülebilmesinin işyeri devri hükümlerine göre mümkün olabileceğini ortaya koymuştur.¹⁰⁰

Kapatılan belediyelerden büyükşehir belediyelerine devredilen işçiler açısından ise; 5747 sayılı Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un geç. m.2/4 düzenlemesi bu Kanun uyarınca mahalleye veya köye dönüşen belediyelerin personel devrinin 10.7.2004 tarih ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun ek 2. maddesinin 2. ve 3. fıkra hükümlerine göre yapılacağını öngörmüştür. Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun ek m. 2/3 hükmüne göre "Bu maddenin birinci fıkrasında belirtilen hizmet alanlarında ilgili mevzuatı uyarınca ihdası ya da vizesi yapılmış sürekli işçi kadrolarında veya geçici iş pozisyonlarında 4857 sayılı İş Kanununa göre çalışmakta olanlar ise mevcut kadro ve pozisyonları ile birlikte büyükşehir belediyesine veya ilgili bağlı kuruluşuna devredilir. Devredilen işçilerin ücret ile diğer malî ve sosyal hakları, devir işleminden önce haklarında uygulanmakta

¹⁰⁰ "Davacı talep konusu dönemde, Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarına göre S... A.Ş. ve 01.07.2014-22.09.2014 arası dosyadan tespit edilemeyen işverenlerin çalışandır. Ancak faydalanmak istediği toplu iş sözleşmesinin tarafı P... Ltd. Şti.'dir... Bu durumda, öncelikle daha önce P... Ltd. Şti.'de çalışan davacının, S...A.Ş. çalışmasının ve 01.07.2014-22.09.2014 tarihleri arasındaki işverenleri de tespit edilmek suretiyle... tespit edilen işverenlerdeki çalışmasının ne şekilde gerçekleştiği, işyeri devri ilişkisi ya da ihale sureti ile aynı işyerinde işin ya da işverenin değişmesinin söz konusu olup olmadığı araştırılmalıdır. İşyeri devri hükümlerinin uygulanması söz konusu ise davacının ancak devreden alt işverenin devir tarihinde taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden faydalanması söz konusu olabilecektir." (Yargıtay 22. HD, E.2016/30814, K.2010/3678, T.27.02.2020); Yargıtay başka kararında ise, "Davalılar vekili, davacının son işveren Be... Şirketi'nde geçerli olan toplu iş sözleşmesinden faydalandırıldığını, davacıya bordrolar ile sosyal yardım ve ikramiye alacaklarının tahakkuk ettirilerek ödendiğini, hesaplamalarda bordrolardaki tahakkukların mahsup edilmediğini ileri sürmüştür. Asıl ve birleşen dava dilekçelerinde ... Sendikası ile davalı Bo...arasındaki toplu iş sözleşmelerinden kaynaklanan alacaklara ilişkin taleplerin ileri sürüldüğü, dava dışı son işveren Be... şirketinin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesine dayanan bir talebin yer almadığı anlaşılmaktadır. Davacının aynı anda geçerli olan iki ayrı toplu iş sözleşmesinden yararlanması mümkün olmayıp, bir dönem için sadece bir toplu iş sözleşmesinin uygulanması söz konusudur. Bu nedenle, davacıya davalı Bo...şirketinin tarafı olduğu toplu iş sözleşmesi hükümleri tatbik olunmalı, dava dışı Be... Şirketi'nin taraf olduğu toplu iş sözleşmesi uyarınca ödendiği anlaşılan miktarlar ise hesaplanan alacak kalemlerinden mahsup edilerek sonuca gidilmelidir." kanısına varmıştır (Yargıtay 9. HD, E.2020/6835, K.2021/5064, T.25.02.2021).

olan toplu iş sözleşmesi veya bireysel iş sözleşmesi hükümlerine göre belirlenmeye devam olunur. Pozisyon değişikliği hali dahil yapılacak bu devir işlemi, ücret ile diğer malî ve sosyal haklarda değişiklik yapılmasına hak kazandırmaz ve başka bir toplu iş sözleşmesinin uygulanmasını isteme hakkını vermez. Devir işleminden sonra yapılacak toplu iş sözleşmelerine ise bu işçilerin mevcut ücret ile diğer malî haklarında diğer işçiler için kararlaştırılacak artış oranı veya miktarını geçecek şekilde artış öngören ya da diğer işçilerden farklı yeni malî ve sosyal haklar verilmesini sağlayacak hükümler konulamaz.”. Böylelikle, devredilen işçilerin iş sözleşmelerinin kanunla devri sonucu devredildikleri belediye işyerinde yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinin yer yönünden ve taraf sendikaya üye olmakla da kişiler yönünden uygulama alanına girmeleri ve bu toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları bir daha toplu sözleşme dönemine kadar sınırlandırılmıştır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin konu ile ilgili olarak 2019 ve 2020 yıllarında verdiği kararlarda¹⁰¹, geçmiş yıllarda olduğu gibi, 5216 sayılı Kanun ek m.2 kaynaklı yasal engele rağmen ve âdeta bu hüküm yokmuş gibi hiç zikretmeden davacının devredildiği belediye işyerinde yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinden 6356 sayılı Kanun m. 39 uyarınca yararlanacağı sonucuna varmıştır. Şu kadar ki, toplu iş sözleşmesinin imza tarihinden sonra taraf sendikaya üye olan işçiler açısından toplu iş sözleşmesinden yararlanmanın üyeliklerinin işçi sendikasıca işverene bildirildiği tarihten itibaren başlayacağı hususu göz ardı edilmiş ve “Davacının önceki sendikadan çekilme işlemi 21.05.2009 tarihinde gerçekleşmiş olup, çekilme işlemi bir ay sonra 21.06.2009 tarihinde sonuç doğurur. Davalıya ait işyerinde örgütlü olan sendikaya 05.06.2009 tarihinde üye olmasına rağmen sözü edilen yeni üyelik de çekilmenin sonuç doğurduğu tarihte kazanılır. Bu duruma göre davacının T.C. ... Belediyesine ait işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinden 21.06.2009 tarihine kadar yararlanması gerekir. Belirtilen tarih sonrası için naklen görevlendirildiği işyerinde, sendika üyeliğinin kazanıldığı tarih sonrası için bu işyerindeki toplu iş sözleşmesinde öngörülen temel ücret ödenir ve sonraki ücret artışları uygulanır.” şeklinde hüküm kurulmuştur.

¹⁰¹ Yargıtay 9. HD, E.2016/25579, K.2020/10642, T.06.10.2020; Yargıtay 9. HD, E.2016/1500, K.2019/5927, T.18.03.2019; Yargıtay 9. HD, E.2016/13668, K.2020/2291, T.17.02.2020.

V. ŞİRKETLERDE YAPISAL DEĞİŞİKLİĞİN İŞYERİ DEVRİ OLUŞTURMASI

İŞ Kanunu m.6/IV uyarınca, tüzeli kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün deĐiŐmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Bu halde, birleşme sonucu ortaya çıkan veya katılan veya öncekinden farklı türdeki yeni tüzeli kişinin sorumluluğu söz konusu olur. Kanunda sadece birlikte sorumluluk hükümlerinin uygulanmayacağı ifade edildiğinden, birlikte sorumluluk dışında işyeri devrine ilişkin İŞ Kanunu m.6'nun uygulanmasına engel bir durum bulunmamaktadır.¹⁰²

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 159-179 arası maddeleri ile Türk hukukunda “*Şirketlerin bölünmesi*” kavramı yasal düzenlemeye bağlanmıştır. Bu maddelere göre kısmi bölünmede ortada birden fazla Şirket varken, tam bölünmede devrolunan Şirket sona ermekte ve tek bir tüzeli kişilik bulunmaktadır. Bölünme, birleşme ve tür değiştirme hallerinde sadece kısmi bölünmede ortada birden fazla tüzeli kişilik bulunmakta; tam bölünme, birleşme ve tür değiştirme durumunda ise tek bir tüzeli kişilik varlığını sürdürmekte eski tüzeli kişilik sona ermektedir. Bu sebeple İŞ Kanunu m.6/IV'te müteselsil sorumluluk hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Çünkü, birleşme, katılma veya tür deĐiŐtirmede zaten ortada iki ayrı Şirket bulunmamaktadır.¹⁰³

6102 sayılı Kanun'un 178. maddesinde ise bölünmenin iş ilişkilerine etkisi düzenlenmiştir. Bu madde, aynı Kanun'un 190. maddesindeki atıf sebebiyle birleşme ve tür değiştirme durumlarında da uygulanacaktır.¹⁰⁴ Düzenleme ile İŞ Kanunu'nun 6. maddesine nazaran önemli farklılıklar öngörölmüŐtür. Türk Ticaret Kanunu'ndaki düzenleme ile işçiye devre itiraz etme imkânı tanınmış, itiraz ile iş sözleşmesinin sona ereceği düzenlenmiş, müteselsil sorumluluğun

¹⁰² MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.65.

¹⁰³ EKMEKÇİ, YİĞİT, s.229-230, 234.

¹⁰⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.65.

kapsamı genişletilmiş ve devreden işverenin sorumluluğunda bir süre sınırı öngörülmemiştir.¹⁰⁵

İş Kanunu m.6/IV'te tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesi ile sona ermesi halinde birlikte sorumluluk hükümleri düzenlenmişken; Türk Ticaret Kanunu m.178'de bu haller bakımından müteselsil sorumluluk düzenlenmiştir, sorumluluk bakımından bir sınırlama da öngörülmemiştir.¹⁰⁶

Türk Ticaret Kanunu m.178'de işçinin itiraz hakkı düzenlenmiş olsa da bu kanun bakımından da işçilerin bilgilendirilme yükümlülüğü getirilmemiştir. Ancak işçilerin itiraz hakkını kullanabilmeleri devrin şekli, devralanın kimliği, ekonomik itibarı, devredilecek hakları gibi devir konularında işçilerin bilgi edinmelerini gerektirir.¹⁰⁷ İşçinin devre itirazının hangi sürede ve kime yöneltileceği konusunda açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda öğretide işçinin devri öğrendiği andan itibaren makul bir süre içerisinde bu hakkını devreden veya devralan işverene karşı kullanması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁰⁸ İşçinin devre itirazı iş sözleşmesinin kanuni işten çıkarma süresi sonunda sona ermesini sağlamaktadır¹⁰⁹. Devre itiraz, iş sözleşmesinin sona ermesine yol açmakla birlikte iş ilişkisinin kanuni sona erme tarihine kadar da olsa devralan işverene geçişine engel olmaz¹¹⁰. Ayrıca işçiye tanınan bu itiraz hakkı şirketlerin birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemlerini durdurmaz.¹¹¹ Türk Ticaret Kanunu'nda İş Kanunu'ndan farklı olarak işçilere alacaklarını teminat alma imkânı da getirilmiş ise de koşulları ve

¹⁰⁵ UŞAN, ERDOĞAN, ERDOĞAN, s.69; UÇAROL, s.108; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, s.150.

¹⁰⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.66.

¹⁰⁷ UÇAROL, s.106.

¹⁰⁸ SÜZEK, s.214; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, s.150.

¹⁰⁹ "Kanuni iş çıkarma süresinin sonunda" ibaresinin yanlış bir çeviri olduğu anlaşılması gerekenin "yasal fesih bildirim süresi" nin sonu olduğu görüşü hakkında bkz. SÜZEK, s.214. Yazar ayrıca, işçinin itirazı üzerine belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından da "yasal fesih bildirim süresi" nin sonunda iş sözleşmesinin sona erdiğinin kabul edilmesi gerektiği aksi halde itirazın bir anlamı kalmayacağı görüşündedir.

¹¹⁰ CENGİZ, s.172; ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, s.116.

¹¹¹ SÜZEK, s.214.

teminat altına alınma isteğinin yerine getirilmemesinin yaptırımını düzenlenmemiştir.¹¹²

Normlar hiyerarşisinde İş Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu aynı düzeyde oldukları için üst kanunun önceliği ilkesinin TTK m.178 ve İş Kanunu m.6 bakımından uygulama alanı olmadığı, yeni tarihli kanunun eskisine göre önceliği, özel kanunun genel kanuna göre önceliği ilkeleri ile Türk Ticaret Kanunu İş Kanunu'na göre yeni tarihli olduğundan, TTK m.178'in İş Kanunu m.6'ya göre öncelikli olduğunu ifade edenler bulunmaktadır.¹¹³ Öğretideki bu kabule göre, ticaret şirketlerinin birleşme, bölünme ve tür değişme suretiyle dönüşmesi bir işyeri devri sonucunu doğuruyorsa, devredilen işyerindeki işçilerin iş ilişkilerinin devralan işverene geçişi ile ilgili durumlarda Türk Ticaret Kanunu m.178'in uygulanması gerektiği, bu durumda işçinin itiraz hakkı ve işverenin bilgilendirme yükümlülüğü bulunduğu ancak bunun dışındaki hukuki işleme dayalı işyeri devirlerinde İş Kanunu m.6'nın uygulanması gerektiği, m.178'de yer almayan hususlarda İş Kanunu m.6'ya başvurulması gerektiği ileri sürülmektedir.¹¹⁴ Diğer görüş tarafından Türk Ticaret Kanunu'nda şirketlerin bölünme, birleşme ve tür değiştirmesinin iş ilişkisine etkisinin düzenlenmiş olması Türk Hukuku'nda iş ilişkilerini düzenleyen ayrı bir İş Kanunu bulunması sebebiyle eleştirilmektedir.¹¹⁵ Ayrıca, "Aksi kararlaştırılmadığça veya hâlin gereğinden anlaşılmadığça, işveren hizmet sözleşmesinden doğan hakları üçüncü bir kişiye devredemez." şeklindeki düzenlemeye iş ilişkisine etkilerin düzenlendiği madde içinde yer verilmesi de eleştirilmiştir. Maddeye yönelik bir diğer eleştiri 5. fıkrada 1. fıkraya yapılan atfın isabetsizliği noktasındadır. 5. fıkrada, 1. fıkrada öngörüldüğu şekilde muaccel olacak alacaklardan bahsedilmesine karşın, 1. fıkrada muaccel olacak bir alacağa ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Aslında atfın 3. fıkraya yapılmak istendiği anlaşılmaktadır. Bu görüşe göre, Türk

¹¹² MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.66.

¹¹³ UÇAROL, s.108; SÜZEK, s.213.

¹¹⁴ CENGİZ, s.171; MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.63; ÇELİK, CANIKLIOĞLU, CANBOLAT, s.154; ALBAYRAK ZİNCİRLİOĞLU, s.116; SÜZEK, s.214.

¹¹⁵ EKMEKÇİ, YİÇİT, s.231; EKMEKÇİ, s.154-159.

Ticaret Kanunu ile İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu arasında çelişki bulunmakta olup çelişkinin sebebi hukukumuzda işyeri devrinin gerek İş Kanunu'nda gerekse Türk Borçlar Kanunu'nda İsviçre Hukukundan farklı düzenlenmiş olmasıdır. Açıklanan sebeplerle, 6102 sayılı Kanun'un öncelikli kanun olarak uygulanamayacağı, iş ilişkilerini düzenleyen özel kanunun İş Kanunu olduğu ve Türk Borçlar Kanunu'nun dahi iş ilişkilerine dair hükümleriyle Türk Ticaret Kanunu'na nazara uygulanma önceliğine sahip olduğu ifade edilmektedir.¹¹⁶

Öğretide, gemi adamları yönünden Türk Ticaret Kanunu'ndaki düzenlemenin işverenin Ticaret Kanunu hükümlerine tabi şirketler olması ve şirketlerin tam veya kısmen bölünmesi halinde uygulanması gerektiği savunulmaktadır.

Türk Ticaret Kanunu m.178'in özel düzenleme olarak uygulanması gerektiğini kabul eden görüşe göre, işçinin devre itirazı sebebiyle iş sözleşmesinin sona ermesi işçi ya da işveren feshi olmayıp kendine özgü bir sona erme halidir. Bu sebeple işçinin bu şekilde sona erme sebebiyle şartlar oluşmuş ise kıdem tazminatına hak kazanması gerekir.¹¹⁷ Yargıtay ise bir kararında, Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümlerine dayanarak işyeri devrine muvafakat etmeyen ve iş sözleşmesini fesheden işçinin İş Kanunu m.6'da işyeri devrinin işçi yönünden haklı fesih oluşturmayacağı hükmü karşısında iş sözleşmesini haklı feshettiğinden söz edilemeyeceğini kabul etmiştir.¹¹⁸

Yargıtay'ın bir başka kararında ise, işyerleri arasındaki ilişkinin işyeri devri esaslarına göre değerlendirilmesi yerine sadece Ticaret Kanunu anlamında devir ve birleşme olup olmadığı gözetilerek sonuca gidilmesi hatalı bulunmuştur.¹¹⁹

¹¹⁶ EKMEKÇİ, YİĞİT, s. 235; EKMEKÇİ, s.154-159.

¹¹⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI, BAYSAL, s.66; SÜZEK, kanun koyuncunun Ticaret Kanunu'nda bu konuyu düzenlemediğini dolayısıyla boşluk olduğunu boşluğun da 1475 sayılı Kanunu'nun 14. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendinin kıyas yoluyla uygulanarak doldurulması gerektiğini ifade etmektedir (SÜZEK, s.214).

¹¹⁸ Yargıtay 9. HD, E.2015/28060, K.2018/22719, T.10.12.2018.

¹¹⁹ Yargıtay 9. HD, E.2012/127, K.2014/4835, T.17.02.2014.

VI. İŞYERİ DEVRİNDE MUVAZAA VE ORGANİK BAĞ

Muvazaa Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olup, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla, kendi gerçek iradelerine uymayan, aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmesini arzu etmedikleri, görünüşte bir anlaşma olarak tanımlanabilir. Muvazaada, taraflar arasında üçüncü kişileri aldatma kastı bulunmakta ve sözleŐmedeki gerçek amaç gizlenmektedir. Muvazaa genel ispat kuralları ile ispat edilebilir.

İŞyeri devrinin muvazaaya dayandığının anlaşılması halinde iş sözleşmesinin haklı sebeple feshi mümkündür.¹²⁰

Muvazaa varsa, devreden işverenin sorumluluğu kendi çalıştırdığı süre ile sınırlı olmaz.¹²¹

Bir işin alt işverene verilmesi aynı zamanda bir işyeri bölümü devri ise, çalışan asıl işveren işçilerinin iş sözleşmelerinin alt işverenle aynı koşullarda devam ettirilmesi gerekir. Çünkü İş Kanunu m.2/VII'ye göre asıl işverenin işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak çalıştırılmaya devam ettirilmesi suretiyle hakları kısıtlanamaz.¹²²

Şirketler arasında organik bağ var ise işyeri devri hükümleri uygulanmaz. Organik bağ ilişkisinde işveren sıfatı olan tüzel kişinin, işçinin iş sözleşmesinden veya iş kanunundan doğan haklarını kullanmasının engellenmesi için temsilde farklı kiŐiliklere yer vermesi söz konusudur. Bu durumda tüzel kişinin bağımsızlığı sınırlanır ve organik bağ içinde olunan kişi ile özdeŐ kabul edilir. Bu anlamda; tüzel

¹²⁰ "...İŞyeri devri kural olarak işçiyeye haklı fesih imkânı vermez. Ancak, işyeri devrinin işverenler arasında muvazaalı biçimde gerçekteştirilmesi halinde işçinin bu durumu kabul etmek zorunda olduğundan söz edilemezTm dosya kapsamı bir arada değerlendirildiğinde, davalı Şirket ile Őube müdürleri arasında imzalanan acente sözleşmesinin muvazaalı olduğu, gerçekte Őube müdürü olan çalıŐanlara acente sıfatı verilmek sureti ile davalı işverenin işyerinde ki faaliyetini sürdürdüğü ve bu değişikliği kabul etmeyen işçilerin işten çıkarıldığı sabittir. Davacı tanıkları, davacının muvazaalı işlemleri kabul etmediğini ve fiilen acenteye bağlı olarak çalıŐmadıĐını beyan etmiŐlerdir. Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin işverence haksız feshedildiği kabul edilmelidir. Davacının kıdem ve ihbar tazminatı istemlerinin kabulü gerekirken reddine karar verilmesi isabetsizdir (Yargıtay 22. HD, E.2012/16499, K.2013/7025, T.02.04.2013).

¹²¹ Yargıtay 9. HD, E.2010/41970, K.2013/3663, T.30.01.2013.

¹²² SÜZEK, s.212.

kişilik hakkının kötüye kullanılması, kanuna karşı hile, işçiye zarar verme (haklarının alınmasını engelleme), tarafta muvazaa (hizmeti kendisine verdiği halde başka bir kişiyi kayıta işveren olarak gösterme) ve namı müstear yaklaşımı nedeni ile dolaylı temsil söz konusudur. Bu durumların söz konusu olduğu halde tüzel kişilik perdesinin aralanması sureti ile gerçek işveren veya organik bağ içinde olan tüm işverenler sorumlu tutulmaktadır. Organik bağ ise şirketlerin adresleri, faaliyet alanları, ortakları ve temsilcilerinin aynı olmasından, aralarındaki hukuki ilişkilerin tespitinden anlaşılır¹²³.

Yargıtay'ın 2020 yılında verdiği bir kararında işçi-işveren olma ve muvazaalı acentelik ile muvazaalı işyeri devri konuları bir arada işlenmektedir.¹²⁴ Söz konusu kararda yerel mahkeme kargo şirketi yanında acenteyi de işveren olarak kabul etmiştir. Yargıtay ise öncelikle işyeri devrini incelemiş ve devrin muvazaalı olduğu sonucuna ulaşmıştır. Yargıtay 2018 yılında ise; acente olarak gösterilen devralanın gerekli uzmanlık ve bağımsızlığa sahip olmaması ve işçiler üzerinde yönetim hakkının kargo şirketi tarafından kullanılması nedeni ile acentenin bağımsız bir işveren olmadığı sonucuna ulaşmaktadır.¹²⁵

SONUÇ

Uygulamada çok farklı şekillerde ortaya çıkabilen ve çok farklı problemlerin doğmasına yol açan işyeri devirleri incelenmiş ve özellikle Yargıtay kararları çerçevesinde bazı çözüm önerileri sunulmuştur.

Kanunda işyeri devrine ilişkin işlemler sayılmamış ve genel bir ifadeye verilmiştir. Yargıtay, özelleştirme işleminin içinde kavramsal

¹²³ "...Somut uyumsuzlukta; dosya içeriği, tanık anlatımları ve ticaret sicil kayıtları dikkate alındığında, davacının 31.12.2009 tarihinde... Şirketinden SGK çıkışının verilip 01.01.2010 tarihinde diğer davalı şirkete SGK girişinin yapıldığı, davalı şirketlerin aynı adreste faaliyet gösterdiği, aynı alanda faaliyet gösteren bu şirketlerin yetkilisi ve müdürünün aynı olduğu, davacının bütünlük teşkil eden çalışmasını çalıştığı yer, yaptığı iş ve pozisyonunda herhangi bir değişiklik olmadan sürdürdüğü ve neticede şirketler arasında organik bağ bulunduğu, bu nedenle talep edilen işçilik alacaklarından her iki şirketin de müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları anlaşılmaktadır. O halde, Mahkemece talep konusu alacaklardan davalı şirketlerin müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmaları gerekirken, yanılığılı değerlendirme ile iş yeri devri kurallarına göre sonuca gidilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir..." (Yargıtay 9. HD, E.2016/10212, K.2019/21386, T.02.12.2019).

¹²⁴ Yargıtay 9. HD, E.2016/23561, K.2020/10209 T.01.10.2020.

¹²⁵ Yargıtay 22. HD, E. 2016/346, K.2018/25707, T.28.11.2018.

olarak bir 'devir' olgusu bulunmakla birlikte, iş hukuku bakımından her özelleştirme işleminin, işyerinin tamamen veya kısmen devri olarak kabulü mümkün olmadığından özelleştirmenin işyeri devri sonucunu doğurup doğurmadığı bakımından değerlendirme yapılırken özelleştirmenin yöntemi ve tekniğine göre sonuca gidilmesi gerektiği esasını benimsemiştir. İşyerinin önceleri gerçek kişi ya da kişilerce işletilmesinin ardından şirketleşmeye gidilmesi halinde bu işlem de bir tür işyeri devridir. Maden işyerlerinin işletme hakkının Maden Kanunu'na uygun olarak rōdovans sözleşmesi ile başka bir işverene bırakılması da işyeri devridir. Ancak, Maden Kanunu 10.06.2010 tarihinde 5995 sayılı Kanun ile değiştirilerek bu devir bakımından İş Kanunu'ndan doğan yükümlölüklerin sadece rōdovansçıya ait olduğu kabul edilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte işyeri bölümünün herhangi bir hukuki işleme dayalı olarak devri de mümkündür. İşyerinin devrinin külli halefiyet veya kanun hükmü gereği gerçekleştiği durumlar ile işyerinin iflas sebebiyle tasfiyesi sonucu devri durumu İş Kanunu'nun 6. maddesi kapsamına dahil değildir.

İşyeri devri başlı başlına ne işçi ne devreden ne de devralan işveren bakımından fesih sebebi olabilir. Bu konuda işçinin iş güvencesi kapsamında olması ya da olmaması sonuca etkili değerdir. Ancak işyeri devri halinde işçinin iş güvencesine tabi olma ya da olmama durumunun değişebilmesi mümkündür. İşçinin hizmet süresinin hesabında devreden işverenin yanında geçen süreler de dikkate alınacağı gibi sözleşmenin türü de devir sebebiyle değişmez.

Aynı asıl işverenden alınan iş kapsamında çalışmış olsa da alt işverenler arasında işyeri devri olmadığı sürece feshe bağlı alacaklar bakımından hizmet sürelerinin birleştirilerek hesaplamaya gidilmesi mümkün değerdir. Bu takdirde işyeri devrine dayalı olmayan her bir çalışma dönemi ayrı değerlendirilmelidir. Değerşen alt işverenler arasında işyeri devri olmadığı sürece aynı asıl işverende geçen hizmet sürelerinin toplamına göre de hesaplamaya gidilmesi mümkün değerdir. Çünkü asıl işverenin sorumluluğu alt işverenin sorumluluğu ile sınırlı olup asıl işverenin sorumluluğunun alt işverenin sorumluluğunu aşması mümkün değerdir. Alt işveren şirketin aynı kalmasına karşı asıl

işveren şirketlerin değişmesi ihtimalinde de işyeri devri hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilmektedir.

Toplu iş sözleşmesine taraf olan sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, faaliyetinin durdurulması, işçi sendikasının yetkiyi kaybetmesi ve toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde işverenin veya işyerinin girdiği işkolunun değişmesi toplu iş sözleşmesini sona erdirmez. Bu düzenleme genel olarak tarafların durumundaki bir değişikliğin toplu iş sözleşmesine etkisini ortaya koymaktadır. Devralan işverenin işyeri ya da işyerlerinde uygulanan bir toplu iş sözleşmesi yoksa devralınan işyerinde yürürlükteki toplu iş sözleşmelerinden doğan hak ve borçlar, yeni bir toplu iş sözleşmesi yapıncaya kadar uygulanmaya devam eder. Toplu iş sözleşmesi bulunmayan bir işyerinin işletme toplu iş sözleşmesi tarafı olan bir işverence devralınması durumunda ise işyeri, işletme toplu iş sözleşmesi kapsamına girer.

KAYNAKLAR

- ALBAYRAK ZİNCİRLİÖĞLU, Candan, İş Sözleşmesinin Devri, 1. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.
- ATAY, Zeynep Anıl, Türk İş Hukukunda Muvazaalı İşyeri Devri, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020.
- CENGİZ, İştar, İş Sözleşmesinin İradi Devri, 1. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.
- CENTEL, Tankut, “İşyerinin Bir Bölümünün Devrinde Fiziki Mekân”, Sicil, Mart 2008, Sayı: 9, 5-9.
- ÇELİK, Nuri, CANIKLİÖĞLU Nursen, CANBOLAT Talat, İş Hukuku, Yenilenmiş 33. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2021.
- ÇİÇEK, Mustafa, İşyerinin Devri, Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2021.
- ÇİL, Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2019-2021 Yılları), 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- EKMEKÇİ, Ömer, “Şirketin Bölünmesi, Birleşmesi ve Tür Değiştirmesinin İş İlişkilerine Etkisi, İş Kanunu/Türk Borçlar Kanunu-Ticaret Kanunu Çelişkisi”, Sicil, Mart 2008, Sayı: 9, 5-9.
- EKMEKÇİ Ömer, YİĞİT Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- EYRENCİ, Öner, TAŞKENT Savaş, ULUCAN Devrim, BASKAN Esra, İş Hukuku, 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2020.
- GÜLVER, Ender, Özellikle Koşulları ve Hukuki Sonuçları Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Rızaya Dayalı Devri Yoluyla İşçi Geçişi, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul 2021.
- GÖKTAŞ Seracetin, YILMAZ Gökhan, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Şerhi (Açıklamalı-Gerekçeli- İçtihatlı), 1. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- KAPLAN SENYEN, E. TUNCAY, Bireysel İş Hukuku, 11. Baskı, Gazi Kitabevi, 2020.

- KAR, Bektaş, İş Güvencesi ve Uygulaması, 6356 sayılı STİK ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (Arabuluculuk) Kapsamında Yenilenmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- MANAV, Eda, İşyeri Devrinde İş Güvencesi, Sarper Süzek'e Armağan, C.II, Beta Yayınları, s.1343-1384.
- MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi, ASTARLI Muhittin, BAYSAL Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı (Cilt 1: Bireysel İş Hukuku), Güncellenmiş 5. Baskı, LYKEION Yayıncılık, Ankara 2021.
- SUR, Melda, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Gözden Geçirilmiş-Güncelleştirilmiş 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 21. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2021.
- UÇAROL, Fatma Bengü, İşyeri Devrinin İş Sözleşmesine Etkisi, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.
- UŞAN, M. Fatih, ERDOĞAN, Ersin, ERDOĞAN, Canan, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel İş Hukuku ve İş Yargılaması, İNTES Yayınları, Ankara 2021.

İNTERSEKS KÜÇÜĞE UYGULANAN GENİTAL REKONSTRÜKTİF CERRAHİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUĞU MESELESİ

Dr. Dila OKYAR*

Öz

“İnterseksüelite”, ikili cinsiyet perspektifiyle kadın veya erkek anatomisinden farklı özellikler taşıyan, anatomik, kromozomal ve gonadal cinsiyet arasındaki tüm doğumsal uyumsuzluk durumlarını ifade eden bir şemsiye kavramdır. İnterseks küçüğe, kendi rızasını gösteremeyeceği kadar erken yaşta uygulanan genital cerrahi müdahalenin hukuku uygunluğu, uluslararası tıp hukukunun hareketli tartışma konularındandır. Tıbbi yaklaşım, küçüğün ileride sağlıklı bir cinsel kimlik geliştirebilmesi için erken cerrahiye desteklerken, uluslararası alandaki hukuki yaklaşım, kişinin cinsel kimliğini geri dönüşü olmayacak şekilde belirleyen ve çoğunlukla salt kozmetik amaçlarla yapılan bu tür müdahaleleri küçüğün kişilik hakkının ihlali olarak değerlendirmektedir. Öte yandan, tıbbi endikasyon bulunmasına rağmen, kültürel önyargıların etkisiyle kanuni temsilcinin klinik tanıyı kabullenmeyerek interseks küçüğün tedavisine rızasını esirgediği durumlara da rastlanmaktadır. Bu çalışmada, interseks küçüğe uygulanan tıbbi müdahalenin hukuki niteliği ve güncel tartışmalar ışığında bu tıbbi müdahaleye rızanın hukuka uygunluğu değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler

İnterseks • Küçük • Kişilik hakkı • Tıbbi müdahale • Rıza

* Dr. Arş. Gör., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | Dr. Res. Assist., Hacettepe University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Ankara, Turkey.

✉ dila.okyar.law@gmail.com • ORCID 0000-0002-7829-2133

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: OKYAR Dila, “İnterseks Küçüğe Uygulanan Genital Rekonstrüktif Cerrahi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Meselesi”, *SÜHFD.*, C. 30, S. 1, 2022, s. 161-193.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

THE QUESTION OF THE LEGAL VALIDITY OF CONSENT TO GENITAL-RECONSTRUCTIVE SURGERY ON INTERSEX MINORS

Abstract

“Intersexuality” encompasses all congenital incompatibilities between anatomical, chromosomal and gonadal sexes, which, from binary gender system perspective, exhibit different characteristics from female or male anatomy. The legality of genital surgery performed on intersex minors at an early age without their informed consent is a highly-debated topic of international medical law. The physicians support early surgery for the minor to develop healthy sexual identity. However, the international legal approach considers surgical interventions that irreversibly determine the sexual identity which are mostly performed for purely cosmetic purposes as a violation of the minor's personality right. In some other cases, due to cultural prejudices, the legal representative refuses to consent to the treatment despite medical indication. This study evaluates the legal character and validity of consent to such medical interventions in the light of current discussions.

Key Words

Intersex • Minor • Personality right • Medical intervention • Consent

I. GİRİŞ

İnterseksüelite, “geleneksel olarak tanımlanan kadın veya erkek anatomisinden farklı özellikler taşıyan, cinsiyet anatomisinin çeşitli unsurları (cinsiyet kromozomları, dış genital organlar ve iç üreme organları) arasındaki doğumsal uyumsuzluk ile karakterize tüm durumları ifade eden bir şemsiye kavramdır. Olguların çoğunda klinik tanı yenidoğan döneminde konulabilirken, bazı durumlarda tespiti ergenlik dönemine ya da daha ileriki yaşlara kadar gecikebilmektedir. İnterseks kişilere tıbben uygulanması önerilen başlıca müdahaleler, genital bölgenin rekonstrüksiyonuna (yeniden şekillendirme) ilişkin cerrahi operasyon ile hormonal tedavidir. Cerrahi müdahalenin zamanlaması somut vakaya göre değişebilmekle birlikte, genel tıbbi yaklaşım, ileride sağlıklı bir cinsel hayata ve üreme yeteneğine sahip olabilmesi için tedavinin küçüğün cinsel kimlik gelişiminden önce tamamlanması yönündedir. Erken cerrahi girişimlerin, komplikasyon riskini azalttığı, kozmetik açıdan daha iyi sonuç verdiği ve küçüğün ileride yaşaması muhtemel psiko-sosyal ve psiko-seksüel sorunların önlenmesi açısından önemi vurgulanmaktadır. Öte yandan, interseks küçüğün, cinsel kimliğini geri dönüşü olmayacak şekilde belirleyen bu tür cerrahi müdahalelerin, küçüğün kendi rızasını gösteremeyeceği

kadar erken yaşta gerçekleştirilmesi hukuki sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu hukuki sorunlar, tıbbi müdahale açısından endikasyon (gereklilik) şartının varlığı ve kanuni temsilcinin rızasının geçerliliği noktalarında toplanmakta ve böylelikle, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu tartışmalı hâle getirmektedir. Konunun bir diğer boyutunu ise, özellikle kapalı toplumlardaki kültürel önyargıların etkisiyle kanuni temsilcinin klinik tanıyı kabullenmeyerek, tıbbi endikasyon bulunmasına rağmen interseks küçüğün tedavisi için gerekli tıbbi müdahaleye rızasını esirgemesi nedeniyle ortaya çıkan sorunlar oluşturmaktadır.

Çalışmamızın konusu, tıp ve hukuk başta olmak üzere çeşitli disiplinlerin kesişme noktasında yer aldığından, öncelikle konuya ilişkin temel kavramlar ele alınacak [II]; ardından interseks küçüğe uygulanan tıbbi müdahalenin hukuki niteliği, özellikle 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun¹ ("TMK") 40. maddesinde düzenlenmiş olan cinsiyet değişikliği ameliyatından farkı ortaya konularak incelenecek [III] ve ardından, söz konusu tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu, uluslararası alandaki güncel tartışmalar ışığında değerlendirilecektir [IV].

II. DİSİPLİNLERİN KESİŞME NOKTASINDA KAVRAM TERCİHİ

1. Cinsiyet Kavramı

Çok yönlü bir kavram olan "cinsiyet", en geleneksel bakış açısıyla, kişinin üremeye yönelik fizyolojik özelliklerini ifade etmekte ve "erkekke dişiye ayırt ettiren yaradılış özelliği, eşey"² olarak tanımlanmaktadır. Bu geleneksel tanım *anatomik cinsiyeti* (*biyolojik/fizyolojik/fenotipik cinsiyet*) esas almaktadır. *Kromozomal (genotipik) cinsiyet*, kişinin kromozom sayısı ve yapısı ile belirlenen genetik cinsiyetini; *gonadal cinsiyet* ise kişinin cinsiyet bezleri (testis ve yumurtalık) ile belirlenen hormonal cinsiyetini ifade etmektedir. Öte yandan modern yaklaşım, cinsiyeti sadece fizyolojik değil, aynı zamanda psikolojik yönü de olan bir içgüdü olarak değerlendirir (*psikolojik cinsiyet*). "Cinsiyet kimliği" (*gender identity*) kavramı da bu yöne işaret etmekte olup, "kişinin kendisini ait hissettiği, kendisini tanımladığı cinsiyet" olarak tanımlanır³. Dolayısıyla, cinsiyetin oluşumu,

¹ RG. 08.12.2001/24607.

² Bkz. Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr>.

³ NEWBOULD, Melanie, "When Parents Choose Gender: Intersex, Children and the Law", *Medical Law Review*, Vol. 24, No. 4, s. 483. Cinsiyet kimliği, kişiye doğumda atanan cinsiyete uygun olabileceği gibi bununla bağdaşmaması da mümkündür.

anatomik, psikolojik ve sosyo-kültürel faktörlerin etkileşim hâlinde olduğu bir süreç olarak kabul edilmektedir⁴.

2. İnterseksüelite Kavramı

Çalışmamızın konusu; tıp, biyoloji, hukuk ve sosyal bilimler başta olmak üzere zaman içerisinde farklı disiplinlerin ilgi odağı hâline gelmiş olan bir meseleye ilişkindir. Bu doğrultuda konuya ilişkin terminoloji de zaman içerisinde, bir yandan genetik bilimindeki gelişmeler diğer yandan tarihsel ve sosyal değişimler doğrultusunda ilgili disiplinin bakış açısına göre farklılık göstermiştir.

Konuya ilişkin kavramlar arasında en köklü geçmişe sahip olan “hermafrodit” kelimesi, Hermes ile Afrodit kelimelerinin birleşmesinden oluşmakta olup, etimolojik kökeni itibariyle Antik Yunan mitolojisine dayanmaktadır⁵. Bu mitolojik hikayeden mülahem, çift cinsiyetli canlılar *hermafrodit*, bu durum ise *hermafrodi(ti)zm* olarak nitelendirilmektedir. Hermafrodit kişilerden bahseden tarihsel metinler, Antik çağ eserlerine kadar uzanmaktadır. MÖ 384-322 yılları arasında yaşamış Antik Yunan filozofu Aristoteles, bir hekim olmamakla birlikte, insan ve hayvan bedenleri üzerine yaptığı çalışmalarında, erkek ve kadın dış genital organlarının aynı kişide bulunabileceğini belirtmekte ve bunun anneden bebeğe aktarılan materyal fazlalığından kaynaklandığını ileri sürmektedir⁶. Benzer şekilde, MÖ 90-30 yılları arasında yaşamış olan Antik Yunan tarihçisi

Bkz. Yogyakarta Principles, s. 8. http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_en.pdf

⁴ Cinsiyet gelişiminde rol oynayan faktörler hakkında bkz. ÖZBEY, Hüseyin, “Cinsel Gelişim Sorunları: Küçük Hastalar, Büyük Kararlar”, Çocuk Cerrahisi Dergisi, C. 30, Ek sayı 2, 2016, s. 141-142.

⁵ Efsaneye göre, haberci tanrı Hermes ile güzellik tanrıçası Afrodit’in Hermafrodit adında bir erkek çocuğu dünyaya gelir. Büyüleyici güzelliği ile dikkat çeken Hermafrodit, sıcak bir yaz gününde serinlemek için Salmakis Gölü’ne gider. Tatlı suyu ile erkekleri efemineleştirdiği rivayet edilen bu gölün aynı isimli bir de su perisi vardır. Su perisi Salmakis, gölden su içmek için eğilen Hermafrodit’i görür görmez ona çarpılır ve yaklaşmak için peşinde koşmaya başlar. Ancak Hermafrodit, peri kızının tüm ilgisi ve ısrarına kayıtsız kalır. Salmakis ise, fırsattan istifade, Hermafrodit’i gölde yüzerken yakaladığı anda üzerine atlar ve ona sıkı sıkıya sarılır. Hermafrodit, tüm çabalarına rağmen Salmakis’in kollarından kurtulamaz. Bu esnada Salmakis, onları ayırmamaları için Tanrılara yalvarır. Tanrılar Salmakis’in dileğini kabul ederler ve böylelikle Hermafrodit ile Salmakis tek bir bedende birleşerek yekvücut olur. Bkz. CAN, Şefik, Klasik Yunan Mitolojisi, İnkılap Kitabevi, 4. Baskı, İstanbul, 1997, s. 101.

⁶ van der GRACHT, Stefanie, “Setting Aside the Loom: Hermaphroditism in Ancient Medicine”, The Proceedings of the 18th Annual History of Medicine Days, March 6th and 7th, 2009 University of Calgary, Faculty of Medicine, Calgary, AB., 2009, s. 254.

Diodorus Siculus da, *Bibliotheca Historica* adlı eserinde, bu tür genital anomalileri tedavi etmeye yönelik tıbbi yöntemleri ayrıntılı bir şekilde açıklamakta ve ergenlik çağına kadar tespit edilememiş bir yalancı hermafrodit vakadan bahsetmektedir⁷. Tıbbın babası olarak kabul edilen Antik Yunan hekimi Hipokrat'a atfedilen Hipokrat Külliyyatı (*Corpus Hippocraticum*) adlı eserde de bu genital anomalinin ana rahmine düşme anından başladığına ilişkin ayrıntılı açıklamalara rastlanmaktadır⁸. Deneysel farmakolojinin öncüsü kabul edilen, 15. yüzyıl Türk hekimi Şerafettin Sabuncuoğlu da 1465 yılında kaleme aldığı, dünya tıp tarihine geçen "*Kitabü'l Cerrahiye-i İlhaniye*" adlı eserinde hermafrodit kişinin ameliyatını tasvir eden bir minyatüre yer vermiştir⁹. Konu, hukuki boyutu itibariyle *Corpus Iuris Civilis*'te de yer almış ve *Ulpianus* tarafından hermafrodit kişilerin baskın olan cinsiyetten sayılmaları öngörülmüştür¹⁰.

Biyolojide ise hermafrodit, hem dişi hem erkek gametler üretebilen canlıları ifade eder¹¹. Hermafrodit yapıda olmak bazı bitki ve hayvan türlerinin karakteristik özelliğidir. Hermafrodit hayvanlardan bazıları kendi kendilerini dölleme (*otofertilizasyon*), hermafrodit çiçekli bitkiler ise kendi kendine tozlaşma yeteneğine sahiptir. Üreme biyolojisinde hermafrodizm olgusu, hayvan ve bitkiler bakımından genetik üstünlük ve reproduktif avantajlar da sağlayan bir üreme şeklidir.

Geleneksel tıp literatüründe ise hermafrodizm, bir kimsenin anatomik cinsiyeti ile genetik (kromozomal) veya gonadal (eşey bezlerine dayalı) cinsiyeti arasındaki uyumsuzluk neticesinde ortaya çıkan doğumsal (konjenital) bir anomali olarak değerlendirilmektedir. Gerçek ve yalancı olmak üzere başlıca iki türü vardır. Gerçek hermafrodizm (*hermafroditismus verus*), kişinin dış genital organının hem dişil hem eril özellikler göstermesi, aynı kişide hem yumurtalık hem testis dokularının birlikte bulunması ile karakterizedir. Yalancı hermafrodizmde ise (*pseudo-hermaphroditism*) tek bir cinsiyete ait üreme organına (yumurtalık ya da testis)

⁷ van der GRACHT, s. 249.

⁸ van der GRACHT, s. 255-256.

⁹ SABUNCUOĞLU, Şerafettin, Album des dessins de Cerrahiye-i İlhaniye, Paris nüshası resimleri, (Neşreden) ÜNVER, Süheyl, Kenan Basımevi, İstanbul, 1939, s. 48.

¹⁰ "ULPIAN, Sabinus, book I: Question: with whom is a hermaphrodite comparable? I rather think one should be ascribed to that sex which is prevalent in his or her make-up." (D. 1.5.10). Bkz. WATSON, Alan (ed.), The Digest of Justinian, Vol.1, University of Pennsylvania Press, 1998, s. 16.

¹¹ AVISE, John, Hermaphroditism, A Primer on the Biology, Ecology, and Evolution of Dual Sexuality, Columbia University Press, 2011, s. 1-3.

sahip olan kişinin dış genital organı, genetik ve gonadal cinsiyeti ile uyumsuzluk göstermektedir. Genetik cinsiyet esas alınarak yapılan tanım doğrultusunda yalancı hermafrodizm, kendi içerisinde ikiye ayrılır: 46XX karyotipteki bir kişinin dış genital organının kuşkulu yapıda, diğer bir ifadeyle, değişen derecede eril özellikler göstermesi (maskülinize olması) ya da tamamen erkek görünümünde olması durumunda dişi tipi yalancı hermafrodizm; 46XY karyotipteki bir kişinin dış genital organının kuşkulu yapıda olması, diğer bir ifadeyle, değişen derecede dişil özellikler göstermesi ya da tamamen dişi görünümünde olması durumunda ise *erkek tipi yalancı hermafrodizm* söz konusu olur. Etimolojik olarak ilk çağrışımı çift cinsiyetlilik olan “hermafrodit” kelimesinin insanlar bakımından kullanılması günümüzde yoğun şekilde eleştirilmektedir. Bu ifadenin yanıltıcı, damgalayıcı ve küçük düşürücü olduğu, kişinin hem kendisi hem de ailesinin korku ve endişe yaşamasına sebep olduğu ve bu nedenle terk edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır¹².

Modern tıp literatüründe, hermafrodit kelimesi terk edilerek, bunun yerine bir üst kavram olarak “cinsiyet gelişim bozukluğu (CGB)” (*disorder of sexual development, DSD*) kavramı benimsenmiştir. Bu kavram, resmi olarak 2006 yılında Chicago’da Avrupa Çocuk Endokrinolojisi Birliği tarafından düzenlenen uluslararası konferans çerçevesinde yayımlanan uzlaşma bildirisinde benimsenmiştir. CGB, “kromozomal, gonadal veya anatomik cinsiyetin atipik gelişim gösterdiği tüm konjenital (doğumsal) durumları” ifade eden bir şemsiye kavramdır¹³. Bu kavram, kimlik siyasetinden uzak ve CGB teşkil eden durumların altında yatan genetik ve endokrinal sebepleri vurgulaması bakımından isabetlidir¹⁴. Öte

¹² Bkz. United Nations Development Programme (UNDP), Intersex Research Study (Albania, Bosnia and Herzegovina, the Former Yugoslav Republic Of Macedonia and Serbia), 2017, <https://www.al.undp.org/content/albania/en/home/library/poverty/intersex-research-study.html> (Erişim Tarihi: 10.08.2021), s. 11; DREGGER, Alice D./CHASE, Cherly/SOUSA, Aron/GRUPPUSO, Philip A./FRADER, Joel, “Changing the Nomenclature/Taxonomy for Intersex: A Scientific and Clinical Rationale”, *Journal of Pediatric Endocrinology and Metabolism*, Vol. 18, No.18, 2005, s. 732 ; REIS, Elizabeth, “Divergence or Disorder?: the politics of naming intersex”, *Perspectives in Biology and Medicine*, Vol. 50, No. 4, Autumn 2007, s. 536.

¹³ LEE, Peter A./ HOUK, Christopher P./ AHMED, S. Faisal/ HUGHES, Ieuan A., “Consensus Statement on Management of Intersex Disorders”, International Consensus Conference on Intersex organized by the Lawson Wilkins Pediatric Endocrine Society and the European Society for Paediatric Endocrinology, *Pediatrics* 2006, s. e488.

¹⁴ REIS, s. 536.

yandan, “bozukluk” ifadesi, mutlaka tıbbi tedavi ile “düzeltilmesi” gereken bir problemin varlığını çağrıştırdığı gerekçesiyle eleştirilmekte¹⁵ ve kişileri psikolojik olarak olumsuz yönde etkileyerek, tıbbi hizmet almaktan kaçınmalarına neden olduğu vurgulanmaktadır¹⁶. Bu olumsuz çağrışımı bertaraf etmek üzere, daha az “patolojize” bir kavram olarak “cinsiyet gelişim farklılığı” (*divergence of sex development*) ifadesi önerilmektedir¹⁷. Ayrıca, tıp literatüründe, “kuşkulu genital yapı” (*ambiguous genitalia*) ya da “cinsiyet belirsizliği”, “genital yapı belirsizliği” kavramlarına da rastlanmaktadır.

Günümüzde özellikle sosyal bilimler ve hukuk literatüründe tercih edilen, “iki cinsiyet arasında” (*in-between two sexes*) ifadesinden türetilmiş “interseks” (*intersex*) kavramı ise ilk olarak 1917 yılında genetikçi Richard Goldschmidt tarafından ortaya atılmıştır¹⁸. Konuyu insan hakları boyutuyla ele alan uluslararası hukuk metinlerinde¹⁹ de bu kavram tercih edilmektedir. İnterseksüelite kavramı, en yaygın ve geniş anlamıyla, “gelecekte tanımlanan kadın veya erkek anatomisinden farklı özellikler taşıyan, cinsiyet anatomisinin çeşitli unsurları (iç üreme organları, dış genital organlar ve cinsiyet kromozomları) arasındaki doğumsal²⁰ uyumsuzluk ile karakterize tüm durumları”²¹ ifade etmektedir. İnterseksüelite,

¹⁵ REIS, s. 536.

¹⁶ JOHNSON, E./ ROSOKLIJA, I./ FINLAYSON, C. et al., “Attitudes towards ‘disorders of sex development’ nomenclature among affected individuals.” *Journal of Pediatric Urology*, May 2017, s. 608.e7.

¹⁷ REIS, s. 536.

¹⁸ GOLDSCHMIDT, Richard, “Intersexuality and the Endocrine Aspect of Sex”, *Endocrinology*, Vol. 1, Issue. 4, 1917, s. 433–456.

¹⁹ Bkz. United Nations Human Rights, Office of the High Commission, Background Note on Human Rights Violations against Intersex People, <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/LGBT/BackgroundNoteHumanRightsViolationsagainstIntersexPeople.pdf> (Erişim Tarihi: 01.09.2021).

²⁰ Doğuştan gelen bu uyumsuzluk, bazı durumlarda doğum öncesi (pre-natal) dönemde ya da doğum anında anlaşılabilirdiği gibi, bazı durumlarda tespiti ergenlik dönemine ya da daha ileriki yaşlara kadar gecikebilmektedir.

²¹ İnterseksüelite başlığı altında değerlendirilen başlıca durumlar şöyledir: *Konjenital Adrenal Hiperplazi (KAH)*: 46 XX karyotipteki kişilerde, böbrek üstü bezlerde yüksek düzeyde salgılanan androjen, dış genital organda, klitoris büyüklüğünden tam erkeksi görünüme kadar değişen oranlarda eril görünüme neden olmaktadır. Kişi, genotipik olarak dişi, fenotipik olarak erkektir. Dış genital organda erkeksi görünümün ileri derecede olduğu olgularda, cinsiyet tayininin erkek yönünde yapılması nedeniyle, yumurtalık ve rahmi bulunan bu kişinin erkek olarak yetiştirildiği durumlara rastlanmaktadır. *Androjen İnsensitivite Sendromu (AIS)*: 46 XY karyotipteki kişilerde,

ikili cinsiyet sistemi perspektifinden ("erkek" ve "kadın") belirlenen tıbbi normlara göre sınıflandırılmayan kişilerin tamamını kapsayan bir çatı kavram olup, hermafrodizm içlerinde en çok bilinendir²². İnterseksüelite, ne toplumsal cinsiyet bağlamında bir kimlik ne de cinsel yönelim olarak vasıflandırılır; doğrudan doğruya bunu deneyimleyen kişinin bedeni ile ilintilidir²³.

İnterseksüelitenin görülme sıklığı, tüm canlı doğumlarda yaklaşık %0.05 ile %1.7 olarak raporlanmaktadır²⁴. Öte yandan, literatürde kullanılan farklı kavramların hangi biyolojik durumları kapsadığı konusunda disiplinler arasında tam bir uzlaşma sağlanmış değildir. Bu yaklaşım farklılığı, interseksüelitenin görülme sıklığına ilişkin bilimsel verilerin de farklılaşmasına neden olmaktadır²⁵.

Yukarıda değinilen kavramlar arasındaki ilişkiyi kısaca şu şekilde ortaya koymak mümkündür. İnterseksüelite ile hermafrodizm, eş anlamlı değildir. İnterseksüelite, hermafrodizm türlerini (gerçek ve yalancı)

vücudun testosteron hormonuna duyarsızlığı, dış genital organda, değişen oranlarda dişi görünüme neden olmaktadır. Kişi, genotipik olarak erkek, fenotipik olarak dişidir. Dış genital organda dişi görünümün ileri derecede olduğu olgularda, cinsiyet tayininin dişi yönünde yapılması nedeniyle, kişinin dişi olarak yetiştirildiği durumlara rastlanmaktadır. *Ovotestiküler sendrom*: Gerçek hermafrodizme tekabül eden bu durum, aynı kişide hem yumurtalık hem testis dokularının bulunmasını ifade eder. Hem 46XX hem de 46XY karyotipe sahip kişilerde rastlanmaktadır. *Turner Sendromu*: Dişilerde rastlanan bir kromozomal anomalidir. Boy kısalığı en sık görülen bulgularındandır. 45X karyotipteki kişide X cinsiyet kromozomlarından birinin yokluğu ya da anormal yapıda olması ile karakterizedir. *Klinefelter Sendromu*: Erkeklerde rastlanan bir kromozomal anomalidir. 47 XXY karyotip ile karakterize olup, kromozom diziliminde fazladan bir X cinsiyet kromozomu bulunmasından kaynaklanmaktadır. Testis gelişiminde yetersizlik görülmektedir. *Hipospadias*: İdrar deliğinin penisin ucu yerine penis gövdesinin altında bulunmasıdır. *Konjenital vajinal agenezi*: Doğuştan vajina yokluğudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. SAX, Leonard, "How Common is Intersex? A Response to Anne Fausto-Sterling", *The Journal of Sex Research*, Vol.39, No.3, 2002, s. 175.

²² DEDE, İsmail, "Kişisel Durum Kayıtları Bağlamında Yeni Bir Soru: İnterseks Kapsayıcı Cinsiyet Kavramı Mümkün Müdür?", *Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk*, C.2, (eds.) ÜSKÜL ENGİN, Zeynep Özlem/ ÇÖREK, Dolunay/ ÖCAL, Göktürk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 241.

²³ İ. DEDE, s. 244.

²⁴ United Nations Free & Equal, Fact Sheet, <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/05/UNFE-Intersex.pdf> (Erişim Tarihi: 01.09.2021).

²⁵ Bkz. SAX, s. 177; FORD, Kishka-Kamari, "First, Do No Harm"- The Fiction of Legal Parental Consent to Genital-Normalizing Surgery on Intersexed Infants, *Yale Law&Policy Review*, Vol. 19, 2001, s. 470.

kapsayan ancak bunlarla sınırlı olmayan daha geniş bir kavramdır. Benzer şekilde, genital yapı belirsizliği bulunmayan kişiler de (örneğin, Turner ya da Klinefelter sendromu ya da mikropenis) interseks kategorisine dâhil edildiğinden²⁶, interseksüelite kavramı, kuşkulu genital yapı kavramından da geniştir. İnterseksüelite ile CGB kavramları ise, birbirlerini büyük ölçüde karşılamakla birlikte, interseks aktivist çevreleri tarafından herhangi bir CGB'ye eşlik etmeyen birtakım durumların da interseksüelite başlığı altında değerlendirildiği görülmektedir. Örneğin; kromozomal ve anatomik cinsiyeti arasında herhangi bir uyumsuzluk bulunmakla birlikte hipospadias tanısı konmuş 46XY karyotipteki erkek kişi ya da konjenital vajinal agenezi (doğuştan vajina yokluğu) bulunan 46 XX karyotipteki dişi kişi de interseks olarak kabul edilmektedir²⁷.

Çalışmamızda, güncel uluslararası hukuk literatüründe yaygın olarak kullanılması sebebiyle "interseks" kavramı tercih edilmiştir. Çalışmamızın devamında "interseks kişi/küçük" ifadesi, yukarıdaki geniş anlamından farklı olarak, anatomik cinsiyeti ile kromozomal veya gonadal cinsiyeti arasında doğuştan uyumsuzluk bulunan kişiyi ifade edecek şekilde kullanılacaktır.

III. İNTERSEKS KÜÇÜĞE UYGULANAN GENİTAL CERRAHİ MÜDAHALENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Genel Olarak Tıbbi Müdahale Kavramı

Tıbbi müdahale, yetkili kişi²⁸ tarafından insan vücudu²⁹ üzerinde gerçekleştirilen her türlü tıbbi faaliyettir. Tıbbi müdahalenin aktif tarafı, bu müdahaleyi gerçekleştiren hekim ya da diğer sağlık meslek mensubudur; pasif tarafı ise, kendisine tıbbi müdahalede bulunulan kişi olan

²⁶ Bkz. <https://isna.org/faq/conditions/> (Erişim Tarihi: 01.09.2021). Bu yaklaşımın eleştirisi için bkz. SAX, s. 176.

²⁷ Bkz. <https://isna.org/faq/conditions/> (Erişim Tarihi: 01.09.2021). Bu durumun eleştirisi için bkz. SAX, s. 177.

²⁸ Tıp mesleğini icraya yetkili olmayan kişilerce gerçekleştirilen müdahaleleri, dar ve teknik anlamda tıbbi müdahale olarak nitelendirmeyen görüşe katılmaktayız. Bkz. BADUR, Emel, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 38. Bu nedenle yetki meselesini, tıbbi müdahalenin tanımı içerisinde tıbbi müdahalenin bir unsuru olarak ele almayı uygun görüyoruz.

²⁹ Kişilik hakkı kapsamında korunan bir hukuki değer olan vücut bütünlüğü kişinin hem fiziksel hem de ruhsal bütünlüğünü kapsar. Bkz. OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 178. Dolayısıyla, bir psikiyatrist ya da klinik psikologun danışanına psikoterapi uygulaması tıbbi müdahale niteliğindedir (BADUR, s. 27).

hastadır. “Hekim”, kendisine tıp mesleğini icra etme yetkisi tanınmış olan kişidir. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun³⁰ (“Tababet Kanunu”) m. 3/f.1 uyarınca, cerrahi müdahaleler ancak uzman hekimler tarafından gerçekleştirilebilir. Etimolojik olarak “yorgun, yaralı” anlamına gelen Farsça kökenli “hasta” kelimesi ise, sözlükteki ilk anlamı itibarıyla, bir hastalık ya da kaza nedeniyle beden veya ruh sağlığı bozulan kişiyi ifade eder³¹. Tıp hukukunda ise hasta kavramı çok daha geniş bir anlama sahiptir; bir hastalık hâli söz konusu olmasa bile, bir tıbbi müdahalenin muhatabı olan her gerçek kişi hasta olarak kabul edilir³². Hasta Hakları Yönetmeliği’ne³³ (“HHY”) göre hasta, “sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimse”dir (m. 4/f.1-b). Bu doğrultuda, organ bağışında bulunan, cinsiyet değişikliği ameliyatı ya da salt kozmetik amaçlı estetik ameliyat geçiren, tıbbi açıdan tahliye endikasyonu olmaksızın gebeliğini isteğe bağlı olarak sonlandıran gebe kadın da tıp hukukunda hasta sıfatına sahiptir.

İnterseks kişilere uygulanması tıbben önerilen müdahaleler, genital cerrahi operasyon, hormonal ve psikolojik destek tedavisi olmak üzere başlıca üç başlık altında toplanabilir. Çalışmamızda “tıbbi müdahale” kavramı, interseks küçüğe uygulanan genital rekonstrüktif cerrahi operasyonu ifade edecek şekilde kullanılacaktır. Söz konusu tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu konusundaki tartışmalar, özellikle tıbbi bir endikasyon bulunup bulunmadığı ve bu tıbbi müdahalenin küçüğün kendi rızasını gösteremeyecek kadar erken yaşta, kanuni temsilcisinin rızası ile gerçekleştirilmesinin hukuka uygunluğu noktalarında toplanmaktadır. Bu konular aşağıda ayrı bir başlık altında değerlendirilecektir.

2. Özel Bir Tıbbi Müdahale Türü Olan Cinsiyet Değişikliği Ameliyatından Farkı

Transseksüelizm, kişinin anatomik cinsiyeti ile psikolojik olarak kendisini ait hissettiği cinsiyetin çatışma hâlinde olduğu durumları ifade eder. Transseksüel yapıdaki bir kişinin, hormon tedavisiyle desteklenen bir cerrahi müdahale ile kendisini ruhen ait hissettiği cinsiyete fizyolojik olarak da bürünmesi tıbben mümkündür. Kişinin iç genital organlarının alındığı, dış genital organlarının da rekonstrüksiyonunun yapıldığı bu

³⁰ RG. 14.04.1928/863.

³¹ Bkz. Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr>.

³² BADUR, s. 31.

³³ Hasta Hakları Yönetmeliği, RG. 01.08.1998/23420.

cerrahi müdahale Türk hukukunda “cinsiyet değişikliği”³⁴ olarak adlandırılmakta olup, konuya ilişkin temel norm TMK’nun 40. maddesinde yer almaktadır³⁵.

TMK m. 40, cinsiyet değişikliğine ilişkin tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak gerçekleştirilebilmesi için, biri tıbbi müdahaleden önce diğeri sonra olmak üzere, mahkemeye iki aşamalı başvuru süreci öngörmektedir³⁶. Cinsiyet değişikliği operasyonu geçirmek isteyen kişinin, öncelikle bu tıbbi müdahale için izin almak üzere mahkemeye şahsen başvurması gerekmektedir. TMK m. 40/f.1 uyarınca başvuran kişinin on sekiz yaşını doldurmuş olması³⁷, evli olmaması ve transeksüel yapıda olup cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu resmi sağlık kurulu raporuyla³⁸ belgelemesi gerekmektedir. Bu şartların varlığı durumunda hâkim, cinsiyet değişikliğine ilişkin tıbbi müdahaleye izin verip

³⁴ Cinsiyet “değişikliği” yerine cinsiyetin “düzeltmesinden” bahsedilmesinin daha isabetli olduğu hakkında bkz. HATEMİ, Hüseyin, Gerçek Kişiler Hukuku (Kısa Ders Kitabı), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, §10 N.12. Cinsiyet değişikliği ameliyatı neticesinde değişiklik meydana getirilen, kişinin anatomik cinsiyetidir; kişiye karşı cinsine ait üreme fonksiyonlarının kazandırılması ya da kişinin kromozomal yapısında değişiklik yapılması bugün itibarıyla tıbben mümkün değildir. Bkz. BADUR, s. 154, dn. 8; ZEVLİLİLER, Aydın, “Medeni Kanun ve Cinsiyet Kargaşası”, TBB, S. 2, 1988, s. 271.

³⁵ TMK m. 40, “Kişisel Durum Sicili” bölümünde, “IV. Düzeltme” başlığı altında yer almaktadır. Cinsiyet değişikliğinin sadece kişisel durum sicilinin düzeltilmesi ile ilgili bir mesele olarak görülmesi haklı olarak eleştirilmekte, kişiliği yakından ilgilendiren bu konunun özel bir kanunla ayrıntılı olarak düzenlenmesinin daha isabetli olacağı belirtilmektedir. Bkz. DURAL, Mustafa/ ÖÇÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, N. 612.

³⁶ Türk Hukukunda cinsiyet değişikliğine ilişkin düzenlemelerin tarihsel gelişimi ve hukuki sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ATAMER, Yeşim, “Transeksüellerin Hukuki Durumu”, <http://www.lambdaistanbul.org/s/etkinlik/transseksuellerin-turk-hukukundaki-durumu/>; SAĞLAM, İpek, “Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme”, AÜEHFD, C. 8, S. 3-4, 2004, s. 455-469; TURAN BAŞARA, Gamze, “Türk Medeni Kanunu’nun 40’inci Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları”, TBB Dergisi, S. 103, 2012, s. 245-266; GÜVEN, Kudret, “Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 1997, s. 45-80; ZEVLİLİLER, s. 258-285.

³⁷ Kanun hükmünde açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, başvuran kişinin ayırt etme gücüne de sahip olması gerektiği açıktır. Bkz. DURAL/ÖÇÜZ, N. 629; SAĞLAM, s. 460.

³⁸ TMK m. 40/f.1, c.2’de yer alan “ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu” ibaresi, Anayasa Mahkemesi’nin 29.11.2017 tarihli, E. 2017/130, K.2017/165 kararı ile iptal edilmiştir (RG. 20.03.2018/30366).

vermeme konusunda takdir yetkisine sahip değildir³⁹. Hâkimin izniyle gerçekleşen cinsiyet değişikliği ameliyatından sonra ise, bu değişikliğin nüfus siciline işlenebilmesi için, TMK m. 40/f.2 uyarınca mahkemeye tekrar başvurarak ikinci bir dava açılması gerekmektedir.

Görüldüğü üzere, TMK m. 40'ta öngörülen cinsiyet değişikliği ameliyatı, anatomik cinsiyeti ile psikolojik cinsiyeti arasında bir çatışma bulunan transseksüel yapıdaki kişilere yönelik tıbbi müdahale ile sınırlıdır. Bu tıbbi müdahale, transseksüel kişinin ruhen kendisini ait hissettiği cinsiyete fizyolojik olarak da bürünmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Kanunda açıkça düzenlenmek suretiyle izin verilen bu tıbbi müdahale yasal ya da bir görüşe göre, psikolojik⁴⁰ endikasyona dayanmaktadır. Oysa anatomik cinsiyeti ile kromozomal veya gonadal cinsiyeti arasında doğuştan uyumsuzluk bulunan interseks kişilere uygulanan tıbbi müdahale, interseks kişinin anatomik cinsiyetini, saptanan baskın cinsiyetine uygun hâle getirmeyi amaçlamaktadır. İnterseks kişiye uygulanan genital rekonstrüktif cerrahi müdahalenin tedavi amaçlı olduğu⁴¹, dolayısıyla tıbbi bir endikasyona dayandığı kabul edilmektedir. Bu cerrahi müdahale, TMK m. 40 anlamında bir cinsiyet değişikliği ameliyatı değildir⁴².

TMK m. 40 düzenlemesinin tarihsel gelişimi de bu sonucu desteklemektedir. Türk hukukunda cinsiyet değişikliğine ilişkin ilk düzenleme, 743 sayılı Türk Kanunu Medenis'inin ("TKM") 29. maddesine 1988 yılında 3444 sayılı Kanun ile eklenen ikinci bir fıkra ile yapılmıştır. Değişiklik öncesi dönemde bu konu, dönemin ünlü ses sanatçısının yurt dışında geçirdiği cinsiyet değişikliği ameliyatı sonrasında nüfus sicilinde değişiklik yapılması talebiyle açtığı davalara⁴³ ilişkin olarak Yargıtay'ın önüne

³⁹ BADUR, s. 161.

⁴⁰ Cinsiyet değişikliğine ilişkin tıbbi müdahalenin psikolojik endikasyona dayandığı yönünde bkz. ŞENOCAK, Zarife, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", AÜHF, C. 50, S. 4, 2001, s. 60; GÜNEY TUNALI, Işıl, Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yüklümlüğünün Sınırları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 80.

⁴¹ DURAL/ÖĞÜZ, N. 622; TURAN BAŞARA, s. 255.

⁴² Burada aslında cinsiyet değiştirme değil, belirgin olmayan ya da gizli cinsiyetin ortaya çıkarılması söz konusudur. Bkz. ZEVKLİLER, s. 269.

⁴³ Bülent Ersoy Davası. Aynı davacı tarafından çeşitli tarihlerde açılan davalar ve konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi İçin Dava Açabilir mi? (Fransız, Alman, İsviçre, İsveç Hukukları İle Mukayeseli), İstanbul, 1986, s. 41 vd.; WILL, Michael R./ÖZTAN, Bilge, "Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı-Transseksüellerin Hukuki Durumu", AHFD, C. 43, S. 1-4, s. 227-268.

gelmiştir⁴⁴. 1986 tarihli kararında⁴⁵ Yargıtay; tıbbi müdahale ile cinsiyet değişikliğinin kişilik hakkı üzerinde tasarruf niteliğinde olduğunu, kişinin bedeni üzerinde bu tür bir tasarrufta bulunmasına Medeni Kanun'un kişilik hakkına ilişkin düzenlemesinin engel olduğunu, aksine bir kabullün kanuna karşı hileye zemin hazırlayacağını, yürürlükteki hukuk kurallarının iradi cinsiyet değişikliğine cevaz vermediğini ve bu konuda bir kanun boşluğu da bulunmadığını belirtmiştir. Söz konusu kararda ayrıca, "[...] hukukun öngördüğü husus, çift organlı olarak doğmuş olan (yani hünsa durumunda bulunan) ve zamanla inkişaf eden cinsiyetine göre ameliyatla durumu açıklığa kavuşanların, işbu gerçek cinsiyetleri ile nüfus kayıtlarındaki çelişkinin düzeltilmesini sağlamaktır" ifadelerine yer verilmiştir. Karardaki "hukukun öngördüğü husus" ifadesi ile kastedilen, karar tarihi itibarıyla yürürlükte olan 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun kayıt düzeltme davalarına ilişkin 46. maddesidir. Nitekim karşı oy yazısında da, Nüfus Kanunu m. 46/f.1'de "yaş, ad, soyadı ve diğer kayıt düzeltme davaları" şeklindeki düzenlemede yer alan "ve diğer" ifadesi kapsamında, transseksüelite dışındaki nedenlere (örneğin, çift cinsiyetlilik) dayalı cinsiyet düzeltme davalarının incelenip karara bağlandığı, Yargıtay'ın istikrarlı uygulamasının bu yönde olduğu, Türk hukuk uygulamasında bu konuda görüş ayrılığı bulunmadığı ifade edilmiştir⁴⁶. Dolayısıyla, Türk Hukukunda cinsiyet

⁴⁴ Öztürel, 1980'li yıllarda, Bülent Ersoy davasından önceki dönemde cinsiyet değişikliği gerekçesiyle nüfus sicilinin düzeltilmesi için çeşitli davalar açıldığına, bu davaların ilk derece mahkemesi tarafından olumlu şekilde karara bağlandığına ve Yargıtay'a intikal etmeden kesinleştiğine ilişkin Yüksek Sağlık Şurası Vakalarını aktarmaktadır. Bkz. ÖZTÜREL, Adnan, "Transseksüalizm ile Hermafrodizimde Yasal, Tıpsal ve Adli Tıp Problemleri (Kadınlaşan Erkekler, Erkekleşen Kadınlar, İki Cinsliler)", AÜHFD, C. 37, S. 1-4, 1980, s. 268 vd.

⁴⁵ Y2HD, 27.03.1986, E. 1986/651, K. 1986/3256, Lexpera.

⁴⁶ "Türk hukukunda nüfus kütüğündeki cinsiyetin doğumdan sonra gerçekleşen bir değişiklik sebebiyle, düzeltilmesi için açılacak davanın yasal dayanağı MK. nun 38 ve Nüfus Kanununun 46. maddeleridir. Çünkü anılan 46/1, madde aynen "yaş, ad, soyadı ve Diğer Kayıt Düzeltme Davaları..." diye başlamakta ve sayılanlar dışında kalan hususlarda da kayıt düzeltme davasına olanak tanımaktadır. Dolayısıyla cinsiyete ilişkin kayıtların yaş, ad ve soyadı gibi nüfus kütüğüne geçirilmesi zorunlu kayıtlardan bulunması nedeniyle cinsiyet değişikliklerinin de kayıt düzeltme davasının konusunu oluşturacağı kuşkusuzdur. Daha geniş bir platformda düşünüldüğü takdirde, nitelik ve kapsamı ne olursa olsun, nüfus kütüğünde herhangi bir kaydın düzeltilmesi istemlerinin tek yasal dayanağı Medenî Kanununun 38. Maddesi yoluyla Nüfus Kanununun 46. maddesidir. Çoğunluk kararında açıklanmamış olmakla birlikte (yürürlükteki hukukun bu konuda hüküm vermeye yeterli olduğu) düşüncesi sanırız yasal dayanağını anılan 46. maddeden almaktadır. Zaten transseksüelite dışındaki nedenlere dayalı rutin cinsiyet düzeltme davalarının 46. madde kapsamında incelenip hükme bağlandığı hususunda Türk Hukuk Uygulamasında herhangi bir aykırı görüşte söz konusu değildir.

değişikliğine ilişkin ilk düzenlemenin yapıldığı 1988 yılından önceki dönemde de, interseks kişilerin geçirdikleri cerrahi operasyon neticesinde nüfus sicilinde gerekli değişikliğin mahkeme kararı ile yapıldığı görülmektedir.

Ancak TMK döneminde, interseks küçüğe uygulanacak tıbbi müdahaleyi, hatalı olarak TMK m. 40 kapsamında bir cinsiyet değişikliği ameliyatı olarak nitelendiren yerel mahkeme kararlarına rastlanmaktadır. Söz konusu kararlar, hermafroditizm tanısı konulmak suretiyle düzeltici operasyon geçirmiş ya da tanı konulmuş olmakla birlikte henüz operasyon geçirmemiş küçüğün nüfus kayıtlarında isim ve cinsiyet değişikliği talebiyle velayeten açılan ve TMK m. 40'ta aranan şartların somut olayda gerçekleşmediği gerekçesiyle reddedilen davalara ilişkindir. Yargıtay, temyizen yaptığı incelemede, somut olaya uygulanacak kanun hükmünün yerel mahkeme tarafından hatalı olarak belirlendiği gerekçesiyle, söz konusu kararları isabetli bir şekilde bozmuştur⁴⁷.

Mahkemeler ve Yargıtay'ın uzun yıllardır devam eden uygulaması da bu doğrultudadır. [...] Burada çözümlenmesi gereken husus (ki çoğunlukla mevcut uyumsuzluğumuzun temelini oluşturmaktadır) Nüfus Kanununun 46. maddesinin hangi ve ne tarz cinsiyet kayıtlarının düzeltilmesine olanak verdiği'dir".

⁴⁷ "Davacılar, 05.01.2007 doğumlu olan ve kayden kızları görünen K5 'un doğum sırasında kız olduğundan bahisle düzenlenen doğum kağıdına istinaden kız olarak yazıldığını, ancak erkek olduğunun anlaşıldığını belirterek kız olan cinsiyetinin erkek olarak, K5 olan adının ise K1 olarak düzeltilmesini istemiş, mahkemece Türk Medeni Kanunu'nun 40.maddesi koşulları gerçekleşmediği gerekçesi ile dava reddedilmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 40.maddesi cinsiyet değiştirmek isteyenler için düzenleme öngörmüştür. Dosya içindeki bilgi ve belgelerin ve özellikle Adli Tıp Kurumunun 28.10.2011 tarihli raporu ile diğer raporların incelenmesinden K5 'un kromozom yapısının ve iç genital organlarının erkek cinsiyetinde, dış genital organlarının ise intersex olduğu, çift cinsiyetli olması nedeniyle düzeltici operasyon kararının alınması gerektiği anlaşılmaktadır. Mahkemece gerekli düzeltme operasyonları için davacı tarafa süre verilmesi, çocuğun cinsiyetinin bu suretle tespiti ile sonucuna göre karar verilmesi gerekirken somut olaya uygulanması imkanı bulunmayan yasa maddesi gerekçe gösterilerek davanın reddedilmiş olması doğru görülmemiştir" (Y18HD, 11.12.2012, E. 2012/11442, K. 2012/14371, Lexpera); "Dosya içindeki bilgi ve belgelerin ve özellikle 21.09.2011 tarihli heyet raporunun incelenmesinde; Rıdvan'ın, çift cinsiyetli olması nedeniyle düzeltici operasyon kararı alınarak hastaya tıbbi müdahalede bulunulduğu anlaşılmaktadır. Davacı Rıdvan'ın söz konusu ameliyatı geçirmeden önceki durumu nedeniyle erkek adı ile ve cinsiyeti erkek olarak nüfus kütüğüne kaydedildiğinden, ameliyattan sonraki durumu dikkate alınarak 5490 sayılı Yasa'nın hükümleri uyarınca adının ve cinsiyetinin değiştirilmesi istenmektedir. Mahkemece bu nedenle tarafların gösterecekleri tüm deliller toplanıp oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, maddi olaya uygulanacak Yasa'nın saptanmasında hataya düşülerek davanın reddi doğru görülmemiştir" (Y18HD, 19.04.2012, E. 2012/80, K. 2012/4125, Lexpera).

Görüldüğü üzere, TMK m. 40'ta düzenlenen cinsiyet değiştirme ameliyatı, maddenin lafzında açıkça transseksüel yapıdaki kişiler ile sınırlandırılmıştır. Ancak buna rağmen, yerel mahkeme kararlarındaki bu hatalı nitelendirme, TKM'de yapılan yetersiz düzenlemenin bir yansıması olarak süregeliyor gözükmektedir. TKM m. 29/f.2,c.1 hükmünde yer alan düzenleme, “doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliğinin asgari sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi halinde nüfus sicilinde gerekli düzeltme yapılır” şeklindeydi. Buradaki “doğumdan sonra” ibaresi, bir yandan cinsiyet değiştirme sanki doğumdan önce olabilirmiş gibi eleştirilere, diğer yandan da hangi kişileri konu edindiği açıkça belirtilmediğinden tereddütlere yol açmıştır⁴⁸. Bu çerçevede, hermafrodit kişilerin durumu da değerlendirilerek, söz konusu düzenlemenin sadece transseksüel kişileri kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür⁴⁹. TMK m. 40 hükmünde ise açıkça transseksüel yapıdaki kişilerden bahsedilerek bu mesele açıklığa kavuşturulmuştur⁵⁰.

Sonuç olarak, TMK m. 40'ta düzenlenen cinsiyet değişikliği ameliyatı, transseksüel yapıdaki kişiler ile sınırlandırılmıştır; interseksüel kişiler bu maddenin kapsamı dışındadır. Dolayısıyla, interseks küçüğe uygulanması tıbben tavsiye edilen cerrahi müdahale için önceden mahkemeden izin alınması gerekmediği gibi bu tıbbi müdahale için on sekiz yaşın doldurulması şartı da söz konusu değildir. Zaten söz konusu yaş sınırı, interseksüel kişiler açısından isabetli olmayıp, aşağıda açıklanacağı üzere, interseks küçüğün on sekiz yaşını doldurmasının beklenmesi, somut olayda telafisi güç sonuçlar doğurabilmektedir.

IV. İNTERSEKS KÜÇÜĞE UYGULANAN GENİTAL CERRAHİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUĞU

İnterseks küçüğe, kendi rızasını gösteremeyeceği kadar erken yaşta, kanuni temsilcisinin rızası ile genital cerrahi müdahalede bulunulması hukuka uygun mudur? Tıp çevreleri, küçüğün ileride sağlıklı bir cinsel kimlik geliştirebilmesi, üreme yeteneğine sahip olabilmesi ve yaşaması

⁴⁸ Bkz. ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, M. Beşir/GÖKYAYLA, K. Emre, Medenî Hukuk, 6. Baskı, Ankara, 2000, s. 446-447.

⁴⁹ GÜVEN, s. 58-59, dn. 49; ZEVKLİLER, s. 269.

⁵⁰ TMK m. 40'taki düzenlemede “transseksüel yapıda olmak” yerine “hermafrodit yapıda olmak ve baskın cinsiyete dönme isteği”nin aranmasının daha isabetli olacağı hakkında bkz. HATEMİ, §10 N.12.

muhtemel psiko-seksüel ve psiko-sosyal sorunların⁵¹ önlenilmesi (ya da en azından hafif şiddette atlatılabilmesi) için erken teşhisin önemine dikkat çekerek erken cerrahiye desteklemekte, aynı zamanda erken girişimlerin komplikasyon riskini azalttığını, kozmetik olarak daha iyi sonuçlar verdiğini vurgulamaktadır⁵².

Öte yandan son yıllarda uluslararası hukuk literatüründe, kişileri ikili, dar cinsiyet kalıplarına sokmaya çalışan, kişinin cinsel kimliğini kendi rızası olmaksızın, geri dönüşü olmayacak şekilde belirleyen, uzun vadede tıbbi ve psiko-seksüel sorunları da beraberinde getirme ihtimali olan bu tür cerrahi müdahalelerin hukuka uygunluğu hararetli bir şekilde tartışılmaktadır. Türk medyasına yansıyan haberler ise, konunun çarpıcı bir diğer boyutunu gündeme getirmektedir. Erkek çocuk beklentisinin yoğun olduğu toplumlarda kültürel yargıların etkisiyle ailesi tarafından baskın cinsiyetin aksi yönündeki cinsiyette yetiştirilen küçüklerin yaşadığı tarifsiz acılar⁵³ ya da erken teşhise rağmen ailenin klinik durumu kabullenmeyerek tıbbi müdahaleyi reddetmesi nedeniyle geciken vakalar bildirilmektedir⁵⁴.

1. Tıp Çevrelerinin Genel Yaklaşımı

Tıbbi genel kabul, interseksüelite tedavisinin, küçüğün cinsel kimlik gelişiminden önce tamamlanması gerektiği yönündedir. Olguların çoğunda interseksüelite klinik tanısının konulması doğumdan sonraki ilk muayenede mümkün olmakla birlikte, ergenlik veya yetişkinlik dönemine kadar fark edilmemiş vakalarla da karşılaşılabilir. Örneğin, dış genital organı dışı görünümde olan kişinin, ergenlik döneminde adet görememe ve vücutta aşırı kıllanma şikayetiyle sağlık kuruluşuna

⁵¹ Hekimlerin kuşkulu genityalya vakalarında, belirsiz cinsel organların fiziksel açıdan arz ettiği tehlikelerden ziyade interseksüelitenin psiko-sosyal sorunları boyutuna yaptıkları vurguya eleştirel bir yaklaşım için bkz. FORD, s. 476.

⁵² ÖZOKUTAN, Bülent H./KÜÇÜKAYDIN, Mustafa/KURTOĞLU, Selim/ OKUR, Hamit/ TURAN, Cüneyt, "Çocuklarda Ambiguous Genitalyanın Cerrahi Tedavisi", *Pediatric Cerrahi Dergisi*, C. 15, 2001, s. 76.

⁵³ Bkz. <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/hermafrodit-bulent-in-cilesi-26470090> (Erişim tarihi: 10.08.2021).

⁵⁴ Bkz. <https://www.hurriyet.com.tr/kelebek/genetik-kusurlar-yuzunden-olusuyor-iki-yasina-gelmeden-teshisi-gerekliyor-4334854> (Erişim tarihi: 10.08.2021). Ayrıca bkz. ÖZOKUTAN, s. 76; ÖZBEY, s. 144.

başvurusu üzerine yapılan tetkikler neticesinde 46XY erkek karyotipte olduğu ve testisleri olduğu ortaya çıkabilmektedir⁵⁵.

Yenidoğan döneminde fark edilip teşhis konulan durumlarda gerekli tedavinin zamanında uygulanması, çocuğun cinsel kimlik gelişimi bakımından büyük önem arz eder. Çocuğun cinsel kimliğini sağlıklı bir şekilde kazanabilmesi, genital organının dış görünüşü ile gerçek cinsiyeti arasındaki uyumsuzluğun mümkün olan en kısa sürede giderilmesine bağlıdır. Freud'un psikoseksüel gelişim kuramına göre, çocuğun cinsel kimliğini kazanması bakımından en kritik önemdeki dönem, psikoseksüel gelişimin üçüncü evresi olan 3-6 yaş arasındaki "fallik dönem"dir⁵⁶. Ancak çocuğun çekirdek cinsel kimliğinin (*core gender identity*) fallik dönemden çok daha önce oluşmaya başladığı ve iki-üç yaşının sonuna kadar yerleştiği kabul edilmektedir⁵⁷. Bu doğrultuda, interseksüelite vakalarında tıbbi açıdan genel kanaat, cerrahi tedavinin en geç iki yaşına kadar tamamlanması yönünde olmakla birlikte, bazı vakalarda cerrahi girişimin iki yaşından sonraya bırakılması ya da ergenlik dönemine kadar beklenmesi gerektiği belirtilmektedir⁵⁸. Ergenlik dönemi, kişinin cinsel kimliğinin tam olarak oturduğu dönemdir ve on sekiz yaş doluncaya kadar kişi fizyolojik gelişimini ancak tamamlar⁵⁹. Ancak interseks küçüğe cerrahi müdahalede bulunulması için on sekiz yaşını dolduruncaya kadar beklenmesi somut olayda telafisi güç sonuçlara yol açabilmektedir⁶⁰.

İnterseks küçüğe, gerekli tüm tarama ve testler (kromozom analizi, hormon testleri, fiziki, ultrasonik ve laparoskopik muayene vb.) yapıldıktan sonra, multidisipliner bir yaklaşımla, (çocuk endokrinolojisi, cerrahisi, ürolojisi, jinekolojisi ve çocuk psikiyatristi başta olmak üzere) çeşitli branşlardan oluşan uzman bir kurul tarafından birçok ölçüt birlikte değerlendirilerek (çocuğun anatomik yapısı, olası yetişkin cinsel kimliği,

⁵⁵ AKDEMİR, Asena/GÜRİZ, Olga/ÖRSEL, Sibel/KARAOĞLAN, Ayfer: "Erkek Pseudohermaphroditizmi: Bir Olgu Sunumu", Klinik Psikiyatri Dergisi, 2006, C. 9, S. 1, s. 50.

⁵⁶ Bkz. <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803100321428> (Erişim Tarihi: 01.09.2021).

⁵⁷ NEWBOULD, s. 483; EŞEL, Ertuğrul, "İnsan Cinselliğinin Biyolojik ve Evrimsel Temelleri", Klinik Psikofarmakoloji Bülteni, C. 16, S. 4, 2006, s. 281.

⁵⁸ ÖZOKUTAN, s. 76-77.

⁵⁹ SAĞLAM, s. 459-460.

⁶⁰ KAYA, Murat, "Türk Hukukunda Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları", Mecmua, Ankara, 2008, s. 63.

gonadlarının işlevsel durumu, tanı anına kadar çocuğun hangi cinsiyette yetiştirildiği vb.) baskın cinsiyet ataması (*gender assignment*) yapılı⁶¹.

Klinik tanı, hem küçüğün kendisi hem de ailesi bakımından tıbbi, cinsel ve psiko-sosyal sorunlara yol açabileceğinden, bu süreçte küçüğün ailesine, eğitim durumu ve kültürel ihtiyaçlarına uygun olarak bir psiko-sosyal destek verilmesi önem arz eder. Küçüğün cinsiyetinin belirsizliği ya da o zamana kadar yetiştirildiği cinsiyetin yeniden gözden geçirilmesi gerektiğinin ortaya çıkması, küçüğün ailesi açısından da oldukça hassas bir konudur. Bu noktada özellikle sağlık personeli tarafından kullanılan kavramlara dikkat edilmesi, “çift cinsiyetli” gibi aileyi endişeye sevk edecek ifadelerden kaçınılarak⁶², “kızınız, oğlunuz” yerine, “bebeğiniz, çocuğunuz” ifadelerinin tercih edilmesi⁶³ önerilmektedir.

2. Uluslararası Alandaki Hukuki Gelişmeler

San Francisco İnsan Hakları Komisyonu tarafından 2005 yılında gerçekleştirilen “İnterseks Kişilerin Tıbbi Olarak ‘Normalleştirilmesi’ne İlişkin İnsan Hakları Soruşturması” çerçevesinde hazırlanan sonuç raporunda; interseks küçüğün fiziken sağlığına kavuşturulması için gerekli olmadıkça, tıbbi açıdan gereksiz, salt kozmetik kaygılarla ve küçüğün ailesi ya da yakınlarının psikolojik refahını sağlama, toplumsal baskıyı azaltma saikiyle⁶⁴ interseks küçüğe “normalleştirici”⁶⁵ genital cerrahi müdahalede bulunulması (“*normalizing*” *genital surgeries*) küçük açısından bir insan hakkı ihlâli olarak kabul edilmiştir⁶⁶.

⁶¹ ÖZBEY, s. 143; ÖZOKUTAN, s. 76; SEKMENLİ, Tamer/ÇİFTÇİ, İlhan, “Cinsiyet Gelişim Bozukluklarında Cerrahi Yaklaşım”, *Pediatric Practice and Research*, C.8, S.1, 2020, s. 25.

⁶² ÖZBEY, s. 144.

⁶³ ALİKAŞİFOĞLU, Ayfer, “Ambigius Genitalya’ya Klinik Yaklaşım”, *Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi*, C. 12, S. 4, 2003, s. 141; TÜRKER, Hülya, *İnterseks Çocuklara Yönelik Tıbbi Müdahale Sorunu Bağlamında Toplumsal Cinsiyet ve Beden*, Ayrıntı Basımevi, Ankara, 2015, s. 91.

⁶⁴ Bkz. FORD, s. 477. Ebeveynlerin çocuğun genital organlarının sıra dışı görüntüsünden rahatsızlık duyması ya da yakın çevrenin reaksiyonundan çekinmesinin çocuğun yüksek yararının önüne geçebileceği hakkında bkz. TÜRKER, s. 110.

⁶⁵ İnterseks küçüğe uygulanan genital cerrahi operasyonların, kişinin genital anatomisinin toplumsal ve kültürel olarak “normal” kabul edilen duruma uyum sağlaması amacıyla gerçekleştirilmesi hakkında bkz. NEWBOULD, s. 484.

⁶⁶ Bkz. A Human Rights Investigation Into the Medical “Normalization” of Intersex People, A Report of a Public Hearing By the Human Rights Commission of the City&County of San Francisco, April 28, 2005, <https://sf->

Benzer doğrultuda, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği tarafından 2019 yılında yayımlanan “İnterseks Küçüklere Yönelik İnsan Hakları İhlallerine İlişkin Arkaplan Notu”⁶⁷ konunun insan hakları boyutunu oldukça ayrıntılı değerlendirmektedir. Söz konusu çalışmada, zoraki olarak tıbbi müdahaleye maruz bırakılmanın küçük bakımından (kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkı çerçevesinde korunan bedensel ve ruhsal bütünlüğün korunması hakkı, işkence ve kötü muameleye maruz bırakılmama hakkı, sağlık hakkı çerçevesinde korunan cinsel ve üreme hakkı başta olmak üzere) temel hak ve özgürlük ihlâli teşkil ettiği; dünyanın çeşitli ülkelerinde interseks kişilerin (bebek ve ergenlerin) toplumsal beklentilere uygun bir fiziksel görünüme zorla kavuşturulmaları amacıyla tıbbi açıdan gereksiz ameliyat, hormon tedavisi ve diğer uygulamalara maruz bırakıldığı; ayrıca, bu tür cerrahi müdahalelerin zamanlaması, endikasyonu ve sonuçları hakkında klinik bir fikir birliği olmadığı gibi, cinsel his kaybı, infertilite, ömür boyu süren şiddetli psikolojik ıstırap ve depresyona yol açan, ayrıca hatalı cinsiyet tayini yapılan vakalara rastlandığı vurgulanmaktadır⁶⁸.

Malta’da 2015 yılında yürürlüğe giren “Cinsiyet Kimliği, Cinsiyet İfadesi ve Cinsiyet Özellikleri Kanunu” (*Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act*) ile küçüğe uygulanacak cinsiyet tayini ve/veya cerrahi müdahalenin hangi şartlar altında hukuka uygun kabul edileceğine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir⁶⁹.

Almanya’da 22 Mayıs 2021 tarihinde yürürlüğe giren “Cinsiyet Gelişim Farklılığı Olan Çocukların Korunmasına İlişkin Kanun” (*Gesetz zum Schutz von Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung*) ile benimsenen yaklaşımda, ana hatları itibariyle; cinsiyet gelişim farklılığı bulunan ve tedaviye kendisi rıza gösteremeyecek olan çocuğa, fiziksel görünümünü, başka bir sebep olmaksızın, salt erkek ya da kadın cinsiyetiyle

hrc.org/sites/default/files/Documents/HRC_Publications/Articles/A_Human_Rights_Investigation_Into_the_Normalization_of_Intersex_People.pdf, s. 17 vd.

⁶⁷ Bkz. The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), Background Note on Human Rights Violations against Intersex People, 2019, <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Discrimination/LGBT/Background-NoteHumanRightsViolationsagainstIntersexPeople.pdf> (Erişim Tarihi: 01.09.2021).

⁶⁸ Bkz. Birleşmiş Milletler Arkaplan Notu, “Rıza dışı tıbbi müdahaleler” başlığı altındaki açıklamalar, s. 8 vd.; FORD, s. 483-486.

⁶⁹ Bkz. https://tgeu.org/wp-content/uploads/2015/04/Malta_GIGESC_trans_law_2015.pdf, Article 14 (Erişim Tarihi: 01.09.2021).

eşleştirmek amacına yönelik tıbbi müdahaleye rıza göstermenin velayet hakkının kapsamı dışında olduğu; bunun haricindeki hâllerde, cinsiyet gelişim bozukluğu bulunan ve rıza ehliyetine sahip olmayan küçüğün iç ve dış genital organları üzerindeki cerrahi müdahale, çocuk kendi kararını verinceye kadar ertelenemeyecek nitelikteyse, kural olarak, aile mahkemesinden izin alınmak suretiyle ana-babanın rızasıyla yapılabileceği; çocuğun yaşamı veya sağlığı açısından tehlike arz eden ve mahkemedен izin alınması için beklenemeyecek durumlarda ise mahkeme izni olmaksızın müdahalenin yapılabileceği düzenlenmiştir⁷⁰.

Ayrıca, Alman Federal Anayasa Mahkemesi (*Bundesverfassungsgericht, BVerfG*), 2017 tarihli kararında, Alman Kişisel Durum Kanunu'ndaki (*Personenstandsgesetz, PStG*), "kadın" ya da "erkek" cinsiyet seçeneklerinden birini seçme zorunluluğu getiren düzenlemenin, Alman Anayasası'nın (*Grundgesetz, GG*) genel kişilik hakkına (Art. 2 (1) GG) ve cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağına (Art. 3(3) GG) ilişkin hükümlerini ihlâl ettiğine hükmetmiştir⁷¹. Söz konusu kararda, kişinin cinsel kimliğinin genel kişilik hakkı kapsamında korunduğu vurgulanmıştır. Bu kararı takiben Alman kanunkoyucusu tarafından Alman Kişisel Durum Kanunu'nda değişiklik yapılarak, kadın veya erkek cinsiyet atanamayan küçüğün doğum belgesinin cinsiyet hanesinin boş bırakılabilmesi ya da "çeşitli (*diverse*)" olarak kaydedilebilmesi imkânı getirilmiştir (§22 Abs. 3 PStG)⁷².

3. Türk Hukukundaki Durum

a. Genel Olarak Küçüklere Uygulanan Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu

İnterseks küçüğe uygulanan genital cerrahi müdahalenin hukuka uygunluğuna ilişkin tartışma, endikasyonun varlığı ve kanuni temsilcinin rızasının geçerliliğine ilişkindir. Vücut bütünlüğü, kişilik hakkı kapsamında korunan bir hukuki değerdir ve her tıbbi müdahale, özünde, hastanın kişilik hakkına saldırı teşkil eder. Bir tıbbi müdahalenin hastanın kişilik hakkını ihlâl etmemesi için hukuka uygunluk şartlarını taşıması

⁷⁰ Bkz. <https://dip.bundestag.de/vorgang/gesetz-zum-schutz-von-kindern-mit-varianten-der-geschlechtsentwicklung/267726> (Erişim Tarihi: 01.08.2021).

⁷¹ BVerfG, Order of the First Senate of 10 October 2017 - 1 BvR 2019/16. https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20171010_1bvr201916en.html (Erişim Tarihi: 01.08.2021) Ayrıca bkz. Avusturya Yüksek Mahkemesi, NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie [2014] HCA 11, Case No. S273/2013. https://www.hcourt.gov.au/cases/case_s273-2013 (Erişim Tarihi: 01.08.2021).

⁷² Alman Hukukundaki gelişmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İ. DEDE, s. 254 vd.

gerekir⁷³. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartları; endikasyonun varlığı, hastanın rızasının (ya da başka bir hukuka uygunluk sebebinin) bulunması ve tıp bilimi kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmesidir.

Gereklilik anlamına gelen “endikasyon”, tıp hukukunda kişinin vücut bütünlüğüne yapılan müdahaleyi haklı kılan bir sebebin varlığını ifade eder. 1982 Anayasası m. 17/f.2 uyarınca, “tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz”⁷⁴. Endikasyon şartı, genellikle tıbbi müdahalenin yöneldiği amaç ile ilişkilendirilerek tıbbi müdahalenin hukuken meşru kabul edilen bir amaca yönelmiş olması şeklinde ifade edilir. Teşhis, tedavi veya koruma amacına yönelik tıbbi müdahaleler bakımından tıbbi endikasyon bulunmaktadır. Ancak bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için mutlaka bir tıbbi endikasyona dayanmasının şart olmadığı, bir tıbbi endikasyon bulunmasa bile (kanunun açıkça izin verdiği tıbbi müdahaleler bakımından) yasal, psikolojik ya da sosyal endikasyonun varlığı da kabul edilmektedir⁷⁵.

Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılan bir diğer koşul ise rızadır. Rızanın aranması, insan onurunun korunması ilkesinin bir yansıması olup, hastanın özerkliği ilkesine dayanır ve kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını güvence altına alır⁷⁶. Türkiye’nin tarafı olduğu “*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin*

⁷³ Tıbbi müdahalenin tanımı ile bu tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu farklı hukuki meselelerdir. Bkz. BADUR, s. 35.

⁷⁴ Bu anayasal hükmün esasında hangi durumlarda kişinin iradesine aykırı olarak tıbbi müdahalede bulunulabileceğini öngördüğü hakkında bkz. YÜCEL, Özge, “Tıbbi Müdahalelerde Onam Hakkının Sınırı Olarak Üstün Yazar”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 79, S. 2, s. 452. HHY’nin “Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı” kenar başlıklı 12. maddesine göre; “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 (RG. 19.02.1960/10436) m.13/3’e göre; “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”.

⁷⁵ Endikasyon türleri hakkında bkz. GÜNEY TUNALI, s. 334 vd. Temel bir tıp etiği ilkesi olan “yararlılık ilkesi”nden hareketle, tıbbi müdahalenin yarar sağlamaya yönelik olması koşulunun aranmasının daha gerçekçi olacağı ve böylelikle psikolojik, sosyal endikasyon gibi zorlama gerekçelere gerek kalmayacağı görüşü için bkz. YÜCEL, Onam Hakkı, s. 452-453.

⁷⁶ GÜNEY TUNALI, s. 229.

*Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*⁷⁷ (“Biyotıp Sözleşmesi”) m. 5/f.1 uyarınca “sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir”. Ayrıca, TMK m. 24/f.2 uyarınca kişilik hakkı zedelenen kişinin rızası, kişilik hakkına yapılan saldırıyı hukuka uygun kıldığından, rızası olmaksızın hastaya uygulanan tüm tıbbi müdahaleler hukuka aykırı olacaktır. Tababet Kanunu m. 70/f.1’e göre, hekimlerin her türlü tıbbi müdahale için hastanın rızasını alması gerekir.

Rızanın tıbbi müdahaleyi baştan itibaren hukuka uygun hâle getirebilmesi için geçerli olması gerekir⁷⁸. Tıbbi müdahaleye rızayı geçerli kılan koşullardan biri, rıza açıklama yetkisine, diğer bir ifadeyle, rıza ehliyetine sahip kişi tarafından açıklanmasıdır. Tıbbi müdahaleye rıza gösterilmesi, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde olduğundan⁷⁹, tıbbi müdahaleye rızasını göstermeye yetkili kişi, kural olarak, vücut bütünlüğü bu müdahaleye maruz kalacak olan hastanın kendisidir. Ancak ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin özerklik hakkını bizzat kullanması mümkün olmadığından, tam ehliyetsiz küçüğe tıbbi müdahale, kural olarak, kanuni temsilcisinin rızası ile yapılır⁸⁰. Velayet altındaki küçüğe uygulanacak tıbbi müdahaleye rıza gösterme yetkisi, kural olarak, velayeti birlikte kullanan ana-babaya aittir. Velayet hakkına sahip olan ana-babanın, çocuk için en uygun kararı vermek bakımından en iyi konumda oldukları varsayılır⁸¹. Öte yandan, interseks küçüğe uygulanan

⁷⁷ RG. 20.04.2004/25439.

⁷⁸ Geçerli rızanın koşulları hakkında bkz. GÜNEY TUNALI, s. 232 vd.

⁷⁹ DURAL/ÖĞÜZ, N. 532.

⁸⁰ Tıbbi müdahaleye kaynaklık eden hukuki ilişkinin niteliği, tıbbi müdahalenin gerçekleştirildiği sağlık kurum/kuruluşunun niteliğine göre değişmektedir. Resmi sağlık kurumlarında gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler bakımından idare ile hasta arasında ilişki, idare hukuku kurallarına tâbi bir kamu hukuku ilişkisidir. Öte yandan, bağımsız çalışan bir hekim ya da bir özel sağlık kurum/kuruluşunda çalışan hekim tarafından gerçekleştirilen tıbbi müdahale ise bir özel hukuk ilişkisine dayanmakta olup hukuki temeli çoğunlukla bir sözleşme ilişkisidir (hukuki sorumluluğun dayanağı bazı durumlarda vekâletsiz iş görme ya da haksız fiil ilişkisidir). Küçüğe uygulanan tıbbi müdahaleler bakımından hâkim görüş, küçüğün kanuni temsilcisi ile bağımsız çalışan hekim ve/veya özel sağlık kurum/kuruluşu arasında kurulan bu sözleşmenin, üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğinde olduğu yönündedir. Bkz. ŞENOCAK, s. 71-72; GÜNEY TUNALI, s. 121. Küçüğün ayırt etme gücüne sahip olduğu durumlarda tam üçüncü kişi yararına sözleşme, küçüğün ayırt etme gücüne sahip olmadığı durumlarda ise eksik üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığı kabul edilmektedir. Bkz. ŞENOCAK, s. 71-72.

⁸¹ NEWBOULD, s. 478; FORD, s. 478; TÜRKER, s. 87.

cerrahi müdahalenin hukuka uygunluğu, tıbbi sorunların her zaman tek ve basit bir çözümü olmadığından, bu varsayıma meydana okuyan bir mesele olarak ortaya çıkmaktadır⁸².

Biyotıp Sözleşmesi m. 6/f.2 uyarınca, “Kanuna göre bir müdahaleye muvafakatini verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunabilir. Küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınır”. Ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kimse üzerinde tıbbi müdahale ancak onun doğrudan yararı için yapılabilir (m. 6/f.1). Türkiye’nin tarafı olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi⁸³ (“ÇHS”) m. 3/f.1 hükmünde de çocuğun üstün yararının gözetilmesi ilkesi⁸⁴ benimsenerek, “kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararının temel düşünce” olduğu belirtilmiştir. Çocuğun üstün yararı, velayet hakkının kullanılmasının da sınırını belirleyen temel ilkelerdendir. ÇHS m. 18/f.1’e göre, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişiminde sorumluluk sahibi olan ana-baba, her şeyden önce, çocuğun yüksek yararını göz önünde tutar.

Ayırt etme gücüne sahip olan küçüğe uygulanacak tıbbi müdahaleler bakımından ise, kişiye sıkı sıkıya bağlı hak niteliğinden hareketle, küçüğün rızasının yeterli olması gerektiği savunulabilirse de, Türk tıp mevzuatındaki düzenlemelerde böyle bir ayırım gözetilmemiştir⁸⁵. Tababet Kanunu m. 70/f.1, küçüğün ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı ayrımını yapmaksızın, küçüklere uygulanacak tıbbi müdahaleler bakımından kanuni temsilcinin rızasını aramaktadır. HHY m. 24/f.2 ise, kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hâllerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımının sağlanacağını öngörmektedir. Söz konusu düzenlemeler çerçevesinde,

⁸² NEWBOULD, s. 475.

⁸³ RG. 27.01.1995/22184.

⁸⁴ Bkz. ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu G., Çocuğun Kişilik Hakkı ve Çocuğun Kişilik Hakkının Hukuka Aykırı Fiillere Karşı Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 60 vd.

⁸⁵ DURAL/ÖĞÜZ, N. 533; BADUR, s. 107.

ayırt etme gücüne sahip olan küçüğe uygulanacak tıbbi müdahaleye rıza meselesi doktrinde tartışmalıdır⁸⁶.

Tıbbi müdahaleye rıza bakımından ayırt etme gücü, somut olaya konu olan tıbbi müdahale bakımından kişinin ruhsal ve ahlaki olgunluğa sahip olmasını ifade eder⁸⁷. Tıbbi müdahaleye rıza gösterme ehliyeti ile fiil ehliyeti birbirine karıştırılmamalıdır⁸⁸. Ergin bir kişinin kısıtlanmasını gerektiren bir neden, kişinin aynı zamanda ayırt etme gücünü zorunlu olarak ortadan kaldırmaz⁸⁹. Tıbbi müdahaleye ilişkin olarak aydınlatma ve rıza bakımından esas alınması gereken ölçüt, hastanın ayırt etme gücüne sahip olmasıdır. Ancak Türk tıp mevzuatında küçük veya kısıtlılar bakımından kişinin medeni hukuk bakımından ehliyet durumunun ölçü alınmış olduğu, bu nedenle küçük veya kısıtlı kişiler bakımından rıza ve aydınlatma ile düzenlemelerde hasta özerkliğinin yeterince gözetilmediği ifade edilmektedir⁹⁰.

Küçüklere uygulanacak olan tıbbi müdahaleler bakımından ayırt etme gücünün varlığı her somut olayda ayrı olarak değerlendirilecek olmakla birlikte, küçüğün, cerrahi operasyon bakımından genel olarak 14 yaş itibariyle gerekli ruhsal olgunluğa sahip olacağı kabul edilmektedir⁹¹. Küçüğün tıbbi müdahale bakımından ayırt etme gücüne sahip olup

⁸⁶ Ayırt etme gücüne sahip küçüğün de görüşü alınmakla birlikte, kanuni temsilcinin de rızasının gerektiği (GÜNEY TUNALI, s. 250), küçük ile kanuni temsilcinin iradesinin çatışması durumunda, Tababet Kanunu m. 70 hükmünde benimsenen yaklaşımın, kanuni temsilcinin iradesine üstünlük tanınması şeklindeki çözüme daha yakın olduğu (BADUR, s. 115); velayetin esnek kapsamının çocuk olgunlaştıkça daralacağı, Tababet Kanunu m. 70 ve HHY m. 24 hükmünde yer alan, küçüğe yapılacak tıbbi müdahaleleri kanuni temsilcinin rızasına bağlı tutan düzenlemelerin sadece ayırt etme gücüne sahip olmayan küçükler bakımından uygulanması gerektiği, ayırt etme gücüne sahip küçüğe yapılacak tıbbi müdahale bakımından kendi rızasının yeterli olacağı (ŞENOCAK, s. 76, s. 80) ileri sürülen başlıca görüşlerdir. Konu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. ÖZCAN BÜYÜKTANIR, s. 74 vd.; BADUR, s. 114 vd.; DEDE, Emine, Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 87 vd.

⁸⁷ ŞENOCAK, s. 75-76.

⁸⁸ Bkz. GÜNEY TUNALI, s. 239; E. DEDE, s. 88-89.

⁸⁹ HAVUTÇU, Ayşe, "Hasta Hakları ve Hasta Tasarrufu", Prof. Dr. İlhan Ulsan'a Armağan, C.3, (eds.) ALTOP, Atilla/ WELSER, Rudolf/ BELLİCAN, Cüneyt / URAL ÇINAR, Nihal, GÜMÜŞSOY KARAKURT, Güler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 406.

⁹⁰ HAVUTÇU, s. 406.

⁹¹ NEWBOULD, s. 478; GÜNEY TUNALI, s. 245.

olmadığını tespit edecek olan kişi, tıbbi müdahaleyi bizzat gerçekleştirecek olan hekimdir⁹².

Tıbben gerekli bir müdahaleye kanuni temsilcinin rızasını esirgemesi durumunda ise, mahkemeden izin alınarak küçüğe tıbbi müdahalede bulunulabilmesi mümkündür. TMK m. 346 hükmüne⁹³ ya da 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m. 7/1 hükmüne dayanarak çocuk mahkemesinden çocuk hakkında sağlık tedbir kararı alınması mümkündür⁹⁴. Öte yandan, hayati tehlikenin ya da bir organın kaybı veya işlevini yitirme tehlikesinin bulunduğu acil durumlarda küçüğün üstün nitelikteki özel yararının korunabilmesi için, kanuni temsilcinin rızası aranmaksızın, tıbbi müdahalede bulunulur.

Tıbbi müdahaleye rızanın hukuken geçerli olabilmesi ve böylelikle tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayabilmesi için en temel şart aydınlatmaya dayanmasıdır. Hastanın aydınlatılmış onamının alınması, kişinin kendisine yapılması planlanan tıbbi müdahale hakkında serbestçe karar verebilecek düzeyde bilgi sahibi olduktan sonra iradesini özgürce ortaya koymasını sağlayarak hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını teminat altına alır⁹⁵. Aydınlatmanın kapsamı, tıbbi müdahalenin niteliğine ve aciliyet durumuna göre değişkenlik gösterir; aciliyet arttıkça daralırken, tıbbi müdahalenin hastanın hayatı ve vücut bütünlüğü üzerindeki etkilerinin derinliği ve büyüklüğü arttıkça genişler. Aydınlatma, genel hatları itibarıyla, tıbbi müdahalenin amacı, niteliği, olası yan etkileri ve komplikasyonları, varsa tedavi alternatifleri ve tıbbi müdahale gerçekleştirilmediği takdirde ortaya çıkması muhtemel sonuçları hakkında hastanın bilgilendirilmesini ifade eder⁹⁶. Bilgilendirildikten sonra kararını özgürce oluşturabilmesi için hastaya zaman tanınması gerekir⁹⁷.

Aydınlatılması gereken kişi, tıbbi müdahaleye maruz kalacak olan hastanın kendisidir. Küçük ya da kısıtlı hastaya uygulanacak olan tıbbi müdahale bakımından rızanın kanuni temsilci tarafından açıklanacağı

⁹² ŞENOCAK, s. 77; E. DEDE, s. 93.

⁹³ HHY m. 24/f.4: "Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346 ncı ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır".

⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. BADUR, s. 120 vd.

⁹⁵ HAVUTÇU, s. 403; GÜNEY TUNALI, s. 252.

⁹⁶ Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı hakkında bkz. HHY m. 15.

⁹⁷ HHY m. 18/f.5: "Acil durumlar dışında, bilgilendirme hastaya makul süre tanınarak yapılır".

durumlarda ise, kanuni temsilcinin aydınlatılması gerekir⁹⁸. Bununla birlikte, küçük ya da kısıtlı hastanın, tıbbi müdahalenin anlam ve önemini idrak edebilecek ruhsal ve ahlaki olgunluğa sahip olduğu ölçüde, aydınlatma sürecine katılımı sağlanmalıdır.

b. Özel Olarak İnterseks Küçükler Bakımından Tıbbi Müdahalenin Uygunluğu

Türk tıp mevzuatında bu konuya ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. İnterseksüelite, tıbbi yaklaşımla, bir cinsiyet gelişim bozukluğu olarak değerlendirilmekte ve interseks küçüğe uygulanan cerrahi müdahalenin tedavi amaçlı olduğu⁹⁹, dolayısıyla tıbbi bir endikasyona dayandığı varsayılmaktadır. Ancak dünya genelinde son yıllarda interseks küçükler üzerinde salt kozmetik amaçlarla gerçekleştirilen cerrahi müdahalelerin meşruluğu ve küçüğün üstün yararını korumaya yönelik olup olmadığı sorgulanmaktadır. Bu çerçevede, interseks küçüğe yönelik tıbbi müdahale sorununa ilişkin başlıca çözüm önerileri; aydınlatılmış onam standardının geliştirilmesi, küçüğün karar verme sürecine etkin bir şekilde katılabileceği yaşa kadar cerrahi müdahalenin ertelenmesi ve mahkeme kararı ya da etik komitesi kararının zorunlu hâle getirilmesidir¹⁰⁰.

İnterseks küçüğün büyümesine izin verilmeksizin bebeklik döneminde gerçekleştirilen ve küçüğün cinsel kimliğini belirleyen bu cerrahi müdahale, özerklik hakkına geri dönüşü olmayan bir müdahale teşkil eder¹⁰¹. Tıbbi endikasyon bulunmaksızın, salt estetik amaçlarla yapılan bu tür müdahalelerin küçüğün üstün yararına uygunluğundan bahsedilemez¹⁰². Küçüğün ileride ayırt etme gücünü kazanarak kendi karar verme özgürlüğünü kullanmasına vurgu yapılarak, kişinin cinsel bütünlüğüne yönelik müdahalelere rızanın *mutlak anlamda* kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak kabul edilerek kanuni ya da iradi temsilci tarafından karar verilemeyeceği ileri sürülmektedir¹⁰³. Zira cinsel kimliği hakkında karar verebilecek olan ancak kişinin kendisidir.

⁹⁸ HHY m. 31/f.1: “Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır”.

⁹⁹ DURAL/ÖĞÜZ, N. 622; TURAN BAŞARA, s. 255.

¹⁰⁰ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. TÜRKER, s. 108 vd.

¹⁰¹ YÜCEL, Özge, Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Adına Alınan Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 272.

¹⁰² YÜCEL, Özerklik Hakkı, s. 273.

¹⁰³ YÜCEL, Özerklik Hakkı, s. 274.

Görüldüğü üzere, hukuki tartışma, söz konusu tıbbi müdahale bakımından bir tıbbi endikasyon bulunup bulunmadığına ilişkindir. İnterseks küçüğün kendisinin aydınlatılmış rızasını verebileceği yaşa kadar ertelenmesi mümkün olan durumlarda, salt kozmetik ya da sosyal amaçlarla küçüğe cerrahi müdahalede bulunulması, küçüğün üstün yararını korumaya yönelik olmayıp, kişilik hakkı kapsamında korunan cinsel kimliğini belirleme özgürlüğünü ihlâl ettiği için hukuka aykırı olacaktır. Tıbbi müdahalenin kanuni temsilcinin rızası ile gerçekleştirilmiş olması da hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz.

Acil müdahale gerektiren hâller hariç olmak üzere, tıbbi endikasyon bulunan ve küçüğün rızasını gösterebileceği yaşa kadar ertelenmesi tıbben sakıncalı olan durumlarda, genital cerrahi müdahale, rıza ehliyeti bulunmayan interseks küçüğün üstün yararının korunması amacıyla kanuni temsilcisinin rızası ile gerçekleştirilir. Tüm bu süreç boyunca, kanuni temsilcinin multidisipliner yaklaşıma sahip uzman bir ekip ile birlikte hareket ederek ortak karar alması ve kanuni temsilcinin aydınlatılmış rızasının alınması gerekir.

Bir çatı kavram olarak interseksüelite başlığı altında değerlendirilen durumların çeşitliliği düşünüldüğünde, tıbben ortaya çıkabilecek klinik senaryoların tamamına uygun düşen tek bir çözüm yolu bulunması mümkün gözükmemektedir. Uluslararası alandaki güncel gelişmeler doğrultusunda Türk hukukunda özel bir düzenleme yapılmaya kadar, interseks küçüğün maruz kalacağı zararın mümkün olduğunca azaltılmasını sağlayabilecek en makul çözüm yolu, tıbbi müdahale bakımından etkili bir aydınlatma sürecinin işletilmesi olacaktır. Bu çerçevede, interseks küçüğün klinik durumunun, küçüğün kanuni temsilcisi ile işbirliği ilişkisi içerisinde, uzman ve tecrübeli bir multidisipliner ekip tarafından değerlendirilmesi ve küçüğün üstün yararı doğrultusunda genital cerrahi müdahalenin tıbben tavsiye edilmesi durumunda, kapsamlı bir aydınlatma sürecinin işletilerek kanuni temsilcinin etkili bir şekilde bilgilendirilip aydınlatılmış rızası alınmalıdır¹⁰⁴. Ayrıca, interseks küçüğün de yaşı ve olgunluğu ölçüsünde görüşü alınarak tıbbi müdahaleye ilişkin karara katılımı sağlanmalıdır.

Son olarak, interseks çeşitliliğin nüfus siciline tescil edilebilmesinin, ayırt etme gücü bulunmayan küçüklerin iradeleri dışında cinsiyetlerini

¹⁰⁴ İnterseks küçüğe uygulanacak genital cerrahi müdahale bakımından ana-babanın etkili bir şekilde bilgilendirilmesi ve aydınlatılmış onamının alınması hakkında açıklamalar için bkz. NEWBOULD, s. 493 vd.; FORD, s. 486 vd.; TÜRKER, s. 102 vd.

belirleyen genital cerrahi operasyonlara maruz kalmasını engelleyeceği ifade edilmektedir¹⁰⁵. Ancak Türk hukukunda interseks çeşitlilikle dünyaya gelen küçükler bakımından, yukarıda değinilen karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeler doğrultusunda, sicil kaydında cinsiyet hanesinin boş bırakılması ya da interseks durumun cinsiyet hanesine bir kategori olarak kaydedilmesi imkânına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır¹⁰⁶. İnterseks kişilerin cinsiyet hanesindeki değişiklik ise TMK m. 40 hükmünde öngörülen koşullar aranmaksızın, TMK m. 39 hükmü kapsamında ancak mahkeme kararı ile gerçekleştirilebilecektir¹⁰⁷.

V. SONUÇ

Tarihsel geçmişi Antik çağ tıp metinlerine kadar uzanan ve “çift cinsiyetli” anlamına gelen “hermafrodit” kavramı, insanlar bakımından onur kırıcı olduğu ve yanlış anlaşılmalara neden olduğu gerekçesiyle terk edilmiştir. Günümüzde sosyal bilimler ve uluslararası insan hakları alanında “interseks” kavramı tercih edilmekte ve kadın veya erkek anatomisinden farklı özellikler taşıyan, anatomik, kromozomal ve gonadal cinsiyet arasındaki tüm doğumsal uyumsuzluk hâllerini ifade eden bir üst kavram olarak kullanılmaktadır.

İnterseks olguların çoğunun klinik tanısı yenidoğan döneminde konulabilmekte ve hekimler bakımından çeşitli tıbbi, sosyal ve psiko-seksüel gerekçelerle erken cerrahi önerilmektedir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğe uygulanan, küçüğün cinsel kimliğini geri dönüşü olmayacak şekilde belirleyen bu tür müdahalelerin hukuka uygunluğu ise son yıllarda uluslararası alanda hararetle tartışılmaktadır. Malta ve Almanya örneğinde olduğu gibi bazı ülkeler, interseks küçüklere uygulanan bu tür genital cerrahi müdahalelerin hukuka uygunluk koşullarını özel bir kanun ile düzenlemiştir.

Söz konusu tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu bakımından özellikle endikasyon şartının varlığı kilit öneme sahiptir. Uluslararası gelişmeler doğrultusunda, interseks küçüğün fiziksel görünümünü toplumsal beklentilere uygun hâle getirmek ve küçüğün ailesinin psikolojik refahını sağlamak amacıyla, tıbbi endikasyon bulunmaksızın, salt kozmetik

¹⁰⁵ İ. DEDE, s. 269.

¹⁰⁶ 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 7/1-c hükmünde, aile kütüğüne kişinin cinsiyet bilgisinin de tescil edilmesi öngörülmüş olmakla birlikte cinsiyet bilgisinin içeriği hakkında kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. İ. DEDE, s. 251 vd.

¹⁰⁷ İ. DEDE, s. 249.

amaçlarla gerçekleştirilen genital cerrahi müdahalelerin küçüğün kişilik hakkını ihlâl ettiği kabul edilmektedir.

Genel bir değerlendirme yapıldığında; interseks küçüğe yenidoğan döneminde cinsiyet ataması yapılmasında aceleci davranılmaması, sadece tıbben aciliyet arz eden müdahalelerin yapılarak salt kozmetik ya da sosyal amaçlı cerrahi girişimlerden kaçınılması, tıbbi endikasyon bulunan ve gecikmesinde tıbben sakınca bulunan hâllerde genital cerrahi müdahalenin kanuni temsilcinin aydınlatılmış rızası ile gerçekleştirilebileceği, gecikmesinde tıbben sakınca bulunmayan hâllerde ise küçüğün karar verme sürecine etkin bir şekilde katılabileceği yaşa kadar beklenmesi gerektiği sonuçlarına ulaşılmıştır.

KAYNAKLAR

- AKDEMİR, Asena/GÜRİZ, Olga/ÖRSEL, Sibel/KARAOĞLAN, Ayfer: "Erkek Pseudohermafroditizmi: Bir Olgu Sunumu", Klinik Psikiyatri Dergisi, 2006, C. 9, S. 1, s. 49-52.
- ALİKAŞIFOĞLU, Ayfer, "Ambigüus Genitalya'ya Klinik Yaklaşım", Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, C. 12, S. 4, 2003, s. 141-145.
- ATAMER, Yeşim, "Transseksüellerin Hukuki Durumu", <http://www.lambdaistanbul.org/s/etkinlik/transseksuellere-turk-hukukundaki-durumu/>.
- AVISE, John, Hermaphroditism, A Primer on the Biology, Ecology, and Evolution of Dual Sexuality, Columbia University Press, 2011.
- BADUR, Emel, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- CAN, Şefik, Klasik Yunan Mitolojisi, İnkılap Kitabevi, 4. Baskı, İstanbul, 1997.
- DEDE, Emine, Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- DEDE, İsmail, "Kişisel Durum Kayıtları Bağlamında Yeni Bir Soru: İnterseks Kapsayıcı Cinsiyet Kavramı Mümkün Müdür?", Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk, C.2, (eds.) ÜSKÜL ENGİN, Zeynep Özlem/ ÇÖREK, Dolunay/ ÖCAL, Göktürk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 239-278.
- DREGER, Alice D./ CHASE, Cherly/ SOUSA, Aron/GRUPPUSO, Philip A./FRADER, Joel, "Changing the Nomenclature/Taxonomy for Intersex: A Scientific and Clinical Rationale", Journal of Pediatric Endocrinology and Metabolism, Vol. 18, No.18, 2005, s. 729-733.
- DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, 21. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- EŞEL, Ertuğrul, "İnsan Cinselliğinin Biyolojik ve Evrimsel Temelleri", Klinik Psikofarmakoloji Bülteni, C. 16, S. 4, 2006, s. 274- 288.
- FORD, Kishka-Kamari, "First, Do No Harm"- The Fiction of Legal Parental Consent to Genital-Normalizing Surgery on Intersexed Infants, Yale Law&Policy Review, Vol. 19, 2001, s. 469-488.
- GOLDSCHMIDT, Richard, "Intersexuality and the Endocrine Aspect of Sex", Endocrinology, Vol. 1, Issue. 4, 1917, s. 433-456.
- van der GRACHT, Stefanie, "Setting Aside the Loom: Hermaphroditism in Ancient Medicine", The Proceedings of the 18th Annual

- History of Medicine Days, March 6th and 7th, 2009 University of Calgary, Faculty of Medicine, Calgary, AB., 2009, s. 247-262.
- GÜNEY TUNALI, Işıl, Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- GÜVEN, Kudret, "Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 1997, s. 45-80.
- HATEMİ, Hüseyin, Gerçek Kişiler Hukuku (Kısa Ders Kitabı), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
- HAVUTÇU, Ayşe, "Hasta Hakları ve Hasta Tasarrufu", Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan, C.3, (eds.) ALTOP, Atilla/ WELSER, Rudolf/ BELLİCAN, Cüneyt / URAL ÇINAR, Nihal, GÜMÜŞSOY KARAKURT, Güler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 401-417.
- JOHNSON, E./ ROSOKLIJA, I./ FINLAYSON, C. et al., "Attitudes towards 'disorders of sex development' nomenclature among affected individuals." Journal of Pediatric Urology, Vol. 13, May 2017, s. 608.e1-608.e8.
- KAYA, Murat, "Türk Hukukunda Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları", Mecmua, Ankara, 2008, s. 53-89.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi İçin Dava Açabilir mi? (Fransız, Alman, İsviçre, İsveç Hukukları İle Mukayeseli), İstanbul, 1986.
- LEE, Peter A./ HOUK, Christopher P./ AHMED, S. Faisal/ HUGHES, Ieuan A., "Consensus Statement on Management of Intersex Disorders", International Consensus Conference on Intersex organized by the Lawson Wilkins Pediatric Endocrine Society and the European Society for Paediatric Endocrinology, Pediatrics 2006, s. e488.
- NEWBOULD, Melanie, "When Parents Choose Gender: Intersex, Children and the Law", Medical Law Review, Vol. 24, No. 4, s. 474-496.
- OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- ÖZBEY, Hüseyin, "Cinsel Gelişim Sorunları: Küçük Hastalar, Büyük Kararlar", Çocuk Cerrahisi Dergisi, C. 30, Ek sayı 2, 2016, s. 141-145.

- ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu G., Çocuğun Kişilik Hakkı ve Çocuğun Kişilik Hakkının Hukuka Aykırı Fiillere Karşı Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ÖZOKUTAN, Bülent H./KÜÇÜKAYDIN, Mustafa/KURTOĞLU, Selim/OKUR, Hamit/ TURAN, Cüneyt, "Çocuklarda Ambigüus Genitalyanın Cerrahi Tedavisi", *Pediatric Cerrahi Dergisi*, C. 15, 2001, s. 74-77.
- ÖZTÜREL, Adnan, "Transseksüalizm ile Hermafrodizmde Yasal, Tıpsal ve Adli Tıp Problemleri (Kadınlaşan Erkekler, Erkekleşen Kadınlar, İki Cinsliler)", *AÜHFD*, C. 37, S. 1-4, 1980, s. 253-292.
- REIS, Elizabeth, "Divergence or Disorder?: the politics of naming intersex", *Perspectives in Biology and Medicine*, Vol. 50, No. 4, Autumn 2007, s. 535-543.
- SABUNCUOĞLU, Şerafettin, *Album des dessins de Cerrahiye-i İlhaniye*, Paris nüshası resimleri, (Neşreden) ÜNVER, Süheyl, Kenan Basımevi, İstanbul, 1939.
- SAĞLAM, İpek, "Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme", *AÜEHFD*, C. 8, S. 3-4, 2004, s. 455-469.
- SAX, Leonard, "How Common is Intersex? A Response to Anne Fausto-Sterling", *The Journal of Sex Research*, Vol.39, No.3, 2002, s. 174-178.
- SEKMENLİ, Tamer/ÇİFTÇİ, İlhan, "Cinsiyet Gelişim Bozukluklarında Cerrahi Yaklaşım", *Pediatric Practice and Research*, C.8, S.1, 2020, s. 22-27.
- ŞENOCAK, Zarife, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", *AÜHFD*, C. 50, S. 4, 2001, s. 65-80.
- TURAN BAŞARA, Gamze, "Türk Medeni Kanunu'nun 40'ıncı Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları", *TBB Dergisi*, S. 103, 2012, s. 245-266.
- TÜRKER, Hülya, *İnterseks Çocuklara Yönelik Tıbbi Müdahale Sorunu Bağlamında Toplumsal Cinsiyet ve Beden*, Ayrıntı Basımevi, Ankara, 2015.
- WATSON, Alan (ed.), *The Digest of Justinian*, Vol.1, University of Pennsylvania Press, 1998.
- WILL, Michael R./ÖZTAN, Bilge, "Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı-Transseksüellerin Hukukî Durumu-", *AHFD.*, C. 43, S. 1-4, s. 227-268.

- YÜCEL, Özge, *Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Adına Alınan Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- YÜCEL, Özge, "Tıbbi Müdahalelerde Onam Hakkının Sınırı Olarak Üstün Yarar", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 79, S. 2, s. 441-483.
- ZEVKLİLER, Aydın, "Medeni Kanun ve Cinsiyet Kargaşası", *TBBD*, S.2, 1988, s. 258--285.
- ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, M. Beşir/GÖKYAYLA, K. Emre, *Medenî Hukuk*, 6. Baskı, Ankara, 2000.



YARGISAL TUTUM KAVRAMINA SİNEMADAN BİR ÖRNEK: EŞİTLİK SAVAŞÇISI FİLMİ

Arş. Gör. İlknur Rabia TÜRKÖLMEZ*

Öz

Yargı hepimizin hayatıyla iç içe bir alan olması sebebiyle ilgi odağıdır. Yargı kararları herkesin hayatına bir şekilde dokunduğundan da her zaman tartışma konusu olmuşlardır. Akademide dava boyunca nasıl ve neye dayanarak karar verildiği hukuk ve siyaset bilimi ortak alanı olan yargısal karar verme çalışmalarının alt dalı olan yargısal tutum literatüründe incelenmektedir. Akademik çalışmalar dışında da kararları eleştiriye fazlaca maruz kalan yargıçların ele alındığı alanlardan biri de sinemadır. Bu çalışmada Eşitlik Savaşçısı filminde baş karakter olan Ruth Bader Ginsburg ve Moritz v. Commissioner davası örneğiyle yargısal tutum kavramı değerlendirilmeye çalışılmıştır. Çalışma sonunda ise filmde de yansıtıldığı üzere yargısal karar vermenin kişisel özelliklerden de etkilenerek tutumlara dayanan ve yasalar çerçevesinde de olsa yargıcın geçmiş tecrübeleri ve dönemin şartları gibi etkilere açık olduğu görülmüştür.

Anahtar Kelimeler

Yargısal Karar Verme • Yargısal Tutum • Ruth Bader Ginsburg • Eşitlik Savaşçısı Filmi • Sinemada Yargı

* Arş. Gör., Sakarya Üniversitesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi, Sakarya, Türkiye
| Research Assistant, Sakarya University, Political Science and Public Administration, Sakarya, Turkey.

✉ isirakaya@sakarya.edu.tr • ORCID 0000-0002-7546-5094

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: TÜRKÖLMEZ İlknur Rabia, "Yargısal Tutum Kavramına Sinemadan Bir Örnek: Eşitlik Savaşçısı Filmi", *SÜHFD.*, C. 30, S. 1, 2022, s. 195-220.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

AN EXAMPLE OF JUDICIAL ATTITUDE: ON THE BASIS OF SEX MOVIE

Abstract

Judiciary is the focus of attention because it is an area intertwined with our lives. Judicial decisions have always been the subject of discussion, as they touch everyone's life in some way. In the academy, how and on what basis the decision is made throughout the case is examined in the literature of judicial attitude, which is a common area of law and political science under the judicial decision-making studies. One of the areas where judges whose decisions are exposed to criticism outside of academic studies are dealt with is cinema. In this study, the concept of judicial attitude has been tried to be evaluated with the example of "On the Basis of Sex" movie which is about Ruth Bader Ginsburg's life and Moritz v. the Commissioner case. As a result of the study, as reflected in the film, it has been seen that judicial decision-making is also influenced by personal characteristics, based on attitudes and open to influences such as the previous experiences of the judge and the conditions of the period, albeit within the framework of the law.

Key Words

Judicial Decision Making • Judicial Attitude • Ruth Bader Ginsburg • On the Basis of Sex Movie • Judiciary in Cinema

GİRİŞ

Mahkemelerde görev yapan hakim ve savcılar, genellikle ciddi, asık suratlı, kuralcı insanlar olarak tanınırlar. Halk arasında çok uzak/soğuk kişiler olmanın yanında, siyasette de taraflı, genellikle yönetimlerin karşısında yer alan muhalif kişiler olarak konumlandırılmaktadırlar. Bu yaklaşımın bir nedeni olarak yargının insanların hayatında diğer kurumlardan farklı bir yere sahip olması gösterilebilir. İnsanların mahkemelerle ya hiç yolu kesişmez ya yargıçları çevrelerindeki insanlardan duyduklarından, filmlerden, haberlerden izledikleri -gazetelerden okudukları şekilde görürler ya da doğrudan mahkeme salonunda korkuyla karışık bir saygı ile iletişim kurduklarından diğer meslek gruplarından farklı bir bakış açısı edinirler. Mahkemede daha önce bulunmuş bireylerin yargıçlara bakışını belirleyen nokta ise çoğunlukla dava sonucudur. Davayı kazanan taraf için mahkeme tarafsız ve adil davranmışken davayı kaybeden taraf için tam tersi taraflı, adil olmayan, kötü hatta yanlış bir karar verici olarak görülmektedir.

Amerika Birleşik Devletleri'nin tanınmış yargıçlarından Benjamin N. Cardozo¹, hukukçuların diğer insanlardan farklı ve 'sıradan' insanlardan üstün bir noktada değerlendirilmek istediklerini ifade eder. Onun anlattığı yargıçlara göre hukuk eğitimi almış ve hakim-savcı olarak görev yapan kişiler hem yetkileri, hem de karar verdikleri ve bağlı oldukları konular açısından diğer insanlardan farklı bir noktada yer alan karar vericilerdir. Başka bir deyişle 'normal/sıradan' insanlar karar verirken, insani yönlerinden etkilenerek hareket edebilir ve psikolojilerine dikkat edilerek nasıl ve neden karar verdiklerine bakılmalıdır. Ancak hakim ve savcılar daha üst düzey bir konuda karar verdiklerinden psikoloji yargısal karar verme sürecinin dışında tutulmalıdır.² Özellikle ABD'de birçok hukukçu bunu doğal bir durum olarak görürken Cardozo gibi hukukun içinden gelenlerin yargıçların farklı algılanmaması gerektiğini savunması yargısal karar vermede insan unsurunu ele alan çalışmaların da önünü açmıştır. Zaman içinde onun gibi düşünen hukukçuların sayısı artmış ve davranış bilimlerinin de etkisiyle yargısal karar verme diğer örgütsel karar verme sistem ve modellerinden farklı da olsa psikoloji açısından incelenebilir hale gelmiştir. Bu sayede yargısal karar verme sürecinde insan unsurunun varlığı da büyük ölçüde kabul görmüştür. Bakış açısında meydana gelen değişim hukuk içindeki çalışmaları da farklı boyutlara taşımış ve hukuk alanında mahkeme süreçlerinde nasıl ve neden etkilenerek karar verildiğine dayanan yargısal davranış ve yargısal tutum literatürü ortaya çıkmıştır. Bu alanda özellikle ampirik yöntemler kullanılarak ve yüksek mahkeme kararlarına ağırlık verilerek yargı kararlarının arka planında yaşanan süreçler ele alınmıştır.³

Akademik tartışmalarla oluşan literatürün yanında, edebiyatta, tiyatro ve sinemada mahkemeler ve yargı kararlarıyla ilgili birçok eser üretilmekte, yargı kararları son yıllarda sosyal medyanın da etkisiyle

¹ CARDOZO, Benjamin N., and KAUFMAN, Andrew L. The Nature of the Judicial Process, Quid Pro Books, 2010.

² CARDOZO, Benjamin N., Yargı Sürecinin Doğası, (Çev. Muzaffer DÜLGER ve Sedat ERÇİN), Tekin Yayınevi, İstanbul, 2018.

³ MILES, Thomas J. & SUNSTEIN, Cass R. The new legal realism. U. Chi. L. Rev. 75, 2008.

gündelik hayatın gündemini de belirleyebilmektedir.⁴ Çoğunlukla kişisel görüş ve tecrübeleri yansıtan bu yorumlar, tartışmalar ve özellikle sanat eserleri, toplumun hukuk kurumuna bakışı üzerinde farklı boyutlarda etkili olmaktadır. Sinema dünyasında ana mekânı mahkeme salonları olan birçok film karşımıza çıkmaktadır.⁵ Filmler genellikle dava taraflarına ya da jüriye odaklanırken, çok az bir kısmı davada masanın diğer tarafında yer alan ve asıl sonucu belirleyen yargıçlara odaklanmaktadır. Hatta birçoğunda konunun yargıçlardan neredeyse bağımsız ilerlediğini söylemek mümkündür. Sinemada hukuku ele alan film konuları mitolojik dönemlere kadar gitse de filmlerdeki hukukla ilgili hususların akademik olarak dikkat çekmesi ancak 1900'lerin sonunda olmuştur. Öncesinde hukukçular için sinema büyük ölçüde sadece estetik kaygılar taşıyan bir sanat alanı olarak kabul edilmiştir.⁶

Farklı yorum ve görüşlerle ele alınan mahkemeler sinema ve televizyonda da birçok dizi ve filme konu olmuştur.⁷ "Bülbülü Öldürmek"⁸, "12 Öfkeli Adam"⁹, "Kız Kardeşimin Hikayesi"¹⁰, "Reis Bey"¹¹, vb. gibi kurgu filmlerin dışında "Şikago Yedilisi'nin Yargılanması"¹², "Nüremberg Duruşması"¹³, gibi gerçek hayattan esinlenerek yapılmış filmler de mevcuttur.

Çalışmada inceleyeceğimiz "On the Basis of Sex" filmi ise Türkçe'ye Eşitlik Savaşçısı adıyla çevrilmiş ve Ruth Bader Ginsburg isimli

⁴ MİSAFİR, Selim, Devlet ve İnsan Hakları Perspektifinden Hukuk ve Sinema, Ankara, Astana Yayınları, 2021, s. 33-56.

⁵ MİSAFİR, s. 57.

⁶ MİSAFİR, s. 59.

⁷ METİN, Sevtap, (eds.), Hukuku Sinemada Görmek, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2015, X-XI.

⁸ https://www.imdb.com/title/tt0056592/?ref_=nv_sr_srsrg_0 (Erişim Tarihi: 27 / 08/ 2021)

⁹ https://www.imdb.com/title/tt0050083/?ref_=nv_sr_srsrg_0 (Erişim Tarihi: 27 / 08/ 2021)

¹⁰ https://www.imdb.com/title/tt1078588/?ref_=fn_al_tt_1 (Erişim Tarihi: 27 / 08/ 2021)

¹¹ https://www.imdb.com/title/tt1279180/?ref_=fn_al_tt_1 (Erişim Tarihi: 27 / 08/ 2021)

¹² https://www.imdb.com/title/tt1070874/?ref_=nv_sr_srsrg_8 (Erişim Tarihi: 27 / 08/ 2021)

¹³ https://www.imdb.com/title/tt0055031/?ref_=nv_sr_srsrg_0 (Erişim Tarihi: 27 / 08/ 2021)

yargıcın hayatından esinlenerek hazırlanmış bir eserdir.¹⁴ Yargıç Ginsburg'un kendi yaşadığı cinsiyetçi ayrımcılıklar ve sonrasındaki mücadelelerinin de etkisiyle Amerika'da kadın haklarının hukuk alanındaki yükselişini konu alan film mahkemelerde nasıl karar verildiğini de ortaya koymaktadır. Eşitlik Savaşçısı filmi de gerçek hayattan esinlenilerek çekilmiş, tarihsel açıdan hukuk süreçlerini ve bazı hakların gelişimini ele alan bir yapımdır. 2020 yılı sonunda vefatına kadar Amerikan Yüksek Mahkemesinde yargıç olarak görev yapan Ruth Bader Ginsburg'un hayatı üzerinden ABD'deki kadın haklarının gelişimi ve hukuk önünde kadın erkek eşitliğini sağlamaya yönelik ilk adımların atılmasına öncülük eden vergi kanunuyla ilgili bir dava etrafında şekillenen bir yapımdır. Filmin ana konusu ve mesajlarının yanında Ginsburg'un üniversite eğitiminden itibaren yaşadıkları ise arka planda hukukçuların ve yargıçların karar verirken nelere dikkat ettiğini de bir bakıma gözler önüne sermektedir.

Bu çalışmada da yargısal tutum teorik arka planından hareketle Eşitlik Savaşçısı filmindeki sahneler ele alınarak yargıçların davalarda son kararı nasıl verdiği ve karar verme sürecinde hangi faktörlerin etkili olduğu ortaya konmaya çalışılacaktır. Örnek olay olarak tercih edilen filmin kurgu yanları olmakla birlikte, Yargıç Ginsburg'un gerçek hayat serüvenine büyük ölçüde sadık kalındığının filmde belirtilmiş olması nedeniyle bu alanda bir başlangıç olarak tercih edilmiştir. Filmi doğru analiz edebilmek için de ilk olarak yargısal tutum literatürüne kısaca değinilmelidir. Literatürün özetlenmesinin ardından filmin genel hikayesiyle birlikte filmde bahsi geçen dava ve Ruth Bader Ginsburg'un hayatı hakkında bilgilere yer verilecektir. Son olarak da filmin yargısal tutum literatürüne göre değerlendirilmesi yapılacaktır. Çalışma bir sinema eser incelemesi olmadığından değerlendirme bölümünde filmin yalnızca yargıçlarla ilgili kısımları ele alınacaktır.

I. YARGISAL TUTUM KAVRAMINA GENEL BAKIŞ

Yargısal karar verme, hukuki bir süreç olmaktan öte bir davranış olarak ele alındığında, bu davranışın arkasında yatan sebepler de anali-

¹⁴ <https://www.imdb.com/title/tt4669788/> (Erişim Tarihi: 27 / 08/ 2021)

tik olarak incelenebilir hale gelmektedir. Yargısal karar verme¹⁵ kavramı ve süreçlerinin sosyal psikolojiyle ilişkili olduğu klasik normatif hukuk yaklaşımlarına ters düşmektedir. Ancak sosyal psikoloji bakış açısıyla yargısal karar vermeyi inceleyen çalışmalar 'yargıçlar insandır' önermesini kullanarak yargı kararlarının birer davranış olarak ele almaktadırlar.¹⁶ Sosyal psikoloji disiplininde yer alan değer, tutum ve davranış olguları, kişiliği etkileyen en önemli faktörler olarak belirtilmektedir¹⁷. Yargısal karar verme de davranış olarak ele alınırken değer ve tutumlar açısından incelenebilir hale gelmektedir.

Sosyal psikolojide karar vermeyi etkileyen tutum olgusu yargısal karar vermede yargıç tutumu ya da yargısal tutum olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargısal tutum¹⁸ en dar anlamda yargıçların karar verirken etkisi altında kaldıkları psikolojik etkenleri ortaya koymaktadır. Yargıç tutumu bireysel tutumdan farklı olarak kişisel eğilimlerin yanı sıra yasaların da etkisi altında olduğu bir tutum biçimidir. Bu nedenle yargısal tutumun belirlenmesinde normatif hukuki boyut asla göz ardı edilmemelidir. Bu bakımdan yukarıda bahsettiğimiz ve yeni nesil hukukçuların da benimsediği "yargıçların da birer insan olduğu"na dair yaklaşım ile normatif yaklaşımlar arasında ortak bir nokta yakalanmış olur.¹⁹

Geniş anlamda bakıldığında ise yargısal tutumu en net ortaya koyan çalışma Segal ve Spaeth'in "The Supreme Court and the Attitudinal Model" adlı çalışmalarıdır. Çalışmada ABD Federal Yüksek Mahkeme kararları üzerinden yargıçların nasıl karar verdiği incelenmiş ve daha önce yapılan çalışmalarda katılarak üç ana modelle karar verildiği tespit edilmiştir. Yasal, tutumsal ve stratejik olarak adlandırılan modellerden

¹⁵ WRIGHTSMAN, Lawrence S. "Judicial decision making: Is psychology relevant?" Vol. 11. Springer Science & Business Media, 2012.

¹⁶ KLEIN, David E., & Gregory Mitchell, eds. The Psychology of Judicial Decision Making. Oxford University Press, 2010, XIII.

¹⁷ ARONSON, E., WILSON, T. D., AKERT, R. M., & GÜNDÜZ, O. Sosyal Psikoloji, Kaknüs Yayınları, 2012.

¹⁸ YILDIRIM, Engin, & GÜLENER, Serdar, "Anayasa Mahkemesi Kadın Üyelerinin Yargısal Tutumları: Ampirik Bir Araştırma." Anayasa Hukuku Dergisi 6.11, 2017, s. 51-84.

¹⁹ WILLIAMS, Damian. Legalism, Judicial Rational-Choice, and the Majority Opinion in Citizens United. 2018, s. 5-7.

yasal model, yargıçların sadece mevzuata göre karar verdiğini belirtirken tutumsal ve stratejik modeller yasaların üstüne farklı değişkenlerden de etkilenecek karar verildiğini ifade etmektedir. Yargısal tutum kavramının da çıkış noktası olarak alınabilen tutumsal modele göre yargıçlar kişisel tutumlarından etkilenecek karar vermektedirler ki bu tutumlar yargıcın mezun olduğu okul, yaşadığı çevre, cinsiyet, ırk, siyasi görüş, atamasını yapan devlet başkanı vb. birçok faktörden oluşmaktadır. Stratejik model ise tutumsal model ise tutumlara ek olarak dönemin şartları, kamuoyu beklentileri gibi yargıçların kişisel tercih ve beklentilerini aşan çevresel faktörleri de karar verme sürecine dahil etmektedir.²⁰

Literatürde geniş çalışma alanı bulan yargısal tutum kavramı, bazı akademisyenler tarafından yargıç davranışı²¹ ile aynı anlamda kullanılmaktadır. Ancak davranış ve tutum birbirinden farklı kavramlardır. Somut olarak açıklayacak olursak bir davada yargıcın verdiği karar ya da oy yargıç davranışını ifade ederken, yargıcın tutumu bu davranışın arkasında yatan yani elindeki dosyadan hareketle o kararı vermesini sağlayan -bilinçli ya da bilinçsiz -kişisel etkenler olarak karşımıza çıkmaktadır. Aradaki farkın en önemli nedeni aynı oyu kullanan ya da kararı veren yargıçların sebeplerinin birbirinden farklılık gösterebilmesidir. Bu farklılık en net mahkeme kararlarına eklenen muhalefet ya da farklı gerekçe şerhlerinde görülmektedir. Aynı kanunlar ele alınarak farklı sonuçlara ulaşılmasının bir başka nedeni de yorumlamanın farklılaşabilmesidir. Kanunların her zaman açık ve somut olamaması nedeniyle, yargıçlar karar verme sürecinde ilgili düzenlemeleri yorum, uyarılama ve yeniden tasarlama yöntemleriyle ilgili olayla bağdaştırmaktadır²²

Ancak tutum hukuki metnin etkisi altında yargıcın kişisel yorumlarını etkileyen bir olgu olması nedeniyle yargısal kararın saiklerini cid-

²⁰ SEGAL, J. A., & SPAETH, H. J. (2002). The Supreme Court and the attitudinal model revisited, Cambridge University Press.

²¹ BAUM, Lawrence. The Puzzle of Judicial Behavior. University of Michigan Press, 2009., SEGAL, Jeffrey A. "Judicial behavior", The Oxford Handbook of Political Science, 2008.

²² ODER, Bertil Emrah. Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri: Hukuksal Yöntem Bilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma, Beta, 2010, s.1.

di biçimde dönüştürebilmektedir. Görünürde çok normal sayılabilecek bir kararın arkasında yargıcın ileriye dönük kariyer beklentilerinden doğan tutum değişikliğinin etkisinin dahi görüldüğünü iddia eden çalışmalara da rastlanmaktadır.²³ Ancak unutulmamalıdır ki literatürde böyle bir yaklaşımın olması ve yargıçların bazı kararlarının kariyer hedeflerine uygun görünmesi her zaman kariyerlerine göre karar verdikleri anlamına gelmemektedir. Burada bakılması gereken kariyer hedefine uygun olsun ya da olmasın benzer davalarda benzer kararı verip vermeyeceğidir. Yargıç davranışını inceleyen akademisyenler belli durumlarda kariyer hedeflerinin etkisini görmezden gelebilirler. Bunun nedeni genellikle Yüksek Mahkeme yargıçlarını merkeze alan karar incelemeleri yapmalarıdır²⁴. Yüksek Mahkemeden daha üst bir kariyer hedefi olmayacağından karar vermeyi etkileyen faktörler arasında gelecek kaygısının yok sayılması sorun teşkil etmeyebilir. Ancak bu durumda yargı dışındaki kariyer hedefleri de tamamen yok sayılmaktadır. Özellikle ABD örneğinde yargıçların daha sonra senatörlük, başkanlık, belediye başkanlığı gibi hedeflerinin de olmayacağı kabulüyle inceleme yapılmış olur. Öte yandan yargıçların atanma süreçleri dolayısıyla tepki çekmek nedeniyle yukarıda sayılan etkilerin devam ettiği de karşılaşılan bir durumdur. Geleceğe yönelik etki ihtimalini ele alırken de yargıçların görev süresi ve şekli ele alınmalıdır. Ömür boyu görev yapacak yargıçların gelecek beklentisinden daha az etkilenmesi olağanken, tekrar seçilme ya da kısıtlı süre çalışma durumu olanların dış etkilere daha açık olduğu söylenebilir.²⁵

Yargısal karar verme dışarıdan bakıldığında standartları olan sınırları belli, net bir süreç gibi görünebilmektedir. Mahkemelerin işleyişi

²³ WEIDEN, David L. *Judicial Decision-Making In Comparative Perspective: Ideology, Law And Activism In Constitutional Courts*, 2007, unpublished doctoral dissertation, Austin., p. 8., WEIDEN, David L. "Judicial politicization, ideology, and activism at the high courts of the United States, Canada, and Australia." *Political Research Quarterly* 64.2, 2011, pp. 335-347.

²⁴ BAUM, Lawrence. "Motivation and Judicial Behavior: Expanding the scope of inquiry." (Klein, David E., and Gregory Mitchell, eds). *The psychology of judicial decision making*, 2010, pp. 3-25., BAUM, Lawrence, *Judges and their Audiences: A Perspective on Judicial Behavior.*, 2006.

²⁵ WEIDEN, s. 56.

de yargıçların dava konusu dosyayı inceleyip gerekli durumda tarafları dinleyerek bu konudaki yasal düzenlemeler doğrultusunda karar vermesi biçimindedir.²⁶ Ancak karar süreci her zaman bu kadar basit ve doğrusal değildir. Süreçlerin yapısal boyutu kararı veren ve karardan etkilenen bireyleri tamamen dışarıda bırakmaktadır. Bu bakımdan insan faktörü, yargısal karar verme sürecinin tamamen dışında tutulursa bu sürece ilişkin değerlendirmeler de eksik ya da hatalı olacaktır.

Davanın birçok bileşeni olduğu gibi karar vericiyi etkileyen kişisel faktörler de oldukça fazladır. Yargısal karar vermeyi etkileyen faktörleri, yargıcın cinsiyeti, sosyoekonomik geçmişi, mezun olduğu üniversite, atandığı ve kararın verildiği dönemlerin politik ortamı, kişisel beklenti ve tutumlar vb. olarak sıralamak mümkündür. Yargısal tutum olarak adlandırılan yargısal karar verme sürecini etkileyen kişisel faktörler, davaya bakan ya da incelemeyi yapan mahkemeye göre değişebilmektedir. Birinci derece mahkemelerde taraflar, jüri ve yasaların başat faktör olduğu görülürken, mahkeme derecesi yükseldikçe etkili olan faktörler de çeşitlenmektedir.²⁷

Yargıçlar, yasanın açıklığı / anlaşılabilirliği ve ayrıntı verme düzeyi ile yazılı anayasanın varlığına göre değişkenlik gösteren oranda kanuna anlam yüklemektedirler. Ancak yargıçların takdir yetkisi onların tamamen keyfi ve kişisel görüşlerine dayanarak karar verdiği anlamına gelmemektedir.²⁸ Yargıçlar karar verirken emsal kararlara uyma, gerekçeli karar verme, hukukun evrensel ilkelerine uymak zorunda olduklarından takdir yetkisini sınırlı bir şekilde kullanmaktadırlar.²⁹ Öte yandan yargıçların kişisel tercihlerinden tamamen uzaklaştığını söylemek de mümkün görünmemektedir. Bu nedenle nasıl ve neye dayanarak karar verdikleri dikkatle incelenmelidir.

²⁶ HİRŞ, Ernest E. *Pratik Hukukta Metot* (Güncellenmiş 8. Baskıdan Tıpkı Basım), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2018, s. 7-63.

²⁷ SPAETH, Harold J. "The Attitudinal Model." In *Contemplating Courts*, ed. Lee Epstein. Washington, DC: CQ Press, 1995.

²⁸ UZUN, Ertuğrul. "HLA Hart: Kurallar Sistemi Olarak Hukuk." *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş*, UZUN, Ertuğrul (ed.), İthaki Yayınları, İstanbul, 2015, s. 165.

²⁹ ERDOĞAN, s. 96.

Hukuk metinlerinin açık ve bariz olduğu durumda sadece yasaların uygulanması ve yargıçların da kanunların sözcüsü olarak çalışması kaçınılmazdır. Ne yazık ki yasaların her zaman açık ve bariz olması ütopyik görünmektedir. Değişen dünyaya uyum sağlayacak hızda hukuk yapımı da mümkün olamayacağından hukuk çoğu zaman günceli geriden takip etmektedir. Bir olay yaşanmadan olacaklar bilinemeyeceğinden yasa yapıcının ileri görüşlülüğü her zaman yeterli olamaz. Bu da yargıçların bu türden hukuki boşlukları doldurmasını zorunlu kılmaktadır.³⁰ Hukuk metinlerinin belirliliği/ belirsizliği konusunda hukuk dünyasında da tartışmalar klasik hukuk anlayışından günümüze süregelmiştir. Hukuk boşluğunun ve bu durumda yargıçların hukuk yaratmasının kaçınılmaz olduğunu savunan doğal hukuk yaklaşımlarının karşısında hukuki realistler³¹, hukuki pozitivistler³² ve Hart³³ gibi hukuku kurallar sistemi olarak görenler için ise hukuk boşluğu olabilse de istisnaidir ve bu durum hukuk sisteminin dışına çıkılmasına neden olmamaktadır.³⁴ Hart 'ın kurallar sistemine³⁵ göre hukukta normlar iki bölümü olan bir alan olarak düşünülebilir. İlk alan birincil kurallar da diyebileceğimiz kesinlik çekirdeğini oluştururken, ikinci alan ise şüphe bölgesi³⁶ olarak adlandırdığı, müphemlik saçağı ve açık metin³⁷ alanından oluşmaktadır. Belirsizliğin olduğu bu alan yargıçların takdir alanını oluşturmaktadır. Bu alanda yargıç farklı yorum alternatifleri arasından seçim yapar ve hangi yorumu yapacağı net değildir.³⁸ Hart'a göre³⁹ bu

³⁰ ERDOĞAN, s. 95.

³¹ UZUN, s. 163.

³² TORUN, Yıldırım. Hukuk felsefesi, Orion Kitabevi, 2012, s. 263-280.

³³ HART, Herbert Lionel Adolphus, The Concept of Law, Oxford Universty Press, 2012.

³⁴ ÖKTEM, Niyazi & TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, Felsefe Sosyoloji Hukuk ve Devlet, Der Yayınları, 7. Baskı, İstanbul, 2017, s. 479.

³⁵ CEYLAN, Şule Şahin. HLA Hart'ın hukuk kavramı. On İki Levha Yayıncılık, 2014, s.67-70.

³⁶ HART, s. 124.

³⁷ CEYLAN, s.144.

³⁸ KENNEDY, Duncan, Modern Hukukun Kaderi, Dost Yayınları, Ankara, 2017, s. 112.

³⁹ HART, s. 125.

noktada da yine alternatif yorumlar⁴⁰ olduğundan yargıcın keyfiliği ya da bir yasa koyucu rolüne soyunma durumu söz konusu değildir.⁴¹ Dworkin⁴² ise Hart'ı bu noktada eleştirerek yargıcın boşluğu doldurmak için takdir kullanması durumunda yasa yapma gücüne sahip olacağını ve bu hakkın ona tanınmaması gerektiğini ifade eder.⁴³ Dworkin'in e göre davaların 'doğru' sonuçları vardır ve yargıçlar o sonuca ulaşmalıdır ve ulaşabilirler.⁴⁴ Dava süreçlerinde de bir dosya önüne geldiğinde yargıcın ulaşmak istediği bir sonuç bulunduğu söylenebilir. Bu sonucun öncelikle adalet dağıtımının tesis edilmesine katkı sunacak, itiraz halinde üst mahkemeler tarafından da onanarak geçerliliği kanıtlanacak bir karar olması beklenir. Bunun yanı sıra kararı verecek olan yargıcın hukuki çevresi ve yakınları tarafından onaylanan ve benimsenen, davanın tarafları tarafından kabul edilen ve kamuoyunu tatmin eden bir kararın çıkması da bir başka beklentidir. Bu kadar farklı faktörün aynı anda bir kararda etkili olabilmesinin bir nedeni kanun açık olsa bile bazen hakaniyetli karar ile hukuki olan arasında doğan fark ya da çatışmalardır⁴⁵. Anayasa yargısında karar verme süreci incelendiğinde yargıçların, görünen yasal düzenlemelerin yanında, kişisel hukuki idealleri, görev aldıkları mahkemelerin türü ve derecesi, sosyal faktörler, kamuoyu vb. birçok başka unsurun da etkisinde kalarak sonuca ulaştığı görülmüştür.

46

40 WALUCHOW, Wilfrid J. "Hart, Legal Rules and Palm Tree Justice." *Law and Philosophy* 4.1, 1985, pp. 41-70, s. 53.

41 UZUN, s. 165.

42 DWORKIN, Ronald M. "The model of rules." *The University of Chicago Law Review* 35.1, 1967, pp. 14-46.

43 AKBAŞ, Kasım, "Ronald Dworkin: Pozitivizmin ve Doğal Hukukun Eleştirisinden Bir 'Yargılama Kuramı'na", *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş*, UZUN, Ertuğrul (ed.), İthaki Yayınları, İstanbul, 2015, s.206-207.

44 DWORKIN, s. 34.

45 KENNEDY, s. 134.

46 DEDE, Savaş, *Toplumsal faktörlerin hâkimlerin kararları üzerindeki etkisi*. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyoloji Anabilim Dalı. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, 2016, s. 104-108.

II. EŞİTLİK SAVAŞÇISI FİLMİNE GENEL BAKIŞ

2018 yılında vizyona giren Mimi Leder yönetmenliğindeki filmin senaryosu Daniel Stiepleman'a aittir. Filmde Ginsburg karakterine Felicity Jones hayat verirken, Armie Hammer, Justin Theroux, Kathy Bates ve Sam Waterson gibi isimler de ona eşlik etmektedir.⁴⁷ Eski Yüksek Mahkeme yargıcı olan ve yakın zamanda vefat eden Ruth Bader Ginsburg'un hayatından esinlenerek çekilen ve Ginsburg'un Harvard'daki ilk günüyle başlayan filmde, başlangıç kısmında genel olarak okul hayatı anlatılmıştır. Okul hayatında maruz kaldığı ayrımcılık, aldığı bazı derslerden kesitlerle beraber evliliği, eşinin hastalığı ve çocuklarıyla ilişkisinin yanında mezuniyet sonrası iş arama sürecinde karşılaştığı zorluklar, tüm şartları sağlamasına rağmen kadın olduğu için hiçbir avukatlık bürosunda işe alınmaması sonrası Columbia Üniversitesinde çalışmak zorunda kalması ve görev süresi boyunca derslerde kadın hakları üzerine farklı bakış açılarını öğrencileriyle paylaşması anlatılmıştır.

ABD'de hep kadın müvekkiller üzerinden yargıya taşınan ve başarısız olan kadın-erkek eşitsizliği mücadelesi Moritz davasıyla bu kez bir erkeğin cinsiyeti nedeniyle mağdur olmasına dikkat çekmiştir. Ginsburgların Charles Moritz'i temsil ettikleri dava sürecinde, hakimlerin bakış açısı, karşı tarafın kullandığı argümanlar ve davanın kendisi filmin ikinci yarısını oluşturmaktadır. Dava sonucu ise sadece tek bir kişiyi etkilememiş ve ortaya çıkan emsal kararlar ABD kanunlarındaki kadın-erkek eşitsizliklerinin bir bir ortadan kaldırılmasını sağlayan bir domino etkisi başlamıştır. Davanın sonuçlanmasıyla biten filmde ana tema olarak Ginsburg'un hayatı çevresinde Amerika'da toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin nasıl yıkılmaya çalışıldığı anlatılmaktadır.⁴⁸

Film kadın-erkek eşitliği savaşını anlattığı için açılış sahnesinde yüzlerce erkek arasında yürüyen Ruth Ginsburg ilerleyen sahnelerde neler yaşanacağına dair fikir vermektedir. Aynı gün gerçekleştirilen Harvard Hukuk Fakültesi açılış konuşmasında dekanın üzerinde durduğu 'Harvard adamı' nasıl olmalıdır vurgusu kadınları tamamen yok saymaktadır. Açılış seremonisinin devamı olarak dekanın evinde verdi-

⁴⁷ <https://www.beyazperde.com/filmler/film-237762/> (Erişim tarihi: 30/08/2021)

⁴⁸ <https://time.com/5478411/on-the-basis-of-sex-true-story/> (Erişim tarihi: 10/08/2021).

ği yemeğe o sene fakülteye kabul edilen 9 kadın öğrenciyi (tüm kadın öğrencilerin sayısı) onurlandırıyormuş gibi çağırması ancak yemekte onlara yönelttiği 'fakültede bir erkeğin olabilecek yeri neden işgal ettikleri' sorusu, aslında kadınların akademik hayatta istenmediğinin bir başka göstergesidir. Nitekim filmin ilerleyen sahnelerinde dekan 10 yılını Harvard Hukuk'a kadın alınmaması için mücadeleyle geçirdim sözüyle de cinsiyetçi tavrını açık etmiştir.

Filmde yer alan erkeklerin çoğunun da dekanla aynı görüşte olduğu açıktır. Yargı süreçlerinde de uzun zamandır kadınları yok sayan bir bakış açısı hakimdir. Birçoğu Harvard mezunu olan hukukçuların da tıpkı dekan gibi düşündüğüne bakılarak esasen Harvard ekolünün yargı süreçlerinde etkili bir faktör olduğu görülmektedir. Kanun önünde eşitlik söz konusu olduğunda çoğu davada kadınların siyahilerin gerisinde yer aldığı fark edilmiş ve ırkla cinsiyetin farklı olduğu bu nedenle kadın ve siyahi karşılaştırması yapılamayacağı ifade edilmiştir. Bu yolla hem kişisel hem de çevresel görüşlerin yargıda çok ciddi etkiye sahip olduğu gösterilmektedir.

Harvard'da okuduğu iki sene sınıfının birincisi olan Ginsburg daha sonra Colombia Üniversitesine geçiş yapmış ve oradan da birincilikle mezun olmuştur. Ancak cinsiyeti ve bir yandan da Yahudi olması sebebiyle avukatlık firmaları iş vermeyi reddetmiş. Avukat olarak çalışamayacağını anlayan Ginsburg, Colombia Üniversitesinde profesör olarak çalışmıştır. Hukuk camiasındaki bu yaklaşım da yine yargıdaki kalıplaşmış görüşlerden bir başkasıdır. Onlara göre kadının asli görevi eve ve çocuğa bakmaktır. Çalışmak isteyen kadın ise öğretmen, hemşire ya da sekreter olmalıdır. Aynı şekilde bir erkek de öğretmen, hemşire ya da sekreter olamaz hatta olmamalıdır. Amerikan sisteminde o yıllarda bahsi geçen cinsiyete dayalı düzenlemeler ise yasalarda mevcuttur.

Filmde Moritz davasının temyize hazırlık süreci ve süreç boyunca davada görevli hakimleri etkileyerek istedikleri sonuca ulaşabilecekleri ortaya konulmaya çalışılmıştır. Hazırlık sürecinde davalı ve davacı taraf mahkemede görevli üç yargıcın, daha önceki davalarda nasıl kararlar verdiği, politik konularda hangi görüşlere sahip olduğu hatta aile yapısı, yaşı gibi unsurları bile dikkate alarak savunma dosyalarını hazırlamaktadırlar. Duruşma boyunca yargıçlarla ilgili bu edinilen bilgilere göre

hareket edilmeye çalışılmış ve Ginsburg'un son konuşmasının da etkisiyle Moritz idareye karşı davayı kazanmıştır. Film duruşma sonrasında kısaca davanın etkisinden ve Ginsburg'un Yüksek Mahkemede yargıç oluşundan bahsederek biter.

III. FİLMİN GINSBURG'UN GERÇEK YAŞAMIYLA BENZERLİKLERİ

Filmin baş karakteri olan 1933 doğumlu Ginsburg, Amerikan Yüksek Mahkemesine atanan ikinci kadın yargıçtır. Cornell Üniversitesinde okurken hukuk öğrencisi olan Martin Ginsburg'la tanışıp evlenmiş ve sonrasında Harvard Hukuk Fakültesine giriş yapmıştır. Ginsburg, öğrenciliği boyunca okulda birçok ayrımcılığa maruz kalmış ve sık sık kadın öğrencilerin kaliteli erkek öğrencilerin yerlerini çaldıkları yönünde bir baskıyla karşılaşmıştır. Buna rağmen okulda çok başarılı bir öğrenci olan Ginsburg eşinin kansere yakalanması sonucu geçirdiği zor günler nedeniyle ve sonrasında eşinin New York'ta işe başlamasıyla Columbia Üniversitesine geçiş yapmış ve eğitimini orada tamamlamıştır.⁴⁹

Okulu tüm baskılara rağmen birinci bitiren Ginsburg, mezuniyet sonrası Columbia Üniversitesinde akademisyen olarak çalışmaya başlamıştır. Üniversitedeki kadrolu ilk kadın profesör olan Ginsburg bir dönem Amerikan Sivil Özgürlükler Birliği Kadın Hakları Projesine (The Women's Rights Project of the American Civil Liberties Union) de başkanlık etmiştir.⁵⁰ 1980'de Temyiz Mahkemesinde yargıç olarak göreve başlayan Ginsburg, 1993'te Başkan Clinton'ın aday göstermesi üzerine tartışmalara neden olsa da Senatodan 96 kabul oyuna karşın 3 ret oyuyla Yüksek Mahkemeye yargıç olarak seçilmiştir.⁵¹ Vefatına kadar da Mahkemede görevine devam eden Ginsburg, özellikle kadın-erkek eşitliği konusunda çok fazla ilerlemeye öncülük etmiştir. Donald Trump'ın başkan olmasına açıkça karşı çıkmış ve görüşleri nedeniyle de Trump'ın tepkisini çekmiştir. Öte yandan Trump karşıtı gruplar 86 yaşındaki Ginsburg'un Trump'ın yargıdaki gücüne engel teşkil etmesi dolayısıyla

⁴⁹ <https://www.history.com/topics/womens-history/ruth-bader-ginsburg> (Erişim Tarihi: 27/09/2021)

⁵⁰ <https://time.com/5478411>

⁵¹ <https://www.biography.com/law-figure/ruth-bader-ginsburg> (Erişim tarihi: 30/08/2021)

desteklerini her zaman göstermişlerdir. 18 Eylül 2020'de vefat eden, hukuki başarıları, kadın haklarına katkısı ile dikkat çeken Ginsburg hakkında kitaplar ve makaleler yazılmış, onunla ilgili birçok program yapılmış⁵² BBC tarafından RBG isimli bir belgesel filmi de çekilmiştir. Ayrıca yargıç olmadan önce de bir profesör olan Ginsburg'un yazdığı birçok yayını bulunmaktadır.⁵³

IV. MORITZ DAVASININ HUKUKİ DEĞERLENDİRMESİ

Hukuki açıdan filmdeki olayları değerlendirmek için ise filmde tema edilen davayı incelemek yerinde olacaktır. Filmler gerçeklerden esinlenilse de belgesel olmadığından gerçek olayı incelemeyi yorum yapmak eksik, belki de yanlış sonuçlara varılmasına neden olabilmektedir. Davanın aslı, Charles E. Moritz, Petitioner-appellant, v. Commissioner of Internal Revenue, Respondent-appellee, 469 F.2d 466 (10th Cir. 1972) dosyasıdır⁵⁴. Charles E. Moritz' in idareye açtığı dava, Vergi Kanununun 214. maddesi gereğince vergi indirimi talebidir. İlgili kanun maddesine göre evde hasta ebeveynlerine bakmak için bakıcı tutan kişi vergi indirimi alabilmektedir fakat ilgili düzenleme kadınlar ve dul erkekler içindir. Bu nedenle de bekar bir erkek olarak Moritz'in vergi indirimine ilişkin talebi reddedilmiştir.

Moritz, daha önce hiç evlenmemiş bekar bir erkek olarak hasta annesinin bakımını üstlenmiş ve bu şartlardan dolayı vergi indirimini talep etmiştir. Ancak davada tartışmaya sebep olan 214. maddenin ilk

⁵² RBG hakkındaki farklı yayınlar için bkz.,

<https://www.bbc.co.uk/programmes/w3ct047z> (Erişim tarihi: 30/08/2021)

<https://www.youtube.com/watch?v=qRqe43iwhbw> (Erişim Tarihi: 02/09/2021)

<https://www.youtube.com/watch?v=QuB4vr6Elok> (Erişim Tarihi: 02/09/2021)

⁵³ Ginsburg'un bazı yayınları için bkz. GINSBURG, Ruth Bader. "Gender and the Constitution." U. Cin. L. Rev. 44, 1975., GINSBURG, Ruth Bader. "Some thoughts on autonomy and equality in relation to Roe v. Wade." NCL Rev. 63, 1984. Ginsburg, Ruth Bader. Speaking in a judicial voice. New York University Press, 2001., Ginsburg, Ruth Bader. "Sexual Equality Under the Fourteenth and Equal Rights Amendments." Wash. ULQ, 1979., GINSBURG, Ruth Bader, & Peter W. Huber. "The intercircuit committee." Harv. L. Rev. 100, 1986. GINSBURG, Ruth Bader, and Deborah Jones Merritt. "Affirmative action: an international human rights dialogue." Cardozo L. Rev. 21, 1999.

⁵⁴ <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/469/466/79852/> (Erişim Tarihi: 20/09/2021)

bendi:⁵⁵ “Genel kural —Bir veya daha fazla bakmakla yükümlü olunan kişinin bakımı için, kadın veya dul bir vergi mükellefine vergilendirme dönemi boyunca ödenen giderlerin indirimli olarak hesaplanmasına izin verilir.” şeklinde çevrilebilir ve bu maddeye göre Moritz’in indirim alamayacağı çok açıktır. Bu nedenle de Moritz’in davası ilk derece mahkemesi tarafından reddedilir. Hukuk felsefesi açısından bakıldığında da Bentham, Austin ve Hart gibi hukuki pozitivistlere göre karar yerindedir. Çünkü mahkeme kanunun ya da kararın içeriğinin ve sonucun ahlaki, toplumsal boyutlarını dikkate almadan kanunu uygulamak zorundadır.⁵⁶ Onların bakış açısına göre, Moritz’e kanun diğer herkese uygulandığı gibi uygulanmış ve bu nedenle de ilk derece mahkemesi adil bir karar vermiştir. Ancak Moritz bu kararın anayasaya aykırı olduğunu savunarak temyize gitmek istemiştir. Uzun bir süre davayı temyize götürecek avukat da bulamadığından davasından vazgeçmişken Ginsburglar davayı temyize götürmeye gönüllü olmuşlardır. ABD’de yargıda temyiz ilk basamağı federal temyiz mahkemesidir. Temyiz mahkemesine itiraz ise yüksek mahkemede yapılmaktadır.

Ginsburglar Federal temyiz mahkemesinde davayı kazandıktan sonra ise emsal kararların da etkisiyle ilgili maddenin ‘kadın ve dul’ kısmı, ‘bakım üstlenen birey’ olarak değiştirilmiştir.⁵⁷

V. YARGISAL TUTUM KAVRAMI IŞIĞINDA EŞİTLİK SAVAŞÇISI FİLMİNİN DEĞERLENDİRMESİ

Filmde bahsi geçen ve Ginsburglar tarafından temyize taşınan davanın Türkiye’de karşılığına bakacak olursak, idare mahkemesinden ret

⁵⁵ Internal Revenue Code of 1954, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-68/pdf/STATUTE-68A-Pg1.pdf>, 70. Maddenin ilk bendinin orijinali şu şekildedir: GENERAL RULE. — There shall be allowed as a deduction expenses paid during the taxable year by a taxpayer who is a **woman or a widower** for the care of one or more dependents (as defined in subsection (c) (1)), but only if such care is for the purpose of enabling the taxpayer to be gainfully employed.

⁵⁶ TORUN, s. 265-269.

⁵⁷ <https://law.justia.com>, 214. Maddenin emsal kararlar etkisiyle 1971 de değişmiş hali; "(a) Allowance of Deduction.-In the case of an **individual** who maintains a household which includes as a member one or more qualifying individuals (as defined in subsection (b) (1), there shall be allowed as a deduction the employment-related expenses (as defined in subsection (b) (2)) paid by him during the taxable year." olarak düzenlenmiştir.

alan davalı, temyiz için Bölge İdare Mahkemesine (BİM) gider ve filmde gösterilen BİM’de görüşülen davadır. Oradan çıkan karara itiraz için ise Türkiye’de Danıştay’a gidilmektedir. Ancak ABD’de federal sistem olduğundan oradaki temyiz süreçleri Türkiye’den farklıdır. Filmde ele alınan Amerikan sistemi olsa da dava sürecindeki insani taraflar her ülkede karşılaşılabilecek durumlardır. Yargısal tutumla ilgili yapılan birçok ülke çalışmasında da benzer sonuçların ortaya çıktığı görülmüştür.⁵⁸

Eşitlik Savaşçısı filminde doğrudan vurgu yapılmasa da hukuk dünyasının tutumu dikkat edilmesi gereken bir noktadır. Günümüzden uzak zamanlara dayandığı için artık mahkemelerin bu şekilde olmadığını ifade edenler olacaksa da yapılan yargısal tutum ve yargıç davranışı çalışmaları göstermektedir ki⁵⁹ yargıçları etkileyen ana konu ve faktörler değişmekle birlikte, kişisel düşünceler ve tecrübelerden etkilenme devam etmektedir. Epstein ve arkadaşlarının⁶⁰ yakın dönemde verilen stratejik modele dayalı mahkeme kararlarını ortaya koyan çalışmalarına ek olarak Routledge ve Oxford gibi önemli yayınevlerinin yargısal davranış üzerine çıkardığı el kitapları da yargısal davranış ve tutumların önemini devam ettirini göstermektedir. Özellikle emsal kararların ve içtihat hukukunun önemli olduğu sistemlerde yargıçların bakış açısı kararı

⁵⁸ GEGENAVA, D. “Constitutional Court of Georgia as Positive Legislator: Transformation and Modern Challenges” *Polish-Georgian Law Review*, 2007. s. 3., IRANİ, P. K. “The Courts and the Legislature in India.” *Int'l & Comp. LQ*, 14, 950, 1965., ROBINSON, Z. “Comparative judicial attitudinalism: A preliminary study of judicial choices in Westminster legal systems.” *U. Chi. Legal F.*, 209, 2011. Taylor, M. M., *Judging policy: courts and policy reform in democratic Brazil*. Stanford University Press, 2008.

⁵⁹ POURMOHAMMADİ, Reza, YUSEFİ, Mohammad Mahdi and FORUSHANİ, Mohaammad. “Judges’ social Backgrounds And Judicial Decision-Making.” *Law Quarterly* 51.3, 2021, pp. 409-427.

⁶⁰ EPSTEIN, Lee, ŠADL Urkša, and WEİNSHALL Keren. “The Role of Comparative Law in the Analysis of Judicial Behavior.” *American Journal of Comparative Law*, forthcoming, 2021. EPSTEIN, Lee, “Some Thoughts on the Study of Judicial Behavior”, *William & Mary Law Review*, Cilt 57, Sayı 6, 2016, s. 2017-2073 NELSON, Michael J. & EPSTEIN Lee. “Human Capital in Court: The Role of Attorney Experience in US Supreme Court Litigation.” (2021).

doğrudan etkilemektedir.⁶¹ Aynı şekilde Yıldırım ve arkadaşlarının⁶² çalışmalarında da görüldüğü gibi günümüz Türkiye'sinde de Anayasa Mahkemesi kararlarında yargısal tutumun etkisi görülmüştür.

Film özelinde düşünülecek olunursa da temyiz mahkemesindeki yargıçların özelliklerinin, görüşlerinin taraflarca önceden incelenmesi ve tarafların savunmalarını yargıçlara göre hazırlaması kanunlara ya da duruma göre değil, doğrudan kişileri etkilemeye yönelik çalışıldığını göstermektedir. Mahkemede görevli olan yargıçlardan birinin yerinde Harvard Hukuk Fakültesi dekanının görev yapması durumunda, davanın kesinlikle farklı sonuçlanacağı ortada olması, mahkeme ve kararlardan ziyade yargıç tutumunun sonucu belirlediğinin bir göstergesidir. Film de kısa olsa da idarenin avukatlarının Harvard'ın dekanı ve birkaç hukukçuyla daha bir araya gelerek temyiz davasına bakacak yargıçları tek tek ele alması ve hangisinin neye göre karar verdiği hangisine nasıl yaklaşımları gerektiği ve hatta yargıçları nasıl istedikleri sonuca yönlendirebilecekleri üzerinde yaptıkları tartışmalar gösterilmektedir. Bahsi geçen sahne aynı yasalara ve emsal kararlara bakacak olan üç yargıcın farklı sonuca varabileceğini de gösteren bir örnektir.

"Hakimler emsal kararlara uymak zorundadır. Ama kültürel değişimi yok sayamazlar. Bir mahkeme günün hava şartlarından etkilenmemelidir. Ama dönemin ikliminden etkilenecektir." Bu önemli tespit Ginsburg'un katıldığı derslerden birinde Profesör Paul A. Freund'un vurgu yaptığı bir cümledir. Filmin birçok yerinde tekrarlanan bu cümle mahkemenin nasıl karar vermesi gerektiğine dikkat çekmektedir.

Filmde davaya hazırlık sürecinde tarafların yargıçları kişisel olarak incelemesi ise esasen yargıç tutumu çalışmalarında yapılmaya çalışılan şeyin ta kendisidir. Yargıcın demografik özelliklerine, daha önceki iş tecrübelerine ve kararlarına bakılarak bir sonraki kararını tahmin etmek

⁶¹ EPSTEIN, Lee & LINDQUIST, Stefanie A. (Ed.), *The Oxford Handbook of US Judicial Behavior*, Oxford University Press, 2017. HOWARD, Robert M., & RANDAZZO, Kirk A., eds. *Routledge Handbook of Judicial Behavior*. Routledge, Taylor & Francis Group, 2018.

⁶² YILDIRIM, Engin, Aziz KUTLAR, and Serdar GÜLENER. "1962-1982 Dönemi Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Yargısal İdeal Noktalarının Belirlenmesi." *Amme İdaresi Dergisi* 50.4, 2017, ss. 1-31.

ya da istenen karara yönlendirecek şekilde dosyayı hazırlamak mümkün görünmektedir.

Filmde kurgusal tarafların bulunması nedeniyle mahkeme süreçlerini birebir yansıttığını söylemek doğru olmasa da akademik literatürde, yıllarca hukuk dünyasında görev yapmış yargıç ve avukatların hatıratlarında, hatta mahkeme kararlarında gözlenenlerin de filmde anlatılardan çok farklı olmadığı anlaşılmaktadır. Benzer davaların farklı mahkemelerde farklı sonuçlanması ya da belirli bir dava için her üst mahkemede farklı karar verilmesi de davayı inceleyen kişilerin sonuçta etkili olduğunu gösterir. Bunun nedeni de aynı vaka, aynı kanunlar ve aynı emsal kararlara başvurmalarına rağmen aynı sonucu elde etmemiş olmalarıdır.

Filmde yargıç davranışını etkileyen faktörler; dönemin erkek egemen anlayışı ve bunun aksinin hiç düşünülmemesi, yargıçların yetiştiği okulun ekolünün etkisi (Harvard'ın kadına bakışının karar vericide bir bakış açısı oluşturması), dava taraflarının cinsiyeti ve ırkı (filmde bir siyahinin davası görülmesi de kadın ve siyahi karşılaştırmalarına sık sık yer verilmesi ırka karşı da ön yargılı bir tutum olduğunu göstermektedir), daha önceki benzer dosyalarda verilen emsal kararlar ve az da olsa dönemin şartları olarak sıralanmaktadır.

SONUÇ

Çalışmada yargısal tutum kavramının Eşitlik Savaşçısı filmindeki yansımaları üzerinden yargısal karar vermenin hangi faktörlerden etkilendiği somutlaştırılmaktadır. Filmde genel olarak, ilgili dava süreci, dava boyunca hem savunma hem de iddia makamının mahkeme salonu dışında kendi içlerinde yaptıkları tartışmalar, davadaki hakimlerin özelliklerini eski davalarını inceleyip ona göre savunma hazırlama çabaları, duruşma salonunda tarafların konuşmaları sırasında yargıçların ve izleyicilerin tepkileri vs. göz önünde bulundurulduğunda yargısal karar vermenin birçok bileşeni olan karmaşık bir süreç olduğu görülmüştür. Tarafların çabaları bir yandan davayı kazanmakken diğer taraftan da dava sonucu bir prestij konusu haline gelmiştir. İki taraf da dava sonucunda çok şeyin değişeceğini düşünmektedir. Filmde coşku getiren bir sonuçla Ginsburg'un müvekkili kazanmış ve sonuç büyük yankı uyan-

dırmıştır. Bu sonucun yansıtılması seyirciyi memnun etmek için abartılmış olsa da ilgili dava sonrası Amerika Birleşik Devletleri'nde karar emsal kabul edilmiş ve ilk olarak vergi hukukunda sonrasında ise farklı davalarda ve yasal düzenlemelerde değişikliğe yol açmıştır.

Dava sonucunun gerçek hayattaki yansımalarının yargısal tutumun önemini kanıtladığını söylemek mümkündür. Bu açıdan filmin yargıda yargıcın ne kadar önemli olduğunu ve yargıcın bir birey olarak da tüm yanlarının dikkate alınarak karar verme çalışmalarının yapılması gerektiğini farklı bir bakış açısıyla göstermesi özellikle hukuk öğrencileri tarafından izlenmesine ayrı bir önem kazandırmıştır. Dava boyunca yargıçlara ulaşmaya çalışan tarafların asıl endişesi kadın-erkek eşitliğine ve devamında birçok alanda erkek egemenliğin ortadan kalkacağına neden olan bir etkinin doğacağıdır. Nitekim dava sonucunda yaşananlar da haklı olduklarını göstermiş, basit gibi görünen bir dava toplumda ve yargıda ciddi değişikliklere sebep olmuştur. Aynı şekilde o dönemde avukatlık bile yapamayan Ginsburg yaşanan değişimlerle Yüksek Mahkemede yargıçlığa kadar yükselebilmiştir.

Çalışmada yapılmaya çalışılan, ilgili dava ya da filmdeki görüşlerin ya da yaşananların değerlendirilip doğruluğunu savunmaktan öte yargısal tutumun basit bir örnek üzerinden anlatılmaya çalışılmasıdır. Bu nedenle yargısal tutum çalışmalarının okunması hukukla ilgili yapıtları takip ederken farklı bir bakış açısı kazandıracığı gibi gündelik hayatta hukuk dünyasına bakışımızın da değişmesinde etkili olacaktır.

Yargısal tutum kavramı yargıçların karar verirken yasalar dışında kişisel tercihleri, dönemin şartları hatta farkında olmadan geçmiş hayatlarından bile etkilendiklerini göstermektedir. Yargı kararlarına baktığımızda aynı davanın ilk derece mahkemede verilen kararının aynı yasalar çerçevesinde temyiz aşamasında ve üst mahkemelerde farklı sonuçlanması bile yargıcın bakışının sadece yasalardan etkilenmediğini ve farklı etkenlerin olduğunu ortaya koymaktadır.

Son olarak altının çizilmesi gereken nokta, filmle ilgili değerlendirme yapılırken anlatılan dönemin 1970'li yıllardan 1990'lara kadar ki dönemi ve ABD yargısını yansıttığıdır. Günümüze çok yakın olmayan farklı bir ülkedeki sistemi özellikle bir film üzerinden Türkiye ile karşı-

laştırmak çok yerinde bir yaklaşım olmadığı düşünülebilir. Ancak yargısal tutum literatürünün ortaya çıktığı ve ampirik çalışmaların özellikle 1960 sonrası ve ABD mahkemeleri üzerinden yapıldığı göz önünde bulundurulursa literatürü anlamak ve Türkiye'yi de yargısal tutuma göre inceleyebilmek için Eşitlik Savaşçısı filmi ilk adım olarak kabul edilebilir.

KAYNAKLAR

- AKBAŞ, Kasım, "Ronald Dworkin: Pozitivizmin ve Doğal Hukukun Eleştirisinden Bir 'Yargılama Kuramı'na", Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş, UZUN, Ertuğrul (ed.), İthaki Yayınları, İstanbul, 2015, s. 195-212.
- ARONSON, E., Wilson, T. D., AKERT, R. M., & GÜNDÜZ, O. Sosyal Psikoloji. Kaknüs Yayınları, 2012.
- BAUM, Lawrence, "Motivation and Judicial Behavior: Expanding the Scope of Inquiry." (Klein, David E., and Gregory Mitchell, eds). The Psychology of Judicial Decision Making, 2010, pp.3-25.
- BAUM, Lawrence, Judges and their Audiences: A Perspective on Judicial Behavior., 2006.
- BAUM, Lawrence, The puzzle of judicial behavior. University of Michigan Press, 2009.
- CARDOZO, Benjamin N., The Nature of the Judicial Process, Yale University Press, New Haven, 1921.
- CARDOZO, Benjamin N., Yargı Sürecinin Doğası (Çev. Muzaffer DÜLGER ve Sedat ERÇİN), İstanbul Tekin Yayınevi, 2018.
- CEYLAN, Şule Şahin. HLA Hart'ın Hukuk Kavramı. On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- DEDE, Savaş, "Toplumsal Faktörlerin Hâkimlerin Kararları Üzerindeki Etkisi". Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyoloji Anabilim Dalı. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, 2017.
- DWORKIN, Ronald M. "The model of rules." The University of Chicago Law Review 35.1, 1967, pp. 14-46.
- EPSTEIN, Lee & LINDQUIST, Stefanie A. (Ed.), The Oxford Handbook of US Judicial Behavior, Oxford University Press, 2017.
- EPSTEIN, Lee, "Some Thoughts on the Study of Judicial Behavior", William & Mary Law Review, Cilt 57, Sayı 6, 2016, pp. 2017-2073.
- EPSTEIN, Lee, ŠADL Urkša, and WEİNSHALL Keren. "The Role of Comparative Law in the Analysis of Judicial Behavior." American Journal of Comparative Law, forthcoming, 2021. (<https://static1.squarespace.com/static/60188505fb790b33c3d33a61/t/60447b74c343a45fe3dd7194/1615100788882/JudBehCompLaw.pdf>)

- ERDOĞAN, Mustafa. *Anayasal Demokrasi*, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2015.
- GINSBURG, Ruth Bader, "Gender and the Constitution." *U. Cin. L. Rev.* 44, 1975.
- GINSBURG, Ruth Bader, "Sexual Equality Under the Fourteenth and Equal Rights Amendments." *Wash. ULQ*, 1979.
- GINSBURG, Ruth Bader, "Some thoughts on autonomy and equality in relation to *Roe v. Wade*." *NCL Rev.* 63, 1984.
- GINSBURG, Ruth Bader, & HUBER, Peter W. HUBER. "The Intercircuit Ccommittee." *Harv. L. Rev.* 100, 1986.
- GINSBURG, Ruth Bader, & MERRITT, Deborah Jones "Affirmative Aaction: an Iinternational Hhuman Rrights Ddialogue." *Cardozo L. Rev.* 21, 1999.
- GINSBURG, Ruth Bader, *Speaking in a Judicial Voice*. New York University Press, 2001.
- HART, Herbert Lionel Adolphus, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 2012.
- HEYWOOD, Andrew, *Siyasi İdeolojiler, Liberte*, 1997.
- HİRŞ, Ernest E. *Pratik Hukukta Metot (Güncellenmiş 8. Baskıdan Tıpkı Basım)*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2018.
- HOWARD, Robert M. & KIRK A. Randazzo (Ed.), *Routledge Handbook of Judicial Behavior*, Routledge, 2017.
- HOWARD, Robert M., & RANDAZZO, Kirk A., eds. *Routledge Handbook of Judicial Behavior*. Routledge, Taylor & Francis Group, 2018.
- <https://cardozo.yu.edu/about-cardozo/about-benjamin-n-cardozo> (Erişim Tarihi: 20/03/2021)
- <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/469/466/79852/> (Erişim Tarihi: 19/09/2021)
- <https://time.com/5478411/on-the-basis-of-sex-true-story/> (Erişim Tarihi: 10/08/2021).
- <https://www.bbc.co.uk/programmes/w3ct047z>
- <https://www.beyazperde.com/filmler/film-237762/> (Erişim Tarihi: 30/ 08/ 2021)

<https://www.biography.com/law-figure/ruth-bader-ginsburg> (Erişim Tarihi: 30/08/ 2021)

<https://www.history.com/topics/womens-history/ruth-bader-ginsburg> (Erişim Tarihi: 27/09/2021)

https://www.imdb.com/title/tt0050083/?ref_=nv_sr_srsrg_0 (Erişim Tarihi: 27 / 08/ 2021)

https://www.imdb.com/title/tt0055031/?ref_=nv_sr_srsrg_0 (Erişim Tarihi: 27 / 08/ 2021)

https://www.imdb.com/title/tt0056592/?ref_=nv_sr_srsrg_0 (Erişim Tarihi: 27 / 08/ 2021)

https://www.imdb.com/title/tt1070874/?ref_=nv_sr_srsrg_8 (Erişim Tarihi: 27 / 08/ 2021)

https://www.imdb.com/title/tt1078588/?ref_=fn_al_tt_1 (Erişim Tarihi: 27 / 08/ 2021)

https://www.imdb.com/title/tt1279180/?ref_=fn_al_tt_1 (Erişim Tarihi: 27 / 08/ 2021)

<https://www.imdb.com/title/tt4669788/> (Erişim Tarihi: 27 / 08/ 2021)

<https://www.imdb.com/title/tt4669788/> (Erişim Tarihi: 27 / 08/ 2021)

<https://www.youtube.com/watch?v=qRqe43iwhbw> (Erişim Tarihi: 02/09/2021)

<https://www.youtube.com/watch?v=QuB4vr6Elok> (Erişim Tarihi: 02/09/2021)

Internal Revenue Code of 1954,
<https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-68/pdf/STATUTE-68A-Pg1.pdf>.

KENNEDY, Duncan, *Modern Hukukun Kaderi*, Dost Yayınları, Ankara, 2017.

KLEIN, David E., & GREGORY Mitchell, eds. *The psychology of Judicial Decision Making*. Oxford University Press, XIII, 2010.

KLONOSKI, James R. / MENDELSON, Robert. I. (Ed.), *The Politics of Local Justice*, Little Brown, Boston, 1970.

METİN, Sevtap, (eds.), *Hukuku Sinemada Görmek*, Tekin Yayınevi, İstanbul, 2015.

MILES, Thomas J., & SUNSTEIN, Cass R. "The New Legal Realism." *U. Chi. L. Rev.* 75, 2008.

- MİSAFİR, Selim, Devlet ve İnsan Hakları Perspektifinden Hukuk ve Sinema, Ankara, Astana Yayınları, 2021.
- NELSON, Michael J. & EPSTEIN Lee. "Human Capital in Court: The Role of Attorney Experience in US Supreme Court Litigation.", 2021.
(<https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/714577?journalCode=jlc>)
- ODER, Bertil Emrah. Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri: Hukuksal Yöntem Bilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma. Beta, 2010.
- ÖKTEM, Niyazi, & TÜRKBAGÇ, Ahmet Ulvi, Felsefe Sosyoloji Hukuk ve Devlet, Der Yayınları, 7. Baskı, İstanbul, 2017.
- POURMOHAMMADI, Reza, YUSEFİ, Mohammad Mahdi, & FORUSHANI, Mohaammad. "Judges' social Backgrounds And Judicial Decision-Making." Law Quarterly 51.3, 2021, pp. 409-427.
- SEGAL, J. A., & SPAETH, H. J. The Supreme Court and The Attitudinal Model Revisited, Cambridge University Press, 2002.
- SEGAL, Jeffrey A, "Judicial Behavior", (Ed.) CALDEIRA, A. / KELEMEN, R. Daniel & WHITTINGTON, Keith E.: The Oxford Handbook of Political Science, Oxford University Press, 2008.
- SPAETH, Harold J. "The Attitudinal Model." In *Contemplating Courts*, ed. Lee Epstein. Washington, DC: CQ Press, 1995.
- TAYLOR, E. Hunter. "H.L.A. Hart's Concept of Law in the Perspective of American Legal Realism." *The Modern Law Review* 35.6, 1972, pp. 606-620.
- TORUN, Yıldırım. Hukuk felsefesi. Orion Kitabevi, 2012.
- UZUN, Ertuğrul. "H.L.A. Hart: Kurallar Sistemi Olarak Hukuk." *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş*, UZUN, Ertuğrul (ed.), İthaki Yayınları, İstanbul, 2015, ss. 139-165.
- WALUCHOW, Wilfrid J. "Hart, Legal Rules and Palm Tree Justice." *Law and Philosophy* 4.1, 1985, pp. 41-70.
- WEIDEN, David L. "Judicial politicization, ideology, and activism at the high courts of the United States, Canada, and Australia." *Political Research Quarterly* 64.2, 2011, 335-347.

- WEIDEN, David L. *Judicial Decision-Making In Comparative Perspective: Ideology, Law And Activism In Constitutional Courts*, unpublished doctoral dissertation, Austin, 2007.
- WILLIAMS, Damian. *Legalism, Judicial Rational-Choice, and the Majority Opinion in Citizens United*, 2018.
- WRIGHTSMAN, Lawrence S. "Judicial Decision Making: Is Psychology Relevant?" Vol. 11. Springer Science & Business Media, 2012.
- YILDIRIM, Engin KUTLAR, Aziz, ve GÜLENER, Serdar "1962-1982 Dönemi Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Yargısal İdeal Noktalarının Belirlenmesi." *Amme İdaresi Dergisi* 50.4, 2017, ss. 1-31.
- YILDIRIM, Engin, & GÜLENER, Serdar, "Anayasa Mahkemesi Kadın Üyelerinin Yargısal Tutumları: Ampirik Bir Araştırma." *Anayasa Hukuku Dergisi* 6.11, 2017, s. 51-84.

KEFALET SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL VE EŞİN RIZASI

Dr. Öğr. Üyesi Banu Bilge SARIHAN *

Öz

Kefalet sözleşmesi, kefil ile alacaklı arasında yapılan ve kefilin borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir. Kefalet sözleşmesinin koşulları Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Buna göre, öncelikle mevcut ve geçerli bir asli borcun olması, kefilin kefalet ehliyetine sahip olması, kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerekir. Kefil, sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefalet söz konusu ise bu sıfatla veyahut bu anlama gelen bir ifadeyle sorumluluk altına girdiğini kendi el yazısı ile belirtmelidir. Kefilin kefalet ehliyeti konusunda da özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Evli kişiler, ancak eşinin yazılı rızasının olması halinde kefil olabilirler. Bu husus Türk Borçlar Kanunu'nun "Eşin rızası" başlığını taşıyan 584. maddesinde hükme bağlanmıştır. Çalışmamızda öncelikle kefalet sözleşmesi, sonrasında bu kapsamda kefalet sözleşmesinin şekil şartı ve eşin yazılı rızasının alınması kapsamlı bir şekilde değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Kefalet Sözleşmesi, • Kefil • Kefalet Sözleşmesinde Şekil • Kefil Olma Ehliyeti • Eşin Rızası

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

✉ bbsarihan@yahoo.com • ORCID 0000-0003-4686-3752.

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: SARIHAN Banu Bilge, "Kefalet Sözleşmesinde Şekil Ve Eşin Rızası", *SÜHFD.*, C. 30, S. 1, 2022, s. 221-258.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

FORM AND CONSENT OF SPOUSE IN SURETY CONTRACT

Abstract

Surety contract is the contract between the guarantor and the creditor, in which the guarantor undertakes to be personally responsible for the consequences of the debtor's failure to repay the performance. The requirements of the surety contract are arranged in the Turkish Code of Obligations. Accordingly, first of all, there must be an existing and valid principal debt, the guarantor must have capacity to surety and the surety contract must be made in writing. The guarantor must state in his own handwriting the maximum amount for which he is responsible, the date of the surety and, in the case of joint surety, that he is under responsibility in this capacity or with an expression that has the same meaning. There is also a special regulation on the capacity to surety. Married persons can be a guarantor only if their spouse has written consent. This issue is arranged in Article 584 of the Turkish Code of Obligations, which is titled "Spousal consent." In our study, first of all, the surety contract, then the form requirement of the surety contract and the written consent of the spouse have been comprehensively evaluated.

Key Words

Surety Contract • Guarantor • Form in Surety Contract • Eligibility to be a Guarantor • Consent of Spouse.

GİRİŞ

Alacaklı ile borçlu arasında kurulan bir borç ilişkisi gereğince, borçlu borcunu yerine getirmeyecek olursa, alacaklı kefile başvurmak suretiyle borcun ifasını isteyebilir. Dolayısıyla kefalet sözleşmesi alacaklı ile borçlu arasında mevcut olan bir borcun teminat altına alınması amacıyla yapılmaktadır. Kefalet sözleşmesi, "Tanımı" başlığını taşıyan TBK.m.581 hükmüne göre, "*Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.*".

Türk Borçlar Kanunu'nun m.581-602 hükümlerinde kefalet sözleşmesine ilişkin ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir; bu düzenlemeler niteliği itibariyle düzenleyici niteliktedir ve tarafların aksini kararlaştırabilmeleri mümkündür. Ancak TBK.m.582/III'de bunun istisnasına yer verilmiştir. Bu hükme göre, "*Kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez.*".

Kefalet sözleşmesi tek tarafa yani kefile borç yükleyen bir sözleşmedir; alacaklı herhangi bir borç altına girmez. Ayrıca kefalet sözleşmesi, ivazsız bir sözleşmedir; teminat altına alınan kefalet borcu karşılığında, kefil alacaklıdan bir karşı edim söz konusu değildir. Kefalet sözleşmesi, teminat sebebine dayanan bir borçtur; sürekli borç doğuran bir sözleşme değildir. Kefalet borcu, asıl borçtan ayrı bağımsız bir borçtur ve kefalet borcu bir para borcudur. Kefalet sözleşmesi, geçerli bir asıl borcun varlığına bağlı olduğundan asıl borca bağlı yan bir borçtur. Aynı zamanda kefalet borcu, tali bir borçtur; alacaklı alacağını asıl borçludan alamadığı zaman kefile başvurabilir.

I. KEFALET SÖZLEŞMESİ

A. Kefalet Sözleşmesi Kavramı ve Tanımı

Kefalet, borçlunun borcunu ödememesi dolayısıyla, alacaklıya sözleşme ile kararlaştırılmış olan tutarın ödenmesini amaçlanmaktadır. Bu teminatın sağlanması amacıyla geçerli bir sözleşme bulunması aranmakta olup borçlunun borcuna aykırı davranış sergilemeyeceğine ilişkin güvence sunan kişiye kefil denilmektedir¹. Kefilin sorumluluğunu asıl borçlunun sahip olduğu borcu ödemek değil, kefalet sözleşmesinde gösterilmiş olan bir miktar parayı ödemek oluşturmaktadır².

Kefalet sözleşmesi, bir borcun ifasını teminat altına almayı amaçlayan teminat sözleşmelerinden biridir³. Kefalet sözleşmesine ilişkin hükümler, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun⁴ 581-602. maddelerinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Kefalet Sözleşmesi

¹ KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2020, s. 661-662.

² FINCAN, Aybüke: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep Üniversitesi, 2019, s.6, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jspid=PZRnDWN6biauuw-9VwQbmA&no=nEWKqFwB31vIV-SXjFdL0w> , E.T. : 05.06.2021; AYAN, Serkan, Kefalet Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.41; GÜMÜŞ, M. Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.2, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.320; TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s.693.

³ OĞUZMAN, M.Kemal /ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 14. Bası, İstanbul, 2016, s. 47.

⁴ 6098 s.Türk Borçlar Kanunu (RG. 04.02.2011/27836).

TBK.581. maddesi uyarınca “Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.” şeklinde tanımlanmıştır.

Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya, borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde ortaya çıkacak sonuçlardan kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği bir sözleşme olduğundan, alacaklı ve borçlu arasındaki borcun ifasını teminat altına almayı amaçlamaktadır⁵.

Borçlunun, borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olan kefil, alacaklının uğramış olduğu zararı bir miktar para ödenmesi suretiyle ödemekle sorumludur. Kefil, yalnızca sözleşmeden doğan borçlardan değil, her türlü borca ilişkin kefil olabilecektir⁶.

B. Kefalet Sözleşmesinin Kurulması

Kefalet sözleşmesi kefil ile alacaklı arasında, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulmaktadır⁷. Genellikle kefalet sözleşmesinin, tek taraflı borç yükleyen sözleşme niteliğini haiz olması dolayısıyla sözleşmenin kurulması bakımından, kefil olma iradesinin anlaşılabilirliği büyük önem arz etmektedir. İradenin anlaşılabilirliği bakımından TBK.’nın sözleşmenin kurulması ve yorumlanmasına ilişkin hükümleri uygulama alanı bulmaktadır⁸.

Kefil olma önerisi kefil tarafından yapılabileceği gibi, alacaklı tarafından da yapılabilmektedir. Kefil tarafından öneri durumunda, kefil olma iradesinin açıklanması, TBK.m.583 maddesi ile şekle tabi tutulmuştur. Şekle uygun olmaksızın yapılan öneri geçerli olmayacaktır. Alacaklı kefilin önerisini açık yahut örtülü şekilde kabul edebilir⁹.

⁵ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Bası, Ankara 2018, s.759; GÜNSAY, Töre, “Kefalet Sözleşmesinin Fer’iliği İlkesi”, DEÜHFD., Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C.19, Özel Sayı, 2018, s.1081; ÖZEN, Burak, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, Genişletilip Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul, 2017, s.68-69; AYAN, s.18.

⁶ AKTÜRK, Emrah: Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları ve Sonuçları, 1. Baskı, Ankara 2020, s. 32; GÜNSAY, s.1085; ZEVKLİLER, Aydın; GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2018,s.660-661; ÖZEN, s.149; AYAN, s.41.

⁷ ÖZEN, s.161; GÜMÜŞ, s.334.

⁸ AKTÜRK, s.32; ÖZEN, s.161.

⁹ AKTÜRK, s.33.

Alacaklı tarafından önerinin yapılması halinde, kefil alacaklı tarafından gönderilen kefalet önerisini TBK.m.583 hükmü uyarınca doldurup alacaklıya göndermelidir. Kabul beyanı ulaşmadığı takdirde kabul beyanı ve sözleşme söz konusu olmayacaktır¹⁰. Kefilin şekle uymaksızın öneriyi kabulü halinde sözleşme geçersizlik yaptırımına uğrayacaktır. Ek iradi şekil şartı öngörülmesi ve şarta uyulmaması halinde yapılan beyan kabul beyanı sayılmamakta olup sözleşme kurulmayacaktır. Kefalet sözleşmesinin devamlılığı açısından zilyetliğin devamı zorunlu değildir¹¹. Kefalet sözleşmesi kanunda yer alan geçerlilik şartlarını içermediği takdirde kefalet borcu geçerli olmayacaktır.

C. Kefalet Sözleşmesinin Tarafları

Kefalet üç taraf ve üç ilişki barındırmaktadır. Birinci ilişki borçlu ile alacaklı arasında olup, borç ilişkisinin tarafı olabilecek herkes, kefalet ile teminat altına alınmış olan asıl borç ilişkisinin tarafı olabilmektedir¹². İkinci ilişki; alacaklı ve kefil arasındadır. Kanunda yer alan tanımdan da anlaşıldığı üzere kefalet sözleşmesi alacaklı ve kefil arasında yapılmaktadır. Asıl borçlu kefalet sözleşmesinin tarafı değildir. Nitekim asıl borçlu, kefilin temsilcisi olarak kefalet sözleşmesi akdedebilecektir¹³. Üçüncü ilişki ise borçlu ve kefil arasında yer alan, alacaklıya karşı sorumluluğunu yerine getiren kefilin asıl borçluya rücu ilişkisi niteliğindedir. Bu ilişki bir sözleşmeye yahut kanuna dayanabilir¹⁴.

D. Kefalet Sözleşmesinin Unsurları

1. Mevcut ve Geçerli Bir Asli Borcun Mevcudiyeti

Kefalet, TBK. 582. maddesi uyarınca mevcut ve geçerli bir aslin borcun varlığına bağlıdır¹⁵. Asıl borcun kaynağı önemli olmamakla

¹⁰ AKTÜRK, s.34.

¹¹ AKTÜRK, s.34-35.

¹² KILIÇOĞLU, s.662; YAVUZ, Cevdet; ACAR, Faruk; ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s.785.

¹³ ÖZEN, s.60.

¹⁴ KILIÇOĞLU, s.662; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.785.

¹⁵ AYRANCI, Hasan, "Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları", AÜHFD., C.53, S.2, Yıl 2004, s.96; ÖZEN, s.88; AYAN, s.26; REİSOĞLU, Seza, Türk Kefalet Hukuku, Ankara, 2013, s.24; GÜMÜŞ, s.322; TANDOĞAN, s.695; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.790; ARAL, Fahrettin; AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.466; YILMAZ, Merve, "Türk

beraber sözleşmeden, haksız fiilden yahut sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanabilir¹⁶. Kefalet, asıl borca bağlı feri borç niteliğini haiz olduğundan, kefilin alacaklıya teminat verdiği borcun geçerli şekilde doğması ve kurulması gerekir. Aksi halde kefilin sorumluluğundan söz edilemez¹⁷. Nitekim gelecekte doğacak yahut koşula bağlanmış bir borcun, borç doğduğunda yahut koşulların gerçekleştiğinde hüküm ifade etmesi üzerine de kefalet sözleşmesi kurulabilmektedir. (TBK.m.582/1)

2. Kefilin Alacaklıya Karşı Sorumluluk Üstlenmesi

Kefil, TBK. 581. maddesi uyarınca kefalet sözleşmesi dolayısıyla borçlunun alacaklıya borcunu ifa etmemesi üzerine kişisel olarak sorumluluk üstlenmektedir. Bir diğer ifadeyle borçlunun borcunu ifa etmemesi dolayısıyla alacaklıya teminat sağlamaktadır. Kefil, kefalet sözleşmesi ile asıl borcun borçlusu olmamakta, ancak asıl borçlunun borcunu ifa etmemesi dolayısıyla kefilin sorumluluğu söz konusu olabilmektedir¹⁸.

3. Borçlunun Borcunu İfa Etmemesi Dolayısıyla Kefilin Sorumluluk Üstlenmesi

Kefil, borçlunun borcunu ifa etmemesinden ötürü ancak kefalet sözleşmesinde kararlaştırılmış olan para miktarı ile sorumlu olmaktadır. Bu bağlamda TBK. 581. maddesi hükmünde yer alan “*ifa etmemesi*” ifadesi borçlunun borcunu hiç ifa etmemesi yahut gereği gibi ifa etmemesi durumlarını kapsamaktadır¹⁹. Kefilin borcu tali nitelikte olup,

Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.1, S.7, Y.2, Ankara, 2011, s.5.

¹⁶ AYRANCI, s.96; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s.659-660; ÖZEN, s.57; REİSOĞLU, s.24; TANDOĞAN, s.693; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.784; AYDOĞDU, Murat; KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s.833; AKSOYOĞLU, Necati, “Borçlar Kanunu Tasarısındaki Kefalet Sözleşmesine İlişkin Önemli Değişiklikler”, Bankacılık Dergisi, S.72, İstanbul, 2010, s.95; GÜNARSLAN, Banu, “Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası”, Terazi Hukuk Dergisi, C.13, S.143, Temmuz 2018, s.91.

¹⁷ KILIÇOĞLU, s.663; AYRANCI, s.97.

¹⁸ KILIÇOĞLU, s.663; AYAN, s.47; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.785.

¹⁹ Kefilin sorumluluğunun kapsamının sınırsız olduğu söylenemez. Sorumluluğun kapsamı için bkz., ÖZEN, s.127 vd.; YILMAZ, Merve, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı”, TBB Der-

borçlunun borcunu ifa etmesi veya ifaya hazır olduğunu bildirmesi halinde kefilin sorumluluğu bulunmamaktadır²⁰.

II. KEFALET SÖZLEŞMESİNDE ŞEKİL

A. Genel Olarak

Kefalet sözleşmesinin geçerliliği TBK. 583. maddesi uyarınca şekil kurallarına tabi tutulmuştur.

“MADDE 583- Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.

Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır. Taraflar, yazılı şekle uyararak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler.”

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz.”

TBK.m.583/1, kefalet sözleşmesinin “geçerlilik şeklini” düzenlemiştir. Kefalet sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin şekil kuralları emredici niteliktedir. Bu bağlamda, kanun ile öngörülmüş olan şekil kuralları, taraf iradeleriyle ortadan kaldırılamaz. Ancak taraflarca hükümde belirtilen şekil şartları dışında, koruyucu etkisini arttırmaya yönelik anlaşmalar yapması mümkündür²¹. Kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin unsurları kefalet verene ilişkin düzenlenmiş olup alacaklıya ilişkin şekil kuralı öngörülmediğinden maddede geçen geçerlilik şekli tek taraflıdır²². Geçerlilik şekline uyulmadan yapılan bir

gisi, S.197, 2011, s.155-170; KARA KILIÇARSLAN, Seda, “Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı”, GÜHFD., C.XIII, S.1-2, s.43-59.

²⁰ KILIÇOĞLU, s.664.

²¹ AKTÜRK, s. 153-154; Noter tarafından gerçekleştirilecek resmi şekli nitelikli yazılı şekli karşılayıp karşılamayacağına ilişkin değerlendirmeler için bkz., ÖZEN, s.223-224.

²² DEMİR, Şamil : “Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı.” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, no. 108, 2013, ss. 87-122. Türkiye Barolar Birliği,

kefalet sözleşmesi kesin hükümsüzlük yaptırımına tabii olacaktır²³. Geçerlilik şekli getirilmesinin sebebi kefilin sorumluluk altına girerken daha fazla düşünmesinin istenmesidir, zira kefil çoğu zaman herhangi bir karşılık da söz konusu olmaksızın bu sözleşme ile borç altına girmektedir²⁴.

B. Şekil Şartının Kapsamı

Öncelikle kefil olma iradesinin kefalet sözleşmesi metninde bulunması gerekmektedir²⁵. Bunun için metinde “kefil” veya “kefalet” kavramlarının yer alması şart değildir, burada asıl borç ilişkisinde alacaklı tarafa fer’i bir biçimde, asıl borç ilişkisindeki borçlunun borcunu ifa etmemesi sebebiyle şahsen sorumlu olunacağına taahhüt edilmesi yeterli kabul edilmektedir²⁶. Kefalet sözleşmesinde uyulması gereken şekil koşulunu düzenleyen TBK. m.583 hükmüne göre kefalet sözleşmesinde kefil, sorumlu olacağı azami miktarı, kefalet tarihini²⁷, müteselsil kefil olması halinde bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini, kendi el yazısı ile belirtmek zorundadır²⁸. Kefalet tarihinin sadece varlığı yeterli değildir; aynı zamanda bunun kefilin el yazısı yazılması gerektiği hususu da

<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-108-1307>, s.89; ÖZEN, s.218-219; AYAN, s.183; GÜMÜŞ, s.352.

²³ AYAN, s.184-185; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.671; TANDOĞAN, s.740-741; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.801; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.841; YILMAZ, Geçerlilik Şartları, s.15. Kefalet türünün kefilin el yazısı ile yazılmamış olması diğer şekli şartların tam olması koşuluyla sözleşmeyi geçersiz hale getirmez ancak kefalet adı kefalet sayılır. Bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.671; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.842.

²⁴ ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s.671; AYAN, s.182-183; TANDOĞAN, s.740.

²⁵ GÜMÜŞ, s.354; AYAN, s.218; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.672; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.841.

²⁶ GÜMÜŞ, s.354; AYAN, s.218; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.672; TANDOĞAN, s.746-747; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.841.

²⁷ 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda, kefalet tarihinin sözleşmede yazılı olması geçerlilik koşulu olarak düzenlenmemiştir, TBK.m.583’te geçerlilik koşulu olarak hükme bağlanmıştır. Ayan’a göre kefalet sözleşmesinin akdedildiği tarih kefilin el yazısı ile belirttiği ifadelerden anlaşılabilirse bu da yeterlidir. Açıkça tarih olarak belirtilmesi bir zorunluluk değildir. Bkz. AYAN, s.205-206.

²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. BAŞ, Ece, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler”, İÜHF C. LXX, S. 2, 2012, s.128 vd.; EREN, s.773; REISOĞLU, s.80 vd.; GÜMÜŞ, s.353 vd.; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.840 vd.

hükümde düzenlenmiştir. Dolayısıyla kefalet sözleşmesinde tarih kısmının boş bırakılması suretiyle, sonrasında kefilin aleyhine olumsuzlukların ortaya çıkması engellenmek istenilmiştir²⁹. Ayrıca TBK.m.589/3'e göre, "Sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur.". Bu düzenleme amaçlanan koruma, kefalet sözleşmesinde tarihin yazılmış olması ile birlikte hüküm doğurabileceği açıktır. Aksi durumda, sonradan tarih kısmının alacaklı tarafından doldurulması suretiyle, asıl borcun doğduğu tarihten önceki borçlar açısından da kefilin sorumlu tutulma ihtimali ortaya çıkabilirdi³⁰. TBK.m.600 hükmüne göre de, "Sürelî kefalette kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulur.". Bu düzenleme açısından sürenin sonunun belirlenmesinde, sözleşmenin kurulduğu tarihin belirlenebilmesi önemlidir; bu açıdan kefalet sözleşmesinde tarihin kefilin el yazısı ile yazılması gerekir. Kefalet sözleşmesinde tarihe yer verilmesi kefalet ehliyetinin tespiti ile eşin rızası açısından da önem arz etmektedir; zira eş Kanun'a göre kefalet sözleşmesi imzalanana dek rıza gösterebilmektedir³¹.

Kefalet sözleşmesi temsilci tarafından yapılmakta ise temsilci de sorumlu olunan azami miktarı, kefalet tarihini, müteselsil kefil olunması halinde bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini, kendi el yazısı ile yazmalıdır³².

TBK.m.14'e göre, "Yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur.". Dolayısıyla kefalet sözleşmesinde mutlaka kefilin imzasının bulunmalıdır³³.

²⁹ Kira sözleşmesinde kefilin sorumlu olduğu azami miktar ve kefalet tarihi el yazısı ile yazılmadığından dolayı TBK. m.583 hükmü gereği kefalet sözleşmesi geçersizdir. Y6HD., 23.02.2016, 2015/4341 E. 2016/1257 K.

³⁰ BAŞ, s.132; AYAN, s.206; YILMAZ, Geçerlilik Şartları, s.20; AKSOYOĞLU, s.97.

³¹ AYAN, s.206.

³² AYAN, s.197.

³³ AYAN, s.195; REİSOĞLU, s.77. "Davalı Cahit Yalçın Türker sözleşmeyi Türk Borçlar Kanun'unun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden sonra 01.06.2013 tarihinde imzalamıştır. TBK.'nun kefalet sözleşmesinde şekil şartını düzenleyen 583.maddesi "Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır."

TBK.m.15'e göre, "İmzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılması zorunludur. Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur.". Bu hüküm gereğince, güvenli elektronik imza, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m.5/2 hükmü gereğince, teminat sözleşmeleri için elektronik imzanın el yazılı imza yerine geçmesi söz konusu değildir. Dolayısıyla TBK.m.583'te düzenlenen yazılı şekil koşulu kapsamında imzanın elektronik imza olması mümkün değildir, el yazısı ile imzanın atılması gereklidir³⁴. TBK.m.583 hükmü gereğince kefalet sözleşmesinde yazılı olarak azami kefalet miktarının gösterilmesi gerekir; kefil tarafından teminat altına alınan azami miktar belirtilmemişse, kefalet sözleşmesi geçersizdir. Kefalet sözleşmesinde yazılı olarak azami miktarın gösterilmesinin amacı kefilin, asıl borçlu borcunu ödemezse sorumluluk tutarını bilmesini ve öngörmesini sağlamaktır³⁵. Eren'e göre, "Teminat altına alınan borç, para borcu dışında bir borç olsa dahi bu şart yerine getirilmelidir."³⁶. El yazısı ile azami miktarın belirtilmesi zorunluluğu ile kastedilen, miktarın açıkça rakam olarak yazılmasıdır³⁷. Ancak doktrinde TBK. m.583/1 hükmü gereği sorumlu olunan azami miktarın kefilin el yazısı ile belirtmek kaydıyla bunun sayısal olarak belirtilmesinin zorunlu olmadığı, örneğin asıl borcun belirli bir yüzdesine için sorumlu olunacağını belirtmesinin de geçerli olacağını ifade eden yazarlarda vardır³⁸. Kefalet borcunun, asıl borcun miktarı ile sınırlı olduğunun yazılması tek başına yeterli değildir; mutlaka azami miktarın rakamla yazılmış olması aranır³⁹. Böyle bir gereksinim TBK.

hükmünü içermektedir. Takibe konu kira sözleşmesinde TBK.'nun 583.maddesinde belirtilen şekil şartına uyulmadığından kefalet sözleşmesi geçersizdir. Bu durumda mahkemece davalı kefil hakkındaki davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir.", Y6HD., 18.02.2015, 2015/1158 E. 2015/1506 K.

³⁴ BAŞ, s.130; ÖZEN, s.222-223; REİSOĞLU, s.77; GÜMÜŞ, s.352.

³⁵ DEMİR, s.90; AYAN, s.198; REİSOĞLU, s.85.

³⁶ EREN, s.773; Aynı yönde AYAN, s.198.

³⁷ BAŞ, s.133; ÖZEN, s.233. Rakamın değiştirilebilmesi tehlikesine karşın Kanun'da belirtildiği üzere el yazısı ile belirtilmesinin daha uygun olacağı yönünde bkz., REİSOĞLU, s.88-89.

³⁸ AYAN, s.202.

³⁹ ÖZEN, s.233; AYAN, s.199-200; YILMAZ, Geçerlilik Şartları, s.19.

m.583 hükmünün kefilî “peşinen koruma işlevi”nden kaynaklanmaktadır⁴⁰.

TBK.m.583 hükmünde “...müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.” ifadesine yer verilmiştir⁴¹. Dolayısıyla taraflar arasında müteselsil kefalet kararlaştırılmışsa, bunun da mutlaka kefalet sözleşmesinde kefilin el yazısı ile belirtilmesi gerekir. Nitekim, müteselsil kefalet, adi kefaletle göre kefilî daha ağır sorumluluk altına sokmaktadır, şüpheye yer bırakmayacak şekilde kefalet sözleşmesinde kefilin el yazısı ile bu hususun düzenlenmesi son derece önemlidir. Sözleşmede buna ilişkin bir açıklık yoksa, adi kefalet olduğu kabul edilmelidir⁴².

Kefalet borcunun varlığı, asıl borcun varlığına bağlı olduğundan, asıl borcun alacaklısının yazılı kefalet sözleşmesinde belirli veya belirlenebilir olması önemlidir; ancak ismen alacaklının belirtilmesi

⁴⁰ ÖZEN, s.233. Meseleye ilişkin daha detaylı değerlendirmeler için bkz., ÖZEN, s.228 vd.

⁴¹ “Takip dayanağı 11.04.2008 tarihli genel ticari kredi sözleşmesini 45.000 TL. kefalet limitiyle sorumlu olmak üzere davalının müşterek borçlu ve müteselsil kefil sıfatıyla imzaladığı görülmüştür. İlamsız icra takibine konu genel kredi sözleşmesi 11.04.2008 tarihlidir. Sözleşmenin imzalandığı tarihte yürürlükte bulunan 818 sayılı BK.’nın 484.maddesine uygun olarak kefalet tesis edilmiştir. 6098 sayılı TBK 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. TBK.’nın 583.maddesine göre Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır. 6101 sayılı TBK.’nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun’un 1.maddesine göre TBK.’nın yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. Kefalet sözleşmesi 818 sayılı BK yürürlükte iken kanuna uygun olarak kurulduğundan 6098 sayılı TBK.’nın 583.maddesindeki düzenlemeden dolayı geçersiz kabul edilemez. 6101 sayılı TBK.’nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun’un 7.maddesinde 6098 sayılı TBK.’nın derdest davalara uygulanması ile ilgili düzenleme yapılmışsa da bu hüküm 818 sayılı BK.’ya uygun olarak kurulan kefaletin kamu düzenine aykırı olduğu sonucunu doğurmayacağından somut olayda uygulama yeri bulunmamaktadır. Mahkemece bu yönler gözetilerek işin esasına girilip bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.”, Y19HD., 22.01.2014, 2013/18631 E. 2014/1721 K.

⁴² BAŞ, s.134; ÖZEN, s.237-238; AYAN, s.206; REİSOĞLU, s.79.

gerekli değildir⁴³.

Kefalet sözleşmesinde asıl borcun da açıkça ifade edilmesi gerekir; örneğin birden fazla borcun varlığı halinde, kefalet borcunun hangisi veya hangilerine ilişkin olduğunun belirli olması, teminat amacının gerçekleşmesi ve kefilin korunması açısından önemlidir⁴⁴. Kefaletin hangi borca ilişkin olarak verildiği anlaşılamiyorsa sözleşme geçerli olmayacaktır⁴⁵. Borcun bireyselleştirilebilmesi için asıl borca ilişkin olarak asıl borçlunun kimliği de önemlidir; belirli⁴⁶ veya belirlenebilir olması gerekir⁴⁷.

Kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğunu artıracak nitelikte sonradan yapılan değişikliklere ilişkin TBK.m.583/3'te düzenleme yapılmıştır. Buna göre, *“Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz.”* Öngörülen şekle uyulmaksızın yapılan anlaşmalar TBK. m.27/2 hükmü 1. cümlesi uyarınca kısmi hükümsüzlük yaptırımına tabidir⁴⁸ ancak 2. cümle uyarınca sözleşmenin tamamının hükümsüz sayılması mümkün değildir⁴⁹. Hükümde düzenlenen şekil koşulu, sadece sorumluluğu artıran değişikliklerle sınırlıdır, dolayısıyla sorumluluğu azaltan nitelikteki değişiklikler açısından şekle bağlı olarak yapılması zorunluluğu yoktur⁵⁰.

⁴³ BAŞ, s.131; ÖZEN, s.233; AYAN, s.219-220; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.674; REİSOĞLU, s.80; TANDOĞAN, s.751; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.802; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.841.

⁴⁴ BAŞ, s.131; ÖZEN, s.234; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.673-674; TANDOĞAN, s.752; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.842.

⁴⁵ ÖZEN, s.234; AYAN, s.223; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.673-674; TANDOĞAN, s.752; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.842.

⁴⁶ Kefil açısından asıl borçlunun kişiliği önem arz ettiğinden dolayı borçlunun kimliği belirli olmak zorunda olduğu dolayısıyla belirlenebilir olmasının yetmeyeceği yönünde karşı görüş için bkz., ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s.674; TANDOĞAN, s.752; REİSOĞLU, s.80; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.841.

⁴⁷ BAŞ, s.131; ÖZEN, s.235; AYAN, s.221.

⁴⁸ ÖZEN, s.238; AYAN, s.231-232.

⁴⁹ Daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. ÖZEN, s.238.

⁵⁰ AKBULUT GÜN, Özlem, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Kefalet Sözleşmesine Getirilen Yeni Düzenlemelerin Tartışılması”, İstanbul 2015, <http://gunhukuk.com/wp-content/uploads/Kefalet-S%C3%B6zle%C5%9Fmesine->

III. KEFALET SÖZLEŞMESİNDE EŞİN YAZILI RIZASININ ALINMASI⁵¹

A.Genel Olarak

Özel hukuka hâkim olan ilkelerden biri olan sözleşme serbestisi ilkesi gereğince, kişiler sözleşme yapıp yapmamak, diledikleri kişi ile sözleşme yapmak, sözleşmenin şeklini ve içeriğini belirlemek ve sözleşmeyi sona erdirmek konusunda serbestlerdir. Sözleşme serbestisi, Anayasa'nın 48. maddesinde güvence altına alınmıştır. Kural sözleşme serbesti olmakla birlikte, mutlak ve sınırsız değildir; sözleşmeden ve Kanun'dan doğan sınırları söz konusudur.

Kefalet sözleşmesi bir özel hukuk sözleşmesidir ve kural olarak kişilerin kefalet sözleşmesi açısından da sözleşme serbestileri bulunmaktadır⁵². Kefalet sözleşmesi, TBK. 581-602. maddelerinde ilke olarak düzenleyici hükümler ile düzenlenmiş, ancak geçerliliği emredici hükümlerle bazı koşulların gerçekleşmesine tabi tutulmuştur⁵³.

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu⁵⁴ m.193 hükmüne göre, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça eşlerden her biri, diğeri ve üçüncü kişilerle

[Getirilen-Yeni-D%C3%BCzenlemelerin-Tart](#) %C
4%B1%C5%9F%C4%B1mas%C4%B1 %C3%96zlem-Akbulut-G%C3%BCn-1-1.pdf
(ET.08.06.2021), s.4; BAŞ, s.135; ÖZEN, s.239; AYDOĞDU/KAHVECI, s.841.

⁵¹ Rıza kelimesinin hem izni hem de icazeti kapsayan bir üst kavram olması sebebiyle ve kefalet sözleşmesi akdedildikten sonra eşin bu sözleşmeye icazet verilmesi Kanun gereği mümkün olmadığından dolayı "izin" kelimesinin kullanılmasının daha yerinde olduğu yönünde açıklamalar için bkz., KIRCA, İsmail, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı-Kefalette Eşin İzni, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s.435, dn.2. Aynı yönde AYAN, s.113, dn.357, KOCAMAN, Arif Burhanettin; KAYA, Kübra, "Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Y.6, S.1, Haziran 2020, s.6-7.

⁵² YALÇINDURAN, Türker, "Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızasına ve Bu Rızanın Türk Borçlar Kanunu'nun 603. Maddesi Gereğince Gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kişisel Güvence Verilmesine İlişkin Diğer Sözleşmelerde de Bulunmasına Dair Türk Borçlar Kanunu'nda Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi", İÜHF. C. LXXIV, S. 1, 2016, s.467.

⁵³ YAVUZ, Mustafa, "Yargı Kararları Işığında Kefalette Eşin Yazılı Rızasının Alınması Zorunluluğu ve İstisnalarının Değerlendirilmesi", Gümrük Ticaret Dergisi, Mart 2020, s.26 vd.

⁵⁴ 4721 s.Türk Medenî Kanunu (RG. 08.12.2001/24607).

her türlü hukukî işlemi yapabilir⁵⁵. Dolayısıyla eşler kural olarak diğer eşin izni aranmaksızın sözleşmenin tarafı olabilirler. Hükümde de belirtildiği gibi, kanunda aksine hükme yer verilmişse ve bir sınırlama getirilmişse, izin olmadığı halde işlemin geçerliliği söz konusu olmaz. Kanun ile getirilen bu sınırlamalardan biri, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Eşin rızası" başlığını taşıyan 584. maddesinde hükme bağlanmıştır⁵⁶. Bu hükme göre, "Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.". Dolayısıyla kanun koyucu, evli kimseler açısından ancak diğer eşin yazılı rızasıyla kefil olabilmelerine imkân sağlamıştır⁵⁷ ve dolayısıyla evli kişilerin

⁵⁵ "...Madde gerekçesinde, eşler arasında kabul edilen eşitlik prensibi uyarınca, kadının bazı hukukî işlemleri için hâkimden izin almasına gerek görülmediği gibi eşler arasında cebrî icra yasağı ve istisnalarını muhafaza etmeye de gerek görülmediği, eşlerin de birbirlerine karşı borçlarını ifa etmesi gerektiği, aksi hâlde sonuçlarına katlanmaları gerektiği ifade edilmiştir. "818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer verilmeyen, "III. Eşin rızası" kenar başlıklı yeni bir maddedir. Tasarı'nın iki fıkradan oluşan 584'üncü maddesinde, kefalette eşin rızası düzenlenmektedir. Maddenin birinci fıkrasına göre, kefalet sözleşmesinde eşin rızasının, sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır. Ancak, fıkroda bu kuralın iki istisnasına yer verilmiştir. Birinci istisna, mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olması, ikincisi eşlerden birinin yasal olarak ayrı yaşama hakkının doğmuş olmasıdır. Söz konusu istisnalardan birinin varlığı durumunda eşin rızası aranmayacaktır. Maddenin ikinci fıkrasında ise, eşin rızasının aranmadığı diğer istisnalara yer verilmiştir. Buna göre, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için de kefilin eşinin rızası aranmayacaktır. Maddenin düzenlenmesinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 494'üncü maddesi göz önünde tutulmuştur.". <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723 ET.16.04.2021>.

⁵⁶ "... TBK'nun 584. maddesi ile eşlerden birinin ancak diğerinin yazılı rızası ile kefil olmasına dair düzenlemenin amacının aile birliğini koruma, eşlerin birbirinden habersiz, denetimsiz ailenin geleceğini tehlikeye atacak, olumsuz etkileyecek ekonomik işlemlerde bilhassa da her tür kefalet vasfı taşıyan işlemlerde, hele ki hatır kefaletlerinde düşünerek ortak kararlar hareket etmelerinin sağlanması olduğu, yapılan bu düzenleme ile kanun koyucunun diğer eşin ve aile birliğinin zarar görmesini engellemek istediği ifade edilmiştir.", YALÇINDURAN, s.471.

⁵⁷ "... bu hüküm, eşlerin bizzat borç altına girmesini değil, izinsiz kefil olmasını yasaklamaktadır. Başka bir anlatımla, anılan düzenleme, kişisel borçlanma ya da ticari hayatın gereği olan kefalet ve borçlanma sözleşmelerine engel oluşturmamakta, evli kişilerin kişisel borçlanma haklarına müdahale etmemekte ve eşin hukuksal işlem ehliyetine bir kısıtlama getirmemektedir.", YAVUZ, s.27.

kefalet ehliyeti diğer eşin izninin aranması suretiyle sınırlandırılmıştır⁵⁸. Nitekim kefalet sözleşmesinin tarafı olmak, o kişi açısından büyük bir sorumluluğu beraberinde getirmektedir, özellikle ailevi sorumluluğu olan evli kişiler açısından sonuçları son derece ağır olabilmektedir. Bu açıdan sosyal devlet ilkesi gereğince, ailenin ve dolayısıyla toplumun geleceğinin korunması açısından evli kişilerin kefalet ehliyeti, diğer eşin bu işleme izninin aranması suretiyle sınırlandırılmıştır⁵⁹. Bu hükümle kanunkoyucu karı ve kocayı birbirlerinin yaptığı kefalet sözleşmelerinden bireysel olarak korumayı değil evlilik birliğini korumayı amaçlamıştır⁶⁰.

TBK.m.584/II hükmüne göre ise, *“Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez.”*. 28.03.2013 tarihli 6455 sayılı Kanun’un 77. maddesiyle TBK.m.584’e bir fıkra eklenmiştir. Bu düzenleme ile, eşin rızasını gerektiren kefalet halleri oldukça sınırlandırılmış ve eşin rızasının aranmasının özünde yatan ailenin korunması düşüncesi oldukça önemli ölçüde ortadan kaldırılmıştır⁶¹. Eklenen bu fıkra hükmüne göre, *“(Ek fıkra: 28/3/2013-6455/77 md.) Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz*

⁵⁸ EREN, s. 771,772; SADIOĞLU, Fikriye Ceren, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası”, TBB Dergisi 2017 (Özel Sayı), s.201,202; YAVUZ, s.26; ÖZEN, s.189; AYAN, s.115-116; GÜMÜŞ, s.342; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.792-793; BAŞ, s.117-118; KOCAMAN/KAYA, s.8; GÜNARSLAN, s.94.

⁵⁹ KOCAMAN/KAYA, s.6,7; AYAN, s.115-116.

⁶⁰ BADUR, Emel, “Eşin Rızası”, TBB D., S.109, s.276; bu düzenlenmenin ailenin korunması düşüncesine yönelik olduğu yönünde açıklama için bkz., ÖZEN, s.189; Aynı yönde ŞEKER, Muzaffer, Kefalet ve Avalde Eşin Rızası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.16; GÜMÜŞ, s.342; GÜNARSLAN, s.93. Bu düzenleme ile evlilik birliği içerisinde daha çok kadının korunması amaçlanmıştır. Bkz., REİSOĞLU, s.89.

⁶¹ EREN, s.772.

Destekli Kredi Kullandırılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullandırılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz.”

B. Eşin Rızasının Aranmasına İlişkin Koşullar

Rızanın verilmesine ilişkin olarak rızayı verme hususunda yetkili olan kişi kefilin eşidir. Kefilin eşi rızasını kendisi, yasal yahut kanuni temsilci aracılığıyla kullanabilecektir.⁶² Eşin rızasının arandığı kefalet sözleşmesinde, taraf olmak isteyen kişinin Türk Medeni Kanunu’na göre evli olması gerekir⁶³. TBK.m.584/I’e göre, “Eşlerden biri mahkemeye verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça...” ifadesi ile eşin rızasının aranması hususunda iki istisnaya yer verilmiş olmaktadır. Birincisi, TMK.m.170 vd. gereğince mahkeme tarafından eşler arasında ayrılık kararı verilen dönemde kefalet sözleşmesinin yapılması, diğeri ise TMK.m.197 gereğince yasal olarak eşlerin ayrı yaşama hakkının doğmuş olduğu bir dönemde kefalet sözleşmesinin yapılmasıdır; bu durumlarda diğer eşin rızası aranmaz⁶⁴. Buna ek olarak boşanma ya da ayrılık davası açılması ile birlikte eşlerin ayrı yaşama hakkı doğacağından bu halde de kefalet sözleşmesi için eşin rızası aranmayacaktır⁶⁵. Benzer bir sonuca evliliğin iptali davaları

⁶² AKTÜRK, s.107-109; ŞEKER, s.25; GÜMÜŞ, s.347.

⁶³ GÜMÜŞ, s. 342; SADIOĞLU, s.203; BADUR, s.278; ÖZEN, s.189; AYAN, s.127 vd.; ŞEKER, s.24; REİSOĞLU, s.89; GÜNARSLAN, s.94.

⁶⁴ “Kefalet sözleşmesinde eşin rızasının aranmaması bakımından ayrılık kararının verilmiş olması yeterlidir. Ayrılık kararının eşlerden birinin talebi üzerine verilmesiyle veya boşanma talebiyle açılmış bir davada hâkim tarafından karar verilmesiyle arasında bir fark yoktur.”, SADIOĞLU, s.206; OĞUZMAN/ÖZ, s. 173; ÖZEN, s.188; AYAN, s.129 vd.; ŞEKER s.24; BAŞ, s.118.

⁶⁵ ÖZEN, s.188; AYAN, s.133; ŞEKER, s.24; REİSOĞLU, s.90; GÜMÜŞ, s.343; AY-DOĞDU/KAHVECİ, s.844; GÜNARSLAN, s.65. Kanunun ifadesinde geçen “yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğması” kavramı kapsamında boşanma davasının açılmasının değerlendirilemeyeceği zira istisnaların dar yorumlanması gerektiği, bu sayede boşanma davası açılarak eşin rızasına ilişkin hükmün dolanılabileceği buna engel olmak için kanun hükmüne “eşler arasında boşanma davası açılmış ve tahkikat aşamasına geçilmişse” eşin rızasının aranmayacağına ilişkin bir düzenlemeye yer vermenin uygun olacağı yöndeki karşı görüş için bkz., KOCAMAN/KAYA, s.11-12.

açısından da ulaşılabilir⁶⁶. Ancak akdedeceği kefalet sözleşmesi için eşinin rızasını alamayan taraf sırf bu rıza alınmasına ilişkin hükümden kurtulmak maksadıyla boşanma ya da ayrılık davası açarsa kanuna karşı hilenin söz konusu olacağından hareketle kefalet sözleşmesinin geçersiz olabileceği ifade edilmektedir⁶⁷. TMK. m.170 uyarınca mahkeme tarafından ayrılık kararı verildiği dönemde diğer eşin rızası alınmaksızın yapılan kefalet sözleşmeleri taraflar daha sonra ortak hayatı yeniden kursalar dahi geçerliliğini koruyacaktır⁶⁸. Mahkeme tarafından ayrılık kararı verildiği hallerde diğer eşin rızasının aranmaması işin doğası gereğidir, zira bu şartlar altında eşin rıza göstermemesi çok olasıdır⁶⁹. TMK. m.197 hükmüne göre “eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi bir biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir.” TMK. m.197 de belirtilen şartlar gerçekleşmişse ayrı yaşama hakkına sahip olan eşin akdedeceği kefalet sözleşmesi için eşin rızasını almasına gerek yoktur⁷⁰. TMK m.197’de bahsedilen şartlar mevcut olmasına ve eşlerden birisi için ayrı yaşama hakkı doğmasına rağmen eşler birarada yaşamayı sürdürüyorsa bu halde de eşin rızası aranmaya devam edilecektir⁷¹. Bu hüküm kapsamında eşin rızasını almadan kefalet sözleşmesi akdedebilecek taraf ayrı yaşama hakkına sahip olan eştir; yoksa ayrı yaşama hakkının meydana gelmesine neden olan eş bu imkandan yararlanamayacaktır⁷². Halihazırda ekonomik güvenliği veyahut ailenin huzuru ciddi şekilde tehlikeye düşünce ayrı yaşama hakkına sahip olan eş açısından kefalette rızanın aranmamasının TMK. m.584 amacına uygun olmadığı da ifade edilmektedir⁷³. TMK. m.584 hükmünde “yasal

⁶⁶ AYAN, s.133.

⁶⁷ AYAN, s.133-134.

⁶⁸ BADUR, s.279; GÜNARSLAN, s.94.

⁶⁹ ÖZEN, s.191.

⁷⁰ AYAN, s.133; GÜMÜŞ, s.343; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.843.

⁷¹ BAŞ, s.118; BADUR, s.280.

⁷² AYAN, s.133.

⁷³ BADUR, s.279-280; Günarlan ekonomik güvenliğinin tehlikeye düşen eşin kefalette rızasının aranmamasının ilgili hükmün amacına ters düştüğünü ifade etmektedir. Bkz., GÜNARSLAN, s.95. Ancak ayrı yaşama hakkının doğumuna sebep olan eşin

olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça” deyimine yer verdiği için dolayı, eşlerin yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmamasına rağmen fiili olarak ayrı yaşamaları halinde kefalet sözleşmesi yapılması halinde rıza aranacaktır⁷⁴. Meydana gelen evlenmede mutlak butlan ya da nispi butlan sebepleri bulunsa dahi evlilik hakim tarafından iptal edilinceye dek geçerli bir evlenmenin hüküm ve sonuçlarını doğuracağından yine kefalet sözleşmesi akdedilirken eşin rızası aranacaktır⁷⁵. Ortada hukuken bir evlenme söz konusu olmadan taraflar birlikte yaşamakta ise elbette rıza yine aranmayacaktır⁷⁶. Doktrinde eğer eşlerden birisi hakkında gaiplik kararı alınmışsa ve evliliğin feshine ilişkin henüz bir karar alınmamışsa, diğer eşin nasıl kefalet sözleşmesi akdedebileceği hususu da ele alınmıştır. Böyle bir halde, Kanun’un rıza ile getirdiği koruma fikrine gerek kalmadığı ve diğer eşin rıza olmaksızın kefalet sözleşmesi akdedebileceği ifade edilmiştir⁷⁷.

Eşler arasındaki mal rejiminin buna bir etkisi söz konusu değildir⁷⁸. Eşitlik ilkesi gereğince kefil olacak olan eşin erkek veya kadın olması önemli değildir; dolayısıyla diğer eşin yazılı rızası aranır⁷⁹. Eşin rızasının varlığı için, kefil olacak diğer eşin, bu işlemi kendi adına yapıyor olması gerekir; temsilci veya yetkili organ sıfatı ile kefalet sözleşmesinin tarafı oluyorsa, bu durumda eşin yazılı rızası aranmaz⁸⁰.

bu rızanın aranmaması istisnasından yararlanamayacağı kabul edildiğinde bu endişeler ortadan kalkacaktır.

⁷⁴ BADUR, s.280; ÖZEN, s.191; GÜNARSLAN, s.65. Bu halde somut olay değerlendirilerek bir karar verilmesi gerektiğine yönelik açıklamalar için bkz., ŞEKER, s.53.

⁷⁵ AYAN, s.128; REİSOĞLU, s.90.

⁷⁶ AYAN, s.128; ŞEKER, s.24-25.

⁷⁷ AYAN, s.134-135.

⁷⁸ YALÇINDURAN, s.470; SADIÖĞLU, s.203; GÜMÜŞ, s.342; BADUR, s.278; ÖZEN, s.190; AYAN, s.116-117; KIRCA, s.439; REİSOĞLU, s.91; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.675; GÜNARSLAN, s.65. Aksoyoğlu, eşler arasında mal ayrılığı veya paylaşmalı mal ayrılığı rejimi kabul edilmişse veyahut TMK. m.206 hükmü uyarınca olağanüstü mal rejimine karar verilmiş olması durumunda karar da bu duruma elverişli ise eşin rızasının aranmasına gerek olmadığını ifade etmektedir. Bkz., AKSOYOĞLU, s.98.

⁷⁹ SADIÖĞLU, s.203; YAVUZ, s.28; BADUR, s.278; ÖZEN, s.189.; AYAN, s.117; KIRCA, s.438; ARAL/AYRANCI, s.478; AKSOYOĞLU, s.98; GÜNARSLAN, s.93.

⁸⁰ GÜMÜŞ, s.342; ÖZEN, s.190; AYAN, s.155-156; ŞEKER, s.23-23; KIRCA, s.439; BADUR, s.278; AKSOYOĞLU, s.98; GÜNARSLAN, s.65.

Kefil olmak isteyen tarafın eşi ehliyetsizse bu halde de doktrinde yine yazılı rızanın aranması gerektiği ifade edilmektedir. Bu durumda ehliyetsiz eş yerine yasal temsilcinin rıza vermesi gerektiği, bu alanda var olan yasal temsilcinin kefalet sözleşmesi yapma yasağının bu hususta devreye girmeyeceği, zira kefalet sözleşmesi akdetmek ile rıza vermenin farklı olgular olduğu ifade edilmektedir⁸¹. Ehliyetsiz olan eşin yasal temsilcisi eğer kefalet sözleşmesi akdetmek isteyen diğer eş ise bu durumda yasal temsilci ile ehliyetsiz olan eşin menfaatleri çatıştığı için bir kayyım atanması düşünülebilir⁸². Kefil yasal temsilci konumunda ise onun rızası ile yapılan kefalet sözleşmesi geçersizdir⁸³.

Kefalet; adi kefalet, müteselsil kefalet, toplu kefalet, kefile kefalet, rücu kefalet olmak üzere farklı bir türlerde yapılabilir⁸⁴. TBK.m.584/I' de eşin rızasına ilişkin olarak *“Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir.”* ifadesine yer verilmiş, taraflar arasında kurulacak kefalet sözleşmesinin türüne ilişkin bir açıklığa yer verilmemiştir; dolayısıyla yapılacak kefalet sözleşmesinin türü her ne olursa olsun, eşin yazılı rızasının varlığı gerekir⁸⁵. Eşin rızasının varlığını, iddia eden taraf ispatlamalıdır (TMK.m.6)⁸⁶.

Evli bir kişinin tarafı olacağı kefalet sözleşmesi açısından diğer eşin yazılı rızasının alınmasını düzenleyen TBK.m.584/I hükmü, niteliği itibariyle emredicidir⁸⁷. Dolayısıyla eşlerin bunun aksini

⁸¹ ÖZEN, s.190; ŞEKER, s.26; REİSOĞLU, s.93; BADUR, s.285; GÜMÜŞ, s.347; BAŞ, s.123; KOCAMAN/KAYA, s.14; GÜNARSLAN, s.97.

⁸² AYAN, s.175; BADUR, s.285; BAŞ, s.124; GÜNARSLAN, s.97. Aksoyoğlu bu durumda TMK. m.206/II-5 ve III hükümleri uyarınca aile mahkemesine başvurulabileceğini ifade etmektedir. Bkz., AKSOYOĞLU, s.99.

⁸³ REİSOĞLU, s.93.

⁸⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, s. 773-780.

⁸⁵ ŞEKER, s.20; KIRCA, s.439; BADUR, s.278; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.675; AKSOYOĞLU, s.98.

⁸⁶ YAVUZ, s. 28; BADUR, s.278; ŞEKER, s.30; KIRCA, s.446; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.797.

⁸⁷ GÜMÜŞ, s.341; SADIOĞLU, s.210.; AYAN, s.116; ŞEKER, s.20-21; KIRCA, s.438; BADUR, s.287. *“Anayasa Mahkemesinin kefalette eş rızasını düzenleyen TBK.’nın 584/1. maddesinin iptali istemiyle açılan davaya ilişkin kararı hakkında bilgi vermek uygun olacaktır. Yerel bir mahkeme, söz konusu hükümle kefalet amacı taşıyan her türlü*

kararlaştırmaları veya rızası aranan diğer eşin bundan feragat etmesi söz konusu değildir⁸⁸. Nitekim kanun koyucu tarafından geçerlilik koşulu olarak düzenlenen diğer eşin rızası, bu şekilde alınmadan yapılacak kefalet sözleşmesi kendiliğinden kesin olarak hükümsüzdür⁸⁹. Uyuşmazlık halinde kefalet sözleşmesinin diğer eşin yazılı rızası olmadan kurulduğu hususu, hâkim tarafından resen dikkate alınır. Tarafların buna ilişkin sonradan anlaşmaları geçerli değildir⁹⁰. Kefalet sözleşmesinde eğer sonradan eşin yazılı rızası olmaksızın kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına ya da adi kefaleti müteselsil kefalete dönüştüren veyahut kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olan değişiklikler yapılmışsa, yapılan bu değişiklikler

sözleşmenin geçerliliğinin eşin rızasına bağlandığı, eşin rızasının aranmasının sözleşme hürriyetini ihlal ettiği, bu durumun ekonomik hayata da olumsuz etki edeceği gerekçesiyle iptal başvurusunda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi ise 26/12/2013 tarihli ve E.2013/57, K.2013/162 sayılı kararıyla10 iptal talebini reddetmiştir. Yüksek Mahkemenin gerekçeli kararında da, TBK'nın 584. maddesinin, aile birliğinin ve bu birliğin huzurlu ve mutlu devam etmesini sağlamak üzere düzenlenen sınırlayıcı ancak aynı zamanda koruyucu bir hüküm olduğu, bu hükümlerle getirilen sınırlamaların amacının öncelikle ailenin ekonomik varlığının, bunun sonucu olarak da ailenin huzurunun korunması olduğu, dolayısıyla itiraz konusu kuralla, eşlerden biri tarafından malvarlığının tüketilmesinin önüne geçilmesi suretiyle Anayasa'nın 41. maddesinin hükmü doğrultusunda ailenin huzurunu korumanın ve sonuç olarak da evlilik birliğinin geleceğini garanti altına almanın hedeflendiği dikkate alındığında, müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmadığı, ayrıca bu sınırlama ile aile birliğinde istenmeyen anlaşmazlıkların önüne geçerek ailenin geleceği için risk oluşturabilecek davranışların önlenmesinin amaçlandığı, bu amacın da kamu yararına olduğu, bu nedenle Anayasa'nın 35. maddesindeki sınırlama nedenlerine uygun olduğu, ayrıca sözleşme hürriyetine ve mülkiyet hakkına keyfi ya da hakkın özüne dokunacak bir sınırlama getirmeyen, temel hakkın kullanımını ortadan kaldırmayan ya da güçleştirmeyen kuralın istisnai bir alanda ve dar kapsamlı olduğundan sınırlı ve ölçülü olduğu, Anayasa'nın 41. maddesinin verdiği önem de dikkate alınarak, aile ve ailenin korunmasının, istisnai bir alanda ve anayasal ilkelere uygun olarak asgari oranda sınırlandırılan düzenlemenin birey hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik de yaratmadığı, dolayısıyla hükmün ailenin ortak kararı olmaksızın üçüncü kişi lehine güvence verilmek suretiyle borçlanmasına engel olarak ailenin huzur ve refahını koruduğundan, sınırlamanın bu açıdan da ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olduğu ifade edilmiştir.", YAVUZ, s.29.

⁸⁸ BAŞ, s.117; BADUR, s.287; AYAN, s.116; ŞEKER, s.20-21; KIRCA, s.438.

⁸⁹ GÜMÜŞ, s. 348; SADIÖĞLU, s.210; BADUR, s.287; ÖZEN, s.200; AYAN, s.116; ŞEKER, s.36; KIRCA, s.448; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.676; ARAL/AYRANCI, s.478; BAŞ, s.126; GÜNARSLAN, s.98.

⁹⁰ GÜMÜŞ, s. 348; BADUR, s.288; REİSOĞLU, s.91; GÜNARSLAN, s.98.

de geçersiz olacaktır⁹¹.

Eşlerden birisi kefil olmak istemekte iken diğer eşin rızasının olmaması durumunda TMK. m.195 hükmü gereği hakim m. müdahalesinin istenip istenemeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş haklı bir sebep olmadan eşin rıza göstermemesi durumunda TMK. m.2 dürüstlük kuralı gereğince hakim m. müdahalesinin istenebileceğini ifade etmiştir⁹². Diğer bir görüş ise bu halde TMK. m.195 hakim m. müdahalesi yolunun işletilebileceğini zira eşlerden birinin rızasının evlilik birliğine ilişkin önemli bir mesele olduğunu söylemektedir⁹³. Bir başka görüşe göre ise haklı olarak, kanunkoyucunun aile konutu hakkında TMK. m.194/2 de ve TBK. m.349/2 de hakim m. müdahalesinin istenebilmesini düzenlemiş ancak kefalet sözleşmesine ilişkin rıza hakkında bilinçli ve kasıtlı bir şekilde buna müsaade etmemiştir, zira bu hakkın tanınma gayreti kanuna karşı hile teşkil edip kefalette eşin rızasına ilişkin TBK. m.584 hükmünün dolanılması anlamına gelir⁹⁴.

Yargıtay bir kararında kefilin eşine vermiş olduğu kefalet durumunda da şekil şartının gerçekleştirilmesi gerektiğini hüküm altına almıştır⁹⁵. Yargıtay bir başka kararında ise eşin borcuna kefalet durumunda eşin rızası aranmadan bu kefaletin geçerli olduğu sonucuna ulaşmıştır⁹⁶. Doktrinde Özen de bu durumda eşin rızasının aranması gerektiğini, zira eşlerden birinin zaten esas borç ilişkisinde borç altına girdiğini, borç altına giren eşin, diğer eşin de kefil olma sebebiyle aile ekonomisine yeni bir yük getirmesine razı

⁹¹ ÖZEN, s.200; AYAN, s.170; ŞEKER, s.38; BAŞ, s.126.

⁹² YILMAZ, Geçerlilik Şartları, s.13; AKSOYOĞLU, s.99.

⁹³ BADUR, s.289.

⁹⁴ ŞEKER, s.27-28; Benzer şekilde Reisoğlu, s.90; Eşin kefalet sözleşmesine rıza verip vermemek hususunda mutlak bir yetkisi olduğundan hareketle hâkime başvurmanın mümkün olmadığı yönünde Bkz., GÜMÜŞ, s.347; Aynı yönde, BAŞ, s.126-127; GÜNARSLAN, s.98.

⁹⁵ "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesi uyarınca kefilin, kendi eşinin rızası olmaksızın eşi açısından da vermiş olduğu kefalet geçersizdir. Sözü edilen maddenin 2. fıkrasında belirtilen şekilde bir durum da olmadığı gibi eş için verilecek kefalet yasadaki şekil şartının yerine getirilmesine engel olmaz.", Yarg. 12. H.D., 21.03.2013, 32781/10544.

⁹⁶ Yarg., 12. H.D. 13.10.2016, E.,2016/12256, K.,2016/21462. İlgili karar için bkz., YA-VUZ/ACAR/ÖZEN, s.795.

olmayabileceğini ifade etmektedir⁹⁷. Bu durumda “katmerli (çifte) yük”ün meydana geleceğinden söz etmektedir⁹⁸. Doktrinde Reisoğlu’na göre ise burada bir eş diğer eş lehine bir kefalet verdiğiinden eşin rızasının aranmasına gerek yoktur⁹⁹. Doktrinde diğer bir görüşe göre ise kefalet iradesinin asıl borç ilişkisi ile aynı metinde vücut bulması şartıyla, eşin borcu açısından verilen kefalette rızanın aranmasına gerek olmayabileceğini, ancak sonradan verilen kefaletler açısından eşin rızasının aranacağını ifade etmektedir¹⁰⁰. Eşlerden birisi kefil olunacak borcun alacaklı tarafı ise ve diğer eş bu borç için kefil olmak istiyorsa burada kefalet sözleşmesinin tarafları eşlerden olduğundan dolayı eşin rızasının aranmaz¹⁰¹. Bu halde eşlerden birisi kefil olunan borcun alacaklısı ve kefalet sözleşmesinin tarafı olduğundan kefalet sözleşmesi açısından onun rızası olduğu kabul edilir¹⁰². Eğer alacaklı eş bu şartlar altında eşinin kefil olmasını istemiyorsa onunla kefalet sözleşmesi yapmaktan kaçınabilir; kefalet sözleşmesi yaptıktan sonra alacaklı eşin rızasının bulunmadığını iddia ederek geçersizliği ileri sürememesi gerekir¹⁰³. Kefalet sözleşmesinin alacaklısı evli olan tarafsa bu halde eşinin rızası aranmaz¹⁰⁴.

Eşlerden her ikisi de aynı borç için kefil olmakta ise rızanın aranmayacağı söylenebilir¹⁰⁵. Ancak eşlerden birisi diğer eşin rızası ile kefil olduktan sonra diğer eşte aynı borç için sonradan kefil olacaksa daha önce kefil olan eşin rızası aranacaktır¹⁰⁶. Doktrinde bir başka görüş ise eşlerden her ikisinin de aynı borca kefil olmaları halinde de rızanın aranacağını belirtmektedir¹⁰⁷. Doktrinde Gümüş, eşlerden her biri aynı

⁹⁷ ÖZEN, s.195; Aynı yönde ŞEKER, s.21; BADUR, s.287; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.844; BAŞ, s.124; KOCAMAN/KAYA, s.14-15; GÜNARSLAN, s.66.

⁹⁸ ÖZEN, s.195.

⁹⁹ REİSOĞLU, s.91.

¹⁰⁰ AYAN, s.156.

¹⁰¹ ÖZEN, s.196; ŞEKER, s.21-22; BAŞ, s.124; GÜNARSLAN, s.66.

¹⁰² ÖZEN, s.196; AYAN, s.157; REİSOĞLU, s.91; BADUR, s.287.

¹⁰³ ŞEKER, s.21-22.

¹⁰⁴ AYAN, s.156.

¹⁰⁵ AYAN, s.156.

¹⁰⁶ AYAN, s.156.

¹⁰⁷ BADUR, s.287.

borç için müteselsil kefil olmakta iseler her ikisinin de ayrı ayrı müteselsil kefaletle ilişkin rızasının olması gerektiğini ifade etmektedir¹⁰⁸.

TBK.m.584/I'de "yazılı rıza" ifadesine yer verilmiştir. Yazılı rızanın adi yazılı şekilde olması yeterlidir. Elektronik İmza Kanunu kefalet gibi teminat sözleşmelerinin güvenli elektronik imza ile yapılamayacağını belirtmiştir, ancak burada rıza beyanında bulunan eşin işlemi tek taraflı bir hukuki işlemdir ve Kanun kapsamında belirtilen teminat amacını da gütmeyeğinden dolayı onun rızasını güvenli elektronik imza ile de vermesi mümkündür¹⁰⁹. Diğer eşin vereceği rızanın kefalet sözleşmesinde veya ayrı bir belgede olması mümkündür; ayrı bir belge ile yazılı rıza verilmişse, mutlaka hangi kefalet sözleşmesine ilişkin olarak bu rızanın verildiğinin anlaşılabilmesi gerekir¹¹⁰. Eşin yazılı rızayı yetkili temsilcisi vasıtasıyla verebilmesi mümkündür¹¹¹. Aynı şekilde eşin yetkili temsilcisinin de rızayı yazılı olarak vermesi gerekir¹¹². Eşin vereceği rıza beyanının açık ve anlaşılır olması ve beyanından kefalet sözleşmesi dolayısıyla üstlenilen sorumluluğun kabul edildiğinin anlaşılması gerekir. Eşin rızası belirli bir kefalet sözleşmesine ilişkin olmalıdır. Bu doğrultuda gelecekte yapılacak olan kefalet sözleşmelerin hepsini kapsayacak yönde bir genel rıza beyanı geçerli olmamaktadır¹¹³. Eşin rızaya ilişkin iradesi, yanılma, aldatma veya korkutma ile sakatlanmışsa, eşin rızası yasal süre içinde iptal edebilir ve bu şekilde

¹⁰⁸ GÜMÜŞ, s.344.

¹⁰⁹ KIRCA, s.442, dn.49; ŞEKER, s.31; BAŞ, s.122, dn.44; Aynı yönde KOCA-MAN/KAYA, s.8-9.

¹¹⁰ SADIOĞLU, s.210; BADUR, s.288, 290; ÖZEN, s.199; ŞEKER, s.32-33; KIRCA, s.444-445; GÜMÜŞ, s.343; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.676; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.797; BAŞ, s.123; GÜNARSLAN, s.97.

¹¹¹ "...kefalet sözleşmesi bile iradî temsilci aracılığıyla yapılabiliyorken, buna göre daha az önemi olan rıza gösterme işlemi de iradî temsilci aracılığıyla yapılabilirdir.", SADIOĞLU, s.211. Aynı yönde bkz. GÜMÜŞ, s. 347; AKTÜRK, s.109-111; BADUR, s.290.

¹¹² BADUR, s.290.

¹¹³ AKTÜRK, s.109-111; BADUR, s.290; ÖZEN, s.199; AYAN, s.119-120; ŞEKER, s.31-32; KIRCA, s.444; REİSOĞLU, s.91; GÜMÜŞ, s.347; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.797; BAŞ, s.118; AKSOYOĞLU, s.98.

yapılan kefalet sözleşmesi geçersiz hale gelir¹¹⁴.

Kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin kurallar TBK. m.583/2 uyarınca kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve kefil olma vaadi hususunda da uygulanacaktır. TBK. m.584 hükmünün dolanılmasının engellenmesi için, evli olan bir kişinin eşinin rızası olmadan birisine kendi adına kefil olması için doğrudan temsil yetkisi vermesi veya kefalet sözleşmesi yapma vaadinde bulunması halinde de eşinin rızasının aranması gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁵. Ayan doğrudan temsil hali için bahsedilen görüşe katılmakla birlikte kefil olma vaadi açısından farklı düşünmektedir. Şöyle ki; TBK. m.583/2 hükmü kefil olma vaadi hususunda kefaletle ilişkin şekil kurallarına yer vermiş ancak eşin rızasına ilişkin bir düzenlemeye bir yollama yapmamıştır. Kefil olma vaadinde bulunan kimse ileride bir kefalet sözleşmesi yapmayı vaat etmektedir, kefalet sözleşmesi yapılırken bu aşamada eşin izni aranmalıdır. Burada kefil olma vaadinin “*eşin izni geciktirici şartına bağlı bir önsözleşme*” olduğu belirtilmektedir¹¹⁶. Ancak kendi adına kefil olunması için doğrudan temsil yetkisi verildiği veya kefalet sözleşmesi yapma vaadinde bulunulduğu aşamada eşin rızası mevcutsa, ileride kefalet sözleşmesi akdedilirken ayrıca eşin rızası aranmayacaktır¹¹⁷. Doktrinde bir başka görüş ise haklı olarak kefil olma vaadi açısından eşin izninin aranması gerektiğini zira ön sözleşmeyi yerine getirmeyen tarafa aynen ifa davası açılabilceğini; ancak salt özel yetki verilmesinin yetkiyi vereni bu haliyle borç altına sokmadığından bu halde eşin izninin aranması gerektiğini ifade etmektedir¹¹⁸.

TBK.m.584/1'e göre, “... bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.”. Hüküm esas alındığında, rızanın verilmiş zamanı kanun koyucu tarafından sınırlandırılmıştır. Kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra, diğer eşin

¹¹⁴ SADIÖĞLU, s.211; BADUR, s.290-291; AYAN, s.124 vd.; ŞEKER, s.29; KIRCA, s.446; REİSOĞLU, s.93.

¹¹⁵ ÖZEN, s.195; ŞEKER, s.45; REİSOĞLU, s.91-92; GÜMÜŞ, s.348.

¹¹⁶ AYAN, s.167-168.

¹¹⁷ ÖZEN, s.195; AYAN, s.156-168; ŞEKER, s.45; GÜMÜŞ, s.348.

¹¹⁸ KIRCA, s.440-441; BADUR, s.284-285; BAŞ, s.122; GÜNARSLAN, s.65.

buna icazet vermesi, kefalet sözleşmesini geçerli hale getirmez¹¹⁹. Kefalet sözleşmesi imzalandıktan hemen sonra eşin rızasını beyan ederek imzalaması veyahut haricen elinde bulunan imzalı izin belgesini sunmasının da sözleşmeyi geçersiz hale getirmez; zira bu durumlarda işlem kesilmeden bir bütünlük arz etmektedir¹²⁰. Doktrinde rızası aranan eşin rızasını bir koşula bağlamasının mümkün olduğu, böyle bir durumda koşulun kefalet sözleşmesinin akdedildikten sonra gerçekleşmesinin problem arz etmeyeceği ifade edilmektedir¹²¹. Ayrıca eşin kurulacak kefalet sözleşmeleri için önceden yazılı rızasını vermesi de geçerli kabul edilemez. TBK. m.584/2 bağlamında kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olan değişiklikleri için değişikliğin yapıldığı anda rızanın var olması aranacaktır¹²². İlerde yapılacak olan kefilin sorumlu olacağı miktarın artırılmasına ya da adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine veyahut kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olan değişiklikler için kefalet sözleşmesi yapılırken verilen izin ile beraber baştan bir izin verilmesinin geçersiz olacağı, bu tür değişiklikler için eşin izninin yeniden alınması gerektiği ifade edilmektedir¹²³.

Müteselsil kefaletle ilişkin olarak bir sözleşme yapılmakta iken, eş adi kefaletle ilişkin yazılı rıza verirse, ilgili kefaletin adi kefalet olarak mı yoksa geçersiz olarak mı kabul edileceği tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş haklı olarak bu durumda kefalet sözleşmesinin geçersiz sayılması gerektiğini ifade etmektedir¹²⁴. Zira eşin rıza gösterdiği kefalet sözleşmesi adi kefalet, ancak tarafların yapmayı amaçladıkları sözleşme ise müteselsil kefalettir. Doktrinde diğer görüş ise bu halde sözleşmenin ayakta tutulmasını yeğlemekte ve çoğun içinde azdır ilkesinden

¹¹⁹ GÜMÜŞ, s. 344; SADIOĞLU, s.212; BADUR, s.292; REİSOĞLU, s.90; YILMAZ, Geçerlilik Şartları, s.11-12.

¹²⁰ KIRCA, s.446-447.

¹²¹ ÖZEN, s.198.

¹²² BADUR, s.292; ŞEKER, s.41.

¹²³ AYAN, s.121.

¹²⁴ ÖZEN, s.202-203; AYAN, s.169; ŞEKER, s.33; KIRCA, s.445; GÜMÜŞ, s.347.

hareketle kefaletin adi kefalet olarak kabul edilebileceğini söylemektedir¹²⁵.

Özen; eşin adi kefalete mi yoksa müteselsil kefalete mi izin verdiğine ilişkin bir belirleme yoksa bu halde işlem hayatında olağan kefalet türünün müteselsil kefalet olduğundan bahisle bunun müteselsil kefalete ilişkin bir izin olduğu yönünde anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir¹²⁶. Doktrinde diğer bir görüş ise kefaletin türünün anlaşılmadığı durumlarda bunun adi kefalete izin verildiği yönünde anlaşılması gerektiğini¹²⁷ eğer izin veren eşin bulunduğu bölgede müteselsil kefaletin yaygın ve kullanılmakta olduğu durumlarda bunun müteselsil kefalete verilen bir izin olarak da anlaşılabilirliğini ifade etmektedir¹²⁸. Kefil olunmak istenen borç bir ticari borç ise rızası aranan eş, rıza verirken kefaletin türünü belirtmese dahi TTK. m.7/2 hükmü uyarınca teselsül karinesi uyarınca bu müteselsil kefalete ilişkin bir rıza olarak kabul edilebilecektir¹²⁹.

Doktrinde bir görüşe göre eşin rıza vermiş olduğu miktardan daha yüksek tutardaki bir miktar için kefalet sözleşmesi yapılmışsa, eşin bu miktara rızası olmadığından kefalet sözleşmesi geçersiz sayılacaktır¹³⁰. Doktrinde diğer görüşe göre ise bu halde kısmi hükümsüzlük uygulanmalı, eşin rıza gösterdiği kısım geçerli sayılmalıdır¹³¹. Eşin rıza göstermiş olduğu miktardan daha aşağı tutardaki bir miktar için kefalet sözleşmesi yapılması halinde ise kefalet sözleşmesi geçerlidir¹³².

TBK.m.584/II hükmüne göre ise, *“Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin*

¹²⁵ BADUR, s.292; GÜNARSLAN, s.98.

¹²⁶ ÖZEN, s.201-202; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.797.

¹²⁷ GÜNARSLAN, s.97. Baş'a göre eşin adi kefalete mi yoksa müteselsil kefalete mi izin verdiği anlaşılamiyorsa normun koruma amacından hareketle iznin adi kefaletle ilişkin olduğu sonucuna ulaşılmalıdır. Amaç ailenin korunması düşüncesi olduğundan dolayı müteselsil kefalete izin veriliyorsa bunun eş tarafından belirtilmesi gerekir. Bkz., BAŞ, s.124-125; Aynı yönde bkz., KOCAMAN/KAYA, s.9.

¹²⁸ KIRCA, s.445; ŞEKER, s.20-21; BADUR, s.291; GÜNARSLAN, s.97.

¹²⁹ KIRCA, s.446; ŞEKER, s.21; BADUR, s.291.

¹³⁰ ŞEKER, s.33; KIRCA, s.445; GÜMÜŞ, s.347.

¹³¹ BADUR, s.292.

¹³² ŞEKER, s.34.

müteselsil kefalet dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez." Hükümün aksinin değerlendirilmesi halinde, değişiklik kefilin sorumluluğunu artırıyor, diğer eşin yazılı rızası aranır. TBK m.583/I hükmü gereğince kefilin sorumluluğu, kefalet miktarıdır. Taraflar daha sonra, az veya çok bu miktarı artırma konusunda anlaşacak olurlarsa, bu değişikliğe ilişkin olarak diğer eşin yazılı rızası alınmalıdır¹³³. Kefalet sözleşmesi akdedilirken eşin rıza gösterdiği kefilin sorumlu olacağı azami miktarı aşmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez¹³⁴. Adi kefaletin müteselsil kefalet dönüşmesine sebep olan değişiklikler ve kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olan değişiklikler halinde de, diğer eşin yazılı rızası alınmalıdır¹³⁵. Bu belirtilen değişikliklerde eşin rızası alınmayacak olursa, kefalet sözleşmesi ilk hali ile geçerli olmaya devam eder.

Taraflar esas borçlu ile kefil arasında teselsül olacağı yönünde bir kararlaştırma yapıyorsa bu halde eşin rızası aranır¹³⁶. Birlikte kefil olan kişiler arasında teselsül kararlaştırılarak bölme def'inden vazgeçilmekte ise bu durumda eşin rızasının aranıp aranmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre bölme def'inden vazgeçilerek teselsül kararlaştırılan bu halde de eşin rızası aranır¹³⁷. Doktrinde diğer görüşe göre ise bölme def'inden vazgeçilerek sadece kefillerin arasında müteselsil kefalet durumu meydana geldiğinden; esasen asıl borçlu ile ilişkinin adi kefalet olma özelliğini sürdürdüğünden bu halde eşin rızasını aramaya gerek yoktur¹³⁸.

TBK. m.584/2 hükmünde yer alan "güvence" ve "azalma"

¹³³ SADIOĞLU, s.213; BADUR, s.281; AYAN, s.158; KIRCA, s.441.

¹³⁴ ŞEKER, s.42. GÜMÜŞ, s.344. "Kefilin sorumlu olacağı miktar" ifadesinin "kefilin sorumlu olduğu azami miktar" olarak anlaşılması gerektiği haklı olarak belirtilmektedir. Bkz. GÜMÜŞ, s.344.

¹³⁵ SADIOĞLU, s.214; BADUR, s.281.

¹³⁶ ÖZEN, s.196; KIRCA, s.441; GÜMÜŞ, s.344; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.795.

¹³⁷ ÖZEN, s.196; ŞEKER, s.42-43; KIRCA, s.441; GÜMÜŞ, s.344; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.795-796.

¹³⁸ AYAN, s.159.

kavramlarının geniş yorumlanması gerekir¹³⁹. Güvence kavramının kapsamında hem aynı hem de şahsi güvenceler dikkate alınmalıdır¹⁴⁰. Alacaklı borç ilişkisine teminat olarak rehinlerin bazılarında vazgeçmek veyahut esas borç ilişkisi sebebiyle birlikte sorumlu olan borçlulardan birini ibra etmek düşüncesindeyse kefil dışında kefil evli ise eşinin rızasını da almak mecburiyetindedir¹⁴¹. Bu işlemler kefilin eşinin rızası alınmadan yapılırsa, kefil, TBK. m.592/1/son ve m.587/3 hükmü gereğince borçtan kurtulabilecektir veya sorumluluğu güvencelerdeki azalmadan dolayı azalabilecektir¹⁴². Ancak piyasa şartları sebebiyle bazı rehinlerin değerinin önemli ölçüde azalması veyahut birlikte borçlu olan taraflardan bazılarının ödeme gücünü kaybetmesi gibi “objektif sebeplere dayalı olarak” birtakım durumların gerçekleşmesi TBK. m.584/2 hükmü kapsamında değerlendirilemeyecektir¹⁴³. Eğer alacaklının sahip olduğu rehinlerden birisi, aynı değerde ya da daha yüksek bir değerde rehin konusu ile değiştirilmek isteniyorsa burada sadece kefilin rızası yeterlidir, ayrıca eşinin rızası gerekmez¹⁴⁴. TBK. m.584/2 hükmü kapsamında “güvencelerin önemli ölçüde azalması” olgusu her somut olay bakımından dikkatle irdelenmelidir¹⁴⁵. TBK. m.584/2 hükmü uyarınca güvencede önemli ölçüde azalma meydana getirmeyen değişiklikler için eşin rızası aranmayacaktır. Eğer esas borç ilişkisinin borçlu tarafı borcun üstlenilmesi yoluyla değiştirilmek isteniyorsa doktrinde güvence kavramının geniş yorumlanması gerektiğinden hareketle bu halde de eşin rızasının aranması gerektiğinden söz edilmektedir¹⁴⁶. Ancak borçlu

¹³⁹ ÖZEN, s.197; KIRCA, s.442; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.796; BAŞ, s.120; GÜNARSLAN, s.66. Güvence açısından benzer yönde AYAN, s.161.

¹⁴⁰ ÖZEN, s.197; ŞEKER, s.43; KIRCA, s.442; REİSOĞLU, s.92; GÜMÜŞ, s.344-345; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.796; GÜNARSLAN, s.66.

¹⁴¹ ÖZEN, s.197; AYAN, s.160; GÜMÜŞ, s.344; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.796; BAŞ, s.120; GÜNARSLAN, s.66.

¹⁴² ÖZEN, s.197; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.796.

¹⁴³ ÖZEN, s.197; AYAN, s.160; KIRCA, s.442; REİSOĞLU, s.92; GÜMÜŞ, s.345.

¹⁴⁴ ÖZEN, s.197; AYAN, s.160; KIRCA, s.442; REİSOĞLU, s.92; BAŞ, s.120.

¹⁴⁵ ÖZEN, s.197; AYAN, s.161; ŞEKER, s.44; KIRCA, s.443; BAŞ, s.120-121; GÜNARSLAN, s.66.

¹⁴⁶ ÖZEN, s.197-198; AYAN, s.164-165; KIRCA, s.442; REİSOĞLU, s.92; GÜMÜŞ, s.345. Borcun üstlenilmesi halinde hem kefilin hem de eşinin rızası gerekir. Kefilin rıza

yerine ekonomik açıdan daha güçlü ve güvenilir yeni bir borçlunun geçmesi halinde eşin rızasının olmadığı ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebileceği de ifade edilmektedir¹⁴⁷. Doktrinde bir başka görüş ise borçlu tarafın yerine ekonomik açıdan daha kötü durumda olan bir borçlu geçmekte ise eşin rızası aranır¹⁴⁸. Alacaklı tarafından kefilin rüçhan haklarının esaslı bir biçimde azaltılması halinde de TBK. m.592 hükmüne kıyasen kefilin eşinin rızasının aranacağı belirtilmektedir¹⁴⁹.

Kefalet sözleşmesinin süresinin uzatılması halinde eşin rızasının aranıp aranmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre eşin rızasının aranıp aranmayacağı hususunda, süre uzatımının *“kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalması”* manasına gelip gelmeyeceği irdelenerek sonuca varılması gerekir¹⁵⁰. Doktrindeki diğer görüş ise sürenin uzatılması isteniyorsa eşin rızasının aranacağını ifade etmektedir¹⁵¹. Doktrindeki bir başka görüş ise, eş kefalet sözleşmesi yapılırken iznini süreli olarak vermemişse, on yıla kadar olan uzatmalar için eşin izni aranmamalı ancak on yıllık sürenin aşılmasına neden olan uzatmalar bakımından eşin izni aranmalıdır; ancak eş kefalet sözleşmesi akdedilirken sözleşmeye süreli olarak bir rıza göstermemişse bu sürenin uzatılmasına ilişkin işlemlerde eşin rızası aranacaktır¹⁵².

Akdedilen kefalet sözleşmesi 6455 Sayılı Kanunun 77. maddesi ile TBK. m.584/3 eklenen hükümle eşin rızasının aranmadığı hallere ilişkin getirilen düzenleme kapsamında kalmakta ise kefalet sözleşmesinde TBK. m.584/2 hükmü çerçevesinde yapılan değişiklikler açısından da eşin rızası aranmayacaktır¹⁵³. Eğer TBK.’da 6455 Sayılı Kanun’un 77. maddesi

gerekliği TBK. m.198/2 hükmünden kaynaklanırken, eşin rıza gerekliği TBK. m.584/3 hükümden kaynaklanmaktadır. Bkz., YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.796.

¹⁴⁷ REİSOĞLU, s.92.

¹⁴⁸ ŞEKER, s.44.

¹⁴⁹ GÜMÜŞ, s.345.

¹⁵⁰ ÖZEN, s.608.

¹⁵¹ KIRCA, s.442.

¹⁵² AYAN, s.163.

¹⁵³ ÖZEN, s.196.

ile TBK. m.584/3 e eklenen hüküm yürürlüğe girmeden eşin rızası ile yapılan bir kefalet sözleşmesine ilişkin olarak da bu hüküm yürürlüğe girdikten sonra kefalet sözleşmesinde yapılan değişiklikler açısından eşin rızası aranmayacaktır¹⁵⁴.

C. Eşin Rızasının Aranmasına İlişkin İstisnalar

Kefaletle ilişkin eşin rızasının alınmasını düzenleyen, 584. maddesi, iş hayatını olumsuz yönde etkilediğine yönelik olarak eleştirilmiştir. Bu doğrultuda bu eleştirilerin önüne geçmek ve ticari hayatın akışı içerisinde kolaylık sağlamak amacıyla 6455 sayılı Gümrük Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹⁵⁵ m.77. hükmü ile TBK.m.584'e eklenen fıkra ile diğer eşin rızasının aranmadığı haller düzenlenmiştir¹⁵⁶. Buna göre,

-“Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler” Bu hüküm ikiye bölünerek ele alınabilir. Öncelikle ticaret siciline kayıtlı işletmenin sahibi tarafından işletmesi ile ilgili olarak verilecek kefaletler kısmı ele alınmalıdır. Doktrindeki bir görüş tarafından bu hükümdeki ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi deyiminden anlaşılması gerekenin ticari işletmeyi kendi adına işleten kimsenin yani tacirin anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁵⁷. Yine aynı görüşe göre Kanunda ticaret siciline kayıtlı ticari işletmeden söz edildiği için de tacir ticari işletmesini ticaret siciline kaydettirmişse eşinin rızası olmaksızın kefalet sözleşmesi yapabilecektir¹⁵⁸. Hükümde yer alan diğer düzenleme ise ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından şirketle ilgili olarak verilecek kefaletlere ilişkindir. Bu hükümle bir şirketin evli olan ortağı veya yöneticisi, ortak veya yöneticisi olduğu şirketin borçları ile ilgili olarak kefil olurken, eşlerinin

¹⁵⁴ ÖZEN, s.196.

¹⁵⁵ RG. 11.04.2013, 28615.

¹⁵⁶ YAVUZ, s. 30.

¹⁵⁷ AYAN, s.143-144; ŞEKER, s.58.

¹⁵⁸ AYAN, s.144-145; ŞEKER, s.58. Tacir, ticari işletmesini ticaret siciline kaydettirmişse eşin rızasının aranacağı yönündeki açıklamalar için bkz., AYAN, s.145. Kanun'un değişiklikten önceki durumuna ilişkin benzer değerlendirmeler için bkz. KIRCA, s.451.

rızası aranmayacaktır. Doktrinde bir görüş bu halde de şirket ortağı ya da yöneticisinin ticaret siciline tescil edilmiş olmasını eşin rızasının aranmaması için kurucu bir olgu olduğunu savunmaktadır; eğer tescil söz konusu değilse eşin rızasının aranmaya devam edileceğini ifade etmektedir¹⁵⁹. Aynı görüşe göre ortak ya da yöneticinin bu sıfatı sona ermesine rağmen sicilde bu durumu halen gözükmemekte ise kefaletin şirketle ilgili olarak verilmesi koşuluyla, eşin izni olmasa da kefalet geçerli olacaktır. Aynı görüş alacaklının bu durumdan haberdar olmasının ileri sürülmesinin de kefaleti hükümsüz hale getirmeyeceğini ifade etmektedir¹⁶⁰. Yine aynı görüşe göre, alacaklının, ticaret sicilinde tescilli söz konusu olmayan kimsenin şirket ortağı veyahut yöneticisi olduğunu iddia ederek, verilen kefaletin eşin izni olmaksızın da geçerli olduğunu ileri sürmesine olanak verilmemesi gerekir¹⁶¹. Doktrinde bir görüş tarafından bu kapsamda sadece kendi ortak veya yöneticisi olduğu şirketle ilgili borçlarda değil şirketi ilgilendiren diğer borçlar açısından bu hükmün uygulanabileceği ifade edilmektedir. Bu görüşe göre şirketi doğrudan ya da dolaylı olarak ilgilendiren kefaletler bu kapsamda değerlendirilebilecektir¹⁶². Örneğin başka bir şirket ya da gerçek kişi tacirin kredi bulmasını kolaylaştırmak amacıyla verilen kefaletler de bu kapsamda değerlendirilmekte, zira ticaret hayatında bunun olağan olduğu, bu sayede ilerde kendisinin ortak ya da yöneticisi olduğu şirketin ihtiyacı halinde bu davranış biçiminin daha kolay kefil bulmasını sağlayacağı ifade edilmektedir¹⁶³. Şirketle ilgili borçlara örnek olarak şirkete mal tedarikinde bulunan başka bir şirket veya gerçek kişiye kefil olunması ya da şirketin faaliyette bulunduğu yerin kiralandığı şirket veya gerçek kişi tacirin borçlarına kefil olunması da örnek gösterilmektedir¹⁶⁴. Doktrindeki diğer görüş ise kişinin sadece ortağı ya da yöneticisi olduğu şirket ile ilgili kefaletler açısından eşin

¹⁵⁹ AYAN, s.150. Bu konuda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz., AYAN, s.148 vd.

¹⁶⁰ AYAN, s.150.

¹⁶¹ AYAN, s.150-151.

¹⁶² AYAN, s.151-152; ÖZEN, s.193 vd.; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.793-794.

¹⁶³ ÖZEN, s.193; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.793-794.

¹⁶⁴ ÖZEN, s.193; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.793-794.

rızasının aranmayacağını ifade etmektedir¹⁶⁵. Evli olan bir gerçek kişi tacir de ticari işletmesinin borçları ile ilgili olarak kefil olurken, eşinin rızası aranmayacaktır. Bu kapsamda ticari işletmeyi doğrudan ya da dolaylı olarak ilgilendiren kefaletler bu kapsamda değerlendirilebilecektir¹⁶⁶. Az önce yaptığımız değerlendirmeye benzer şekilde doktrinde gerçek kişi tacirin ilerde ihtiyaç halinde kolay kefil bulabilmek maksadı ile başka bir gerçek kişiye ya da ticaret şirketine kefil olması da ticari işletmesi ile ilgili olarak verilecek kefalet kapsamında değerlendirilmektedir¹⁶⁷. Yine benzer şekilde gerçek kişi tacirin ticari işletmesine mal tedarikinde bulunan ya da ticari faaliyetlerini sürdürdüğü yerin kiraya vereni olan gerçek kişi tacir ya da ticaret şirketinin borçlarına kefil olması da bu kapsamda ifade edilmektedir¹⁶⁸.

-“mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler”, Bu hüküm gereği evli olan bir esnaf veya sanatkar mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak kefil olmak istediğinde eşin rızasına ihtiyaç duymadan kefil olabilecektir. Bu hüküm açısından da esnaf ve sanatkarlar siciline kayıtlı olmanın mesleki faaliyete ilişkin verilen kefaletler için eşin rızasının aranmaması hususunda kurucu bir olgu olduğu ve sicile kayıtlı olmayan esnaf ve sanatkarlar açısından eşin rızasının aranmaya devam edileceği doktrinde vurgulanmaktadır¹⁶⁹. Bu kapsamda esnafın ilerde kendi kefil ihtiyacını kolayca giderebilmek için başka bir esnaf ya da tacire kefil olması, kendisine mal tedarik eden ya da esnaf faaliyetini gerçekleştirdiği yeri kiralayan kimseye de eşinin rızası olmadan kefil olabileceği ifade edilmektedir¹⁷⁰. Esnaf ve sanatkar siciline kayıtlı olunmakla birlikte mesleki faaliyet alanı dışında verilecek kefaletler yine

¹⁶⁵ ŞEKER, s.60; Gümüş, burada, bir şirketin ortağı veya yöneticisinin, başka bir gerçek kişi tacir veya şirketin borçları açısından kefil olunması durumunun eşin rızasını ortadan kaldıran istisna hükmünün kapsamında ele alınmamasının daha doğru olacağını ifade etmektedir. GÜMÜŞ, s.346.

¹⁶⁶ AYAN, s.151-152; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.794.

¹⁶⁷ ÖZEN, s.193-194; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.794.

¹⁶⁸ ÖZEN, s.194; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.794.

¹⁶⁹ AYAN, s.152; ŞEKER, s.63; GÜMÜŞ, s.346.

¹⁷⁰ ÖZEN, s.194; ŞEKER, s.63; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.795.

eşin rızasına tabii olacaktır¹⁷¹.

- 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun¹⁷² kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler, açısından da eşin rızasına ihtiyaç olmaksızın kefalet sözleşmesi yapılabilecektir. Kanun koyucu bu düzenleme ile kamu bankası tarafından kullanılacak krediler açısından bir kolaylaştırma sağlamayı hedeflemiştir¹⁷³.

-tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler, bakımından eşin rızası aranmayacaktır. Bu hükmün amacı da daha kolay kredi kullanılabilmesini sağlamaktır¹⁷⁴.

Öğretide bu düzenlemenin hükmün genel düzenleniş amacı olan ailenin korunmasının olumsuz etkileneceği ileri sürülmektedir¹⁷⁵. Kefalette eşin rızası ile ilgili düzenlemeler getirilirken özel bir kanunun adı, tarihi ve sayısının belirtilmesi kanun yapma tekniğine uygun düşmemektedir¹⁷⁶. Borçlar Kanunu kefaleti genel kapsamı itibarıyla düzenlemelidir; eşin rızasını esnetmek amacıyla kooperatiflere yönelik olarak "özel nitelikteki" kefaletlere yer verilmesi de uygun olmamıştır¹⁷⁷. Bir şirketin malvarlığıyla sınırlı olarak sorumlu olması kural iken kefilin şirket borçlarından sınırsız olarak sorumlu olmasının hedeflenmesi de doktrinde uygun görülmemiştir¹⁷⁸.

¹⁷¹ GÜMÜŞ, s.346.

¹⁷² Düzenlemenin hatalı olduğu zira 5570 Sayılı Kanun'un düşük faizli kredi vermeye ilişkin esasları düzenlemediği, bu hususa ilişkin yasal dayanağın 4603 Sayılı Kanun'da yer aldığına yönelik açıklamalar için bkz., AYAN, s.154.

¹⁷³ ÖZEN, s.194; ŞEKER, s.63; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.795.

¹⁷⁴ ŞEKER, s.64.

¹⁷⁵ EREN, s.772; SADIÖĞLU, s.217. "Kefalette eşin rızasına gerek görülmemeye ilişkin TBK. madde 584/f.3'te yapılan bu düzenlemedeki ortak nokta; eşlerinin rızası gerekmeyen kişilerin, ticaret hayatı konusunda gerekli bilgi, tecrübe ve idrake sahip oldukları, dolayısıyla düşüncesizce taahhüt altına girmeyecekleri yolundaki varsayımdır.", YALÇINDURAN, s.474. YAVUZ, 32; OĞUZMAN/ÖZ, s.173-174. .

¹⁷⁶ ÖZEN, s.192.

¹⁷⁷ ÖZEN, s.192.

¹⁷⁸ ÖZEN, s.193 vd.

SONUÇ

Kefalet sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu 581-602. maddelerinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Amacı, kefilin alacaklıya, borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde ortaya çıkacak sonuçlardan kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği bir sözleşme olduğundan, alacaklı ve borçlu arasındaki borcun ifasını teminattır.

Kefalet borcu, bağımlı bir yan borç olduğundan, mutlaka kefil tarafından güvence altına alınan asli bir borcun olması gerekir. Bu husus, kefalet sözleşmesinin koşulu olarak Türk Borçlar Kanunu'nda da ifade edilmiştir. "Asıl borç" başlığını taşıyan m.582/1'e göre, "Kefalet sözleşmesi, mevcut ve geçerli bir borç için yapılabilir. Ancak, gelecekte doğacak veya koşula bağlı bir borç için de bu borç doğduğunda veya koşul gerçekleştiğinde hüküm ifade etmek üzere kefalet sözleşmesi kurulabilir.". Bir özel hukuk sözleşmesi olan kefalet sözleşmesi açısından, asıl borcu teminat altına alan kefilin kefalet ehliyetine sahip olması gerekir. Hukuki ilişki gereğince alacaklı ve kefil, kefalet sözleşmesinin taraflarıdır.

"Şekil" başlığını taşıyan TBK.m.583'e göre, "Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır. Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır. Taraflar, yazılı şekle uyarak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler. Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz."

Kefalet sözleşmesinde uyulması gereken şekil koşulunu düzenleyen bu hükme göre kefalet sözleşmesinde kefil, sorumlu olacağı azami miktarı, kefalet tarihini, müteselsil kefil olması halinde bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini,

kendi el yazısı ile belirtmek zorundadır.

Toplumun genel yararının korunabilmesi için özellikle aile kurumunun korunması son derece önemlidir. Eşlerden birinin tarafı olacağı kefalet sözleşmesi, ailenin ekonomisi için son derece ağır sonuçlara yol açabilir. Bu sebeple tarafı olunacak kefalet sözleşmesi açısından, ilerde doğabilecek zararları belli ölçüde azaltabilmek ve diğer eşi bu durumdan haberdar edebilmek düşüncesiyle, TBK.m.584 hükmünde, evli olan eş açısından kefalet sözleşmesinin tarafı olabilmesi için eşinin yazılı rızasının varlığı geçerlilik koşulu olarak düzenlenmiştir.

TBK.m.584/II'ye göre "Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez.". Kanun koyucu hükümde dolaylı bir ifadeye yer vermiş olmakla birlikte, düzenlemeden çıkarılan sonuç kefilin aleyhine olan değişikliklere ilişkin olarak diğer eşin yazılı rızasının tekrar alınması gerekir.

Eşin ticaretle uğraşması halinde, kefalete ilişkin olarak diğer eşin rızasının alınması gerekliliği uygulamada gecikmelere ve bazı sorunlara yol açtığı gerekçesi ile 6455 sayılı Kanun'un 77. maddesiyle TBK.m.584'e yeni bir fıkra eklenmiştir. Böylece eşin rızasının arandığı kefalete ilişkin olarak bazı sınırlamalar getirilmiş; ancak bu durum öğretilerde bazı yazarlarca ailenin korunması amacını zayıflattığı gerekçesi ile eleştirilmiştir. Kanaatimizce bu son düzenlemenin getirdiği istisnaların daha dar bir şekilde yeniden düzenlenmesi, hükmün genel amacına hizmet edecektir.

KAYNAKLAR

- AKBULUT GÜN, Özlem, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu İle Kefalet Sözleşmesine Getirilen Yeni Düzenlemelerin Tartışılması”, İstanbul 2015, <http://gunhukuk.com/wp-content/uploads/Kefalet-S%C3%B6zle%C5%9Fmesine-Getirilen-Yeni-D%C3%BCzenlemelerin-Tart%C4%B1%C5%9F%C4%B1lmas%C4%B1-%C3%96zlem-Akbulut-G%C3%BCn-1-1.pdf> E.T.:08.06.2021.
- AKİPEK, Jale /AKINTÜRK, Turgut /ATEŞ, Derya, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C. I, 15.Bası, İstanbul 2019.
- AKSOYOĞLU, Necati, “Borçlar Kanunu Tasarısındaki Kefalet Sözleşmesine İlişkin Önemli Değişiklikler”, Bankacılık Dergisi, S.72, İstanbul, 2010, s.94-116.
- AKTÜRK, Emrah, Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları ve Sonuçları, 1. Baskı, Ankara 2020.
- ARAL, Fahrettin; AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- AYAN, Serkan, Kefalet Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- AYDOĞDU, Murat; KAHVECİ, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- AYRANCI, Hasan, “Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları”, AÜHFD., C.53, S.2, Yıl 2004, s.95-120.
- BADUR, Emel, “Eşin Rızası”, TBBD., S.109, s.251-301.
- BAŞ, Ece, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler”, İÜHFM C. LXX, S. 2, 2012, s.115-144.
- DEMİR, Şamil, “Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı.” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, no. 108, 2013, ss. 87-122. Türkiye Barolar Birliği, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-108-1307>, E.T.: 05.06.2021.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Ankara 2019 (Genel Hükümler).
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Bası, Ankara 2018.
- FİNCAN, Aybüke, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet

- Sözleşmesinin Şekli, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep Üniversitesi, 2019, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jspid=PZRnDWN6biauuw-9VwQbmA&no=nEWKqFwB31vIV-SXjFdL0w> , E.T.: 05.06.2021.
- GÜMÜŞ, M. Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.2, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- GÜNARSLAN, Banu, “Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası”, Terazi Hukuk Dergisi, C.13, S.143, Temmuz 2018, s.90-102.
- GÜNSAY, Töre, “Kefalet Sözleşmesinin Fer’iliği İlkesi”, DEÜHFD., Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C.19, Özel Sayı, 2018, s.1079-1101.
- KARA KILIÇARSLAN, Seda, “Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı”, GÜHFD., C.XIII, S.1-2, s.43-59.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2020.
- KIRCA, İsmail, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı-Kefalette Eşin İzni”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s.435-457.
- KOCAMAN, Arif Burhanettin/**Kaya** Kübra, “Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Y.6, S.1, Haziran 2020, s.1-29.
- OĞUZMAN, M.Kemal /**ÖZ**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 14. Bası, İstanbul, 2016.
- ÖZEN, Burak, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, Genişletilip Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul, 2017.
- REİSOĞLU, Seza, Türk Kefalet Hukuku, Ankara, 2013.
- SADİOĞLU, Fikriye Ceren, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası”, TBB Dergisi, Özel Sayı, 2017, s.199-224.
- ŞEKER, Muzaffer, Kefalette ve Avalde Eşin Rızası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- YALÇINDURAN, Türker, “Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızasına ve Bu Rızanın Türk Borçlar Kanunu’nun 603. Maddesi Gereğince Gerçek Kişilerin Taraf Olduğu Kişisel Güvence Verilmesine

İlişkin Diğer Sözleşmelerde de Bulunmasına Dair Türk Borçlar Kanunu'nda Yapılan Düzenlemenin Değerlendirilmesi", İÜHFİM. C. LXXIV, S. 1, 2016, s.461-486.

YAVUZ, Cevdet; ACAR, Faruk; ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.

YAVUZ, Mustafa, "Yargı Kararları Işığında Kefalette Eşin Yazılı Rızasının Alınması Zorunluluğu ve İstisnalarının Değerlendirilmesi", Gümrük Ticaret Dergisi, Mart 2020, s.25-33.

YILMAZ, Merve, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı", TBB Dergisi, S.197, 2011, s.155-170. (Sorumluluk)

YILMAZ, Merve, "Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.1, S.7, Y.2, Ankara, 2011, s.1-26.(Geçerlilik Şartları)

ZEVKLİLER, Aydın; GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2018.

SIK SIK KISA SÜRELİ HASTALANMA NEDENİYLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ VE KONUNUN COVID 19 SALGINI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet BAYRAK*

Öz

4857 sayılı İş Kanunu'nda Uluslararası Çalışma Örgütü sözleşmesine uygun olarak getirilen düzenlemeler göre belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesinde işverenin geçerli bir sebep gösterme zorunluluğu bulunmaktadır. İş Kanunu m. 18'de otuz ve üstü işçi çalıştıran iş yerlerinde en az altı ay kıdemi olan bir işçinin iş sözleşmesini sona erdirmek isteyen işverenin gösterebileceği nedenler; işçinin yetersizliği, işçinin davranışları ve işyerinin işin gerekleri olarak sıralanmaktadır. Sık hastalanma ise işçinin yetersizliği durumlarına örnek olarak sayılan durumlar arasındadır. Sık sık hastalanmaktan anlaşılması gereken işçinin iş görme edimini olumsuz etkileyen ve işyerinin normal işleyişini aksatan kısa süreli ve aralıklı hastalıklar olarak da tanımlanabilir. Bu çalışmamızın ilk bölümünde işçinin sık sık rapor alma nedeniyle işveren tarafından iş sözleşmesinin sona erdirilmesini İş kanunu ve ilgili mevzuat çevresinde incelemeye çalıştık. İkinci bölümde ise son günlerde iş hukukunu etkileyen Covid-19 salgını nedeniyle sık sık sağlık raporu almak durumunda kalan işçinin sözleşmesinin geçerli fesih oluşturup oluşturmadığını ilgili mevzuat ve

* Dr. Öğr. Üyesi, Selçuk Üniversitesi Sağlık Hizmetleri Meslek Yüksek Okulu, Konya, Türkiye | Asst. Prof., Selçuk University Vocational School Of Health Services, Konya, Turkey.

✉ ahmetbayrak@selcuk.edu.tr • ORCID 0000-0001-7854-6407

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: BAYRAK Ahmet, "Sık Sık Kısa Süreli Hastalanma Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi ve Konunun Covid 19 Salgını Bağlamında Değerlendirilmesi ", *SÜHFD.*, C. 30, S. 1, 2022, s. 259-299.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

sık sık rapor alma şartlarının oluşumu bağlamında değerlendirilme-si amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler

Sık sık rapor alma • Geçerli nedenle fesih • Covid-19 • İşçinin Yetersizliği • İş göremezlik raporu

VALID TERMINATION OF EMPLOYMENT CONTRACT DUE TO FREQUENTLY SHORT-TERM ILLNESS AND EVALUATION OF THE SUBJECT IN THE CONTEXT OF THE COVID 19 PAN-DEMIC

Abstract

According to the regulations in the Labor Law No. 4857, the employer is obliged to show a valid reason for the termination of the employment contract of the employee who works with an indefinite-term employment contract brought in accordance with the International Labor Organization (ILO) contract. İşK m. The reasons that can be shown by the employer who wants to terminate the employment contract of an employee with a seniority of at least six months in workplaces employing thirty or more workers in 18; the inadequacy of the worker, the behavior of the worker and the requirements of the workplace - the job. Frequent illness is among the situations that are considered as an example of the inadequacy of the worker. It can also be defined as short-term and intermittent diseases that negatively affect the work performance of the worker and hinder the normal functioning of the workplace. In the first part of this study, we tried to examine the termination of the employment contract by the employer due to the frequent reporting of the employee within the framework of the Employment Agency and the relevant legislation. In the second part, it is aimed to evaluate whether the contract of the worker, who has to get a report of incapacity for work frequently due to the Covid-19 epidemic, which has affected the labor law in recent days, constitutes a valid termination in the context of the relevant legislation and the conditions for obtaining frequent report of incapacity for work

Key Words

Frequent health report • Covid-19 • Termination by Reasonable Cause • Inadequacy of Worker Inadequacy • Report of incapacity for work.

GİRİŞ

İş hukukunda işveren tarafından belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshedilmesi için, 158 sayılı Hizmet İlişkisine Son Verilmesi Sözleşmesi ILO Sözleşmesi'nde belirlenen gerekçeler üzerine, geçerli bir sebep bildirme zorunluluğu getirilmiştir. İşçinin iş sözleşmesini fesheden işveren

geçerli bir sebebe; işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kaynaklı bir sebebe dayanmak zorundadır. Geçerli nedenle fesih durumunda işveren geçerli bir sebep gösterme zorunluluğu bulunmakla birlikte bu sebeplerin neler olabileceği Kanunda açıkça belirtilmemiş ve genel bir ifade kullanılmıştır¹. Bu gerekçeleri işletmenin, işyerinin ve işin gerekleri nedeniyle fesih ve işçinin kendisinden kaynaklanan fesih nedenleri olarak incelemek uygun olacaktır. İşçinin kendisinden kaynaklanan fesih; işçinin yetersizliği ve işçinin davranışlarından kaynaklanan fesih nedenleri yer almaktadır². İşçinin yeterliliğinden ve davranışlarından kaynaklanan geçerli sebepler İş Kanunu 25'inci maddede belirtilenlerin dışında kalan ve önemli seviyede işyerlerinde işin görülmesini olumsuz etkileyen sebeplerdir³. İşçinin iş görme edimini engellemesi açısından, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli fesih sebepleri ile davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih sebepleri arasında oluşan benzerlik, bu iki fesih türünü birbirinden ayırmayı zorlaştırmaktadır⁴. Genel olarak işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebeplerde işçinin iradesinden bağımsız bir olay gerçekleşirken davranışlarından kaynaklanan durumlarda kasti olarak iş yerinde olumsuzluk oluşmaktadır⁵. Yetersiz sayılan işçi kişisel yetenek ve özellikleri bakımından fesih sırasında iş sözleşmesinden doğan yükümlülükleri tamamen veya kısmen yerine getiremeyecek durumdadır⁶. İş Kanunu m. 18'in gerekçesinde işçinin yetersizliğinden kaynaklanan sebepler örnek niteliğinde sayılmıştır. İşçinin yetersizliğinden kaynaklanan geçerli fesih nedenleri işçinin öznel yetenekleri ile ilgili olup bu nedenlerin fesih yolunu açabilmesi için işyerinde bir olumsuzluğa yol açması gerekmektedir. Diğer bir

¹ SÜZEK, Sarper, İş hukuku, B 21, İstanbul, 2021, s.577.

² KILIÇOĞLU, Mustafa / ŞENOCAK, Kemal, İş Güvencesi Hukuku, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007, s.220-407.

³ SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay, Bireysel İş Hukuku, B 10, Gazi Kitapevi, 2019, s.286.

⁴ DULAY, Dilek, "İş Sözleşmesinin Performansa Dayalı Olarak Feshedilmesi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C 7, S 27, 2010, s.976.

⁵ SARI, Ayşegül, İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Nedenlerle Feshi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 144.

⁶ CENTEL, Tankut, İş Güvencesi, Legal yayıncılık, B 2, 2020, s. 85.

ifade ile kanun işçinin yetersizliği ile yapmakta olduğu iş arasında bir illiyet bağı kurulması gerektiği belirtilmiş ve illiyet bağı olmayan durumlarda salt işçinin yetersizliğinin feshe neden olmayacağını belirtmiştir⁷. Sık sık kısa süreli hastalanma da buna örnek durumlar arasında geçmektedir⁸.

İşçinin sık sık kısa süreli hastalanmasından kastedilen durum hastalığın her defasında İş Kanunu 17'nci maddesinde öngörülen bildirim sürelerini 6 hafta aşmayan hastalık durumu olarak anlaşılmaktadır. Bununla birlikte İş Kanununun da sık sık kısa süreli hastalanma ile ilgili açık bir düzenleme bulunmamaktadır⁹.

I. SIK SIK RAPOR ALMA NEDENİYLE GEÇERLİ FESİH

İşçinin yetersizliği İş Kanunu m. 25 uyarınca haklı nedenle derhal feshe neden olacak ağırlıkta olmayıp, işyerinin normal işleyişini ve yürüyüşünü bozan iş görme borcunu gerektiği gibi yerine getirilmesi engelleyen işyerindeki uyumu olumsuz yönde etkileyen feshin geçerli olmasını sağlayan hallerdir¹⁰. Sık sık kısa süreli hastalanma durumu uzun süren hastalık durumundan farklı olarak ele alınmıştır. Uzun süren hastalık durumlarında fesih bildirim sürelerine 6 hafta süre eklenmesi ile elde edilen süre geçmesiyle fesih işverence haklı sebep oluşturacaktır. Sık sık kısa süreli hastalanma durumunda devamsızlık ise belirlenen fesih bildirim süresi içerisinde kalsa da; işçi iş görme edimini sürekli olarak aksatıyor, işyeri düzeninin işleyişini bozuyor ise fesih için geçerli bir sebep oluşacaktır¹¹. İşçi kronik bir rahatsızlığı, bünyesinin zayıflığı veya sık sık nöbetler

⁷ DULAY, s.978.

⁸ ÖZMEN, Remzi, Notlu-Gerekçeli-Karşılaştırmalı İş Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara, 2004, s.54.

⁹ KILIÇOĞLU, Mustafa/ ŞENOCAK, Kemal, İş Kanunu Şerhi, İstanbul, 2013, s.355

¹⁰ SÜZEK, s.575.

¹¹ ÇELİK, Nuri / CANIKOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat / ÖZKARACA, Ercüment, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayıncılık, B 34, 2021 / BARCA, Mihan Hayrunisa, İş Sözleşmesinin Mesleki Yetersizlik (Performans) Nedeniyle Feshi, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.169; ULUÇ, Şule, "İşverenin İş Sözleşmesini Geçerli Nedenle Feshi", YÜHFD, C 9, S 2, İstanbul, 2012, s.776; Y. 9. HD. 09.12.2019, E.2019/4150 K. 2019/21935 "İşveren 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18/3.f maddesi uyarınca aynı kanunun 25/I.b maddesi uyarınca önele ilaveten altı haftalık bekleme süresi içinde işçinin iş sözleşmesini feshedemez. Ancak işçinin aralıklı olmak üzere sık sık rapor alması

geçirmesine neden olan kalıcı bir rahatsızlığı nedeniyle sık sık rapor almakta ve devamsızlık yapmaktadır. Sık sık hastalanma durumunda, hastalıkların süresi uzun süreli hastalıklardaki gibi ihbar süresi + altı haftalık süreyi aşmayan, bu nedenle işverene hastalık nedeniyle haklı nedenle fesih hakkı vermeyen ancak geçerli fesih nedeni oluşturan durumlardır. İşveren, hastalanma sıklığı sonucunda işçiden beklediği verimi alamamaktadır¹². Sık sık kısa süreli hastalanma; işçinin iş görme edimini olumsuz etkileyen ve işyerinin normal işleyişini aksatan hastalıklar olarak da tanımlanabilir¹³.

A. Sık Sık Kısa Süreli Hastalanma Nedeniyle Feshin Gerçekleşmesi İçin Devamsızlık Süresinin Aralıklı olarak Belirli Bir Yoğunlukta Olması Gerekir.

Sık sık rapor alma durumunda toplam raporlu kalma süresinin belirli bir süreyi aşmasına gerek yoktur. Yapılan devamsızlığın aralıklı olarak tekrar etmesi gerekmektedir. Yargıç tarafından incelenmesi gereken konu yapılan devamsızlık süresinin iş yerinde olumsuzluk oluşturacak düzeye ulaşması ile ilgilidir¹⁴.

Sık sık hastalanma ile iş göremezlik raporu alan işçinin iş edimini yerine getiremediği sürenin uzunluğu, menfaatlerin dengelenmesi aşamasında işverence katlanılması gerekli bir durum olup-olmadığı ele alınmalıdır¹⁵. Yargı kararlarına bakıldığında da sık sık rapor alma nedeniyle fesihte İş Kanunu m. 17'deki bildirim sürelerine 6 hafta eklenmesi ile bulunan süresinin üzerinde devamsızlık oluşturmasa da geçerli bir şekilde

bu kapsama girmez. Sık sık rapor alması durumunda toplam raporlu olduğu süre, bekleme süresi içinde kalsa bile, sık sık rapor alması işyerinde olumsuzluklara yol açmış ise, işçinin iş sözleşmesi bildirimli veya süreli olarak feshedilebilir. Bu durumda fesih geçerli nedene dayanmaktadır.”(Yargıtay Bilgi Bankası).

¹² KARTAL, Serhat, Türk Hukukunda İş sözleşmesinin Sağlık Sebepleri ile Sona Ermesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 66.

¹³ KORKMAZ, Fahrettin / ALP, Nihat Seyhun, Bireysel İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, B 4, Ankara, 2019, s.204.

¹⁴ KILIÇOĞLU / ŞENOCAK, s. 360; SÜZEK, s.576.

¹⁵ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 378.

feshedebileceği belirtilmektedir¹⁶. Doktrinde baskın görüş sık sık hastalanma durumunda İş Kanunu m. 17'deki bildirim sürelerine 6 hafta eklenmesi ile bulunan süresi aşılmasının önem taşımadığı belirtilmiştir. Ancak söz konusu sürenin aşılması durumlarına feshin geçerli olmaması gerektiğine dair görüşler de bulunmaktadır¹⁷.

Sık sık hastalanma durumunda geçerli neden oluşabilmesi için ne kadar sıklıkla rapor alınması veya toplamda kaç gün devamsızlık yapılması durumunda geçerli olacağına dair bir zaman aralığı vermek mümkün değildir¹⁸. Uygulamada muhtelif zaman aralıkları ve rapor sayıları hakkında geçerli feshin kabul edildiği görülmektedir¹⁹. Doktrinde geçen bir görüşe göre ise yılda toplamda altmış gün rapor alan işçinin işyerinde

¹⁶ Y. 9.HD. 14.11.2019, E. 2019/3187 K. 2019/20051 K. "İşveren 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18/3.f maddesi uyarınca aynı kanununun 25/L.b maddesi uyarınca önele ilaveten altı haftalık bekleme süresi içinde işçinin iş sözleşmesini feshedemez. Ancak işçinin aralıklı olmak üzere sık sık rapor alması bu kapsama girmez. Sık sık rapor alması durumunda toplam raporlu olduğu süre, bekleme süresi içinde kalsa bile, sık sık rapor alması işyerinde olumsuzluklara yol açmış ise, işçinin iş sözleşmesi bildirimli veya süreli olarak feshedilebilir. Bu durumda fesih geçerli nedene dayanmaktadır."; Ayrıca bkz. Y.9. HD. 08.04.2019, E. 2018/9931 K. 2019/7970 (Yargıtay Bilgi Bankası).

¹⁷ KILIÇOĞLU/ŞENOC AK, s. 380.

¹⁸ ÇELİK/ CANİK LİOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 562; ÜNLÜ, Dilek, Türk ve Alman İş Hukukunda İşyeri, İşletme ve İşin Gereklere ile Fesih ve Özellikle Sosyal Seçim Ölçütleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2016, s.67.

¹⁹ Y. 22. HD. 14.6.2016, E. 2016/16287 K. 2016/17801 sayılı kararında fesihden önceki yaklaşık 6-7 aylık bir dönem içinde muhtelif tarihlerde altmış günün üzerinde rapor kullanımını geçerli fesih olarak kabul etmiştir. ; Y.9.HD. 01.07.2019, E. 2019/1440 K. 2019/14643 toplamda 37 gün rapor alarak işe gelmeyen işçinin sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayandığına dair karar almıştır. ; Y.9. HD. 01.04.2019 E. 2018/8229 K. 2019/7373 sayılı kararında davacı işçinin büyük çoğunluğu 2'şer günlük olmak üzere toplam 44 gün rapor almasının geçerli fesih olarak kabul etmiştir. ; Y. 9. HD. 12.02.2015 E. 2014 / 35192 K 2015 / 6018 kararında ise 2013/7. ay ila 2013/12. ay arasında farklı farklı branşlardan toplam 29 gün rapor kullanmayı sık sık rapor alma nedeniyle geçerli feshin oluştuğuna karar vermiştir. ; Y. 9. HD. 21.5.2018 E. 2017/25872 K. 2018/11348 kararında ise bir yıl süre içerisinde 30 günlük devamsızlığın sık sık rapor alma eylemi için yeterli olduğuna karar vermiştir. ; Y. 9. HD. 10.12.2018 E. 2018/3958 K. 2018/22732 sayılı kararında ise iş göremezlik rapor olarak bayram çalışmasına katılmayan işçinin sözleşmesinin geçerli şekilde feshedildiğine karar vermiştir. Karar gerekçesinde yapılan işin özgülüğüne göre bayram yoğunluğunda çalışmayan işçinin işyerinde oluşturduğu olumsuzluk nedeniyle feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmiştir. Ayrıca benzer karar için bkz. Y. 9. HD. 08.04.2019E. 2018/9931, K. 2019/7970.

olumsuzluklara yol açacak düzeyde kabul edilmesi gerektiği yönündedir²⁰.

Yargıtay sık sık rapor alan işçi için belirli bir süre takibi öngörmektedir²¹. Hukukumuzda sık sık rapor alma ile geçerli feshin gerçekleşmesi için muhtelif zaman aralıkları dikkate alınmaktadır, bu konuda Yargıtay her somut olayı kendi içerisinde değerlendirmektedir. İşçinin kıdem durumu bu konuda önem taşımaktadır²². Uzun süre sorunsuz çalışan bir işçinin son dönemimde aldığı sık raporlara karşı müsamaha gösterilmelidir²³. İşçinin yaptığı iş, işçinin konumu, işçinin iş edimini ifa edememesi nedeniyle diğer işçiler üzerine binen yük ve işyerinin kapasitesi gibi durumlara göre her somut olay kendi içerisinde değerlendirilmektedir²⁴. Burada belirlenmesi gereken durum işçinin yaptığı devamsızlığın işyerinde ekonomik değeri etkileyecek düzeyde veya işyerinde olumsuzluk oluşturacak yoğunluğa ulaşmış olmasının belirlenmesi şeklinde olacaktır. Yargıç yapacağı değerlendirmede; işçinin işyerinde olmadığı süre boyunca iş ediminin yararsız kılacak sürede devamsızlığın gerçekleşip gerçekleşmediğini inceleyecektir²⁵. Bu anlamda işçinin hastalanması nedeniyle kısa süreli devamsızlığını tekrarlaması işyerinde olumsuzluk oluşturacak düzeye ulaşması halinde sık sık hastalanma nedeniyle geçerli fesih şartı oluşacaktır²⁶.

²⁰ DOĞAN YENİSEY, Kübra, İşçinin Fiziki Yetersizliği Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.478.

²¹ Y. 9. HD. 21.5.2018, E. 2017/25872 K. 2018/11348 sayılı kararında 1 yıllık bir sürede yapılan devamsızlık süresinde işyerinde oluşturacağı olumsuzluğu değerlendirmiştir. Bir yıl içinde yapılan iş göremezlik raporu ile devamsızlığı sık sık rapor alma eyleminin sabit olduğuna karar vermiştir.

²² Y. 9. HD. 27.9.2018, E. 2018/7474 K. 2018/16860 sayılı kararında 3 yıl 12 günlük kıdem süresinde bir yıl içerisinde toplamda 60 gün iş göremezlik raporu ile devamsızlık yapan işçinin iş sözleşmesi feshini sık sık rapor alma nedeni ile geçerli fesih olarak kabul etmiştir.

²³ KARTAL, s.67.

²⁴ ÇELİK/ CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 562-563; TULUKCU, Binur, "İş Güvencesine İlişkin İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Fesih Nedenleri", Terazi Hukuk Dergisi, 2017, s. 21; SARI, s.159.

²⁵ CENTEL, s. 90.

²⁶ ERTÜRK, Şükran, "İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle Aids Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları", DEÜHFD, C 4, S 2, 2002, s. 15.

Hukukumuzda sık sık rapor alma nedeniyle geçerli fesih için makul sürede devamsızlık yapılmış olduğu her somut olayın kendi içerisinde değerlendirilmesi ile tespit edilmektedir. Alman hukukunda ise toplam çalışma süresinin %14-25'i kadar işe raporlu olarak gelmeme durumunda fesih geçerli hale gelmektedir²⁷. Alman hukukunda hastalığın prognozunun²⁸ takibi ile sık sık rapor alma süresi takibi için son 36 aylık bir süre dikkate alınmaktadır²⁹. Alman hukukunda da sık sık rapor alma nedeniyle geçerli feshin oluşması gerekli devamsızlık süresinin değerlendirilmesi, işyerinde olumsuzluk oluşturma şartı ile belirlenmektedir³⁰.

B. Sık Sık Hastalanmanın İş Yeri İçin Önemli Aksaklıklara, Olumsuzluklara veya Ekonomik Açından Zarara Sebep Olmalıdır.

İşçinin yetersizliğine ilişkin geçerli feshi; işyerinde olumsuzluklara yol açması ve işverenin menfaatlerinin önemli derecede zarar görmesi halinde meşruluk kazanır. Bu olgunun tehlike durumundan ziyade fiili bir hal alması gerekir. Fiili durumun ise somut olması, ilave tedbirle giderilmez nitelikte olması ve işveren menfaatinin etkilenmesinin ufak çapta olmaması gerekmektedir³¹. Sık sık rapor alma nedeniyle geçerli fesih işverenin zarar görmemesi amaçlanmaktadır. Zira sık sık rapor alma nedeniyle iş sözleşmesinin geçerli yolla feshi işyerinde hastalanma ve akabinde yapılan devamsızlık nedeniyle oluşan işletme ekonomisini bozacak durumların giderilmesini sağlama düşüncesidir³². Sık sık kısa süreli hastalanma durumunda iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için işyeri ile ilgili çok önemli aksaklıklara ve ekonomik olarak zararlara sebebiyet vermeli-

²⁷ HAYDARİ Çömlek, Sevgi, İş Akdinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Nedenlerle Feshi, Yüksek lisans tezi, İstanbul, 2019, s.44; GÜLER, Şeref, Türk İş Hukukunda Geçerli Nedenle Fesih ve Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, s. 51; Alman yargı kararlarında on sekiz haftalık süre de dahi fesih için gerekli sürenin oluşmadığı yönündeki kararı için bkz. BAG, Ur-teilvom 23.01.2014, 2 AZR 582/13 (www.bundesarbeitsgericht.de) ; KARTAL, s.66.

²⁸ BAG, Ur-teil vom 20.11.2014, 2 AZR 755/13 (www.bundesarbeitsgericht.de).

²⁹ BAG, Ur-teilvom 23.01.2014, 2 AZR 582/13, Rn.32; BAG, Ur-teilvom 25.04.2018, 2 AZR 6/18, Rn.23 (www.bundesarbeitsgericht.de).

³⁰ CENTEL, s.90.

³¹ SÜZEK, s.364.

³² KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 355.

dir. İşçinin yeterliliğinden kaynaklanan geçerli nedenin varlığı tespit edilirken, işçinin işyerinde olumsuzluklara yol açabileceği konusunda araştırılması gereken konu; görülen işin niteliği ve işçinin çalışma şekli, eğitim düzeyi ve unvanı gibi unsurlardır³³. Bir işyerinde tek aşçı olarak çalışan veya ulaşım hizmetlerinde tek şoför olarak yer alan işçinin oluşturabileceği olumsuzluk ile aynı departmanda aynı işi yapan birçok işçi ile çalışan bir vardiya işçisinin oluşturacağı olumsuzluk aynı düzeyde olmayacaktır. Ortaya çıkan olumsuzluğun derecesinin personelin pozisyonuna³⁴ bağlı olduğu görülmektedir. Fazla çalışma veya işyerinde çalışan diğer personel ile üretim sürecindeki aksaklık, işyeri barışı içerisinde giderilebiliyorsa artık işyerinde olumsuzluk yaşandığı kabul edilmeyecektir. Ancak hasta işçinin boşluğu giderilemiyorsa normal işleyişte olumsuzluktan bahsedilebilir³⁵. Örneğin işveren işçinin devamsızlığı nedeniyle o işi görece geçici işçi almak zorunda kalması durumunda işverenin katlanması beklenilmeyen işyerinde yaşanan olumsuzluktan söz edilebilir³⁶. Bununla birlikte işverenden işyerinde fazladan personel çalıştırması da beklenemez. Yargıç normal işleyişteki bozulmanın önemli mi yoksa önemsiz, küçük çapta mı olduğuna karar vermelidir. İşyerinde oluşan olumsuzluğun ispat yükü ise işverene aittir³⁷. Doktrinde yer alan bir görüşe göre ise; işçinin devamsızlığı ile birlikte işçinin yaptığı görev açısından yoksunluk hissedileceği açıktır. Aksi takdirde işçinin işyerinde normal zaman aralığında yer almasının anlamı kalmayacaktır. Bu yüzden işçinin

³³ KÖSEOĞLU, Ali Cengiz, "İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshine Genel Bir Bakış", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C 9, S 36, 2012, s.85-131.

³⁴ Sık sık hastalanan personelin pozisyonu nedeniyle işyeri işleyişinin aksaması: 9. HD. T. 14.01.2013, E. 2012/22940, K. 2013/117 sayılı kararında bu durum " Davacının sık sık rapor alması nedeni ile önceden hazırlanan uçuş programlarının aksayacağı, iş gücü planlamasının değişeceği açıktır. Davacının sık sık rapor alması işyerinde olumsuzluklara yol açmış ve iş ilişkisinin işveren açısından çekilmez hale getirmiştir. İşverenin feshi, davacının yeterliliğinden kaynaklanan geçerli nedene dayandığından..." şeklinde açıklanmıştır. (Yargıtay Bilgi Bankası).

³⁵ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 380.

³⁶ KURT, Resul/ KOÇ, Muzaffer, İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi İş Güvencesi ve İşe İade Davaları, Seçkin Hukuk, B 5, 2021, s. 349.

³⁷ SÜZEK, s.364 / KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 358.

işyerinde sık sık devamsızlık yapmasının işyerinde olumsuzluklar oluşturduğunun ayrıca işveren tarafından ispat edilmesine gerek yoktur³⁸. Yargıtay'ın kararlarında da belirli bir yoğunluğa ulaşan sık sık rapor almanın işyerinde olumsuzluğa yol açacağı açık bir olgu olarak kabul edilmekle birlikte³⁹ her somut olay kendi içerisinde değerlendirileceğinden yaşanan olumsuz durumun işveren tarafından ispat edilmesi istenebilmektedir⁴⁰.

İşçinin hastalığı nedeniyle üretimin etkilenmesi, kaçınılmaz olarak yardımcı bir işçinin çalıştırılması zorunluluğunun doğduğu haller, işyerinin mevcudiyetini ve ekonomik geleceğini etkileyen bir tehdit olarak kabul edilmektedir. İşyeri barışının; tekrarlanan bir şekilde işe gelmeyen işçinin yerine yeni veya hali hazırda başka bir işçi çalıştırılmak zorunda kalınması nedeniyle bozulması, sözleşme konusu malların teslim edilmediği veya zamanında yerine getirilmemesi nedeniyle müşterilerin şikâyette bulunmaları, işyerinin varlığını tehdit eden diğer durumlardır⁴¹. Ancak zarar, işyerine büyük bir yük oluşturmayacak şekilde alınacak bazı önlemlerle ortadan kaldırılabilecekse, yine feshin haklılığından söz etmek mümkün değildir. İşyerindeki olumsuzluğu sadece üretim aksaması veya işyerinin zararı olarak değil aynı zamanda diğer işçilerin daha fazla çalışmasını ve iş yüklerinin artması, işyeri barışının bozulması şeklinde de anlamak gerekir. İşçilerin mesai arkadaşlarının sık sık rapor alması nedeniyle çalışma düzenlerinin bozulması işyerinin normal işleyişinin bozulması kavramı altında değerlendirilir ve işyerinde olumsuzluk oluşturduğu kabul edilir⁴².

³⁸ CENTEL, s. 90; BARCA, s. 171.

³⁹ Y. 9. HD. 02.07.2018, E. 2017/27981 K. 2018/14424; Y. 9.HD. 25.03.2013 E. 2012/38259, K. 2013/9897 (Yargıtay Bilgi Bankası).

⁴⁰ Y. 9. HD. 06.07.2017, E. 2016/29524 K. 2017/14424 (Yargıtay Bilgi Bankası).

⁴¹ ERTÜRK, s. 16.

⁴² KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 358.

C. Sık Sık Rapor Alma Nedeniyle Fesihle Kusur Durumu- Sık Sık Hastalanmanın İşyerinden Kaynaklanan Bir Sebebe Bağlı Olmamalıdır.

Kusur sorumluluk hukukunun temel kavramlarından birisidir. Özellikle kusur sorumluluğunda kusur, sorumluluğun kurucu unsurudur. Zira kusur zarar ve sorumluluğun bir başka kişiye yönlendirilmesini haklı gösteren bir sorumluluk ilkesi ve sebebidir⁴³. Sık sık hastalanma nedeniyle geçerli fesih durumunda işçinin kusurlu olup olmaması önemli değildir. İşçinin iş görme edimini yerine getirmede yetersiz kalması durumunda, işçi kusursuz bulursa dahi fesih geçerli olacaktır⁴⁴. Ancak sık sık rapor almak durumunda kalan işçi söz konusu raporlara gerekçe hastalığı işyeri kaynaklı⁴⁵ olarak geçiriyorsa feshin geçerli olduğundan bahsedilemeyecektir⁴⁶. Hukukumuzda yer alan *“hiç kimse kendi kusurundan faydalanamaz”*⁴⁷ ilkesi gereği kusurlu olan işveren işyeri kaynaklı olarak ortaya çıkan hastalık ve sonrası alınan iş göremezlik raporu ile sık sık rapor alan işçisinin sözleşmesini feshetmesi halinde fesih geçerli olmayacaktır. Zarar gören kendi davranışı ile zarara neden olmuşsa bu zarar başkasına yüklenmemelidir⁴⁸. Ancak oluşan zarara sebebiyet veren hastalık

⁴³ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayıncılık, B 26, Ankara, 2021, s.571.

⁴⁴ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.360; CENTEL, s.85; KURT/ KOÇ, s.336.

⁴⁵ Y. 9. HD. 20.2.2019, E. 2018/6320 K. 2019/4223 *“Bölge Adliye Mahkemesinde de davanın istinaf talebi reddedilmiş ise de dosyadaki mevcut bilgi ve belgeler ile SGK kayıtları ve raporlardan davanın aldığı iki raporun davalı işyerinde geçirilen iş kazasına bağlı olduğu, keyfi bir rapor olmadığı, dairemizin yerleşik uygulamasında kabul edilen sürekli rapor alma ve buna bağlı olarak işi aksatma durumunun olmadığı, davanın toplam 22 günlük raporunun 16 gününün iş kazasına bağlı olduğu ve buna bağlı olarak davalının iş akdinin feshinin haklı yâda geçerli nedene dayanmadığını anlaşılmasına göre davanın kabulü gerekirken yerinde olmayan gerekçeyle reddi hatalıdır.”* (Yargıtay Bilgi Bankası).

⁴⁶ SARI, s.136.

⁴⁷ CANBOLAT, Talat / KAYIRGAN, Hasan, *“Koronavirüs Salgınının İş Sözleşmesi ile İşçi İşveren İlişkilerine Etkisi ve Sonuçları”*, ÇÜHFD, C 5, S 1, 2020, s. 645.

⁴⁸ OSMANOĞLU, Mehlika, *“Birlikte Kusur”*, İstanbul Barosu Dergisi, C93, S2, 2019, s.128; KAYIRGAN, Hasan, *Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler*, On İki Levha Yayıncılık, B 2, İstanbul, 2021, s. 114.

ile işveren kaynaklı durumlar arasında illiyet bağı bulunması gerekmektedir⁴⁹. Sonuç olarak işçinin fiziksel yetersizliği arasında sayılan sık sık rapor alma nedeniyle yapılan devamsızlığın çıkış noktası olan hastalık işverenin hâkimiyet alanından kaynaklanan bir olumsuzluk nedeniyle oluşması durumunda işçi lehine değerlendirme yapılacaktır⁵⁰.

İşçi hastalığı ile ilgili olarak çalışma şartlarından ileri geldiğini iddia etmesi durumunda; hastalığı ile ilgili bilgileri ve işyeri faaliyetleri hakkında bilgi vererek iddiasını ispat etmelidir. Örneğin aynı işyerinde diğer işçilerin benzer hastalıklara yakalanma durumu hastalığın işyeri kaynaklı olduğuna emare teşkil eder⁵¹. İşçi ayrıca sır saklama yükümlülüğü altındaki doktoruna izin vererek durumu açığa kavuşturmaya çalışmalıdır. Somut olay işçinin, aydınlatma faaliyetleri ile açıklığa kavuşturulamaz ise işveren lehine karar verilir. Bununla birlikte işverenin işyeri ile hastalık arasında ilişki olmadığını ispat etme hakkı bulunmaktadır⁵². İşçi raporunu ibraz etmemesi veya uyması gereken sağlık kurallarına aykırı hareket etmesi durumunda, işçinin davranışından kaynaklanan geçerli nedenle iş sözleşmesinin feshi yolunun varlığı da kabul edilir. Böyle durumlarda, işçinin davranışından kaynaklanan geçerli nedenin kuvvetli olduğu kabul edilmelidir⁵³.

D. İşçinin Gelecekte de Tekrar Hastalanacağı Öngörülmalıdır.

Olumsuz öngörü ilkesi (Prognoseprinzip), Alman hukuku temelli⁵⁴, kanunla düzenlenmemiş ancak feshin yargısal denetiminde başvuru olan bir ilkedir. Tahmin ilkesi olarak da adlandırılan bu ilke, son yıllarda Yargıtay kararlarında kullanılmaktadır⁵⁵. Olumsuz öngörü ilkesi, fesheden olan olay veya olguların gelecekte de iş ilişkisini olumsuz etkileme

⁴⁹ ŞAHİN, Mehmet Yaşar, Vücut Bütünlüğünün İhlali Halinde Zarar ve Maddi Tazminat Hesabı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 60-61; EREN, s.563.

⁵⁰ KARADEMİR, Artür, İş Güvencesinde Son Çare İlkesi, Seçkin Yayıncılık, 2021, s111

⁵¹ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 355.

⁵² KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 381.

⁵³ TOKYÜREK, Tuğba Eren, Türk İş Hukukunda Haklı Neden – Geçerli Neden Kavramları, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2010, s.86.

⁵⁴ LOTH, Katherina, Prognoseprinzip und Vertragskontrolle im befristeten Arbeitsverhältnis, Duncker & Humblot, Berlin, 2015, s. 75-89.

⁵⁵ Y. 9.HD. 05.10.2017, E. 2016/24041, K. 2017/15069 (Yargıtay Bilgi Bankası).

ihtimali bulunduğu artık işverenin iş ilişkisini yürütmesinin ondan beklenememesi durumunu haklı ya da geçerli kılan bir ilke olarak tanımlanır⁵⁶. Bu ilke, ortaya çıkan fesih sebebinden iş ilişkisinin gelecekte de etkilenme ihtimalini yorumlama aracı olarak da ifade edilmektedir⁵⁷. Olumsuz öngörü ilkesi öğretide dürüstlük ilkesinden kaynaklanan ölçülülük ilkesinin bir gereği olarak nitelendirilmektedir⁵⁸.

Sık sık rapor alma nedeniyle geçerli fesihte; işçinin eldeki verilere dayanılarak gelecekte de hastalanmaya devam edeceği öngörülebilmelidir⁵⁹. Söz konusu fesih nedeni, işçinin geçmişte geçirmiş olduğu hastalıklar nedeniyle yaptığı devamsızlıkların bir cezası olarak kabul edilemez⁶⁰. İşçi sözleşmesinin feshinde ileride de işçinin tekrar hastalanacağı öngörülmelidir. Bu öngörüğü gerçekleştiren işveren, işçinin ileride tekrar hastalanacağı veya yeni bir hastalık gelişeceğine dair oluşacak endişesinin objektif verilere dayandırması gerekir⁶¹. Fakat geleceğe ilişkin değerlendirmede tahmin edilen devamsızlık süresi ise önem taşımayacaktır⁶². Öngörünün objektif verilere dayanmasında tıbbi veriler dikkate alınmalıdır. Hastalık nedeniyle ileride de sık sık rahatsızlanma hali yaşayacağına dair

⁵⁶ Sarı, s.139.

⁵⁷ DOĞAN, Sevil, İş Sözleşmesinin Feshinde Olumsuz Öngörü İlkesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 1013.

⁵⁸ DOĞANYENİSEY, Kübra, İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s.479.

⁵⁹ ÇELİK/ CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 564; Y. 9. HD. 28.11.2016, E. 2016/417 K. 2016/20904 " Dosya içeriğine göre davacının son olarak Ağustos ayında aldığı raporlar kadın hastalıkları nedeni ile geçirdiği operasyon nedeni ile olup, bu ay toplam 6 gün rapor almış, savunması 10.09.2014 tarihinde alınmış, iş sözleşmesi ise 07.11.2014 tarihinde sık sık rapor aldığı gerekçesi ile feshedilmiştir. Davacının Ağustos ayından sonra rapor aldığı kanıtlanmadığı gibi savunma son rapor tarihi ile savunma tarihine göre iş sözleşmesi makul süre geçtikten sonra feshedilmiştir. Diğer taraftan davalı işveren tarafından, davacının yetersizliğinin gelecekte de devam edeceği ortaya konmamıştır. Somut bu maddi ve hukuki olgulara göre fesih geçersiz nedene dayandığından Mahkemece feshin geçerli nedene dayandığı gerekçesi ile davanın reddi hatalıdır." (Yargıtay Bilgi Bankası).

⁶⁰ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 355; DOĞAN, s.1014.

⁶¹ ERTÜRK, s. 15; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 377; BARCA, s.173.

⁶² KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 379.

en büyük kanıtlardan birisi mevcut hastalığın prognozudur⁶³. Sonuçta hastalığın seyrini ve ileriye dönük olarak hastalık nedeniyle işçinin çalışamaz duruma gelebileceği hastalığın prognozunun değerlendirilmesi ile mümkündür⁶⁴. İşçinin ileride de çalışamaz duruma düşeceği, hastalığın seyrinin bu yönde olduğunun ispatı işverene aittir⁶⁵. Söz konusu öngörünün varlığının tespiti için her somut olay kendi içerisinde değerlendirilir. Yapılacak değerlendirmede önceki devamsızlıkların yüzdesi ve aralıkları ileride de rapor alacağı düşünülmesi açısından büyük önem taşır⁶⁶. Ancak geçmişte işçinin hastalanması ve dolayısı ile almış olduğu raporlar nedeniyle çalışmamış olduğu toplam sürenin İş Kanunu m.17'de geçen bildirim sürelerini altı hafta geçmesi tek başına işçinin hastalığının ileriye dönük benzer şekilde ilerleyeceği hakkında emare göstermez. İşverende sözü edilen devamsızlığın oluşturacağı ileriye dönük endişe subjektif bir veri olarak düşünülmemelidir⁶⁷. İşçinin hastalanmaya devam edeceği endişesinin objektif verilere⁶⁸ dayanması ve işçinin yetersizliğinin işyerinde olumsuzluklara yol açması durumlarının gerçekleşmesi halinde geçerli fesih sebebi mevcut hale gelmiştir. Ancak iyileştiği anlaşılan hasta öngörü unsurunu oluşturmayacağı gibi artık sık sık rapor alma nedeniyle fesih yoluna gidilemez⁶⁹. Öngörü unsurunun oluşmasında hastalığın prognozunun kötü olması işveren endişesi açısından objektif veri sağlar, bu bağlamda işveren prognoz ile ilgili durumu ispat etme yükümlülüğü altındadır⁷⁰. Sonuç olarak söylenebilir ki hayat tecrübelerine göre özelliği veya

⁶³ Prognoz: öngörü, kestirim olarak kullanılmaktadır. Kocaeli Üniversitesi Tıp Fakültesi Türkçe Tıp Dil Kurulu, Türk Tıp Dili Kılavuzu, 2007.

⁶⁴ BAG 10 Kasım 2005 - 2 AZR 44/05 - Rn. 26 (www.bundesarbeitsgericht.de).

⁶⁵ BAG, Ur-teilvom 20.11.2014, 2 AZR 755/13 (www.bundesarbeitsgericht.de).

⁶⁶ CENTEL, s. 90.

⁶⁷ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 356.

⁶⁸ Sık sık hastalanma nedeniyle rapor alan işçinin ortopedist, uzman mühendis ve ekonomist uzmanlardan alınan bilirkişi raporu neticesinde; menüsküs yırtıklarının iyileşmesi mümkün olmadığından bundan sonra da uzun süre ayakta duramayacağını ve çömelerek ağırlık kaldıramayacağını, mesailere ve gece vardiyasına kalamayacağını bildirilmesine müteakip ileride tekrar hastalanacağı ve rapor alacağı öngörülen yargı kararı için bkz. Y 9. HD. 01.07.2019, E.2019/1440 K. 2019/14643 (Yargıtay Bilgi Bankası).

⁶⁹ KARTAL, s.67; TULUKCU, s.22; DOĞAN, s.1025.

⁷⁰ BAG 10. November 2005 - 2 AZR 44/05 (www.bundesarbeitsgericht.de).

oluşum nedeniyle tekrarlama riski teşkil etmeyen hastalıklar ve trafik kazası nedeniyle sağlık kaybı gibi durumlar geleceğe ilişkin tahminde dikkate alınmayacaktır⁷¹.

E. Menfaatlerin Tartılarak Dengelenmesi İlkesi Gereğince İşverenin Sık Sık Rapor Alma Nedeniyle Katlanması Gereken Zararın İşçinin Zararından Fazla Olması

Sık sık iş göremezlik raporu alan işçinin hastalığı işyeri kaynaklı olmayıp, işyerinde olumsuzluklara yol açıyor, işyerinde ekonomik zarar oluşturuyor ve bununla birlikte hastalığın ileride de tekrarlayacağı objektif veriler ile öngörülüyorsa bu evrede yargıç menfaatlerin tartılması aşamasını araştırır⁷². İşveren fesih hakkını kullanmadan önce işçi ve işveren arasındaki yarar kavramlarının ele alınması gerekir⁷³.

Menfaatlerin tartılmasında işçinin yetersizliği nedeniyle ortaya çıkan olumsuzlukların işverence katlanılmasının beklenilmesinin adil ve uygun olup olmadığının araştırılması gerekmektedir. Bir başka deyişle işçinin işe devam etmesindeki menfaate oranla işverenin menfaat kaybı daha ağır basmalıdır. İşçinin hafif kusuru yanında işverenin daha ağır kusuru bulunması durumunda geçerli bir fesih söz konusu olamayacaktır⁷⁴. Geçerli sebep nedeniyle fesih durumundaki işçinin sık sık rapor alma nedeninin özellikle işveren ve işyeri nedeniyle olup olmaması incelenmelidir⁷⁵. Benzer işte çalışanların sık sık hastalanması işyeri kaynaklı bir hastalanmayı işaret ediyor olabilir⁷⁶. İşçi açısından işçinin yaşı ve çalışma süresi ele alınmalıdır⁷⁷.

Sık sık tekrarlanan hastalığın, şartları yerine geliyorsa işverene sözleşmeyi geçerli nedenle feshetme hakkı veren durumlardan biri olarak kabul edilmesi gerekir⁷⁸. İşveren iş alımı öncesi işçinin kronik hastalığından

⁷¹ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 357.

⁷² KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 380.

⁷³ ERTÜRK, s.17.

⁷⁴ SARI, s. 136.

⁷⁵ SÜZEK, s.365; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.360.

⁷⁶ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 381.

⁷⁷ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 380.

⁷⁸ KÖME, Ayşe, İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden Kavramı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009, s.109.

haberdar olması halinde bile işçinin diğer işçilerden daha fazla yoğunlukta sık sık rapor alması durumunda işyerinde oluşacak olumsuzluklara işverenin katlanması beklenemez. Zira sık sık hastalanma nedeniyle fesih işçiyi cezalandırmak olmadığı gibi kronik hastalığı olan bir işçiyi istihdam etmek de işvereni cezalandırıcı bir işlem olmamalıdır⁷⁹. Kısaca fesih nedeni durum her yönüyle ele alınmalıdır⁸⁰. İşçinin pozisyonu, kıdemi, konumu ve statüsünün yanı sıra işyerinin kapasitesi ve işçi devamsızlığının işyerine ve diğer çalışanlarda oluşturacağı yük somut olayın kendi içerisinde değerlendirilmesi ile feshin geçerli olduğu kanısına varılabilir⁸¹. İş ilişkisinin işveren tarafından makul ölçüler içerisinde beklenemeyeceği durumlarda sık sık rapor alma nedeniyle geçerli fesihten bahsedilebilir⁸².

Son çare ilkesi, iş güvencesi sisteminin temelini oluşturmaktadır⁸³. Ölçülülük ilkesi gereği daha farklı bir pozisyona aktarılarak iş sözleşmesinin feshinin engellenip engellenmeyeceği araştırılmalıdır⁸⁴. Türk Hukuku'nda feshin son çare olması ilkesi kanuni bir düzenleme içinde yer almamakla birlikte İş Kanununun da geçmemesine rağmen 18. madde gerekçesinde feshin son çare olması şeklinde yer almaktadır. Ancak feshin son çare olması ilkesi işçinin yetersizliği durumunda uygulanması gerekliliğine dair açıklık bulunmamaktadır. Ancak doktrinde baskın görüş işçinin yetersizliğinden kaynaklanan fesihlerde son çare ilkesinin aranması gerekliliği üzerindedir⁸⁵. Feshin son çare olması ilkesi gereğince; işçinin başka bir pozisyona naklinin yanı sıra, işçinin eğitime tabi tutularak başka bir iş yapmasının sağlanması veya iş koşullarının değiştirilmesi ile sağlanabilir. Örneğin kısmi süreli iş verme, prim veya ikramiyenin azaltılması

⁷⁹ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 381.

⁸⁰ SÜZEK, s.365; KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.360.

⁸¹ TULUKCU, s. 21.

⁸² ÖZDEMİR, Cumhur Sinan, "İşçinin Sık Sık Rapor Alması ve Geçerli Fesih", Terazi Hukuk Dergisi C9, S 96, 2014, s.72.

⁸³ DENİZ, Onur Anıl, Türk İş Hukuku'nda İş Güvencesine Hâkim Olan Son Çare (UltimaRatio) İlkesi, Yüksek lisans tezi, Konya 2019, s. 274.

⁸⁴ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 380.

⁸⁵ KARADEMİR, s. 118.

veya ücretsiz izin olarak sayılabilir⁸⁶. Sık sık kısa süreli hastalanma nedeniyle rapor alan işçinin de sözleşmesinin feshedilmesinde son çare olması ilkesi aranmaktadır⁸⁷. Nitekim uygulamada sık sık rapor alma neticesinde fesih işleminde Yargıtay'ın feshin son çare olması ilkesine dikkat ettiği görülmektedir⁸⁸. Son çare ilkesi gereği işverenin göstereceği çaba menfaatlerin dengelenmesi aşamasında yargıç tarafından işveren lehine yorumlanacaktır⁸⁹. Ancak işveren için aşırı pahalı olan tedbirler ise son çare olarak görülmemelidir⁹⁰.

F. İhtar

İşçinin yetersizliği nedeniyle fesihlerde işçi iradesi etkilenmeyeceği, söz konusu yetersizliğin işçinin kontrolü altında gerçekleşmemesi, iş görme ediminin gerekli yetenek, kabiliyet ve uygunluk noksanlığından kaynaklanması nedenlerinden dolayı ihtar şartı aranmasa da⁹¹, kanun ispat yükünü işverene yüklediğinden dolayı, işverenin dürüstlük kuralları dâhilinde fesih hakkını kullandığını, feshin son çare olması ilkesine uygun hareket ettiğini ispatlaması gerekmektedir. Bu açıdan işverenin işçiye

⁸⁶ DEMİR, Cuma Arif, "Fesih Nedenleri Geçerli – Haklı Neden Ayrımı", İBD, C 91, S 2017/4, İstanbul, 2017, s. 38; SEVENKAPLAN, s.289 / KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 359.

⁸⁷ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT/ÖZKARACA, s. 564; EYRENCİ, Ömer/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim, Bireysel İş hukuku, Beta Basım Yayıncılık, B 9, İstanbul, 2019, s. 189; TULUKCU, Binnur Nezihe, İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş güvencesi İşe İade, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.171; BARCA, s. 170.

⁸⁸ Y. 7. HD. 26.05.2016, E. 2016/3497 K. 2016/11599 "...gebelik sürecinde ağırlıklı olarak gebelikte yaşanan kusma, ağrı, düşük tehdidi vs. gibi nedenler ile rapor aldığı, 09.01.2014-28.02.2014 tarihleri arasında doğum öncesi 8 hafta izin kullandığı, 01.03.2014 tarihinde doğum yaptığı ve 02.03.2014 tarihinden itibaren ise 56 gün doğum izni kullandığı, doğum sonrası alınan sağlık raporlarının ise davacının savunmasında samimi bir şekilde ifade ettiği üzere doğum sonrası ortaya çıkan sağlık sorunları nedeniyle alındığı, davalı işverence alınan bu raporların gerçeği yansıtmadığı yönünde bir iddiada bulunulmadığı gibi buna ilişkin dosyaya yansıyan bir bilgi ve belge de olmadığı, 8 yıla yakın çalışması olan davacıya, alınan savunması sonrasında feshin son çare olması ilkesi kapsamında ücretsiz izin vb. gibi bir uygulama teklif edildiğine ilişkin bir delilin de sunulmadığı,..." (Yargıtay Bilgi Bankası)

⁸⁹ KARADEMİR, s.121.

⁹⁰ KÖMEAKPULAT, Ayşe, "The Principle of "Ultima Ratio" in Termination of Employment Contract in Turkish Labour Law", Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, C 67, S 43, 2018, s.56.

⁹¹ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s.360; KARADEMİR, s. 112.

daha önce verdiği ihtarlar ile bu durumu belgelemesi ve haklılığını ispatlaması kolaylaşacaktır. İhtarın amacı işçiyi hatalı davranışı konusunda uarmak ve fesih öncesinde davranışını düzeltmesi amacıyla ona imkân tanımaktır⁹². İş güvencesinin kapsamındaki sözleşmesinin süreli fesihinin İş Kanunu m. 18 uyarınca geçerli nedenlere dayandırılması gerekir. İşveren İş Kanunu 19/I uyarınca fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve iş sözleşmesinin fesih nedenini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır. Fesih ister haklı nedene isterse geçerli sebebe dayansın, kanunda öngörülen fesih nedenlerinin ilgiliye yazılı olarak ve imza karşılığı bildirilmesi⁹³ gerekir. Diğer bir deyişle kesin olarak bir sebebin bildirilmesi, bu sebebin daha sonra değiştirilemeyeceği anlamına gelmektedir⁹⁴. Bununla birlikte İş Kanuna göre işveren fesih bildirimini yazılı olarak yapsa da fesih için herhangi bir sebep gösterilmediği durumda fesih geçersiz olarak kabul edilir⁹⁵.

İşçinin yetersizliği nedeniyle geçerli fesih kuralı olarak işçiye ihtar verilmesine gerek olmaması, ihtarın verilmesiyle işçinin durumunu değiştiremeyeceği nedeniyledir⁹⁶. Sık sık rapor alma nedeniyle geçerli fesih durumunda, işçi bilerek ve isteyerek hastalanmamıştır. Hastalanan işçi işgöremezlik raporu almayı seçmemiş, elde edilen hastalık bulgularına göre hekim işçinin istirahat etmesine karar vermiştir. İşçi verilecek ihtarla hastalığa olan yatkınlığını veya kronik hastalık durumunu değiştirmeye muktedir olamayacağı gibi hastalık nedeniyle işgöremez hale gelmesi ve hekim tarafından istirahat raporu verilmesi işçinin hâkimiyet alanında değildir. Bu nedenle işçiye yöneltilecek ihtar önem taşımayacaktır.

⁹² BİLGİLİ, Abbas, İş Güvencesi İşe İade Davaları, Adana, 2014, s.45.

⁹³ Geçerli fesih nedeniyle fesih nedeninin açık ve kesin bir şekilde yazılması gerektiğine dair bkz. Y. 9. HD. 18.12.2019 E. 2019/5228, K. 2019/22770 (Yargıtay Bilgi Bankası).

⁹⁴ BAYCIK, Gaye, "İş Akdini Fesih Sebebinin Değiştirilmesi", AÜHFİD, C 55, S 1, Ankara, 2006, s.116.

⁹⁵ ULUÇ, s. 772.

⁹⁶ CENTEL, s.105.

G. Savunma Alınması

İş Kanunu m. 19/II de belirsiz süreli iş sözleşmesi işçinin verimi veya davranışı nedeniyle hakkındaki iddialara karşı savunması alınmadan feshedilemeyeceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte işçiye ihtar verilmiş olsa bile işçinin savunması alınmadan yapılan fesih geçersizdir. Fesih bildirimisiyle birlikte veya fesihten sonra savunma istenmesi feshi geçersiz kılacağı gibi, ihbar önel süreleri içinde savunma alınması da feshi geçersiz hale getirir⁹⁷. İşveren işçiye fesih nedenini bildirmeli ona savunma için makul süre tanımalıdır ancak işçi belirtilen süre içerisinde savunma yapmadığı takdirde savunma hakkından vazgeçmiş sayılmalıdır⁹⁸.

Sağlık nedenlerine ilişkin olarak işçinin yetersizliği nedeniyle geçerli fesih halinde işçinin savunmasının alınmasına gerek olup olmadığı doktrinde tartışılmıştır. Doktrinde sık sık rapor alan işçinin sözleşmesinin geçerli şekilde feshinde savunması alınması gerektiğine dair görüşler bulunmakla birlikte⁹⁹, iş sözleşmesinin geçerli olarak feshedilmesine neden olan yeterlilik durumlarında savunma alınmaması gerektiğini belirten görüşlerde bulunmaktadır¹⁰⁰. Yargı kararları açısından ise 9. Hukuk Dairesi¹⁰¹ ve 22. Hukuk Dairesinin¹⁰² İş Kanunu 25/I-b gereğince almış olduğu sağlık raporları hakkında farklı kararlar verdiği görülmüştür. 19.10.2018 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile sağlık rapor alma durumunda savunma alınmasına gerek olmadığı yönünde karar alarak tartışmalara son vermiştir¹⁰³. Söz konusu kararın gerekçesinde fesihten önce

⁹⁷ ULUÇ, s. 777; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 195.

⁹⁸ SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, 25. Baskı, Ankara, 2020, s.103.

⁹⁹ ÇELİK/ CANİKLİOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 565; BARCA, s. 171.

¹⁰⁰ KILIÇOĞLU/ŞENOCAK, s. 380; SÜZEK, s. 724; GÜLVER, Ender, "İş Sözleşmesinin İşçinin Savunması Alınmaksızın Sağlık Sebeplerine Dayanarak İşverence Derhal Feshi ve İşe İade", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C 74, Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN özel sayısı, 2016, s. 414.

¹⁰¹ Y. 9. HD. 17.01.2018, E. 2016/33874 K. 2018/483 (Yargıtay Bilgi Bankası).

¹⁰² Y. 22. HD. 19.10.2015, E. 2015/24830 K. 2015/29012 (Yargıtay Bilgi Bankası).

¹⁰³ "...İşçinin bekleme süresini aşan işe devamsızlığı nedeniyle iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine neden olan sağlık sebepleri, 19 uncu maddenin ikinci fıkrasında belirtilen işçinin davranışı ya da verimi ile ilgili nedenler kapsamında değerlendirilmez...4857 sayılı İş Kanununun 25 inci maddesinin son fıkrası uyarınca haklı nedenle derhal feshlerde, fesihten önce işçiden savunma alınmasını düzenleyen 19

savunma alınmasında ki amacı işçinin feshe konu olarak durumu öğrenmesi ile konu hakkında gerçeği ortaya çıkararak işvereni fesihten vazgeçmesini sağlamak olduğu vurgulanmıştır. Savunmayı karar gerekçesinde şekil unsuru olmaktan ziyade işyerinde olumsuzluk oluşturan işçinin üzerinde değişiklik yapabileceği verimi veya davranışları nedeniyle oluşan olumsuzlukları ortadan kaldırabilmesine olanak vermektir. Ancak sık sık raporlu olan işçi üzerinde tasarruf edemeyeceği şekilde hastalanmaktadır. İş yerinde olumsuzluk oluşturduğu varsayılan devamsızlığı ise bu hastalıklar neticesinde doktor görüşü üzerine yapmaktadır. Bu nedenlerden dolayı sık sık hastalanması ve bu hastalıklar neticesinde sık sık rapor alması ve hastalık nedeniyle doktor gözetiminde istirahat raporu alması kendi tasarruf altında değildir. Kanaatimizce sık sık rapor alma durumunda da işçiden savunma alınmasına gerek olmadığını düşünmekteyiz.

İşveren zorunlu haller ışığında kalan durumlarda iradi olarak işçisinden sözleşmeyi feshetmeden önce savunma isteyebilir¹⁰⁴. Örneğin sık sık rapor olarak işine devamsızlık yapan işçinin istirahat halinin ev veya hastane dışında gerçekleşmesi durumunda işveren bu şüpheli durumun açıklanmasını isteyebilir. Hasta olmadığı halde sık sık rapor olarak iş edimini gerçekleştirmeyen işçinin bu durumda geçerli fesih değil, İş Kanunu m.25/II gereğince haklı olarak fesih yoluna gidecektir¹⁰⁵.

H. Fesihte Süre

Sık sık hastalanma nedeniyle eğer işyeri işleyişinde olumsuzluk oluşmuş ise makul sürede geçerli fesih bildirimini yapılmalıdır. Özellikle davranış ve yeterlilik nedeni ile fesihte, fesih hakkının kullanıldığı anda

uncu maddesinin ikinci fıkrası uygulanamayacağından, işverenin fesihten önce savunma alma zorunluluğu bulunmamaktadır. Hal böyle olunca 4857 sayılı İş Kanununun 25 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince almış olduğu sağlık raporları nedeniyle derhal fesihten işçiden savunma alınmasının gerekmediği sonucuna varılmıştır..." değerlendirmesinde bulunarak, yargısal olarak görüş ayrılığına son vermiştir. Bkz., Yargıtay İçtihat Birleştirme Kararı 19/10/2018 E. 2017/9, K. 2018/10 (R.G. sayı 30769 09.05.2019).

¹⁰⁴ DUMAN, Barış, "4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde İş Sözleşmesinin Feshinde İşçinin Savunmasının Alınması", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 11, S 1, 2020, s.10.

¹⁰⁵ Y. 9HD. 18.03.2008, E. 2007/33533 K. 2008/5332 (Yargıtay Bilgi Bankası).

işçinin feshine konu edilen davranışı işyerinde olumsuzluklara neden olmaya devam ediyor ve işyerinde iş ilişkisinin devamını etkiliyorsa, bir anlamda işçinin davranışı veya diğer geçerli nedenler etkisini yitirmemiş ise, makul süre geçmediğinin kabulü gerekir.¹⁰⁶ İş Kanununda geçerli nedenle feshin hangi süre içerisinde yapılmasına dair hüküm bulunmamaktadır. Söz konusu *makul süre* fesih için geçerli neden ortaya çıkmasından sonra iyi niyet kuralları içerisinde yapılmalıdır¹⁰⁷. Belirli bir süre sonra aksamının giderilmiş olması geçerli nedenle fesih hakkının etkisizleşmesi söz konusu olacaktır¹⁰⁸. Sık sık rapor alma gerekçesiyle işçinin iş sözleşmesinin 3 yıl veya 1 yıl öncesi alınan iş göremezlik raporuna dayandırılması veya 2 yıldır rapor almayan bir işçinin önceki raporları nedeniyle feshedilmesi uygun düşmeyecektir¹⁰⁹. İşçinin sık sık rapor alması nedeniyle işyerinde oluşan olumsuzluklar devam ediyorsa makul sürenin geçmemiş olduğu kabul edilmelidir¹¹⁰. Ancak İş Kanunu m. 26/I de geçen

¹⁰⁶ Y. 9. HD. 28.11.2016, E. 2016/417, K. 2016/20904 sayılı kararında bu durum ve makul süre ile ne kastedildiği açıklanmıştır. "Özellikle davranış ve yeterlilik nedeni ile feshite, fesih hakkının kullandığı anda işçinin feshine konu edilen davranışı işyerinde olumsuzluklara neden olmaya devam ediyor ve işyerinde iş ilişkisinin devamını etkiliyorsa, bir anlamda işçinin davranışı veya diğer geçerli nedenler etkisini yitirmemiş ise, makul süre geçmediğinin kabulü gerekir."; Y. 9. HD. 22.06.2017, E. 2016/16588 K. 2017/11110 "Dosya içeriğine göre, kabin amiri olarak çalışan davacının iş sözleşmesinin 31.08.2015 tarihli fesih bildirimini ile "sık sık rapor alması, operasyonu aksatması, bu durumun işyerinde olumsuzluklara sebep olması, iş arkadaşlarının uçuş programlarında değişiklik yapılmasına neden olduğu" gerekçesiyle feshedildiği, davacıdan aldığı raporlarla ilgili olarak 17.06.2015 tarihinde savunma istendiği, davacının 25.06.2015 tarihinde savunmasını verdiği ve 07.09.2015 tarihinde fesih bildirimini tebellüğ ettiği anlaşılmaktadır. Somut uyuşmazlıkta savunmasının alındığı tarihten fesih tarihine kadar yaklaşık 3 ay geçmiştir. Fesih hakkının makul süre içinde kullanılmadığı anlaşılmaktadır. Diğer taraftan davalı işveren tarafından, davacının yetersizliğinin gelecekte de devam edeceği ortaya konmamıştır. Somut bu maddi ve hukuki olgulara göre fesih geçersiz nedene dayanmaktadır." (Yargıtay Bilgi Bankası).

¹⁰⁷ SÜMER, s.103.

¹⁰⁸ BİRBEN, Erhan, "İşverenin İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Etkisizleşmesi", DEÜ-HFD, C 15, Özel Sayı, 2013, s.471.

¹⁰⁹ AKYİĞİT, Ercan, Bireysel İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.302.

¹¹⁰ BARCA, s.171.

hak düşürücü sürenin geçmiş olması ise sık sık rapor alma nedeniyle gerçekleşen feshin geçerliliğini etkilemeyecektir¹¹¹.

Son olarak sık sık hastalanmaya bağlı yapılan geçerli fesih durumunda işçi kıdem tazminatına hak kazanır¹¹², ancak yapılacak kıdem tazminatı hesaplanmasında, her defasında alınan raporun bildirim süresi + 6 hafta geçmesi halinde değerlendirilmeye alınamayacağı söz konusu olduğundan alınan raporların her biri değerlendirmeye tabi tutulur¹¹³.

II. COVID-19 NEDENİYLE SIK SIK RAPOR ALMASI GEREKENİN DURUMU

A. Covid-19 Salgınının İş Hukukuna Etkileri

Covid-19 salgını iş hukukunda birçok sorunu beraberinde getirmiştir. ILO bu konuda oluşan olumsuzluklar ve yetersizlikler nedeniyle Haziran 2021 de yayınladığı raporunda iş hayatı açısından kriz olarak tanımlamakla birlikte hâlihazırda iş hayatında yer alan sorunları daha da şiddetlendirdiğine dikkat çekmiştir¹¹⁴.

İşyerlerinde işçilerin sağlığı ve güvenliği öncelikli olarak ele alınmalıdır. Covid-19 pandemisi nedeniyle tüm iş yerlerinde personel sayısını sınırlamak için önlemler alınmıştır ve alınmaktadır. İş edimlerini evde yerine getirebilen işçilere bu imkân sağlandığı gibi işyerinde iş

¹¹¹ Y. 9. HD. 10.12.2018, E. 2018/3958 K. 2018/22732 (Yargıtay Bilgi Bankası).

¹¹² DEMİR, Cuma Arif, s. 18; İşverence yapılan geçerli fesihle işçinin kıdem tazminatını hak etmesi hakkında ayrıca bkz. HGK. 05.04.2017, E. 2015/1598 K.2017/643 (Yargıtay Bilgi Bankası).

¹¹³ Y. 22. HD. 23.10.2019, E. 2016/21915 K. 2019/19760 " Somut olayda davalı tarafından dosya içerisine sunulan davacıya ait istirahat raporları ve davacının raporlu olduğunun belirtildiği maillerde davacının birbiri ardına aldığı raporların olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda her ne kadar hükme esas alınan bilirkişi raporunda hizmet süresi 18.02.2014 - 09.03.2015 tarihleri arasında 1 yıl 21 gün olarak tespit edilmiş ise de davacının almış olduğu raporların ihbar süresini altı hafta aşan kısmının tazminata esas süreye eklenmesi mümkün değildir." (Yargıtay Bilgi Bankası).

¹¹⁴ BATI, Murat / ÇAĞLAYAN, Sezai, Bir Küresel Salgın ve Hukuk, içinde; OMAÿ, Umur / EROL, Abdullah, Pandemi Sürecinde Dijitalleşme ve İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 282.

edimlerinin devam ettiren işçiler için işyeri ortamının titiz temizlik ve dezenfeksiyon gibi önleyici tedbirleri uygulanmıştır.¹¹⁵ Tüm bunların sonucu olarak iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku tarafları olumsuz etkilenmiş; birçok işyeri kapanmış ya da faaliyet hacmini düşürmüş, çok sayıda kişi işsiz kalmış ya da daha düşük koşullarla çalışmasını sürdürebilmiştir. Salgın ülkemizde ve dünyada, çalışma koşulları, yeni çalışma türleri, iş sağlığı ve güvenliği gibi birçok açıdan daha önce karşılaşılmayan olağanüstü koşulların yaşanmasına neden olmuştur¹¹⁶. Bunun bir neticesi ve çözüm yolu olarak 17.04.2020 tarihi itibarıyla işverenlere, üç ay süre ile İş Kanunu m. 25/II haricinde iş sözleşmelerini fesih yasağı getirilmiştir. Ancak işverene tanınan ücretsiz izne çıkarma yetkisi işçi mağduriyetine neden olabilecektir. İşçiyi işten çıkarma düşüncesinde olan işveren ücretsiz izine çıkararak yasağın geçmesini bekleyebilecektir¹¹⁷. İş hukukunda Covid-19 salgını ile birlikte birçok yenilik getirilmiştir. Doktrinde de salgının iş hukuku üzerine etkileri tartışılmış ve tartışılmaya devam etmektedir. Doktrince pandeminin zorlayıcı neden¹¹⁸ kavramının unsurlarını¹¹⁹

¹¹⁵ KORKMAZ, Abdul Vahap, "Covid-19'un İşçiler Üzerindeki Etkileri ve Bir Dizi Çözüm Önerileri", *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, C 7, S 5, 2020, s.131.

¹¹⁶ AYDIN, Ufuk, "Covid-19 Pandemisi; İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanında Yaratıldığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Y 6 S 2, 2020, 181-214; SERMEÇELİ, Ceyhan, "Covid-19 Pandemi Sürecine Çalışma Hayatı ve İş Hukuku Açısından Kısa Bir Bakış", *TURAN-SAM*, C 12, S 46, 2020, 395-405.

¹¹⁷ ALTUNKAYA, Süleyman, "Covid-19 Salgınının Türk İş Hukukuna Etkileri Kapsamında Ücretsiz İzin Uygulaması", *Ünye İİBF Dergisi*, C3, S 1, 2020, s. 12.

¹¹⁸ Türk Hukukunda zorlayıcı neden kavramına ilişkin tek tanım Kısa Çalışma Yönetmeliğinde bulunmaktadır. Buna göre; Zorlayıcı neden: işverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine imkân bulunmayan, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması veya faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması ile sonuçlanan dışsal etkilerden kaynaklanan dönemsel durumları ya da deprem, yangın, su baskını, heyelan, salgın hastalık, seferberlik gibi durumları ifade etmektedir (m. 3/1-h).

¹¹⁹ İş Kanunu m. 24 ve 25 uyarınca zorlayıcı nedenlerle fesih hakkının doğabilmesi için şu unsurların meydana gelmesi aranmalıdır: 1. İşin yerine getirilmesine engel bir durumun ortaya çıkması; 2. Bu engel durumun sözleşmeden dolayı borç yerine getirilirken, sözleşmenin devamında meydana gelmesi; 3. İş görme ediminin imkânsızlaşmasının zorlayıcı nedenden kaynaklanması; 4. İmkânsızlığın bir haftadan fazla devam edecek olması; 5. Zorlayıcı nedenin meydana gelmesinde tarafların kusurunun

taşınması açısından zorlayıcı neden olarak kabul edilmesi gerektiğine dair düşünce hakimken¹²⁰ konu sağlık çalışanları açısından veya işyeri kaynaklı olarak hastalığa maruziyet açısından değerlendirildiğinde iş kazası ve meslek hastalığı olarak kabul edilmesi gerektiği gündeme gelmiştir¹²¹. Konu zorlayıcı neden kavramı açısından değerlendirildiğinde; hem işçi hem de işveren nedeniyle zorlayıcı nedenin gerçekleşmesi durumunda ise iki tarafa da fesih hakkı tanınmamıştır. Ancak taraflardan birinde bu zorlayıcı neden ortadan kalkabilir. Böyle bir durumda zorlayıcı nedenin bir taraf için ortadan kalktığı andan itibaren iş sözleşmesini fesih hakkı doğacaktır¹²². Yargıtay'da sel, deprem vb. gibi doğal olaylar ile ulaşımın kesilmesi yanında salgın hastalık gibi karantina uygulamalarında da zorlayıcı neden varlığını kabul etmektedir¹²³. Zorlayıcı neden hali gerçekleşmesi ile sözleşmenin feshi gerçekleşmez, sözleşmenin feshinin gerçekleşmesi tarafların iradesine altındadır. Sözleşme feshedilmediği durumlarda ise sözleşme askıda kalır¹²⁴.

Salgın hastalık durumunda işçinin çalışma durumu Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 76 da belirtildiği üzere; *“Etrafında bulunanlara sari ve salgın hastalıklardan birini nakle vasıta olduğu muhakkak olan kimseler muvakkaten ve bu zail oluncaya kadar meslek san’atlarının icrasından hıfzıssıhha meclisleri kararıyla menolunur.”* Covid-19 pandemisi ve buna benzer salgın hastalıklara yakalanan işçilerin çalışmalarının yasak olduğu görülmektedir. Söz konusu yasak neticesinde işveren fesih hakkını İş Kanunu m. 25 gereğince yine İş Kanunu m. 17 de belirtilen bildirim sürelerini 6 hafta geçmesi şartı ile feshedebilecektir. Ancak bu kapsamda değerlendirilmesi

herhangi bir katkısının- bulunmaması ve taraflarca öngörülemes olması gerekmektedir.

¹²⁰ SÜZEK, s.508; CANBOLAT/KAYIRGAN, s. 649.

¹²¹ SÜMER, Haluk Hadi, İşçinin İşyerinde Yakalandığı Covid-19 Hastalığı İş Kazası mıdır? Selçuk Hukuk Kongresi 2020 Özel Hukuk Tebliğleri Tam Metin Kitabı, Nobel yayınları, Konya, 2020,s.130.

¹²² CANBOLAT/KAYIRGAN, s.674.

¹²³ Y. 9. HD. 02.03.2020, E. 2017/15395 K. 2020/3401 (Yargıtay Bilgi Bankası).

¹²⁴ SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, Seçkin Yayıncılık, B 7, Ankara, 2019, s. 292.

için, işçinin hastalık nedeniyle yapmış olduğu devamsızlık süresinin aralıksız olması gerekmektedir.

B. Covid-19 Salgını Nedeniyle Sık Sık Rapor Alan İşçinin Sözleşmesi Geçerli Fesih Kapsamında Sonlandırılabilir mi?

Kısa süreli hastalıklar sonucunda sık sık rapor alma durumunda işveren tarafından yapılan feshin geçerli olabilmesi için; işçinin iş görme edimini gerektiği şekilde ifa edememesine yol açması, işyerinin normal işleyişinin olumsuz olarak etkilemesi, işyeri için önemli aksaklıklara veya ekonomik açıdan zarara sebep olması, iş göremezlik raporuna neden olan hastalığın işyerinde kaynaklanan bir sebebe bağlı olmaması, gelecekte de tekrar ve tekrar hastalanacağı ön görülmesi ve menfaatlerin tartılması ilkesi gereği işyerinin görmüş olduğu zararın işçiden daha fazla olması gerektiği durumlarının¹²⁵ Covid-19 hastalığı nedeniyle işe aralıklı olarak devam edemeyen işçide bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekmektedir.

1. Sık Sık Rapor Alma Nedeniyle Geçerli Fesih Şartları Açısından Covid-19

Covid-19 salgını nedeniyle sık sık rapor alan işçinin sözleşmesinin sona erdirilmesinin geçerli fesih kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, ilk olarak kısa süreli sık sık rapor alma durumunun belirli bir yoğunluğa ulaşması açısından araştırılmalıdır. Covid-19 hastalığı nedeniyle semptom gösteren, semptom şüphesi olup iş göremezlik raporu alan veya temaslı olduğu belirlenip fiyasyon¹²⁶ ekiplerince sağlık raporu neticesinde rapor almaktadır. Covid-19 nedeniyle pratikte bir işçinin sık sık rapor alması olasılığının irdelenmesi gerekmektedir. Ancak Covid-19 hastalığı ile ilgili henüz aydınlatılmamış durumlar bulunmaktadır. Hastalığın seyrinin mutasyonlar nedeniyle sürekli değiştiği de bilinen bir ger-

¹²⁵ ÇELİK / CANİKOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 171.

¹²⁶ T.C. Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü Bulaşıcı Hastalıklar Dairesi Başkanlığı'nın 15.10.2020 tarih ve 13588366-149 sayılı yazı gereği; izolasyon ekipleri temaslı veya hastalık şüphesi olanlara fiyasyon ekiplerince evde iş göremezlik rapor düzenlenebilmektedir.

çektir. Ancak elde edilen verilere göre bir yıl içerisinde Covid-19 hastalığına tekrar yakalanan kişiler olduğu tespit edilmiştir¹²⁷. Tekrar hastalanma durumu hastanın hastalık seyri boyunca ürettiği antikor seviyesi veya aşılama durumlarına göre değişim gösterecektir¹²⁸. İşçi Covid-19 hastası ile temaslı olması durumunda filyasyon ekiplerince verilecek iş göremezlik raporu ile yine çalışma yapamayacaktır. Hastalığa tekrar maruz kalma ile ilgili olarak literatürde hala yeterince bilgi bulunmamaktadır. Temaslı olma halinde hangi durumlarda iş göremezlik raporu alacağı ile ilgili olarak sürekli mevzuat değişikliği olmasının yansırı temaslı sayılma durumu da değişim göstermektedir¹²⁹.

2. Covid – 19 Hastalığına İşçinin İş Yeri Kaynaklı Yakalanması Durumu

Sık sık kısa süreli hastalık nedeniyle iş sözleşmesinin sık sık rapor alınması nedeniyle feshin geçerli olması için işyeri kaynaklı bir durumun olmaması gerekmektedir. Covid -19 hastalığı açısından konu değerlendirildiğinde işçinin söz konusu hastalığa yakalanması veya temaslı olma nedeniyle iş görme edimini ifa edememe durumunun yine işyerinden kaynaklı olmamalıdır. Ancak bu durumun işçi tarafından objektif verilerle kanıtlanması gerekmektedir. TBK m. 417 ve devamında kanunumuz işverene işçinin kişiliğini koruma borcunu yüklemiştir. İşverenin aynı zamanda 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu gerekçesiyle iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Değişen mevzu-

¹²⁷ TIAN, Maolu / UZUN, Yanjun / HONG, Yang / ZHANG, Xiangyan / ZHA, Yan, "The treatment and follow-up of 'recurrence' with discharged COVID-19 patients: data from Guizhou", China, Environmental Microbiology, C 22, S 8, 2020, s.3588-3592.

¹²⁸ MAVİ, Deniz / İNKAYA, Ahmet Çağkan, "COVID-19: İmmün Patogenez", FLORA S 25, 2020; BENNENSON, Shamuël / OSTER, Yonatan / CHOEN, Matan J. / NİRPAN, Ran, "BNT162b2 mRNA Covid-19 Vaccine Effectiveness among Health Care Workers", N Engl J Medicine, C 384, S 18, 2021, s. 1775-1777; ABU-RADDAD, Laith / CHEMATELLY, Hiam / BUTT, Adeel A. "Effectiveness of the BNT162b2 Covid-19 Vaccine against the B.1.1.7 and B.1.351 Variants", N Engl Journal Medicine, C 385, S 2, 2021, s.187-189.

¹²⁹ <https://covid19.saglik.gov.tr/Eklenti/40795/0/covid-9rehberitemaslitakibievdehastalizlemivefilyasyonpdf.pdf>.

atla beraber işverenin Covid-19 hastalığına karşı işçilerini korumak ve işyeri güvenliğini sağlamak gibi sorumlulukları bulunmaktadır¹³⁰. Bu düzenlemeler gereği, işveren işyeri sağlık ve güvenliğinden sorumlu olup Covid-19 salgınında da işverenin işçinin sağlığını korumak için, işyeri ve işçileri açısından gerekli her türlü önlemi alması gerekmektedir¹³¹. Alınacak bu tedbirlerin işin niteliğine uygun olarak farklılıklar oluşturabileceği unutulmamalıdır¹³². Bu nedenle işverenin sorumluluğunu yerine getirmesi her somut olaya göre değerlendirilmelidir.

İşverenlerin Covid-19 salgını sürecinde işçilere malzeme ve koruyucu ekipman sağladığı, vardiya sistemlerinde bazı değişiklikler yaptığı, uygun olan işler için uzaktan çalışma yaptırdığı, çalışma sürelerini azaltma yoluna gittiği, hatta işyerlerinin geçici olarak kapatılması da dahil olmak üzere değişiklikler yaptıkları gözlenmektedir¹³³. Covid-19 salgını bakımından da işçinin işverenin gerekli iş sağlığı ve önlemlerini almaması şeklinde ortaya çıkan kusurlu davranış sonucunda, yaptığı işle illiyet bağı içerisinde hastalığa yakalanması halinde işverenin belirtilen çerçevede işveren sorumluluğu gündeme gelecektir¹³⁴. Bilim adamlarının uyarıları kapsamında Covid-19'a karşı alınması gereken önlemlerin işye-

¹³⁰ T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma genel Müdürlüğü'nün 02.09.2021 tarih ve 41515602-00099 sayılı yazısı.

¹³¹ ÇİL, Şahin, Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.48 ve devamı; SARIKAYA, Ecnur, "Covid- 19 Pandemisinin Toplu İş Hukuku ve İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Bakımından Sonuçlar", Terazi Hukuk Dergisi, C 15, S 171, 2020, s.2277; BAYCIK, Gaye, TÜRKŞEN, Özlem, DİNÇ, İstemi Ceysu, "COVID-19 Salgınında Alınması Gereken İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri", Sosyal güvenlik Dergisi, C 11, S 1, 2021, s. 17-32; YÜCESOY, Yasemin, "Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma İle salgın Hastalık Halinde Uygulanan Diğer Hukuki Kurumlar", Adalet yayınevi, Ankara, 2020, s. 174-176; KURT, Resul, 250 soruda Koronavirüs Süresince İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Seçkin Hukuk Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 75.

¹³² KEKEÇ, Bilgehan, Bilim, Niyazi, "Maden İşletmelerinde Covid 19 Salgınına Karşı Mücadele ve Alınacak Tedbirler", Konya Mühendislik Bilimleri Dergisi, C 9, S 2, 2021, s.368-376.

¹³³ ÜNAL ANDIRIR, Canan, "Covid -19 Aşısının İş İlişkilerine Etkileri", MÜHF-HAD, C 27, S 1, 2021, s.699-700.

¹³⁴ BAYCIK, Gaye / ERDOĞAN, Çağla, "Covid-19 Hastalığının Sosyal Sigortalar Hukuku ve Bireysel İş Hukuku Açısından İş Kazası ve/veya Meslek Hastalığı Niteliği", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisi, C 12, S 1, 2021, s. 346-362; AKYİĞİT, Erhan, İş Hukuk, B 13, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.467.

rinde alınmaması ve işçilerin sağlığının tehlikeye atılması durumunda işçiler İş K. m.24/1-a ve 24/2-f kapsamında haklı nedenle fesih yoluna gidebilecek ve kıdem tazminatlarını alabilecektir. İşyerinde Covid-19'lu bir kişinin çalıştırılmaya devam ettirilmesi de işçilere fesih imkânı vereceği unutulmamalıdır.

İşçi açısından ise halk sağlığı alanında uyarılara dikkat etmeyip kendi hatası ve sorumluluğunda temaslı olma ve hastalığa maruz kalma durumu ise farklı değerlendirilecektir. Konunun burasında Covid-19 aşısı uygulamasına değinmekte yarar olacaktır. Doktrinde Covid-19 salgını açısından üstün kamu yararı ile birlikte pandeminin önlenmesi açısından zorunlu aşısı uygulaması için kanuni düzenlenmeye ihtiyaç olduğunu belirten görüşler¹³⁵ bulunmakla birlikte, Covid-19 aşısı uygulaması Kanunumuzda hali hazırda zorunlu bir aşısı olarak yer almamaktadır. Aksi bir durumda yaptırım zorunlu Covid-19 aşısı uygulanması Anayasal olarak korunan vücut bütünlüğü dokunulmazlık hakkının ihlali anlamına gelecektir¹³⁶. Konu işveren işçi ilişkisi açısından değerlendirildiğinde işverenin işçinin sağlığını ve güvenliğini korumakla yükümlü olmakla beraber işçinin sağlığını koruma borcu kapsamında işverenden pandemiye çare bulması beklenmemektedir. Kanun koyucunun aşısı zorunluluğunu öngörmediği bir hukuk sisteminde, zorunlu aşısı uygulamasının işverenin işçinin sağlığını koruma borcu gereği alması gerekli bir tedbir olarak değerlendirilemez¹³⁷. İşçinin nerede hastalandığının belirlenmesinin hastalığın niteliği olan damlacık yoluyla bulaşması nedeniyle zor olsa¹³⁸ da işyerinde gerekli önlemleri almayan işveren sorumlu hale gelebilecektir. Ülkemizde Covid-19 salgını ile mücadele kapsamında filyasyon ekipleri kurulmuş olup bulaş riskinin azaltılması için hasta kişiler ile temasa geç-

¹³⁵ KÖSTEM, Gizem / LOPEZ, "Vinales, Aşısı ve Plazma Tedavisinin Covid-19 Pandemisi Açısından Değerlendirilmesi", Terazi Hukuk Dergisi, C 15, S 19, 2020, s.1865.

¹³⁶ ÜNAL ANDIRIR, s.695-696.

¹³⁷ ÜNAL ANDIRIR, s.700.

¹³⁸ TÜRKEN, Melda / KÖSE, Şükran, "COVID-19 Bulaş Yolları ve Önleme", Tepecik Eğitim ve Araştırma Hastanesi Dergisi, 30(Ek sayı), 2020, s.36-42; SÜMER, Haluk Hadi, Selçuk Hukuk Kongresi 2020 Özel Hukuk Tebliğleri Tam Metin Kitabı, Nobel yayınları, Konya, 2020, s.130.

miş kişiler belirlenip karantina işlemi uygulanmaktadır. Bu nedenle hastalığın işçiye işiyle bağlantılı olarak bulaştığının tespitinde filyasyon raporları etkili olacaktır¹³⁹. Covid-19'un salgın niteliğinde olması da illiyet bağını kesecek nitelikte değildir. Gerekli tedbirleri almaksızın çalıştırdığı işçilere hastalığın bulaşması durumunda işverenin sorumluluğu doğabilir¹⁴⁰. Bu nedenlerden dolayı mevzuatta ön görülen işveren sorumlulukları açısından; Covid-19 salgınından işverenin gerekli önlemleri almadığı nedeniyle sık sık rapor alma durumunda kalan işçinin sözleşmesi işveren tarafından söz konusu nedene dayalı olarak geçerli fesih kapsamında değerlendirilmeyecektir.

3. İşçinin Sağlık Çalışanı Olması

Covid-19 salgınının sağlık çalışanı işçiye bulaşması ve sağlık çalışanı işçinin hastalanma durumu ise farklı ele alınmalıdır¹⁴¹. İşçinin sağlık çalışanı olması durumunda ise; hastalığın bulaş nedeninin belirlenmesi zor olsa da görev yeri nedeniyle hastane kaynaklı olduğu düşünülür. Bunun bir sonucu olarak sağlık çalışanları açısından Covid -19 hastalığına yakalanma doktrinde meslek hastalığı ve iş kazası olarak kabul edilmektedir¹⁴². Sağlık çalışanları Covid-19 hastalığına maruziyet açısından yüksek biyolojik risk grubunda yer almaktadırlar¹⁴³. Sağlık çalışanının bu hastalığa yakalanması hâlinde ise yaptıkları işin niteliği itibarıyla yüksek risk altında çalışmalarını nedeniyle ispat durumu kesinlik arz etmese dahi, bu

¹³⁹ ÖNAL, Özgür / KALAYCI, Ömer, "Türkiye'de Covid 19 Pandemisi; Filyasyon, Sürveyans ve Temaslı Takibi", C 28, COVID-19 Özel Sayısı 1, 2021, s. 241 - 244; ŞİMŞEK, Asiye Çiğdem, "COVID-19 Pandemisinde Filyasyon ve Temaslı Yönetimi", Turk Hij Den Biyol Derg. C 77, S 3, 2020, s. 269-280; AZ, Adem, AZ AKBIYIK, Zeynep Afra, "COVID-19 Bağlamında Temaslı Takibi: Etik Sorunlar ve Değerlendirmesi", Klinik Dergisi, C 34, S 1, 2021, s. 18-24.

¹⁴⁰ BAĞCIK/ERDOĞAN, s.361-362.

¹⁴¹ DURMUŞ, Seda Aslan, "COVID-19'un İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bakımından Değerlendirilmesi", İstanbul Hukuk Mecmuası, C 78, S 2, 2020, s. 363-393.

¹⁴² YAŞAR, Mustafa Enes, "Covid-19 Pandemisinin İş Kazası ve Meslek Hastalığı Açısından Değerlendirilmesi", Konya Barosu Dergisi, S 1, 2020, s. 108; KARAOĞULLARI, Fatma Kübra, "Covid-19 Salgını - Sağlık Çalışanları ve Hasta Hakları ve Sorumlulukları", İstanbul Barosu Dergisi, C 94, S 6, 2020, s. 96-102; SARIKAYA, Toplu İş, s.2279-2280; DURMUŞ, s.392.

¹⁴³ AĞAR, Ali, "Çalışma Hayatında Biyolojik Risk Faktörleri ve Covid-19", Halk Sağlığı Hemşireliği Dergisi, C 3, S 2, 2020, s.136-138.

hastalığı işyeri kaynaklı olarak bulaştığı ve mesleki bir risk sonucu zarar gördüğü düşünülmesi gerekmektedir. Bu nedenle Covid-19'un sağlık çalışanları açısından bir meslek hastalığı olarak kabul edilmesi ile hukuk düzeninin meslek hastalığına yakalananları koruyucu hükümlerinden faydalanmalarının sağlanmasının hukuken isabetli olacağı düşünülmektedir¹⁴⁴. Bu nedenlerden dolayı sık sık rapor alma nedeniyle iş sözleşmesinin feshinin Covid-19 hastalığına bağlı olarak gerçekleşmesi durumunda sağlık çalışanı açısından işyeri kaynaklı sayılması olasılığının yüksekliği işverene bu nedenle sözleşmenin feshini geçerli olmasını sağlamayacaktır.

4. Covid - 19 Hastalığının Sık Sık Rapor Alma nedeniyle Geçerli Fesihte Öngörü Unsurunu Açısından Değerlendirilmesi

Sık sık rapor alma nedeniyle işveren tarafından geçerli feshin oluşması için bir başka unsur ise öngörü unsurudur. İşveren objektif verilerle işçinin hastalığa ileride de tekrar ve tekrar maruz kalacağı veya bu nedenle sık sık rapor alacağı konusunda öngörüsünü kanıtlayabilmesi gerekmektedir. Bu unsur içerisinde prognoz kavramı önem taşımaktadır. Elde edilen bilimsel tıbbi verilere göre ileriki yıllarda hastalığın devam edeceği ve hastalanan kişilerin tekrar hastalanacağı noktasında bilgi bulunmamaktadır. Yapılan çalışmalarda hastalığın süresinin 2-14 süre olduğu bazı vakalarda ise sürenin 21 güne ulaştığı ve bu süre zarfında iyileşmenin gerçekleştiği belirtilmiştir¹⁴⁵. Bu açıdan bakıldığında kanaatimizce sık sık kısa süreli hastalık nedeniyle rapor alan işçinin hastalığın ileride de tekrarlayacağı öngörüsü unsurunu oluşturmadığı görülmektedir. Ancak elde edilen tıbbi çalışmalarda hastalığın seyri ve tekrar Covid-

¹⁴⁴ BOYDAK, Alptekin Burak, "Sağlık Çalışanlarının "COVID-19" Karşısında Hukuken Korunması", Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi, C 28, S 3, 2020, s. 415-20; Sümer, Kongre, s.130.

¹⁴⁵ Hacettepe Üniversitesi İç Hastalıkları Anabilim Dalı, İnfeksiyon Hastalıkları ve Klinik Mikrobiyoloji Anabilim Dalı, Göğüs Hastalıkları Anabilim Dalı, Kardiyoloji Anabilim Dalı Covid-19 Pandemi Raporu (20 Mart-20 Kasım 2020) (https://tubitak.gov.tr/sites/default/files/18842/covid_rapor_2021.pdf).

19 enfeksiyonuna yakalanma riski tam olarak aydınlatılamamıştır¹⁴⁶. Yapılan bazı çalışmalarda tekrar enfeksiyon riskinin kısa dönemde görülmeyeceği belirtilirken¹⁴⁷ bazı çalışmalarda ise Covid-19 hastalığına tekrar yakalanma riski üzerine durulmuştur¹⁴⁸. Bununla beraber tıbbi çalışmalar ışığında fikir birliği olan konu Covid-19 hastalığının tekrarlama sıklığı ve tekrarlama risk düzeyinin hangi ölçüde olduğunun tam olarak belirlenmediği üzerinedir¹⁴⁹. İlerleyen yıllarda Covid-19 hastalığının patofizyolojik durumunun aydınlatılması ve hastalığın algoritmasının ortaya konmasıyla elde edilecek veriler ile hastalığın tekrarlama ve Covid-19 hastalığına olan yatkınlığın belirlenmesi ortaya net konulabilecektir. Bu bağlamda belirli bir süre boyunca sürekli Covid-19 nedeniyle iş göremezlik raporu alan kişinin sözleşmesi elde edilen bilimsel çalışmalar sonucu somut veriler ile öngörü unsurunu karşılaması durumunda geçerli bir şekilde feshedilebilecektir. Yeni tanıdığımız bu hastalıkla ilgili olarak farklı hastalıklara yatkınlık oluşturması açısından tıp dünyasında yeni veriler elde edilmektedir. Covid-19 salgının nörolojik problemler¹⁵⁰, kardiovasküler sistem sorunları¹⁵¹, psikolojik olarak etkilenme¹⁵² vb. birçok komplikasyonu bulunmaktadır. Bu nedenle Covid-19 hastalığını geçirme anında alınan raporlar ile birlikte salgın nedeniyle hastalığın komplikasyonlarının

¹⁴⁶ WEST, Jack / EVERDEN, ASerennddy / NİKİTAS Nikitas, "A case of COVID-19 reinfection in the UK", Clin Med (Lond). C 21, S 1, 2021, s. 52-53.

¹⁴⁷ ROY, Sayak, "COVID-19 Reinfection: Myth or Truth?", SN Comprehensive Clinical Medicine, C 2, S 6, 2020, s. 710-713.

¹⁴⁸ KRİSHNA , Ekta / KUMARPATHAK , Vineet / PRASAD , Reshma/ JOSE , hannah / KUMAR, M Mohan, "COVID-19 reinfection: Linked Possibilities and future Outlook", J Family Med Prim Care., C 9, S 11, 2020, s. 5445-5449; YAHAV , Dafna / YELİN, Dana / ECKERLE , Isabella / EBERHARDT , Christiane S / WANG , Jianwei / CAO, Bin / KAİSER, Laurent, "Definitions for Coronavirus Disease 2019 Reinfection, relapse and PCR re-positivity", Clin Microbiol Infect. C 27, S 3, 2021, s.315-318.

¹⁴⁹ STOKEL-WALKER, Chris, "What We Know About Covid-19 Reinfection So Far", BMJ 2021, s.372.

¹⁵⁰ ÖZENBARUT, Banu / GÜÇLÜ ALTUN, İlknur, "COVID-19 ile İlişkili Nörolojik Komplikasyonlar", South. Clin. Ist. Euras. S 31(Suppl) 2020, s.26-30.

¹⁵¹ GÜLBAHAR, Merve / GÖKMETİN, Zehra, "Koronavirüs-19'un Kardiyovasküler Sistem Üzerine Etkileri", Türkiye Klinikleri Hemşirelik Bilimleri, 2020, C 12, S 2, 2020, s. 305-314.

¹⁵² OKUR, İhsan / DEMİREL, Ömer Faruk, "COVID-19 ve Psikiyatrik Bozukluklar", C 3, Özel Sayı, 2020, s.86.

devam etmesi nedeniyle Covid-19 hastalığı sık sık rapor alma nedeniyle iş sözleşmelerinin feshinin geçerli olması açısından öngörü unsurunu karşılayabilir. Sık sık rapor alma eylemi Covid -19 hastalığı ile birlikte başka hastalıklarında aralıklı olarak işçinin iş edimini yapmasına engel olabilir. Bu durumda sık sık rapor alarak iş edimini yerine getiremeyen işçinin iş sözleşmesi geçerli nedenle feshedilebilir. İşçi çalışma hayatı boyunca başka hastalıklardan sürekli hastalanarak iş göremezlik raporu ile iş edimini yerine getiremiyor olmasının yanında son dönem, Covid-19 salgını nedeniyle yapılan devamsızlıklar işçinin sık sık rapor alma yatkınlığını göstermesi açısından ileride de işçinin hastalanacağına dair öngörü unsurunu yerine getirebilir. Özetle sık sık rapor alma nedeniyle feshin geçerli olmasında alınan raporların sadece belirli bir hastalığa özgü olması şart değildir¹⁵³.

Covid-19 Pandemisi'nin yaşanmaya başlamasıyla iş hukuku alanında bazı yenilikler getirilmiştir. Bunlar; ücretsiz izne çıkarma (anlaşma olmaksızın, işverenin inisiyatifiyle), evden/tele çalışmaya yönelme, iş sürelerinde azaltma, kısmi süreli çalışmaya gitme, iş güvenliği önlemlerinin alınmaması sebebiyle çalışmaktan kaçınma, ücretlerde indirim talebi, gibi önlemlerin dahil edilmesi ile pandemi döneminde bazı değişikliklerde gidilmiştir¹⁵⁴. Kanaatimizce feshin son çare olması ilkesine dayanılarak sık sık Covid-19 salgını nedeniyle iş edimini yerine getiremeyen işçilerin sözleşme feshinden önce işyerinde değişiklik başka bir birimde değerlendiril-

¹⁵³ Y. 9. HD. 2.7.2018, E. 2017/27981 K. 2018/14424 kararında 2014 yılında 7 kez toplam 28 gün, 2015 yılında 11 kez toplam 40 gün, 2016 yılında 11 kez toplam 60 gün olmak üzere son üç yılda toplam 128 gün farklı branşlardan rapor alan işçinin eylemini sık sık rapor alma nedeniyle geçerli fesih olarak değerlendirmiştir. Benzer Yargıtay kararı için bkz. Y. 9. HD. 12.02.2015, E 2014 / 35192, K 2015 / 6018 (Yargıtay Bilgi Bankası); Alman hukukunda sık sık raporun farklı branşlardan alınması ve kısa süreli sık hastalanmaya yatkınlık açısından bkz. BAG 10. November 2005 - 2 AZR 44/05 - Rn. 26 sayılı kararında iş göremezlik sürelerinin çeşitli hastalıklara dayanması, olumsuz bir tahminle çelişmez. Hastalığın nedenleri farklı olsa bile, prognostik olarak devam eden hastalığa genel bir yatkınlığı gösterebileceği belirtilmiştir.

¹⁵⁴ AYDIN, s.186; SARIKAYA, Ecenur, "Covid 19 Pandemisinin Bireysel İş Hukuku Bakımından Sonuçları", Terazi Hukuk Dergisi, C 15, S 170, 2020, s.2087-2105; AYTAÇ, Aylin, "Covid 19 Salgınunun İş Sözleşmelerine Etkileri", İstanbul Barosu Dergisi, C 95, S 1, 2020, s. 201-211.

dirme gibi önlemlerin yanı sıra bu gelişmelerinde değerlendirmesi gerekmektedir. Son yüzyıl içerisinde hayatın doğal akışı içerisinde alışkın olmadığımız pandemi sürecinde iş hukuku ile ilgili mevzuatın bazı konularda yetersiz kaldığı ve sürekli değişim gösterdiği görülmektedir. İşçinin filyasyon uygulamaları, Covid-19 bulaşması, karantina uygulamaları veya iş hacminin azalması gibi çeşitli nedenlerden iş görme edimini yerine getirememeleri işveren tarafından sözleşmelerinin feshedilmesine yol açmaktadır¹⁵⁵.

SONUÇ

Sık sık rapor alma, işçinin fiziksel yetersizliklerine örnek kabilinden sayılan bir geçerli fesih nedenidir. Sık sık hastalanma nedeniyle rapor alma, uzun süreli hastalık sürelerine ulaşmayan ancak aralıklı olarak hastalanan işçinin yapmış olduğu kısa süreli ve aralıklı devamsızlıkları nedeniyle işyerinde olumsuzluklar oluşturması durumudur. Sık sık kısa süreli hastalıklar sonucunda işçinin rapor alma durumunda, işveren tarafından yapılan feshin geçerli olabilmesi için; işçinin iş görme edimini gerektiği şekilde ifa edememesine yol açması, işyerinin normal işleyişinin olumsuz olarak etkilemesi, işyeri için önemli aksaklıklara veya ekonomik açıdan zarara sebep olması, iş göremezlik raporuna neden olan hastalığın işyerinde kaynaklanan bir sebebe bağlı olmaması, gelecekte de tekrar ve tekrar hastalanacağı ön görülmesi ve menfaatlerin tartılması ilkesi gereği işyerinin görmüş olduğu zararın işçiden daha fazla olması gerektiği durumlarının bulunması gerekmektedir. Yaşanacak olumsuzluk, işyeri ekonomisi açısından gerçekleşebileceği gibi işyeri barışı açısından da yaşanabilir. İşçinin sık sık rapor alması durumunda da hemen sözleşmenin feshine gidilmemesi feshin son çare olması ilkesi gereğince hastalığı dâhilinde işyerinde başka iş yapıp yapamayacağı gibi durumlar değerlendirilmelidir. Sık sık rapor alma nedeniyle iş sözleşmesinin geçerli şeklinde feshine ilişkin uygulamada hangi yıl aralığının takibi yapılacağı ve raporlu geçirilen sürenin azami sınırı hakkında kesin ve belirleyici süre aralığı bulunmamaktadır. Yapılacak değerlendirmede, işçi tarafından yapılan devamsızlığın yoğunluğu veya devamsızlık sürelerinin oluşturacağı

¹⁵⁵ AYDEMİR, Murteza, "Yeni Koronavirüs (Covid 19) Salgınunun İş Sözleşmelerine Etkisi", Terazi Hukuk Dergisi, C 15, S 164, 2020, s. 803; SARIKAYA, s.2013.

olumsuzluğun derecesi, her somut olay kendi içerisinde değerlendirilmelidir. Bu durumda işçinin kıdem, pozisyonu, hastalığın ilerleyişi (prognozu), işyeri barışına etkisi vb. durumlar objektif veriler altında her olay kendine özgü incelenmelidir. Sık sık rapor alma nedeniyle yapılan kısa süreli fakat aralıklı devamsızlıklar işyerinde olumsuzluk oluşturacak düzeyde değilse bu nedenle geçerli fesih yoluna gidilemeyecektir. Sık sık rapor alma nedeniyle geçerli fesih, işçinin geçmişte hastalanması nedeniyle yapmış olduğu devamsızlıkları cezalandırmak değil gelecekte de hastalanacağını öngörülmesi nedeniyle işyerindeki olumsuzluğun giderilmesidir.

Son yıllarda iş hukukunu derinden etkileyen Covid-19 salgını açısından konu değerlendirildiğinde Covid-19 nedeniyle iş göremezlik raporu alan işçinin almış olduğu raporlar tekrar enfeksiyona maruz kalma, filyasyon ekiplerinin karantina uygulaması nedeniyle temaslı takibi için verilen sağlık raporları toplamda belirli bir yoğunluğa ulaşması sık sık rapor alma nedeniyle geçerli feshin unsurlarını oluşturabilir. Ön görüşü açısından ise kanaatimizce sadece Covid-19 hastalığı nedeniyle sık sık rapor alma durumunda olan işçinin hastalığın ileride de tekrarlayacağı üzerine işverenin objektif verilere dayalı olarak şu anki tıbbi veriler çerçevesinde ön görüşü unsurunu karşılayamadığı nedeniyle geçerli fesih oluşturmayacağını düşünmekle birlikte diğer hastalıklar ile birlikte iş göremezlik raporu alan işçi açısından, sık sık rapor alma nedeniyle iş sözleşmesinin fesih edilmesi halinde feshin geçerli olacağını düşünmekteyiz. Sonuç olarak Covid-19 salgını ile birlikte diğer enfeksiyon hastalıklarından etkilenen işçinin hastalanmaya yatkınlığı düşünülebilir. Elde edilen tıbbi veriler neticesinde Covid-19 hastalığının birçok komplikasyona neden olduğu belirtilmektedir. Bu bağlamda Covid-19 nedeniyle iş göremezlik raporu alan ve akabinde hastalık sonrası komplikasyonlar nedeniyle çalışamaz duruma gelen işçinin aldığı raporlar belli bir yoğunluğa ulaşması nedeniyle işyerinde olumsuzluk oluşturması yine geçerli feshi gündeme getirecektir.

Gerçekleşen tıbbi gelişmelere ve hastalık prognozu ile ilgili olarak elde edilen veriler geldikçe konu daha da aydınlatılmış olacaktır.

KAYNAKLAR

- ABU-RADDAD, Laith / CHEMAÏTELLY, Hiam / BUTT, AdeelA. / Effectiveness of the BNT162b2 Covid-19 Vaccine against the B.1.1.7 and B.1.351 Variants, N Engl Journal Medicine, C 385, S 2, 2021.
- AĞAR, Ali, Çalışma Hayatında Biyolojik Risk Faktörleri ve Covid-19, Halk Sağlığı Hemşireliği Dergisi, C 3, S 2, 2020.
- AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuk, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- AKYİĞİT, Ercan, Bireysel İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- AYDEMİR, Murteza, Yeni Koronavirüs (covid 19) salgınının İş Sözleşmelerine Etkisi, Terazi Hukuk dergisi, C 15, S 164, 2020.
- AYDIN, Ufuk, Covid-19 Pandemisi; İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanında Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y 6, S 2, 2020.
- AYTAÇ, Aylin, Covid 19 Salgınının İş Sözleşmelerine Etkileri, İstanbul Barosu Dergisi, C 95, S 1, 2020.
- AZ, Adem, AZ AKBIYIK, Zeynep Afra, COVID-19 Bağlamında Temaslı Takibi: Etik Sorunlar ve Değerlendirmesi, Klinik Dergisi C 34, S 1, 2021.
- BARCA, Mihan Hayrunisa, İş Sözleşmesinin Mesleki Yetersizlik (Performans) Nedeniyle Feshi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- BATI, Murat / ÇAĞLAYAN, Sezai, Bir Küresel Salgın ve Hukuk, içinde; Omay, Umut/ Erol Abdullah, Pandemi Sürecinde Dijitalleşme ve İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- BAYCIK, Gaye, İş Akdini Fesih Sebebinin Değiştirilmesi, AÜHFD, C 55, S 1, 2006.
- BAYCIK, Gaye / ERDOĞAN, Çağla, Covid-19 Hastalığının Sosyal Sigortalar Hukuku Ve Bireysel İş Hukuku Açısından İş Kazası Ve/Veya Meslek Hastalığı Niteliği, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi dergisi, C 12, S 1, 2021.
- BAYCIK, Gaye / TÜRKŞEN, Özlem / DİNÇ, İstemi Ceysu, COVID-19 Salgınında Alınması Gereken İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri, Sosyal Güvenlik Dergisi, C 11, S 1, 2021.

- BENNENSON, Shamuel / OSTER, Yonatan / CHOEN, Matan J. / NİR-PAZ, Ran, BNT162b2 mRNA Covid-19 VaccineEffectivenessamongHealthCareWorkers, N Engl Journal Medicine, C 384, S 18, 2021.
- BİLGİLİ, Abbas, İş Güvencesi İşe İade Davaları, Karahan Kitapevi, Adana, 2014.
- BİR BEN, Erhan, İşverenin İş Sözleşmesini Fesih Hakkının Etkisizleşmesi, DEÜHFD, C 15, Özel sayı, 2013.
- BOYDAK, Alptekin Burak, Sağlık Çalışanlarının “COVID-19” Karşısında Hukuken Korunması, Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku Tarihi Dergisi, C 28, S 3, 2020.
- CANBOLAT, Talat / KAYIRGAN, Hasan, Koronavirüs Salgınının İş Sözleşmesi ile İşçi İşveren İlişkilerine Etkisi ve Sonuçları, ÇÜHFD, C 5, S 1, 2020.
- CENTEL, Tankut, İş Güvencesi, Legal Yayıncılık, B 2, İstanbul, 2020
- ÇELİK, Nuri / CANİKOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat / ÖZKARACA,ERCÜMENT, İş Hukuku Dersleri, Beta Basım Yayıncılık, B 34, İstanbul, 2021.
- ÇİL, Şahin, Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- DEMİR, Cuma Arif, Fesih Nedenleri Geçerli – Haklı Neden Ayrımı, İstanbul Barosu Dergisi, C 91, S 2017/4, 2017.
- DEMİRCİOĞLU, Murat / CENTEL, Tankut / KAPLAN, Hasan Ali, İş Hukuku, Beta Basım Yayıncılık, B21, İstanbul, 2021.
- DENİZ, Onur Anıl, Türk İş Hukuku’nda İş Güvencesine Hâkim Olan Son Çare (UltimaRatio) İlkesi, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2019.
- DOĞAN, Sevil, Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan, İçinde; İş Sözleşmesinin Feshinde Olumsuz Öngörü İlkesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra, İşçinin Fiziki Yetersizliği Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

- DOĞAN YENİSEY, Kübra, İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- DULAY, Dilek, İş Sözleşmesinin Performansa Dayalı Olarak Feshedilmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C 27, S 7, 2010.
- DULAY YANGIN, Dilek, Karar İncelemesi İş Sözleşmesinin İş Kanunu Md. 25/I, b Uyarınca Haklı Nedenle Feshinde İşçinin Savunmasının Alınması Gerekli Midir?, DEÜHFD, C 19, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ' a Armağan Özel Sayı, 2017.
- DURMUŞ, Seda Aslan, COVID-19'un İş Kazası ve Meslek Hastalığı Bakımından Değerlendirilmesi, İstanbul Hukuk Mecmuası, C 78, S 2, 2020.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayıncılık, B 26, Ankara, 2021.
- ERGİN, Hediye, Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, Beta Basım Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- ERTÜRK, Şükran, İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle Aids Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları, DEÜHFD, C 4, S 2, 2002.
- EYRENCİ, Ömer/ TAŞKENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim, Bireysel İş hukuku, Beta Basım Yayıncılık, B 9, İstanbul, 2019.
- GÜLBAHAR, Merve / GÖKMETİN, Zehra, Koronavirüs-19'un Kardiyovasküler Sistem Üzerine Etkileri, Türkiye Klinikleri Hemşirelik Bilimleri, C 12, S 2, 2020.
- HAYDARI Çömlek, Sevgi, İş Akdinin İşçiden Kaynaklanan Geçerli Nedenlerle Feshi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.
- GÜLER, Şeref, Türk İş Hukukunda Geçerli Nedenle Fesih ve Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.
- GÜLVER, Ender, İş Sözleşmesinin İşçinin Savunması alınmaksızın sağlık Sebeplerine Dayanılarak İşverence Derhal Feshi ve İşe İade, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C 74, Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN' a armağan özel sayısı, 2016.

- KARAOĞULLARI, Fatma Kübra, Covid-19 Salgını - Sağlık Çalışanları ve Hasta Hakları ve Sorumlulukları, İstanbul Barosu Dergisi, C 94, S 6, 2020.
- KARADEMİR, Artür, İş Güvencesinde Son Çare İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- KARTAL, Serhat, Türk Hukukunda İş sözleşmesinin Sağlık Sebepleri ile sona Ermesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- KAYIRGAN, Hasan, Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler, On İki Levha Yayıncılık, B 2, İstanbul, 2021.
- KEKEÇ, Bilgehan / BİLİM, Niyazi, Maden İşletmelerinde Covid 19 Salgınına Karşı Mücadele Ve Alınacak Tedbirler, Konya Mühendislik Bilimleri Dergisi, C 9, S 2, 2021.
- KILIÇOĞLU, Mustafa/ ŞENOCAK, Kemal, İş Kanunu Şerhi, İstanbul 2013.
- KILIÇOĞLU, Mustafa /ŞENOCAK, Kemal, İş Güvencesi Hukuku, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2007.
- KORKMAZ, AbdulVahap, Covid-19'un İşçiler Üzerindeki Etkileri Ve Bir Dizi Çözüm Önerileri, Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi (ASEAD), C 7, S 5, 2020.
- KORKMAZ, Fahrettin, ALP, Nihat Seyhun, Bireysel İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, B 4, Ankara, 2019.
- KÖMEAKPULAT, Ayşe, The Principle of "Ultima Ratio" in Termination of Employment Contract in Turkish Labour Law, C 67, S 43, 2018.
- KÖME, Ayşe, İş Sözleşmesinin Feshinde Geçerli Neden Kavramı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009.
- KÖSEOĞLU, Ali Cengiz, İş Sözleşmesinin İşçiden Kaynaklanan Nedenlerle Bildirimli Feshine Genel Bir Bakış, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C 9, S 36, 2012.
- KÖSTEM, Gizem / LOPEZ, Vinuales, Aşı ve Plazma Tedavisinin Covid-19 Pandemisi Açısından Değerlendirilmesi, Terazi Hukuk Dergisi, C 15, S 19, 2020.

- KRİSHNA , Ekta / KUMARPATHAK , Vineet / PRASAD , Reshma/ JOSE , hannah / KUMAR, M Mohan, COVID-19 reinfection: Linked Possibilities and future Outlook, J Family Med Prim Care. C 9, S 11, 2020.
- KURT, Resul / KOÇ, Muzaffer, İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi İş Güvencesi ve İşe İade davaları, Seçkin Yayıncılık, B 5, Ankara, 2021.
- KURT, Resul, 250 soruda Koronavirüs Süresince İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- LOTH, Katherina, Prognoseprinzip und Vertragskontrolle im befristeten Arbeitsverhältnis, Duncker & Humblot, Berlin 2015.
- MAVİ, Deniz / İNKAYA, Ahmet Çağkan, COVID-19: İmmünPatogenez, FLORA, S 25, 2020.
- OKUR, İhsan / DEMİREL, Ömer Faruk, COVID-19 ve Psikiyatrik Bozukluklar, C 3, Özel Sayı, 2020.
- ÖNAL, Özgür / KALAYCI, Ömer, Türkiye De Covid 19 Pandemisi; Fil-yasyon, Sürveyans ve Temaslı Takibi, C 28, COVID-19 Özel Sayısı 1, 2021.
- ÖZENBARUT, Banu / GÜÇLÜALTUN, İlknur, COVID-19 ile İlişkili Nörolojik Komplikasyonlar, South. Clin. Ist. Euras. 31(Suppl): 2020.
- ÖZDEMİR, Cumhur Sinan, İşçinin Sık Sık Rapor Alması Ve Geçerli Fesih, Terazi Hukuk Dergisi C 9, S 96, 2014.
- ÖZMEN, Remzi, Notlu-Gerekçeli-Karşılaştırmalı İş Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara, 2004.
- ROY, Sayak, COVID-19 Reinfection: Myth or Truth?, SN Comprehensive Clinical Medicine, C 2, S 6, 2020.
- SARI, Ayşegül, İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Nedenlerle Feshi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- SARIKAYA, Ecenur, Covid 19 Pandemisinin Bireysel İş Hukuku Bakımından Sonuçları, Terazi Hukuk Dergisi, C15, S 170, 2020.
- SARIKAYA, Ecenur, Covid- 19 Pandemisinin Toplu İş Hukuku ve İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Bakımından Sonuçları, Terazi Hukuk Dergisi, C 15, S 171, 2020.

- SENYENKAPLAN, Tuncay, Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019.
- SERMEÇELİ, Ceyhun, Covid-19 Pandemi Sürecine Çalışma Hayatı Ve İş Hukuku Açısından Kısa Bir Bakış, TURAN-SAM, C 12, S 46, 2020.
- STOKEL-WALKER, Chris, What we know about covid-19 reinfection so far, BMJ, C 372, S 99, 2021.
- SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, B 25, Ankara, 2020.
- SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, Seçkin Yayıncılık, B 7, Ankara, 2019.
- SÜMER, Haluk Hadi, İşçinin İşyerinde Yakalandığı Covid-19 Hastalığı İş Kazası mıdır? Selçuk Hukuk Kongresi 2020 Özel Hukuk Tebliğleri Tam Metin Kitabı, Nobel yayınları, Konya, 2020.
- SÜZEK, Sarper, İş hukuku, Beta Basım Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ŞİMŞEK, Asiye Çiğdem ve arkadaşları, COVID-19 pandemisinde filyasyon ve temaslı yönetimi, Turk Hij Den Biyol Dergisi, C 77, S 3, 2020.
- TİAN, Maolu / UZUN, Yanjun / HONG, Yang / ZHANG, Xiangyan / ZHA, Yan, "The treatment and follow-up of 'recurrence' with discharged COVID-19 patients: data from Guizhou", China, Environmental Microbiology, C 22, S 8, 2020.
- TOKYÜREK, Tuğba Eren, Türk İş Hukukunda Haklı Neden – Geçerli Neden Kavramları, Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2010.
- TULUKCU, Binnur, İş Güvencesine İlişkin İşçinin Yetersizliğinden Kaynaklanan Geçerli Fesih Nedenleri, Terazi Hukuk Dergisi, C 12, S 131, 2017.
- TULUKCU, Binnur Nezihe, İş Mahkemeleri Kanunu ve Arabuluculuk Hükümlerine Göre İş güvencesi İşe İade, Seçkin Hukuk, Ankara, 2017.
- TÜRKEN, Melda / KÖSE, Şükran, COVID-19 Bulaş Yolları ve Önleme, Tepecik Eğit. ve Araşt. Hast. Dergisi, C 30, Ek sayı, 2020.
- ULUÇ, Şule, İşverenin İş Sözleşmesini Geçerli Nedenle Feshi, İYÜD, C 9, S 2, 2012.

- ÜNALANDIRIR, Canan, Covid -19 Aşısının İş İlişkilerine Etkileri, MÜHF-HAD, C 27, S 1, 2021.
- ÜNLÜ, dilek, Türk ve Alman İş Hukukunda İşyeri, İşletme ve İşin Gerekleri İle Fesih ve Özellikle Sosyal Seçim Ölçütleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2016.
- WEST, Jack / EVERDEN, ASerennddy / NİKİTAS Nikitas, A case of COVID-19 reinfection in the UK, Clin Med (Lond). C 21, S 1, 2021.
- YAHAV, Dafna / YELİN, Dana / ECKERLE, Isabella / EBERHARDT , Christiane S / WANG , Jianwei / CAO , Bin / KAİSER, Laurent, Definitions for coronavirus disease 2019 reinfection, relapse and PCR re-positivity, Clin Microbiol Infect. C 27, S 3, 2021.
- YAŞAR, Mustafa Enes, Covid-19 Pandemisinin İş Kazası ve Meslek Hastalığı Açısından Değerlendirilmesi, Konya Barosu Dergisi, S1, 2020.
- YÜCESOY, Yasemin, Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma İle salgın Hastalık Halinde Uygulanan Diğer Hukuki Kurumlar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

THE ISSUE OF WHETHER IT IS MANDATORY TO APPLY TO MEDIATION BEFORE REACHING THE INSURANCE ARBITRATION COMMISSION

Dr. Alper Tunga KÜÇÜK*

Abstract

There is no precise regulation in the legislation as to whether the mandatory mediation in commercial lawsuits will also prevail in applications made to the Insurance Arbitration Commission in commercial disputes. In this regard, a provision in the Law on Mediation in Legal Disputes no. 6325 has been interpreted differently in doctrine and insurance arbitral awards. According to this provision, “in cases where there is an obligation to resort to arbitration or another alternative dispute resolution method in special laws or there is an arbitration agreement, the provisions regarding mediation as a cause of action shall not be applied” (Art. 18/A (18)). At first glance, it can be thought that since arbitration in insurance is not a mandatory arbitration and an arbitration agreement is not concluded between the parties by applying to the Insurance Arbitration Commission, it is obligatory to resort to mediation before applying to the Insurance Arbitration Commission in commercial disputes. However, before applying to the Insurance Arbitration Commission, whether the application to mediation is mandatory should be answered by considering the legal nature, purpose, and distinctive features of arbitration in insurance. In this

* Araş. Gör. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Res. Assist. Dr., Istanbul University, Faculty of Law, Department of Civil Procedure and Enforcement-Bankruptcy Law, Istanbul, Turkey.

✉ alper.kucuk@istanbul.edu.tr • ORCID 0000-0002-0613-1808

✉ **Atıf Şekli** | Cite As: KÜÇÜK Alper Tunga, “The Issue of Whether It Is Mandatory to Apply to Mediation Before Reaching the Insurance Arbitration Commission”, *SÜHFD.*, C. 30, S. 1, 2022, s.301-323.

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

✉ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

context, in this study, a conclusion has been reached by examining the opinions put forward, arbitral awards, and the Supreme Court decision.

Key Words

Alternative Dispute Resolution Methods • Arbitration in Insurance • Insurance Arbitration Commissio • Mediation • Mandatory Mediation

SİGORTA TAHKİM KOMİSYONUNA BAŞVURULMASINDAN ÖNCE ARABULUCULUĞA BAŞVURU ZORUNLULUĞU OLUP OLMADIĞI MESELESİ

Öz

Ticari davalar için mevcut olan zorunlu arabuluculuğun, ticari uyuşmazlıklar bakımından Sigorta Tahkim Komisyonu'na yapılan başvurularda da geçerli olup olmayacağı hususunda mevzuatta açık bir düzenleme yoktur. Bu konuda 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıkları Arabuluculuk Kanunu'ndaki bir hüküm, öğreti ve sigorta hakem kararlarında farklı şekillerde yorumlanmıştır. Bu maddeye göre, özel kanunlarda tahkim ya da diğer bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemine başvurma zorunluluğunun bulunduğu veya tahkim sözleşmesinin mevcut olduğu durumlarda, dava şartı arabuluculuğa dair hükümler uygulanmaz (HUAK m. 18/A (18)). Söz konusu düzenlemeye ilk bakışta, ticari uyuşmazlıklar bakımından Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurudan önce zorunlu arabuluculuğa başvurulması gerektiği düşünülebilir. Bunun sebebi ise sigorta tahkiminin zorunlu bir tahkim olmaması ve Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvuru ile taraflar arasında bir tahkim sözleşmesi kurulmamasıdır. Ancak Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurudan önce arabuluculuğa başvurunun zorunlu olup olmadığı sorusuna sigorta tahkiminin hukukî niteliği, amacı ve özellik arz eden durumları dikkate alınarak cevap verilmelidir. Bu çerçevede çalışmada, konuya dair öğretileri ileri sürülen görüşler, hakem kararları ve Yargıtay kararı incelenerek bir sonuca varılmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri • Sigorta Tahkimi • Sigorta Tahkim Komisyonu • Arabuluculuk • Zorunlu Arabuluculuk

INTRODUCTION

Alternative dispute resolution methods can play a role in resolving disputes between the party assuming risks and the insured or insurance beneficiary. These alternative dispute resolution methods differ from country to country. For example, in Germany there is an insurance

ombudsman to resolve disputes arising from insurance contracts¹. In Turkey, instead of the insurance ombudsman institution, an arbitration method specific to insurance law has been created to settle disputes arising from insurance contracts. Accordingly, arbitration in insurance was set up as one of the alternative dispute resolution methods of these disputes². Art. 30 of Insurance Law no. 5684 (IL) establishes the Arbitration Commission with the jurisdiction to receive requests for arbitration to provide fast, low-cost and straightforward resolution of disputes deriving from insurance contracts. As mentioned in the preamble of Insurance Law³, the insurance arbitration system was formed on the model of ombudsman schemes existing in the international practice. To provide the proper functioning of such schemes within the scope of the Turkish legal system, the system was formed under the basic principles and procedures governing the domestic arbitration system regulated in the Code of Civil Procedure no.

¹ For detailed information about the insurance ombudsman system in Germany, see, GAL, Jens, "The German Insurance Ombudsman System", *Alternative Dispute Resolution Systems Regarding Private Insurance*, İstanbul, Sigorta Hukuku Türk Derneği, 2014, p. 9-44; BRUNS, Alexander, Langheid/Wandt, *Münchener Kommentar zum VVG*, 2. Auflage, 2017, sn. 88; ÖZDAMAR, Mehmet, "Alman Hukukunda Sigorta Ombudsmanlığı", *BATİDER*, C. XXIX, S. 3, 2008, p. 309-327, p. 310; YILDIRIM, Ferhat, "Alman Sigorta Hukukunda Ombudsmanlık", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 155-156, Temmuz Ağustos 2017, p. 77-95. In United Kingdom there is a financial ombudsman service which is also valid for insurance disputes. For further information, see, MENDELOWITZ, Michael, "Resolving Consumer Insurance Complaints in the UK – The Financial Ombudsman Service", *Alternative Dispute Resolution Systems Regarding Private Insurance*, İstanbul, Sigorta Hukuku Türk Derneği, 2014, p. 66-75.

² YAZICIOĞLU, Emine/ŞEKER ÖĞÜZ, Zehra, *Sigorta Hukuku*, 4. Bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, p. 207. Some scholars argue that insurance arbitration is an exceptional judicial remedy. See DOĞRUSÖZ KOŞUT, Hanife, "Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arbuluculuk Sisteminin Sigorta Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanması ve Sigortacılık Tahkimi ile Karşılaştırması", *Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, p. 9-47, p. 20. For further information about arbitration in insurance, see ÜNAN, Samim, "Turkish Special Arbitration Scheme for Claims Against Insurers", *Alternative Dispute Resolution Systems Regarding Private Insurance*, İstanbul, Sigorta Hukuku Türk Derneği, 2014, p. 111-120, p. 114 ff.

³ See the preamble, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1364m.htm>

6100 (CCP)⁴. That being said, arbitration in insurance is not the only alternative dispute resolution method available for settling disputes that may arise from an insurance contract in Turkey.

The other alternative dispute resolution accepted by Turkish law is mediation. Legal regulations regarding mediation were first came into force in 2012 with the Law on Mediation in Civil Disputes no. 6325 (LMCD)⁵. Mediation refers to resolving the dispute between the parties by mutual communication with the help of a mediator, who is an impartial and independent third person. Parties may voluntarily choose to resort to this method according to the mutually agreed procedures and principles⁶. In matters that the parties can freely dispose of, mediation may be applied depending on the parties' will (Art. 1, (2),

⁴ See the Insurance Arbitration Commission's Annual Report, http://www.sigortatahkim.org.tr/files/FaaliyetRaporu_2020.pdf

⁵ See about the drafting process of the law, PEKCANITEZ, Hakan, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı", MİHBİR Toplantısı VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir, 2007, Ankara, TBB Yayınları, p. 247- 264.

⁶ ÖZEKES, Muhammet, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, p. 2813; EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat/SEVEN, Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, p. 17. For detailed information on the concept of mediation, see TANRIVER, Süha, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, p. 39 ff.; ÖZBEK, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 4. Bs., C. II, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016 p. 1179 ff.; ÖZMUMCU, Seda, Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, 3. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, p. 276 ff.; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Arabuluculuk Sözleşmeleri, Ankara, Turhan Kitabevi, 2020, p. 11 ff. Mediation is defined in Art. 2 (1,b) of LMCD as follows: A method of voluntary dispute resolution system is carried out with the inclusion of an participation of an impartial and independent third person; who is specially trained to convene the related parties through systematic techniques and with the intent of helping such parties mutually to understand each other to come to an agreement through a process of communication. See ATALI, Murat/ERDOĞAN, Ersin, "A New Model in Legal Dispute Resolution: Mandatory Mediation", Zeitschrift für Zivilprozess International, 23. Band, 2018, p. 241-255, p. 244. See also, BELGİN GÜNEŞ, Derya, "Mandatory Mediation in the Light of High Court Decisions in Turkish Law", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2020, C. 11, S. 2, 2020, p. 514-526, p. 515.

LMCD). Disputes arising from the insurance contract are also among the issues that the parties can freely dispose of⁷.

With the entry into force of the Labor Courts Law no. 7036, Law no. 7155 and Law no. 7251, mediation has become a mandatory dispute resolution for some disputes despite its initial optional nature. In related disputes, it is a cause of action⁸ to apply to a mediator before bringing a lawsuit⁹. This means that the party who wants to file a lawsuit regarding the dispute arising from the insurance contract must first resort to mediation.

Some of the commercial disputes can be given as an example of those disputes subject to mandatory mediation. Some of the disputes arising from insurance contract between the parties have a commercial nature. The subject of this study is whether the mandatory mediation stipulated in commercial cases will also be applied in the applications made to the Insurance Arbitration Commission under Art. 5/A of Turkish Code of Commerce no. 6102. Opinions on the supposed mandatory nature of mediation for insurance disputes vary. Arbitral awards do not clarify the issue because of the inconsistencies in their findings. The purpose of this study is to explore whether it is obligatory

⁷ See ERDEMİR, M. Aymelek, *Sigorta Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, p. 154.

⁸ The cause of action can be defined as the condition whose existence or absence is absolutely necessary for an examination and decision on the case's merits. The causes of actions are requirements relating to the procedural law sought from the beginning to the end of the trial, which must be exercised by the court ex officio and can always be put forward by the parties. See, PEKCANİTEZ, Hakan, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. II, 15. bs, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, p. 927; TANRIVER, Süha, *Medenî Usûl Hukuku*, 3. Bs., C. I, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, p. 635; ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, *Medenî Usûl Hukuku*, 4. Bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, p. 320; BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol, *Medenî Usûl Hukuku*, 4. Bs. Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, P. 9 sn. 49; ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel, *Medenî Usûl Hukuku*, 6. Bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, p. 310; ATALI/ERDOĞAN, p. 247-248.

⁹ It is opined that the obligation to apply to a mediator is more like the preliminary objection than the cause of action. See EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/VURAL, p. 154. It is noted that this cause of action, which is limited to business, commercial and consumer disputes, does not have a legal and logical connection with the relevant disputes. See TANRIVER, *Arabuluculuk*, p. 143.

to resort to mandatory mediation before applying to the Insurance Arbitration Commission in commercial disputes within the framework of the provisions in force. For this purpose, the study first will analyse regulations regarding application to mediation before application to Insurance Arbitration Commission. It will then consider the discussions from the academic circles followed up by an analysis of the arbitral awards and supreme court decision delivered on the topic.

I. LEGAL REGULATIONS REGARDING APPLICATION TO MEDIATION BEFORE ARBITRATION IN INSURANCE

Art. 30 of the IL and Regulation on Arbitration in Insurance, which provide the basis for resorting to arbitration for insurance disputes, are silent on mediation as the other alternative dispute resolution.

Turkish Commercial Code, which embodies mediation as a cause of action in commercial cases by its Art. 5/A, do not satisfactorily clarify the best course of action because it does not make explicit reference to arbitration in insurance.

Law on Mediation in Civil Disputes, on the other hand, contains a specific reference to arbitration in its Art. 18/A (18). According to this provision, “in cases where there is an obligation to resort to arbitration or another alternative dispute resolution method in special laws or there is an arbitration agreement, the provisions regarding mediation as a cause of action shall not be applied”. When Art. 18/A (18) of LMCD is analyzed literally, it is seen that the two cases listed are included in the scope of the exception and it is regulated that mandatory mediation will not be applied in these cases. These cases are; the obligation to resort to arbitration or another alternative dispute resolution method in special laws and the existence of an arbitration agreement between the parties. Whether there is an obligation to apply to mediation before applying to the Insurance Arbitration Commission should be determined according to this provision. In order to determine this matter, it should be examined whether there is an obligation to apply to the Insurance Arbitration Commission or whether there is an arbitration agreement in case of application to the Commission.

Pursuant to the Insurance Law, an application to the Insurance Arbitration Commission is not obligatory for both parties of the dispute¹⁰. It is possible and permissible for the parties to resort to judicial remedy or ad hoc or other institutional arbitration if they separately agree to it¹¹. The Insurance Law also provides the opportunity to apply to the Insurance Arbitration Commission, especially to the insurer or the insured - as the person who benefits from the insurance contract - if he/she accepts it¹². However, in order to do this, the insurance company must be included and a member of the insurance arbitration system within the Insurance Law and must pay the contribution fee by notifying the Commission in writing of this request¹³. For the disputes in the context of this paragraph, which originate from the compulsory insurances required by the related legislation, right holders shall benefit from arbitration procedure even if the related institution is not a member of the arbitration system. Accordingly, arbitration in insurance is not mandatory, and thus it is not included in the situation in Art. 18/A (18) of LMCD.

Another issue in this regulation is the existence of an arbitration agreement. In case of an arbitration agreement, there will be no mandatory mediation for commercial disputes¹⁴. The answer to whether

¹⁰ PEKCANITEZ, Hakan/YEŞİLIRMAK, Ali, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. Bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, p. 2616; YEŞİLOVA ARAS, Ecehan/YEŞİLOVA, Bilgehan, "Sigortacılık Tahkimi – Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırdedici Özellikleri (Sigortacılık Kanunu m. 30)", Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, 2013, p. 275-379.

¹¹ ULAŞ, Işıl, "Sigortacılıkta Tahkim", Prof. Dr. Seza Reisoğlu'na Armağan, BATİDER, C. XXIV, S. 2, 2007, p. 239-266, p. 239-240; PEKCANITEZ/YEŞİLIRMAK, p. 2616; YEŞİLOVA ARAS/YEŞİLOVA, p. 290; ÇAKAN, Oya, Sigorta Tahkim Yargılaması ve Tahkime Elverişliliğin Değerlendirilmesi, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, p. 89.

¹² YEŞİLOVA ARAS/YEŞİLOVA, p. 290.

¹³ YEŞİLOVA ARAS/YEŞİLOVA, p. 290.

¹⁴ However, if one of the parties to the dispute files a lawsuit in the state court despite the existence of an arbitration agreement, the court must dismiss the case since mediation is a cause of action and it is stated that it will be decided upon the petition before the other lawsuit conditions (Art. 18/A (2), LMCD). Because the existence of an arbitration agreement between the parties is regulated as a preliminary objection in the Code of Civil Procedure. The cause of actions are examined and decided before the preliminary objections. See, EMİNOĞLU, Cafer/ERDOĞAN, Ersin, Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu)

an arbitration agreement will be concluded upon the application of the person in dispute with the insurance company to the Commission is closely related to whether there is compulsory mediation before the application to the Insurance Arbitration Commission. There is no unity in answering these issues. These views will be analyzed by categorizing below.

II. OPINIONS IN THE DOCTRINE ON WHETHER IT IS MANDATORY TO APPLY TO MEDIATION BEFORE ARBITRATION IN INSURANCE

A. OPINION THAT MEDIATION IS MANDATORY BEFORE ARBITRATION IN INSURANCE

Some scholars opined that it is obligatory to resort to mediation before applying to the Insurance Arbitration Commission in commercial disputes¹⁵. According to this view, mandatory mediation should be applied both to the court and to the Commission, since the purpose of making it mandatory to use mediation is to reduce the number of disputes before the courts and the Commission¹⁶.

B. OPINIONS THAT MEDIATION IS NOT MANDATORY BEFORE ARBITRATION IN INSURANCE

Based on Art. 18/A (18) of LMCD, some scholars argue that, for insurance companies that are members of the Insurance Arbitration Commission, there is no obligation to resort to mediation before arbitration, where the insured and/or the person who benefits from the contract wishes to resort to arbitration¹⁷. However in cases where the

Arabuluculuk, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, p. 127; DİNÇ, İlhan, Ticarî Davalarda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, p. 430-435; SAYIN, Bartuğ, Ticari Dava Şartı Olan Arabuluculuk, ADR Serisi C. 1, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, p. 173. KOÇYİĞİT, İlker/BULUR, Alper, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, 2019 p 65. For the opposite view see, TANRIVER, Arabuluculuk, p. 132.

¹⁵ BAĞATUR, Mehmet Çağrı/ÖGE, Hande, Sorularla Sigorta Tahkim, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 69.

¹⁶ BAĞATUR/ÖGE, s. 69.

¹⁷ YAĞMUR, Setenay, "Sigorta Şirketleri Açısından Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk Uygulaması", Bilkent Üniversitesi Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu, Ankara, 11-12 Ekim 2019, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, p. 649-668, p. 664; KOÇYİĞİT/BULUR, p. 65.

other party of the contract prefers to apply to the judicial courts instead of arbitration in insurance, the completion of the mediation process should be accepted as a cause of action¹⁸.

According to another view, there is no obligation to apply to a mediator before arbitration in insurance in commercial disputes because the application made to the Commission is a declaration of will for the acceptance of the arbitration agreement¹⁹.

According to another view that mediation is not mandatory before arbitration in insurance, considering that mediation is an alternative dispute resolution method, it would not be appropriate to stipulate the condition of applying to mediation before another alternative resolution method or arbitration²⁰. Unless there is a legal provision to the

¹⁸ YAĞMUR, p. 664.

¹⁹ ERBAŞ AÇIKEL, Aslıhan, "Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi", Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Seçkin, Ankara 2019, p. 43-52, p. 49; KARASU, Rauf, "Sigorta Tahkimi İle İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri", TAAD, Yıl: 7, S. 26, Nisan 2016, p. 49-69, p. 64; DEKAK, Mehmet Tuğberk, Sigorta Tahkimde Yargılama Usûlü, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, p. 62. The explanations of another opinion claiming that an arbitration agreement has been established with an application to the Insurance Arbitration Commission are as follows: Leaving aside the flexible procedures in the laws (Art. 412, CCP; Art. 4, Code Of International Arbitration no. 7983 (CIA)), the written form requirement -in the form of validity-- is a widely accepted issue for arbitration agreements. In Turkish law, arbitration in insurance has added a new and different method to this form requirement. Accordingly, in order to benefit from the arbitration facility in insurance, there is no need to have any arbitration record in the insurance contract between the parties or, as it is infrequent, the parties do not need to conclude an arbitration agreement after the dispute has arisen. If the insurance company is a member of the Insurance Arbitration Commission, then only the application of the insured or the insured beneficiary to the Commission is sufficient for settling the dispute through arbitration. The arbitration agreement herein is not through an arbitration clause; instead, it is concluded after the dispute has arisen, which is similar to an arbitration agreement in this respect, but with the acceptance of the public offer announced by the insurance company beforehand. The aforementioned acceptance brings up a very different outcome compared to classical arbitration agreements. Accordingly, the jurisdiction of the arbitrators is not any dispute arising from the insurance contract between the parties; only the dispute subject to the application of the insured or the insurance beneficiary included. See. YEŞİLOVA ARAS/YEŞİLOVA, p. 300.

²⁰ YARDIM, Mehmet Ertan, "Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru", Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Ed. Ceyda Süral

contrary²¹, a mediator or arbitrator should not end the procedure because mediation has not been applied²². Considering that mediation is a cause of action, it is possible to apply for mediation only before a lawsuit to be heard in court (in the technical sense)²³. In this sense, there is no requirement to resort to mediation before the insurance arbitration procedure²⁴.

There are other scholars, based on the literal interpretation of the Law, argue that it is obligatory to resort to mediation before arbitration in insurance. However, by making a teleological interpretation on this issue, they argue that the application to mediation should not be required before arbitration in insurance in commercial disputes²⁵. According to this view, in determining whether arbitration in insurance falls within either of two cases regulated in Art. 18/A (18) of LMCD, there is no obligation to apply to the Insurance Arbitration Commission first²⁶. Therefore, the first exception does not apply to arbitration in insurance. The second exception is not in question in arbitration in insurance since there is no arbitration agreement between the parties in arbitration in insurance²⁷. To apply to the Commission, the insurance company, which is a party to the dispute, must be a member of the Commission and the risk in a matter of dispute must occur after membership²⁸. An arbitration agreement is not required to apply to the Commission. Therefore, in practice, no arbitration agreement is made

Efeçınar, Mehmet Ertan Yardım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, p. 89-110, p. 100; TAŞKIN, Melda, Krediye Bağlı Hayat Sigortası Sözleşmesi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, p. 431; MEMİŞ, Abdullah Berat, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk Usûlü, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 69.

²¹ On the contrary, the provision is contained in Art. 20 of LL. According to this provision, even in cases where the parties have a special arbitrator agreement, mediation must be sought first. See YARDIM, p. 101 fn. 26.

²² YARDIM, p. 101.

²³ YARDIM, p. 101.

²⁴ YARDIM, p. 101.

²⁵ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, p. 395 vd. ; EMİNOĞLU/ERDOĞAN, p. 391-393.

²⁶ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, p. 395.

²⁷ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, p. 395; TAŞKIN, p. 431.

²⁸ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, p. 395-396.

between the parties to the insurance contract²⁹. In light of these explanations, it can be said that the parties must apply to mediation as a cause of action before the applications to be made to the Insurance Arbitration Commission³⁰. However, when a teleological interpretation is made, it can be said that since arbitration in insurance is a special case, the legislator intends to keep arbitration out of the mandatory mediation system, although the legal regulation is deficient³¹. In addition, considering the regulatory purpose of mediation as a cause of action, the applications to be made to the Insurance Arbitration Commission, which is an exceptional alternative dispute resolution method in Turkish Law, must be within the exception³². This is because, like mediation as a cause of action, arbitration in insurance is an alternative dispute resolution method³³. In the preamble of Art. 5/A of the TCC on this issue, it is stated that by making it mandatory to apply to a mediation, it is purposed to settle these disputes in a much shorter time, with less expense and under the will of the parties³⁴. In this respect, considering that the applications made to the Insurance Arbitration Commission have to be concluded within four months, the application can be made with a low application fee compared to the state jurisdiction. The parties' will is at the forefront as it is an alternative dispute resolution method. Mediation as a cause of action and arbitration in insurance serve the same purpose. Therefore, applications to the Insurance Arbitration Commission must be exempted from the mediation as a cause of action³⁵. Applying to a mediator is regulated as a cause of action under the Art. 5/A of the TCC³⁶. According to this opinion, what is meant here is the case before the state court³⁷. There is no purposive justification for the contrary interpretation³⁸. However, if it is accepted that the

²⁹ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, p. 396.

³⁰ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, p. 396; EMİNOĞLU/ERDOĞAN, p. 392.

³¹ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, p. 396.

³² EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, p. 396.

³³ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, p. 396.

³⁴ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, p. 396.

³⁵ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, p. 397.

³⁶ EMİNOĞLU/ERDOĞAN, p. 393.

³⁷ EMİNOĞLU/ERDOĞAN, p. 393.

³⁸ EMİNOĞLU/ERDOĞAN, p. 393.

applications to the Insurance Arbitration Commission by making a literal interpretation are considered mandatory mediation, it will be necessary to examine each application³⁹. This is because not every application made to the Insurance Arbitration Commission is in the nature of a commercial lawsuit⁴⁰. Making this distinction will cause many unique problems to arise in practice. For example, it is clear that applications that are made against the assurance account are not commercial lawsuits within the scope of Art. 4 of the TCC⁴¹. On the other hand, the majority of the applications made to the Commission are based on compulsory traffic insurance⁴². Nevertheless, the vast majority of these applications are applications made by the prejudiced third parties by using their right to file a lawsuit⁴³. There is no insurance contract concluded between the injured third parties and the insurance company⁴⁴. In addition, the source of the claim rights of the prejudiced third parties is the strict liability of the operator regulated in the Highway Traffic Law and the compulsory traffic insurance⁴⁵. On the other hand, the strict liability of the operator is essentially a tort liability and does not lead to a commercial lawsuit on its own⁴⁶. Because the provisions regulated in the Highway Traffic Law are not in the nature of commercial lawsuits⁴⁷. In this respect, applications made by third parties using their right to file a lawsuit directly in compulsory traffic insurance can not be considered commercial lawsuits as a rule⁴⁸. As is understood from such examples, it is necessary to examine whether the dispute is in the nature of a commercial lawsuit according to the nature of the application made in each insurance contract⁴⁹. This is not always an effortless task and may lead to differences in practice and loss of time for

³⁹ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, p. 397.

⁴⁰ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, p. 397.

⁴¹ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, p. 397.

⁴² EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, p. 397.

⁴³ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, p. 397.

⁴⁴ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, p. 397.

⁴⁵ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, p. 397.

⁴⁶ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, p. 397.

⁴⁷ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, p. 397.

⁴⁸ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, p. 397.

⁴⁹ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, p. 397.

applicants⁵⁰. For these reasons, it would be the most appropriate solution to accept that the provisions on mediation as a cause of action in arbitration in insurance will not be applied⁵¹.

III. INSURANCE ARBITRATION COMMISSION AWARDS ON WHETHER IT IS MANDATORY TO APPLY TO MEDIATION BEFORE ARBITRATION IN INSURANCE

In commercial disputes, when the awards of the Insurance Arbitration Commission on whether mediation is mandatory before arbitration in insurance are examined, it is seen that mediation is not mandatory in most of the awards. In these awards, it is seen that although the dispute arising from the insurance contract has a commercial nature, the condition of applying to mediation is not sought, and the arbitrators decide on the merits of the dispute.

However a few awards state that it is obligatory to apply to mediation before arbitration in insurance. One of the few awards⁵² of the Insurance Arbitration Commission, which ruled that mediation is mandatory before arbitration in insurance, was based on remarkable grounds.

In the arbitral award, we have pointed out, first it has been determined that the subject of the dispute is commercial, and it is stated that mandatory mediation must be valid as a rule. In the arbitral award later, Art. 18/A (18), LMCD, which was regulated as an exception to mandatory mediation, was evaluated. According to the arbitral award, this regulation of the legislator that mediation will not be mandatory in cases where there is a contractual or legal obligation to the arbitration procedure is suitable for supporting mediation as an alternative dispute resolution method. Because there is no point in guiding the parties to mediation if there is a solution made mandatory by the legislation or by choosing a party, compared to the general courts for faster and other reasons. As a matter of fact, in Art. 116 of the CCP, the legislator gave the relevant party the right to put forward a preliminary objection,

⁵⁰ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, p. 397.

⁵¹ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, p. 397-398.

⁵² See, Insurance Arbitration Commission Dispute Arbitral Award, D. 29.09.2021, N. 2021/164120, Arbitral Award N. 2021/142073 (The arbitral award is not published).

considering the existence of the obligation to apply to arbitration depending on the agreement between the parties, and gave the authority to demand that the dispute not be seen in the state judiciary. According to the arbitral award, arbitration in insurance does not fall into one of the two situations regulated as an exception in the article. Namely, Art. 30 (I) of IL "The person who has a dispute with the institutions that are members of the insurance arbitration system can benefit from the arbitration procedure even if there is no special provision in the contract that is the subject of the dispute"⁵³. By stipulating the principle of arbitration in insurance, it pointed out the feature of the insurance company that does not need an arbitration agreement, and that it depends on the insurance company being a member of the system. And with the phrase "may be benefited" it has ruled that the application to this procedure is optional. Since there is no arbitration agreement or condition between the parties, there is no contractual application obligation as well. Because, in arbitration in insurance procedure, the authority to arbitrate arises from the insurance company being a member of the arbitration system. There is no arbitration agreement between the parties that establishes a contractual obligation. In compulsory insurances, the possibility of filing lawsuits without the insurance company being a member of the system does not mean a contractual or legal application obligatory to arbitration. In these cases, although the insurance company is not a member of the system, the beneficiaries can apply to the insurance arbitration procedure without being a member of the system. For these grounds, it was ruled that there was an obligation to apply to mediation before applying to the Insurance Arbitration Commission, and therefore the application was dismissed because of the violation of the mandatory rule.

⁵³ Also see the Insurance Arbitration Commission's Annual Report, http://www.sigortatahkim.org.tr/files/FaaliyetRaporu_2020.pdf.

IV. SUPREME COURT DECISION ON WHETHER IT IS MANDATORY TO APPLY TO MEDIATION BEFORE ARBITRATION IN INSURANCE

There is only one supreme court's decision that we could find out on whether it is mandatory to apply to mediation before arbitration in insurance⁵⁴. In its decision, the Supreme Court primarily pointed to Art. 18, LMCD, which regulates two exceptional cases in which mediation as a cause of action is not applicable. Later, the Supreme Court referred to the obligation to apply to the insurance establishment before applying to the Insurance Arbitration Commission, regulated in Art. 30 (13), IL. According to this provision, "to be able to apply to the Commission, the person who falls into a dispute with the insurance establishment shall make necessary applications to the insurance establishment regarding the subject matter of the dispute and shall document that his or her claim is entirely or partially rejected. It is also possible to apply to the Commission if the insurance establishment does not reply in written form within fifteen working days from the application⁵⁵." According to the supreme court, for the application to the Insurance Arbitration Commission, the condition of applying to the insurance company is regulated as a cause of action. A decision must be made considering the fact that it is not mandatory to apply to mediation and that applying to a mediator is not a cause of action.

V. OUR POINT OF VIEW

Some scholars have based the fact that it is not mandatory to apply to mediation before reaching the Insurance Arbitration Commission in commercial disputes on the existence of the rule that mediation as a cause of action will not be applied in case of the existence of the arbitration agreement in Art. 18/A (18) of LMCD⁵⁶. In our opinion, an arbitration agreement will not be concluded between the parties by applying to the Insurance Arbitration Commission. In this case, it is only

⁵⁴ See SC. 4. CC, D. 30.06.2021, N. 2021/3476, Decision N. 2021/3999 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>)

⁵⁵ Also see the Insurance Arbitration Commission's Annual Report, http://www.sigortatahkim.org.tr/files/FaaliyetRaporu_2020.pdf

⁵⁶ See chapter B of section III.

the case to apply to the Insurance Arbitration Commission, which is one of the possibilities foreseen in the legislation to settle the dispute between the parties. The use of this opportunity in the Law does not mean that a contract has been concluded. Hence, a person in conflict with the member establishments of the insurance arbitration system may still benefit from the arbitration procedure even if there is no special provision in the related contract according to Art. 30 (1) of IL. This provision means that there is no need for an arbitration agreement to apply for arbitration in insurance.

Accordingly, there is no explicit legal provision on the basis that mediation is not mandatory before applying to the Insurance Arbitration Commission in commercial disputes. Thus, it is necessary to examine the legal nature, purpose, and distinctive features of arbitration in insurance in order to determine whether the application to mediation is mandatory before applying to the Insurance Arbitration Commission in commercial disputes. Arbitration in Insurance is an alternative dispute resolution method where disputes deriving from insurance contracts are resolved by the arbitrator or arbitration committees before the Insurance Arbitration Commission. One of the main purpose of this procedure is to resolve the disputes arising from the insurance contract by experts in a much shorter time and with relatively more minor costs than the state jurisdiction. Considering the nature of arbitration in insurance, imposing mandatory mediation before arbitration in insurance will delay the resolution of the dispute if the parties can not reach an agreement. In addition, imposing another alternative dispute resolution method before an alternative dispute resolution method contradicts the existence and purpose of regulation of alternative dispute resolution methods⁵⁷.

Another reason why mediation should not be mandatory before applying to the Insurance Arbitration Commission is the obligation to apply to the insurance company, which is regulated explicitly in Art. 30 (13) of IL. The purpose of this provision is to make a final attempt at reconciliation with the insurance company before the applicant takes the

⁵⁷ For the view in this direction in the doctrine, see also chapter B of section III.

relevant dispute to arbitration⁵⁸. In this way, before the arbitration, the insurance company will submit its proposal for the settlement of the relevant dispute, and if the applicant is satisfied with the relevant offer, the dispute will be resolved⁵⁹. If an application is made directly to the Insurance Arbitration Commission without making an application to the insurance company, the application must be rejected because of the violation of mandatory rule⁶⁰. The application of the insured or insurance beneficiary to the Insurance Arbitration Commission may result in the resolution of the dispute. Before arbitration in insurance, which is an alternative dispute resolution method, such a communication between the parties in which the dispute can be resolved is obligatory. It would not be appropriate to require mandatory mediation, which is another alternative dispute resolution method.

If it is accepted that there is an obligation to apply to mediation before arbitration in insurance commercial disputes, many procedural discussions will come to the fore before the dispute is resolved. This is because, not all disputes arising from the insurance contract are commercial. Determining whether the said disputes are commercial or not will lead to loss of time and cause different decisions in practice⁶¹.

We think that mediation should not be mandatory before applying to the Insurance Arbitration Commission in commercial disputes based on the above reasons as supported by the Supreme Court⁶². On the other hand, as we pointed out above, some arbitral awards interpret the provisions of the legislation literally and make decisions that mediation is mandatory before arbitration in insurance in commercial disputes⁶³. Some scholars believe that this situation can be overcome by making a

⁵⁸ Özdamar, Mehmet, "Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, 2013, Sa. 1-2, p. 831-855, p. 847.

⁵⁹ DEKAK, p. 81.

⁶⁰ See that the condition of applying to the insurance company is the cause of action, SEVEN, Vural, "Mahkemeye-Tahkime Başvurmadan Önce Sigorta Şirketine Başvuru Zorunluluğu", İzmir Barosu Dergisi, Mayıs 2018, p. 95-129, p. 124.

⁶¹ For the view in this direction in the doctrine, see also chapter B of section III.

⁶² For the aforesaid decision, see section V.

⁶³ For the aforesaid arbitral award, see section IV.

teleological interpretation⁶⁴. Considering that some of the arbitrators in practice make their decisions without making any teleological interpretation, we believe that it would be appropriate to make a precise regulation in the Law⁶⁵. This new regulation should clarify that it is not obligatory to apply to mediation before applying to the Insurance Arbitration Commission in commercial disputes. In this way, it would be prevented to avoid loss of rights and fulfill insurance arbitration purposes.

CONCLUSION

The party that has a dispute arising from the insurance contract with the member institution of the insurance arbitration system may apply to the state jurisdiction or arbitration in insurance to settle the dispute. If there is compulsory insurance, the insurance company does not need to be a member of the system (Art. 30 (1), IL). If the dispute is in the nature of a commercial lawsuit and the application is made to the state judiciary, it is obligatory to resort to mediation first as per Art 5/A of TCC. If the application is made to the Insurance Arbitration Commission, not to the state judiciary, the question on whether mediation is mandatory arises. To answer this question, Art. 18/A (18) of LMCD should be reviewed. This Article states that, "in cases where there is an obligation to resort to arbitration or another alternative dispute resolution method in special laws or there is an arbitration agreement, the provisions regarding mediation as a cause of action shall not be applied". Since arbitration in insurance is not a mandatory arbitration and an arbitration agreement has not been concluded between the parties by applying to the Insurance Arbitration Commission, it may be thought that it is obligatory to resort to

⁶⁴ EKMEKÇİ/ÖZEKES/ATALI/SEVEN, p. 396; EMİNOĞLU/ERDOĞAN, p. 392. See also chapter B of section III.

⁶⁵ Hence it has been added to the Law on Consumer Protection No. 6502 (LCP) with the amendment of Law No. 7251, where mandatory mediation will not be valid in disputes falling under the jurisdiction of the consumer arbitration committee (Art. 73/A, (1), a, LCP). Although the consumer arbitration committee's legal nature and application area are different from the Insurance Arbitration Commission, it would be appropriate to make a precise regulation similar to Art. 73/A, (1), a, LCP for arbitration in insurance for the reasons we have explained above.

mediation before applying to the Insurance Arbitration Commission in commercial disputes. There are opinions in the doctrine which are supported by arbitral awards in this direction. However, considering that arbitration in insurance is an alternative dispute resolution method and aims to resolve the dispute in a short time, it would not be appropriate to require another alternative dispute resolution method before arbitration in insurance. Moreover, it is obligatory to apply to the insurance company before the Insurance Arbitration Commission application (Art. 30 (13), IL). Since there is a possibility of resolution of the dispute during this communication, mandatory mediation should not be required in addition. Also, determining whether the dispute is commercial or not to determine the application area of mandatory mediation is objectionable as it will lead to new discussions and different practices. Thus, the Supreme Court has rightly ruled that mediation is not mandatory before applying to the Insurance Arbitration Commission in commercial disputes. However, it would be appropriate to make a precise legal regulation to uniform arbitral awards in practice.

REFERENCES

- ATALI, Murat/ERDOĞAN, Ersin**, “A New Model in Legal Dispute Resolution: Mandatory Mediation”, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 23. Band, 2018, p. 241-255.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin**, *Medenî Usûl Hukuku*, 4. Bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 2021.
- BAĞATUR, Mehmet Çağrı/ÖGE, Hande**, *Sorularla Sigorta Tahkim*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- BELGİN GÜNEŞ, Derya**, “Mandatory Mediation in the Light of High Court Decisions in Turkish Law”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, 2020, C. 11, S. 2, 2020, p. 514-526.
- BRUNS, Alexander**, *Langheid/Wandt, Münchener Kommentar zum VVG*, 2. Auflage, 2017, sn. 88.
- BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol**, *Medenî Usûl Hukuku*, 4. Bs. Ankara, Adalet Yayınevi, 2020.
- ÇAKAN, Oya**, *Sigorta Tahkim Yargılaması ve Tahkime Elverişliliğin Değerlendirilmesi*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- DEKAK, Mehmet Tuğberk**, *Sigorta Tahkimde Yargılama Usûlü*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- DİNÇ, İlhan**, *Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- DOĞRUSÖZ KOŞUT, Hanife**, “Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk Sisteminin Sigorta Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanması ve Sigortacılık Tahkimi ile Karşılaştırması”, *Sermaye Şirketleri Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, p. 9-47.
- EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat/SEVEN, Vural**, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, 2. Bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- EMİNOĞLU, Cafer/ERDOĞAN, Ersin**, *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2020.

- ERBAŞ Açıkel, Aslıhan**, "Deniz Ticareti ve Sigorta Hukuku Uyuşmazlıkları Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi", Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, p. 43-52.
- ERDEMİR, M. Aymelek**, Sigorta Hukuku Uyuşmazlıklarında Tahkim, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- GAL, Jens**, "The German Insurance Ombudsman System, Alternative Dispute Resolution Systems Regarding Private Insurance", İstanbul, Sigorta Hukuku Türk Derneği, 2014, p. 9-44.
- KARASU, Rauf**, "Sigorta Tahkimi İle İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri", TAAD, Yıl: 7, S. 26, Nisan 2016, s. 49-69.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.**, Arabuluculuk Sözleşmeleri, Ankara, Turhan Kitabevi, 2020.
- KOÇYİĞİT, İlker/BULUR, Alper**, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, 2019.
- MEMİŞ, Abdullah Berat**, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk Usûlü, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- MENDELOWITZ, Michael**, "Resolving Consumer Insurance Complaints in the UK – The Financial Ombudsman Service", Alternative Dispute Resolution Systems Regarding Private Insurance, İstanbul, Sigorta Hukuku Türk Derneği, 2014, p. 66-75.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar**, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 4. Bs., C. II, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.
- ÖZDAMAR, Mehmet**, "Alman Hukukunda Sigorta Ombudsmanlığı", BATİDER, C. XXIX, S. 3, 2008, p. 309-327.
- ÖZDAMAR, Mehmet**, "Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, 2013, Sa. 1-2, p. 831-855.
- ÖZEKES, Muhammet**, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, 15. Bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

- ÖZMUMCU, Seda**, Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış, 3. bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- PEKCANITEZ, Hakan**, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı'nın Tanıtımı", MİHBİR Toplantısı VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir, 2007, Ankara, TBB Yayınları, p. 247- 264.
- PEKCANITEZ, Hakan**, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. II, 15. bs, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- PEKCANITEZ, Hakan/YEŞİLİRMAK, Ali**, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. Bs., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- SAYIN, Bartuğ**, Ticari Dava Şartı Olan Arabuluculuk, ADR Serisi C. 1, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021.
- SEVEN, Vural**, "Mahkemeye-Tahkime Başvurmadan Önce Sigorta Şirketine Başvuru Zorunluluğu", İzmir Barosu Dergisi, Mayıs 2018, p. 95-129.
- TANRIVER, Süha**, Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020 (Arabuluculuk).
- TANRIVER, Süha**, Medenî Usûl Hukuku, 3. Bs., C. I, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.
- TAŞKIN, Melda**, Krediye Bağlı Hayat Sigortası Sözleşmesi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- ULAŞ, Işıl**, "Sigortacılıkta Tahkim", Prof. Dr. Seza Reisoğlu'na Armağan, BATİDER, C. XXIV, S. 2, 2007, p. 239-266.
- ÜNAN, Samim**, "Turkish Special Arbitration Scheme for Claims Against Insurers", Alternative Dispute Resolution Systems Regarding Private Insurance, İstanbul, Sigorta Hukuku Türk Derneği, 2014, p. 111-120.
- YAĞMUR Setenay**, "Sigorta Şirketleri Açısından Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk Uygulaması", Bilkent Üniversitesi Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu, Ankara, 11-12 Ekim 2019, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, p. 649-668.

- YARDIM, Mehmet Ertan**, “Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru”, Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Ed. Ceyda Süral Efeçinar, Mehmet Ertan Yardım, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, p. 89-110.
- YAZICIOĞLU, Emine/ŞEKER ÖĞÜZ, Zehra**, Sigorta Hukuku, 4. Bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021.
- YEŞİLOVA ARAS, Ecehan/YEŞİLOVA, Bilgehan**, “Sigortacılık Tahkimi – Sigorta Tahkim Usulü ve Ayırdedici Özellikleri (Sigortacılık Kanunu m. 30)”, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, 2013, p. 275-379
- YILDIRIM, Ferhat**, “Alman Sigorta Hukukunda Ombudsmanlık”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 155-156, Temmuz Ağustos 2017, p. 77-95.

SOSYAL PAYLAŞIM SİTELERİNDE SÜREKLİ ZAMAN GEÇİRMENİN EVLİLİK BİRLİĞİNİN SARSILMASI SEBEBİYLE BOŞANMA BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Emin ÖZGÜL*

Öz

Sosyal medya araçlarındaki artış ve yaşanan teknolojik gelişmeler birçok hukuki ve sosyal sorunun da hazırlayıcısı olmuştur. 2021 Commencis raporuna göre Coronavirüs pandemisi döneminde sosyal medya kullanımı %72 oranında artmıştır. Statista 2021 raporuna göre ise 2020 yılında dünyada günlük ortalama sosyal medya kullanım süresi 145 dakikaya çıkmıştır. Günümüzde yapılan bilimsel çalışmalarla sosyal medya bağımlılığı ölçekleri ve tanı kriterleri tespit edilmekte, bağımlılığa dönüşümün toplumsal etkileri irdelenmektedir. Evli kişi-lerin kuvvetli alışkanlık ya da bağımlılık düzeyinde sosyal medyada ve özellikle sosyal paylaşım sitelerinde geçirdikleri zamanın artmasıyla, evlilik birliğine ilişkin yükümlülüklerin ihlali de söz konusu olabilmektedir. Özellikle TMK 185/2-3. maddesinde düzenlenen yükümlülüklerin ihlali gündeme gelebilmekte, bu yükümlülüklere aykırı davranışlar TMK 166/1. maddesinde yer alan evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma davasına konu olabilmektedir. Çalışmamızda anılan sebebe dayanarak TMK 166/1. maddesine göre boşanma davası açılıp açılmayacağı hususu Yargıtay kararları ışığında değerlendirilmiş, yakın gelecekte sıklıkla gündeme gelebilecek bu konuyla ilgili sorunların tespit edilmesine ve farkındalık sağlanmasına çalışılmıştır.

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

✉ mozgul@pau.edu.tr • ORCID 0000-0002-8389-8164

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: ÖZGÜL Mehmet Emin, "Sosyal Paylaşım Sitelerinde Sürekli Zaman Geçirmenin Evlilik Birliğinin Sarsılması Sebebiyle Boşanma Bakımından Değerlendirilmesi", *SÜHFD.*, C. 30, S. 1, 2022, s. 325-370.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

Evlilik Birliğinin Sarsılması • Genel Boşanma Sebebi • Evliliğin Genel Hükümleri • Evliliğe İlişkin Yükümlülükler • Sosyal Medya Bağlılığı

EVALUATION OF CONTINUOUS TIME SPENDING ON SOCIAL SHARING SITES IN TERMS OF DIVORCE DUE TO THE LOSS OF THE FOUNDATION OF THE MARRIAGE UNION

Abstract

The increase and developments in social media tools have also prepared many legal and social problems. According to the 2021 Commencis report, social media usage increased by 72% during the coronavirus pandemic period. According to the Statista 2021 report, the average daily social media usage time in the world has increased to 145 minutes in 2020. Social media addiction scales and diagnostic criteria are determined by scientific studies conducted today, and the social effects of conversion to addiction are examined. With the increase in the time that married people spend on social media and especially on social networking sites at the level of strong habits or addictions, there may be a violation of the obligations regarding the marriage union. In particular, violations of the obligations set forth in Article 185/2-3 of the TMK may come to the fore, and acts contrary to these obligations may be the subject of a divorce case because the foundation of the marriage union in Article 166/1 of the TMK is shaken. In our study, based on the aforementioned reasons, the issue of whether a divorce case can be filed according to Article 166/1 of the TMK has been evaluated in the light of the Supreme Court decisions, and it has been tried to determine the problems related to this issue that may come to the fore in the near future and to raise awareness.

Key Words

Disruption of Marriage Union • General Reason for Divorce • General Provisions of Marriage • Obligations Related to Marriage • Social Media Addiction

GİRİŞ

Teknolojide yaşanan gelişmeler sosyal ve bireysel hayatımızda değişikliklere yol açmakta, eşlerin ve ailedeki diğer üyelerin birbirlerine ayırdıkları zamanda değişim yaşanmakta ve ortak faaliyetlere zaman ayırmaktan da gittikçe uzaklaşmaktadır¹. Bu konuda internetin ve sos-

¹ YILDIRIM, İrfan, "Sosyal Medya, Dijital Bağımlılık ve Siber Zorbalık Ekseninde Değişen Aile İlişkileri Üzerine Bir Değerlendirme", Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C: 9, S: 5, 2021, s.1243.

yal medyanın etkisi yadsınamayacak düzeydedir. Günümüzde internet artık bir sosyal yaşam alanına dönüşmüş ve bu dönüşümü sağlamakta yaşanan teknolojik gelişmelerle birlikte karşılıklı paylaşımlara ve etkinliklere izin veren, kullanıcılarına içerik üretme ve bu içeriği paylaşma imkânı tanıyan sosyal medya uygulamalarının ve özellikle de sosyal paylaşım sitelerinin büyük etkisi olmuştur. Sosyal medyanın dünya çapında kabul görüp bu derece hızlı yayılması “ağ toplumu” kavramının da bir dayanağını oluşturmaktadır². Aile kurumuna ilişkin yaşanan değişmelerde ve boşanma oranlarındaki artışlarda sosyal medyanın ve özellikle sosyal paylaşım sitelerinin etkisi inkâr edilemeyecek ölçüde büyüktür³. Sosyal medya oldukça geniş bir kavram olup birçok farklı platformu içinde barındırır da özellikle sosyal paylaşım izin veren ve sosyal paylaşımı ve etkileşimi öne çıkaran uygulamaların etkisi daha belirgin şekilde gözlemlenmektedir. Sadece çok bilinen sosyal paylaşım siteleri değil, sosyal paylaşım yer veren diğer uygulamalar da süreklilik arz eden kullanımıyla, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin ihlaline yol açabilmektedir. Bu nedenle çalışmamızda sosyal medya ile sosyal paylaşım siteleri keskin sınırlarla birbirinden ayrılmamış, 5651 sayılı Kanundaki⁴ düzenlemeler çerçevesinde bir ayrıma gidilmemiştir.

² KAYA, Mehmet Bedii, *İnternet Hukuku*, 2. Baskı, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2021, s.15; sosyal ağlarla toplumsal yapı arasındaki ilişkiye yönelik bkz. BEER, David, “Social network(ing) sites.revisiting the story so far: A response to danah boyd & Nicole Ellison”, *Journal of Computer-Mediated Communication* 13, 2008, s.521 vd.; sosyal medyanın dünya çapında hızla artan kullanımına ilişkin değerlendirmeler için bkz. KAPLAN, Andreas. M./HAENLEİN, Michael, “Users of the World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media”, *Business Horizons*, Vol: 53, No: 1, 2010, s.59-60; sosyal medya, aynı zamanda büyük ve güçlü ağlar oluşturma potansiyeline sahip olduğu için daha fazla insan ağa katıldıkça, kullanım da katlanarak artmakta bu durum “ağ etkisi” (the network effect) olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. HOWARD, Anne E., *Connecting with Communities: How Local Government Is Using Social Media to Engage with Citizens*, ANZSOG Institute for Governance at the University of Canberra and Australian Centre of Excellence for Local Government, 2012, s.5.

³ KALAMAN, Sefer/ÇELİK, Fatih, “Türkiye’deki Evli Bireylerin Sosyal Medya Kullanımlarının Evlilikleri Üzerine Etkisi: Nitel Bir Araştırma”, *Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi*, C: 13, S:19, 2019, s.429; YILDIZ, Rıdvan, *Sınırsız Yeni Dünyanın Sınırları- Sosyal Medyada Hukuk*, İkinci Adam Yayınları, İstanbul, 2020, s.97.

⁴ “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi Ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun” RG. 23/5/2007 T., S: 26530.

Herhangi bir sosyal medya platformunun özellikle de sosyal paylaşım sitelerinin kullanımındaki aşırılıklar, kullanım amaçlarından kaynaklanan sorunlar ve paylaşılan içerikler bizzat boşanma kararına temel oluşturabilmektedir. Kanunda boşanma sebepleri sınırlı sayıda (numerus clausus) düzenlenmiş olsa da sosyal paylaşım sitelerinde sürekli zaman geçirmek suretiyle evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin ihlali söz konusu olduğunda, genel bir boşanma sebebi olan TMK 166/1. maddesinde yer alan evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayanılarak boşanma davası açılması mümkündür. Doktrinde genel boşanma sebepleri şeklinde ifade edilen TMK 166. maddesindeki sebeplerden biri olan evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma için evlilik birliğinin sarsılmasından ve ortak hayatın eşler için sürdürülmesinin beklenememesinden bahsedilse de bu durumlara yol açan olay ve olguların ne olduğu, hükümde yer almamaktadır⁵. Bu olay ve olguların zamana, zemine, somut olaya ve daha birçok değişkene bağlı olarak farklılık arz etmesi sebebiyle Kanunda tek tek sayılması mümkün olmadığı için bu konuda hâkime takdir yetkisi tanınmıştır⁶. Çalışmamızda öncelikle sosyal medya, sosyal paylaşım siteleri, evlilik birliği ve

⁵ GÖNENSAY, A. Samim, Medeni Hukuk C:2 Kısım 1, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1937, s.81,82; TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s.172; HATEMİ, Hüseyin, Aile Hukuku, 9. Bası, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2021, s.125; AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, Yenilenmiş 21. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s.260 vd.; ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s.678-679; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, C: III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s.118 vd.; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 5. Bası, Ankara, 2020, s.108 vd.; ERDEM, Mehmet, Aile Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.122; ANIL, Yaşar Şahin, Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Geçimsizlik, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s.29; ÜNLÜTEPE, Mustafa, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebine Dayalı Boşanma (TMK m.166/I-II), Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.62-63.; HEKİM, Aylin, "Yargıtay Kararları Işığında Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması" Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu'na Armağan, C: II, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s.1004.

⁶ ÖZTAN, s.678-679; ERDEM, s.123; ÇAKIN, Akın, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Bilge Yayınevi, Ankara, 2007, s.39; GENÇCAN, Ömer Uğur, Boşanma Hukuku, 7251 sayılı Kanun Değişiklikleri ile Güncellenerek Genişletilmiş 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s.558 vd.; İPEK, Ali İhsan, Türk Hukukunda Genel Boşanma Sebepleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s.29; HEKİM, s.1013.

evlilik birliğinin temelinden sarsılması kavramları tanımlanarak, ailesine ayırması gereken zamanının çoğunu sosyal medyada ve özellikle sosyal paylaşım sitelerinde geçiren eşin, şiddetli alışkanlık ya da bağımlılık düzeyindeki davranışının⁷ ya da bu platformlardaki paylaşımlarının evlilik birliğinden doğan hangi yükümlülükleri ihlal edebileceği ve bu durumların evlilik birliğinin sarsılması sebebiyle boşanmaya etkisi üzerinde durularak, bu konuda teoriye ve uygulamaya yönelik incelemeler yapılacaktır.

I. SOSYAL MEDYA, SOSYAL PAYLAŞIM SİTESİ, EVLİLİK BİRLİĞİ KAVRAMLARI VE GENEL OLARAK EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMELİNDEN SARSILMASI SEBEBİYLE BOŞANMA

A. Sosyal Medya ve Sosyal Paylaşım Sitesi Kavramları

Günümüzde sosyal medya ve sosyal paylaşım sitesi kavramları birbirinin yerine kullanılabilen kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışmamız bakımından öncelikle bu kavramlara ilişkin bir inceleme yapılması uygun olacaktır.

1. Sosyal Medya Kavramı

Sosyal medya kavramı hayatımıza 2000'li yıllardan sonra girmiş⁸ ve bu yıllardan itibaren farklı disiplinlerde farklı şekillerde tanımlanmaya çalışılmıştır⁹. Genel anlamda bir sosyal medya tanımı yapmak gere-

⁷ Sosyal medya bağımlılığına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. SAĞAR, Mehmet Enes, "Yetişkin Bireylerde Sosyal Medya Bağımlılığının İrdelenmesi, SBED, 1(1), 2019, s.30-31.

⁸ 2000 yılı öncesi ve sonrası sosyal medyanın tarihsel gelişimine ilişkin bilgi için bkz. KİETZMANN Jan H./HERMKENS Kristopher/MCCARTHY Ian P./SİLVESTRE Bruno S., "Social media? Get serious! Understanding the functional building blocks of social media", Business Horizons, Volume 54, Issue 3, 2011, s.241-242; sosyal paylaşım sitelerinin tarihçesine ilişkin bkz. BOYD Danah M/ELLİSON Nicole B. "Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship" Journal of Computer-Mediated Communication 13, 2008, s. 214 vd..

⁹ Bu tanımlamalara ilişkin bkz. ARMAN, Saleh Md., "Integrated model of Social Media and Customer Relationship Management: A Literature Review" International Journal of Information, Business and Management, Vol. 6, No.3, 2014, s.119,120; AKKURT, Sinan Sami, "Kişilik Hakkının Sosyal Medya Kullanıcıları Tarafından İhlâli Hâlinde Ortaya Çıkacak Cezaî Sorumluluğa Medenî Hukuk Bağlamında Bir Bakış" Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:25, S:2, 2017, s. s.331 vd.;

kirse sosyal medya, “internet ortamında Web 2.0¹⁰ adı verilen teknoloji sayesinde etkileşimli ve karşılıklı olarak görüntü, video, ses, metin vb. her türlü veri temelli içeriğin oluşturulmasına ve paylaşılmasına imkân veren, anlık etkileşim ve iletişim imkânlarıyla internet ortamında farklı sosyal paylaşım yöntemlerinin kullanılmasına, geliştirilmesine imkân sağlayan birçok farklı sistem ve uygulamaların bütünü” olarak tanımlanabilir¹¹. Sosyal medya, Web 2.0’in fikri ve teknolojik temelleri üzerine inşa edilen ve kullanıcı tarafından

AKKURT, Sinan Sami, Sosyal Medyada Gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması, Seçkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve 7253 Sayılı Kanun’la Getirilen Yeni Sosyal Medya Düzenlemeleri Çerçevesinde Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2020, s.95 vd..

¹⁰ Web 2.0 teknolojisi, kullanıcıya dayalı içerik oluşturma ve sosyal ağ kurma imkânı sağlayan özel bir teknolojidir. Web 1.0 adı verilen teknoloji karşılıklı iletişime izin vermeyip, içerik sağlayan kaynaktan tek taraflı biçimde kullanıcılara ulaşan, daha çok bilgi arama, inceleme, okuma imkânı sağlayan bir teknolojiyken, Web 2.0 kullanıcıların da içerik oluşturduğu, eş zamanlı aktif katılım imkânı sunan ve her tür verinin karşılıklı paylaşılabilirdiği, kullanıcı odaklı farklı bir ortamdır. Bkz. HOWARD, s.4; HSU, Chien-leng/PARK, Han Woo, “Sociology of Hyperlink Networks of Web 1.0, Web 2.0, and Twitter: A Case Study of South Korea”, Social Science Computer Review, Vol: 29, No:3, 2011, s. 355,357; BRESLİN, J. G., PASSANT A./DECKER, S., The Social Semantic Web, Springer, Berlin, Heidelberg, 2009, s.21,22 vd.; AKKURT, s.103; TURAN, Metin, Bilişim Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.291; KOÇAK, N.Gizem, “Bireylerin Sosyal Medya Kullanım Davranışlarının ve Motivasyonlarının Kullanımlar ve Doyumlar Yaklaşımı Bağlamında İncelenmesi: Eskişehir’de Bir Uygulama” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, 2012, s.2; KAYA, Mine, Elektronik Ortamda (Elektronik Haberleşme-İnternet-Sosyal Medya) Kişilik Hakkının Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s.77; KAYA M.B, s.24; AKYASAN BİRSEN, Gönül, Sosyal Medyada Paylaşılan İçerik Nedeniyle Kişilik Hakkı İhlalleri, Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s.48 vd.; ÖZBAKIR, Ali Fuat, Sosyal Medyada ve İnternette Hukuki Sorumluluk, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.156-157; Web 1.0 ile Web 2.0 uygulamalarının ayrıntılı karşılaştırması için bkz. HSU/PARK, s.355 vd.; KOÇAK, s.22 vd.; Web 2.0 hakkında ayrıca bkz. O’REILLY, Tim, “What Is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software”, Communications & Strategies, Vol: 65, No: 1, 2007, s.17 vd.; KAPLAN/HAENLEİN, s.60 vd..

¹¹ BRESLİN/PASSANT/DECKER, s.21; HOWARD, s.4-5; ARMAN, s.119,120; KAYA, s.76; KENT, Bülent, “Alman Hukukunda Sosyal Ağların Düzenlenmesi ve Alman Sosyal Ağ Kanunu”, Bilişim Hukuku Dergisi, 2020/1, s.1-46, s.3; AKKURT, s.98; AKKURT (Bakış), s.332, 335; KOÇAK, s.10; ÖZDEMİR, Hümeysra, “Genç Erişkinlerde Aile İçi Sorunların Sosyal Medya Bağımlılığı Ve Benlik Saygısı İle İlişkisinin İncelenmesi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Lefkoşa, 2020, s.5,22; AKYASAN BİRSEN, s.37,47; ÖZBAKIR, s.157.

oluşturulan içeriğin üretilmesine, paylaşımına ve değiş tokuşuna izin veren bir grup internet tabanlı uygulama¹² ya da Web 2.0 denilen bir katılım mimarisi aracılığıyla zengin kullanıcı deneyimleri sunan ve bireysel kullanıcıların verileriyle birlikte birden fazla kaynaktan gelen verileri kullanan ve bu verilerin yeniden üretimi imkânı sunan ağ tabanlı bir platform olarak da ifade edilebilir¹³. Tanımlarda da görüldüğü üzere sosyal medya sisteminin hayata geçirilmesi internet teknolojisinin yanında özel bir teknoloji olan Web 2.0 teknolojisi sayesinde olmaktadır¹⁴. Sosyal medya, geleneksel medyadan pek çok bakımdan farklı olmakla birlikte özellikle interaktif paylaşım ve etkileşim sağlaması, çok yönlü, eş zamanlı ya da anlık paylaşım imkânları içermesi, içeriğinin, bu medyayı kullanan kişilerce hazırlanmasını mümkün kılmasıyla öne çıkan bir yapıdır¹⁵. Bu noktada yedi işlevsel yapı taşı üzerinden sosyal medyayı tanımlayan bir çerçeve sunulabilir¹⁶. Buna göre sosyal medya kimlik (identity), görüşmeler(conversations), paylaşım(sharing), mevcudiyet (presence), ilişkiler (relationships), itibar (reputation) ve gruplar (groups) şeklinde bir yapının üzerinde şekillenmektedir¹⁷. Sosyal medya platformları kişileri klasik bir internet kullanıcılarından ya da medya takipçisi rolünden çıkararak, aktif ve katılımcı bir role kavuşturabilen¹⁸ ve

¹² KAPLAN/HAENLEİN, s.61; “sosyal medya, bireylerin ve toplulukların kullanıcı tarafından oluşturulan içeriği paylaştığı, birlikte oluşturduğu, tartıştığı ve değiştirdiği yüksek düzeyde etkileşimli platformlar oluşturmak için mobil ve web tabanlı teknolojileri kullanmaktadır” Bkz. KİETZMANN/HERMKENS/MCCARTHY/SİLVESTRE, s.241.

¹³ O'REİLLY, s.17; HOWARD, s.4-5; ARMAN, s.119,120; BRESLİN/PASSANT/DECKER, s.22 vd.; aynı yönde bkz. BEER, s.519.

¹⁴ HOWARD, s.4-5; KAYA, s.76; AKYASAN BİRSEN, s.47; ÖZBAKIR, 157, sosyal paylaşım siteleri ile web 2.0 arasındaki ilişki hakkında bkz. BEER, s.519.

¹⁵ HOWARD; s.5; MAYFIELD, Antony, What is Social Media, United Kingdom, 2010, s.5; ARMAN, s.120,121; AKKURT, s.100 vd.; AKKURT (Bakış), s.335 vd.; KOÇAK, s.2,11; AKYASAN BİRSEN, s.37,49; ÖZBAKIR, s.158; ÖZDEMİR s.22; sosyal medya ile geleneksel medya karşılaştırılması için bkz. TURAN, s. 297; KOÇAK, s.77 vd..

¹⁶ KİETZMANN/HERMKENS/MCCARTHY/SİLVESTRE, s.241, 243 vd..

¹⁷ KİETZMANN/HERMKENS/MCCARTHY/SİLVESTRE, s.243 vd.; ayrıca bkz. ARMAN, s.120,121.

¹⁸ KİETZMANN/HERMKENS/MCCARTHY/SİLVESTRE, s.245 vd.; MAYFIELD, s.5; ARMAN, s.119,120; KOÇAK, s.7; AKKURT, s.101; AKKURT (Bakış), s.336; ÖZDEMİR, s.24; AKYASAN BİRSEN, s.49; ÖZBAKIR, s.158; KAYA M.B, s.25; SOLMECKE Christian, Social Media Recht -Rechtssicher in sozialen Netzwerken unterwegs, Telex GmbH, Köln, 2015, s.35; Web 2.0 ve dolayısıyla sosyal medya platformları da-

bu yolla kendisini ciddi bir cazibe noktası haline getiren mecralardır. Sosyal medya kapsam itibariyle oldukça geniş bir yapıyı ifade etmektedir. Bilinenin aksine sosyal paylaşım sitelerinden ibaret ve sadece onları ifade eden bir kavram değildir. Çoğunlukla karıştırılabilen ve birbirinin yerine kullanılabilen bu kavramların birbirinden farklı olduğu, sosyal medyanın bilinen Facebook, Twitter, Youtube¹⁹ gibi çevrimiçi sosyal ağların dışında pek çok farklı platformu da kapsayan daha geniş bir kavram olduğu görülmektedir²⁰.

Sosyal medya denilince akla bloglar²¹, mikro bloglar²² (Twitter vb.), Facebook, Instagram gibi sosyal ağlar, Youtube, Dailymotion ve

ha çok kullanıcı odaklı olup, kullanıcıları sisteme dâhil ederek harekete geçirir, katılım sağlayarak ve onları bilgilendirerek bağlantıda kalmalarını sağlar. Bkz. HSU/PARK, s.355; “özellikle, *Web 1.0’da nispeten daha az katkıda bulunan 55 yaş ve üstü kişiler, Facebook’ta en hızlı büyüyen demografidir ve kadınların sayısı erkeklerden 2:1 fazladır*” bkz. KİETZMANN/HERMKENS/MCCARTHY/SİLVESTRE, s.243. Sosyal medya kullanıcılarının içerik paylaşımında bulunabilmeleri için çoğunlukla bir hesap/profil oluşturmaları gerekmekte ve kullanıcılar bu hesapta oluşturdukları dijital ya da sanal kimliklerini kullanabilmektedir. Bkz. BODY/ELLİSON, s.213; KİETZMANN/HERMKENS/MCCARTHY/SİLVESTRE, s.243-244; SOLMECKE, s.15 vd.; MAYFIELD, s.14; AKKURT, s.101; AKKURT (Bakış), s.336; ÖZBAKIR, s.158.

¹⁹ Facebook, Twitter, Youtube vb. sosyal medya araçları hakkında bkz. HOWARD, s.7; BROWN, Rob, *Public Relations And The Social Web- How to use social media and web 2.0 in communications*, Kogan Page, London/ Philadelphia, 2009, s.163 vd.; KAPLAN/HAENLEİN, s.63-64; ÖZBAKIR, s.159 vd.; Facebook hakkında bkz. BROWN, s.50-51; AKYASAN BİRSEN, s.59; Twitter hakkında bkz. BROWN, s.36 vd.; MAYFIELD, s.27.

²⁰ HOWARD, s.4; MAYFIELD, s.6; KAPLAN/HAENLEİN, s.62 vd.; ARMAN, s.120; RHEE, Lisa/ BAYER, Joseph B./ LEE, David S./ KURU, “Ozan, Social by definition: How users define social platforms and why it matters” *Telematics and Informatics*, Volume 59, June 2021, s.2; KENT, s.4-5; AKKURT, s.104 vd.; KOÇAK, s.34-35; AKYASAN BİRSEN, s.57 vd.; ÖZBAKIR, s.168 vd..

²¹ Kişilerin yorumlarını, fikirlerini, tecrübelerini, hikayelerini vs. içeren yazı ve görselleri ya da linkleri paylaşım, okuyucuların geribildirimde bulunabildikleri, yorumlarıyla, beğenileriyle vs. katkıda bulunabildikleri web sayfası üzerinde oluşturulan günlük benzeri Blogger, WordPress gibi uygulamalardır. Bkz. BROWN, s.26 vd.; HOWARD, s.6; MAYFIELD, s.6; KAYA, s.88; AKKURT, s.106 vd.; AKKURT (Bakış), s.340-341; KOÇAK, s.42 vd.; ÖZBAKIR, s.170; AKYASAN BİRSEN, s.60 vd.; blogların kişisel web sayfalarının sosyal medyadaki karşılığı olduğu ve yazarın hayatını anlatan kişisel günlüklerden, belirli bir içeriğe yönelik tüm paylaşımlara kadar çok sayıda farklı türde olabileceği yönünde bkz. KAPLAN/HAENLEİN, s.63; bloglar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. MAYFIELD, s.16 vd..

benzeri görüntülü ve sesli paylaşım içeren medya kökenli içerik paylaşım siteleri, forumlar, sanal oyun dünyaları²³ ve sanal sosyal dünyalar (SecondLife, Sanalika vb.)²⁴ gibi pek çok platform gelmektedir²⁵.

2. Sosyal Paylaşım Sitesi Kavramı

Sosyal paylaşım siteleri, sosyal ağ sağlayıcısı²⁶ olarak ifade edilebilecek bir servis sağlayıcısı tarafından kurulmuş, kullanıcılarına içerik paylaşma ve bu yolla sosyal etkileşimde bulunma imkânı sağlamasıyla ön plana çıkan ve internetteki diğer web sitelerinden belli noktalarda

²² Mikro bloglarda kullanıcılar, anlık ve küçük boyutta metin, ses, video, konum vb. içerikler paylaşabilmekte, paylaşımlarında anlık güncellemeler yapabilmektedirler. Bkz. BROWN, s.36 vd.; HOWARD, s.6; HSU/PARK, s.358; MAYFIELD, s.6; AKKURT, s.107; AKKURT (Bakış), s.341; mikrobloglar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KOÇAK, s.48 vd.; AKYASAN BİRSEN, s.62-63.

²³ Çok sayıda kullanıcının birlikte sanal ortamda oyun oynamasına, paylaşımında ve etkileşimde bulunmasına imkân tanıyan sitelerdir. Bkz. KAPLAN/HAENLEİN, s.64; KAYA, s.97; AKKURT, s.109; AKKURT (Bakış), s.343.

²⁴ Bilgisayar ortamında üç boyutlu olarak oluşturulmuş kullanıcı tarafından belirlenen amaçlar ve eylemler için yönetilen, kurgulanan bir avatar aracılığıyla sanal dünya içinde oyun, konuşma, arkadaş edinme gibi pek çok aktiviteyi mümkün kılan platformlardır. Bkz. KAPLAN/HAENLEİN, s.64; KAYA, s.96-97; AKKURT, s.109; AKKURT (Bakış), s.343; “Sanal yaşam ortamı kullanıcıların çevrimiçi olarak 3 boyutlu modellenmiş bir dünyada işlerini yapabilmelerini sağlayan sistemlerdir.” https://tr.wikipedia.org/wiki/Sanal_dünya (Erişim tarihi: 04.10.2021).

²⁵ HOWARD, s.4,6; MAYFIELD, s.6; ARMAN, s.120; BRESLİN/PASSANT/DECKER, s.21; TURAN, s.292; KENT, s.4; KAYA, s.88; AKKURT, s.104 vd.; AKKURT (Bakış), s.337 vd.; KOÇAK, s.3,10,11; RHEE/ BAYER/ LEE/KURU, s.2; çoğunlukla Wikipedia, YouTube, Facebook ve Second Life gibi platformların bu büyük grubun parçası olduğu konusunda hemfikir olursa da farklı sosyal medya uygulamalarını kategorize etmenin sistematik bir yolu olmadığı yönünde bkz. KAPLAN/HAENLEİN, s.61; dünya çapında kullanımda olan yüzlerce sosyal medya teknolojisi olduğu yönünde bkz. HOWARD, s.7

²⁶ Hukukumuzda 5651 sayılı Kanunda 29.07.2020 tarihinde 7253 sayılı Kanunla değişiklik yapılmış ve ilk defa bu düzenlemeyle “sosyal ağ sağlayıcısı” kavramı tanımlanmıştır. Kanunda yapılan sosyal ağ sağlayıcı tanımı “sosyal etkileşim amacıyla kullanıcıların internet ortamında metin, görüntü, ses, konum gibi içerikleri oluşturmalarına, görüntülemelerine veya paylaşımlarına imkân sağlayan gerçek veya tüzel kişiler” şeklindedir; her ne kadar 5651 sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun”da tercih edilen “sosyal ağ” kavramı bu Kanuna yönelik çalışmalar bakımından önem taşısa da çalışmamız açısından daha çok bu Kanundaki sınırlandırmalara bağlı olmayan genel anlamda sosyal paylaşım siteleri kavramı ön plana çıkmaktadır.

ayrılan platformlardır²⁷. Kullanıcı odaklı yapısı, kullanıcılara içerik üretme ve paylaşma imkânı tanınması, kullanıcının içerikleri yönlendirme gücüne, içeriğe yorum yapma, etkin şekilde oylama imkân ve yetkisine sahip olabilmesi, kullanıcıların içerikle ilgilenmemesinin de pasif ve dolaylı bir değerlendirme sağlayabilmesi, diğer kullanıcılarla sürekli bir iletişim halinin söz konusu olması ve farklı bağlantılar oluşturma imkânları açısından sosyal paylaşım sitelerinin işlevleri ve hizmet ettiği amaçlar farklıdır ve bu noktalarda başka web sitelerinden de ayrılırlar²⁸. Oldukça yüksek bir katılımı ve yoğun kullanımıyla dikkat çeken sosyal paylaşım siteleri, kullanıcıların halka açık ya da yarı açık profil oluşturmalarına, diğer kullanıcılarla, onların listesindeki kişilerle konuşabilmelerine, diğer kullanıcıların listelerini görüntüleyebilmelerine, yazılımın mümkün kıldığı geçişleri yapabilmelerine imkân tanır²⁹. Bugün birçok uygulama kendi içerisinde Web 2.0 barındıran bir nitelik kazandığı için çalışmamız açısından sürekli vakit geçirilmesi muhtemel olan her tür sosyal paylaşım sitesi dikkate alınacaktır.

²⁷ KAYA, s.81; BODY/ELLİSON, s.211 vd.; HOWARD, s.6 vd.; MAYFIELD, s.6,14; kullanıcıların sosyal medya etkinliklerini her zaman bir sosyal etkileşim biçimi olarak görmedikleri, kullanılan platforma göre zaman geçirmek, sorunları paylaşmak, sosyal bilgiyi geliştirmek, sevgi göstermek, modaı takip etmek, sosyallik göstermek, eğlenmek gibi farklı motivasyonları olabileceği yönünde bkz. RHEE/ BAYER/ LEE/KURU, s.2.

²⁸ BODY/ELLİSON, s.210 vd.; LERMAN, Kristina, "Social Information Processing in Social News Aggregation", s.1 <https://arxiv.org/pdf/cs/0703087.pdf> (Erişim tarihi: 04.11.2021); KAYA, s.82; AKKURT, s.100 vd.; AKYASAN BİRSEN, s.58; ayrıca bkz. BROWN, s.50 vd.; sosyal medya platformlarının özellikleri veya teknolojileri geniş ölçüde sosyal amaçlara yönelik olabilirken, kullanıcıların temel kullanımını sosyal olarak algılamayabileceği, sosyal medyadaki tüm aktivitelerin sosyal etkileşim ile ilişkilendirilmesinin yanlış bir kanı olabileceği yönünde bkz. RHEE/ BAYER/ LEE/KURU, s.2-3.

²⁹ BODY/ELLİSON, s. 211; KIETZMANN/HERMKENS/MCCARTHY/SILVESTRE, s.244 vd.; HOWARD, s.6-7; KOÇAK, s.35; AKKURT, s.100 vd.; AKKURT (Bakış), s.338; AKYASAN BİRSEN, s.57-58; bu platformların öne çıkan özellikleri, kullanıcıların çeşitli ortamlarda içerik oluşturabilmeleri veya var olan içeriğe katkıda bulunabilmeleri, paylaşılmış içeriğe etiketleme yapıp, açıklama ekleyebilmeleri, içeriği aktif olarak beğenerek veya bir şekilde oylayarak ya da pasif kalarak değerlendirebilmeleri, benzer ilgi alanlarına sahip diğer kullanıcılarla aralarında kolaylıkla bağlantı oluşturabilmeleridir. Bkz. LERMAN, s.1; AKKURT, s.102; benzer bir değerlendirme için bkz. KOÇAK, s.31.

B. Evlilik Birliği Kavramı ve Genel Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebiyle Boşanma

1. Evlilik Birliği Kavramı

TMK'da evlilik birliğinin açık bir tanımı yapılmamıştır. Doktrinde yapılan tanımlar çerçevesinde evlilik birliği, geçerli bir evlilik ilişkisinden doğan, içinde eşitlik, görev paylaşımı, karşılıklı saygı esasına dayalı birçok hak ve yükümlülükler barındıran, maddi ve manevi bir hayat ortaklığının beraberce yönetilmesini ve yürütülmesini hedefleyen, hukuk düzeninin koruduğu bir birlik olarak tanımlanabilir³⁰. Bu birlikte karşılıklı sevgi, saygı, güven, fedakârlık çerçevesinde eşlerin birbirlerine karşı hak ve yükümlülükleri vardır³¹. Evliliğin gerçekleşmesiyle birlikte doğan ve evliliğin sona ermesine/erdirilmesine kadar devam eden evlilik birliği, ahlaki ve toplumsal bir kurum olmanın yanında Kanunun emredici hükümleriyle sıkı bir koruma altına alınmış ve diğer hukuki düzenlemelerle de desteklenmiştir³². TMK 185. maddesindeki düzenleme çerçevesinde evlilik birliği "*eşlerin, bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamakta*" yükümlü oldukları bir birliktir. Kanunda aynı zamanda eşlerin, çocuklarının bakım, eğitim ve gözetimi açısından gösterilmesi gereken özeni birlikte gösterme yükümlülüğü de açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca eşlerin beraber yaşamaları, birbirlerine sadık kalmaları ve yardımcı olmaları hususlarında bir zorunluluktan da bahsedilmektedir. Evlilik birliğinin anayasası olarak da ifade edilen TMK 185. maddesindeki düzenleme oldukça önemli bir düzenleme olup kanunda eşlere ilişkin hak ve yükümlülüklerle ilgili diğer hükümlerin yorumlanmasında da esas

³⁰ AKINTÜRK/ATEŞ, s.107; ÖZTAN, s.185,190; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.161; AYAN, Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, Birinci Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004, s.12-13; ÜNLÜTEPE, s.160,162,215; HEKİM, s.1011; tüzel kişiliği olmayan evlilik birliğinin kendine özgü bir malvarlığı da bulunmamaktadır. Bkz. AKINTÜRK/ATEŞ, s.107; ÖZTAN, s.187; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.161; KILIÇOĞLU, s.161; AYAN, s.14.

³¹ ÖZTAN, s.187; evlilik birliği, eşlerin birbirlerine karşılıklı olarak göstereceği sadakat, güven, saygı, sevgi temeline dayanan, duygu, fikir, amaç, kader ortaklığıdır. Bkz. HEKİM, s.1011; ÜNLÜTEPE, s.216.

³² ÖZTAN, 185-186; ÜNLÜTEPE, s.215.

alınması gerekir ve ihlali halinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına kaynaklık edebilir³³.

2. Genel Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebiyle Boşanma

Doktrinde genel boşanma sebepleri olarak da ifade edilen TMK 166. maddesinde düzenlenen boşanma sebeplerinden biri evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanmadır³⁴. TMK 166/1. maddesinde yer alan düzenleme “*evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenemeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden biri boşanma davası açabilir*” şeklindedir. Hükümde aşağıda inceleneceği üzere evlilik birliğinin temelinden sarsılması şartının yanında ve bu sarsılmanın ortak hayatın sürdürülmesinin, evliliğin devamının eşlerden beklenemeyecek ölçüde olması, evliliğin sürmesinde bir fayda kalmaması şartı da aranmaktadır³⁵. Zira evlilik birliğinin temelinden sarsılması boşanma sebebi aynı zamanda nisbi bir boşanma sebebi olup eşler bakımından ortak hayatın çekilmez hale gelmiş olması koşuluyla boşanma kararı verilebilecektir³⁶. Bu boşanma sebebinde her ne kadar farklı olay ve olgular söz konusu olsa da bunların evlilik birliğini temelinden sarstığı ve ortak hayatın çekilmez hale geldiğinin ispatı gerekecektir³⁷. TMK 166/1. maddesinde doğal olarak evlilik birliğini sarsan olay ve olgulara yönelik bir sınırlama yapılmamış, bunların ne olduğuna yer verilmemiştir³⁸. Bu olay ve olguların Kanunda tek tek sayılması zaten mümkün olmadığından bu hususta ve bu olay ve olgular neticesinde evlilik birliğinin sürmesinin eşlerden beklenip beklenemeyeceği hususunda, hâkime hakkaniyet çerçevesinde kullanması gereken geniş bir takdir yetkisi

³³ ÖZTAN, s.185; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.161; ÜNLÜTEPE, s.217.

³⁴ GÖNENSAY, s.81; TEKİNAY, s.172; HATEMİ, s.125; AKINTÜRK/ATEŞ, s.260,261; ÖZTAN, s.678-679; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.118; KILIÇOĞLU, s.108; GENÇCAN, s.556; ERDEM, s.122; ANIL, s.28; ÜNLÜTEPE, s. 62; HEKİM, s.1004.

³⁵ ÖZTAN, s.679; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.119; KILIÇOĞLU, s.108; GENÇCAN, s.565.

³⁶ HATEMİ, s.125; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.119; KILIÇOĞLU, s.108,111; GENÇCAN, s.565; ÜNLÜTEPE, s. 64-65; HEKİM, s.1005.

³⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.119 vd.; KILIÇOĞLU, s.108; ÜNLÜTEPE, s.205; HEKİM, s.1004.

³⁸ KILIÇOĞLU, s.109; ÜNLÜTEPE, s. 63; HEKİM, s.1004.

tanınmış ve bu sebep, genel bir boşanma sebebi olarak Kanunda yer almıştır³⁹.

Evlilik birliğini sarsan olay ve olgular birçok farklı sebebe dayanabilmektedir. Bu sebeplerin önemli bir kısmı özellikle TMK 185. Madde-sinde düzenlenen evlilik birliğinden doğan hakların ve yükümlülüklerin ihlalinden kaynaklanabilmekte, günlük hayatta, sosyal hayatta ve teknolojideki değişimler bu ihlalleri artırabilmekte, bazı olguların ortadan kalkmasına ve yeni olguların gündeme gelmesine yol açmaktadır. Nitekim çalışmamızın konusu bakımından değerlendirildiğinde de görüleceği üzere yakın bir geçmişe kadar adından bile bahsedilmeyen bir durum, günümüzde evlilik birliğini temelinden sarsıcı etkisi bakımından incelenebilecek hale gelmiştir.

a. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması (Objektif Şart)

Evlilik birliğinin sarsılması, eşler arasında ortaya çıkan ciddi anlamda ruhsal, duygusal ve fikri yönden ayrılıkların yol açtığı, bağlılık şuurunu ortadan kaldıran sarsılma olarak nitelendirilebilir⁴⁰. Evlilik birliğinin sarsıldığıнын anlaşılması bakımından evlilikten beklenen amacın gerçekleşmesi ihtimali bulunup bulunmadığına bakılarak, evliliğin devam etmesinde ailenin ve toplumun menfaatinin kalmadığı açıkça görülüyorsa sarsılmanın söz konusu olduğu sonucuna varılabilir⁴¹. Ciddi ve önemli olmayan geçimsizlikler, hafif gerginlikler, uyumsuzluklar ya da anlaşmazlıklar, her ailede görülebilecek sıradan günlük sorunlar, sarsılmanın temelden olması şartını karşılamaya yetmeyecektir⁴². Evlilik birliğini sarstığı ileri sürülen olaylar ispat edilmiş olsa dahi hâkim, so-

³⁹ AKINTÜRK/ATEŞ, s.265; ZEVKLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/ACABEY/GÜRPINAR, s.310; ÖZTAN, s.679-680; ÇAKIN, s.39; İPEK, s.41; ANIL, s.29 vd.; ÜNLÜTEPE, s.64,66; HEKİM, s.1013.

⁴⁰ ÖZTAN, s.680-681; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.119; ÜNLÜTEPE, s.164 vd.; HEKİM, s.1011; bu sarsılma çoğu zaman şiddetli geçimsizlik şeklinde de ifade edilebilmekle birlikte şiddetli geçimsizlikten bahsedilemeyecek bazı hallerde de evlilik birliğinin sarsıldığıнын kabul edilmesi mümkündür. Bkz. AKINTÜRK/ATEŞ, s.262; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.119; ÇAKIN, s.37,41; HEKİM, s.1012.

⁴¹ AKINTÜRK/ATEŞ, s.263; ÜNLÜTEPE, s.156; HEKİM, s.1012.

⁴² TEKİNAY, s.176; AKINTÜRK/ATEŞ, s.263; ZEVKLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/ACABEY/GÜRPINAR, s.311; ÖZTAN, s.681; ÜNLÜTEPE, s.168; HEKİM, s.1012.

mut olayda evliliğin bulunduğu durumu ve temelinden sarsılma olgusunun varlığını şahsi görüş ve hissiyatlarından arındırılmış, keyfilikten uzak ve tarafsız bir şekilde değerlendirmeli, genel hayat tecrübelerine ve hayatın olağan akışına göre, boşanmaya konu olayların evlilik birliğini temelinden sarsmaya elverişli olup olmadığı konusunda kanaat oluşturmalıdır⁴³. Yapılacak değerlendirmede eşlerin yetişme tarzları, buldukları çevre, eğitim durumları ve sosyal hayatları da dikkate alınmalıdır⁴⁴.

TMK 166/1. maddesinde yer alan boşanma sebebi kusura dayanmayan bir boşanma sebebidir⁴⁵. Eşler arasında var olan ve evlilik birliğini temelinden sarsacak ölçüde etkili olan uyumsuzluklar, anlaşmazlıklar ya da geçimsizlik eşlerden birinin kusurundan kaynaklanmasa dahi bu sebeple boşanma kararı verilmesine engel değildir⁴⁶. Şu hâlde her iki eş kusurlu ya da kusursuz olması ya da eşlerden sadece birinin kusurlu olması hallerinde boşanma kararı verilmesi mümkündür⁴⁷. Ancak yine de bu boşanma sebebi bakımından kusurun hiç önemli olmadığı söylenememekte, davacının kusuru daha ağır ise davalının bunu bir def'i olarak ileri sürmesi mümkün olmaktadır⁴⁸.

⁴³ ÖZTAN, s.680; ÇAKIN, s.38,39; ÜNLÜTEPE, s.159,211; HEKİM, s.1013.

⁴⁴ ZEVKLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/ACABEY/GÜRPINAR, s.310; ÖZTAN, s.682-683; ÇAKIN, s.38; HEKİM, s.1013; eşler arası kültür, inanç, siyaset, eğitim, gelenek-görenek ve yaşam tarzı farklılıklarının evlilik birliğini temelinden sarsan sebepler arasında yer alabileceğine ilişkin bkz. KILIÇOĞLU, s.109.

⁴⁵ GÖNENSAY, s.82; TEKİNAY, s.182; AKINTÜRK/ATEŞ, s.266; ÖZTAN, s.681; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.119; ERDEM, s.129; ANIL, s.40; İPEK, s.30; ÜNLÜTEPE, s.155,177; HEKİM, s.1014.

⁴⁶ ZEVKLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/ACABEY/GÜRPINAR, s.311; ÖZTAN, s.680-681; ANIL, s.40,44,45; ÜNLÜTEPE, s.155-156, 178; HEKİM, s.1014.

⁴⁷ HATEMİ, s.125; AKINTÜRK/ATEŞ, s.266; ÖZTAN, s.681; KILIÇOĞLU, s.111; ERDEM, s.131; ANIL, s.40; İPEK, s.30; ÜNLÜTEPE, s.178 vd.; HEKİM, s.1014; Yargıtay, boşanmaya karar verilmesi için davalının az da olsa kusurlu olması aramakta ve bu husus doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. Y. 2. HD., 05.11.2012 T., 2012/6449 E., 2012/26167 K. sayılı kararı için bkz. <https://khyk.kazancihukuk.com/> (Erişim Tarihi: 30.11.2021); aynı yönde diğer kararlar için bkz. ÜNLÜTEPE, s.191, dn.801; doktrinde Yargıtay'ın aksine görüş için bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.121, dn. 249; ÜNLÜTEPE, s.201,204; doktrinde Yargıtay ile aynı yönde görüş için bkz. ANIL, s.41-42.

⁴⁸ AKINTÜRK/ATEŞ, s.266; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.119; ZEVKLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/ACABEY/ GÜRPINAR, s.313; ANIL, s.40-41; İPEK, s.76; GENÇCAN, s.568-569; ÜNLÜTEPE, s.157; TMK 166 maddesinin ikinci fıkrasına gö-

b. Ortak Hayatın Çekilmez Hale Gelmesi- Sürdürmenin Beklenememesi

TMK 166/1. maddesinde düzenlendiği üzere evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına yönelik boşanma kararı verebilmek için, eşlerden ortak hayatı sürdürmelerinin beklenemeyecek hale gelmesi gerekir. Bu şart altında evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının ağırlığını belirlemede olup, her ailede rastlanabilecek türden basit uyumsuzluklar, anlaşmazlıklar bu şart bakımından yetersizdir⁴⁹. Ortak hayatın çekilmez hale gelmesi şartı her iki eş bakımından var olabileceği gibi yalnızca davacı eş bakımından bulunması da yeterlidir⁵⁰. Bu şart aynı zamanda bu boşanma sebebinin sübjektif şartı olup, evlilik birliğini temelden sarstığı ileri sürülen olay ya da olayların sübjektif olarak değerlendirilmesi gerekliliğini, her evlilikte aynı sonucu doğurmayabileceklerini ya da aynı derecede etkili olmayabileceklerini gösterir⁵¹. Eşler arasında mey-

re davacının kusuru daha ağır ise davalının açılan davaya itiraz edebilir. Ancak yine aynı fıkrada düzenlendiği üzere söz konusu itirazın hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olması ve davalı eş ve varsa çocukları bakımından evlilik birliğinin devam etmesinde korunmaya değer bir yarar kalmaması halinde hâkimin boşanmaya karar vermesi mümkündür. Görüldüğü üzere her ne kadar itiraz olarak ifade edilmiş olsa da Kanun, davalı eşe bir def'i ileri sürme hakkı tanımış olup, davacı olan eşin daha kusurlu olduğu yönünde bir def'i ileri sürerek, boşanmaya engel olmasını mümkün kılmıştır. Bkz. AKINTÜRK/ATEŞ, s.266; ÖZTAN, s.691; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.121; GENÇCAN, s.569; ERDEM, s.132; ÜNLÜTEPE, s. 181,193,360; HEKİM, s1032; def'i değil itiraz olduğu yönünde bkz. TEKİNAY, s.189; HATEMİ, s.125; İPEK, s.79; ANIL, s.41-42; def'i ileri sürme hakkına yönelik eleştiriler için bkz. ÜNLÜTEPE, s.362-363; ancak Kanunda düzenlendiği üzere bu def'inin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise zaten evlilik birliğinin devamında eş veya çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmadığı ortaya çıkacak ve hâkim boşanmaya karar verebilecektir. Bkz. HATEMİ, s.125; AKINTÜRK/ATEŞ, s.268; ZEVKLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/ACABEY/GÜRPINAR, s.313; ÖZTAN, s.691; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.122; KILIÇOĞLU, s.111; ERDEM, s.132; GENÇCAN, s.571; ANIL, s.47; HEKİM, s.1033.

⁴⁹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.119; ERDEM, s.128; ÇAKIN, s.42; ÜNLÜTEPE, s.329; HEKİM, s.1028,1029.

⁵⁰ TEKİNAY, s.178; AKINTÜRK/ATEŞ, s.265; ZEVKLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/ACABEY/GÜRPINAR, s.312; ÖZTAN, s.686; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.119; ÇAKIN, s.56; ANIL, s.37; ÜNLÜTEPE, s. 65,318; HEKİM, s.1028.

⁵¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.120; ZEVKLİLER/ERTAŞ/HAVUTÇU/ACABEY/GÜRPINAR, s.310; GENÇCAN, s.566-567; ERDEM, s.124; ANIL, s.37; İPEK, s.36,37; ÜNLÜTEPE, s. 65; beklenilmezlik şartının eş-

dana gelen bir olayın yaşam tarzlarına ve hayata bakış açılarına göre değişen etkileri olabileceği göz önünde tutulmalıdır⁵². Hâkim değerlendirme yaparken eşlerin evliliğin devam etmesi ile sona ermesi hallerindeki menfaatlerini karşılaştırır⁵³. Bu sırada hâkim kendi kişisel düşüncelerinin ve hislerinin etkisinde kalmadan, genel davranış kurallarından hareket ederek tarafsız bir sonuca ulaşmalı, genel kabul gören davranışları, kişisel görüş ve hislerinin önünde tutmalıdır⁵⁴.

II. EVLİLİK BİRLİĞİNDEN DOĞAN YÜKÜMLÜLÜKLERİN SOSYAL PAYLAŞIM SİTELERİNİN KULLANIMI YOLUYLA İHLALİ

A. Sosyal Paylaşım Siteleri Yoluyla İhlal Edilebilecek Evlilik Birliğinden Doğan Yükümlülükler

Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerle ilişkin Türk Medeni Kanun'unda yer alan düzenlemenin farklı başlıklar altında incelenmesi mümkün olmakla birlikte, çalışmamızda özellikle sosyal paylaşım sitelerinin sürekli kullanımı yoluyla ihlal edilebilecek olan, çalışmanın kapsamı dâhilindeki sadakat yükümlülüğü, karşılıklı yardım ve dayanışma yükümlülüğü, evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliğiyle sağlama yükümlülüğü gibi başlıca yükümlülükler incelenmeye çalışılmıştır.

1. Sadakat Yükümlülüğünün İhlali

Her iki eş için de söz konusu olan sadakat yükümlülüğü, geniş manada eşlerin birbirine karşı bağlılık gösterme, sadık ve dürüst olma yükümlülüğü olarak anlaşılabilir ve cinsel sadakatin yanında duygusal, düşünsel, ekonomik sadakati, üçüncü kişilerle olan ilişkilerin evlilik birliğini zedeleyici hal almamasını, sır saklamayı ve eşler arasındaki

lerin iç dünyasına ilişkin olmasının değerlendirmeyi zorlaştırdığı ve bu nedenle boşanma kararının verilmesinde belirleyici unsurun temelden sarsılma olgusu olduğu yönünde bkz. ÜNLÜTEPE, s.327; beklenilmezlik hususunda bütün evlilikler için geçerli dürüstlük, haklılık ve adalet kurallarının ölçü olacağı yönünde bkz. ÇAKIN, s.56.

⁵² AKINTÜRK/ATEŞ, s.265; ANIL, s.38; ÇAKIN, s.41; GENÇCAN, s.566.

⁵³ ÖZTAN, s.686; ÇAKIN, s.39; İPEK, s.37; ÜNLÜTEPE, s. 65-66,318; HEKİM, s.1028.

⁵⁴ ÖZTAN, s.686; ANIL, s.38; İPEK, s.29; ÜNLÜTEPE, s. 321,324; HEKİM, s.1028.

mahremiyetin üçüncü kişilere karşı korunmasını da kapsar.⁵⁵ Sosyal paylaşım sitelerinde eşinden başka kimselerle görüşerek, paylaşımlarda bulunarak ve belki de sonrasında gerçek anlamda buluşarak ihlal edilebilecek yükümlülüklerin başında evlilik birliğinden doğan sadakat yükümlülüğü gelmektedir. Sosyal medya platformları üzerinden siber ilişki bağımlılığı şeklinde de adlandırılan ve internetin patolojik kullanımlarından biri olarak kabul edilen durum⁵⁶ evlilik birliği içindeki sadakat yükümlülüğünün ihlaline yol açan başlıca durumlardandır. Zira sadakat yükümlülüğünü eşlerin cinsel ilişki düzeyinde olmayan birliktelik ve ilişkilerini de kapsayacak şekilde değerlendirmek, bir başkasıyla samimi pozlar içeren fotoğraf video vb görüntülü paylaşımları⁵⁷, cinsel ya da duygusal içerikli metin vb. paylaşımları da bu yükümlülüğün ihlali olarak görüp güven sarsıcı davranış kapsamında değerlendirmek mümkündür⁵⁸. Bu noktada bu gibi paylaşımların yalnızca sadakat yükümlülüğünün ihlali olarak evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayanan boşanmaya mı vücut verdiği, yoksa zina kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığını da irdelemek gerekir. Zinanın Türk Dil Kurumu tarafından yapılan tanımı, “*aralarında evlilik bağı olmayan kişiler arasındaki cinsel ilişki*” şeklindedir⁵⁹. Türk Medeni Kanunu’nda ise zina bir boşanma sebebi olarak düzenlenmiş ancak açıkça tanımı yapılmamıştır⁶⁰. Doktrinde yapılan tanımlardan yola çıkarak zina “evlilik

⁵⁵ AKINTÜRK/ATEŞ, s.113; ÖZTAN, s.198,199; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.164; KILIÇOĞLU, s.110,165; AYAN, s.50; ÜNLÜTEPE, s.269-270.

⁵⁶ YILDIRIM, s.1245.

⁵⁷ “...Evlili bir erkeğin; başka bir kadınla baş başa vermiş, elini boynuna dolamış biçimde ve samimi bir şekilde özel fotoğraf çekirtmesi o kadınla ilişkisinin derecesi ne olursa olsun Medenî Kanununun 151. maddesinin öngördüğü sadakat yükümlülüğüne aykırı ve en azından davacı eş açısından güven duygularını sarsıcı bir davranıştır...” Y. 2.HD. 09.10.1987 T. 1987/6450 E. 1987/7387 K. sayılı kararı için bkz. <https://khyk.kazancihukuk.com/> (Erişim Tarihi: 07.12.2021); ÜNLÜTEPE, s.276, dn. 1170.

⁵⁸ KILIÇOĞLU, s.164; “...sosyal medya hesabından da erkeğin başka kadınlarla duygusal içerikli yazışmalar yaptığı anlaşılmaktadır...” Y. 2. HD., 09.10.2018 T., 2016/23757 E., 2018/10860 K. sayılı kararı için bkz. YILDIZ, s.99.

⁵⁹ <https://sozluk.gov.tr> (Erişim Tarihi: 07.12.2021); DEDE, İsmail, “Türk Boşanma Hukukuna Farklı Bir Yaklaşım: Zina ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Arasındaki Keskin Sınır”, MÜHF-HAD, C:23, S:3 Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu’na Armağan, 2017, s.643-664, s.648.

⁶⁰ OĞUZMAN/DURAL, s.113; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.106.

birliği sürerken, kadının bir başka erkekle ya da erkeğin başka bir kadınla iradi olarak cinsi münasebette bulunması” şeklinde tanımlanabilir⁶¹. Cinsel ilişkinin bir kere olması zinanın varlığı için yeterlidir⁶². Cinsi münasebet olmadığı hâlde, başka şekilde yakınlaşma içinde olma, aşıkane hareketlerde bulunma ya da flört etme zina olarak kabul edilmez ancak bazı durumlarda zinanın varlığı bakımından bir fiili karine oluşturabilir⁶³. Dolayısıyla bir başkasıyla samimi pozlar içeren fotoğraf video vb. görüntülü paylaşımlar ya da cinsel veya duygusal içerikli metin vb. paylaşımlar zina olarak değerlendirmeyeceği gibi doğrudan zinanın varlığını ispatlamaya da yetmez⁶⁴.

Facebook, Instagram, Youtube gibi sosyal paylaşım sitelerinde eşinin şeref ve haysiyeti, özgürlüğü gibi kişilik değerlerine, güvenliğine ya da cinselliğine ilişkin görsel nitelikte zorlayıcı, saldırgan ve ihlal edici davranışlar, aynı zamanda görsel şiddet olarak görülen davranışlar olup evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına yol açabilir⁶⁵. Yargıtay konuyla ilgili bir kararında sürekli alkol kullanarak sosyal paylaşım sitelerinde buna ilişkin uygunsuz görsel paylaşımlarda bulunan davalı eşin güven sarsıcı davranışlarının, evlilik birliğinden doğan görevlerini ihmal eden davacıya göre daha fazla kusurlu olduğunu kabul etmiştir⁶⁶. Görsel bir paylaşım olmamakla birlikte bir sosyal paylaşım sitesinde paylaşılan metinler de güven sarsıcı nitelikte olabilecek ve boşanma sebebi olarak

⁶¹ GÖNENSAY, s. 74; TEKİNAY, s.198; HATEMİ, s.120; AKINTÜRK/ATEŞ, s.244; ÖZTAN, s.645; OĞUZMAN/DURAL, s.114; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.106; ERDEM, s.102; YALÇINKAYA, Namık/ KALELİ, Şakir, Boşanma Hukuku, C:1, Türk Hava Kurumu Basımevi, Ankara, 1988, s.603-604; ÇAKIN, s.25; doktrinde yapılan diğer bir zina tanımı “evlilik birliği devam ederken, eşlerden birinin bir başkası ile isteyerek (iradi) cinsel ilişkide bulunması” şeklindedir. Bkz. DEDE, s.660.

⁶² GENÇCAN, s.201.

⁶³ AKINTÜRK/ATEŞ, s.245; OĞUZMAN/DURAL, s.115; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.107; GENÇCAN, s.202; ERDEM, s.103; KILIÇOĞLU, s.93; ÇAKIN, s.25.

⁶⁴ Doktrinde zinadan bahsedilmesi için cinsel ilişkinin (penetrasyon) gerçekleşmesinin aranacağı yönünde bkz. TEKİNAY, s.199; YALÇINKAYA/KALELİ, s.633; AKINTÜRK/ATEŞ, s.245; ERDEM, s.103.

⁶⁵ GENÇCAN, s.872,889 vd..

⁶⁶ Y. 2. HD., 02.03.2016 T., 2015/13454 E., 2016/4141 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s.891.

görülebilir⁶⁷. Sadakat yükümlülüğünü ihlal eden güven sarsıcı davranış bir sosyal medya hesabı açarken, internette bir şekilde profil oluştururken dahi gündeme gelebilecek, örneğin hesabında kendisini bekar veya boşanmış olarak tanıtır paylaşımlarda bulunan eşin davranışı, boşanmaya konu olabilecektir⁶⁸. Yargıtay da kendisini internette bekar olarak tanıtan ve bir başka kadınla görüşen kocanın⁶⁹ ve internet sitesine kendisini boşanmış olarak tanıtarak üye olan kadının⁷⁰ davranışlarını güven sarsıcı davranış olarak nitelendirmiş ve boşanma sebebi olarak değerlendirmiştir. Yine davalı kocanın başka bir isimle Facebook hesabı açarak bu hesap üzerinden başka kadınlara parayla cinsel ilişki teklifinde bulunduğu bir olayda Yargıtay, bu güven sarsıcı davranışın evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanmaya neden olacağı yönünde karar vermiştir⁷¹. Ancak eşlerden birinin sosyal paylaşım sitesinde profilindeki arkadaş sayısının çok olması tek başına güven sarsıcı davranış olarak nitelendirilmemiş ve sadakat yükümlülüğünün ihlali olarak görülmemiştir⁷².

Sadakat yükümlülüğü sır saklamayı da içerdiğinden eşlerin aile sırlarını, cinsel sırlarını ya da evliliğe ilişkin diğer sırlarını sosyal paylaşım sitelerinde açıklayıp yaymaları evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına yol açabilecek ve bir boşanma sebebi olarak karşımıza çıkacaktır. Nitekim Yargıtay da ailevi, cinsel ya da evlilik birliğiyle ilgili diğer sırları açıklama ve yayma halinde evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı ve

⁶⁷ Y. 2. HD., 26.02.2018 T., 2016/12852 E., 2018/2545 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s.890; GENÇCAN, Ömer Uğur, Aile Mahkemesi Davaları-Açıklama-Dilekçe Örnekleri, Genişletilmiş 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s.308-309.

⁶⁸ YILDIZ, s.98.

⁶⁹ Y. 2. HD., 12.06.2012 T., 2011/20057 E., 2012/15965 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s.810.

⁷⁰ Y. 2. HD., 04.04.2012 T., 2011/18638 E., 2012/14919 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s.810.

⁷¹ Y., 2. HD., 31.03.2005 T., 2982 E., 5198 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s.803.

⁷² Y. 2.HD., 11.01.2016 T., 2015/8680 E., 2016/178 K. sayılı kararı için bkz. ERDEM, Ümit/ULUSLU, Çağrı Şükrü/DUMANCI, Gökberk, Yargıtay (2014-2016) Kararlarında Sosyal Medya, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 12-13; YILDIZ, s.99.

boşanmaya karar verilmesi gerektiği görüşündedir⁷³. Örneğin davalı kadının televizyona çıkarak aile sırlarını açıkladığı bir boşanma davasında, gerçekleşen bu durum karşısında davası koca boşanma davası açmakta haklı olduğu sonucuna varmıştır⁷⁴. Dolayısıyla somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak sosyal medyadaki sır paylaşımlarının da aynı sonucu doğurabileceğine ve bu yönde karar verilmesi gerekeceğine şüphe yoktur.

2. Evlilik Birliğinin Mutluluğunu Elbirliğiyle Sağlama Yükümlülüğünün İhlali

Her iki eş için de söz konusu olan ve TMK 185. maddesinde düzenlenen bu yükümlülük, eşlerin birlikte sürdürdükleri hayatın mutluluğu ve huzurunu korumak ve ona zarar verecek davranışlardan kaçınmak için ellerinden geleni yapmalarını, bunun için bireysel menfaatlerini ön planda tutmaksızın fedakârlık göstermelerini, özveride bulunmalarını gerektirir⁷⁵. Eşlerin birbirine göstermesi gereken saygı, anlayış, şefkat, yakınlık, ilgi, önemli işlerde birbirlerinin fikirlerini almaları, maddi, manevi, cinsel ve aile ekonomisi bakımlarından yardımcı olmaları bu yükümlülüğün gerektirdiği hususlardır⁷⁶. Düzenlemede geçen elbirliği ile sağlama ifadesinin birlikte karar alarak ortak hareket edebilme, ele ele verip beraberce sorun çözebilme şeklinde anlaşılması mümkündür⁷⁷.

⁷³ "...davalı kadının televizyona çıkarak aile sırlarını açıkladığı anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında davası koca boşanma davası açmakta haklıdır..." Y. 2. HD., 09.03.2017 T., 2015/23190 E., 2017/2557 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s.678.

⁷⁴ Y. 2.HD.17.03.2005 T., 2326 E., 4211 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s.678; "...mahkemenin de sabit kabul ettiği gibi davalı-davacı kocanın güven sarsıcı davranışlar içine girmesi, eşine hakaret etmesi ve birlik görevlerini yerine getirmemesi şeklinde gerçekleşen davranışlarına karşılık; davacı-davalı kadının da internette Facebook adlı paylaşım sitesi aracılığıyla bir başka erkekle kocasının güvenini sarsacak şekilde mesajlaştığı ve görüştüğü anlaşılmaktadır. Bu durumda; tarafların evlilik birliği temelinden sarsılmış olup, bu sonuca ulaşılmasında her iki taraf da kusurlu olmakla birlikte, davalı-davacı kocanın eşine göre daha fazla kusurlu olduğunun kabulü gerekir ..." Y. 2HD. 19.06.2012 T., 2011/21815 E, 2012/16802 K. sayılı kararı için bkz. <https://khyk.kazancihukuk.com/> (Erişim Tarihi: 01.12.2021); GENÇCAN, s.559.

⁷⁵ AKINTÜRK/ATEŞ, s.102; ÖZTAN, s.190; KILIÇOĞLU, s.161; AYAN, s.47; ÜNLÜTEPE, s.251.

⁷⁶ AKINTÜRK/ATEŞ, s.112; ÖZTAN, s.197; AYAN, s.47; ÜNLÜTEPE, s.251.

⁷⁷ KILIÇOĞLU, s.162; ÜNLÜTEPE, s.251.

Eşler aralarında görev paylaşımı yaparken ve diğer tüm yükümlülüklerini yerine getirirken bu yükümlülük kapsamındaki sorumlulukları devam etmekte olup, bu yükümlülüğün ihlal edilip edilmediği her somut olay bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir⁷⁸. Somut olayda bu yükümlülüğün ihlal edildiğinin, bunu iddia eden eşin sübjektif algısına göre mi tespit edileceği yoksa dava sebebi davranışın objektif anlamda benzer durumlardaki her ilgili açısından da evlilik birliğini temelden sarsacak bir davranış niteliğinde kabul edilmesinin mi aranacağı hususu ilerde üzerinde durulacak bir husus olmakla birlikte, kimi evlilikler için göz ardı edilebilecek bir kullanım süresinin kimi evlilikler için evlilik birliğini temelden sarsabilecek nitelikte olabileceğine dikkat edilmelidir⁷⁹.

Evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliğiyle sağlama yükümlülüğü bakımından eşin sosyal medyada geçirdiği zaman onda eşine karşı ilgisizliğe, duyarsızlığa yol açabilecek boyutta ise⁸⁰ bu ilgisizlik duygusal şiddet anlamına gelecek⁸¹ ve evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanmaya hükmedilmesini gerektirebilecektir. Nitekim Yargıtay'ın da eşe karşı ilgisiz davranışları boşanma sebebi olarak gördüğü pek çok kararı vardır⁸². Ayrıca belirtmek gerekir ki sosyal medya kullanımının evlilik birliğindeki mutluluk ve huzuru etkileyebilen ve duygusal şiddet içeren bir yönü de burada yapılan paylaşımlarda dışarıya yansıtılan görüntüler sebebiyle eşlerin başkalarının mutluluğu üzerinden kendilerini ve hatta evliliklerini yargılamaları, başkalarının beğenileri ve yaşam tarzlarını esas alarak kendini bulma ve mutlu olma çabası içine girerek birlik ve beraberlik duygularını kaybedebilmeleridir⁸³.

⁷⁸ ÖZTAN, s.196-197.

⁷⁹ Bkz. "Sosyal Paylaşım Sitelerinde Sürekli Zaman Geçirme Olgusunun Hâkim Tarafından Değerlendirilmesi" başlığı altında yapılan incelemeler

⁸⁰ Sosyal medya kullanımının evli çiftler arasında temelde eşe/aileye az zaman ayırma, ilgisizlik ve kıskançlık gibi sorunlara yol açtığına ilişkin bkz. KALAMAN/ÇELİK, s.440.

⁸¹ İlgisizliğin duygusal şiddet olarak boşanma konusu davranışlardan olduğu yönünde bkz. GENÇCAN, s.724.

⁸² Y. 2.HD., 25.01.2007 T., 12551 E., 500 K. sayılı kararı ve bu yöndeki diğer kararlar için bkz. GENÇCAN, s.724 vd..

⁸³ YILDIRIM, s.1243.

Eşin sosyal medyada geçirdiği sürenin yanında bu esnada hangi faaliyette bulunduğu da önem taşımaktadır. Örneğin bir Yargıtay kararında da görüldüğü üzere eşin, boşanmış olduğu eski eşinin sosyal medya ortamında sürekli takip edilerek kıskançlık çıkarılması ve bu yolla huzurun bozulması ve eşin sürekli boşanmakla tehdit edilmesi durumu gibi durumlar evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin ihlali ve evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olabilecektir⁸⁴. Eşe karşı gereksiz kıskançlık göstermek veya saygı ve sevgi hislerini köreltecek davranışlarda bulunmak evlilikteki manevi birliği yok edebilen davranışlar olarak görülmektedir⁸⁵. Eşlerden birinin sosyal paylaşım sitesinde eşini ve ailesini küçük düşürücü, rencide edici paylaşımda bulunması ise eşe karşı uygulanan sosyal şiddet anlamına gelmekte ve Yargıtay tarafından da bir boşanma sebebi olarak görülmektedir⁸⁶.

3. Karşılıklı Yardım ve Dayanışma Yükümlülüğünün İhlali

Aşırı internet ve sosyal medya kullanımı bireyselleşmeyi giderek yaygınlaştırmakta bu durumda ailedeki duygusal ilişkilerin yara almasına neden olarak, bencilliğin ve çıkarıcılığın ailede ve toplumsal yaşamda kök salmasına hizmet edebilmektedir⁸⁷. Bu durum aynı zamanda eşlerin TMK 185/3'te düzenlenen yardım yükümlülüğünü ihlalini de gündeme getirebilmektedir. TMK 185/3'te düzenlenen yardım yükümlülüğü sadece maddi anlamda değil manevi anlamda da yardımı içerip, eşlerin fiziksel ve ruhsal durumları çerçevesinde kendilerinden beklenebilecek ölçüde birbirlerine yardımda bulunmaları gerektiğini ifade eder⁸⁸. Yardım ve dayanışma yükümlülüğü sadakat yükümlülüğüne oldukça yakın bir yükümlülük olup onun eylemli, aktif bir görünüşü olarak da ifade edilmektedir⁸⁹. Eşler birbirinin maddi ve manevi desteğine güvenebilmeli, hastalık, ekonomik sıkıntı vb. daha ağırlıklı yardım

⁸⁴ Y. 2. HD., 06.04.2016 T., 2015/15347 E., 2016/6980 K. sayılı kararı için bkz. ERDEM/ULUSLU/DUMANCI, s. 5-6; YILDIZ, s.99.

⁸⁵ ÖZTAN, s.683.

⁸⁶ YILDIZ, s.99; Y. 2.HD., 10.10.2012 T., 2012/4759 E., 2012/24235 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, 867.

⁸⁷ YILDIRIM, s.1242.

⁸⁸ AKINTÜRK/ATEŞ, s.114; ÖZTAN, s.200; KILIÇOĞLU, s.110; AYAN, s.50-51; ÜNLÜTEPE, s.289.

⁸⁹ ÖZTAN, s.201; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.164.

gerektiren durumlarda da maddi ve manevi yardıma hazır olmalıdırlar⁹⁰. TMK 186/2 maddesinde düzenlenen eşlerin evlilik birliğini beraberce yöneteceklerine ilişkin hüküm de karşılıklı yardım ve dayanışma yükümlülüğü ile bağlantılıdır. Eşler bir arada buldukları zamanı nasıl değerlendireceklerine, birliğe ilişkin karar alma ve uygulama faaliyetlerine ve birliğin yönetimine birlikte karar vermelidir. Bu çerçevede bir arada buldukları zamanı sürekli sosyal paylaşım sitelerinde geçiren eş ya da eşler hem yardım yükümlülüğünü hem de bununla bağlantılı olarak birliğin yönetimi beraberce gerçekleştirme yükümlülüğünü ihlal edebileceklerdir.

4. Çocukların Bakımı, Gözetimi, Eğitimi Yükümlülüğünün İhlali

Sosyal paylaşım sitelerinde sürekli zaman geçirme nedeniyle ihlal edilebilecek önemli yükümlülüklerden biri de çocuklarla ilgilidir. MK 185/2. maddesi çocuklar konusunda da eşlere bazı yükümlülükler getirmektedir. Eşler öz ya da üvey olduklarını ayırt etmeksizin evlilik birliğinin içinde yaşayan çocuklarına imkânları ölçüsünde bakmak, gözetmek, eğitmek, fiziki ve manevi gelişimleri için gerekli emek ve çabayı göstermekle yükümlüdür⁹¹. Çocuklar doğal olarak ana babalarının kendileriyle gereğince ve yeterince ilgilenmeleri hakkına sahiptir⁹². Çocukların eğitimi sadece okulda görülen eğitim olmayıp anne babanın bizzat çocuğa kendi verdikleri her tür eğitimi de kapsamaktadır⁹³. Eşlerden birinin ya da her ikisinin çocuklara karşı ilgisizliği, çocukların bakımını ihmal etmesi kusurlu bir davranış olup, evlilik birliğini sarsan nedenler arasında sayılmaktadır⁹⁴. Sosyal medyada ya da sosyal paylaşım sitelerinde sürekli zaman geçiren bir anne ya da babanın çocuklar üzerindeki

⁹⁰ AKINTÜRK/ATEŞ, s.114; ÖZTAN, s.203; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.164; KILIÇOĞLU, s.110; AYAN, s.50; ÜNLÜTEPE, s.289 vd..

⁹¹ AKINTÜRK/ATEŞ, s.114; ÖZTAN, s.203,204; KILIÇOĞLU, s.162 vd.; AYAN, s.48,49; İPEK, s.62; ÜNLÜTEPE, s.314; üvey çocuğu bakımsız bırakmanın, TMK. 338/1 maddesinde düzenlenen üvey çocuğuna özen gösterme yükümlülüğünü ihlal etmek anlamına geldiği ve bir boşanma sebebi olabileceğine ilişkin Y. 2.HD., 31.03.2011 T., 2010/5208 E., 2011/5736 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN (Aile), s.238.

⁹² KILIÇOĞLU, s.162.

⁹³ KILIÇOĞLU, s.162.

⁹⁴ ÖZTAN, s.685; KILIÇOĞLU, s.161; ÜNLÜTEPE, s.314.

bakım, eğitim ve gözetim yükümlülüğünü ihmal etmesi olası bir durum olduğu gibi, kuvvetli alışkanlık düzeyinde bir sosyal paylaşım sitesi kullanıcısı çocuklarına ayırması gereken zamanı burada geçirerek diğer eşin omuzlarına aşırı yük binmesine de sebep olabilecektir. Eşlerin çocuklara olan ilgisizliği duygusal şiddet kapsamında değerlendirilmekte ve bu nedenle evlilik birliğinin sarsılmasına neden olabileceği dile getirilmektedir⁹⁵. Yargıtay'ın eşlerin her ikisinin de çocuklara ilişkin yükümlülüklerini ihlal ettiği bir olaya ilişkin kararında, davacı kadının sürekli internette vakit geçirerek, davacı erkeğin ise evlilik birliğine ilişkin görevlerini yerine getirmeyerek çocuklarla ilgilenmediği ve bu durumun evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına, ortak hayatın sürdürülmesine imkân vermeyecek ölçüde geçimsizliğe yol açacağı dile getirilmektedir⁹⁶. Şüphesiz evlilik birliğinin devamının çocuklar üzerinde ciddi olumsuz etki doğurduğu açıkça görülen durumlarda, boşanma kararı verilmesi uygun olacaktır⁹⁷.

B. Sosyal Paylaşım Siteleri Yoluyla Evlilik Birliğinden Doğan Yükümlülüklerin İhlalinin Zamanı ve İhlale Karşı Alınabilecek Geçici Tedbirler

Sosyal paylaşım siteleri yoluyla evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin ihlalinin ne zaman gerçekleşmesi gerektiği, evlilik öncesinde veya boşanma davası açıldıktan sonra yaşanan ihlallerin karara etkisi ile bu tür bir ihlalde evlilik birliğinin sarsılması sebebine dayalı boşanma davası açmanın dışında hangi tedbirlerin alınabileceği hususları da konunun daha iyi anlaşılması bakımından üzerinde durulması gereken hususlardır.

⁹⁵ GENÇCAN, s.723.

⁹⁶ "...davacı kadının birlik görevlerini yerine getirmediği, çocuklarla ilgilenmediği, sürekli internette vakit harcadığı, davalı erkeğin ise eşine hakaret ettiği, birlik görevlerini yerine getirmediği, çocuklarla ilgilenmediği anlaşılmaktadır. Bu hâlde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir..." Y. 2.HD., 08.11.2016 T., 2015/20998 E, 2016/14480 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s.723.

⁹⁷ ÜNLÜTEPE, s.338.

1. İhlalin Gerçekleşmesi Gereken Zaman

Doktrinde farklı görüşler olmakla birlikte evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle boşanmada geçimsizlik asıl olarak evlenme sonrası meydana gelen olaylardan kaynaklanmalı, evlilik öncesi olaylar temelinden sarsılmaya neden olmadığı ya da olamayacağı durumda dikkate alınmamalıdır⁹⁸. Yargıtay uygulaması evlilik öncesi olayların evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle hükme esas alınamayacağı yönündedir⁹⁹. Dolayısıyla eşin sosyal paylaşım sitelerinde sürekli zaman geçirme olgusunun ya da genel olarak sosyal medya aracılığıyla evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri ihlalinin, evlilik birliğinin kurulmasından sonra gerçekleşmesi gerekecektir. Evlilik öncesi dönemde başlayan eylemlerin evlilik birliği kurulduktan sonra devam ettirilmesi ve bu şekilde evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin ihlali yoluyla evlilik birliğinin temelinden sarsılması mümkün olmakla birlikte¹⁰⁰ bu eylemlerin davacı eş tarafından bilindiği hâlde evlendiği durumlarda evlilik birliğinin devamının beklenilmezliği koşulunun tespiti ve eşin göstermesi gereken sabır bakımından daha farklı bir ölçüt belirleneceği ifade edilmektedir¹⁰¹. Ancak somut olay bakımından bu durumun etkisinin olmayacağı durumların da söz konusu olacağı, eşin evlilik birliği içinde yaşamadıktan sonra öngöremeyeceği, kavrayamayacağı ya da etkili olacağını tahmin edemeyeceği hususların da olduğu göz ardı edilmemelidir. Örneğin evlilik öncesi sosyal medyada güven sarsıcı davranışları olan ve nişanlanınca ya da evlenince sosyal medya hesapla-

⁹⁸ İPEK, s.39; ÜNLÜTEPE, s.218-219,338-339; HEKİM, s.1015; evlilik öncesinde eşlerin niteliklerine ve beklentilerine yönelik eksikliklerin evliliğin iptaline yol açabileceği, gerekli koşullar bulunmadığında ya da hak düşürücü süre geçirilip evliliğin iptali istenemeyen durumlarda, evlenme süresince devam eden sebepler için TMK 166/1 gereğince boşanmanın gündeme gelebileceği görüşü için bkz. KILIÇOĞLU, s.109; evlilik birliğini sarsan sebeplerin evlenme öncesine ilişkin olup olmadığının önem taşımadığı, bu sebeplerin boşanma davasının açıldığı sırada mevcut olmasının önemli olduğu görüşü için bkz. ÖZTAN, s.680; kural olarak evlenmeden sonra ve boşanma davasında önceki olaylara dayanarak boşanma kararı verilmesi istenebileceği görüşü için bkz. GENÇCAN, s.658.

⁹⁹ GENÇCAN, s.656 vd.; Y. 2. HD., 04.11.2004 T., 11681 E., 13078 K. sayılı kararı ve bu yöndeki diğer kararlar için bkz. GENÇCAN, s.656 vd..

¹⁰⁰ İPEK, s.39.

¹⁰¹ ÜNLÜTEPE, s.339.

rını kapatan bir eş bu alışkanlığına geri döndüğünde diğer eşe bu hususu bildiği için sadakatsizliğe daha çok sabır göstermesi gerektiği veya durumun daha katlanılabilir olduğu söylenemez. Nişanlılık döneminde, nişanlılıktan doğan yükümlülükler bakımından konunun ayrıca değerlendirilmesi mümkün olup, bu husus ayrı bir çalışmaya konu olabilir¹⁰².

Boşanma davası açıldıktan sonra sosyal paylaşım sitelerinde sürekli zaman geçirerek ya da bu sitelerde paylaşımlarda bulunarak sadakat yükümlülüğü ya da evlilik birliğinden doğan diğer yükümlülüklerin ihlalinin boşanma davasına esas alınıp alınamayacağı ise diğer bir sorundur. Doktrinde ve Yargıtay kararlarında bir birlik olmamakla birlikte bu tip davranışlarda bulunmanın boşanma davası açılmadan önce gerçekleşmesi gerektiği kabul edilebilir¹⁰³. Yargıtay'ın boşanma davası açıldıktan sonraki olayları hükme esas aldığı kararlar çoğunlukla sadakat yükümlülüğünün ihlaline ilişkin olup, sadakat yükümlülüğünün evlilik birliği devam ettiği sürece söz konusu olacağı gerekçesine, boşanma davası açılmakla ayrı yaşama hakkının elde edilmiş olmasının da sadakat yükümünü kaldırmayacağı görüşüne dayanmaktadır¹⁰⁴. Ancak hem başka boşanma sebepleri yönünden hem de sadakat yükümlülüğünün ihlaline ilişkin olduğu hâlde aksi yönde verdiği kararları da vardır¹⁰⁵. Örneğin Yargıtay bir kararında boşanma davası açıldıktan sonra Facebook üzerinden başka erkeklerle görüşüp buluşan davacı eşin yerel mahkeme tarafından ağır kusurlu bulunduğu durumda, her davanın

¹⁰² Nişanlılık dönemindeki olaylara dayanarak boşanma kararı verilemeyeceği yönünde y. 2. HD., 22.12.2014 T., 2014/15049 E., 2014/26383 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s.657.

¹⁰³ Hâkimin boşanma davasının açıldığı tarihe kadar gerçekleşen olaylara göre karar vereceği, dava açıldıktan sonra gerçekleşen olayların davaya etki etmeyeceği görüşü için bkz. ÖZTAN, s.680; aynı görüşte ANIL, s.145; ÜNLÜTEPE, s.224.

¹⁰⁴ YHGK 13.07.2011, 2011/2-403 E., 2011/509 K. sayılı kararı için bkz. <https://khyk.kazancihukuk.com/> (Erişim Tarihi: 23.11.2021); aynı yönde YHGK., 22.12.2010 T., 2-636 E., 680 K. sayılı kararı için bkz. <https://khyk.kazancihukuk.com/> (Erişim Tarihi: 23.11.2021).

¹⁰⁵ Sadakat yükümlülüğü ile ilgili Y. 2. HD., 22.06.2015 T., 2014/28212 E., 2015/13216 K. sayılı kararı ve diğer konulardaki kararlar için bkz. GENÇCAN, s.659 vd.; sadakat yükümlülüğü ile ilgili Y. 2. HD., 11.05.2015 T., 2014/20330 E., 2015/9692 K. sayılı kararı bkz. <https://khyk.kazancihukuk.com/> (Erişim Tarihi: 04.12.2021; YHGK 05.04.1995 T., 2-68 E., 275 K. sayılı kararı için bkz. <https://khyk.kazancihukuk.com/> (Erişim Tarihi: 04.12.2021).

açıldığı tarihteki şartlara tabi olduğunu, boşanma davası açıldıktan sonra meydana gelen olayların ancak yeni bir davanın konusu olacağını dile getirmiştir¹⁰⁶. Bu hususta ayrıca belirtmek gerekir ki taraflarca ileri sürülmeyen olayların hâkim tarafından dikkate alınmaması, dilekçeler teatisi aşamasında belirtilmeyen olayların boşanma sebebi olarak değerlendirilmemesi gerekir¹⁰⁷. Özellikle çalışmamız bakımından sadakat yükümlülüğünün ihlali dışında diğer yükümlülükler bakımından sosyal paylaşım sitelerinde zaman geçirmenin süreklilik kazanması olgusu boşanma davası öncesinde gerçekleşeceği için, dava açılmadan önce evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğu görülür. Boşanma davasının açılmasından sonra sosyal paylaşım sitelerinde gerçekleştirilen eylemlerin ise gerekli şartları taşıdığı durumlarda yeni bir boşanma davasının konusu olabileceği görüşündeyiz.

2. İhlale Karşı Alınabilecek Geçici Tedbirler

TMK 195. maddesi evlilik birliğinden kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali ya da evlilik birliği ile ilgili önemli olan herhangi bir konuda uyuşmazlık çıkması halinde eşlerin birlikte veya ferdi olarak hâkim müdahalesini isteyebilmesinin mümkün olduğunu düzenlemektedir. Bu tür bir başvuru halinde hâkimin yükümlülüğünü yerine getirmeyen eş uyarması, uzlaştırma faaliyetinde bulunması ya da eşlerin birlikte rıza göstermeleri halinde uzman yardımından yararlanılmasına karar vermesi mümkündür. TMK 185. maddesinde yer alan yükümlülüklerin yerine getirilmesi her eş tarafından talep edilebilecek, ancak bu konuda eşlerin birbirlerini zorlamaları söz konusu olamayacaktır¹⁰⁸. Yükümlülükleri yerine getirmeyen eş için TMK 195. maddesi gereğince hâkimden uyarıda bulunmasını ya da gerekli tedbirler almasını istemek mümkün olmakla birlikte bu tedbirler geçici niteliktedir ve çözüm getirmemesi halinde artık açılacak boşanma davasında yükümlülüklerin yerine geti-

¹⁰⁶ Y. 2. HD., 16.06.2016 T., 2016/10424 E., 2016/12629 K. sayılı kararı için bkz. ERDEM/ULUSLU/DUMANCI, s. 3-4; aynı yönde Y. 2.HD., 04.04.2017 T., 2016/9585 E., 2017/3789 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s.661.

¹⁰⁷ ÜNLÜTEPE, s.223-224; HEKİM, s.1015; Y. 2. HD., 27.09.2016 T., 1271 E., 13202 K. sayılı kararı için bkz. HEKİM, s.1015, dn.52.

¹⁰⁸ ÖZTAN, s.191.

rilmediği hususu hâkim tarafından göz önünde bulundurulacaktır¹⁰⁹. Hâkimin aile içi şiddet, kadına karşı şiddet, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış gibi belli haller dışında 4787 sayılı Aile Mahkemele-
rinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 6. ve 7. maddelerinde düzenlenen tedbirlere başvurması, tarafların ileri sürdü-
ğü sorunları işin esasına girmeden sulh teşebbüsü ile çözmeye çalışarak, karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunmasına ve evlilik birliğinin devamının sağlanmasına bir tür arabuluculuk yapması gerekir¹¹⁰.

III. SOSYAL PAYLAŞIM SİTELERİNDE SÜREKLİ ZAMAN GEÇİRMENİN EVLİLİK BİRLİĞİNE VE EVLİLİK BİRLİĞİNİN SARSILMASI NEDENİYLE BOŞANMA KARARINA ETKİLERİ

A. Sosyal Paylaşım Sitelerinde Sürekli Zaman Geçirme Olgusu ve Sonuçları

Evlilik birliğinde eşlerin huzursuzluk yaşamalarına ve boşanmalarına neden olabilecek önemli bir unsur, sosyal medya için harcanan sürenin artması ve bunun doğuracağı sonuçlardır¹¹¹. TÜİK 2021 verilerine göre ülkemizde son üç ay içinde bireylerin interneti kullanma amaçlarında %73,8 oranında sosyal medya kullanımı (Facebook, Twitter, Instagram, Snapchat vb.) üzerinde profil oluşturma, mesaj gönderme veya fotoğraf vb. içerik paylaşma) gelmektedir¹¹². Türkiye'de günlük ortalama internet kullanım süresinin 2021 yılı için 7 saat 57 dakika, sosyal medya kullanım oranının %70,8 ve sosyal medyada geçirilen ortalama sürenin 2 saat 57 dakika olduğu göz önünde bulundurulduğunda¹¹³ eşler arasında evlilik birliğine ayrılması gereken zaman konusunda sorunlar yaşanabileceği açıktır. Sosyal medyada zaman geçirmenin süreklilik kazandığının tespiti için günlük sosyal medya kullanım süresi, cep telefonu ekran

¹⁰⁹ ÖZTAN, s.191; KILIÇOĞLU, s.110.

¹¹⁰ ÖZTAN, s.718; hâkimin esasa girmeden önce sulh teşebbüsünde bulunmamış olmasının kararın sakat olması sonucunu doğurmayacağına ilişkin bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.132.

¹¹¹ KALAMAN/ÇELİK, s.429

¹¹² [https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Survey-on-Information-and-Communication-Technology-\(ICT\)-Usage-in-Households-and-by-Individuals-2021-37437](https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Survey-on-Information-and-Communication-Technology-(ICT)-Usage-in-Households-and-by-Individuals-2021-37437) (Erişim Tarihi: 20.12.2021).

¹¹³ <https://recodigital.com/dijital-2021-raporunda-turkiye-ve-dunyada-internet-ve-sosyal-medya-kullanimi-karsilastirmasi-ocak-2021/> (Erişim Tarihi; 20.12.2021).

süresi gibi somut kriterlere bakılabileceği gibi yapılan görüntülü sesli yazılı paylaşımların süreleri de göz önünde tutulabilir. Asıl dikkate alınacak husus eşine ve çocuklara ayrılması beklenen sürenin çoğunun sosyal medyada geçirilmesi ve bunun evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin ihlaline yol açmasıdır. İnternet ortamında bu derece uzun süre geçirmenin evlilik birliğini sarsabilen sosyal ve psikolojik sonuçları da bu noktada oldukça önemli olup ayrı bir başlık altında incelenmesi gerekmektedir.

1. Evlilik Birliğini Etkileyebilecek Sosyal Ve Psikolojik Sonuçlar

Günümüzde yapılan bazı sosyolojik ve psikolojik kökenli çalışmalarda eşlerin aynı evde yaşamalarına rağmen zamanlarını daha çok sosyal medya ağları üzerinden geçirerek yalnızlaşmakta olduğu ve birbirleriyle çok az bağlantı ve iletişim halinde olan eşlerin ya da diğer aile bireylerinin sayısının giderek artmakta olduğu ifade edilmektedir¹¹⁴. Aile içinde bilgisayar vb. cihazlarla ya da çok daha kolay bir biçimde cep telefonu ile sosyal medyaya bağlanarak uzun süre vakit geçirmek doğal olarak ailenin diğer üyelerini ihmal etmeye sebep olmakta, bu davranış sebebiyle her şeyden önce aile bireyleri kendilerini önemsiz hissedebilmektedir¹¹⁵.

Aşırı internet ve sosyal medya kullanımı sebebiyle meydana gelen sosyal sonuçlardan bazıları sosyal izolasyon¹¹⁶, yalnızlaşma, aile üeleriyle kavga veya temasın koparılması, ev işlerini görme vb. gündelik işlerin ihmali, maddi sıkıntı ve buna benzer durumlardır¹¹⁷. Aşırı kulla-

¹¹⁴ YILDIRIM, s.1238-1239; KALAMAN/ÇELİK, s.429; ancak sınırlı da olsa yapılan bazı bilimsel çalışmalarda boşanmış olanların evli olanlara göre anlamlı düzeyde daha yüksek bir şekilde sosyal medya bağımlısı olduğu, katılımcıların medeni durumlarına göre bekar katılımcıların, evli olanlara göre daha çok Facebook bağımlılığının olduğu yönünde bkz. SAĞAR, s.39.

¹¹⁵ ÖZDEMİR, s.2.

¹¹⁶ Depresyonla birlikte sosyal izolasyon riski olduğuna ilişkin bkz. O'KEEFFE Gwenn Schurgin/ CLARKE-PEARSON, Kathleen/Council on Communications and Media, "The Impact of Social Media on Children, Adolescents, and Families", Pediatrics, 2011, s.802.

¹¹⁷ FEİNDEL, Holger, İnternet Bağımlılığı-Bağımlılar ve Aileleri İçin El Kitabı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2019, s.22-23; KALAMAN/ÇELİK, s.429 vd..

nının psikolojik sonuçları ise depresyon, korku, değersizlik ve çaresizlik duygusu, artan sosyal güvensizlik ve olgunlaşamama şeklinde ifade edilmektedir¹¹⁸. Aşırı kullanıma rağmen günlük işlerin ve yükümlülüklerin sürdürülmesine çalışılsa da bir süre sonra bunu başarmak mümkün olmayabilir¹¹⁹.

2. Sürekli Zaman Geçirme Olgusunda Cinsiyetin Rolü

Kullanım süresine ilişkin hususlar dikkate alınırken eşlerin cinsiyetinin ne olduğuna bağlı olarak farklı çıkarımlarda bulunmak mümkündür. Türkiye İstatistik Kurumu'nun 2016 yılında bireylerin hane halkı ve aile bakımına harcadıkları zamana ilişkin verileri¹²⁰ oldukça dikkat çekicidir. Buna göre kişiler günlük ortalama 2 saat 45 dakikalarını hane halkı ve aile bakımına harcamakta ancak erkeklerin bu faaliyet için harcadıkları süre 53 dakika iken kadınlar için 4 saat 35 dakikayı bulmaktadır. Çalışan erkekler günlük ortalama 46 dakika, çalışan kadınlarsa günlük ortalama 3 saat 31 dakika süreyi ailelerine zaman ayırmaktadır. Çalışmayan erkekler ailelerine günlük ortalama 1 saat 7 dakika ayırırken çalışmayan kadınlar 4 saat 59 dakika ayırmaktadır. Aileye ayrılan bu sürenin %14,5'i çocuk bakımına ayrılan süredir. Görüldüğü üzere ailesine harcadığı ortalama süre oldukça az olan erkeklerin bu süreyi sosyal paylaşım sitelerinde ya da diğer sosyal medya platformlarında geçirmeleri evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin ihlali bakımından ciddi sonuçlar doğurabilecektir. Çocuklarıyla akşam ilgilenmesi gereken yarım saatlik süreyi sürekli olarak sosyal medyada geçiren babanın bu faaliyeti evlilik birliğinden doğan yükümlülüğün ciddi manada ihlali olarak görülebilecek ve evlilik birliğinin sarsılmasına zemin hazırlayacaktır.

¹¹⁸ FEİNDEL, s.25; araştırmacılar tarafından "Facebook depresyonu" olarak adlandırılan bir olgunun, ergenlik çağındaki gençlerin bu platformda uzun zaman harcadıklarında gelişen depresyon olarak ifade edildiği yönünde bkz. O'KEEFFE/CLARKE-PEARSON/Council on Communications and Media, s.802.

¹¹⁹ FEİNDEL, s.21.

¹²⁰ Bkz. <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Istatistiklerle-Aile-2016-24646> (Erişim Tarihi: 19.12.2021).

3- Sürekli Zaman Geçirme Olgusunun Duygusal, Sosyal, Cinsel Şiddete Yönelik Sonuçları

Zamanının çoğunu sosyal medyada ya da internette geçiren ve paylaşımlarda bulunan kişi aynı zamanda eşine farklı türlerde şiddet uygulayabilmektedir. Örneğin evlilik birliğinin gerekleri konusunda dışlayıcı davranışlarda bulunduğu eşine duygusal şiddet uygulamaktadır¹²¹. Bunun yanında davranışının sıklıkla cinsel ve sosyal şiddet anlamına geldiğine de rastlanabilmektedir¹²². Eşine ve çocuklarına ayırması gereken zamanının çoğunu bilgisayar ya da telefon başında sosyal paylaşım sitelerine girerek, sanal oyun dünyalarında ya da şans oyunlarında geçiren bir eş, aynı zamanda eşini sosyal ortamlarda ve özel günlerinde yalnız bırakıyorsa eşine sosyal şiddet uyguladığı kabul edilebilir¹²³. Nitekim Yargıtay da eşine karşı ilgisiz olmayı ve eşini devamlı olarak özel günlerinde ve sosyal ortamlarda yalnız bırakmayı, evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebi olarak görmektedir¹²⁴. Tüm bunların farkında olmaması bu davranışının bir boşanma sebebi teşkil etmesine engel olmaz. Zamanının çoğunu sosyal medyada geçiren bir kimsenin davranışlarının farkında olması ya da gerçek dünya ile sanal dünyayı ayırt etmesi güçleşebilir. Gerçek hayattaki aile içi ilişkiler, arkadaşlar arası, komşular arası vb ilişkiler sosyal medya yoluyla sanal gerçekliğe aktarılarak oradan devam ettirilmeye çalışılabilir¹²⁵ ve bu durum hastalıklı ilişkilerin doğmasına yol açabilir. Nitekim Almanya Neunkirchen’de yirmi yıldan uzun süredir bilgisayar ve internet bağımlılarını¹²⁶ tedavi eden FEİNDEL¹²⁷, internet bağımlılarında gerçeklikle sanallık

¹²¹ GENÇCAN, s.745.

¹²² Cinsel şiddete ilişkin Y. 2.HD., 04.12.2014 T., 2014/13766 E., 2014/24718 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s.807.

¹²³ Eşi sürekli sosyal ortamlarda yalnız bırakmanın, faaliyetler konusunda sosyal şiddete yönelik bir davranış olduğuna ilişkin bkz. GENÇCAN, s.869.

¹²⁴ Y. 2. HD., 04.11.2016 T., 2015/20218 E., 2016/13513 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s.869.

¹²⁵ KALAMAN/ÇELİK, s.427.

¹²⁶ İnternet bağımlılığının özellikleri ve tanı ölçütlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR, s.18 vd..

¹²⁷ FEİNDEL, s.26.

arasında hastalıklı ayırım yapma gibi bir sonucun görülebildiğini ifade etmektedir.

Yerel mahkemenin eşlerden birinin internete ve Facebook adlı sosyal paylaşım sitesine sıklıkla girmesini kusur olarak görmediği, bu durumun Almanya'da yaşayan kadın için normal olduğu kanaatine ulaştığı, davalıya yüklenebilecek ve davacı için boşanmayı haklı gösterecek herhangi bir kusurlu hareketin kanıtlanamadığı gerekçesiyle davayı reddettiği bir davada Yargıtay'ın vermiş olduğu karar büyük önem taşımaktadır¹²⁸. Yargıtay kararından anlaşıldığına göre bu davada davalı hem mobil telefonundan hem bilgisayardan sürekli internete girmekte, sürekli Facebook adlı sosyal paylaşım sitesini kullanmakta, kuşku duyulmasına yol açabilecek tutum ve davranışlarda bulunmaktadır. Yargıtay bu kararında eşlerin birlikte yaşamakla ve birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamakla yükümlü olduklarından bahsedip eşin birlikte yaşamaktan kaçınmasının ve zamanının çoğunu sosyal paylaşım sitesi ve internette geçirmesinin evlilik birliğinin mutluluğunu sağlama konusunda TMK 185/2 maddesinde yer alan özen yükümlülüğüne aykırı olduğunu ve diğer taraf için ortak hayatı çekilmez kılacağını dile getirmiştir. Yargıtay bu durumda ortak hayatın temelinden sarsacak ve birliğin devamına imkân bırakmayacak nitelikte bir geçimsizliğin mevcut ve sabit olduğunu belirterek yerel Mahkemenin kararını bozmuştur. Şu hâlde kişisel sebepler ya da yaşanan yerin özellikleri ya da eşlerin eğitim durumları sosyal medyada aşırı zaman geçirmenin bir bahanesi olarak ileri sürülse bile evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin ihlaline yol açacak ölçüde sürekli kullanım, eşe farklı türlerde şiddet uygulanması anlamına gelebilecek ve ortak hayatın devamını çekilmez hale getirecek bir biçimde evlilik birliğini temelinden sarsabilecektir.

4- Sosyal Paylaşım Sitelerinde Sürekli Zaman Geçirme Olgusunun Hâkim Tarafından Değerlendirilmesi

Sürekli sosyal medyada zaman geçirme olgusunun somut olaydaki sonuçları hâkim tarafından dikkatle değerlendirilmelidir. Aynı olgu

¹²⁸ Y 2. HD., 11.03.2015 T., 2014/19849 E., 2015/4186 K. sayılı kararı için bkz. ERDEM/ULUSLU/DUMANCI, s. 14-15; GENÇCAN, s.745-746; GENÇCAN (Aile), s.227-228; ÜNLÜTEPE, s.253, dn. 1049; YILDIZ, s.102.

her evlilikte aynı sonuçları doğurmayabilecektir. Bazı durumlarda eşin sosyal medyada güven sarsıcı davranış niteliğinde hiçbir faaliyeti ya da paylaşımı olmadığı hâlde salt eşe ve çocuklara ayrılması gereken zamanın sosyal paylaşım sitelerinde geçirilmesi sebebiyle eşin ilgisizliği ve duyarsızlığı duygusal bir şiddete dönüşüp, diğer eş için evlilik birliğinin devamını çekilmez hale getirebilir¹²⁹. Bazı durumlarda eş sosyal medyayı ya da interneti diğer eşin kusurlu davranışlarından ya da evlilik içindeki sorumluluklarından bir kaçış yolu ya da bunlara yönelik bir tepki olarak görse de bu durum somut olarak diğer eşe uygulanan duygusal şiddetin varlığını değiştirmeyecek, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına ilişkin değerlendirmenin yapılmasına engel olmayacaktır.

Hâkim somut olayları incelemeksizin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin ihlal edilip edilmediğini anlayamayacağı için, somut olayda evlilik birliğini korumak ve kurtarmak adına gerekli fedakârlıkların gösterilip gösterilmediği gibi önemli hususlar ancak eşler arasındaki kişisel ilişkilerin incelenmesiyle ve eşlerin karakterlerinin, dünya görüşlerinin sosyal konumlarının ve hayat alışkanlıklarının dikkate alınmasıyla mümkün olacaktır¹³⁰. GENÇCAN'ın yaptığı benzetmede olduğu gibi evlilik birliğinin temelinden sarsılmasını depresyonun şiddetine, çekilmezlik koşulunu ise evin dayanıklılığına benzetirsek bazı evlilikler zaten başka birçok sebepten dolayı zayıfladığından küçük şiddetle bir deprem dahi çökmelerine sebep olabilecektir¹³¹. Yazar, Yargıtay uygulamasındaki takdir farklılıklarının da depresyonun ölçüsü ve evin dayanıklılığının her evlilikte farklı olmasından kaynaklandığını belirtmektedir¹³². Yani eşler arasında cereyan eden evlilik birliğini sarsan hadiseler ile bunların evlilik birliğini çekilmez hale getirme kabiliyetlerinin, somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Bazı durumlarda depresyonun şiddeti pek çok evliliği temelinden sarsabilecek bir hale bürünebilir. Örneğin eşin diğer bağımlılıklarıyla beraber yoğun sosyal medya kullanımı birleşerek sağlam temellere dayandığı düşünülen evlilikleri bile çökertebilir ve çocuklar açısından da evlilik birliğinin devamında bir

¹²⁹ YILDIZ, s.102.

¹³⁰ ÖZTAN, s.687; ÜNLÜTEPE, s.211,319-320.

¹³¹ GENÇCAN, s.567; aynı yönde bkz. İPEK, s.38; ÜNLÜTEPE, s.212.

¹³² GENÇCAN, s.567.

fayda kalmamasına yol açabilir. Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin ihlal edildiğinin tespitinde yoğun sosyal medya kullanımı objektif anlamda benzer durumlardaki her eş açısından aynı sonuçları doğurabilecek nitelikte olsa dahi somut olaydaki görünümü ve sonuçları farklı olabilir. Hâkim somut olayda eşin bu konudaki kişisel algısı, taşıdığı karakter yapısı ve yetiştirme tarzı gibi sübjektif durumlara dikkat ederek, her evlilik açısından sarsılma olgusunun farklı eşlerde gerçekleşebileceğini öngörmeli, bu konuda objektif değerlendirmenin her zaman doğru sonuca ulaştırmayacağı hususunu göz önünde bulundurmalıdır. Nitekim bazı evliliklerde uzun sosyal medya kullanım sürelerine eşin bir şekilde tolerans göstermesi ve bu durumun evlilik birliğini sarsmaması söz konusu olabileceği gibi, daha az kullanım süresinin ciddi sarsılmaya yol açabileceği evlilikler de söz konusu olabilir.

Hâkim tarafından somut olayda değerlendirilmesi gereken bir diğer husus eşlerin internet aracılığıyla kumar ya da sosyal medyada içerik paylaşımı yoluyla sürdürdüğü müstehcen uygunsuz yayın vb. bağımlılıklarının tek başlarına evlilik birliğini temelinden sarsabileceği hususudur. Nitekim Yargıtay da cinsel içerikli uygunsuz görüntü paylaşımını¹³³ ve cinsel içerikli uygunsuz internet sitelerine girmeyi boşanmaya neden olabilecek olaylar arasında değerlendirmektedir¹³⁴. Hiç şüphesiz eşlerin şiddetli anlaşmazlık ve çatışmalardan kaçmak için internete yönelmiş olabileceği, zamanla bu yolla önü alınamaz bir alışkanlığın doğmuş olabileceği¹³⁵ de somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmelidir.

B. Şiddetli Alışkanlık Veya Bağımlılık Olarak Değerlendirildiğinde Sosyal Medya Kullanımının Evlilik Birliğine ve Boşanma Kararına Etkileri

Eşlerden birinin alkol, kumar, uyuşturucu ve benzeri bağımlılıkları, her türlü olumsuz alışkanlıkları, diğer eşi rahatsız eden davranışları, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini aksatacak ölçüde şans oyun-

¹³³ Y. 2.HD., 13.02.2018 T., 2016/11231 E., 2018/1819 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s.802.

¹³⁴ Y. 2.HD., 11.12.2012 T., 2012/10223 E., 2012/29954 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s.802.

¹³⁵ YILDIRIM, s.1245; ÖZDEMİR, s.2.

larına aşırı düşkünlüğü veya aşırı derecede kahvehane alışkanlığının olması, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olabilmektedir¹³⁶. Yargıtay şans oyunlarına ve hobilere aşırı düşkünlüğün evlilik birliğinden doğan görevleri yerine getiremeyecek ölçüde olmasını¹³⁷ ya da sürekli kumar oynayarak evin ihtiyaçları ile ilgilenmemeyi boşanmaya neden olabilecek olaylar olarak değerlendirmektedir¹³⁸. Yargıtay'ın evlilik birliğine ilişkin görevleri aksatacak derecede kahvehaneye gitme alışkanlığını boşanma sebebi olarak kabul ettiği kararından da yola çıkılarak aynı ölçüde sosyal paylaşım sitesi kullanımının da bu sonucu doğurabileceği açıktır¹³⁹.

Sosyal paylaşım sitelerinde zaman geçirmenin şiddetli alışkanlık ya da bağımlılık düzeyinde süreklilik kazanması evlilik birliğini maddi, manevi ya da ekonomik yönlerden sarsabilecek bir durumdur. Bu durum eşin diğer eşe karşı ilgisizliğine, sevgisizliğine ve saygısız davranışlarda bulunmasına yol açabileceği gibi, sadakat yükümlülüğünü ihlal edecek davranışlara da zemin hazırlayabilir¹⁴⁰. Sosyal paylaşım sitesinde geçirilen zaman evlilik birliğini ekonomik yönden de sarsabilecek niteliktedir. Nitekim bu siteler vasıtasıyla eşin alışveriş bağımlılığının tetiklenmesi ve ev ekonomisini zarara uğratabilecek ölçüde gereksiz alışverişler yapması mümkündür. Sosyal paylaşım sitelerinin, sosyal medyanın diğer araçlarının ya da internetin aşırı kullanımı bir bağımlılık olarak değerlendirildiğinde başka olgularla birleşmeden de evlilik birliğinin sarsılmasına neden olabilecek mahiyette olduğu görülecektir. Zira başka bir olgu bulunmasa dahi bir bağımlılık halinin doğurduğu sonuçlar evlilik birliğinin objektif olarak sarsılmasına sebep olabilecek niteliktedir¹⁴¹.

¹³⁶ GENÇCAN, s.851; ÖZTAN, s.684-685; ÜNLÜTEPE, s.312-313; HEKİM, s.1022.

¹³⁷ Y. 2. HD., 14.11.2011 T., 2010/17676 E., 2011/18475 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s.851; GENÇCAN (Aile), s.300.

¹³⁸ Y. 2. HD., 05.11.1992 T., 10345 E., 10817 K. sayılı kararı için bkz. ÜNLÜTEPE, s.313, dn.1346.

¹³⁹ Y. 2. HD., 14.06.2012 T., 2011/20251 E., 2012/16415 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s.744.

¹⁴⁰ Sosyal medya bağımlılığı ile kişilerin psikolojik yönden iyi durumda olmaları ve kişilik özellikleri ilişkisini inceleyen bir bilimsel çalışmada sosyal medya bağımlılığı olan kimselerin aile ve arkadaşlarıyla uyumsuz oldukları ve ilişkilerde duyarsız ve dengesiz hareket ettiklerine ilişkin bkz. ÖZDEMİR, s.48.

¹⁴¹ ÜNLÜTEPE, s.313.

Ancak bağımlılığın eşe kusur olarak yüklenmesi tek başına yeterli bir değerlendirme olmamalı, eşin bununla ilgili psikolojik, psikiyatrik ya da fizyolojik tedavi girişiminde bulunup bulunmadığı ya da bulunduğu hâlde devam ettirmediği de dikkate alınmalıdır¹⁴². Nitekim Yargıtay alkol bağımlısı olduğu hâlde sebepsiz olarak AMATEM'deki tedavisinden kaçınan davalının eylemini evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına yol açabilecek bir davranış olarak değerlendirmiştir¹⁴³. Bağımlılık durumunda bağımlının eşi olan kişinin göstermesi beklenen destek ve yönlendirmede bulunmamasının birlikte kusur olarak değerlendirilebileceği durumlarla da karşılaşılabılır¹⁴⁴. Ancak somut olaya bakılarak eşin ve diğer aile üyelerinin internet bağımlıları kadar mustarip olabilecekleri ve yardım etmek istemelerine rağmen bunu nasıl yapabileceklerini bilmediklerinden çaresiz kalabilecekleri ve bundan dolayı bütün aile düzeninin zarar görmesinin önüne geçilemeyeceği hususları da göz önünde bulundurulmalıdır¹⁴⁵. Sosyal paylaşım sitelerinde sürekli zaman geçirerek yükümlülüklerini yerine getirmeyen eşe karşı aynı davranışları yaparak karşılık vermek ise eşit derecede kusurlu olma sonucunu doğurabilecek ancak boşanma kararının verilmesine engel olmayacaktır. Bununla birlikte boşanma davası öncesinde var olan güçlükleri aşmak adına iyiniyetini ortaya koymayan, gerekli feragat ve fedakârlıkları yapmaksızın boşanma davası açan eş için evliliğin devam ettirilmesinin beklenilmezliği koşulunun gerçekleşmediği kanaatine ulaşılan durumlar da söz konusu olabilecektir¹⁴⁶. Eşin göstereceği sabrın, desteğin, fedakârlığın ölçüsü hâkim tarafından takdir edilecek bir husus olmakla birlikte eşin evlilik birliğinin devamını sağlamak adına diğer eşi bir psikoloğa, uzmana, danışmana, hekime ya da psikiyatriste gitmesi konusunda yönlendirmek ve teşvik etmek zorunda olup olmadığı kolayca cevaplanacak bir soru gibi gözükmemekte ancak doğal olarak eşin boşanma öncesinde

¹⁴² ÜNLÜTEPE, s.314.

¹⁴³ Y. 2. HD., 10.10.2012 T., 4072 E., 23458 K. sayılı kararı için bkz. ÜNLÜTEPE, s.314, dn.1348.

¹⁴⁴ ÜNLÜTEPE, s.314.

¹⁴⁵ FEİNDEL, s.61.

¹⁴⁶ TEKİNAY, s.177; ÜNLÜTEPE, s.324-325.

kendi isteği ile ya da teşvikle bu tip bir hizmet almış olması evliliğin devamına yönelik iyiniyetli bir girişim olarak değerlendirilmektedir¹⁴⁷.

Eş bir dönem sürekli sosyal paylaşım sitelerinde zaman geçirdikten sonra bu alışkanlığını terk etmiş ve üzerinden zaman geçmişse, bu olguya dayanarak evlilik birliğinin sürdürülmesinin beklenemeyecek olduğundan bahsedilmesi güçtür. Bu yönde bir iddianın somut olay bakımından dikkatle değerlendirilmesi gerekir¹⁴⁸. Ayrıca belirtmek gerekir ki muhtemel bir durum olarak bağımlılığın kısmen düzelme gösterdiği hallerde ya da bağımlılıktan bir süre uzak kalındıktan sonra tekrar dönüş yapılan süreçlerin sıkça yaşandığı durumlarda diğer eşin bu konudaki sabrı tükenebilir. Dolayısıyla bu tür bir durumda somut olayın özelliklerine bakarak evlilik birliğinin sürdürülmesinin beklenemeyecek hale geldiği sonucuna ulaşılabilir. Doktrinde bir görüş, çoğunlukla bağımlı eşin düzelmesinin bir süre beklendiğini, eşin düzelmesine ilişkin umut kalmadığında boşanma davasının açıldığını, bu nedenle bağımlılığın uzun süreden beri devam ettiği durumlarda bağımlının eşinin elinden geldiğini yaptığını kabul ederek boşanma kararı verilmesinin daha hakkaniyetli görülebileceği yönündedir¹⁴⁹.

C. Genel Olarak Boşanma Kararı Verilirken Dikkat Edilecek Hususlar

Sosyal paylaşım sitelerinde sürekli zaman geçirme ya da başkalarıyla evlilik birliğinden doğan güveni sarsıcı paylaşımlarda bulunma sebeplerine dayanarak boşanma kararı verilirken bazı hususlara dikkat edilmelidir. Öncelikle bu olguların ispatında iddiada bulunan eşin be-

¹⁴⁷ ÜNLÜTEPE, s.337.

¹⁴⁸ TEKİNAY, s.178; bu durumda evlilik birliğinin sürdürülmesinin eşten beklenemeyecek olması durumunun ortadan kalkacağı yönünde görüş için bkz. ÖZTAN, s.688-689; olaylar tamamen geçmişte kalmış ve sonrasında barışma gerçekleşmişse yeni olay meydana gelmedikçe boşanma kararı vermenin doğru olmadığı yönünde bkz. TEKİNAY, s.178; ÇAKIN, s.42-43; TEKİNAY bu durumda ayrıca eşin sırf evliliği sürdürülebilmek umuduyla diğerine gösterdiği ilgiyi barışma olarak değerlendirmekten ve bunu dava hakkını sona erdiren bir sebep olarak görmekten kaçınmak gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. s.178-179; bizim de katıldığımız, olgu ortadan kalkmış olsa bile sarsılmış bulunan evliliğin düzeltilmesinin her zaman mümkün olmayabileceği yönünde görüş için bkz. ÜNLÜTEPE, s.171.

¹⁴⁹ ÜNLÜTEPE, s.314.

yanı yeterli görülmemeli, bu durum başka delillerle desteklenmelidir¹⁵⁰. Nitekim bu konuda eşin cep telefonundaki ekran süresi verilerinden, bilgisayardaki kayıtlardan, paylaşımlara ilişkin ekran görüntülerinden, tanık ifadelerinden yararlanmak mümkündür.

Dikkat edilecek bir diğer husus evlilik birliğini temelinden sarsan olayın iradi olup olmamasına göre değerlendirme yapılıp yapılmayacağıdır. Evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma kusura dayanan bir boşanma sebebi olmamakla birlikte Yargıtay'ın az da olsa kusur arayan görüşü çerçevesinde kusur ilkesi esas alındığında evlilik birliğini temelinden sarsılmasına neden olan olayların iradi olması gerektiği sonucuna ulaşılır. Yargıtay'ın görüşü çerçevesinde eşin davranışı iradi değilse, eş ayırtım gücünden yoksunsa akıl hastalığı sebebine dayalı dava açmak gerekeceği¹⁵¹ örneğin kronik şizofreni hastası eşin sosyal paylaşım sitesinde ya da internette sürekli zaman geçirmesi halinde evlilik birliğinin sarsılması sebebine dayalı boşanma kararı verilemeyeceği söylenebilir¹⁵². Doktrinde ise haklı olarak her ne kadar ayırt etme gücünden yoksun eşin davranışlarının ona kusur olarak yüklenemese de davranışlarının evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına ilişkin şartları gerçekleştirmesinin mümkün olduğu ve ortak hayatın çekilmezliği şartını arayan akıl hastalığı sebebiyle boşanmaya başvurulmasının yani TMK 165. maddesine göre dava açılmasının beklenmesinin ve iki hüküm arasında keskin bir ayırım yapılmasının yerinde olmadığı görüşü ileriye sürülmektedir¹⁵³.

Sosyal paylaşım sitelerinde sürekli zaman geçiren eşin kusuru evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin ihlali ölçüsünde artacaktır. Eşin bağımlılıklarını sosyal medya üzerinden yaşadığı ya da bizzat bu sosyal paylaşım sitelerine şiddetli alışkanlık geliştirip bu yolla yükümlülüklerini ciddi anlamda ihlal ettiği, sosyal paylaşım sitelerini kullanarak

¹⁵⁰ ÇAKIN, s.40; "...Davalı-karşı davacı kadının Facebook isimli sosyal paylaşım sitesinde iş ilişkisi dışında başkalarıyla iletişim kurduğuna ve bu suretle kocasının güvenini sarstığına ilişkin beyanlar, davacı-karşı davalı kocadan aktarılan olaylar olup, sabit görülemez..." Y. 2. HD., 28.05.2014 T., 2014/ 1443 E., 2014/11754 K sayılı kararı için bkz. ERDEM/ULUSLU/DUMANCI, s. 16-17.

¹⁵¹ GENÇCAN, s. 586 vd..

¹⁵² Y. 2. HD., 21.11.2005 T., 13283 E., 16065 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s.587.

¹⁵³ ÜNLÜTEPE, s.312.

güven sarsıcı davranışlarda bulunduğu ya da açıkça sadakat yükümlülüğünün ağır şekilde ihlalini gerçekleştirdiği, eşin kişilik haklarını zedelediği ve artık kendisi veya çocuklar bakımından evliliğin devam etmesinde bir menfaat bulunmadığı durumda, boşanma davasını açan bizzat kusurlu eşin kendisi ise ve diğer eş kusursuz ya da daha az kusurlu olup TMK 166/2. maddesine göre bir defa ileri sürerse dahi bunun hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi mümkündür. Yargıtay genel olarak çelişkili davranılmadığı, davalının davacıyı cezalandırmak veya ona sıkıntı vermek, eza cefa çektirmek amacı gütmeyeceği durumda boşanmaya karşı çıkılmasını hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmemektedir¹⁵⁴. Şüphesiz evlilik birliğinde söz konusu olan mevcut şartların birliğin devamının eşlerden beklenemeyecek durumda olduğunun anlaşılmasında eşlerin kişilik haklarının korunup korunmadığına ve kişiliğe saygının gerektirdiği bir ortamın bulunup bulunmadığına bakılması gerekecek, evliliğin mevcut haliyle devamında davacı eşin kişilik haklarını hiçe sayacak şekilde bir fedakârlık yapması gerekiyorsa artık bu eşten evlilik birliğini sürdürmesi beklenemeyecektir¹⁵⁵.

SONUÇ

Sosyal medya özellikle son on yıldır hayatımızda büyük yer tutan, bireysel ve toplumsal hayatımızı etkileyen bir mecra olup, Web 2.0 teknolojisinin getirdiği anlık etkileşim ve iletişim imkânı sayesinde gün geçtikçe yeni platformlarla karşımıza çıkmaktadır. Sosyal medyanın oldukça geniş bir kavram olduğu, pek çok platformu da içinde barındırdığı görülmektedir. Sosyal medya platformlarının hem kullanıcı sayısında hem de kullanım süresindeki sürekli artış, aile yaşantımız da dâhil olmak üzere tüm toplumsal hayatımızı etkilemektedir.

Evli kişilerin kuvvetli bir alışkanlık ya da bağımlılık düzeyinde sosyal medyada özellikle Facebook, Instagram, Youtube gibi sosyal paylaşım sitelerinde geçirdikleri zamanın artması, evlilik birliğine ilişkin yükümlülüklerin ciddi anlamda ihlaline yol açarak evlilik birliği temelden sarsılması sebebiyle boşanmalara yol açabilmektedir. Kanun gereği eşler, evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamakla, çocuk-

¹⁵⁴ Y. 2. HD., 20.09.2004 T., 9272 E., 10192 K. sayılı kararı için bkz. GENÇCAN, s.581.

¹⁵⁵ ÖZTAN, s.687.

larının bakım, eğitim ve gözetimi açısından gösterilmesi gereken özeni birlikte göstermekle, birbirlerine sadık kalmak ve yardımcı olmakla yükümlü olup bu yükümlülüklerin ihlali evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına yol açabilir.

Kanunda evlilik birliğini sarsan olay ve olgulara yönelik bir sınırlama yapılmamış bu konuda hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmış ve eşler bakımından ortak hayatın çekilmez hale gelmiş olması koşuluyla boşanma kararı verilebileceği düzenlenmiştir. Aşırı internet ve sosyal medya kullanımının da bu boşanma sebebi bakımından tahlil edilmesi gereklidir. Nitekim evlilik birliğinde eşlerin huzursuzluk yaşamalarına ve boşanmalarına neden olabilecek önemli bir unsur sosyal medya için harcanan sürenin artması ve bunun doğuracağı sonuçlardır. İstatistiklerle de desteklendiği üzere ülkemizde sosyal medya kullanımı ve sosyal medyada geçirilen günlük ortalama süre giderek artmakta ve eşler arasında evlilik birliğine ayrılması gereken zaman konusunda sorunlar yaşanabileceği, internet ortamında bu derece uzun süre geçirmenin sosyal ve psikolojik sonuçlar doğurabileceği öngörülebilmektedir.

Sosyal paylaşım sitelerinde sürekli zaman geçirme olgusunun ve aşırı kullanımın sosyal ve psikolojik sonuçları, eşlerin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini ihlaline yol açabilecek durumlar olması bakımından dikkat çekicidir. Aşırı internet kullanımı sebebiyle meydana gelen sosyal ve psikolojik sonuçlardan bazıları sosyal yaşamdan kopma, yalnızlaşma, aile üyeleriyle kavga, yakın aile üyeleriyle temasın koparılması, ev işlerini görme vb. gündelik işlerin ihmali, depresyon, korku, değersizlik ve çaresizlik duygusu, artan sosyal güvensizlik gibi durumlardır. Aynı sonuçlar doğal olarak aşırı sosyal medya kullanımı sonucunda da doğabilecek sonuçlardır. Sosyal paylaşım sitelerinde zaman geçirmenin şiddetli alışkanlık ya da bağımlılık düzeyinde süreklilik kazanması evlilik birliğini maddi, manevi ya da ekonomik yönlerden sarsabilmektedir. Bu durum eşin diğer eşe karşı ilgisizliğine, sevgisizliğine ve saygısız davranışlarda bulunmasına yol açabileceği gibi, sadakat yükümlülüğünü ihlal edecek davranışlara da zemin hazırlayabilmektedir.

Sosyal paylaşım sitelerinin, sosyal medyanın diğer araçlarının ya da internetin aşırı kullanımı bir bağımlılık olarak değerlendirildiğinde başka olgularla birleşmeden de evlilik birliğinin sarsılmasına neden ola-

bilecek mahiyettedir. Zira başka bir olgu bulunmasa dahi bir bağımlılık halinin doğurduğu sonuçlar evlilik birliğinin objektif olarak sarsılmasına sebep olabilecek niteliktedir. Eşlerin internet aracılığıyla kumar ya da sosyal medyada içerik paylaşımı yoluyla sürdürdüğü müstehcen uygunsuz yayın vb. bağımlılıkları da tek başlarına evlilikleri temelinden sarsabilecek niteliktedir. Eşlerin şiddetli anlaşmazlık ve çatışmalardan kaçmak için internete yönelmiş olabileceği, zamanla bu yolla önü alınmaz bir alışkanlığın doğmuş olabileceği de somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmelidir.

Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin ihlali ve bu ihlalin evlilik birliğini temelden sarsacak bir davranış niteliğine bürünmesi her evlilik açısından aynı şekilde değerlendirilemez. Aşırı sosyal medya kullanımına bağlı olarak somut olaydaki görünüm ve sonuçlar farklılık gösterebilir. Hâkim somut olaydaki sübjektif durumları da dikkate alarak daha doğru bir sonuca ulaşabilir.

Eşin sosyal paylaşım sitelerinde zaman geçirme alışkanlığını tamamen terk ettiği ve terkin üzerinden uzun zaman geçtiği durumlarda evlilik birliğinin sürdürülmesinin beklenemeyecek olduğundan bahsedilmesi zordur. Ancak yine de somut olayda evlilik birliğinin sürdürülmesinin eşten beklenemeyecek olduğu iddia ediliyorsa bu durum somut olay bakımından dikkatle değerlendirilmelidir. Zira olgu ortadan kalkmış olsa bile sarsılmış bulunan evliliğin düzeltilmesi her zaman mümkün olmayabilir. Bağımlılığın tamamen düzelmediği, ara ara dönüşlerin yaşandığı durumlarda ise somut olayın özelliklerine göre evlilik birliğinin sürdürülmesinin beklenemeyecek hale geldiği ve evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı durumlarla karşılaşılabılır.

Kullanım süresine ilişkin hususlar dikkate alınırken eşlerin cinsiyetinin ne olduğuna bağlı olarak farklı çıkarımlarda bulunmak mümkündür. İstatistiklere göre erkeklerin ailesine harcadığı ortalama süre oldukça azdır. Bu süreyi sosyal paylaşım sitelerinde ya da diğer sosyal medya platformlarında geçirmeleri evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin ihlali bakımından ciddi sonuçlar doğurabilmektedir.

KAYNAKLAR

- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, Yenilenmiş 21. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.
- AKKURT, Sinan Sami, Sosyal Medyada Gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması, Seçkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve 7253 Sayılı Kanun'la Getirilen Yeni Sosyal Medya Düzenlemeleri Çerçevesinde Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2020.
- AKKURT, Sinan Sami, "Kişilik Hakkının Sosyal Medya Kullanıcıları Tarafından İhlâli Hâlinde Ortaya Çıkacak Cezaî Sorumluluğa Medenî Hukuk Bağlamında Bir Bakış" Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:25, S:2, 2017, s.329-373 (Bakış).
- AKYASAN BİRSEN, Gönül, Sosyal Medyada Paylaşılan İçerik Nedeniy-le Kişilik Hakkı İhlalleri, Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ANIL, Yaşar Şahin, Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Geçimsizlik, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.
- ARMAN, Saleh Md., "Integrated model of Social Media and Customer Relationship Management: A Literature Review" International Journal of Information, Business and Management, Vol. 6, No.3, 2014, s.118-132.
- AYAN, Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, Birinci Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2004.
- BEER, David, "Social network(ing) sites.revisiting the story so far: A response to danah boyd & Nicole Ellison", Journal of Computer-Mediated Communication 13, 2008, s.516-529.
- BOYD Danah M/ELLİSON Nicole B. "Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship" Journal of Computer-Mediated Communication 13, 2008, s. 210-230.
- BRESLİN, J. G., PASSANT A./DECKER, S., The Social Semantic Web, Springer, Berlin, Heidelberg, 2009.

- BROWN, Rob, Public Relations And The Social Web- How to use social media and web 2.0 in communications, Kogan Page, London/ Philadelphia, 2009.
- ÇAKIN, Akın, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Bilge Yayınevi, Ankara, 2007.
- DEDE, İsmail, "Türk Boşanma Hukukuna Farklı Bir Yaklaşım: Zina ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Arasındaki Keskin Sınır", MÜHFHAD, C:23, S:3 Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, 2017, s.643-664
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, C: III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.
- ERDEM, Mehmet, Aile Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ERDEM, Ümit/ULUSLU, Çağrı Şükrü/DUMANCI, Gökberk, Yargıtay (2014-2016) Kararlarında Sosyal Medya, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- FEİNDEL, Holger, İnternet Bağımlılığı Bağımlılar ve Aileleri İçin El Kitabı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2019.
- GENÇCAN, Ömer Uğur, Aile Mahkemesi Davaları-Açıklama-Dilekçe Örnekleri, Genişletilmiş 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (Aile).
- GENÇCAN, Ömer Uğur, Boşanma Hukuku, 7251 sayılı Kanun Değişiklikleri ile Güncellenerek Genişletilmiş 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- GÖNENSAY, A. Samim, Medeni Hukuk C:2 Kısım 1, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1937.
- HATEMİ, Hüseyin, Aile Hukuku, 9. Bası, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2021.
- HEKİM, Aylin, "Yargıtay Kararları Işığında Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması" Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu'na Armağan, C: II, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s.997-1041.
- HSU, Chien-leng/PARK, Han Woo, "Sociology of Hyperlink Networks of Web 1.0, Web 2.0, and Twitter: A Case Study of South Ko-

- rea”, *Social Science Computer Review*, Vol: 29, No:3, 2011, s. 354-368.
- HOWARD, Anne E., *Connecting with Communities: How Local Government Is Using Social Media to Engage with Citizens*, ANZ-SOG Institute for Governance at the University of Canberra and Australian Centre of Excellence for Local Government, 2012.
- İPEK, Ali İhsan, *Türk Hukukunda Genel Boşanma Sebepleri*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.
- KALAMAN, Sefer/ÇELİK, Fatih, “Türkiye’deki Evli Bireylerin Sosyal Medya Kullanımlarının Evlilikleri Üzerine Etkisi: Nitel Bir Araştırma”, *Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi*, C: 13 S:19, 2019, s.424-453.
- KAPLAN, Andreas. M./HAENLEIN, Michael, “Users of the World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media”, *Business Horizons*, Vol: 53, No: 1, 2010, s.59-68.
- KAYA, Mehmet Bedii, *İnternet Hukuku*, 2. Baskı, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2021.
- KAYA, Mine, *Elektronik Ortamda (Elektronik Haberleşme-İnternet-Sosyal Medya) Kişilik Hakkının Korunması*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.
- KENT, Bülent, “Alman Hukukunda Sosyal Ağların Düzenlenmesi ve Alman Sosyal Ağ Kanunu”, *Bilişim Hukuku Dergisi*, 2020/1, s.1-46.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 5. Bası, Ankara, 2020.
- KIETZMANN Jan H./HERMKENS Kristopher/MCCARTHY Ian P./SİLVESTRE Bruno S., “Social media? Get serious! Understanding the functional building blocks of social media”, *Business Horizons*, Volume 54, Issue 3, 2011, s.241-251.
- KOÇAK, N.Gizem, “Bireylerin Sosyal Medya Kullanım Davranışlarının ve Motivasyonlarının Kullanımlar ve Doyumlar Yaklaşımı Bağlamında İncelenmesi: Eskişehir’de Bir Uygulama” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, 2012.

- LERMAN, Kristina, "Social Information Processing in Social News Aggregation", s.1 <https://arxiv.org/pdf/cs/0703087.pdf> (Erişim tarihi: 04.11.2021).
- MAYFIELD, Antony, What is Social Media, United Kingdom, 2010.
- O'REILLY, Tim, "What Is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software", Communications & Strategies, Vol: 65, No: 1, 2007, s.17-37.
- RHEE, Lisa/ BAYER, Joseph B./ LEE, David S./ KURU, "Ozan, Social by definition: How users define social platforms and why it matters" Telematics and Informatics, Volume 59, June 2021, s.1-16.
- ÖZBAKIR, Ali Fuat, Sosyal Medyada ve İnternette Hukuki Sorumluluk, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- ÖZDEMİR, Hümeyra, "Genç Erişkinlerde Aile İçi Sorunların Sosyal Medya Bağımlılığı Ve Benlik Saygısı İle İlişkinin İncelenmesi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Lefkoşa, 2020.
- ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- SAĞAR, Mehmet Enes, "Yetişkin Bireylerde Sosyal Medya Bağımlılığının İrdelenmesi, SBED, C: 1, s:1, 2019, s.29-42.
- SOLMECKE Christian, Social Media Recht -Rechtssicher in sozialen Netzwerken unterwegs, Telelex GmbH, Köln, 2015.
- O'KEEFFE Gwenn Schurgin/ CLARKE-PEARSON, Kathleen/Council on Communications and Media, "The Impact of Social Media on Children, Adolescents, and Families", Pediatrics, 2011, s.800-804.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, Yedinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990.
- TURAN, Metin, Bilişim Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ÜNLÜTEPE, Mustafa, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebine Dayalı Boşanma (TMK m.166/I-II), Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- YALÇINKAYA, Namık/ KALELİ, Şakir, Boşanma Hukuku, C:1, Türk Hava Kurumu Basımevi, Ankara, 1988

YILDIRIM, İrfan, “Sosyal Medya, Dijital Bağımlılık ve Siber Zorbalık Ekseninde Değişen Aile İlişkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, Anemon Muş Alparslan Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 9(5), 2021, s. 1237-1258.

YILDIZ, Ridvan, Sınırsız Yeni Dünyanın Sınırları- Sosyal Medyada Hukuk, İkinci Adam Yayınları, İstanbul, 2020.

ZEVKLİLER, Aydın/ERTAŞ, Şeref/HAVUTÇU, Ayşe/ACABEY, M. Beşir/GÜRPINAR, Damla, Yeni Medeni Kanun’a Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

İnternet Kaynakları

https://tr.wikipedia.org/wiki/Sanal_dünya.

<https://khyk.kazancihukuk.com/>.

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

[https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Survey-on-Information-and-Communication-Technology-\(ICT\)-Usage-in-Households-and-by-Individuals-2021-37437](https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Survey-on-Information-and-Communication-Technology-(ICT)-Usage-in-Households-and-by-Individuals-2021-37437).

<https://recrodigital.com/dijital-2021-raporunda-turkiye-ve-dunyada-internet-ve-sosyal-medya-kullanimi-karsilastirmasi-ocak-2021/>.

<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Istatistiklerle-Aile-2016-24646>.



UZAY HUKUKU BAĞLAMINDA “İNSANLIK” VE ULUSLARARASI HUKUK KİŞİLİĞİ MESELESİ

Öğr. Gör. Dr. Tuğrul ÇAKIR*

Öz

İnsanlık kavramı insancıl bir yaklaşımı benimseyen uzay alanındaki antlaşmaların genel ruhuna katkı sağlayan önemli unsurlardan birisidir. Uzay Antlaşması'nın birinci maddesinde uzayın keşfi ve kullanılması bütün insanlığa tahsis edilmiştir. Aynı antlaşmanın beşinci maddesinde astronotlar insanlığın uzaydaki temsilcileri olarak addedilmiştir. Son olarak, Ay Antlaşması'nın on birinci maddesi hükmünce Ay ve doğal kaynakları insanlığın ortak mirası olarak kabul edilmiştir. Bu çalışma kapsamında uzay hukukunun kuruluş felsefesinin önemli parçası olan insanlık kavramı ele alınacak ve insanlığın uzay hukuku bağlamında bir uluslararası hukuk kişisi olup olmadığı sorusuna cevap aranacaktır.

Anahtar Kelimeler

İnsanlık • Uzay Hukuku • Uluslararası Hukukta Kişilik • Bütün İnsanlığa Tahsis • İnsanlığın Ortak Mirası

* Öğr. Gör. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | Lecturer, Ankara Yıldırım Beyazıt University, Faculty of Law, Public International Law Department, Ankara, Turkey.

✉ tcakir@ybu.edu.tr • ORCID0000-0002-9360-9098

✉ **Atıf Şekli** | Cite As: ÇAKIR, Tuğrul “Uzay Hukuku Bağlamında “İnsanlık” ve Uluslararası Hukuk Kişiliği Meselesi”, *SÜHFD.*, C. 30, S. 1, 2022, s. 371-398.

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

✉ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



HUMANITY IN THE CONTEXT OF SPACE LAW AND THE QUESTION OF INTERNATIONAL LEGAL PERSONALITY

Abstract

The concept of humanity is one of the important elements that contribute to the general spirit of the space treaties based on humanitarian grounds. According to the first article of the Outer Space Treaty, the exploration and use of space shall be the province of all mankind. In the fifth article of the same treaty, astronauts are considered as envoys of mankind in outer space. Finally, the Moon and its natural resources have been accepted as the common heritage of mankind according to the eleventh article of the Moon Agreement. In this study, the concept of humanity, which is an important part of the founding philosophy of space law, will be discussed and an answer sought as to whether humanity has an international legal personality in the context of space law.

Key Words

Mankind • Space Law • Legal Personality in International Law • Province of All Mankind • Common Heritage of Mankind

GİRİŞ

Teknolojik gelişmeler ve hukuk arasındaki ilişki her zaman ilgi çeken bir konu olmuştur. İç hukukun teknolojik gelişmelere adaptasyonu daha hızlı olmasına karşın uluslararası hukukun bu gelişmelere uyum sağlaması daha uzun zaman almaktadır. Bu nedenle, çok taraflı çözümlere ulaşmanın gittikçe zorlaştığı bir bağlamda teknolojik gelişmelerle ortaya çıkan meselelerin çözümünü sağlama noktasında etik değerler büyük bir öneme sahiptir. Uluslararası antlaşmalarda yer bulan etik değerler, her ne kadar bazı noktalarda soyut karakterleri nedeniyle tartışmalara konu olsalar da antlaşmaların genel ruhunun oluşmasında ve güncelliklerini korumalarında önemli bir rol oynamaktadır. Bu değerler özellikle uluslararası hukukun “bilinmeyenle” olan münasebetini kolaylaştırmaktadır. Belki de bilinmezliğin en fazla ege-men olduğu ve bilinmezle en fazla münasebeti olan uluslararası hukuk dalı şüphesiz uzayın sunmuş olduğu karmaşık koşullar nedeniyle uzay hukukudur.

Bu bağlamda, Soğuk Savaş döneminde oluşturulmuş uzay hukuku antlaşmalarında etik değerlerin fazlasıyla yer tuttuğunu ileri sürebiliriz. 1960’lı yıllarda uzay faaliyetlerinin çok yeni olduğu ve yeterince gelişmediği düşünüldüğünde bu durum hiç şaşırtıcı karşılanmamalıdır. Bu nedenledir ki daha sonradan gelişen uzay faaliyetlerini şekillendirecek genel ilkeler uzay hukukunun oluşturulmaya başlandığı andan itibaren

kademeli olarak uygulamaya sokulmuştur.¹ Öncelikle yumuşak hukuk kurallarıyla, daha sonra da uluslararası antlaşmalar yoluyla uzay hukukunun evrensel ve insancıl yönü ağır basan ilkeleri ortaya konmuştur.

Uzay antlaşmalarında varlığını hissettiren insancıl yaklaşımda “insanlık” kavramının yeri tartışılmazdır.² Nitekim, 1967 tarihli Uzay Antlaşması kavrama atf yapan ilk uluslararası antlaşma olma özelliğini taşımaktadır.³ Bu nedendir ki insanlık kavramı uzay hukukunun uluslararası hukukun gelişimine sağladığı en önemli katkılardan biri olarak kabul edilmektedir. Nitekim, uluslararası hukukun bir dalı olan uzay hukukunun evrensel karakteri bu yönde bir yaklaşımı mecbur kılmaktadır zira uzay faaliyetleri sadece uzay alanında etkin devletleri değil bütün insanlığı ilgilendirmektedir.⁴

Bu kavrama sadece uzay hukukunda değil uluslararası hukukun diğer dallarında da başvurulduğunu hatırlatmamız yerinde olacaktır. Örneğin, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi’nin 136. maddesi hükmünce, bölge ve kaynakları insanlığın ortak mirası olarak kabul edilmiştir.⁵ Sözleşmenin 137. maddesine göre devletler, bölge üzerinde egemenlik tesis edemeyecek, kaynakları kendilerine mal edemeyeceklerdir. Bölgenin kaynaklarının yönetilmesi bütün insanlık adına hareket etme kabiliyetine sahip Uluslararası Deniz Yatağı Otoritesi’ne bırakılmıştır. Bu çalışma kapsamında insanlık kavramına sadece uzay hukuku penceresinden yaklaşılacaktır.

Konunun uzay hukuku bağlamında güncelliği uzaydan elde edilen menfaatlerin paylaşılması noktasında yoğunlaşmaktadır. Son dö-

¹ TÛTÛNCÛ Ayşe Nur, “Uzay Hukuku ve Uzaydaki Faaliyetlerin Gelişmesiyle İlgili Milletlerarası Sistemin Yapısı, Düzenlediği İlişkiler ve Dayandığı Esaslara Genel Bir Bakış”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 19, 2000, ss.984-985.

² Türk Dil Kurumu kavramı “insanların tümü, beşeriyet” şeklinde tanımlamaktadır. Türk Dil Kurumu Sözlüğü: <https://sozluk.gov.tr> erişim tarihi: 11.01.2022. Ernst Fasman tarafından yapılmış olan tanım da benzer şekildedir: “the notion for the whole of all human beings, the whole of humanity”. FASAN Ernst, “The Meaning of the Term “Mankind” in Space Legal Language”, Journal of Space Law, Vol.2, 1974, s.125.

³ Ay ve Diğer Gök Cisimleri Dahil, Uzayın Keşif ve Kullanılmasında Devletlerin Faaliyetini Yöneten İlkeler Hakkında Antlaşma, İmza Tarihi: 27 Ocak 1967, Yürürlük Tarihi: 10 Ekim 1967 (Kısaca Uzay Antlaşması).

⁴ PEYREFITTE Leopold, Droit de l’Espace, Paris, 1993, Dalloz, s.20.

⁵ Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, İmza Tarihi: 10 Aralık 1982, Yürürlük Tarihi: 16 Kasım 1994. Konuyla ilgili genel olarak bkz. AKKUTAY Ali İbrahim, “Uluslararası Hukuk bakımından Derin Deniz Yatağında Yer Alan Kaynakların Araştırılması, Keşfi ve İşletilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt 2, 2016, ss.155-193.

nemde Amerika Birleşik Devletleri ve Lüksemburg ulusal düzeyde yapmış oldukları uzay madenciliğiyle ilgili düzenlemelerle vatandaşlarının uzay kaynaklarını işletmesinin önünü açmıştır. Bu noktada, Uzay Antlaşması'nda uzay madenciliğinin detaylı olarak ele alınmadığını ve bu faaliyetin temel bir mesele olarak düşünülmediğini hatırlatmamız gerekir.⁶ Uzay Antlaşması'nda doğrudan bir yasaklama olmaması dolayısıyla öğretide ve devletlerin uygulamasında farklı yaklaşımlardan bahsetmek mümkündür.

Tartışmanın ilk ana eksenini genel itibariyle sahiplenilemezlik ilkesinin yorumlanması oluşturmaktadır. Uzayın sahiplenilemezliği üzerinde herkes hemfikir olsa da uzayın kaynakları açısından durum farklılık arz etmektedir. Burada bizim yaklaşımımız gök cisimlerinin kaynaklarının kullanılması ve işletilmesinin bu ilkenin bir ihlali olmadığı yönündedir. Uzay bir *res communis*⁷ olarak kabul edilmektedir ve kaynaklar uzay üzerinde sahiplenme iddiasında bulunmadan sahiplenilebilir.⁸ Uzay Antlaşması'nda uzay özgürlüğüne getirilen sınırlamalar dahilinde uzay madenciliğinin yapılmasının hukuka uygun olduğu kanaatindeyiz. Bu noktada genel olarak karşılaşılan en büyük hata Uzay Antlaşması ile Ay Antlaşması'nın⁹ hükümlerinin birbiriyle karıştırılmasıdır. Bu husus aşağıda detaylandırılacaktır.

⁶ TRONCHETTI Fabio, "Legal Aspects of Space Ressource Utilization", Handbook of Space Law, VON DER DUNK Frans ve TRONCHETTI Fabio (Editörler), 2015, Edward Elgar Publishing, s.777.

⁷ Uzay, açık deniz örneğinde olduğu gibi, bir *res communis* olarak kabul görmektedir ve bunun sonucu olarak hiç kimseye ait değildir, ulusal paylaşımına müsait değildir ve herkesin kullanımına açıktır. SHAW Malcolm N., Uluslararası Hukuk, KAYA İbrahim (Çeviri Editörü), Sekizinci Baskı, Ankara, TÜBA, 2018, s.350.

⁸ Açık denizlerle analogi yapılarak ortaya konan bu yaklaşım için genel olarak bkz. SCHILLING Franz, "Fishing in Outer Space – The Luxembourgish Interpretation of the Appropriation of in-situ Resources", 68 ZLW, 2019, ss. 248-260. Bu yaklaşımda açık denizde bulunan balıkların sahiplenilebileceği ancak açık denizin sahiplenilemeyeceği ileri sürülmektedir.

⁹ Ay ve Gök Cisimlerinin Üzerinde Devletlerin Faaliyetlerini Düzenleyen Antlaşma, İmza Tarihi: 5 Aralık 1979, Yürürlük Tarihi: 11 Temmuz 1984 (Kısaca Ay Antlaşması). Ay Antlaşması'nın sadece Ay'a değil güneş sisteminde yer alan diğer gök cisimlerine de uygulandığını hatırlatmak yerinde olacaktır. Diğer gök cisimleriyle ilgili özel bir kural (*lex specialis*) öngörülmedikçe bu antlaşma uygulama alanı bulacaktır. Antlaşma'nın uygulama kapsamıyla ilgili genel olarak bkz. JAKHU Ram/FREELAND Steven/ HOBE Stephan/ TRONCHETTI Fabio ve STUBBE Peter, "Moon Agreement", Cologne Commentary on Space Law (Volume II), HOBE Stephan, SCHMIDT-TEDD Bernard ve SCHROGL Kai-Uwe (Editörler), Köln, 2015, Carl Heymanns Verlag, 2013, ss.351-354.

Tartışmanın ikinci ana eksenini ise uzay faaliyetlerinin yürütülmesi esnasında gözetilmesi gereken genel menfaate uygunluğun sağlanması ve ulusal menfaatler arasındaki çatışma oluşturmaktadır. Bu noktada ortaya çıkan soru hangi şekilde ve ölçüde genel menfaatle ulusal menfaatler arasında bir dengenin bulunacağı şeklindedir. Çatışan bu menfaatler arasındaki denge bulma çabasında insanlık kavramı kıymetli bir yer tutmaktadır. İnsanlığa tahsis edilmeyele genel menfaate uygunluk arasındaki ilişki detaylı olarak incelenmelidir. Bu dengenin sağlanmasında hiç şüphesiz uluslararası kişiliğe haiz bir birimin etkinliği da büyük rol oynayacaktır. Bu noktada cevaplandırmaya çalışacağımız hukuki mesele insanlığın uzay hukuku bağlamında bir uluslararası hukuk kişiliğine sahip olup olmadığıdır. Uluslararası hukukun genel ilkelerinden hareketle bu soruya bir cevap aranacak ve öğretilerdeki farklı görüşler tartışılacaktır.

Bu çalışma kapsamında ilk olarak insanlık kavramı uzay antlaşmaları çerçevesinde ele alınacaktır (I). Daha sonraki aşamada insanlığın uluslararası hukuk kişisi olup olmadığı hususu uzay hukuku bağlamında tartışılacaktır (II).

I. UZAY ANTLAŞMALARINDA İNSANLIK KAVRAMININ YERİ

Uzay antlaşmaları kapsamında öncelikle Uzay Antlaşması'nın (A) daha sonra da Ay Antlaşması'nın (B) hükümleri inceleme konusu olacaktır.

A. Uzay Antlaşması'nda “İnsanlık”

Uzay Antlaşması'nda ilk olarak birinci maddede yer alan “bütün insanlığa tahsis” (1) daha sonra da beşinci maddedeki “insanlığın uzaydaki temsilcileri” (2) kavramlarını ele alacağız.

1. Bütün İnsanlığa Tahsis Kavramının Kapsamı ve Uygulanması

Uzay hukukunun en önemli ilkelerinden birisi hiç şüphesiz Uzay Antlaşması'nın 1. maddesinde yer alan ve aynı zamanda örf ve âdet hukuku olarak da kabul edilen uzay özgürlüğüdür.¹⁰ Uzay özgürlüğünden sadece devletler değil aynı zamanda şirketler ve uluslararası örgütler de istifade edebilmektedir. Kısacası, diğer uluslararası alanlarda ol-

¹⁰ PEYREFITTE, ss.41-42; MARCOFF Marco G., “La Liberte de l'Espace - Regle de Droit International a Condition Resolutoire”, Vol.28, 1979, ZLW, s.413. Uzay hukukunda örf ve âdet hukukunun yeriyile ilgili genel olarak bkz. LYALL Francis ve LARSEN Paul B., Space Law: a Treatise, Surrey, 2009, Ashgate, ss.70-80.

duğu üzere uzay da bir özgürlük alanıdır. Bununla birlikte, bu özgürlük sınırsız bir özgürlük olarak tasarlanmamış ve Uzay Antlaşması'nda sınırlamalar getirilmiştir. Bu sınırlamalardan bazıları şu şekilde sıralanabilir: uzayın sahiplenilemezliği (madde 2), uzay faaliyetlerinin uluslararası hukuka uygun olarak gerçekleştirilmesi (madde 3), uzayın kısmi olarak silahsızlandırılması (madde 4), uzay faaliyetlerinden dolayı sorumluluk (madde 6 ve 7), uzay araçlarının tescili (madde 8).

Bu sınırlamalardan bir diğeri de Uzay Antlaşması'nın birinci maddesinde öngörüldüğü üzere uzayın keşfi ve kullanılmasının bütün insanlığa tahsis edilmiş olmasıdır. Hiç şüphesiz, tahsis etme ifadesi uzay özgürlüğü ilkesini hem tamamlamakta hem de sınırlandırmaktadır. Tamamlamaktadır çünkü özgürlükten bütün ülkelerin hiçbir ayırım gözetmeksizin istifade edebilmesinin önünü açmaktadır. Sınırlandırmaktadır çünkü uzayın sadece belirli ülkelerin özgür olduğu bir alan olmasının önüne geçilmek istenmiş ve gelecek kuşaklara uzayın olması gerektiği bir biçimde aktarılması amaçlanmıştır.¹¹ Bu kavrama başvurulmasıyla Antlaşma'da genel olarak hedeflenen uzay faaliyetlerinin yürütülmesine bir nevi çerçeve çizmek ve ortaya çıkması muhtemel meselelerin çözümünü sağlayacak genel perspektifi belirlemektir.¹² Özetle, sınırlı sayıda ki uzayda etkin olma potansiyeli yüksek ülkelerin menfaatleriyle birlikte gelişmekte olan ülkelerin menfaatlerinin de teminat altına alınması amaçlanmıştır.¹³

Dolayısıyla, bu noktada Uzay Antlaşması'nın birinci maddesinde öngörülen bir diğer sınırlama olan uzayın keşfinin ve kullanılmasının bütün ülkelerin menfaatine olarak yürütülmesi (*common benefit clause*) devreye girmektedir. Bu sınırlamanın gereği olarak ulusal menfaatler yasaklanmamış ancak ulusal menfaatlerin bütün ülkelerin menfaatleriyle çatışmayacak şekilde gerçekleştirilmesi yükümlülüğü getirilmiştir. Bir

¹¹ HOBE Stephan, "Article I of the Outer Space Treaty", Cologne Commentary on Space Law (Volume I), HOBE Stephan/ SCHMIDT-TEDD Bernard ve SCHROGL Kai-Uwe (Editörler), Köln, 2009, Carl Heymanns Verlag, s.34 ve 41.

¹² DE LA ROCHERE Jacqueline Dutheil, "La Convention sur l'Internationalisation de l'Espace", Annuaire Français de droit International, Vol.13, 1967, s.626 ; PEYRE-FITTE, s.58.

¹³ Uzay Antlaşması'nda insanlığa tahsis etme terimine başvurulması Bueckling tarafından Antlaşma'ya taraf olan devletlerin farklı menfaatleri arasındaki tam olarak çözülmemiş çatışmayı kamufle etme girişimi olarak değerlendirilmektedir. BU-ECKLING Adrian, "The Strategy of Semantics and The 'Mankind Provision' of The Space Treaty", Journal of Space Law, Vol.7-1, 1972, s.20.

başka deyişle, ulusal bir faaliyetin genel menfaatle uyumlu olduğu ölçüde Uzay Antlaşması'nın genel ruhuna uygunluğundan söz edilebilir.¹⁴

Bu bağlamda, gelişmekte olan ülkelerin menfaatleriyle gelişmiş olan ülkelerin menfaatleri arasında uzay antlaşmalarında kurulmaya çalışılan hassas bir dengenin varlığından bahsedilebilir.¹⁵ Buna ilaveten, herhangi bir ülke tarafından gerçekleştirilen uzay alanındaki bilimsel ve teknik gelişmelerin, belli ölçülerde, bütün insanlığın ilerlemesi olarak değerlendirilebileceğini de ileri sürebiliriz.¹⁶ Nitekim, telekomünikasyon, uzaktan algılama ve navigasyon uydularının insanlığın gelişimine yaptığı katkı tartışılmaz bir boyuttadır. Örneğin, küresel düzeyde navigasyon hizmeti sağlayan ülkelerin uygun bir sinyal alıcıya sahip dünya üzerindeki herkese ücretsiz bir biçimde hizmet sunmaları hem genel menfaatin korunması hem de insanlığın kullanımına tahsis etme kavramlarıyla uyum halindedir.¹⁷ Nitekim, sağlanan açık hizmet (*open service*) ekonomik ve bilimsel kalkınma düzeyine bakılmaksızın bütün ülkelerin kullanımına açılmıştır. Açık hizmetin doğasından kaynaklanan bazı sınırlamaların varlığı (özellikle sorumluluk noktasında) kullanıcıyla hizmet sağlayıcı arasında bir sözleşme bulunmaması ve dolayısıyla hizmette bir devamlılık taahhüdü olmamasıyla açıklanabilir.

Navigasyon faaliyetleri sadece sivil alanda değil aynı zamanda askeri alanda da büyük önem kazanmıştır. Navigasyon hizmeti sağlayıcı ülkeler askeri operasyonlara has üst düzey korumalı sinyallerin kullanımını belirli koşullarda üçüncü ülkeler ve uluslararası kuruluşların kullanımına da açmaktadır. Bu noktada, politik ve güvenlikçi yaklaşımlardan hareketle hizmet sağlayıcı ülkelerin sinyallerin paylaşımı hususunda tasarruf hakkına sahip olmaları hakkaniyet çerçevesinde değerlendirilmelidir zira, devletler uzayda elde ettikleri tüm kazanımları pay-

¹⁴ Özellikle, Avrupa Birliği'nin uzay alanında ön plana çıkmasıyla bölgesel menfaat kavramının ortaya çıktığını da söyleyebiliriz. Bu kavramın ulusal menfaatin farklı bir tezahürü olarak değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

¹⁵ JAKHU Ram S., “Une Gouvernance Globale Renforcee de l'Espace Extra-Atmosphérique pour un Ordre Stable et des Benefices Accrus par”, *Annuaire Français de Relations Internationales*, Vol.18, 2017, s.941.

¹⁶ LACHS Manfred, *The Law of Outer Space, An Experience in Contemporary Law-Making*, Leiden, 2010, Martinus Nijhoff Publishers, s.107; COURTEIX Simone, “L'accord Rwgissant Les Activites des Etats sur la Lune Et Les Autres Corps Celestes”, *Annuaire Français de droit International*, Vol.25, 1979, s.221.

¹⁷ Konuyla ilgili daha detaylı olarak bkz. ÇAKIR Tugrul, “International Cooperation As An Essential Part Of The Galileo Programme”, *Legal Aspects Around Satellite Constellations*, FROEHLICH Annette (Editör), 2021, Springer, ss.161-177.

laşmak zorunluluğunda değildir ve arzu etmeleri halinde paylaşımın şekline de kendileri karar vereceklerdir.¹⁸ Şimdiye kadar hiçbir ülke gelişmiş olan ülkelerin uzay faaliyetleri dolayısıyla elde ettiği avantajlar üzerinde hak talep etmemiştir; nitekim, burada gelişmiş ülkelerin elde ettikleri kazanımları büyük ölçüde diğer ülkelerle paylaşmaları belirleyici faktör olmuştur.¹⁹ Kısacası, genel menfaate uygunluk ve insanlığa tahsis kavramları uygulamada iş birliğini teşvik edici bir etki oluşturmuştur ve iş birliğine yoluna gitme bu kavramların hayata geçirilmesinin en ideal yöntemidir.²⁰

Bununla birlikte, Marchisio'nun da belirttiği üzere uzayda iş birliği bir zorunluluk olarak değil uzay faaliyetlerine yön veren bir prensip olarak değerlendirilmelidir.²¹ Dolayısıyla, uzayda genel olarak bir iş birliği yükümlülüğü bulunmamaktadır ve devletlerin iş birliğine gidip gitmemeleri egemen bir şekilde kendi verecekleri karara bağlıdır.²² Esas itibarıyla iş birliği iki sebeple uzay alanında güçlü olan ülkelerin lehinedir. Öncelikle, uzay gibi karmaşık ve zorlu bir alanda iş birliği ulusal uzay programlarının gerçekleştirilmesini hızlandırmaktadır.²³ İkinci olarak da güçlü uzay devletleri tarafından geliştirilmiş uzay teknolojilerinin dünya üzerinde mümkün mertebe yaygın bir biçimde kullanılması bu devletlerin ticari menfaatlerine uygundur.²⁴ Başka bir deyişle, iş birliği aynı zamanda ulusla menfaatlerin sağlanması için önemli bir araçtır. Özetle, uzay faaliyetlerinin karmaşık doğası uzay alanında iş birliğini

¹⁸ MARCOFF, s.412; TRONCHETTI, s.781.

¹⁹ JASENTULIYANA Nandasiri, "Article I of the Outer Space Treaty Revisited", *Journal of Space Law*, Vol.17/2, 1989, s.140.

²⁰ JASENTULIYANA, s.140; NOICHIM Chukeat, "International Cooperation for Sustainable Space Development", *Journal of Space Law*, Vol. 31/2, 2005, s. 326; COCCA Aldo Armando, "The Advances in International Law Through the Law of Outer Space", *Journal of space Law*, Vol. 9, 1981, s.18.

²¹ MARCHISIO Sergio, "Article IX of the Outer Space Treaty", *Cologne Commentary on Space Law (Volume I)*, HOBE Stephan/ SCHMIDT-TEDD Bernard ve SCHROGL Kai-Uwe (Editörler), Köln, 2009, Carl Heymanns Verlag, ss.174-175. Bununla birlikte, Cocca'ya göre iş birliği uluslararası hukukta bir hedefken uzay hukukunda bir yükümlülüktür. COCCA Aldo Armando, "Prospective Space Law", *Journal of Space Law*, Vol.26/1, 1998, s.54.

²² HOBE, Article I of the Outer Space Treaty, s.42; CHENG Bin, "The 1967 Outer Space Treaty: Thirtieth Anniversary", *Air&Space Law*, Vol.23-4/5, 1998, s.164.

²³ COURTEIX Simone, "Towards a World Space Organization", *Outlook on Space Law over the next 30 years*, LAFFERANDERIE Gabriel (Editör), Kluwer Law International, 1997, s.424.

²⁴ CHENG, s.164.

büyük ölçüde gerekli kılmaktadır. Bu nedenledir ki uzay hukuku bir iş birliği hukukudur ve iş birliği Uzay Çağı'nın başından bu yana bu alanın gelişmesine çok büyük katkı sağlamıştır.

13 Aralık 1996 tarihli Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı²⁵ yukarıda iş birliği ile ilgili altını çizdiğimiz gönüllü yaklaşımı desteklemektedir. Bu karar, Uzay Antlaşması'nda yoğun bir biçimde teşvik edilen iş birliğinin nasıl yorumlanacağı hususuna ışık tutmuş ve bu konuda ortak bir yaklaşımın geliştirilmesine katkı sağlamıştır.²⁶ Devletler, her ne kadar bağlayıcı bir karakteri olmasa da bu kararda ortaya konan prensiplerle genel olarak uygun bir biçimde hareket etmiştir.²⁷

Kararın ilk maddesi iş birliğinin uluslararası hukuka uygun olarak, genel menfaatle uyum içinde ve gelişmekte olan ülkelerin ihtiyaçlarını dikkate alarak yapılması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu vesileyle özellikle gelişmekte olan ülkelerde uzay bilimleri ve tekniklerinin geliştirilmesi ve bu ülkelerin uzay kapasitelerinin artırılması öngörülmüştür (5. madde). İkinci maddede iş birliği yoluna giden devletler açısından adil ve kabul edilebilir olduğu ölçüde iş birliğine başvurulması hususuna dikkat çekilmektedir. Dolayısıyla, devletler iş birliğine gidip gitmeme yönündeki kararı serbestçe alabileceklerdir. Benzer şekilde hangi ülkelerle iş birliği yapılacağına karar vermek ve iş birliğinin hangi şekil/ölçüde olacağını belirlemek devletlerin kendi tasarrufundadır. Kısacası, devletler, iş birliği yapmaya zorlanamaz ancak bu yönde teşvik edilebilir.²⁸ Bu bağlamda, özellikle ikinci maddede iş birliğine giden devletler arasında bir dengenin yakalanmaya çalışıldığını kolaylıkla görebiliriz.

Özetle, bütün insanlığa tahsis, genel menfaate uygunluk ve iş birliği kavramları arasında bir tamamlayıcılıktan bahsedebiliriz. İnsanlığa tahsis ve genel menfaat kavramlarının gerçekleştirilmesi için iş birliğinin önemli bir araç olduğunu söyleyebiliriz. Bu kavramların genel itibarıyla uzay hukukunun insancıl yanının bir uzantıları olduğunu ve insanlığın

²⁵ 51/122 numaralı ve 13 Aralık 1996 tarihli Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı, Uzayın Keşfinin ve Kullanımının Tüm Devletlerin, Özellikle Gelişmekte Olanların, Menfaati ve Yararına Olmasına İlişkin Uluslararası İş Birliği Deklarasyonu. Deklarasyonun hazırlanış süreciyle ilgili genel olarak bkz. HOBE Stephan ve TRONCHETTI Fabio, “Space Benefits Declaration”, Cologne Commentary on Space Law (Volume III), HOBE Stephan, SCHMIDT-TEDD Bernard ve SCHROGL Kai-Uwe (Editörler), Köln, 2015, Carl Heymanns Verlag, ss.306-318.

²⁶ HOBE/ TRONCHETTI, ss.356-357.

²⁷ HOBE/ TRONCHETTI, ss.356-357.

²⁸ HOBE/ TRONCHETTI, ss.334-336.

gelişimine uzay faaliyetleri vasıtasıyla büyük katkı sağladıklarının altını çizebiliriz.

Uzay Antlaşması'nda insanlık kavramına atıf yapan bir diğer madde beşinci maddedir.

2. "İnsanlığın Uzaydaki Temsilcisi" Kavramının Kapsamı ve Uygulanması

Uzay Antlaşması'nın 5. maddesi astronotları insanlığın uzaydaki temsilcileri olarak addetmektedir.²⁹ Bu bağlamda, Antlaşma'ya taraf olan devletler kaza/mecburiyet halinde astronotların başka bir ülkeye veya açık denize iniş yapmalarını takiben yardım etme yükümlülüğü altına girmektedir. Benzer şekilde uzayda astronotların hayatını veya sağlığını tehlikeye atacak bir olayın keşfi halinde devletler diğer taraf devletleri veya Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ni durumdan derhal bilgilendirmekle yükümlüdür.

Astronotların Kurtarılmasına ilişkin Anlaşma'da³⁰ ise devletlerin Uzay Antlaşması'nın beşinci ve sekizinci maddelerinden doğan yükümlülükler detaylandırılmıştır. Anlaşma'da "insanlığın uzaydaki temsilcisi" ifadesinden neyin kastedildiği açıklanmamıştır. Bununla birlikte, Anlaşma'nın giriş bölümünde genel olarak uzay hukukunda egemen olan insancıl yaklaşımın bir kez daha altının çizildiği "*insancıl düşünceler*" ifadesine yer verilmiştir.³¹

Uzay Antlaşması'nın beşinci maddesi ışığında astronotların insanlığı temsil edebilme yeteneğine sahip tek gerçek kişiler olduğu muhakkaktır. Hiç şüphesiz bu durum astronotların yapmış oldukları mesleğin tehlikesi ve gerçekleştirdikleri görevlerin insanlık için taşıdığı değer

²⁹ Astronotların hukuki statüleri konusunda genel olarak bkz. ACHILLEAS Philippe, "Le Statut International de l'Astronaute", *Proceedings of the Colloquium on the Legal and Ethical Issues of Human Space Flight*, Paris, UNESCO, 2005, ss.13-28.

³⁰ Astronotların Kurtarılması, Astronotların ve Uzaya Fırlatılmış Olan Araçların Geri Verilmeleri Hakkında Anlaşma, İmza Tarihi: 19 Aralık 1967, Yürürlük Tarihi: 3 Aralık 1968 (Kısaca Kurtarma Anlaşması). Konuyla ilgili genel olarak bkz. ERDEM Merve, *Uzayın ve Uzay Faaliyetlerinin Hukuki Rejimi*, Ankara, 2014, Savaş Yayınevi, ss.35-41.

³¹ Anlaşma'nın başlangıç hükümlerinde "insancıl düşünceler" ifadesine başvurulması felsefi niteliği dolayısıyla bazı yazarlar tarafından uluslararası hukuk uygulamasında sıra-dışı olarak kabul edilmektedir. MARBOE Irmgard/ NEUMANN Julia ve SCHROGL Kai-Uwe, "Rescue Agreement", *Cologne Commentary on Space Law (Volume II)*, HOBE Stephan/ SCHMIDT-TEDD Bernard ve SCHROGL Kai-Uwe (Editörler), Köln, 2015, Carl Heymanns Verlag, 2013, s.36.

çerçevesinde anlaşılabilir.³² Esasında, söze konu olan temsil kabiliyeti uzay hukukunun idealist ve yenilikçi yaklaşımlarından sadece bir tane-sidir.³³ Astronotlar lehine yapılan bu tanımlama Anlaşma’ya taraf devletler tarafından özel bir biçimde korunma şeklinde hukuki sonuç doğurmaktadır. Öğretide, öngörülen bu temsil yetkisinin daha çok sembolik bir değer taşıdığı kabul görmektedir.³⁴ Bu temsil yetkisi diplomatik bir temsil olarak anlaşılmalıdır.³⁵ Ayrıca, astronotlara özel bir vatandaşlık verilmesi durumundan bahsetmemiz de mümkün değildir zira astronotlar kendi milliyetlerine sahip olmaya devam etmektedir.³⁶

Astronot kavramının tanımına uluslararası hukuk metinlerinde ulaşmak mümkün değildir. Uzay turizminin gelişmesiyle astronot kavramının ne anlama geldiği sorgulanmaya başlamış ve özellikle de Kurtarma Anlaşması’nın hangi ölçüde uzay turistlerine uygulanacağı hususu tartışmaya açılmıştır. Bu noktada, astronotu şu şekilde tanımlamak yerinde olacaktır³⁷: “Uzaya ticari olmayan, özel hukuk ilişkisine dayanmayan profesyonel sebeplerle yolculuk yapan kişi”. Bu tanımdan hareketle uzay turistlerinin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği ve insanlığın bir temsilcisi olarak kabul edilemeyecekleri açıktır. Benzer şekilde, uzay turistlerinin Kurtarma Anlaşmasındaki uzay aracı mürettebatı kavramına dahil olup olmadıkları hususu da tartışılmaktadır.³⁸ Uzay turistleri her ne kadar insanlığın temsilcileri olarak kabul edilmeseler ve uzay

³² SGROSSO Gabriella Catalano, “Legal Status of the Crew in the International Space Station”, Proc. on L. Outer Space, Vol.42, 1999, s.36 ; LACHS, s.68.

³³ COCCA, Prospective Space Law, s.54.

³⁴ HOBE Stephan, “Legal Aspects of Space Tourism, Nebraska Law Review”, Vol.86-2, 2007, s.455; DE LA ROCHERE, s.630.

³⁵ SGROSSO, s.36.

³⁶ MATEESCO-MATTE Mircea, “Des Agents Tres Spatiaux: Quel Regime Juridique”, Annals Air & Space L., Vol 2, 1977, s.372.

³⁷ “Human beings travelling into outer space for professional reasons of a non-commercial, non-private nature”: VON DER DUNK Frans ve GOH Gérardine Meishan, “Article V of the Outer Space Treaty”, Cologne Commentary on Space Law (Volume I), HOBE Stephan/ SCHMIDT-TEDD Bernard ve SCHROGL Kai-Uwe (Editörler), Köln, 2009, Carl Heymanns Verlag, s.97.

³⁸ Bu konuda detaylı bir tartışma için bkz. VON DER DUNK Frans, “A sleeping Beauty Awakens: The 1968 Rescue Agreement After Forty Years”, Journal of Space Law, Vol.34, 2008, ss.411-434. Uzay Antlaşması ve Kurtarma Anlaşması’nın farklı terimlere başvurması uzay hukukunun genel ahengi açısından karmaşıklığa yol açmaktadır. ÇAKIR Tugrul, “Les Sources du droit de l’Espace”, Cinquante ans de droit de l’Espace, ACHILLEAS Philippe ve HOBE Stephan (Editörler), 2020, Brill/Nijhoff, s.109.

mürettebatının bir üyesi olmadıkları açık olsa da Anlaşma'da egemen olan insancıl yaklaşım gereği astronotlara sağlanmakta olan korumadan faydalanmaları yerinde olacaktır.³⁹ Bu noktada, bir defa daha, uzay antlaşmalarında öngörülme-yen bir duruma etik değerler çerçevesinde çözüm bulmak mümkün olmaktadır. Kısacası, insanı merkeze alan yaklaşım burada da takip edilmeli ve olası ihtilafların önüne geçilmelidir.

Uzay Antlaşması'nda yer alan insanlık kavramını inceledikten sonra Ay Antlaşması'nda konunun nasıl ele alındığı hususuna geçebiliriz.

B. Ay Antlaşması'nda yer alan "İnsanlığın Ortak Mirası" Kavramı

Ay Antlaşması'nın 11. maddesinde, Ay ve doğal kaynakları insanlığın ortak mirası olarak kabul edilmiştir. Ortak miras kavramı uluslararası hukukta tartışılan konulardan biri olup kavramın içeriği ve niteliği üzerinde ortak bir yaklaşım ortaya konmuş değildir.⁴⁰ Dinamik bir kavram olan ortak miras uygulamaya konduğu alanla alakalı olarak doğrudan değişiklik göstermektedir.⁴¹ Örneğin, Deniz Hukuku Sözleşmesi'nden farklı olarak Ay Antlaşması'nda ortak miras kavramı detaylandırılmamış; hayata geçirilmesi planlanan uluslararası rejimin genel çerçevesi çizilmemiş; bununla birlikte, sadece kaynakların yönetiminde dikkate alınması gereken genel prensipler belirlenmiştir.⁴²

Ay Antlaşması'nda ortak miras kavramına başvurulması Uzay Antlaşmasındaki tahsis etme kavramını geliştirmekte olan ülkelerin endişelerini giderecek bir biçimde somutlaştırma çabası olarak görülmektedir.⁴³ Nitekim, ortak miras kavramının Antlaşma'da yer almasında geliştirmekte olan ülkeler büyük bir rol oynamıştır.⁴⁴ Wassenbergh'in de altını çizdiği

³⁹ MARBOE/ NEUMANN/ SCHROGL, s.35.

⁴⁰ BUECKLING, s.21.

⁴¹ JAKHU Ram/ FREELAND Steven/ HOBE Stephan/ TRONCHETTI Fabio ve STUBBE Peter, "Moon Agreement", Cologne Commentary on Space Law (Volume II), HOBE Stephan/ SCHMIDT-TEDD Bernard ve SCHROGL Kai-Uwe (Editörler), Köln, 2015, Carl Heymanns Verlag, 2013, s.395; Hobe, Article I of the Outer Space Treaty, s.37.

⁴² TRONCHETTI, ss.786-787; ERDEM, s.98.

⁴³ COCCA, The Advances in International Law Through the Law of Outer Space, s.16; DE LA ROCHERE, s.626.

⁴⁴ Antlaşma'nın hazırlanış süreciyle ilgili genel olarak bkz. JAKHU/ FREELAND/ HOBE/ TRONCHETTI/ STUBBE, ss.341-347 ve 389-394. Geliştirmekte olan ülkelerin uzay hukukunun oluşturulmasına olan katkıları konusunda genel olarak bkz. JASENTULIYANA Nandasiri, "The Role of Developing Countries in the Formulation of Space Law", Annals Air & Space Law, Vol.20, 1995, ss.95-138.

üzere uzayda etkin devletler sınırları azaltılmış bir özgürlük talep ederken gelişmekte olan devletler ise uzaydan elde edilen kazanımların adil olarak paylaşılması gerektiği tezini ileri süregelmıştır.⁴⁵ Ay Antlaşması'nın hazırlanma sürecindeki genel çatışma da bu noktada yoğunlaşmıştır.

Christol'e göre insanlığa tahsis edilme ve insanlığın ortak mirası kavramları arasındaki fark şu şekilde açıklanabilir⁴⁶: tahsis edilme *res communis* prensibiyle doğrudan alakalıdır, devletlere özgürlük alanı açar ve zorunlu bir kaynak paylaşım sistemi getirmez; ortak miras kavramıysa kaynakların adilce paylaşılmasını sağlamak amacıyla uluslararası bir rejimin hayata geçirilmesini gerektirir (*res communis plus*). Kısacası, Uzay Antlaşması'nın birinci maddesi ortak miras kavramının temelini atmış ve bu temel daha sonradan Ay Antlaşması'nda geliştirilmiştir. Uzay Antlaşması kapsamında bir uluslararası rejim öngörülmediği için devletlerin bu antlaşmadaki sınırlar dahilinde kaynakları kullanmalarında ve işletmelerinde bir engel bulunmamaktadır. Her iki kavramın ortak özelliği uzay özgürlüğü ilkesine sınırlama getirmiş olmasıdır.⁴⁷ Ancak, sınırlama dereceleri farklıdır yani ortak miras insanlığa tahsise nazaran çok daha fazla sınırlayıcıdır.

Bu bağlamda, Ay Antlaşması'nın 11. maddesinin beşinci fıkrası Ay'ın doğal kaynaklarının işletilmesinin idaresi amacıyla uluslararası bir rejimin hayata geçirilmesini öngörmektedir. Bu rejimin esaslı amaçları arasında kaynakların rasyonel bir biçimde yönetilmesi ve kaynaklardan elde edilen kazanımların adilce paylaşılması gerekliliği belirtilmiştir (aynı maddenin yedinci fıkrası).⁴⁸ Rasyonel yönetimin gereği olarak, kaynaklarının işletilmesinde israfın önlenmesi amacıyla üst düzey ihtimam gösterilmeli ve bu durum sürdürülebilir kılınmalıdır.⁴⁹ Paylaşım noktasında kastedilen de eşit bir paylaşım değil adil bir paylaşım-

⁴⁵ WASENBERGH Henri, “Parallels and Differences in the Development of Air, Sea and Space Law in the Light of Grotius' Heritage”, *Annals Air Space Law*, Vol.9, 1984, ss.172-174.

⁴⁶ CHRISTOL Carl Q., “Important Concepts for the International Law of Outer Space”, *Proc. on L. Outer Space*, Vol.40, 1997, s.80. Benzer şekilde bkz. LYALL/ LARSEN, s.64 ; SHAW, ss.99-100.

⁴⁷ HOBE, Article I of the Outer Space Treaty, s.37.

⁴⁸ Kaynak yönetiminde dikkate alınması gereken bu hususlarda genel olarak bkz. VICAS Alex G., “Efficiency, Equity and the Optimum Utilization of Outer Space as a Common Resource”, *Annals Air & Space L.*, Vol.5, 1980, ss. 589-609.

⁴⁹ PEYREFITTE, s.73.

dır. Burada hedeflenen yatırım yapan ülkelerle gelişmekte olan ülkelerin menfaatleri arasında bir denge bulmaktır.

Bununla birlikte, rejimin kurulması ekonomik ve teknik olarak kaynakların işletilebilmesi koşuluna bağlanmıştır. Rejimin kurulması için beklenen anın ne zaman geleceği hususunda takdir yetkisi taraf devletlere bırakılmıştır.⁵⁰ Antlaşma'da ortaya konan yaklaşım kaynakların işletilmesi konusunun acil bir mesele olarak değerlendirilmediğinin açık bir göstergesidir.⁵¹ Her ne kadar son yıllarda bu alandaki çalışmalar hız kazanmış olsa da kaynakların ekonomik ve teknik olarak işletilmesi hala uzak bir ihtimal olarak gözükmektedir. Özellikle de Antlaşma'ya taraf olan Türkiye'nin de dahil olduğu 18 devlet⁵² bu kapasiteye sahip olmaktan uzaktır. Bununla birlikte, Antlaşma'da öngörülen rejimin kurulmasına kadarki süreçte Antlaşma'ya taraf devletler rejimin yukarıda belirtilen genel prensipleriyle uygun olarak bu yönde faaliyet geliştirebilirler.⁵³

Mevcut durumda, uzay hukuku bağlamında insanlığın ortak mirası kavramı muğlaklığını korumaktadır. Bu muğlaklık ancak Ay Antlaşması'nda öngörülen rejimin hayata geçmesiyle ya da Ay Antlaşması dışında geliştirilen bir yaklaşımla ortadan kaldırılabılır. Uzay alanında etkin devletlerin kurulacak rejime destek vermeleri hem rejimin etkinliğini artıracak hem de tartışmaların azalmasını sağlayacaktır. Bu husus detaylı olarak aşağıda ele alınacaktır.

Uzay antlaşmalarında insanlık kavramının nasıl ele alındığını inceledikten sonra insanlığın bir uluslararası hukuk kişisi olup olmadığını üzerine tartışmaya geçilmesi uygun olacaktır.

II. İNSANLIĞIN UZAY HUKUKU BAĞLAMINDA HUKUK KİŞİLİĞİ HUSUSU

İnsanlığın bir uluslararası hukuk kişisi olup olmadığını değerlendirmeye geçmeden önce (B) uluslararası hukukta kişilik meselesine temas etmek yerinde olacaktır (A).

⁵⁰ JAKHU/ FREELAND/ HOBE/ TRONCHETTI/ STUBBE, s.396.

⁵¹ TRONCHETTI, s.786.

⁵² Status of international agreements relating to activities in outer space as at 1 January 2021, 31 May 2021, A/AC.105/C.2/2021/CRP.10.

⁵³ COURTEIX, L'accord Regissant Les Activites des Etats sur la Lune Et Les Autres Corps Celestes, s.219.

A. Genel Olarak Uluslararası Hukukta Kişilik

İkinci Dünya Savaşı'nı takip eden süreçte genel hatlarıyla devletler arası ilişkileri düzenleyen bir sistemden uluslararası bir sisteme geçiş başlamıştır.⁵⁴ Yeni oluşan sistemde devletlerin ana katılımcı olmaya devam ettiklerini bununla birlikte diğer katılımcıların çeşitlenmeye başladığını söyleyebiliriz. Bu sürecin küreselleşme, teknolojik gelişim ve uluslararası ilişkilerin yoğun bir biçimde gelişmesiyle hızlandığını da ileri sürebiliriz.⁵⁵

Günümüz itibarıyla uluslararası hukuk kişilerini egemen olanlar ve egemen olmayanlar şeklinde ikiye ayırmamız mümkündür.⁵⁶ Egemen güce sahip devletler tam yetkili bir kişiliğe sahip olup en geniş kapsamda haklara sahiptir.⁵⁷ İkinci kategoride ilk akla gelen örnek hiç şüphesiz devletler tarafından oluşturulan ikincil nitelikli ve kendilerine has kişilikleri olan uluslararası örgütlerdir.⁵⁸ Dolayısıyla, uluslararası örgütlerin kişiliklerinin görevsel olduğunu ve devletler tarafından belirlenen misyon çerçevesinde hareket kabiliyetine sahip olduklarını söyleyebiliriz.⁵⁹

Uluslararası hukuk kişiliğine sahip olmanın hangi kurallara tabi olduğu uluslararası hukukta (iç hukukta olan durumun aksine) açık bir biçimde ifade edilmemiştir.⁶⁰ Devlet dışı katılımcıların uluslararası hukuk kişisi olarak kabul görmesinin önünü açan 1949 tarihli Uluslararası Adalet Divanı görüşü de bu yönde yeterli bilgi sağlamamaktadır.⁶¹ Divan bu kararını sadece yetkinin özelliği prensibine dayandırmış ve kurucu antlaşmada açıkça ifade edilmese bile örgütün amaçlarını gerçek-

⁵⁴ SUR Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, İstanbul, 2017, Beta Yayınları, 11. Baskı, s.106. Uluslararası sistemde yaşanan bu dönüşümün ortaya çıkmasındaki belirleyici faktörler için genel olarak bkz. COSNARD Michel, “Rapport introductif”, Le sujet en droit international - SFDI Colloque du Mans, Pedone, Paris, 2005, ss.22-30.

⁵⁵ AKSAR Yusuf, Temel Metin ve Davalarla Uluslararası Hukuk, Ankara, 2021, Seçkin, s.266.

⁵⁶ Bu noktada *sui generis* ülkesel birimlerin ve Malta Egemen Zümresi, Papalık Makamı ve Vatikan Şehri gibi özel örneklerin de var olduğunu da hatırlatmak gerekir. SHAW, ss.170-191.

⁵⁷ RIVIER, Raphael, Droit International Public, Paris, 2012, PUF, s.227; COMBACAU Jean ve SUR Serge, Droit International Public, 9. Baskı, Paris, 2010, Montchrestien, ss.230-231; AKSAR, s.231.

⁵⁸ SUR, s.169.

⁵⁹ SUR, s.169; AKSAR, s.231 ve 249; PAZARCI Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Ankara, 2006, Turhan Kitabevi, 4. Bası, s.139.

⁶⁰ COSNARD, s.14.

⁶¹ 11 Nisan 1949 tarihli Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararın Tazmini konusundaki Danışma Görüşü, Cour Internationale de Justice, Recueil 1949, s.174.

leştirebilmesi için belli başlı yetkilere sahip olması gerektiğini belirtmiştir (üstü kapalı yetkiler kuramı).⁶² Dolayısıyla, uluslararası örgütlerin hukuk kişiliğine sahip olmadıkları durumda hareket kabiliyetine sahip olamayacağını ve dolayısıyla hedeflerine ulaşamayacaklarını söyleyebiliriz.

Bununla birlikte, öğretilerde uluslararası kişilikten bahsetmek için hak ve yükümlülükler doğrudan sahip olma (*destinataire de droits et d'obligations*) ve hukuki düzeyde hareket kabiliyetine sahip olma (*capacité d'exercice*) iki esaslı kriter olarak kabul görmektedir.⁶³ İlk kriterde kastedilen haklar ve yükümlülükler vasıtasıyla uluslararası hukukun doğrudan (yani dolaylı olmayan bir biçimde) muhatabı olmaktır.⁶⁴ İkinci kriterle ilgili olarak, uluslararası alanda hareket kabiliyetinin hukuk yaratma (*capacité substantiel*) ve hak ihlali durumunda uluslararası düzeyde koruma (*capacité processuelle*) olmak üzere iki farklı boyutunun bulunduğu kabul edilmektedir.⁶⁵ Benzer şekilde, Shaw'a göre de hak talebinde bulunabilme ve bu talepleri gerçekleştirebilme meselesiyle hukuki kişilik doğrudan alakalıdır.⁶⁶ Başka bir deyişle, hak talebinde bulunabilme ve bu talepleri gerçekleştirebilme hukuki kişiliğin en önemli göstergesidir.⁶⁷

Devletlerin uluslararası mecrada hareket kabiliyetlerinin sınırlı olmadığını (prensip olarak kendi iradeleriyle sınırlanabilir) egemen olmayan diğer kişilerin kabiliyetlerininse sınırlı olduğunu söyleyebiliriz. Bu kabiliyete uluslararası sistemin esas katılımcısı olan devletlerin ve devletlerin oluşturdukları uluslararası örgütlerin sahip oldukları günümüzde tartışılmamaktadır. Uluslararası hukukun diğer katılımcılarının hukuki kişiliğe sahip olup olmadığı hususu ise tartışılmaya devam etmektedir ancak, bu noktada bu tartışmaya girilmeyecektir.⁶⁸ Burada ortaya koyduğumuz bilgiler ışığında, sadece insanlığın uzay hukuku bağlamında bir hukuk kişiliğinin olup olmadığı hususunun tartışmasıyla yetinilecektir.

⁶² SUR, s.169.

⁶³ COSNARD, ss.39-50. Benzer şekilde bkz. PAZARCI, a.g.e., s.137.

⁶⁴ COSNARD, ss.40-41.

⁶⁵ RIVIER, s.242. Genel olarak bu kabiliyet konusuyla alakalı bkz. COMBACAU/ SUR, ss.234-235.

⁶⁶ SHAW, s.151.

⁶⁷ COSNARD, s.14. Benzer şekilde bkz. AKSAR, s.231.

⁶⁸ Özel hukuk kişilerinin uluslararası hukuk kurallarının doğrudan konusunu oluşturup oluşturmadığı hususunda geniş bir tartışma için bkz. PAZARCI, ss.200-231.

B. Uluslararası Hukuk Kişilik Kriterleri Işığında Değerlendirme

1. Konuyla İlgili Öğretide Ortaya Konan Farklı Görüşler

Öğretide insanlığın uzay hukuku bağlamında bir uluslararası hukuk kişisi olup olmadığı hususunda yürütülen tartışmalarda kimi yazarlar insanlığın bu yönde bir kişiliğe sahip olmadığı fikrini savunmaktadır.⁶⁹ Bu kategorideki yazarlara göre, uzay hukuku insanlığa hiçbir hak ve yükümlülük getirmemektedir. Bu yazarlar insanlığın kullanımına tahsis olma kavramında hukuki anlamda bağlayıcı bir yükümlülük yaratmaktan ziyade ahlaki yanı ağır basan bir ifadenin ortaya konmaya çalışıldığını ileri sürmektedir. Buna ek olarak, insanlığı temsil etme kabiliyetine sahip bir uluslararası örgütün yokluğu nedeniyle insanlığın bir hukuk kişisi olmadığı da sıklıkla ifade edilmektedir.

İkinci kategoride bulunan yazarlarsa insanlığın bir uluslararası hukuk kişisi olduğunu ileri sürmektedir.⁷⁰ Örneğin, tahsis etme, genel menfaat gibi kavramlara Uzay Antlaşması'nda başvurulması Cocca'ya göre insanlığın bir hukuk kişisi olduğuna ve haklardan istifade edebileceğine işarettir.⁷¹ Esasında, teorik olarak insanlığın bir hukuk kişisi olmasının önünde hukuki hiçbir engel bulunmamaktadır.⁷² Bu kategoride bulunan yazarlar, özellikle 1949 danışma görüşünün şu bölümüne atıf vermektedir⁷³: “Bir hukuk düzeni içinde, nitelikleri ya da haklarının genişliği bakımından, hukuk kişileri zorunlu olarak aynı değildir; onların nitelikleri toplumun gereksinimlerine bağlıdır.” Yazarların yaklaşımına göre insanlığın haklarını koruyucu adım atamayışı bir kişiliğinin olmadığını göstermemektedir.⁷⁴

Her ne kadar Uzay Antlaşması kapsamında insanlık lehine bir tahsisin var olduğu hususu tartışılmaz olsa da insanlığın uluslararası düzeyde bir hareket kabiliyeti bulunmamaktadır. Bulduğumuz aşamada bu yönde hareket kabiliyetine sahip bir birim olmadığı için uzay

⁶⁹ HOBE, Article I of the Outer Space Treaty, s.34; COURTEIX, L'Accord Régissant Les Activités Des Etats sur la Lune Et les Autres Corps Célestes, ss.221-222; FASAN, s.131.

⁷⁰ PEYREFITTE, s.37; COCCA, Prospective Space Law, s.52.

⁷¹ COCCA, The Advances in International Law Through the Law of Outer Space, s.14.

⁷² PEYREFITTE, s.67.

⁷³ Çeviri Pazarıcı'dan aynen alınmıştır. PAZARCI, s.139.

⁷⁴ Buradan hareketle Peyrefitte insanlığı temsil etme kabiliyetine sahip bir birimin olmayışı dolayısıyla uluslararası hukuk kişiliğine sahip tüm birimlerin insanlık adına hareket edebileceği fikrini ileri sürmektedir. PEYREFITTE, s.68.

hukuku bağlamında insanlığın bir hukuk kişisi olduğunu ileri sürmemiz mümkün değildir. Bununla birlikte, uzay hukukunda yukarıda ele aldığımız maddelerden hareketle yeni bir hukuk kişisinin doğmakta olduğunun emarelerini görmemiz mümkündür.⁷⁵ Sonuç olarak, insanlığın önemli bir üst kavram olarak tartışılmaz bir biçimde var olduğunu ancak bu varlığın bir kişi olma seviyesine şu an için ulaşmadığını söyleyebiliriz. Bununla birlikte, uzun vadede böyle bir birimin hayata geçirilmesi imkânsız da değildir. 1949 tarihli danışma görüşünde belirtildiği üzere bu durum tamamen uluslararası toplumun ihtiyaçlarıyla doğrudan alakalıdır. Kısacası, insanlık adına hareket etme kabiliyetine sahip bir örgütün kurulması uluslararası hukukun ana katılımcıları olan devletlerin kararı ve arzusuna bağlıdır.

Hangi çerçevede insanlığın uluslararası bir kişiliğe sahip olacağı hususu bu aşamada tartışılabilir.

2. Hangi Hallerde İnsanlık bir Uluslararası Hukuk Kişisi Olabilir?

a. Dünya Uzay Örgütü'nün Kurulması

Soğuk Savaş döneminin iki süper gücü Amerika Birleşik Devletleri ve Sovyetler Birliği'nin öncülüğünde Birleşmiş Milletler Uzayın Barışçıl Amaçlarla Kullanımı Komitesi uzay hukukunun oluşturulmasında hayati bir rol oynamıştır.⁷⁶ Bu kurum özellikle Ay Antlaşması'nın başarısızlığa uğramasıyla 1980'li yıllardan itibaren eski değerini yitirmiş ve uzay hukukunun gelişimine yumuşak hukuk kuralları vasıtasıyla katkı sağlamıştır.⁷⁷ Komite uzay hukukunun gelişimine çok büyük katkı sağlamış olsa da insanlığı temsil etme yetkisine sahip değildir.

Her ne kadar uzay alanında birçok uluslararası örgüt olsa da bu örgütlerin çalışmalarını ve ulusal uygulamaları koordine edecek merke-

⁷⁵ FASAN, s.131.

⁷⁶ Birleşmiş Milletler'in uzay hukukunun gelişimine sunduğu katkı dolayısıyla genel olarak bkz. ERDEM, ss.9-17 ve 24-75.

⁷⁷ 1980'li yıllardan itibaren bağlayıcı bir hukuk metninin ortaya çıkmamasındaki en önemli faktörlerden birisi Komite'nin ilk dönemlerinde başarıyla karar alma mekanizmalarında kullandığı ancak sonraki süreçte karar alma sürecini zorlaştıran konsensus kuralının varlığıdır. Bu kuralla ilgili genel olarak bkz. GALLOWAY Eilene M., "Consensus Decisionmaking by the United Nations Committee on the Peaceful Uses of Outer Space", *Journal of Space Law*, Vol.7/1, 1979, ss.3-13. Çıkış noktası itibarıyla konsensus kuralıyla hedeflenen ideolojik çatışmaların önüne geçmek ve anlaşmazlık noktalarını sınırlandırmaktır. DeSAUSSURE Hamilton, "Evolution Toward an International Space Agency", *ZLW*, Vol.27, 1978, s.87.

zi bir yapılanma bulunmamaktadır. Özellikle son dönemde uzay çevresini ve güvenliğini ilgilendiren meseleler (uzay atıkları, uzay trafik yönetimi vb.) bu yönde bir örgütün kurulması gerekliliğini fazlasıyla ortaya koymuştur. Jakhu’ya göre uzay alanında karşılaşılan en büyük meydan okuma uzayın yönetsel sisteminin güçlendirilmesi noktasında karşımıza çıkmaktadır.⁷⁸ Bu meydan okumaya verilecek en etkin cevap karşılaşılan meselelerin çözümünü hızlandıracak uluslararası bir mekanizmanın hayata geçirilmesiyle mümkün olacaktır.

Bu yönde kurulacak örgütün hareket alanı hiç şüphesiz yukarıda bahsi geçen uzmanlaşmış bir ajans olmayan Komite’nin yetkilerinin oldukça ötesindedir.⁷⁹ Bu noktada, Komite’nin bir ajans hüviyetini kazanması düşünülebilir ya da yeni bir örgütün kurulması söz konusu olabilir. Bu birim özellikle teknik anlamda standartların ortaya çıkmasında başat rol oynamalı ve uzay güvenliğinin temin edilmesini sağlamalıdır. Özetle, bu yönde kurulacak bir örgütün ana hedefi uluslararası anlamda uzay yönetiminin rasyonelleştirilmesidir.⁸⁰

Devletlerin arzu etmesi halinde kurulacak örgüte insanlığı temsil yetkisinin verilmesi de tartışılabilir. Bu yönde kurulacak bir birim insanlığa tahsis kavramının uygulamaya sokulmasını kolaylaştıracak ve genel menfaate uygunluğun sağlanmasına devletleri teşvik edebilecektir. Bu bağlamda, yeni kurulacak birim özellikle gelişmekte olan ülkelerin ekonomik, teknolojik ve sosyal kalkınmalarında hayati öneme sahip uzay teknolojileri alanındaki kapasitelerin artırılmasında büyük bir rol oynayabilir. Bu amaçla gelişmiş olan ülkelerle gelişmekte olan ülkeler arasındaki iş birliğini kolaylaştırma görevini üstlenebilir. Unutulmamalıdır ki tahsis etme ve genel menfaate uygunluğu gerçekleştirmenin en önemli yolu iş birliğinden geçmektedir.

Uzay alanındaki ulusal güvenlik endişeleri, yüksek düzeydeki rekabet ortamı ve ülkeler arasındaki keskin yaklaşım farklılıkları Dünya Uzay Örgütü’nün kurulmasına kısa vadede engel teşkil etmektedir.⁸¹ Bu

⁷⁸ JAKHU, ss.937-938. Courteix’in altını çizdiği üzere, özellikle Soğuk Savaş’ın bitimiyle birlikte iki süper gücün arasındaki çatışmanın sona ermesiyle uzay alanında iş birliği çok büyük oranda kolaylaşmıştır. COURTEIX, Towards a World Space Organization, ss.423-424.

⁷⁹ DESAUSSURE, s.93.

⁸⁰ COURTEIX Simone, “Is it Necessary to Establish a World Space Organization”, Proc. on L. Outer Space, Vol.36, 1993, s.22. Courteix’in bu yönde bir örgütün hayata geçirilmesiyle ilgili tavsiyeleri aynı eserin 25-28 sayfaları arasında yer almaktadır.

⁸¹ COURTEIX, Towards a World Space Organization, ss.424-425; NOICHIM, s.333.

nedenle, bulunduğumuz aşamada genel yetkili bir örgüt yerine Uluslararası Telekomünikasyon Birliği gibi alanında uzmanlaşmış örgütler kurmak daha mantıklı gözükmemektedir. Uzun vadedeyse bütüncül bir yaklaşım geliştirilmesi ve kurulacak birime insanlığı temsil kabiliyeti verilmesiye imkânsız değildir. Bu birimin içinde bulunduğumuz uluslararası sistemin ana katılımcısı olan devletlerden bağımsız hareket etmesi ve ulus ötesi bir yapıya sahip olmasıya mümkün gözükmemektedir.

b. Ay Antlaşması Kapsamında veya Dışında Uluslararası bir Rejimin Hayata Geçirilmesi

Mevcut durumda, Ay Antlaşması'na taraf olmayan ülkeler bu antlaşmanın hükümleriyle bağlı değildir ve de Ay ve kaynaklarının ortak miras kabul edilmesi örf ve âdet hukuku değeri taşımamaktadır.⁸² Ortak miras kavramının açık bir biçimde tanımlanmamış olması nedeniyle uzay alanında etkin devletler bu antlaşmaya karşı çekimser kalmaya ya da karşıt yaklaşımlarını sürdürmeye devam etmektedir.⁸³ Her ne kadar Ay Antlaşması'nı yeniden canlandırma çabaları yürütülse⁸⁴ de bu çabalar gerçekçi olmayıp sonuç vermekten uzaktır. Uzun vadede, Ay Antlaşması tarafından öngörülen uluslararası rejim hayata geçse bile güçlü devletler tarafından desteklenmediği müddetçe bu rejimin etkinliği sınırlı kalacaktır.

Ay Antlaşması'na benzer bir uluslararası antlaşmanın imzalanması da çok taraflılığın tıkandığı bir süreçte pek mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla, kaynak kullanımı ve işletilmesi hususunda esas olarak Uzay Antlaşması uygulama bulmaya devam etmektedir.⁸⁵ Her ne kadar Amerikan yaklaşımı tek taraflı olarak değerlendirilse de bu yaklaşımın çoklu bir yaklaşımın ortaya çıkmasını kolaylaştırması da imkân dışı değildir. Başka bir deyişle, tek taraflılık uzay faaliyetlerinin doğduğu dönemde olduğu gibi her zaman olumsuz sonuç doğurmaz. Esas olan Amerikan yaklaşımının diğer devletler tarafından nasıl değerlendirildiğidir. Farklı bir biçimde ifade etmemiz gerekirse, net bir biçimde ortaya konan Amerikan yaklaşımı devletlerin konuyla ilgili pozisyon almalarını hızlandırıcı etki yaratma potansiyeline sahiptir. Artemis Anlaşmalar-

⁸² ERDEM, s.75.

⁸³ Örneğin ABD yaklaşımı için bkz. TÛTÛNCÛ, s.987.

⁸⁴ Genel olarak bkz. LEFEBER Rene, "Relaunching the Moon Agreement", *Air & Space Law*, Vol. 41/1, 2016, ss. 41-48.

⁸⁵ JAKHU/ FREELAND/ HOBE/ TRONCHETTI/ STUBBE, s.398.

r’na gün geçtikçe artan ilgi Amerikan yaklaşımının yavaş yavaş destek bulmaya başladığını göstermektedir.

Uzun vadede, uzay kaynaklarının etkin bir biçimde yönetilmesinin temini uluslararası bir rejimin ortaya konmasını gerektirmektedir. Daha önceki deneyimlerden hareketle, uzay hukukunda yeni bir kuralın oluşması için üç kriterin bir araya gelmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır⁸⁶: ilgili devletlerin yeni bir kuralın ortaya konmasına ihtiyaç duyması, farklı menfaatlerin hazırlanış sürecinde dikkate alınması ve politik koşulların oluşması. Bulduğumuz aşamada uluslararası rejimin hayata geçirilmesi bağlamında bu kriterler bir araya gelmekten uzaktır. Artemis Anlaşmalarıyla daha netlik kazanan Amerikan yaklaşımı ve bunun karşısında gelişecek yaklaşımlar bu yönde kurulabilecek bir rejime giden süreçte uzlaşmanın bulunmasında belirleyici olacaktır.

c. Kolonileşme Kapsamında Kurulacak Uluslararası Bir Birim

Uzayda kolonileşme insanoğlunun çok uzun zamandan bu yana en büyük hayallerinden birini oluşturmaktadır.⁸⁷ Kolonileşme projelerinin gerçekleşmesi halinde kolonide yaşayanlarla devletler arasındaki hukuki bağ Uzay Antlaşması’nın sekizinci maddesi çerçevesinde tescil mekanizması dolayısıyla korunacaktır. Bu maddeye uygun olarak devletler tescil ettikleri uzay cismi üzerinde ve bu cismin içinde bulunan kişiler üzerinde sahip oldukları yargı hakkı ve denetleme yetkilerini kullanabilecektir. Kısacası, kolonileşmenin hayata geçmesi halinde bir hukuk boşluğu olduğu ve Uzay Antlaşması’nın kolonileşmeye uygulanmayacağını ileri sürmek yerinde değildir. Bulduğumuz noktada

⁸⁶ CHENG, ss.164-165.

⁸⁷ Uluslararası Uzay İstasyonu projesinin kolonileşme idealini belirli ölçüde gerçekleştirdiğini iddia edebiliriz. Uzay İstasyonuna ilişkin Anlaşma’ya taraf olan devletler aralarında çıkabilecek uyuşmazlıkların önüne geçmek amacıyla gereken önlemleri almışlardır. İstasyonda yaşayan kişi sayısının azlığı ve bu kişilerin seçiminde gösterilen yüksek hassasiyet dolayısıyla uygulanacak kanun noktasında şimdiye kadar ciddi bir sorun yaşanmamıştır. Bununla birlikte, daha kalabalık ve çok milletli olası bir kolonileşme projesinin hayata geçirilmesi dolayısıyla çok daha karmaşık sorunlar ortaya çıkabilir. Uzay İstasyonu her ne kadar küçük ölçekli bir örnek olsa da İstasyona ilişkin Anlaşma özellikle ceza hukuku ve fikri mülkiyet alanındaki kanunlar ihtilafı kuralları dolayısıyla faydalanılması gereken değerli bir deneyim sunmaktadır. Agreement Among The Government of Canada, Governments of Member States of The European Space Agency, The Government of Japan, The Government of The Russian Federation, and The Government of The United States of America Concerning Cooperation on The Civil International Space Station, İmza Tarihi: 29 Ocak 1998 Yürürlük Tarihi: 27 Mart 2001.

uzayda bir devlet kurulmasıysa mümkün değildir zira uzayda devletin ana oluşturucu faktörlerinden biri olan tanımlanmış toprak parçası gereksiniminin sağlanamayacağını ve bu toprağın üzerinde ülkesel politik bir otoritenin kurulamayacağını altını çizmemiz gerekir.⁸⁸ Kısacası, uzay ülkesel (teritoryal) bir alan olarak mutlak surette değerlendirilemez.

Her ne kadar Uzay Antlaşması'nın sekizinci maddesi uygulama alanı bulacak olsa da ortaya çıkması kuvvetle muhtemel bazı sorunlar devletlerin farklı bir yaklaşım geliştirmelerini gerektirecektir. Bu bağlamda, uzayda kurulacak hukuk kişiliğine sahip uluslararası bir birim kolonide farklı milliyetlere sahip kişiler arasında ortaya çıkan hukuki ve cezai uyuşmazlıkların çözümü noktasında büyük bir rol oynayabilir.⁸⁹ Bu birimin en önemli vazifesiye devletler arası ortaya çıkacak uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözümlenmesini sağlamak olmalıdır.

Uzayda kolonileşme esnasında insan dışı akıllı varlıklarla temas da olasılık dışı değildir.⁹⁰ İnsan toplulukları üzerinde çok büyük etkiye sahip olabilecek bu konuda temel düzeyde de kalsa hukuki anlamda bir altyapı oluşturulmalıdır. Kolonileşmeyle ilgili kurulacak uluslararası birim Birleşmiş Milletler'le koordineli olarak bu varlıklarla ilk temas ve

⁸⁸ SHAW, ss.153-154.

⁸⁹ SIMON-BUTLER insanlığa tahsis etme kavramına teritoryal bir yaklaşım geliştirerek insanlığa uluslararası hukuk kişiliği kazandırma önerisinde bulunmaktadır. Yazar teritoryal yaklaşım geliştirilenin uzaya insan göçünü ve kaynakların kullanımını kolaylaştıracağını düşünmektedir. SIMON-BUTLER Andrew James, "Bifurcated Sovereignty and the Territorial Conception of "The Province of all Mankind"", Journal of Space Law, Vol.43/1, 2019, ss.1-59. Yazarın aksine insanlık lehine dahi olsa uzayda teritoryal bir yaklaşım geliştirilenin mümkün olmadığını düşünüyoruz. Dolayısıyla, insanlığın uzayın bir bölümüne sahip olamayacağını ve uzay hukuku müktesebatının buna müsaade etmediği kanaatindeyiz zira, Uzay Antlaşması'nın birinci maddesinde ifade edildiği üzere uzayın kullanımı ve keşfi insanlığa tahsis edilmiştir. Tahsis edilen uzay veya uzayın bir bölümü değildir. Sonuç olarak, uluslararası hukuk kişiliğine sahip insanlığın teritoryal olarak uzayın bir bölümünü sahiplenmesi mümkün değildir. Kısacası, tahsis kavramına getirilen teritoryal bakış Uzay Antlaşması'nın genel ruhuyla uyumsuzdur. Bununla birlikte, bu birimin kaynak yönetimini adil bir biçimde yürütmesinde ve devletler arası çıkacak ihtilafları çözmesindeyse bir engel bulunmamaktadır.

⁹⁰ Gelecekte kabul edilmesi muhtemel Mars Antlaşması kapsamında bu konunun nasıl ele alınması gerektiğiyle ilgili yapmış olduğumuz öneri için bkz. ÇAKIR Tuğrul, "Legal Implications of Detection of or Contact With Extra-Terrestrial Intelligence in The Mars Agreement Including Human Settlements", Assessing a Mars Agreement Including Human Settlements, FROEHLICH Annette (Editör), 2021, Springer, ss.51-61.

iletişim sürecini yürütebilir. İnsanlığın temsili ve koloni adına hareket edebilme yetkisi de koloninin kurulduğu yerde bu birime bırakılabilir. Birim kolonide yaşayan insanların menfaatlerini koruyabilecek ve de olası insanlık dışı varlıklarla karşılaşma halinde insanlığın genel menfaatlerinin temin edilmesini sağlayabilecektir.

SONUÇ

İnsanlık her ne kadar uluslararası bir kişiliğe sahip olmasa da kavram olarak uzay faaliyetlerinin şekillenmesinde hayati bir rol oynamıştır. İnsanlık kavramı özellikle gelişmiş devletlerin yürüttüğü uzay faaliyetleri kapsamında belirli ölçüde gelişmekte olan ülkelerin menfaatlerinin de dikkate alınması hususunda uyarıcı bir güç oluşturmuştur. Genel olarak, insanlığın kullanımına tahsis başta olmak üzere insancıl yaklaşım üzerine dayandırılmış diğer kavramlar uzay etiğinin oluşmasına büyük katkı sağlamıştır. Uzayın gelecek nesillere nasıl iyi bir şekilde aktarılması gerektiği hususu da bu yaklaşımın önemli bir uzantısını oluşturmaktadır. Bu bağlamda, Filho uzay hukukunun doğasının ve değerinin anlaşılması ve karşılaşılan meselelere daha somut cevaplar ortaya koyabilmek için bu alana felsefi bir bakış geliştirilmesi gerektiğinin altını çizmektedir.⁹¹ Bu bakış askerleşme ve ticarileşmeye dayalı gerilimin her geçen gün arttığı uzayda bir zorunluluk halini almıştır. Uzay hukukunun oluşturulmasına yön vermesi gereken tam olarak bu felsefi bakıştır.

⁹¹ FILHO Jose Monserrat, "Why a Philosophy of International Space Law", Proc. Int'l Inst. Space L., Vol.56, 2013, ss.437-450.

KAYNAKLAR

- ACHILLEAS, Philippe, "Le Statut International de l'Astronaute", Proceedings of the Colloquium on the Legal and Ethical Issues of Human Space Flight, Paris, UNESCO, 2005, ss. 13-28.
- AKSAR, Yusuf, Temel Metin ve Davalarla Uluslararası Hukuk, Ankara, 2021, Seçkin.
- AKKUTAY, Ali İbrahim, "Uluslararası Hukuk Bakımından Derin Deniz Yatağında Yer Alan Kaynakların Araştırılması, Keşfi ve İşletilmesi", Ankara Barosu Dergisi, Cilt 2, 2016, ss.155-193.
- BUECKLING, Adrian, "The Strategy of Semantics and the 'Mankind Provision' of the Space Treaty", Journal of Space Law, Vol.7-1, 1972, ss.15-22.
- ÇAKIR, Tuğrul, "International Cooperation as an Essential Part of the Galileo Programme", Legal Aspects Around Satellite Constellations, FROEHLICH Annette (Editör), 2021, Springer, ss.161-177.
- ÇAKIR, Tuğrul, "Legal Implications of Detection of or Contact with Extra-terrestrial Intelligence in the Mars Agreement Including Human Settlements", Assessing a Mars Agreement Including Human Settlements, FROEHLICH Annette (Editör), 2021, Springer, ss.51-61.
- ÇAKIR, Tuğrul, "Les Sources du droit de l'Espace", Cinquante ans de droit de l'Espace, ACHILLEAS Philippe ve HOBE Stephan (Editörler), 2020, Brill/Nijhoff, ss.83-126.
- CHENG, Bin, "The 1967 Outer Space Treaty: Thirtieth Anniversary", Air&Space Law, Vol.23-4/5, 1998, ss.156-165.
- CHRISTOL, Carl, "Important Concepts for the International Law of Outer Space", Proc. on L. Outer Space, Vol.40, 1997, ss.73-83.
- COCCA, Aldo Armando, "The Advances in International Law Through the Law of Outer Space", Journal of Space Law, Vol. 9, 1981, ss.13-20.
- COCCA, Aldo Armando, "Prospective Space Law", Journal of Space Law, Vol.26/1, 1998, ss-51-56.
- COMBACAU, Jean ve SUR, Serge, Droit International Public, 9. Baskı, Paris, 2010, Montchrestien.

- COSNARD, Michel, "Rapport introductif", Le sujet en droit international - SFDI Colloque du Mans, Pedone, Paris, 2005, ss.13-54.
- COURTEIX, Simone, "L'accord Regissant Les Activités Des Etats Sur La Lune Et Les Autres Corps Celestes", Annuaire Français De Droit International, Vol.25, 1979, ss.203-222.
- COURTEIX, Simone, "Towards a World Space Organization", Outlook on Space Law Over the Next 30 Years, LAFFERANDERIE Gabriel (Editör), Kluwer Law International, 1997, ss.423-427.
- COURTEIX, Simone, "Is it Necessary to Establish a World Space Organization", Proc. on L. Outer Space, Vol.36, 1993, ss. 20-30.
- DE LA ROCHERE, Jacqueline Dutheil, "La Convention Sur l'Internationalisation De l'Espace", Annuaire Français De Droit International, Vol.13, 1967, ss.607-647.
- DeSAUSSURE, Hamilton, "Evolution Toward an International Space Agency", ZLW, Vol.27, 1978, ss.86-96.
- ERDEM, Merve, Uzayın ve Uzay Faaliyetlerinin Hukuki Rejimi, Ankara, 2014, Savaş Yayınevi.
- FASAN, Ernst, "The Meaning of the Term "Mankind" in Space Legal Language", Journal of Space Law, Vol.2, 1974, ss.125-131.
- FILHO, Jose Monserrat, "Why a Philosophy of International Space Law", Proc. Int'l Inst. Space L., Vol.56, 2013, ss.437-450.
- GALLOWAY, Eilene M., "Consensus Decisionmaking by the United Nations Committee on the Peaceful Uses of Outer Space", Journal of Space Law, Vol.7/1, 1979, ss.3-13.
- HOBE, Stephan, "Legal Aspects of Space Tourism, Nebraska Law Review", Vol.86-2, 2007, ss.439-458.
- HOBE, Stephan, "Article I of the Outer Space Treaty", Cologne Commentary on Space Law (Volume I), HOBE Stephan, SCHMIDT-TEDD Bernard ve SCHROGL Kai-Uwe (Editörler), Köln, 2009, Carl Heymanns Verlag, ss.25-43.
- HOBE, Stephan ve TRONCHETTI, Fabio, "Space Benefits Declaration", Cologne Commentary on Space Law (Volume III), HOBE Stephan, SCHMIDT-TEDD Bernard ve SCHROGL Kai-Uwe (Editörler), Köln, 2015, Carl Heymanns Verlag, ss.306-318.

- JAKHU, Ram S., "Une Gouvernance Globale Renforcee De l'Espace Extra-Atmospherique Pour Un Ordre Stable Et Des Benefices Accrus par", *Annuaire Français de Relations Internationales*, Vol.18, 2017, ss.937-949.
- JAKHU, Ram/ FREELAND, Steven/ HOBE, Stephan/ TRONCHETTI, Fabio ve STUBBE, Peter, "Moon Agreement", *Cologne Commentary on Space Law (Volume II)*, HOBE Stephan, SCHMIDT-TEDD Bernard ve SCHROGL Kai-Uwe (Editörler), Köln, 2015, Carl Heymanns Verlag, 2013, ss.325-426.
- JASENTULIYANA, Nandasiri, "Article I of the Outer Space Treaty Revisited", *Journal of Space Law*, Vol.17/2, 1989, ss.129-144.
- JASENTULIYANA, Nandasiri, "The Role of Developing Countries in the Formulation of Space Law", *Annals Air & Space Law*, Vol.20, 1995, ss.95-138.
- LEFEBER, Rene, "Relaunching the Moon Agreement", *Air & Space Law*, Vol. 41/1, 2016, ss. 41-48.
- LYALL, Francis ve LARSEN, Paul B., *Space Law: a Treatise*, Surrey, 2009, Ashgate.
- MARBOE, Irmgard/ NEUMANN, Julia ve SCHROGL, Kai-Uwe, "Rescue Agreement", *Cologne Commentary on Space Law (Volume II)*, HOBE Stephan, SCHMIDT-TEDD Bernard ve SCHROGL Kai-Uwe (Editörler), Köln, 2015, Carl Heymanns Verlag, 2013, ss.1-82.
- MARCHISIO, Sergio, "Article IX of the Outer Space Treaty", *Cologne Commentary on Space Law (Volume I)*, HOBE Stephan/ SCHMIDT-TEDD Bernard ve SCHROGL Kai-Uwe (Editörler), Köln, 2009, Carl Heymanns Verlag, ss.169-182.
- MARCOFF, Marco G., "La Liberte de l'Espace - Regle De Droit International A Condition Resolutoire", Vol.28, 1979, *ZLW*, ss.405-414.
- MATEESCO-MATTE, Mircea, "Des Agents Tres Spatiaux: Quel Regime Juridique", *Annals Air & Space L.*, Vol 2, 1977, ss.351-374.
- NOICHIM, Chukeat, "International Cooperation for Sustainable Space Development", *Journal of Space Law*, Vol. 31/2, 2005, s.315-338.
- PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Ankara, 2006, Turhan Kitabevi, 4. Basi.

- PEYREFITTE, Leopold, *Droit de l'Espace*, Paris, 1993, Dalloz.
- RIVIER, Raphaele, *Droit International Public*, Paris, 2012, PUF.
- SCHILLING, Franz, "Fishing in Outer Space – The Luxembourgish Interpretation of the Appropriation of in-situ Resources", 68 ZLW, 2019, ss. 248-260.
- SGROSSO, Gabriella Catalano, "Legal Status of the Crew in the International Space Station", Proc. on L. Outer Space, Vol.42, 1999, ss.35-49.
- SHAW, Malcolm N., *Uluslararası Hukuk*, KAYA İbrahim (Çeviri Editörü), Sekizinci Baskı, Ankara, TÜBA, 2018.
- SIMON-BUTLER, Andrew James, "Bifurcated Sovereignty and the Territorial Conception of "The Province of All Mankind"", Journal of Space Law, Vol.43/1, 2019, ss.1-59.
- SUR, Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, İstanbul, 2017, Beta Yayınları, 11. Baskı.
- TRONCHETTI, Fabio, "Legal Aspects of Space Ressource Utilization", Handbook of Space Law, VON DER DUNK Frans ve TRONCHETTI Fabio (Editörler), 2015, Edward Elgar Publishing, ss.769-813.
- TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur, "Uzay Hukuku ve Uzaydaki Faaliyetlerin Gelişmesiyle İlgili Milletlerarası Sistemin Yapısı, Düzenlediği İlişkiler ve Dayandığı Esaslara Genel Bir Bakış", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 19, 2000, ss.979-989.
- VICAS, Alex G., "Efficiency, Equity and the Optimum Utilization of Outer Space as a Common Resource", *Annals Air & Space L.*, Vol.5, 1980, ss. 589-609.
- VON DER DUNK, Frans ve GOH, Gérardine Meishan, "Article V of the Outer Space Treaty", *Cologne Commentary on Space Law* (Volume I), HOBE Stephan/ SCHMIDT-TEDD Bernard ve SCHROGL Kai-Uwe (Editörler), Köln, 2009, Carl Heymanns Verlag, ss.94-102.
- VON DER DUNK, Frans, "A Sleeping Beauty Awakens: The 1968 Rescue Agreement After Forty Years", *Journal of Space Law*, Vol.34, 2008, ss.411-434.

WASSENBERGH, Henri, "Parallels and Differences in the Development of Air, Sea and Space Law in the Light of Grotius' Heritage", *Annals Air Space Law*, Vol.9, 1984, ss.163-176.

ANTLAŞMALAR

Agreement Among The Government Of Canada, Governments Of Member States Of The European Space Agency, The Government Of Japan, The Government Of The Russian Federation, And The Government Of The United States Of America Concerning Cooperation On The Civil International Space Station, İmza Tarihi: 29 Ocak 1998 Yürürlük Tarihi: 27 Mart 2001.

Astronotların Kurtarılması, Astronotların ve Uzaya Fırlatılmış Olan Araçların Geri Verilmeleri Hakkında Anlaşma, İmza Tarihi: 19 Aralık 1967, Yürürlük Tarihi: 3 Aralık 1968.

Ay ve Diğer Gök Cisimleri Dahil, Uzayın Keşif ve Kullanılmasında Devletlerin Faaliyetini Yöneten İlkeler Hakkında Antlaşma, İmza Tarihi: 27 Ocak 1967, Yürürlük Tarihi: 10 Ekim 1967.

Ay ve Gök Cisimlerinin Üzerinde Devletlerin Faaliyetlerini Düzenleyen Antlaşma, İmza Tarihi: 5 Aralık 1979, Yürürlük Tarihi: 11 Temmuz 1984.

Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, İmza Tarihi: 10 Aralık 1982, Yürürlük Tarihi: 16 Kasım 1994.

DİĞER ULUSLARARASI KAYNAKLAR

51/122 numaralı ve 13 Aralık 1996 tarihli Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararı, Uzayın Keşfinin ve Kullanımının Tüm Devletlerin, Özellikle Gelişmekte Olanların, Menfaati ve Yararına Olmasına İlişkin Uluslararası İş birliği Deklarasyonu.

Status of International Agreements Relating to Activities In Outer Space as at 1 January 2021, 31 May 2021, A/AC.105/C.2/2021/CRP.10.

MAHKEME KARARI

11 Nisan 1949 tarihli Birleşmiş Milletler Hizmetinde Uğranılan Zararın Tazmini konusundaki Danışma Görüşü, Cour Internationale de Justice, Recueil 1949, s.174

657 SAYILI KANUN KAPSAMINDA MEMURLARIN KURUMLAR ARASI NAKLEN ATANMALARI

Dr. Yunus ERASLAN*

Öz

Devlet memurları, çeşitli sebeplerle kurumlar arası naklen atanmak isteyebilirler. 657 sayılı Kanunda, memurların bir kurumdan diğerine nakilleri özel olarak düzenlenmiştir. Memurların kurumlar arası nakli, bir süreci gerektirmektedir. Memurlarının kurumlar arası nakil yönünden 657 sayılı Kanunda, bazı temel esaslar dışında ayrıntılı bir usul ve kıstas düzenlemesine yer verilmemiştir. 657 sayılı Kanunda yer verilen katma bütçeli kurum kavramına 5018 sayılı Kanunda yer verilmediğinden, katma bütçeli kurum kavramı güncelliğini yitirmiştir. Bu durum ise, hangi kurumlar arasında naklen atama yapılacağı sorununa yol açabilmektedir. Kurumlar arası nakle tabi personel ile bu kurumların kapsamı, mevzuatın mevcut haliyle ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı, kurumlar arası nakil yönünden uygulamada yargı kararlarıyla geliştirilen kıstasların incelenmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Memur • Atama • Kurumlar Arası • Muvafakat • Kıstas

* Dr., Adana Bölge İdare Mahkemesi Hakimi Adana, Türkiye | Dr, District Administrative Court Judge Adana, Turkey.

✉ yunus.eraslan@adalet.gov.tr • ORCID 0000-0002-9660-5519

✉ **Atıf Şekli** | Cite As: ERASLAN Yunus, "657 Sayılı Kanun Kapsamında Memurların Kurumlar Arası Naklen Atanmaları", *SÜHFD.*, C. 30, S. 1, 2022, s. 399 - 440.

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

✉ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

INTER-INSTITUTIONAL TRANSPORTATION OF OFFICERS UNDER LAW NO 657

Abstract

Civil servants may want to be transferred between institutions for various reasons. The Law No. 657 specifically regulates the transfer of civil servants from one institution to another. Transfer of civil servants between institutions requires a process. In terms of the transfer of civil servants between institutions, Law No. 657 does not include a detailed procedure and criteria arrangement, except for some basic principles. Since the concept of institution with an annexed budget, which is included in the Law No. 657, is not included in the Law No. 5018, the concept of institution with an annexed budget has lost its currency. This situation may lead to the problem of transferring appointments between which institutions. It is aimed to examine the personnel subject to inter-institutional transfer and the scope of these institutions, whether the legislation meets the need in its current form, and the criteria developed by judicial decisions in practice in terms of inter-institutional transfer.

Key Words

Officer • Appointment • Inter-Institutional • Consent • Criterion

GİRİŞ

Devlet memurları çeşitli sebeplerle naklen atanmak isteyebilirler. Bu atama, kurum içi olabileceği gibi kurumlar arası da olabilir.¹ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda, memurların bir kurumdan diğerine nakilleri özel olarak düzenlenmiştir.

Devlet memurlarının kurumlar arası atanması, farklı kamu kurumları arasında yapılmaktadır. Kamu kurumunun biri hâlihazırda görev yapılan kamu kurumu, diğeri ise atanmak istenilen kamu kurumudur.

Görev yapılan veya atanmak istenilen kamu kurumundan sadece birisinin onayı ile kurumlar arası nakil sonuçlanamaz. Memurların kurumlar arası nakli, bir süreci ve işlemler silsilesini gerektirmektedir. Devlet memurlarının kurumlar arası naklen atanmaları için, iki kurumun ortak iradesi zorunlu kılınmıştır. Kurumlar arası nakil sürecinin tamamlanması için en az iki idari işlem gereklidir.

657 sayılı Kanunda memurlarının kurumlar arası nakli konusunda, bazı temel esaslara yer verilmiştir. Bu esaslar dışında ayrıntılı bir usul ve

¹ OĞURLU, Yücel, "Danıştay Kararlarından Örneklerle Naklen Atamalar Sorunu", Kamu Personeli Sorunları İdare Hukuku Sempozyumu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Eskişehir 2004, s. 155.

kıstas düzenlemesine yer verilmemiştir. Bu nedenle Devlet memurlarının kurumlar arası naklinde dikkate alınacak kıstaslar, uygulamada yargı kararlarıyla oluşturulmakta ve geliştirilmektedir.

Çalışmamızda, kurumlar arası nakle tabi personel ile kurumların kapsamı, mevzuatın ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı, kurumlar arası naklen atama yönünden uygulamada yargı kararlarıyla geliştirilen kıstaslar ayrıntılı olarak incelenmiştir. Konunun tam olarak aydınlatılması ve anlaşılabilmesi için güncel yargı kararlarından çok sayıda örnekler verilmiştir.

I. KURUMLAR ARASI NAKLE TABİ PERSONELİN GENEL OLARAK TANITIMI

Anayasaya göre, “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür” (m. 128). 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’na göre memur ise, mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenlerdir (m. 4). 657 sayılı Kanun anlamında kamu görevlisi, idarenin toplum adına yapmak zorunda olduğu ve kamusal görevlerin ifasında görev alan asli ve sürekli personeli ifade etmektedir.²

Devlet memurları eş durumu, öğrenim durumu, sağlık ve benzeri nedenlerden kurum içinde veya kurumlar arasında naklen atanmaları gerekebilir. Bu nedenle devlet memurlarının atanmalarının özel olarak düzenlenmesi gerekir. Anayasaya göre, “memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir” (m. 128).

Devlet memurlarının kurum içi naklen atanmaları kadar, kurumlar arası atanmaları da gerekebilir. Zira Türk idari teşkilatında bazı kamu tüzel kişileri il veya ilçe bazında, bazıları bölge bazında, bir kısmı ise ülke düzeyinde teşkilatlanmıştır. İl, ilçe veya bölge düzeyinde teşkilatlanan kamu tüzel kişilerinde görevli devlet memurları, birtakım sebeplerden dolayı başka bir il veya bölgedeki kamu tüzel kişisi bünyesinde çalışma ihtiyacı duyabilir. Bu durum ülke düzeyinde teşkilatlanan kamu tüzel kişileri yönünden de geçerlidir. Örneğin ülke düzeyinde teşkilatı bulunan

² ERDOĞDU, Ahmet, “Memur Kavramında Yenilik”, Danıştay Dergisi, S. 4, Y. 1972, s. 14.

bir kamu tüzel kişisinde görevli devlet memuru, öğrenim veya uzmanlık alanını yönünden yine ülke düzeyinde teşkilatı bulunan başka bir kamu tüzel kişisinde çalışmak isteyebilir. Bu nedenle 657 sayılı Kanunda, memurların bir kurumdan diğerine nakilleri özel olarak düzenlenmiştir.³

657 sayılı Kanunda, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde memur, sözleşmeli personel ve işçiler olmak üzere üç istihdam şekli öngörülmüştür.⁴ 657 sayılı Kanunun kurumlar arası nakle ilişkin hükümleri, doğrudan memurlar hakkında düzenleme içermektedir. Ancak bu hükümlerin, sözleşmeli personel ve işçiler hakkında da uygulanıp uygulanmayacağına irdelenmesi, kurumlar arası naklin kapsamının anlaşılması bakımından yararlı olacaktır.

657 sayılı Kanun kapsamındaki işçiler hakkında bu kanun hükümleri uygulanmaz (m. 4). Bu kural nedeniyle, kamu tüzelkişilerinde görevli işçiler hakkında, memurlar için öngörülen kurumlar arası nakle ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün değildir.

657 sayılı Kanununun 128. maddesinde sözü edilen “diğer kamu görevlileri” kavramı memurlar ve işçiler dışında, kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde, kamu hukuku ilişkisiyle çalışanları ifade etmekte olup, genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli görevleri yerine getiren sözleşmeli personel “diğer kamu görevlileri” kapsamında yer almaktadır.⁵

657 sayılı Kanununun anılan hükümlerine göre, memurlar için öngörülen kurumlar arası nakle ilişkin hükümler, 4/B’li sözleşmeli personel hakkında da uygulanması hukuken mümkündür. Ancak sözleşmeli personelin hukuki durumuna ilişkin olarak getirilen 06/06/1978 günlü, 7/15754 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı Eki Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslar'a, 02/03/2009 günlü, 2009/14799 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla eklenen "Kurum içi yer değişikliği" başlıklı Ek 3. maddenin 1. fıkrasında, "*Sözleşmeli personelin kurumlar arası yer değişikliği yapılamaz.*"

³ 657 sayılı Kanuna göre, “memurların bu Kanuna tabi kurumlar arasında, kurumların muvafakati ile kazanılmış hak dereceleri üzerinden veya 68 inci maddedeki esaslar çerçevesinde derece yükselmesi suretiyle, buldukları sınıftan veya öğrenim durumları itibarıyla girebilecekleri sınıftan, bir kadroya nakilleri mümkündür. Kazanılmış hak derecelerinin altındaki derecelere atanabilmeleri için ise atanacakları kadro derecesi ile kazanılmış hak dereceleri arasındaki farkın 3 dereceden çok olmaması ve memurların isteği de şarttır” (m. 74).

⁴ Geçici personel kanunda dördüncü istihdam şekli olarak öngörülmüş ise de, bu istihdam usulü 7079 sayılı Kanununun 17. maddesi ile kaldırılmıştır.

⁵ Danıştay 2D, T. 21.10.2021 ve E. 2020/1926 sayılı yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar, www.uyap.gov.tr, e.t. 15.01.2022.

kuralına yer verilmiştir. Bu esasa ilişkin hüküm nedeniyle, sözleşmeli personelin kurumlar arası yer değişikliği yapması hukuken mümkün görünmemektedir. Kaldı ki Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslara eklenen Ek 3. maddesinin 1. fıkrasındaki "Sözleşmeli personelin kurumlar arası yer değişikliği yapılamaz." ibaresinin iptali istemiyle açılan bir dava ise Danıştay tarafından reddedilmiştir.⁶

Bu açıklamalar ışığında, 657 sayılı Kanunda öngörülen kurumlar arası nakle ilişkin hükümlerin, işçiler ve sözleşmeli personel hakkında uygulanmasının mümkün olmadığı⁷, sadece memurlar hakkında uygulanabileceğini söylemek mümkündür.

II. DEVLET MEMURLARININ KURUMLAR ARASI NAKLİ HAKKINDA GENEL ESASLAR

657 sayılı Kanuna göre, "memurların bu Kanuna tabi kurumlar arasında, kurumların muvafakatı ile kazanılmış hak dereceleri üzerinden veya derece yükselmesi suretiyle, buldukları sınıftan veya öğrenim durumları itibariyle girebilecekleri sınıftan, bir kadroya nakilleri mümkündür" (m. 74).

657 sayılı Kanunda Devlet memurlarının kurumlar arası nakli konusunda, genel olarak üç temel esas benimsenmiştir. Bunlar sırayla 1) nakil olunabilecek kurum olmalı, 2) kurumların nakle muvafakatı olmalı ve 3) derece ve sınıfı uygun olması esaslarıdır. Kurumlar arası nakil konusunda öngörülen bu esaslar, aynı zamanda sınırlamaları da beraberinde getirmektedir.

657 sayılı Kanunda Devlet memurlarının kurumlar arası nakli konusunda, genel esaslar belirlenmiştir. Ancak kurumlar arası naklin usulü, sırası ve şekline ilişkin ayrıntılı hükümlere yer verilmemiştir. Konunun daha kolay açıklanması için bu esasları ayrı başlıklar halinde irdelemesi yerinde olacaktır.

A. Kurumlar Arası Nakil Yapabilecek Kurumlar

Bütün Devlet memurları, 657 sayılı Kanunda öngörülen kurumlar arası nakle tabi değildir. Memurların kurumlar arası nakil yapabilmesi

⁶ Danıştay 5D, T. 09.02.2021, E. 2009/2618, K. 2011/476 sayılı kararı ve anılan kararın onanması hakkında Danıştay İDDK, T. 11.11.2014, E. 2011/2269, K. 2014/3957 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 15.01.2022.

⁷ Sözleşmeli Personel Çalıştırılmasına İlişkin Esaslara eklenen Ek 3. maddesinin 1. fıkrasındaki "Sözleşmeli personelin kurumlar arası yer değişikliği yapılamaz." ibaresinde hukuka aykırılık bulunmadığına dair güncel Danıştay 2D, T. 04.03.2021, 2020/2259 sayılı yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar, www.uyap.gov.tr, e.t. 15.01.2022.

için, görev yaptığı ve nakil gideceği kurumun 657 sayılı Kanuna tabi bir kurum olması gerekir (m. 74).

657 sayılı Kanun, “Genel ve Katma Bütçeli Kurumlar, İl Özel İdareleri, Belediyeler, İl Özel İdareleri ve Belediyelerin kurdukları birlikler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlarda, kanunlarla kurulan fonlarda, kefalet sandıklarında veya Beden Terbiyesi Bölge Müdürlüklerinde çalışan memurlar hakkında uygulanır” (m. 1).

13.12.1960 tarihli ve 160 sayılı Kanunun 4. maddesi⁸ kapsamına giren kurumlarla 657 sayılı Kanuna tabi kurumlar arasındaki nakillerde de, 657 sayılı Kanunda öngörülen kurumlar arası nakle ilişkin hükümler uygulanır (657 SK m. 74) denilmişse de; 657 sayılı Kanunun ek ve değişikliklerinde, 13/12/1960 gün ve 160 sayılı Kanunun dördüncü maddesine yapılan atıflar 8/6/1984 gün ve 217 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ilgili maddelerine yapılmış sayılır (657 SK m. Ek 27). Ancak 217 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 123 üncü maddesiyle yürürlükten kaldırıldığından, 657 sayılı Kanunun ek 27. maddesinin uygulanabilirliği kalmamıştır.

657 sayılı Kanunda ve 160 sayılı Kanunun dördüncü maddesinde, özel bütçeli idareler ifadesine yer verilmemiştir. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu 24.12.2003 tarihinde yürürlüğe girmeden önce, katma bütçeli olmaları sebebiyle 657 ve 160 sayılı Kanun kapsamında yer alan kamu tüzel kişiler hakkında 657 sayılı Kanunun 74. maddesi hükmü uygulanmaktaydı. Ancak 5018 sayılı Kanunla bütçe türlerinde değişiklik yapılarak yeni bir sınıflandırmaya gidilmiştir. Bu düzenlemeye göre, “genel yönetim kapsamındaki idarelerin bütçeleri; merkezi yönetim bütçesi, sosyal güvenlik kurumları bütçeleri ve mahallî idareler bütçeleri olarak sınıflandırılmıştır. Merkezi yönetim bütçesinin, 5018

⁸ 160 sayılı Kanunun “Kanunun şümulü” başlıklı 4. maddesine göre, “ Personeli (Subay ve astsubaylar hariç) ile ilgili olarak bu kanunun şümulüne dâhil daire ve müesseseler aşağıdadır:

- a) Genel ve katma bütçeli daireler, il özel idareleri ve belediyeler, bunlara bağlı müesseseler, b) Sermayesinin tamamı Devlet tarafından verilmek suretiyle kurulan iktisadi müesseselerle, sermayesinin yarısından fazlası Devlete ait bankalar, c) Hususi kanunlarla veya hususi kanunların verdiği yetkiye dayanılarak kurulan banka ve teşekküller, (5590 sayılı kanuna tabi odalar ve borsalarla meslekî teşekküller hariç) d) Yukarıdaki bentlerde yazılı idare, teşekkül ve bankalar tarafından sermayelerinin yarısından fazlasına iştirak suretiyle kurulan teşekküllerle bunların aynı nispette iştiraki ile vücut bulan müesseseler, Yukarıda yazılı idare, teşekkül, banka ve müesseseler bu kanunda «Kurum», tabiri ile ifade edilmiştir.

sayılı Kanuna ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan kamu idarelerinin bütçelerinden oluşacağı” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre bütçe türleri, genel bütçe, özel bütçe ve düzenleyici ve denetleyici kurumun bütçesidir (5018 SK m. 12).

Özel bütçeli idarelerde görev yapan personelin 657 sayılı Kanun, 160 sayılı Kanununun 4. maddesi ve gerekse mülga 217 sayılı KHK kapsamındaki kurumlardan olmamaları nedeniyle, 657 sayılı Kanununun 74. maddesi hükmüne göre kurumlar arası naklen atanmadan yararlanma olanağı bulunmamaktadır. Ancak, 5436 sayılı Kanun'un 1.1.2006 tarihinde yürürlüğe giren geçici 3. maddesinin son fıkrası ile, “*ilgili mevzuatında gerekli düzenleme yapılıncaya kadar mevzuatta katma bütçeli idarelere yapılan atıfların, katma bütçeli idare iken 5018 sayılı Kanunla özel bütçeli idareler kapsamına alınan kamu idareleri bakımından, ilgisine göre bu idarelere yapılmış sayılacağı*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, katma bütçeli idare iken 5018 sayılı Kanunla özel bütçeli idareler kapsamına alınan kamu idareleri, 657 sayılı ve 160 sayılı Kanun ile mülga 217 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamında olup, 657 sayılı Kanununun 74. maddesi hükmünden yararlanabilmektedirler.⁹

Örneğin, Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı, Üniversiteler, Orman Genel Müdürlüğü, Vakıflar Genel Müdürlüğü, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü daha önce katma bütçeli idare iken 5018 sayılı Kanunla özel bütçeli idareler kapsamına alınan kamu idareleridir. Bu idarelerde görev yapan memurlar da, 5436 sayılı Kanun'un Geçici 3. maddesi atfı gereği, ilgili mevzuatında gerekli düzenleme yapılıncaya kadar 657 sayılı Kanunun 74. maddesi hükmünden yararlanabilecektir.

Daha önce katma bütçeli idare değil iken 5018 sayılı Kanunla özel bütçeli idareler kapsamına alınan kurumlarda çalışan memurlar ise, 657 sayılı Kanunda öngörülen kurumlar arası nakle ilişkin hükümlerden faydalanma olanağı bulunmamaktadır. Bu bakımdan, kurumlar arası nakle ilişkin işlem ve idari uyumsuzluklarda, 5018 sayılı Kanunla özel bütçeli idareler kapsamına alınan kamu idarelerinin, daha önce katma bütçeli idare olup olmadığına tespiti önem arz etmektedir. Diğer bir anlatımla, 657 sayılı Kanunda öngörülen kurumlar arası nakil istemlerinde, istisnalar haricinde özel bütçeli kurumda çalışmıyor olmak ön koşul niteliğindedir.

⁹ Benzer yönde Danıştay 5D, T. 14.12.2011, E. 2009/7273, K. 2011/7523 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 16.01.2022.

657 sayılı Kanun ve 160 sayılı Kanunda öngörülen katma bütçeli idare kavramına, 5018 sayılı Kanunda yer verilmediğinden, 657 sayılı Kanunda öngörülen katma bütçeli idare kavramı güncelliğini yitirmiştir. Bu durum ise, hangi kurumlar arasında naklen atama yapılacağı sorununa yol açabilmektedir. Daha önce katma bütçeli idare iken 5018 sayılı Kanunla özel bütçeli idareler kapsamına alınan kurumlarda çalışan memurlar (5436 sayılı Kanun'un Geçici 3. maddesi atfı gereği) ilgili mevzuatında gerekli düzenleme yapılmıyaya kadar 657 sayılı Kanun hükümlerinde yararlanmakta iken, bu kapsamda olmayan özel bütçeli kurumlarda çalışan memurlar hakkında ise, 657 sayılı Kanuna ilişkin hükümler uygulanamamaktadır. Bu kurumlarda çalışan memurlar, kurumlar arası naklen atamaya ilişkin hükümlerden de yararlanamayacaktır. Bu nedenle, 657 sayılı Kanunun kapsamını düzenleyen madde hükmünde değişiklik yapılmalıdır. Buna göre, kanundan “katma bütçeli kurum” kavramı çıkarılarak yerine, özel bütçeli kurumlar ifadesi getirilmelidir. Anılan değişiklik sayesinde, özel bütçeli kurumların bir kısmının 657 sayılı Kanuna tabi olup bir kısmının olmamasının da önüne geçilmiş olacaktır.

B. Kurumlar Arası Nakilde Öğrenim, Sınıf ve Derece Koşulu

Devlet memurları, istedikleri kamu kurumuna naklen atanamadıkları gibi, istedikleri sınıf ve dereceden de kurumlar arası naklen atanmaları mümkün değildir. Kanunda sınıf ve derece yönünden de esas ve sınırlamalara yer verilmiştir.

657 sayılı Kanuna göre memurlar, kazanılmış hak dereceleri üzerinden veya 68 inci maddedeki esaslar çerçevesinde derece yükselmesi suretiyle bir kadroya nakilleri mümkündür (m. 74).

657 sayılı Kanunun 68 inci maddedeki esaslar çerçevesinde derece yükselmesi suretiyle bir kadroya nakil yoluyla atanma; kanunda öngörülen belirli süre hizmeti bulunan ve yükseköğrenim görmüş olan memurların, derece yükselmesindeki süre kaydı aranmaksızın, daha üst kadrolara atanabilmesine yöneliktir.

Kural olarak devlet memurunun sınıfının dışında ve sınıfının içindeki derecesinin altında bir derecenin görevinde çalıştırılması mümkün değildir.¹⁰

Memurlar, kazanılmış hak derecelerinin altındaki derecelere, kurumlar arası naklen atanabilmeleri için isteği olmalı ve atanacakları kadro

¹⁰ BUCAKTEPE, Adil, “Devlet Memurluğu ve Memurların Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 3, Y. 2014, s. 467.

derecesi ile kazanılmış hak dereceleri arasındaki farkın 3 dereceden çok olmaması gerekir (DMK m 74).

657 sayılı Kanuna tabi kurumlarda çalıştırılan memurların sınıfları; genel idare hizmetleri, teknik hizmetler, sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri, eğitim ve öğretim hizmetleri, avukatlık hizmetleri, din hizmetleri, emniyet hizmetleri, jandarma hizmetleri, sahil güvenlik hizmetleri, mülki idare amirliği hizmetleri, milli istihbarat hizmetleri ve yardımcı hizmetler sınıfıdır. Devlet memuru hangi sınıfta görev yapıyorsa bu sınıftan veya öğrenim durumu itibariyle girebileceği sınıftan olan bir kadroya kurumlar arası naklen atanabilir (DMK m. 74). Örneğin, genel idare hizmetleri sınıfında görev yapan ve öğretmenlik bölümü mezunu olan bir memur, genel idare hizmetleri sınıfından veya öğrenim durumu itibariyle girebileceği eğitim öğretim hizmetleri sınıfından bir kadroya kurumlar arası naklen atanabilir. Öğrenim durumu itibariyle giremeyeceği sağlık hizmetleri gibi bir kadroya atanması mümkün değildir.

Kurumlar arası naklen atanmak isteyen memur, atanmak istediği kadronun, öğrenim durumu itibariyle girebileceği bir kadro olduğunu ispatlaması gerekir. Bu ispat külfeti hem kurumlara yönelik hem de yargı mercilerine yöneliktir.¹¹

C. Kurumlar Arası Nakilde Muvafakat Verilmesi Koşulu

1. Genel Olarak Muvafakat Koşulu

Devlet memurlarının kurumlar arası nakli, işin doğası gereği farklı kamu kurumları arasında yapılmaktadır. Kamu kurumunun biri görev yapılan kamu kurumu, diğeri ise atanmak istenilen kamu kurumudur.

Görev yapılan veya atanmak istenilen kamu kurumundan sadece birisinin onayı ile kurumlar arası nakil yapılması mümkün değildir. Bu nedenle, devlet memurlarının kurumlar arası naklen atanabilmeleri için, her iki kurumun da muvafakatının gerekli ve zorunlu olduğu kanunda öngörülmüştür (DMK m. 74). Devlet memurlarının kurumlar arası nakil suretiyle atanmaları için, iki idarenin ortak iradesi zorunlu kılınmıştır.

¹¹ “ ... infaz koruma memuru olarak görev yapan davacı tarafından... Üniversitesi Rektörlüğü emrine naklen atanma talebiyle yaptığı başvurmasına muvafakat verilmemesine ilişkin... işleminin iptali istenilmiştir... davacının atanmak istediği görevin yükselme niteliği taşıyan, davacının mezun olduğu Radyo Programına uygun bir meslek olduğunun ortaya konulamadığı... davacının kurumlar arası naklen atanmasına muvafakat verilmemesine ilişkin işlemde kamu yararı ve hizmet gerekleri bakımından hukuka aykırılık bulunmadığı...” yönünde Danıştay 5D, T. 25.03.2019, E. 2016/25172, K. 2019/2175 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 17.01.2022.

Buna göre, kurumlar arası nakil sürecinin tamamlanması için en az iki işlem gereklidir. 657 sayılı Kanunda kurumlar arası nakil yönünden, kurumların muvafakatının ne şekilde, hangi sıra ile hangi sürede alınacağına ilişkin ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Burada, hâlihazırda görev yapılan kurumun atamaya muvafakati ile atanmak istenilen kurumun muvafakati birbirinden farklıdır. Atanmak istenilen kurum, genellikle personel ihtiyacının karşılanması ve hizmetin aksatılmadan yürütülmesi amacıyla kurumlar arası atanmaya muvafakat vermektedir. Öte yandan hâlihazırda görev yapılan kurum tarafından verilen muvafakat ise, kurumda personel eksilmesine neden olmaktadır. Buna rağmen görev yapılan kurum tarafından, memurun eğitim ve öğrenim durumu, eş ve aile özür durumu, sağlık durumu, kariyer mesleğe atanması gibi çeşitli sebeplere dayanılarak memurun başka bir kuruma atanmasına muvafakat verilebilmektedir. Uygulamada çoğu zaman muvafakat istemlerine, hâlihazırda çalışılan kurum tarafından sıcak bakılmamakta ve istem reddedilmektedir. Bu nedenle, kurumlar arası nakle ilişkin uyuşmazlıkların çoğunluğunu da, hâlihazırda çalışılan kurumdan istenilen muvafakat istemlerinin reddi oluşturmaktadır.¹²

Hâlihazırda görev yapılan kurumun muvafakati, memurun başka bir kurum veya idareye geçişine onay veya izin verme şeklinde gerçekleşir. Örneğin, atanmak istenilen kurumun muvafakati ise, farklı şekillerde olabilmektedir. Atanmak istenilen kuruma yapılan atama veya sınava dayalı yerleştirme, muvafakat niteliğindedir. Atanmak istenilen kuruma yapılan atama veya yerleştirme, bazı durumlarda muvafakat işlemi niteliği taşımakta, bazı durumlarda taşımamaktadır. Hâlihazırda görev yapılan kurumun muvafakati üzerine, atanmak istenilen kurum tarafından yapılan atama işlemi doğrudan muvafakat hükmündedir. Ancak, atanmak istenilen kurum tarafından sınava dayalı yerleştirme bir muvafakat işlemi olmakla birlikte, sonrasında memurun hâlihazırda çalıştığı kurumundan da muvafakat alınması üzerine yapılacak atama işlemi muvafakat niteliğinde değildir. Çünkü yapılan yerleştirme ile muvafakat verilmiştir. Atama işlemi ise, süreci tamamlayan bir idari işlemdir. Atanmak istenilen idarenin süreci tamamlayıcı bu tür atama işlemlerinde, muvafakat niteliğindeki atama işlemine nazaran takdir yetkisinin kısıtlandığını kabul etmek gerekir. Muvafakat tamamlanma sürecinde, muvafakati verilen

¹² BİLGİN, Hüseyin, İdari Davalar ve Çözüm Yolları, Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2022, s. 807-811.

kadronun dolması veya kaldırılması gibi olağanüstü durumlar bulunmaması durumunda¹³, süreci tamamlayıcı atamanın yapılması gerekir.

Danıştay da bir uyuşmazlıkta, “...davacının, davalı idareye 2013 yılında yaptığı atama başvurusunun uygun görülüp... Bakanlığından muvafakat talep edildiği... Bakanlığından yargı kararı üzerine muvafakat alındığı; her ne kadar davalı idare işlemde personel ihtiyacı bulunmadığını belirtmekte ise de, mahkeme tarafından yapılan ara kararı üzerine gelen belgelerden, davalı idarede hem genel idare hizmetleri hem de teknik hizmetler sınıfında davacının atanabileceği unvanlarda boş kadroların bulunduğu görüldüğü; bu durumda, davacının davalı idare bünyesinde görev yapabileceği boş kadroların bulunması, davalı idarenin daha önce davacıyı muvafakat alması şartı ile atama yapma konusundaki iradesinin olması karşısında, dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline...” dair mahkeme kararına yapılan temyiz başvurusunun reddine karar vermiştir.¹⁴

Uygulamada, memurun atanmak istenilen kuruma başvurusu üzerine, bu kurum tarafından, hâlihazırda çalışılan kuruma muvafakat başvurusu yapılmaktadır. Bu başvuru da, o kurum açısından muvafakat niteliği taşımaktadır. Bu yönüyle atanmak istenilen kurum yönünden muvafakat; nakil isteyen memurun çalıştırılmak istendiğinin, kadro ve ihtiyaç durumu ile atama şartları yönünden kendi kurumu açısından herhangi bir hukuki bir engelin bulunmadığının beyanına yönelik bir işlemdir.

2. Muvafakat Verilmesinde Öncelik Sorunu

657 sayılı Kanunda, memurların kurumlar arası nakli konusunda, genel esaslar belirlenmiş iken naklin usulü, sırası ve şekline ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmemiştir.

Kurumlar arası nakil için verilen muvafakat yönünden, hangi kurumdan öncelikle muvafakat alınması gerektiği sorunu çikabilir. Zira her iki kurum da kendisine yapılan başvuruyu, öncelikle diğer kurumdan muvafakat alınması gerektiği gerekçesiyle reddedebilir. Örneğin atanmak istenilen kurum, kendisine yapılan atama/muvafakat başvurusunu,

¹³ “...davacının görevlendirilmesi düşünülen yere, birim içerisinde görevlendirme yapılarak personel ihtiyacının giderildiğinden bahisle kurumlar arası nakil yolu atamasının yapılmasına yönelik tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı...” yönünde Danıştay 5D, T. 17.05.2016, E. 2014/4121, K. 2016/3115 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 19.01.2022.

¹⁴ Danıştay 2D, T. 10.06.2020, E. 2017/662, K. 2020/1732 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 19.01.2022.

öncelikle hâlihazırda çalışılan kurumdan muvafakat alınması gerektiği gerekçesiyle reddedebilir. Aynı durum, hâlihazırda çalışılan kuruma yapılan muvafakat başvurusu için de geçerlidir. Kaldı ki Danıştay da konuya ilişkin olarak, bir memurun atanmak istemiyle başka bir kuruma yaptığı atama başvurusunun reddine ilişkin uyuşmazlıklarda, atama yapacak idare açısından hâlihazırda çalışılan kurumun muvafakatin varlığının ön işlem niteliğinde olduğu görüşündedir.¹⁵

Kurumlar arası nakil için hangi idarenin öncelikle muvafakat vermesi gerektiği yönünden bir ölçüt belirleme imkânı bulunmamaktadır. Bu tamamen nakil isteyen memurun, tercihinin kalmış bir durumdur. Önce hâlihazırda çalışılan kurumdan muvafakat istenebileceği gibi, doğrudan atanmak istenilen kurumdan da öncelikle muvafakat istenebilir. Hatta her iki kuruma aynı zamanda muvafakat ve atanma istemiyle başvuru yapılabilir. Yapılan bu başvuruların reddi halinde her iki işleme karşı aynı dilekçeyle birlikte dava açılabilir.

Uygulamada genellikle memurlar, atanmak istenilen (veya sınavla yerleşilen) kuruma başvurmakta ve bu kurumun da, hâlihazırda çalışılan kuruma muvafakat başvurusu yapmasıyla süreç devam etmektedir. Diğer bir anlatımla uygulamada memurlar, muvafakat için öncelikle atanmak istenilen kuruma müracaat etmekte ve işlemlere başlamaktadırlar. Muvafakat niteliğinde olsun veya olmasın, atanmak istenilen kurum tarafından yapılacak atama aşamasında, hâlihazırda çalışılan kurumdan muvafakatin bulunması gerekir. Aksi bir durumda, kanunda öngörülen “kurumların muvafakati” şartı sağlanmamış olur. Çünkü atama işlemi sürecin son işlemidir.

Burada, hangi idarenin öncelikle muvafakat vermesi gerektiği yönünden kanunda boşluk bulunmaktadır. Muvafakat için başvuru yapılan idare, öncelikle diğer idarenin muvafakat vermesi gerektiği gerekçesiyle, kurumlar arası nakil sürecini zorlaştırabilir veya uzamasına sebebiyet verebilir. Bu nedenle, 657 sayılı Kanunda değişiklik yapılmalı, kurumlar arası nakil sürecinde hangi idareye önce başvurulması gerektiğine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yapılması yerinde olacaktır. Bu şekilde yapılacak

¹⁵ “ ... kurumlar arası naklen atanma taleplerine ilişkin olarak atanmak istenen ve hâlihazırda çalışılan idarelerin ilgilinin atanması hususunda muvafakatlarının bulunması gerektiği açık olup, atama yapacak idare açısından muvafakatin varlığının ancak ön işlem niteliğinde olduğu ...” yönünde Danıştay 2D, T. 27.02.2020, E. 2016/15391, K. 2020/1201 sayılı kararı; Danıştay 2D, T. 08.05.2019, E. 2016/11152, K. 2019/2756 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 19.01.2022.

değişiklik ile birlikte, memurların atanmalarının kanunla düzenleneceğine ilişkin Anayasal ilkenin de gereği yerine getirilmiş olacaktır.

III. HÂLİHAZIRDA ÇALIŞILAN KURUMUN ATANMAYA ONAY VE MUVAFAKATINDA DİKKATE ALINAN KİSTASLAR

657 sayılı Kanunda, memurlarının buldukları sınıftan veya öğrenim durumları itibariyle girebilecekleri sınıftan, bir kadroya nakilleri mümkün olduğu düzenlemesine yer verilmiştir (m. 74). Bu düzenleme, kurumlar arası nakil açısından bir kıstas olmaktan çok temel esas niteliğindedir. Buna göre atamanın gerçekleşmesinde temel şart, atanmak istenilen kurumda memurun atanabileceği boş bir kadronun bulunması ve bu kadroya atanma şartlarını sağlıyor olmasıdır¹⁶. Demek ki bu konuda 657 sayılı Kanunda belirlenen genel esaslar dışında ayrıntılı bir kıstas düzenlemesi de yoktur. Bu nedenle memurların kurumlar arası naklinde dikkate alınacak kıstaslar yargı kararlarıyla oluşturulmakta ve geliştirilmektedir.

Kurumlar arası naklen atamaya muvafakat verilmesinde yargı kararlarından hareketle; kamu yararı ve hizmet gereği, eş ve aile durumu, eğitim durumu, sınavla atanma, çalışma ve bekleme süresini tamamlama gibi alt başlıklara ayırarak incelemek mümkündür.

A. Kamu Yararı ve Hizmet Gereği

Memurların kurumlar arası naklen atamasında veya bu kapsamda verilen muvafakat işlemlerinde idarenin takdir yetkisi¹⁷ bulunmaktadır.

¹⁶ “ ... Üniversitesi Yapı İşleri ve Teknik Daire Başkanlığında mühendis kadrosunda görev yapan davacının atanmak istediği Belediye Başkanlığı bünyesindeki şef kadrosuna, mevzuat hükümlerine uygun bir şekilde atanma imkânı bulunmayan davacının, atanmasına muvafakat verilmemesi yönündeki dava konusu işlemde hukuka aykırılık görülmediği...” yönünde Danıştay 2D, T. 11.12.2017, E. 2016/5071, K. 2017/7807 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 19.01.2022.

¹⁷ Takdir yetkisi hakkında geniş bilgi için bkz. AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, 14. Baskı, Ankara 2021, s. 118 vd.; ÜSTÜN, Gül/SEÇKİN, Sinan, “İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gereke İlkesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 21, S. 2, Y. 2015, s. 509-534; GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, Ekin Yayınevi, 3. Baskı, Bursa 2019, s. 1070; ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 7. Bası, Ankara 2021, s. 526; SANCAKDAR, Oğuz, Memur Hukuku (Anadolu Üniversitesi Yayını 2018), s. 134 < <https://ets.anadolu.edu.tr/storage/nfs/HUK203U-Y/ebook/HUK203U-Y-18V1S1-8-0-0-5V1-ebook.pdf> > e.t. 07.02.2022.

Ancak idareler takdir yetkisini, kamu yararı¹⁸ ve hizmet gerekleri doğrultusunda kullanmak zorundadır.¹⁹ Bu bağlamda idarelerce, memurunun başka bir kuruma nakline muvafakat verip vermeme yönündeki takdir yetkisi²⁰, işlemin gerekçeleri dâhilinde kamu yararı ve hizmet gerekleri bakımından değerlendirilmesi gerekecektir.²¹ İdarenin bu konudaki takdir yetkisinin kapsam ve sınırı Danıştay içtihatlarıyla zaman içerisinde oluşturulmuştur.²²

Memurların kurumlar arası naklen atanması yönünden “*kamu yararı ve hizmet gereği*” kıstası, yargı kararlarında üst bir kıstas olarak kabul görmektedir. Kurumlar arası naklen atama, eş ve aile durumu, eğitim durumu, sağlık durumu, sınavla atanma kıstaslarına göre yapılması gerektiği durumlarda dahi, hâlihazırda görev yapılan idarenin bu husustaki takdir yetkisi “*kamu yararı ve hizmet gereği*” yönünden de değerlendirmeye tabi tutulmaktadır.²³ Yargı mercilerince, idarece kullanılan takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gerekleri açısından hukuka uygun olup olmadığının değerlendirmesinde, hâlihazırda veya gidilecek idarenin kadro durumu ve personel ihtiyacı, atanacak kişinin ve atanmak istenen

¹⁸ Muvafakat vermeme işlemleri bakımından kamu yararı hakkında bkz. KAYA, Cemil, Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay’ın Bakışı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 213.

¹⁹ ÇOLAK, Nusret İlker, “Kamu Görevlilerinin Naklen Atanma Kriterleri”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 1-2, Y. 2005, s. 155.

²⁰ Naklen atamalarda takdir yetkisi hakkında bkz. AVCI, Mustafa, Devlet Memurlarının Naklen Atanmasında İdarenin Takdir Yetkisi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (tez.yok.gov.tr 2002) < https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=HQhhytypi5BBRF4c6jWjnQ&no=-thLFIx1IPnGE QBMeL7_z > e. t. 08.02.2022.

²¹ Danıştay 2D, T. 20.12.2017, E. 2016/11620, K. 2017/8161 7807 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 20.01.2022.

²² ÇAĞLAYAN, Ramazan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S. 3-4, Y. 2003, s. 190; SAĞLAM, Mehmet, Devlet Memurlarının Naklen Atanmaları ve Nakil İşlemlerinin Yargısal Denetimi, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara 1999, s. 49.

²³ “ .. atanma isteminin... Üniversitesi Gastronomi ve Mutfak Sanatları bölümünü kazanması nedeniyle öğrenimini sürdürebilmek sebebine dayalı olduğu, davacının eğitimine devam etmesinin kamu yararına daha uygun olacağı göz önüne alındığında, idareye tanınan takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılmadığı sonucuna ulaşıldığı...” yönünde Danıştay 5D, T. 03.03.2015, E. 2012/9337, K. 2015/1822 sayılı kararı; benzer yönde Danıştay 5D, T. 25.03.2019, E. 2016/25172, K. 2019/2175 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 20.01.2022.

kadronun niteliği, yükselme imkânının olup olmadığı gibi unsurların da dikkate alınacağı idari yargı kararlarında kabul görmektedir.²⁴

Kadro durumu ve personel ihtiyacı, atanacak kişinin ve atanmak istenen kadronun niteliği açısından, kurumlar arası naklen atamayı uygun görmeyen idarenin, kamu yararı ve hizmet gereği yönünden haklı ve yeterli görülecek sebepleri bulunması ve ispatlaması gerekir. Aksi halde, takdir yetkisi kamu yararı ve hizmet gereği yönünden ortaya konulmayan atama işlemi, idari yargı merci tarafından iptal edilecektir. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, “...*davalı idare tarafından, davacının muvafakat istemi personel ihtiyacının bulunması nedeniyle reddedilmesine rağmen, davalı idare bünyesinde görev yapan diğer personellere, birimlerindeki personel sayısının yeterli olması nedeniyle muvafakat verildiği davacının görev yaptığı Strateji Geliştirme Daire Başkanlığında 15 adet memur kadrosunun da dolu olduğu, dolayısıyla davacının görev yaptığı birimde ihtiyaç bulunmadığı, davacının muvafakat talebinin kamu yararı ve hizmet gereği yönünden haklı ve yeterli görülecek bir sebep olmaksızın reddedildiği anlaşılacakla tesis edilen dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık bulunmamaktadır...*” yönünde karar verilmiştir.²⁵ Memurun çalıştığı kurumda kadro durumu ve personel ihtiyacı bakımından hizmetine ihtiyaç duyulduğunun ortaya konulması durumunda, kurumlar arası naklen atanma veya muvafakat istemi, kamu yararı ve hizmet gerekleri yönünden idarece reddedilebilecektir.²⁶

Atanmak istenilen görevin yükselme niteliği taşıyıp taşımadığı, kariyer mesleklerden birine geçişin söz konusu olup olmadığı veya özür durumunun bulunup bulunmadığı da kamu yararı ve hizmet gerekleri

²⁴ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, T. 17.06.2021, E. 2020/2166, K. 2021/1234 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 22.01.2022.

²⁵ Van 3. İdare Mahkemesi, T. 13.11.2014, E. 2014/164, K. 2014/1139 sayılı kararı; “... atanmasına muvafakat verilmediği; davacıyla aynı görevi yapan bazı personelin başka kurumlara atanmasına izin verildiği ve davacının halen davalı idare bünyesinde fiilen görev yapmadığı ve ücretsiz izinli sayılarak halihazırda başka bir kurumda çalıştığı, davalı idarenin davacının hizmetine duyduğu ihtiyacı hukukten kabul edilebilir belge ve bilgilerle ortaya koyamadığı, kamu hizmetinin bütünlüğü ve devamlılığı ilkesi gereğince... dava konusu işlemlerde hukuka, kamu yararına ve eşitlik ilkesine uygunluk bulunmadığı ...” yönünde Danıştay İDDK, T. 28.12.2017, E. 2015/5004, K. 2017/4829 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 22.01.2022.

²⁶ “... davalı İdarece, davacının hizmetine duyulan ihtiyaç ve idarelerin yargı kararıyla belli bir yönde işlem tesis etmeye zorlanamayacağı hususu dikkate alındığında, takdir yetkisi kapsamında tesis edilen işlemlerde hukuka aykırılık görülmediği...” yönünde Danıştay 2D, T. 20.12.2017, E. 2016/11620, K. 2017/8161 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 24.01.2022.

bakımından gözetilmesi gereken koşullardandır.²⁷ Naklen atanmak isteyen memura, hâlihazırdaki kurumunda hizmetine ihtiyaç duyulsa da, kariyer bir mesleğe geçiş söz konusu olduğunda veya kabul edilebilir özür durumu bulunduğu anda, kamu yararı ve hizmet gerekleri bakımından ve kamu hizmetinin bütünlüğü ve devamlılığı ilkesi gereğince atanmasına onay verilmesi gerektiğini söylemek mümkündür.²⁸

Kurumlar arası naklen atanmak isteyen memurun, atanmak için öne sürdüğü sebep, kurum içi atama yoluyla karşılanması mümkün ise, atanma istemi bu gerekçeyle reddedilebilecektir. Ancak bu durum, sadece başka bir ile atanma amacıyla yapılan kurumlar arası nakil istemlerinde önem arz eder. Böyle bir durumda kullanılan ret yönündeki takdir yetkisinin, kamu yararı ve hizmet gerekleri açısından hukuka uygun olduğunun kabulü gerekir. Anılan hallerde, memurun öncelikle kurum içi atama yoluyla atanmak isteyip istemediği hususu, idarece veya uyuşmazlık halinde yargı mercilerince araştırılabilir. Örneğin eş, eğitim veya sağlık özür durumuna bağlı olsun veya olmasın, başka bir ile atanmak isteyen memur, kurum içi atanma yoluyla o yere atanma imkânı varken, kurumlar arası atanma usulüyle o yere doğrudan atanma istemli başvurusu, kamu yararı ve hizmet gerekleri açısından reddedilebilir. Hâlihazırda çalışılan kurumun, o yerde teşkilatı bulunmaması, bulunmakla birlikte uygun kadronun olmaması veya atanmak istenilen kadronun uzmanlık gerektiren bir kadro olması, yükselmeye daha müsait olması, mali imkânlarının daha iyi olması²⁹ gibi durumlarda, memurun öncelikle kurum içi atama yoluyla atanmak isteyip istemediği hususuna bakılmasına gerek bulunmamaktadır.

B. Özür Durumu

Devlet memurları özür durumuna bağlı olarak kurumlar arası nakil isteminde bulunabilir. Özür durumlarının başlıcaları, eş ve aile özü, eğitim ve öğrenim özü ve sağlık özü gösterilebilir.

1. Eş ve Aile Durumu Özü

657 sayılı Kanunda eş durumu, eğitim durumu veya sağlık durumu gibi özür durumlarının bulunması halinde, devlet memurlarının kurumlar arası naklen atanmasına onay verileceğine ilişkin açık bir hükme yer

²⁷ Danıştay 5D, T. 26.04.2019, E. 27215, K. 2019/2977 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 24.01.2022.

²⁸ Danıştay 2D, T. 22.03.2018, E. 2016/11812, K. 2018/1906 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 26.01.2022.

²⁹ SANCAKDAR, s. 134.

verilmemiştir. Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına Dair Yönetmelikte, eş ve aile durumuna ilişkin hükümlere yer verilmiş ise de, bu yönetmelik aynı kurum içinde yer değiştirme suretiyle atanmalarını düzenlemektedir. Burada esas konu, memurlarının kurumlar arası naklen atanmasında, hâlihazırda görev yaptığı kurumda hizmetine ihtiyaç duyulan memurun özür durumlarından birinin bulunması halinde, özür durumuna öncelik verilip verilmeyeceğidir. Diğer bir anlatımla özür durumlarında, kadro ve ihtiyaç durumu ile özür durumu çatışmaktadır. Hizmetine ihtiyaç duyulmayan memurun kurumlar arası naklen atanmasının yapılması, hizmet gerekleri ve kamu yararı bakımından zaten gereklidir.

Devlet memurların, kurumlar arası nakil suretiyle atanmaları konusunda idarelere tanınmış olan takdir yetkisinin, kadro ve ihtiyaç durumu ile personelin nitelikleri gözetilerek kullanılacaktır.³⁰

Memurlarının kurumlar arası naklinde, eş ve aile özür durumu konusunda Kanunda bir hüküm bulunmaması nedeniyle temel hukuk normlarını irdelemek yerinde olacaktır.

Anayasanın "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlıklı üçüncü bölümünün 41. maddesinde ailenin korunmasına yönelik düzenlemeler getirilmiş, böylece ailenin korunması ilkesi temel haklar içerisinde yerini almıştır. Sözü edilen madde hükmünde; *"ailenin Türk toplumunun temeli olduğu vurgulanmış, Devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunmasını ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı ve teşkilatı kuracağı"* hükme bağlanmıştır.

22/05/2004 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren ve Anayasanın 90. maddesinin beşinci fıkrasında; *"usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı"* düzenlenmiştir.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 10/12/1948 günlü, 217 A (III) sayılı Kararıyla ilan edilen ve 27/05/1949 günlü, 7217 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 06/04/1949 günlü, 9119 sayılı Bakanlar Kurulu ile ülkemiz tarafından kabul edilen *"İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi"* nin 16. maddesinin üçüncü fıkrasında; *"Aile, toplumun, doğal ve temel unsurudur, toplum ve devlet tarafından korunur."* hükmüne yer verilmiştir.

³⁰ Danıştay 2D, T. 15.01.2020, E. 2016/12790, K. 2020/370 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 26.01.2022.

Ülkemizin, 20/03/1952 tarihinde imza altına alarak kabul ettiği ve 19/03/1954 günlü, 8662 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6366 sayılı İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun ile ülkemiz tarafından kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "Özel hayatın ve aile hayatının korunması" başlıklı 8. maddesinde ise; "*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.*" kuralı yer almıştır.

Yukarıda açıklanan ulusal ve uluslararası hukuki düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, bu düzenlemelerin getirilmesindeki amacın; bireylerini bir arada tutmak, aileyi parçalanmaktan kurtarmak suretiyle ailenin mutluluk ve huzurunu devam ettirmektir. Bu suretle kamu görevlilerinin ailevi endişeleri olmaksızın kamu hizmetlerini verimli, etkin ve sağlıklı bir şekilde yapmaları için gerekli ortamı sağlamış olacaktır.

Naklen atanma işlemlerinde eş ve aile durumunun gözetilmesi zorunlu ise de, idare, aile birliğinin korunması ile kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesi zorunluluğu arasında denge kurmak zorundadır.³¹

Anayasal düzenleme gereği, devlete verilen görev aile birliğini sağlamaktır. Aksi bir uygulama, ailenin huzurunu temelden sarsar ve toplum açısından giderilmesi çok zor maddi ve manevi zararları beraberinde getirir. Böyle bir durum ise, günümüzün evrensel anlamda kabul görmüş sosyal ve hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmaz. Bu açıklamalar ışığında, kurumlar arası naklen atamalarda eş durumu mazereti dikkate alınarak işlem tesis edilmesi gerektiği açıktır. İdari yargı uygulamasında Danıştay da, konuya ilişkin uyuşmazlıklarda bu yönde kararlar vermektedir.³² Danıştay daireleri 2014 öncesi dönemde, kamu görevlilerinin eş ve aile

³¹ YAVUZDOĞAN, Seçkin, "Danıştay'ın Naklen Atamalarda 'Aile Birliğinin Korunması Amacıyla Eş Durumunun Gözetilmesi' İlkesine Yaklaşımı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 115, Y. 2014, s 202.

³² "... Davalı idarece; kadro ve ihtiyaç durumu ile kamu hizmetinin etkin ve verimli bir şekilde yürütülmesi için gerekli koşullar gözetilerek, ilgilinin ... Osmangazi Üniversitesine atanmasına muvafakat verilmediği belirtilmiş olmakla birlikte; Anayasa'nın 41. maddesinde düzenlenen aile bütünlüğü ilkesinin varlığı karşısında, davacının atanmasına muvafakat verilmesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık görülmediği..." yönünde Danıştay 2D, T. 27.03.2019, E. 2016/11756, K. 2018/2017 sayılı kararı; Danıştay 2D, T. 18.02.2020, E. 2016/11218, K. 2020/952 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 28.01.2022.

(sağlık veya öğrenim) durumları gözetilerek başka kurumlara naklen atanmaları konusunda idareyi muvafakat vermeye zorunlu kılan bir mevzuat hükmü mevcut olmadığından, özür durumunu kararlarında dikkate almamakta iken,³³ 2014 sonrası dönemde bu görüşünden dönmüş olup özür durumunun dikkate alınması gerektiği yönünde kararlar vermeye başlamıştır.³⁴

Eş durumu özrü nedeniyle kurumlar arası nakil başvurularında Danıştay, memurun eşinin özel sektörde çalışıp çalışmamasına göre de bir ayrıma gitmektedir. Danıştay eski tarihli kararlarında, özel sektörde çalışan eş nedeniyle hâlihazırdaki görev yapılan idarenin kurumlar arası nakle muvafakat verme zorunluluğu bulunmadığı görüşünde³⁵ iken sonraki kararlarında, özel sektörde çalışan eş nedeniyle idarenin kurumlar arası nakle muvafakat vermesi gerektiği görüşü yönünde kararlar vermeye başlamıştır.³⁶ Nitekim Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, “eşin işçi statüsünde özel sektörde çalıştığından, davacının kurumlar arası naklen atanmasına muvafakat verilmemesine ilişkin işlemde, kamu yararı ve hizmet gerekleri bakımından hukuka aykırılık bulunmadığı” yönündeki ısrar kararını onanmış³⁷ iken daha sonraki başka bir uyuşmazlıkta ise, “...davacının eşinin... memur olmayıp Teknik Üniversitesi’nde öğrenci olduğu, aile birliğinin sağlanmasının Anayasa ile güvence altına alındığı, kamu görevlilerinin özel koşullarına göre verimliliklerinin en yüksek olduğu birimde istihdam edilmelerinin kamu yararına daha uygun olacağı gerekçesiyle, kurumlar arası naklen atanmasına muvafakat verilmemesine ilişkin işlemin iptali yönündeki” ısrar kararını onanmıştır.³⁸ Yargı kararlarında, devlet memurlarının kurumlar arası naklen atanmaları bakımından, eşin kamu sektöründe çalışıp çalışmadığı

³³ Danıştay 5D, T. 20.12.2010, E. 2010/6232, K. 2010/7450 sayılı kararı; Danıştay 5D, T. 16.05.2013, E. 2013/2788 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 27.01.2022.

³⁴ Danıştay 2D, T. 29.11.2017, E. 2016/4732, K. 2017/7493 sayılı kararı; Danıştay 2D, T. 17.10.2019, E. 2016/4018, K. 2019/5213 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 27.01.2022.

³⁵ Danıştay 5D, T. 20.11.2014, E. 2013/3329, K. 2014/8231 sayılı kararı; Danıştay 5D, T. 01.07.2015, E. 2015/1509, K. 2015/6772 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 28.01.2022.

³⁶ Danıştay 2D, T. 19.12.2016, E. 2016/5737, K. 2016/6022 sayılı kararı; Danıştay 2D, T. 28.02.2018, E. 2016/11567, K. 2018/1239 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 28.01.2022.

³⁷ Danıştay İDDK, T. 05.12.2013, E. 2010/3588, K. 2013/4390 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 29.01.2022.

³⁸ Danıştay İDDK, T. 31.05.2018, E. 2016/3925, K. 2018/2865 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 29.01.2022.

yönünde ayrıma gidilmesi hizmet gerekleri ve kamu yararı yönünden haklı bir gerekçesi olmadığı gibi, eşitlik ilkesine de açık olarak aykırıdır.³⁹

Devlet memurlarının eş özü nedeniyle kurumlar arası naklen atanmalarına ilişkin uyuşmazlıklarda, Danıştay'ın görüşü belli bir istikrar kazanmış olsa da, bölge idare mahkemesi kararları yönünden aynı sonuca ulaşmak mümkün değildir İstinaf kanun yolunun 2016 yılında uygulanmasıyla birlikte,⁴⁰ kurumlar arası naklen atamaya ilişkin uyuşmazlıkların büyük çoğunluğu⁴¹ istinaf kanun yolunda kesinleşmektedir.

Eş özü nedeniyle kurumlar arası naklen atanmalara ilişkin uyuşmazlıklarda, bölge idare mahkemeleri kararları arasında birlik bulunmamaktadır. Kurumlar arası naklen atanmak için hâlihazırda çalışılan kurumdaki istenilen muvafakat istemleri yönünden, bazı bölge idare mahkemeleri, personel yetersizliği ileri sürülerek muvafakat verilmemesinin, aile birliğinin korunmasına dair ulusal ve uluslararası mevzuata ve kamu yararına aykırılık oluşturacağı görüşünde⁴² iken; devlet memurlarının aynı kurum içinde yer değişikliği suretiyle atanma taleplerine ilişkin usul ve esaslar düzenlendiğinden, eş durumu mazeretinin kurumlar arası naklen atanma talebine ilişkin işlemlerin hukuki denetiminde bu kuralların uygulanmasının mümkün olmadığı, kurumlar arası naklen atanma taleplerinde kadro durumu ve personel ihtiyacı ile atanacak kişinin ve atanmak istenen kadronun niteliği gibi unsurlar gözetilmeksizin kabulünü

³⁹ ULUSOY, Ali Dursun, Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2021, s. 109; aksi yönde, eşi serbest meslek mensubu olan bir kamu görevlisinin naklinin serbest meslek icra eden eşinin istek ve iradesine bağlı tutulmasının kamu hizmetinin yürütülmesi açısından sakıncalar içereceği hakkında bkz. PINAR, İbrahim, Devlet Memurları Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınevi, 9. Baskı, Ankara 2006, s. 700.

⁴⁰ İdari yargıda istinaf kanun yolu hakkında geniş bilgi için bkz. BİLGİN, Hüseyin, 99 Soruda İdari Yargıda İstinaf Başvuru Rehberi, Adalet Yayınevi, Ankara 2016; AVCI, Mustafa, İdari Yargılama Usulündeki Son Yenilikler ve İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017; ÇINARLI, Serkan, İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri, Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2020.

⁴¹ Atama işlemleri yönünden, sadece müşterek kararnameyle yapılan atama, naklen atama ve görevden alma işlemleri ile daire başkanı ve daha üst düzey kamu görevlilerinin atama, naklen atama ve görevden alma işlemleri hakkında açılan iptal davaları hakkında bölge idare mahkemelerinin verdiği kararlar temyiz edilebilir (2577 SK m. 46).

⁴² Ankara Bölge İdare Mahkemesi 1İDD, T. 09.07.2020, E. 2020/2506, K. 2020/1889 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 29.01.2022.

zorlayıcı bir mevzuat hükmünün bulunmadığı yönünde bölge idare mahkemesi kararları da bulunmaktadır.⁴³

Bazı bölge idare mahkemelerince ise, eş durumunu hiç dikkate almadan, kadro ve ihtiyaç durumu çerçevesinde uyuşmazlığı çözüme yoluna gitmektedir.⁴⁴

Kurumlar arası naklen atanmak için hâlihazırda çalışılan kurumdan istenilen muvafakat istemleri yönünden, bazı bölge idare mahkemelerinin eş durumunu dikkate alıp bazılarının almaması eşitlik ilkesine aykırıdır. Bazı bölge idare mahkemelerinin ise, eş durumunu açık veya örtülü olarak hiç dikkate almaması Anayasa tarafından korunan ailenin korunması ve birliği ilkesini zedelemektedir. Buna göre, eş durumuna ilişkin benzer olaylarda, farklı bölge idare mahkemeleri dairesince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık bulunduğunu söylemek mümkündür.⁴⁵ Bu konuda aykırılığın giderilmesine ilişkin olarak Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca verilmiş bir karar da yoktur.⁴⁶ Bu konudaki aykırılığın giderilmesi amacıyla ilgili bölge idare mahkemesi başkanlar kurulunca, Danıştay'dan karar verilmesini istenilmesi yerinde olacaktır.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 05.12.2013 tarih ve 3588/4390 sayılı kararında, *davacının eş durumundan kurumlar arası naklen atanmasına muvafakat verilmemesine ilişkin işlemde, kamu yararı ve hizmet gerekleri bakımından hukuka aykırılık bulunmadığı yönündeki ısrar kararını*

⁴³ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, T. 20.01.2021, E. 2020/2216, K. 2021/89 sayılı kararı; www.uyap.gov.tr, e.t. 29.01.2022.

⁴⁴ Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 1İDD, T. 16.07.2020, E. 2020/960, K. 2020/330 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 30.01.2022.

⁴⁵ Farklı bölge idare mahkemeleri arasındaki aykırılığın giderilmesi hakkında geniş bilgi için bkz. BİLGİN, Hüseyin, "Bölge İdare Mahkemesi Kararları Arasındaki Aykırılık ve Uyuşmazlığın Giderilmesi Sorunu", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, S. 3, Y. 2021, s. 645; YILDIRIM, Turan, "İdari Yargıda İçtihat Farklılıkları Sorunu ve Çözüm Önerileri", Danıştay ve İdari Yargı Günleri 149. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, No: 93, 2017, s. 135-153; SANCAKDAR, Oğuz, "İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, No: 91, 2016, s. 29-113; SEZGİNER, Murat, "İdari Yargıda İstinaf İncelemesinin Esasları ile İstinaf Uygulamasında İçtihat Ayrılıkları Sorunu ve Çözüm Yolları", Danıştay ve İdari Yargı Günü 150. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, No: 99, 2018, s. 111-135.

⁴⁶ BİLGİN, Hüseyin, Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Kararları Arasındaki İçtihat Farklılığının Giderilmesine Yönelik Danıştay Kararları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021; UYSAL, Zeki, İdari Yargıda İçtihat Aykırılığının Önlenmesi ve Giderilmesi Usulü, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.

onaması ve dolayısıyla konuya yaklaşımının olumsuz olduğu dikkate alındığında, eş özürlü bulunan memurların aile bütünlüğünün korunması amacıyla bu durumlara ilişkin 657 sayılı Kanunda değişiklik yapılmalı ve bu durumdaki kişiler lehine hüküm getirilmelidir. Buna göre, kurumlar arası nakilde, hâlihazırda çalışılan kurumdan istenilen eş özürlüne dayalı muvafakat istemleri yönünden, açık ve ayrıntılı düzenlemeler yapılmalıdır. Bu düzenlemede, ailenin korunması ve birliğinin sağlanması amacıyla eş durumuna dayalı istemlerde muvafakat verilmesi kolaylaştırılmalıdır. Bu şekilde, kurumlar arası muvafakat istemlerinde eş özürlüne ilişkin benzer olaylarda, bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasındaki aykırılıklar da ortadan kalkacaktır.

2. Eğitim ve Öğretim Özürlü

Devlet memurları da kişisel ve sosyal gelişim, uzmanlaşma amacıyla öğrenimine devam etmek isteyebilir. Görev yapmadığı bir yerde öğrenim gören devlet memuru, öğrenim gördüğü yere boş kadro bulunmaması veya kurumun o yerde teşkilatının bulunmaması gibi nedenlerle kurum içi naklen atanmaması halinde, başka bir kuruma naklen atanmak isteyebilir.

Konuya ilişkin olarak Anayasanın "Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi" başlıklı 42. maddesinde; "*Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz. Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir.*" hükmüne yer verilmiştir.

657 sayılı Kanunda memurlarının eğitim özürlü bulunması halinde, kurumlar arası naklen atanmasına onay verileceğine ilişkin açık ve ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu konuda özel bir yönetmelik hükmü de yoktur. Kurumlar arası nakil işlemleri yönünden eş özürlü olduğu gibi eğitim durumu özürlüde de, yargı kararları ile belirli kıstaslar geliştirilmeye çalışılmaktadır.

Danıştay genel olarak, memurunun istediği alanda eğitim görmesinin maddi ve manevi varlığının gelişmesine olumlu katkı sağlayacağı ve kamu hizmetinden beklenen fayda artacağından, eğitim durumu göz önünde bulundurularak kurumlar arası naklen atanmak için muvafakat talebinin hâlihazırda çalışılan kurum tarafından kabulü gerektiği görülmüştür.⁴⁷ Ancak Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, "*kamu*

⁴⁷ "...Konaklama İşletmeciliği bölümünü kazandığı ve Türkiye İş Kurumuna başvuruda bulunduğu, anılan Kurumca davacının isteminin kabul edildiği ve bu doğrultuda naklen atama yapılabilmesi için Hacettepe Üniversitesi Rektörlüğünden muvafakat isteminin reddedilmesi üzerine açılan davada... eğitim durumu göz önünde bulundurulmayarak davacının

*görevlilerinin öğrenim durumu gözetilerek başka kurumlara naklen atanmaları konusunda idareyi muvafakat vermeye zorunlu kılan bir mevzuat hükmünün mevcut olmadığı” gerekçesiyle verilen davanın reddi yönündeki ısrar kararını onamıştır.*⁴⁸ Danıştay 5. Dairesi de bir kararında, *“kamu görevlilerinin eş, sağlık veya öğrenim durumları gözetilerek başka kurumlara naklen atanmaları konumunda idareyi muvafakat vermeye zorunlu kılan bir mevzuat hükmü mevcut değildir”* yönünde bozma kararı vermiştir.⁴⁹ Anılan kararlar hep birlikte ele alındığında, Danıştay kararlarında bu konuda içtihat birliğinin bulunmadığı söylenebilir.

Devlet memurlarının öğrenim özüru nedeniyle kurumlar arası naklen atanmalarına ilişkin uyuşmazlıklarda, bölge idare mahkemeleri kararları arasında da birlik bulunmamaktadır. Hâlihazırda çalışılan kurumdaki eğitim ve öğretim özüru nedeniyle istenilen muvafakat istemleri yönünden bazı bölge idare mahkemeleri, personel yetersizliği ileri sürülerek muvafakat verilmemesinin, eğitim ve öğrenim hakkını güvence altına alan ulusal ve uluslararası mevzuata ve kamu yararına aykırılık oluşturacağı görüşünde⁵⁰ iken bazı bölge idare mahkemeleri ise, mevzuatta öğrenim durumu mazereti sebebiyle kurumlar arası naklen atanmaya imkân sağlayan bir düzenleme ise bulunmadığı, eğitim hakkının korunması gerekçesiyle idareden, atamaya ilişkin bütün işlemlerde personelin eğitim mazeretlerini kayıtsız şartsız karşılamasının beklenmesi, idarenin üstlendiği kamu hizmetinin yürütülmesini imkânsız hale getireceği görüşündedir.⁵¹ Anayasa Mahkemesi de, eğitim özüru nedeniyle kurumlar arası atama talebine ilgili idarece muvafakat verilmemesinin, eğitim hakkının ihlal edildiği iddiasının kabul edilemez olduğuna karar vermiştir⁵².

muvafakat talebinin reddi yönünde kurulan işlemde hukuka uyarlık görülmediği ...” yönünde Danıştay 2D, T. 30.11.2017, E. 2016/4167, K. 2017/7542 sayılı kararı; Danıştay 2D, T. 13.02.2017, E. 2016/4998, K. 2017/923 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 30.01.2022.

⁴⁸ Danıştay İDDK, T. 02.05.2019, E. 2017/1253, K. 2019/2089 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 30.01.2022.

⁴⁹ Danıştay 5D, T. 11.12.2014, E. 2012/676, K. 2014/9313 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 30.01.2022.

⁵⁰ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 7İDD, T. 16.04.2018, E. 2018/401, K. 2018/667 sayılı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4İDD, T. 22.03.2018, E. 2017/4389, K. 2018/946 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 31.01.2022.

⁵¹ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, T. 27.11.2019, E. 2019/2122, K. 2019/2054 sayılı kararı; Adana Bölge İdare Mahkemesi 1İDD, T. 30.12.2021, E. 2021/1765, K. 2021/2807 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 31.01.2022.

⁵² Anayasa Mahkemesi, T. 20.02.2014, Başvuru No. 2012/606, Resmi Gazete T. 19.03.2014, S. 28946.

Bu konuda farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin kararlar arasındaki aykırılığın giderilmesine ilişkin olarak Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca verilmiş bir karar yoktur. Bu konudaki aykırılığın giderilmesi amacıyla ilgili bölge idare mahkemesi başkanlar kurulunca, Danıştay'dan karar verilmesini istenilmesi yerinde olacaktır. Yukarıda eş ve aile durumu başlığı altında, 657 sayılı Kanunun konuya ilişkin hükümlerinde değişiklik yapılmasına ilişkin açıklamalar, eğitim özü yönünden de aynen geçerlidir.

3. Sağlık Durumu

Devlet memurları sağlık özü sebebiyle başka bir kuruma naklen atanmak isteyebilir. Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin 13. maddesinde, devlet memurlarının kurum içi naklen atanmasında sağlık özü özel olarak düzenlenmiştir. Kurumlar arası naklen atanma yönünden gerek 657 sayılı Kanunda gerekse anılan Yönetmelikte, sağlık özüne ilişkin bir düzenleme yoktur. Bu nedenle, memurlarının kurumlar arası naklinde, sağlık özü durumunun dikkate alınması bakımından temel hukuk normlarını irdelemek yerinde olacaktır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "Devletin temel amaç ve görevleri" başlıklı 5. maddesinde; "*Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.*" hükmüne, "Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması" başlıklı 56. maddesinin birinci fıkrasında; "*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.*" hükmüne; "İdarenin bütünlüğü ve kamu tüzelkişiliği" başlıklı 123. maddesinin birinci fıkrasında ise; "*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*" hükmü yer almaktadır.

Devlet memurlarının sağlık özü nedeniyle kurumlar arası naklen atanmalarına ilişkin uyuşmazlık sayısı azdır. İdari yargıda bu konudaki hâkim görüş, sağlık özü bulunması halinde kurumlar arası naklen atanmak için muvafakat talebinin hâlihazırda çalışılan kurum tarafından kabulü gerektiği yönündedir.⁵³ Memurun kanunen bakmakla yükümlü

⁵³ Danıştay 5D, T. 18.09.2019, E. 2017/13372, K. 2019/4815 sayılı kararı; Konya Bölge İdare Mahkemesi 1İDD, T. 24.12.2019, E. 2019/469, K. 2019/1114 sayılı kararı, www.uyp.gov.tr, e.t. 31.01.2022.

bulduğu anne veya babasının bakıma muhtaç olmaları ve sağlık durumlarının da gerektirmesi halinde dahi, kurumlar arası atama yönünden hâlihazırda çalışılan kurum tarafından muvafakat verilmesi gerektiği yönünde kararlar verilmektedir.⁵⁴

Devlet memurlarının kurum içi naklen atanmasında sağlık özüne ilişkin olarak Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin 13. maddesinde yer verilen özel düzenlemeler gibi, kurumlar arası naklen atamalarda da sağlık özüne ilişkin usul ve şartların, kanun veya yönetmelikte özel olarak düzenlenmesi yerinde olacaktır.

C. Yapılan Sınavlara Bağlı Atanma

Memurların kurumlar arası naklen atanmalarda dikkate alınan önemli kıstaslardan biri de sınavla atanma durumudur. Uygulamada memurlar, merkezi sınav sonucuna dayalı olarak başka bir kuruma yerleştirilmeleri üzerine, hâlihazırda çalıştığı kurumdan nakil için yapılan muvafakat istemleri, hizmete duyulan ihtiyaç nedeniyle reddedilmesi üzerine yargı yoluna başvurmaktadır.

Atanmak istenilen kuruma merkezi sınav sonucuna dayalı olarak yerleştirildiği için, o kurumun muvafakatının var olduğu kabul edilir. Ancak memurun yerleştiği kurumun atama yapabilmesi için, hâlihazırda çalışılan kurumdan nakil için muvafakat alınması gerekir. Her ne kadar memurun çalıştığı kurumdan istifa ederek sınavla atandığı kurumda göreve başlayabileceği düşünülse de, 657 sayılı Kanunun istifayı düzenleyen hükmü bu duruma engeldir. Çünkü 657 sayılı Kanunun 97. maddesine göre, istifa eden memur 6 ay süre ile başka bir kuruma memur olarak atanmamaktadır. Kurumlar arası nakilde sınavla atanmaya dayalı uyumsuzluklar, genelde hâlihazırda çalışılan kurumun nakle muvafakat vermemesine ilişkindir.

Sınavla atanmaya dayalı kurumlar arası nakil istemlerinde ana mesele, hizmetine ihtiyaç duyulan memurun nakline onay verilip verilmeyeceğidir. Yine sınavla yerleşilen kadronun, kariyer bir görev olup olmadığı da önem arz etmektedir. Aynı nitelikli bir kadroya başka bir

⁵⁴ "... ilgilinin Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi emrine naklen atanmasına muvafakat verilmediği belirtilmiş olmakla birlikte... davacının mevcut görev yerinin kanunen bakmakla yükümlü bulunduğu anne ve babasının her ikisinin de bakıma muhtaç olmaları nedeniyle sağlık durumlarını tehlikeye düşüreceği dikkate alındığında, davalı idarece davacı hakkında tesis edilen işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığı ..." yönünde Danıştay 2D, T. 18.04.2017, E. 2016/9055, K. 2017/3220 sayılı kararı; Danıştay 5D, T. 20.01.2015, E. 2012/6147, K. 2015/117 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 31.01.2022.

kurumda sınavla yerleşilmesi halinde, kurumlar arası nakle onay verilecek midir? Konuya ilişkin olarak da 657 sayılı Kanunda özel bir düzenleme yoktur. Kanunda yer alan boşluk yargı içtihatlarıyla doldurulmaya çalışılmaktadır. Sınavla atanmaya dayalı kurumlar arası nakil istemlerinde idari yargıdaki hâkim görüş, memurun hâlihazırda çalıştığı kurumda hizmetine ihtiyaç duyulsa veya yerleşilen kadro ile görev yapılan kadro aynı nitelikte olsa dahi, nakle onay verilmesinin kamu yararına uygun düşeceği yönündedir.⁵⁵ Anılan kararlara göre, kamu görevlilerinin özel koşullarına göre verimliliklerinin en yüksek düzeyde olduğu ve hizmetinden en yüksek oranda yararlanılacak bir biçimde çalıştırılmalarının kamu yararına daha uygun olduğu, memurun istediği bir alanda çalışması maddi ve manevi varlığının gelişmesine olumlu katkı sağlayacağı ve kamu hizmetinden beklenen fayda artacağı gerçeğinden hareket edilerek ulaşılmaktadır.

Öte yandan yine bazı bölge idare mahkemelerince, kurumunda hizmetine ihtiyaç memurun merkezi sınavla yerleştiği ve naklen geçmek istediği kadronun, kariyer mesleklerden birine veya üst unvanlı bir göreve geçişe ilişkin olmaması halinde, kurumlar arası naklen atanmasına muvafakat verilmemesinde hukuka aykırılık bulunmadığı, bu konuda idareyi bağlayıcı bir düzenlemenin de mevcut olmadığı yönünde kararlar verilmektedir.⁵⁶ Bu konuda farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin kararlar arasındaki aykırılığın giderilmesi amacıyla ilgili bölge idare mahkemesi başkanlar kurulunca, Danıştay'dan karar verilmesini istenilmesi yerinde olacaktır.

D. Çalışma Süresini Tamamlama

Mevzuatta kurumlar arası nakil istemlerinde, hâlihazırda çalışılan kurumda belirli bir çalışma süresini tamamlama şartı öngörülebilmektedir.

⁵⁵ "... İnfaz Kurumunda kaloriferci olarak göreve başladı, KPSS yerleştirme sonucuna göre Ankara Gelir İdaresi Başkanlığı emrine şoför olarak yerleştirilmeye hak kazanması üzerine muvafakat talebinde bulunan davacının yaptığı görev ile KPSS sonucunda aldığı puana dayalı olarak yerleştirilmesi üzerine atanacağı görevin nitelikleri dikkate alındığında, şoför olarak atanmasına muvafakat verilmesi talebinin reddine ilişkin dava konusu işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığı ..." yönünde Danıştay 5 D, 21658/6899, 13.3.2017; Danıştay İDDK, T. 02.05.2019, E. 2017/432, K. 2019/2091 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 01.02.2022.

⁵⁶ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, T. 17.01.2020, E. 2019/2428, K. 2020/69 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 01.02.2022.

12.07.2013 tarihli 6495 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na eklenen Geçici 41. maddesinde; Kanunun 4 üncü maddesinin (B) fıkrası ile diğer bazı kanunlara tabi çalıştırılan sözleşmeli personelin memur kadrolarına atanmasına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Anılan hükme göre, "*Bu madde kapsamında memur kadrolarına atananların beş yıl süreyle başka kamu kurum ve kuruluşlarına nakli yapılamaz.*" Bu madde hükmünün Anayasa'nın 13. ve 41. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla yapılan başvuru neticesinde ise, düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın reddine karar verilmiştir.⁵⁷

Sözleşmeli personel iken memur kadrolarına atanan ve beş yılını doldurmayanların, kurumlar arası naklen atanma istemleri konusunda çıkan uyuşmazlıklarda, konuya ilişkin idari yargıda görüş birliği yoktur. Özellikle Danıştay İdari Dava Daireleri Kuruluna göre, 657 sayılı Kanun'un geçici 41. maddesi uyarınca beş yıl süreyle başka bir kuruma naklinin mümkün olmaması ve Anayasa Mahkemesince nakil yasağı düzenlemesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmesi nedeniyle, nakil yapılması hukuken olanaklı değildir.⁵⁸ Danıştay İDDK'nın bu kararlarına rağmen uygulamada, 657 sayılı Kanun'un Geçici 41. maddesi hükmünde geçen "nakil" ibaresinden, memurun başka kurumlarda durumuna uygun bir kadroya *sınava tabi tutulmaksızın* naklen atanmasının anlaşılması gerektiği, yarışma sınavı sonucuna bağlı olarak belli kadrolara ve yine sınavı bağlı kariyer görevlere yapılması gereken nakillerin Geçici 41. maddede geçen "nakil" kavramı içinde değerlendirilemeyeceğine hükmeden yargı yerleri de bulunmaktadır.⁵⁹ Bu kararlara göre, belli bir yarışma sınavı sonucuna, eğitim ve eş durumuna bağlı özür durumlarında, kurumların muvafakatlariyle memurların başka kurumlara naklen atanmaları olanaklıdır.⁶⁰ Bu konuda farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince

⁵⁷ Anayasa Mahkemesi, T. 05.05.2016, E. 2015/98, K. 2016/35 sayılı kararı, Resmi Gazete T. 31.05.2016, S. 29728.

⁵⁸ Danıştay İDDK, T. 02.05.2019, E. 2017/1253, K. 2019/2089 sayılı kararı; Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 1İDD, T. 05.11.2020, E. 2019/1108, K. 2020/543 sayılı kararı; www.uyap.gov.tr, e.t. 01.02.2022.

⁵⁹ Danıştay 2D, T. 05.03.2018, E. 2016/11703, K. 2018/1347 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 02.02.2022.

⁶⁰ "... davacının, KPSS sonucu yerleştirildiği kadroya atanmasına, 657 sayılı Yasanın Geçici 41. maddesinde düzenlenen nakil yasağı ileri sürülerek muvafakat verilmemesinde hukuka uyarlık görülmediği..." yönünde Danıştay 2D, T. 01.03.2018, E. 2016/11717, K. 2018/1313 sayılı kararı; Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 1İDD, T. 12.01.2018, E. 2017/3432, K. 2018/45 sayılı kararı; "... davalı idarece, 657 sayılı Kanunun Geçici 41.

verilen kesin kararlar arasındaki aykırılığın giderilmesi amacıyla Danıştay'dan karar verilmesini istenilmesi yerinde olacaktır. Ancak bu konudaki Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 02.05.2019 tarihli kararında, kurumlar arası nakle olumsuz yaklaştığı unutulmamalıdır.

Kanaatimizce kurumlar arası naklen atanmada, doğrudan kadrolu memur olanlar ile sözleşmeli personel iken memur kadrolarına atananlar arasında ayırım yapılması eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu nedenle, sözleşmeli personel iken memur kadrolarına atananlar için getirilen beş yıllık nakil yasağı, idari yargıda da kabul gördüğü üzere, özür durumu olmadan veya sınava tabi tutulmaksızın kurumlar arası naklen atanmalar yönünden uygulanacağı şeklinde yorumlanması eşitlik ilkesine uygun olacaktır. Anayasa Mahkemesi 05.05.2016 gün ve E. 2015/98, K. 2016/35 sayılı kararında, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na eklenen Geçici 41. maddesi hükmünü, eşitlik ilkesi yönünden değerlendirmemiştir. 657 sayılı Kanunun Geçici 41. maddesinde öngörülen beş yıllık nakil yasağının yapılacak bir kanun değişikliğiyle kaldırılmasının, kalıcı çözüm sağlayacağı açıktır.

Konuya ilişkin diğer bir nakil yasağı da Emniyet Teşkilat Kanunu'nun Ek 24. maddesinde öngörülmüştür.⁶¹ Anayasa Mahkemesi'nce, bu düzenlemenin de Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir.⁶² Polis memurlarına atanma tarihinden itibaren altı yıl süreyle başka kurumlara nakil yasağının uygulanması, 657 sayılı Kanunun geçici 41. maddesinde öngörülen beş yıllık nakil yasağı gibi yorumlanıp yorumlanmayacağı önem arz etmektedir. Diğer bir anlatımla, polis memurlarına atanma tarihinden itibaren altı yıl nakil yasağı; yarışma sınavı sonucuna, eğitim ve eş durumuna göre naklen atanmada da uygulanacak mıdır?

Konuya ilişkin çıkan uyuşmazlıklarda, bazı bölge idare mahkemeleri, "polis memuru olarak atananların atama tarihinden itibaren altı yıl süreyle başka kurumlara nakil yoluyla atanamayacağının açıkça düzenlendiği, anılan maddede merkezi sınavla atanmaya hak kazanılan unvanlar bakımından

maddesi uyarınca 5 yıl boyunca naklinin yapılamayacağı gerekçesiyle muvafakat verilmemiş ise de... eğitim durumu göz önünde bulundurulmayarak, muvafakat talebinin reddine ilişkin işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığı..." yönünde Danıştay 2D, T. 13.05.2019, E. 2019/600, K. 2019/2843 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 02.02.2022.

⁶¹ Emniyet Teşkilat Kanunu'na eklenen Ek 24. maddenin değişik 5. fıkrasında, "Polis meslek eğitim merkezlerinde eğitimlerini başarı ile tamamlayanlar, Emniyet Genel Müdürlüğü kadrolarına aday polis memuru olarak atanırlar. Bu şekilde atananlar, atanma tarihinden itibaren altı yıl süreyle başka kurumlara nakil yoluyla atanamazlar." kurallarına yer verilmiştir.

⁶² Anayasa Mahkemesi, T. 12.10.2011, E. 2010/25, K. 2011/136, Resmi Gazete T. 29.12.2011, S. 28157.

herhangi bir istisnaya yer verilmediğinden naklin mümkün olmadığı” görüşünde⁶³ iken, bazı bölge idare mahkemeleri ise, “3201 sayılı Kanun’un Ek 24. maddesi hükmünde geçen “nakil” ibaresinden, memurun başka kurumlarda durumuna uygun bir kadroya sınava tabi tutulmaksızın naklen atanmasının anlaşılması gerektiğinden, yarışma sınavı sonucuna göre kurumların muvafakatlarıyla başka kurumlara naklen atanmalarına olanak olduğu” görüşüyle⁶⁴ farklı kararlar vermektedir. Bunun üzerine 2576 sayılı Kanunun 3/C-5 maddesi uyarınca farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin kararlar arasındaki aykırılığın giderilmesinin istenilmesi üzerine, “.. 3201 sayılı Kanun’un Ek 24. maddesi gereğince polis memuru olarak atandıktan sonra, altı yıl boyunca emniyet teşkilatında görev yapması gerekmekte olup, bu süre boyunca lisans mezunu oldukları alan dâhil olmak üzere başka bir kamu kurumuna naklen atanmalarına olanak bulunmadığı, anılan maddede, yarışma sınavı sonucuna bağlı olarak belli kadrolara ve yine sınava bağlı kariyer görevlere yapılan atamalar konusunda da herhangi bir istisnaya yer verilmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda, polis meslek eğitim merkezindeki eğitimlerini tamamlayarak aday polis memuru olarak göreve başlayan davacıların, yukarıda anılan yasal düzenlemede yer verilen altı yıllık zorunlu süresini tamamlamadıklarından bahisle, yarışma sınavlarına bağlı olarak yerleştirildikleri kurumlara atanmalarına muvafakat verilmemesine ilişkin işlemlerde hukuka aykırılık bulunmamaktadır...”⁶⁵ yönündeki gerekçesiyle, ret kararları doğrultusunda aykırılığı gidermiştir.

657 sayılı Kanunun geçici 41. maddesinde öngörülen beş yıl, 3201 sayılı Kanun'un Ek 24. maddesinde öngörülen altı yıl kurumlar arası nakil yasağının, idari yargı yerlerince, sadece sınava tabi tutulmaksızın naklen atanmalarda uygulanması gerektiği yönündeki yaklaşımın, uygulamadaki oluşan mağduriyetleri gidermek amacıyla geliştirildiği açıktır. Bu nedenle, 657 sayılı Kanunda ve 3201 sayılı Kanunda değişiklik yapılmalıdır. Kanun değişikliğiyle, memurların kurumlar arası nakil yasağı kaldırılmalı ya da, kurumlar arası nakil yasağı sadece sınava tabi tutulmaksızın naklen atanmalarla sınırlandırılmalıdır. Belli bir yarışma sınavı sonucuna, eğitim veya eş durumuna bağlı kurumlar arası nakil yasağı ise mutlak suretle kaldırılmadır.

⁶³ Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 1İDD, T. 07.11.2017, E. 2017/1303, K. 2017/1316 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 03.02.2022.

⁶⁴ Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 1İDD, T. 20.06.2017, E. 2017/164, K. 2017/2095, sayılı kararı; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, T. 19.04.2017, E. 2016/1303, K. 2017/1251 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 03.02.2022.

⁶⁵ Danıştay İDDK, T. 24.02.2020, E. 2020/13, K. 2020/56 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 04.02.2022.

IV. ATANMAK İSTENİLEN KURUMUN ATAMADA VEYA MUVAFAKAT VERMEDE TAKDİR YETKİSİ

Yukarıda da açıklandığı üzere kurumlar arası naklen atama, bir kurumun işlemiyle yapılmamaktadır. Hâlihazırda çalışılan ve naklen gidilecek kurumun muvafakat veya atama işlemiyle süreç tamamlanabilmektedir. Naklen gidilecek kurumun da, atamaya muvafakat vermesi gerekir. Naklen gidilecek kurumun, doğrudan yaptığı atama işlemi de muvafakat niteliğindedir.

Kurumlar arası naklen atamalarda çıkan uyuşmazlıkların ekseriyeti, hâlihazırda çalışılan kurumun atamaya muvafakat vermemesine ilişkindir. Naklen gidilecek kurumun, atama veya muvafakat isteminin reddine ilişkin uyuşmazlıkların sayısının çok olmadığı söylenebilir. Bunun sebebi ise uygulamadan kaynaklanmaktadır. Çünkü uygulamada genellikle memurlar, atanmak istenilen kurumda sınava dayalı bir kadroya yerleşmektedir. Ya da atanmak istenilen kuruma başvurmakta ve bu kurumun da, hâlihazırda çalışılan kuruma muvafakat başvurusu yapmasıyla süreç devam etmektedir. Diğer bir anlatımla uygulamada memurlar, muvafakat için öncelikle atanmak istenilen kuruma müracaat etmekte ve işlemlere başlamakta, bu kurumdan muvafakat aldıktan sonra kendi kurumlarına muvafakat için başvurumaktadırlar.⁶⁶

Kurumlar arası naklen gidilecek kuruma, atama yapılmada veya muvafakat verilmede hukuken zorlama yapıp yapılmayacağı hususunda iki ayrıma gitmek gerekir. Naklen gidilecek kuruma yapılan atama veya muvafakat istemlerinin, doğrudan olup olmadığı yönünden ayrı ayrı irdelenmesi yerinde olacaktır.

A. Doğrudan Atanma veya Muvafakat İstemi

Kurumlar arası atama veya muvafakat istemiyle yapılan başvurunun doğrudan yapılması halinde, naklen gidilecek kurumun, bu başvuruyu kabul veya ret hususunda geniş takdir yetkisi bulunmaktadır. Naklen gidilecek kuruma, merkezi sınav puanıyla veya yarışma sınavıyla yerleşilmesi durumunda, bu kurumun muvafakatı alınmış sayılır. Çünkü bu kurumun açtığı sınav kazanılmış veya yapılan ilan üzerine kadroya yerleştirilmiştir.

Naklen gidilecek kurumun sınav veya atama ilanı gibi bir iradesi veya çağrısı söz konusu olmaksızın doğrudan başvurulması halinde ise

⁶⁶ Aynı görüş için bkz. YAVUZDOĞAN, Seçkin, Devlet Memurları Kanunu Uyarınca Naklen Atama, Adalet Kitabevi, Ankara 2014, s. 165.

durum farklıdır. Bu ihtimalde naklen gidilecek kuruma yapılan başvuru muvafakat istemine yönelik ise, kurum kendi ihtiyaçları doğrultusunda bu başvuruyu değerlendirir. Kabulü halinde sorun yoktur. Bu başvuru hiç değerlendirilmeden, hâlihazırda çalışılan kurumdan öncelikle muvafakat alınması gerektiği gerekçesiyle de doğrudan reddedilebilir. Bu konuda naklen gidilecek kurumun mutlak takdir yetkisi vardır. Çünkü kurumlar arası naklen gidilecek idare açısından, hâlihazırda çalışılan kurumun muvafakatin varlığı ön işlem niteliğindedir.⁶⁷

Naklen gidilecek kuruma, sınav veya atama ilanı gibi bir iradesi veya çağrısı söz konusu olmaksızın doğrudan atama için başvurulması halinde ise, bu başvuru hiç değerlendirilemez. Hâlihazırda çalışılan kurumdan öncelikle muvafakat alınması gerektiği gerekçesiyle reddedilmesi zorunludur. Aksi bir uygulama, kanunda öngörülen “kurumların muvafakatının alınması” gerektiği hükmüne aykırılık teşkil edecektir. Çünkü bu başvuru, muvafakat değil atama başvurusudur. Atama işlemi ise, kurumlar arası nakil sürecinde son işlemdir.

B. Hâlihazırdaki Kurumdan Muvafakat Alınması Sonrası Atanma veya Muvafakat İstemi

Kurumlar arası naklen gidilecek kuruma, hâlihazırda çalışılan kurumdan muvafakat alınmasından sonra da başvurulabilir. Bu başvuru muvafakat istemli olabileceği gibi atanma istemli de olabilir. Hâlihazırda çalışılan kurumdan muvafakat alınmasından sonra, naklen gidilecek kurumdan muvafakat istemeye lüzum yoktur. Doğrudan atanma istemi yeterlidir. Çünkü yapılacak atama işlemi, aynı zamanda muvafakat niteliğindedir.

Kurumlar arası naklen atamada, atanmak istenilen idareyi kurumlar arası nakil yoluyla atama yapmaya zorlayan herhangi bir mevzuat hükmü bulunmamaktadır. İdareyi kurumlar arası nakle yargı kararı ile zorlanamayacağı da açıktır. Naklen gidilecek kurumda, atanmak isteyen memurun bulunduğu sınıftan ve öğrenim durumu itibariyle girebileceği sınıftan bir kadro yoksa veya bu kadroya atanma şartlarını sağlamıyorsa muvafakat verilemez ve naklen atama yapılamaz. İdari yargı kararları da bu yöndedir.⁶⁸

⁶⁷ Danıştay 2D, T. 08.05.2019, E. 2016/11152, K. 2019/2756 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 04.02.2022.

⁶⁸ “...davalı idarenin kadro bulunmayan yere atama konusunda yargı kararıyla zorlanması olanaklı olmadığı, ... Tıp Fakültesi Hastanesinde hemşire olarak görev yapan davacının, eşinin... Jandarma Tabur Komutanlığında astsubay olarak görev yaptığından bahisle, Sağlık

Eş durumu yönünden kurumlar arası naklen atanma istemlerinde, naklen gidilecek kurumda boş kadro olmasa dahi atamanın yapılıp yapılmayacağı ise önem arz etmektedir. Çünkü Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelikte, kurum içi atamalarda, eş bazı görevlerde olan personel için özel düzenlemeler öngörülmüştür.⁶⁹ Bunların kurum içi atanma taleplerinde, kadro durumunun yetersiz olmasının atanmalarına engel olmayacağına yönelik düzenlemeler getirilmiştir. Eşi bazı özel görevlerde bulunan personelin kurumlar arası naklen atanmasında da, norm kadro hükümleri uygulanmayıp atamanın yapılıp yapılmayacağına açıklığa kavuşturulması gerekir. Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin 1. maddesine göre, bu yönetmelik, devlet memurlarının aynı kurum içinde yer değiştirme suretiyle atanmalarını sağlamak amacıyla düzenlenmiştir. Konuya ilişkin bir görüşe göre, kurumlar arası naklen atamada, aynı kurum içinde yer değiştirme suretiyle atanmalarını düzenleyen Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına Dair Yönetmelik hükümlerinin uygulanması hukuken mümkün değildir. Naklen gidilecek kurumda boş norm kadro yok ise, kurumlar arası naklen atamanın yapılması hukuken olanaklı değildir.⁷⁰ Diğer görüşe göre ise, eş zorunlu atamaya memur, kurumlar arası naklen gidilecek idarenin personeli olsaydı, kadro şartı aranmaksızın eş durumu sebebiyle eşinin

Bakanlığı'nın Erzincan İlinde bulunan kadrolarına naklen atanmak istemiyle yapmış olduğu başvurunun zımnen reddine ilişkin dava konusu işlemden hukuka aykırılık bulunmadığı..." yönünde Konya Bölge İdare Mahkemesi 1İDD, T. 12.11.2020, E. 2020/329, K. 2020/1662 sayılı kararı; Danıştay 5D, T. 20.04.2015, E. 2012/10388, K. 2015/3966 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 05.02.2022.

⁶⁹ Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına Dair Yönetmelik'in 9. maddesinde; "*mevzuatı uyarınca zorunlu yer değiştirmeye tabi tutulan eğitim ve öğretim hizmetleri sınıfı, mülki idare amirliği hizmetleri sınıfı, jandarmanın hizmetleri sınıfı, sahil güvenliği hizmetleri sınıfı ve emniyet hizmetleri sınıfına giren memurlar, Türk Silahlı Kuvvetlerine mensup subay ve astsubay, uzman jandarmanın ve uzman erbaşlar ile hâkim ve savcılarının görev süresiyle sınırlı olmak üzere atandıkları yere, memur olan eşinin atanmasında mevzuatı uyarınca yürürlüğe konulan norm kadro sayılarına ilişkin hükümler uygulanmaz.*" hükmü yer almıştır.

⁷⁰ İzmir Bölge İdare Mahkemesi 1İDD, T. 16.03.2021, E. 2020/1016, K. 2021/369 sayılı kararı; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 1İDD, T. 04.04.2019, E. 2019/435, K. 2019/518 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 06.02.2022.

bulunduğu yere yer değiştirme suretiyle atanacağına göre, kurumlar arası naklen de atanabilmesi gerekir.⁷¹

Bu konuda farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin kararlar arasındaki aykırılığın giderilmesinin istenilmesi üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca verilen kararda “... Aykırılığın giderilmesi istemine konu kararlarda davacıların eş durumu mazereti nedeniyle atanma taleplerinin reddine yönelik işlemlerin temelinde kadro yetersizliği olsa da, atanma talep edilen dönem, atanmak istenilen yerdeki kadro sayısı ve standardı ile hâlihazırda çalışılan üniversite hastanesinden muvafakat alınıp alınmadığına ilişkin bilgiler ve değerlendirmeler her uyumsuzlukta birbirinden farklı olduğundan, her davacının durumunun ayrı bir inceleme ve değerlendirmeye tabi tutulması gerekmekte ve bu yönüyle de her dosya kendine özgü bir nitelik taşımaktadır. Ayrıca aykırılığın giderilmesi istemine konu kararların bazılarında ara kararı yapılarak atanmak istenilen yerdeki kadro durumunun sorgulandığı, bazılarında ise bu konuda ara kararı yapılmaksızın karar verildiği ve karara esas alınan mevzuat düzenlemelerinin farklılık arzettiği görülmektedir.

Bu itibarla, aralarında aykırılık olduğu öne sürülen kararlarda, her davacı açısından ayrı değerlendirme yapıldığından ve her bir dava dosyasındaki olgular, dayanaklar ve gerekçeler birbirinden farklı olduğundan, eş durumu nedeniyle naklen atama isteminin reddi işlemlerini konu edinen uyumsuzlukların, belirli bir ilke ve esasa bağlanmasına olanak bulunmamaktadır...” yönündeki gerekçeyle istem reddedilmiştir.⁷² Bu karara katılmıyoruz. Çünkü bölge idare mahkeme kararlarına konu uyumsuzluğun ve karar gerekçelerinin temeli, kurumlar arası naklen gidilecek kurumda kadro yetersizliği varsa, Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına Dair Yönetmelik hükümlerinin kıyasen uygulanmasının hukuken mümkün olup olmadığına ilişkindir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, bu konu hakkında esastan bir karar vermemesiyle, aykırılığın giderilmesi müessesesinden beklenen amaç olan hukuki istikrarın sağlanmasına hizmet etmemiştir.

Naklen gidilecek kurumda, atanmak isteyen memurun bulunduğu sınıfı ve öğrenim durumu itibariyle girebileceği sınıftan boş bir kadronun bulunması halinde de, idarenin bu kadroya atama yapmada takdir yetkisi bulunmaktadır. Naklen gidilecek kurum, boş bulunan bir kadroya kamu yararı ve hizmet gereklerini gözeterek atama konusunda, gerekli

⁷¹ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 2İDD, T. 16/10/2019, E. 2019/1578, K. 2019/1690, sayılı kararı; Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 1İDD, T. 11.12.2019, E. 2019/1052, K. 2019/1103 sayılı kararı.

⁷² Danıştay İDDK, T. 28.09.2020, E. 2020/111, K. 2020/119 sayılı kararı, www.uyp.gov.tr, e.t. 04.02.2022.

nitelikleri taşıyanlar arasında tercihte bulunma hak ve yetkisine sahiptir. Bu yetkiyi belirli bir kişi lehine kullanmaya yargı kararı ile zorlamak hukuken mümkün değildir. Naklen atanmak isteyen memur, hâlihazırda çalıştığı kurumdan muvafakat almış olsa dahi durum değişmez. Bu yaklaşım yargı kararlarına da yansımaktadır.⁷³

Konuya ilişkin uyuşmazlıklarda, hâlihazırda çalışılan kurumdan muvafakat bulunması ve naklen gidilecek kurumda ise boş kadronun bulunması halinde, naklen gidilecek kurumun atama yapması gerektiği yönünde de kararlar vermektedir. Bu yönde verilen kararların bir kısmı, naklen gidilecek kurum tarafından atamayı engelleyen durumun somut olarak ortaya konulması gerektiği, aksi takdirde atamanın yapılması gerektiği yönündedir.⁷⁴ Kararların çoğunda ise, hâlihazırda çalışılan kurumdan muvafakat bulunması ve naklen gidilecek kurumda ise boş kadronun bulunması, naklen atama için tek başına yeterli görülmemekte, naklen gidilecek kurumun bu konudaki takdir yetkisi hukuken tartışılmamaktadır.⁷⁵ Bu yöndeki kararlara gerekçe yönünden katılmıyoruz. Çünkü kurumlar arası naklen atamada, naklen gidilecek kurumdaki boş kadroya atama yönünden idarenin takdir yetkisinin hangi gerekçeyle kısıtlandığının gerekçede belirtilmesi gerekir.

İdare takdir yetkisini kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanır. Takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun kullanılmadığının kanıtlanması ya da idari yargı merciince bu durumun saptanması halinde, idari işlemin sebep ve maksat yönlerinden hukuka

⁷³ “... Cizre Belediyesi emrinde inşaat mühendisi olarak görev yapan davacının...Batman Belediyesi emrine atanmak istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin yargısal denetiminde, işlemin diğer unsurları yönünden hukuka aykırılık bulunmadığı sürece, anılan kadroya atama yapmaya zorlamak suretiyle idarenin takdir yetkisini kaldırarak belli bir kişinin atanması sonucunu doğurabilecek şekilde iptal kararı verilemeyeceği...” yönünde Danıştay 2D, T. 20.02.2020, E. 2016/12352, K. 2020/1020 sayılı kararı; Danıştay 5D, T. 13.12.2010, E. 2009/1274, K. 2010/7059 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 12.02.2022.

⁷⁴ “... Rektörlük tarafından davacıya muvafakat verildiği ve aradan iki yıldan fazla zaman geçmesine rağmen hiçbir işlem yapılmadığı, davacının naklen atanmasına engel teşkil edecek bir durumun bulunduğuna ilişkin davalı idarece dosyaya somut bir bilgi ve belge sunulmadığı anlaşıldığından, bu kez hizmetine ihtiyaç duyulmadığı gerekçesiyle davacının başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işleminde hukuka uygunluk bulunmadığı...” yönünde Danıştay 2D, T. 31.10.2019, E. 2016/11230, K. 2019/5786 sayılı kararı; benzer yönde Danıştay 5D, T. 17.05.2016, E. 2014/4121, K. 2016/3115 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 07.02.2022.

⁷⁵ Danıştay 2D, T. 28.02.2018, E. 2016/5691, K. 2018/1234 sayılı kararı; Danıştay 5D, T. 25.11.2015, E. 2013/10373, K. 2015/9453 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 08.02.2022.

aykırılığı nedeniyle iptalini gerektirir. Örneğin naklen gidilecek kurumdaki boş kadro için, atanmak isteyen memurun hizmetine ihtiyaç duyulduğunun somut olarak kanıtlanması halinde⁷⁶, takdir yetkisinin kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun kullanılmadığının kabulü gerekir.⁷⁷ Ya da naklen gidilecek kurum tarafından ilk aşamada muvafakat verilmesine rağmen, son aşamada atamanın yapılmaması halinde de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta “...davalı idareye yaptığı atama başvurusunun uygun görülüp Adalet Bakanlığından yargı kararı üzerine muvafakat alındığı; her ne kadar davalı idare işlemde personel ihtiyacı bulunmadığını belirtmekte ise de, ara kararı üzerine gelen belgelerden, davalı idarede hem genel idare hizmetleri hem de teknik hizmetler sınıfında davacının atanabileceği unvanlarda boş kadroların bulunduğu görüldüğü; bu durumda, davacının davalı idare bünyesinde görev yapabileceği boş kadroların bulunması, davalı idarenin daha önce davacıyı muvafakat alması şartı ile atama yapma konusundaki iradesinin olması karşısında, dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı...” yönünde karar verilmiştir.⁷⁸

Kurumlar arası naklen atamalarla ilgili olarak boş kadro bulunması veya bulunmaması halinde, naklen gidilecek kuruma hangi şartlarda atama yapmaya hukuken zorlama yapılacağına ilişkin kanunda açık bir düzenleme yoktur. Bu konuda da, 657 sayılı Kanunda değişiklik yapılmalı ve naklen gidilecek kurumun hangi şartlarda atama yapmada hukuken bağlı yetki içinde olduğu ayrıntılı olarak düzenlenmelidir. Anılan düzenlemede, kurum içi atamada olduğu gibi, zorunlu atamaya tabi memurların eşlerinin, istisnai durumlarda norm kadro olmaksızın kurumlar arası naklen atama yapabilmesi gibi hükümlere yer verilebilir. Aynı şekilde naklen gidilecek kurumda boş kadro bulunması halinde de, eş, öğretim ve sağlık gibi özür durumuna dayalı istemlerde, bu kurum

⁷⁶ İdare takdir yetkisini kullanırken keyfi davranmamalı, gerekli inceleme ve araştırma yapmalı, işlemi somut delillerle destekleyerek takdir yetkisini kullanmalıdır. GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun/BERK Kahraman, İdare Hukuku, Der Yayınları, 7. Baskı, İstanbul 2015, s. 115.

⁷⁷ “... infaz koruma memuru olarak görev yapan davacının, Kültür ve Turizm Bakanlığı emrinde durumuna uygun bir kadroya atanma istemiyle yaptığı başvurusunun reddine ilişkin... işlemin iptali istemiyle açılan davada... davalı idarenin davacının hizmetine ihtiyaç duyduğu, yargı kararı sonucu gelinen süreçte münhal kadro yönünden bir engel olmadığı anlaşıldığından, davacının atamasının gerçekleştirilmemesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmemiştir...” yönünde Danıştay 2D, T. 11.04.2017, E. 2016/15714, K. 2017/2979 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 09.02.2022.

⁷⁸ Danıştay 2D, T. 10.06.2020, E. 2017/662, K. 2020/1732 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 10.02.2022.

tarafından atama yapılması kolaylaştırılmalıdır. Özür durumuna ilişkin düzenlemede, hâlihazırda çalışılan kurumun teşkilatı bulunmaması, bulunmakla birlikte uygun kadronun olmaması, memurun öncelikle kurum içi atama yoluyla atanmak isteyip istemediği hususlarının da dikkate alınması gerektiği açıktır.

V. ADAY MEMURUN NAKLEN ATANMASINDA MUVAFAKAT

657 sayılı Kanunda aday memurların özel bir statüleri bulunmaktadır (m. 54). Aday memurların kurumlar arası naklen atamaya tabi olup olmadıkları önem arz etmektedir.

657 sayılı Kanun'un 54. maddesinde, *“sınavlarda başarılı olanlardan devlet memurluğuna girmek isteyenler başarı listesindeki sıraya ve ilan edilen kadro sayısı kadar, kurumlarınca memur adayı olarak atanacağı, aday olarak atanmış devlet memurunun adaylık süresi bir yıldan az iki yıldan çok olamayacağı ve bu süre içinde aday memurun başka kurumlara nakli yapılamayacağı”* hükmü yer almaktadır. Anılan hükmün lafzına bakıldığında, aday memurların kurumlar arası naklen atamaya tabi olmadıkları söylenebilir. Ancak idari yargıda, *“memurun başka kurumlara nakli yapılamayacağı”* hükmü ikili bir ayrıma tabi tutularak uygulanmaktadır. Aday memurun kurumlar arası naklinde, yarışma sınavı sonucuna bağlı olarak nakil olup olunmadığı ayrımı yapılmaktadır. İdari yargıda hâkim görüş, 657 sayılı Kanun'un 54/2. maddesinde; aday memurun adaylık süresi içerisinde başka kurumlara naklinin yapılamayacağına ilişkin düzenlemede yer alan 'nakil' ibaresinden, memurun başka kurumlarda durumuna uygun bir kadroya sınava tabi tutulmaksızın naklen atanması anlaşılması gerektiği yönündedir. Yarışma sınavı sonucuna bağlı olarak belli kadrolara ve yine sınava bağlı kariyer görevlere yapılması gereken nakillerin 54.madde geçen "nakil" kavramı içinde değerlendirilemeyecektir.⁷⁹ Dolayısıyla adaylık statüsü içinde çalışan memurların belli bir yarışma sınavı sonucuna göre kurumların muvafakatlarıyla başka kurumlara naklen atanmalarına olanak bulunmaktadır.

⁷⁹ *“...657 sayılı Kanununun 54. maddesi uyarınca aday memurun başka kurumlara naklinin yapılamayacağı da belirtilmek suretiyle davacının atanmasına muvafakat verilmemiş ise de, yukarıda da belirtildiği üzere anılan madde uyarınca aday memurların belli bir yarışma sınavı sonucuna göre kurumların muvafakatlarıyla başka kurumlara naklen atanmalarına olanak bulunduğundan, davacının atanmasına anılan gerekçeyle muvafakat verilmemesinde hukuka uygunluk görülmediği...”* yönünde Danıştay 5D, T. 26.04.2019, E. 2016/28174, K. 2019/2979 sayılı kararı; Danıştay 2D, T. 20.03.2018, E. 2016/11696, K. 2018/1818 sayılı kararı, www.uyap.gov.tr, e.t. 12.02.2022.

İdari yargıdaki bu yaklaşım, kurumlar arası nakilde sınava dayalı atanma kıstasının diğer kıstaslara göre daha ön plana çıkarıldığını göstermektedir. Çünkü aday memurun eş, eğitim, sağlık gibi özür durumunda dahi kurumlar arası nakil istemlerinin nakil yasağı kapsamında değerlendirilmekte iken, yarışma sınavına bağlı nakle ise yorum yoluyla cevaz verilmektedir.

SONUÇ

Devlet memurlarının kurumlar arası nakli, işin doğası gereği farklı kamu kurumları arasında yapılmaktadır. Kamu kurumunun biri görev yapılan kamu kurumu, diğeri ise atanmak istenilen kamu kurumudur. Görev yapılan veya atanmak istenilen kamu kurumundan sadece birisinin onayı ile kurumlar arası nakil yapılması mümkün değildir. Kurumlar arası nakil suretiyle atanmaları için, iki idarenin ortak iradesi zorunlu kılınmıştır.

657 sayılı Kanunda öngörülen kurumlar arası nakle ilişkin hükümler sadece memurlar hakkında uygulanabilir. 657 sayılı Kanunda öngörülen işçiler ve sözleşmeli personel hakkında uygulanmasının mümkün değildir. Memurlar 657 sayılı Kanuna tabi kurumlar ile 13.12.1960 tarihli ve 160 sayılı Kanunun 4. maddesi kapsamına giren kurumlar arasında da naklen atanabilir.

657 sayılı Kanun ve 160 sayılı Kanunda öngörülen katma bütçeli idare kavramına, bütçe türlerinde yeni bir sınıflandırmaya gidilen 5018 sayılı Kanunda yer verilmemiş, özel bütçeli idare kavramına yer verilmiştir. 657 sayılı Kanun ve 160 sayılı Kanunda öngörülen katma bütçeli idare kavramı güncelliğini yitirmiştir. 5436 sayılı Kanun'un Geçici 3. maddesi atfı gereği, katma bütçeli idare iken 5018 sayılı Kanunla özel bütçeli idareler kapsamına alınan kamu idareleri 657 sayılı Kanun, 160 sayılı Kanun ve mülga 217 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamında yer alıp 657 sayılı Kanunun 74. maddesi hükmünden yararlanabilmektedirler. Diğer bir anlatımla, 657 sayılı Kanunda öngörülen kurumlar arası nakil istemlerinde, belirtilen istisnalar haricinde özel bütçeli kurumda çalışmıyor olmak ön koşul niteliğindedir.

Daha önce katma bütçeli idare iken 5018 sayılı Kanunla özel bütçeli idareler kapsamına alınan kurumlarda çalışan memurlar ilgili mevzuatında gerekli düzenleme yapıncaya kadar 657 sayılı Kanun hükümlerinde yararlanmakta iken, bu kapsamda olmayan özel bütçeli kurumlarda çalışan memurlar hakkında ise, 657 sayılı Kanuna ilişkin hükümler uygulanamamaktadır. Bu kurumlarda çalışan memurlar, kurumlar arası

naklen atamaya ilişkin hükümlerden de yararlanamayacaktır. Bu nedenle, 657 sayılı Kanunun kapsamını düzenleyen madde hükmünde değişiklik yapılmalıdır. Yapılacak değişiklikle, kanundan “katma bütçeli kurum” kavramı çıkarılarak yerine, özel bütçeli kurumlar ifadesi getirilmelidir. Bu şekilde, özel bütçeli kurumların bir kısmının 657 sayılı Kanuna tabi olup bir kısmının olmamasının da önüne geçilmiş olacaktır.

657 sayılı Kanunda devlet memurlarının kurumlar arası naklinin, kurumların muvafakatı ile nakil olunacağı belirtilmektedir. Ancak kurumların bu muvafakatının ne şekilde, hangi sıra ile sürede alınacağına ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmemiştir.

Kurumlar arası nakil için hangi idarenin öncelikle muvafakat vermesi gerektiği yönünden kanunda boşluk bulunmaktadır. Muvafakat için başvuru alan idare, öncelikle diğer idarenin muvafakat vermesi gerektiği gerekçesiyle, kurumlar arası nakil sürecini zorlaştırabilir veya uzamasına sebebiyet verebilir. Bu nedenle 657 sayılı Kanunda değişiklik yapılmalı, kurumlar arası nakil sürecinde hangi idareye önce başvurulması gerektiğine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yapılması yerinde olacaktır. Bu durum, memurların atanmaları kanunla düzenleneceği yönündeki Anayasal ilkenin de gereği yerine getirilmiş olacaktır.

657 sayılı Kanunda devlet memurlarının kurumlar arası nakli konusunda, belirlenen genel esaslar dışında ayrıntılı bir kıstas düzenlemesi yoktur. Bu konuda da kanunda boşluk bulunmaktadır. Bu nedenle devlet memurlarının kurumlar arası naklinde dikkate alınacak kıstaslar yargı kararlarıyla oluşturulmaktadır. Yargı kararlarında esas alınan kıstasların başlıcaları, hizmet gereği ve kamu yararı, eş ve aile durumu, eğitim durumu, sınavla atanma, çalışma ve bekleme süresini tamamlama olarak gösterilebilir.

Memurların kurumlar arası naklen ataması yönünden “kamu yararı ve hizmet gereği” kıstası, yargı kararlarında üst bir kıstas olarak kabul görmektedir. Kurumlar arası naklen atama, eş ve aile durumu, eğitim durumu, sağlık durumu, sınavla atanma kıstaslarına göre yapılması gerektiği durumlarda dahi, idarenin bu husustaki takdir yetkisi “kamu yararı ve hizmet gereği” yönünden de değerlendirmeye tabi tutulmaktadır.

Memurların kurumlar arası naklen atamasında, yargı mercilerince esas alınan kıstaslar yönünden, benzer olaylarda farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılıklar oluşabilmektedir. Bu aykırılıkların bir kısmı Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca giderilse de, bazı aykırılıkların giderilmesi noktasında Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu çekimser kaldığı görülmektedir.

Bu nedenle 657 sayılı Kanunun konuya ilişkin hükümlerinde değişiklik yapılmalıdır. Yapılacak değişiklikle, hâlihazırda çalışılan kurumdan istenilen özür veya sınav kazanma durumuna dayalı muvafakat istemleri yönünden ve naklen gidilecek kuruma atanma istemleri yönünden açık ve ayrıntılı düzenlemeler yapılmalıdır. Bu düzenlemede, özür durumuna dayalı istemlerde muvafakat verilmesi ve atanma yapılmasını kolaylaştıran açık hükümler getirilmelidir. Bu şekilde, kurumlar arası muvafakat ve atanma istemlerinde özür durumuna ilişkin benzer olaylarda, bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasındaki aykırılıklar da ortadan kalkacaktır.

KAYNAKLAR

- AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, 14. Baskı, Ankara 2021.
- ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, 7. Bası, Ankara 2021.
- AVCI, Mustafa, İdari Yargılama Usulündeki Son Yenilikler ve İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017.
- AVCI, Mustafa, Devlet Memurlarının Naklen Atanmasında İdarenin Takdir Yetkisi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (tez.yok.gov.tr 2002).
- BİLGİN, Hüseyin, 99 Soruda İdari Yargıda İstinaf Başvuru Rehberi, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- BİLGİN, Hüseyin, "Bölge İdare Mahkemesi Kararları Arasındaki Aykırılık ve Uyuşmazlığın Giderilmesi Sorunu", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, S. 3, Y. 2021, s. 637-686.
- BİLGİN, Hüseyin, Bölge İdare Mahkemelerinin Kesin Kararları Arasındaki İçtihat Farklılığının Giderilmesine Yönelik Danıştay Kararları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.
- BİLGİN, Hüseyin, İdari Davalar ve Çözüm Yolları, Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2022.
- BUCAKTEPE, Adil, "Devlet Memurluğu ve Memurların Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 3, Y. 2014, s. 459-490.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, "Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi", Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S. 3-4, Y. 2003, s. 171-208.
- ÇINARLI, Serkan, İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri, Seçkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2020.
- ÇOLAK, Nusret İlker, "Kamu Görevlilerinin Naklen Atanma Kriterleri", Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 1-2, Y. 2005, s. 127-165.
- ERDOĞDU, Ahmet, "Memur Kavramında Yenilik", Danıştay Dergisi, S. 4, Y. 1972, s. 7-20.

- GİRİTLİ, İsmet/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun/BERK Kahraman, İdare Hukuku, Der Yayınları, 7. Baskı, İstanbul 2015.
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, Ekin Yayınevi, 3. Baskı, Bursa 2019.
- KAYA, Cemil, Kararlarından Hareketle Kamu Yararı Kavramına Danıştay'ın Bakışı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- OĞURLU, Yücel, "Danıştay Kararlarından Örneklerle Naklen Atamalar Sorunu", Kamu Personeli Sorunları İdare Hukuku Sempozyumu, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Eskişehir, 2004.
- PINAR, İbrahim, Devlet Memurları Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınevi, 9. Baskı, Ankara 2006.
- SAĞLAM, Mehmet, Devlet Memurlarının Naklen Atanmaları ve Nakil İşlemlerinin Yargısal Denetimi, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara 1999.
- SANCAKDAR, Oğuz, Memur Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayını, 2018.
- SANCAKDAR, Oğuz, "İdari Yargı İstinaf Sistemindeki Olası Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Danıştay ve İdari Yargı Günü 148. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, No: 91, 2016, s. 29-113.
- SEZGİNLER, Murat, "İdari Yargıda İstinaf İncelemesinin Esasları ile İstinaf Uygulamasında İçtihat Ayrılıkları Sorunu ve Çözüm Yolları", Danıştay ve İdari Yargı Günü 150. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, No: 99, 2018, s. 111-135.
- ULUSOY, Ali Dursun, Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara 2021.
- ÜSTÜN, Gül/SEÇKİN, Sinan, "İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekeç İlkesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 21, S. 2, Y. 2015, s. 509-534.
- UYSAL, Zeki, İdari Yargıda İçtihat Aykırılığının Önlenmesi ve Giderilmesi Usulü, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.
- YAVUZDOĞAN, Seçkin, Devlet Memurları Kanunu Uyarınca Naklen Atama, Adalet Kitabevi, Ankara 2014.
- YAVUZDOĞAN, Seçkin, "Danıştay'ın Naklen Atamalarda 'Aile Birliği'nin Korunması Amacıyla Eş Durumunun Gözetilmesi' İlkesine

Yaklaşımı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 115, Y. 2014, s. 181-210.

YILDIRIM, Turan, “İdari Yargıda İctihad Farklılıkları Sorunu ve Çözüm Önerileri”, Danıştay ve İdari Yargı Günleri 149. Yıl Sempozyumu, Danıştay Yayınları, No: 93, 2017, s. 135-153.

CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİ KAPSAMINDA HÜKÜMETE KARŞI SUÇ (TCK M. 312)

Arş. Gör. Muhammed Hakan ÖZATA* Arş. Gör. Burak TAŞ**

Öz

Demokratik seçimlerle iktidara gelen hükümetin yine demokratik seçimler yoluyla seçmenin iradesi kapsamında görevinden ayrılması, demokratik hukuk devletinin bir gereğidir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu da bu gerekliliğin bir sonucu olarak hükümete karşı suçu anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlardan biri olarak düzenlemeyi tercih etmiştir. Bu çalışma ile 2017 Anayasa değişikliği kapsamında Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde TCK m. 312’de düzenlenen hükümete karşı suçun arz ettiği değişikliklerin incelenmesi amaçlanmıştır. Bu kapsamda öncelikle tahlilci metotla bu suç, unsurları bağlamında inceleme konusu yapılmıştır. Hükümet sistemi değişikliği ile beraber anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs suçu, Cumhurbaşkanına karşı suikast ve fiili saldırı suçu ile hükümete karşı suç birbirine oldukça benzediği için bu suçlar arası içtima ilişkisinin ortaya konması önem arz etmekte

* Arş. Gör, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | Ress. Asst., Social Sciences University of Ankara, Faculty of Law, Department of Constitutional Law, Ankara, Turkey.

✉ muhammedhakan.ozata@asbu.edu.tr • ORCID 0000-0002-3096-9037

** Arş. Gör, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | Ress. Asst., Social Sciences University of Ankara, Faculty of Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law, Ankara, Turkey.

✉ burak.tas@asbu.edu.tr • ORCID 0000-0001-6481-1580

✎ **Atf Şekli** | Cite As: ÖZATA Muhammed Hakan / TAŞ Burak, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Kapsamında Hükümete Karşı Suç (TCK m. 312)”, *SÜHFD.*, C. 30, S. 1, 2022, s.441-483.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

dir. Son olarak bu suçun bir unsuru olan cebir ve şiddet kavramı ile bu kavramın kapsamı ve manevi cebri de kapsayıp kapsamadığı hususu ortaya konularak sonuca ulaşmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar • Hükümet • Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi • Cumhurbaşkanına Suikast ve Fiili Saldırı • Cebir ve Şiddet

CRIME AGAINST THE GOVERNMENT WITHIN THE SCOPE OF PRESIDENTIAL GOVERNMENT SYSTEM (ARTICLE 312 OF TPC)

Abstract

It's an exigence of the pinciple rule of law that the government coming in power with democratic elections leaves the office with democratic elections as the way it came in power. Turkish Penal Code, a legal watchtower for that principle via its provisions prefers to regulate offences against the government as a crime threatening the constitutional system and its mechanism. It was aimed to scrutinize with this study what 2017 Constitutional amendment having changed Turkiye's governmental system brings generally to the constitutional system and how it impacts the legal regime of offences against the government regulated in Turkish Penal Code Article 312. To this end, at first we examined elements of the offences through analyzing method in Turkish Criminal Law. Then since the offence assassination of and physical attack towards the President of the Republic of Turkiye, the criminal attempt to abolish the constitutional system and offences against government have started to hold similar legal features with 2017 Constitutional amendments, we continued our study with examining the aggregation relationship among these offences. In the final part of the study, we examined the term duress and violence as an element of that offence and its scope and tried determining whether its legal scope includes moral duress as well.

Key Words

Offences against the Constitutional Order and its Functioning • Government • Presidential Government System • Assassination of and Physical Attack towards the President • Duress and Violence

GİRİŞ

Cumhurbaşkanının yürütme yetkisi ve görevinin kapsamı 2017 yılında yapılan anayasa değişiklikleri ile genişlemiştir. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminden önce uygulanan parlamenter hükümet sisteminde Bakanlar Kuruluna ait olan yetkiler, Bakanlar Kurulu müessesesinin Anayasadan ilga edilmesi sonucunda Cumhurbaşkanına tevdi edilmiştir. Cumhurbaşkanı yeni sistemle birlikte yürütme yetkisini tek başına kullanmaktadır. Yeni sistem yürütme organına devlet başkanı ve hükümetin yetkilerini tek elde toplayan monist bir mahiyet kazandırmıştır.

Belirtmek gerekir ki yeni hükümet sisteminin en önemli özelliklerinden birisi parlamenter hükümet sisteminin uygulandığı dönemlerde dualist nitelikte olan yürütme organının tek bir kişiden oluşan anayasal bir organ haline gelmesidir. Zira parlamenter hükümet sistemi, meclis hükümeti sistemin uygulandığı Milli Mücadele yılları ve yarı-başkanlık sisteminin uygulandığı 2014-2019 göz önünde tutulmaksızın serpilmeye çalıştığı Kanun-i Esasinin yürürlüğe girdiği 1976 yılından 2019 yılına kadar uygulanmış ve bu dönem zarfı içerisinde erkler arasındaki ilişkiler farklı yönde seyretmiş olsa da yürütme erki devlet başkanı ve bakanlar kurulu olmak üzere iki ayrı müesseseden meydana gelmiştir. Tabii itibariyle anayasalar her iki müessesenin yetki ve sorumlulukları bakımından farklı hükümler öngörmüştür. Söz konusu hükümlerin yanı sıra parlamenter hükümet sisteminin uygulandığı bir asırdan uzun dönem içerisinde ortaya çıkan teamüller ve kanun uygulayıcıların yorumları da göz önünde tutulacak olursa, ikili yapıya “tekci” bir mahiyet kazandıran yeni hükümet sistemiyle pek çok noktada köklü değişikliklerin gerçekleştiği aşikardır. Bu nedenle Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi kapsamında “hükümete karşı suç” meselesinde ortaya çıkan hukuki başkalaşım ele alınmadan önce “hükümet” kavramı, yapı bakımından hükümet dizgeleri çerçevesinde “dualist” ve “monist” yapıda yürütme organı ve 2017 değişiklikleriyle ortaya çıkan yeni hükümet sisteminin genel özellikleri incelenmelidir.

Hükümete karşı suçun incelendiği bu çalışmada öncelikle hükümet kavramı ve Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi ile ilgili genel bilgiler verilmiş ardından hükümete karşı suç ile ilgili 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK üzerinden genel bir inceleme gerçekleştirilmiştir. Çalışmanın

devamında korunan hukuki değer hususu açıklığa kavuşturulmuştur. Ardından suç genel teorisi bağlamında hükümete karşı suç, unsurları özelinde incelenmiştir. Suç unsurları itibariyle incelenirken finalist hareket teorisi esas alınmıştır. Temel olarak tipiklik ve hukuka aykırılık unsuru bağlamında inceleme gerçekleştirilmiştir. Tipikliğin maddi unsuru sırasıyla fail, mağdur, maddi konu, fiil (*hareket*) ve netice olmak üzere; tipikliğin manevi unsuru ise doğrudan kast ve olası kast bağlamında incelenmiştir. Korunan hukuki değer ise klasik teoride olduğu üzere bir unsur olarak değerlendirilmemiştir. Suçun unsurları dışında kalan hususlardan biri olarak hükümete karşı suçta kusurluluk hususuna değinildikten sonra suçun özel görünüş biçimleri başlığında teşebbüs iştirak ve içtima hususunun hükümete karşı suç bakımından gösterdiği özellikler irdelenmiştir. Çalışmanın sonunda suçun yaptırımı, zamanaşımı ve muhakemesi hususuna değinilerek sonuca varılmıştır.

Çalışma genel olarak tahlilci yöntem ile inşa edilmiştir. Hükümete karşı suç inceleme konusu yapılırken ilgili Yargıtay kararları bağlamında uygulamasına ve Türk doktrinindeki tartışmalara yer verilmiştir. Ardından tartışmalı hususlarla ilgili kanaatimiz, olması gereken hukuk bağlamında ortaya konmuştur. Bu kapsamda Türk doktrinindeki kaynaklardan azami ölçüde yararlanmaya çalışılmıştır.

I. HÜKÜMET KAVRAMI VE CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİ

A. Hükümet Kavramı

Türk Hukuk Lügatındaki ilk anlamı itibariyle “icra¹ kuvvetinin, devlet işlerinin yüksek idaresini ittihaz eden ve bir memleket siyasetinin umumi istikametini tayin eden en yüksek vazifeyi ifa eylemesi”² olarak

¹ İcra kelimesinin modern karşılığı olan “yürütme” kavramı Türk Hukukuna 20. Yüzyılda girmiş bir kavramdır. Türk Hukuk terminolojisinde 1960’lı yıllardan günümüze sirayet eden 1945 yılındaki Teşkilat-ı Esasiye Kanununda yapılan değişikliklerle anayasada yer alan terimler sadeleştirilmeye çalışılmıştır. Sadeleştirme sonrasında 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye’de “bir mahkeme ilamının ya da idari bir kararın yerine getirilmesi” anlamına gelen “icra” kavramının yerini “yürütme” kavramı almıştır. Anayasa değişikliği teklifinin gerekçesinde “icra” kavramının cerayandan akıtma anlamına geldiği belirtilmiştir. GENEL KURUL TUTANAĞI, TBMM 7. Dönem, Cilt 15, Birleşim 22, Tarih: 10.01. 1945, s. 56-59.

² TÜRK HUKUK LUGATI, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991 s. 135.

tanımlanan hükümet kavramı, Arapça bir kelime olup, Arapça'da "karar vermek", "hüküm vermek" ve "adaletle hükmetmek" anlamlarını taşır³. Sözlükteki anlamı ve Arapçadaki karşılığı göz önünde tutulduğunda hükümet kavramı öncelikle devlet faaliyetlerinin yüksek idaresine ilişkin meselelerde karar veren ve ülke siyasetine yön veren bir karar organına işaret eder. Hükümetin esas görevi olarak kabul edilen devlet faaliyetlerinin yüksek idaresi genel olarak hükümetin kamu düzeni, kamu güvenliği ve genel sağlığa ilişkin kararlar vermesi anlamına gelirken,⁴ ülke siyasetine yön vermesi hukuk, ekonomi, eğitim, güvenlik ve dış ilişkiler gibi toplumsal hayatın genelini etkileyen kamusal alanlardaki devlet faaliyetlerine yön tayin etmesi anlamına gelmektedir⁵. Anayasa hukukunda ise hükümet kavramı sözlükteki salt yürütme organıyla yapılan tanımının aksine geniş ve dar anlamda olmak üzere iki farklı şekilde kullanılmaktadır.⁶

Anayasa Hukukunda birinci kullanım şekli itibariyle hükümet kavramı, halk tarafından seçilmiş ve ülke siyasetine yön vermekte olan etkin siyasal makamları ifade eder. Teziç söz konusu etkin siyasal makamları geniş anlamda hükümet olarak addeder⁷. Bunlar deneysel demokrasinin bir şartı olarak halk tarafından seçimle iş başına getirilmesi gereken yasama ve yürütme organlarıdır.⁸

Organik tasnif bakımından geniş anlamda hükümet kavramı, yasama ve yürütme organlarının monist (tekil) olduğu anayasal düzenlerde bir parlamento ve başkandan oluşan bir denkleme somutlaşır.⁹ Yasa-

³ AYDIN Mehmet Akif, "HÜKÜMET", TDV İslam Ansiklopedisi, [https://islamansiklopedisi.org.tr/hukümet#1\(02.12.2021\)](https://islamansiklopedisi.org.tr/hukümet#1(02.12.2021)), (Erişim Tarihi: 2/ 12/2021 saat: 14:53).

⁴ KARŞI OYLAR YCGK, 18.2.1980, E. 1979/7- 509, K. 1980/64, YKD. C. VI, S. 6, Haziran 1980, s. 847.

⁵ CHERRY Kevin M., Plato, Aristotle, and the Purpose of Politics, Cambridge University Press, London, 2012, s. 1. Antik Yunan'da şehir devleti olarak tanımlanan "police"lerde şehre ilişkin olan bütün meseleler siyaset başlığı altında toplanmaktadır.

⁶ TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Yayıncılık, 24. Baskı Ankara, 2020, s.425.

⁷ TEZİÇ, s.425.

⁸ GÖZLER Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I, 2.Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2020a, s. 705.

⁹ GÜL Cengiz, Karşılaştırmalı Hükümet Sistemlerinde Yürütme, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s.48.

manın Amerika Birleşik Devletleri örneğinde olduğu gibi dualist, yürütmenin ise monist¹⁰ olduğu bir kuvvetler ayrılığı denklemi de söz konusu olabilir. İsviçre tipi meclis hükümeti sistemin örnek teşkil ettiği hem yasamanın hem de yürütmenin dualist olduğu anayasal denklemlerdeki geniş anlamda hükümet olgusu ise 1876 tarihli Kanun-i Esasi ve 1961 Anayasası örneklerinde olduğu gibi doğrudan halk tarafından seçilen bir parlamento ve doğrudan halk tarafından seçilmeyen bir senatoya birlikte parlamentoya karşı siyasi sorumluluğu bulunan bir bakanlar kurulu ve devletin başı olduğu kabul edilen bir cumhurbaşkanı veya monarkdan meydana gelebilir. Dolayısıyla geniş anlamda hükümet olgusu her iki farklı anayasal denklemde de yasama ve yürütme organları ile somutlaşır. Zira geniş anlamda hükümet kavramını tanımlayan Teziç'e göre de siyasi otorite sahibi olan bütün kurumlar geniş anlamda hükümetin unsurlarıdır.¹¹ Geniş anlamda hükümet kavramı fonksiyonel tasnif bakımından ise, hükümeti oluşturan unsurların açıklamaları ile de tanımlanabilir. Bilindiği üzere yasama organı kanunlar ve parlamento kararlarıyla irade açıklamalarında bulunurken, yürütme organı kararname, yönetmelik gibi düzenleyici işlemler ve karar gibi birel işlemlerle¹² irade açıklamalarında bulunur. Hukuki işlem olarak tanımlanan mezkur irade açıklamaları neticesinde kişilerin hukuki statüsü bakımından değişiklikler ortaya çıkar. Ancak belirtmek gerekir ki siyasi otoritelerin irade açıklamaları yalnızca hukuki sonuç doğuran hukuki işlemlerden ibaret değildir. Nitekim yasama organını temsilen meclis başkanını¹³ basına vereceği bir demeçle ülke siyasetinde yeni bir gündem oluş-

¹⁰ Monist yürütme ve dualist yasama denklemine İsviçre tipi meclis hükümeti sistemi örnek olarak verilebilir. Yürürlükte olan 18 Nisan 1999 tarihli referandumla kabul edilen Federal İsviçre Anayasası m. 174'e göre İsviçre Konfederasyonunun yüksek yönetim ve yürütme organı Federal Konseydir. Yasama organı ise m. 148/2 gereğince Milli Konsey ve Devletler Konseyinden oluşan Federal Meclis'dir. İsviçre Federal Anayasası için bkz. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/de>

¹¹ TEZİÇ, s.425.

¹² GÖZLER Kemal, Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2020b, s. 910.

¹³ Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı Mustafa Şentop İstanbul'da katıldığı bir toplantıda Cumhurbaşkanının uluslararası antlaşmaları TBMM onayı olmaksızın feshetmesinin hukuk tekniği bakımından mümkün olduğunu belirtmiş ve sonrasında 104 emekli amiralin bir internet sitesinde yayımladıkları bildiri ile iktidar ve muhalefet partileri arasında yeni bir tartışma doğmuştur.

turabilir. Yine yürütme organı ise tesis edeceği bir birel işlemle¹⁴ ülke siyasetinde yeni bir gündem maddesi oluşturabileceği gibi 15 Temmuz Darbe Girişiminde olduğu gibi bir basın açıklamasıyla anayasal düzeni hedef alan anti-demokratik girişimleri akamete uğratarak siyaset ve hukuk gündeminde yeni bir tartışma başlatabilir.¹⁵

İkinci kullanım şekli itibariyle hükümet kavramı ise, dar anlamda hükümettir. Dar anlamda hükümet kavramı, Türk Hukuk Lügatındaki anlamıyla paralel bir şekilde yalnızca yürütme organına tekabül edecek şekilde kullanılır. Söz konusu tekabüliyet yürütme organının tamamını kapsayabileceği gibi yalnızca bir kısmını kapsayabilir. Zira geniş anlamda hükümet kavramı yasama ve yürütme organlarının her ikisini de kapsamasının aksine, dar anlamda hükümet kavramı uygulanan hükümet sistemine göre yürütme organının tamamını ya da bir kısmını kapsar. Nitekim dar anlamda hükümet, parlamenter hükümet sisteminde devlet başkanı varestede tutularak bakanlar kurulu, diğer bir adıyla kabine; başkanlık hükümet sisteminde ise yalnızca başkan olarak tezahür eder. Bunun bir sonucu olarak ise parlamenter hükümet sisteminde genel yürütme yetkisi, kanunların uygulanması ve bütçenin hazırlanması gibi yürütme yetkisi ve görevi kapsamındaki yetkiler bakanlar kuruluna

<https://www.trthaber.com/haber/gundem/tbmm-baskani-sentoptan-montro-aciklamasi-568450.html>.<https://www.memurlar.net/haber/964201/erdogan-dan-montro-ve-sarikli-amiral-aciklamasi.html>

¹⁴ Cumhurbaşkanı Resmi Gazete’de yayımladığı 2021/360 sayılı kararla Boğaziçi Üniversitesi rektörü Melih Buluyu görevden almıştır. Görevden alınmasının akabinde ise bazı muhalefet partileri grup başkan vekilleri gündemi değerlendirmiştir. <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-57844998>.

<https://www.haberler.com/iyi-parti-grup-baskanvekili-turkkan-gundemi-14270434-haberi/>

¹⁵ 15 Temmuz 2016 tarihinde yaşanan darbe girişimi sonrasında Cumhurbaşkanı Erdoğan halkı sokağa çıkararak darbecilere tepki göstermesi çağrısında bulunmuştur. Halkın sokağa çıkması seçilmiş hükümete darbeciler karşısında psikolojik üstünlük sağlamıştır. Darbenin akamete uğratılması sonrasında ise yürütme organının güçlendirilmesi yönünde bir eğilim ortaya çıkmıştır. Okşar, bu eğilimin neticesinde ortaya çıkan Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminin ortaya koyduğu güçlü yürütme anlayışını yürütme organının güçlendirilmiş tekçi yapısı olarak tanımlamaktadır. OKŞAR Mustafa, 2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yürütme Erkinin Üstünlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s.44; EREN Abdurrahman, Anayasa Hukuku Dersleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s.234. <https://www.ntv.com.tr/galeri/turkiye/gunun-gazete-mansetleri-16-temmuz2016,mSIJ94UrK0eoJ5yAQvwu5A>.

tevdî edilirken; sembolik sayılabilecek birtakım yetki ve görevler tarafsız devlet başkanına tevdi edilir. Diğer taraftan başkanlık sisteminde ise parlamenter hükümet sisteminde bakanlar kurulu ve devlet başkanına ait olan bütün görev ve yetkiler başkana tevdi edilir. Bu nedenle parlamenter hükümet sisteminde yalnızca bakanlar kurulu; başkanlık hükümet sisteminde de başkan dar anlamda hükümete tekabül eder.

B. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Öncesi ve Sonrasında Türkiye’de Hükümet Sistemi

Türkiye’de anayasacılık tarihi açısından dönüm noktası olan her bir dönem beraberinde farklı bir hükümet sistemi getirmiştir. Bu anlamda, her bir hükümet sistemiyle birlikte dar anlamda hükümet kavramına tekabül eden anayasal organ değiştiği söylenebilir. Şöyle ki, Türk Hukukunda yasama-yürütme ilişkilerinin ilk defa ortaya çıktığı Meşrutiyet Döneminde¹⁶ yürütme organı padişah ve heyet-i vükeladan meydana gelmektedir. Üyelerinin padişah tarafından belirlenen Heyet-i Vükela başvekilin ismiyle birlikte hükümet olarak addedilmiştir. İki anayasalı dönem olarak kabul edilen Milli Mücadele yıllarında¹⁷ İstanbul’da hukuki varlığını devam ettiren Heyet-i Vükela “İstanbul Hükümeti” olarak isimlendirilirken, Mustafa Kemal Paşa’nın reisliğindeki İcra Vekilleri Heyeti “Ankara Hükümeti” olarak buldukları şehirlerle isimlendirilmiştir. Diğer taraftan Ankara Hükümeti, bu dönemde meclis hükümeti sisteminin uygulandığını tasdik eder şekilde 85 sayılı 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu m. 3’de “Büyük Millet Meclisi Hükümeti” ünvanını

¹⁶ GÖZLER, 2020a, s. 49.

¹⁷ Özbudun 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanununun Kanun-i Esasiye Kanununu yürürlükten kaldırmadığı, yalnızca onun bazı maddelerini değiştiren ve ilga eden nitelikte olduğunu belirtmektedir. Nitekim Mustafa Kemal Paşa Sadrazam Tevfik Paşa’ya gönderdiği telgrafta Teşkilat-ı Esasiye Kanunuyla çatışmayan Kanun-i Esasi hükümlerinin yürürlükte olduğunu belirtmiştir. ÖZBUDUN Ergün, 1921 Anayasası, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara, 1991, s. 19 ; Belgelerle Mustafa Kemal Atatürk 1916-1922, Yayın No. 62, Ankara: DEVLET ARŞİVLERİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ YAYINLARI, Belgelerle Mustafa Kemal Atatürk 1916-1922, Yayın No. 62, Ankara, 2003, s. 230. ; Ortaylı da Özbudun gibi anayasanın ilga edilmediğini, yalnızca fiilen uygulanmadığını belirtmektedir. ORTAYLI Bülent, Türkiye İdare ve Teşkilat Tarihi, Cedit Neşriyat, Ankara, 2007, s.426.

taşıdığı belirtilmiştir.¹⁸ Cumhuriyet dönemine gelindiğinde ise parlamenter hükümet sisteminin uygulandığı yıllarda her ne kadar Anayasalar yürütme yetkisini Bakanlar Kuruluyla birlikte Cumhurbaşkanına tevdi etmişse de Bakanlar Kurulu hem mevzuatta¹⁹ hem de günlük kullanımda hükümet olarak tanımlanmıştır. Bu anlamda, Parlamenter hükümet sisteminin uygulandığı dönemde Cumhurbaşkanının tek başına hukuki işlem tesis etme yetkisi istisnai kılınmış,²⁰ Cumhurbaşkanlığı makamı sembolik bir makam olarak kurgulanırken; yürütmenin diğer kanadını oluşturan bakanlar kurulu ise yürütmeye ilişkin hususlarda tek başına işlem tesis etme yetkisiyle donatılmış, yürütme görevinin yerine getirilmesi ve yetkisinin kullanılmasında “de facto” bir anayasal organ olarak kurgulanmıştır. Dolayısıyla bakanlar kurulunun ön plana çıktığı dönemde dar anlamda hükümet bakanlar kurulu ile somutlaşmıştır. 2017 yılındaki yeni Anayasa değişiklikleriyle ise hükümet kavramı yalnızca Cumhurbaşkanına tekabül eder hale gelmiştir. Zira anayasa değişiklikleri ile birlikte Bakanlar Kurulu müessesesi ilga edilmiş, Cumhurbaşkanı yürütmeye ait yetkileri tek başına kullanmaya başlamıştır. Bu nedenle mevcut hükümleri itibariyle 1982 Anayasasının öngördüğü hukuki rejimde dar anlamda hükümet kavramı Cumhurbaşkanının kendi şahsıyla özdeşleşmiştir. Uygulamada birtakım hukuki işlemlerinin isimlendirilmesinde ve mevzuatta, Cumhurbaşkanının hiyerarşik olarak üstünü oluşturduğu teşkilatın tanımlanmasında “Cumhurbaşkanlığı”

¹⁸ Zira kuvvetler ayrılığı ilkesini benimsememiş olan bu hükümet sisteminde yasama ve yürütme yetkileri halk tarafından seçilen bir mecliste temerküz eder. TURAN Mehmet, “Meclis Hükümeti (Konvansiyon Kuramı)”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 46 (1) 6, 2015, s. 456.

¹⁹ 27/6/1963 tarihli 261 sayılı İhracatı Geliştirmek Amacı ile Vergilerle İlgili Olarak Hükümetçe Alınacak Tedbirlere Dair Kanun ve 1/9/1956 tarihli 6859 sayılı Milletlerarası Finansman Kurumuna Katılmak İçin Hükümete Salahiyat Verilmesine Dair Kanun gibi düzenlemeler mevzuatta Bakanlar Kurulu müessesini hükümet olarak tanımlayan düzenlemelerden yalnızca birkaçıdır.

²⁰ Bu dönemde Anayasada tek başına yapabileceği belirtilen hususlar haricinde, Cumhurbaşkanının yürütme yetkisine ilişkin hususlarda tek başına işlem tesis etme yetkisi bulunmamaktaydı. Anayasada tek başına yapabileceği belirtilmeyen bir hukuki işlem tesis etmesi durumunda ise Anayasanın mülga 105/1 maddesi gereğince başbakan ve ilgili bakanın ya da bakanların karşı imzası gerekmektedir.

adında bir makam öngörülmüşse de Anayasa'da yürütme yetkisi Cumhurbaşkanlığı makamına değil Cumhurbaşkanına tanınmıştır.²¹

C. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemiyle Birlikte Güçlenen Hükümet Müessesesi ve Yetkileri

Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ile yürütmenin tek başlı hale gelmiş olması sonucunda yürütme daha hızlı ve etkin bir karar mekanizması haline gelmiştir. Yeni monist hükümet yapısının yürütmenin karar verme kabiliyeti üzerinde etkisi olmakla beraber Anayasa'da yeni hükümet sistemi bağlamında Cumhurbaşkanına tanınan yeni yetkiler dar anlamda hükümet olgusunu daha da güçlendirmiştir. Diğer taraftan anayasa değişikliğini hukuk sistemine uyumlu hale getirmeyi amaçlayan mevzuattaki diğer değişiklikler ise anayasada çizilen güçlü hükümet müessesini uygulamada somutlaştırmıştır.

Cumhurbaşkanına yeni hükümet sistemiyle birlikte Anayasada çeşitli yetkiler tanınmıştır. Bunlardan en önemlisi ve Söyler'in de ifade ettiği üzere yürütme organına kanun hükmünde kararnamelere göre daha etkili hukuki bir güç sağlayan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarma yetkisidir.²² Bu bağlamda Cumhurbaşkanı Anayasanın 104. maddesinin 17. maddesi gereğince, 1 Sayılı CBK örneğinde olduğu gibi, CBK çıkarma yetkisine dayanarak dar anlamda hükümet müessesesine teka-bül eden yürütme organını kapsamlı bir şekilde düzenleyebilmektedir. Cumhurbaşkanı, CBK'lar ile yürütmeye ilişkin konularda genel düzenleme yetkisine sahip olmasının yanı sıra göreve başlamalarına ilişkin usul ve esaslarını düzenleyebileceği üst düzey kamu yöneticilerini²³ de

²¹ Başkanlık sistemine getirilen en büyük eleştirilerden biri yürütmenin bir kişinin şahsında kişiselleşmesidir. Zira parlamenter hükümet sisteminde olduğu gibi üyelerinin kolektif olarak sorumlu tutulduğu bir yürütme organı söz konusu değildir. Ancak Linz bazı parlamenter rejimlerde de siyasi parti liderliliğinin daha hakim bir konuma gelmesiyle başbakanların başkanlık sistemindeki Başkanlara daha çok benzemeye başladığını ifade etmektedir. LINZ Juan J., "Perils of Presidential System", *Journal of Democracy*, Cilt I, Sayı I, 1990, s. 52.

²² SÖYLER Yasin, *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.257.

²³ Hemen belirtmek gerekir ki üst düzey kamu yöneticileri halk tarafından seçilmiş hükümetin genel siyasete yön vermesinde ve kamu hizmetlerinin hükümetin tayin ettiği politikalar çerçevesinde gerçekleştirilmesinde hayati bir önem arz ettiği gerçeği göz önünde tutulduğunda, anayasada Cumhurbaşkanına tanınan üst düzey

atayabilmekte, yetki ve usulde paralellik ilkesine uygun bir şekilde görevden alabilmektedir. Önceki sistemde Anayasada varlığı hukuken tanınan ancak yeni sistemde fiilen varlığını devam ettiren bakanlar kurulunu²⁴ oluşturan bakanlıkların kurulması, kaldırılması, teşkilat birimlerinin, görev ve yetkilerinin belirlenmesi ise Cumhurbaşkanına tanınan bir başka yetkidir. Cumhurbaşkanı önceki parlamenter sistemindeki uygulamanın aksine yürütme organına ilişkin tek taraflı olarak tasarruflarda bulunabilmektedir. Zira 2017 öncesinde bakanlıklara ilişkin hukuki rejim doğrudan kanun ya da kanun koyucunun yürütme organına verdiği kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisiyle düzenlenebilmekte ve bakanlar kurulundaki bakanların atanması veya görevden alınması Meclisin güven oyuna sunulmaktaydı. Yasama- yürütme ilişkileri bakımından dar anlamda hükümetin anayasada tanımlanan hukuki gücü bu şekildeyken, yürütmenin kendi içindeki, yani dar anlamda hükümet ile yer ve hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşları arasındaki ilişkiler benzer şekilde güçlü bir hükümet intibası uyandırmaktadır. Nitekim önceki sistemde kanunla veya kanunun yürütmeye verdiği yetkiyle kurulabilen kamu tüzel kişiliği Anayasanın değişik 123. Maddesinin ikinci fıkrasıyla doğrudan Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kurulabilmektedir. Yürütmeye doğrudan kamu tüzel kişiliği kurma yetkisi tanınmış olması, idareye ilişkin hususlarda yürütmeyi yalnızca yasama karşısında güçlü bir konuma getirmemekte, aynı zamanda idari teşkilatın yer ve hizmet yönünden şekillenmesi bakımından hakim bir konuma getirmektedir.²⁵ Bu kapsamda, Boz'un da belirttiği üzere kamu

kamu yöneticilerini atama ve görevden alma yetkisi hükümeti, hükümeti siyaset düzleminde daha etkili bir aktör hale getirmektedir. ÖZTÜRK Namık, "Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Üst Düzey Memurların Atanması", Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C:33, S:4, Y:2019, s. 1279-1297.

²⁴ Yeni sistemde bakanlar kurulu müessesesi Anayasa'dan ilga edilmiş olmakla birlikte uygulamada Cumhurbaşkanlığı Kabinesi adında Cumhurbaşkanının başkanlığında Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların toplandığı yeni bir yürütme organizasyonu ortaya çıkmıştır. Aynı bir kamu tüzel kişiliğine sahip olmayan Cumhurbaşkanlığı Kabinesi, herhangi bir hukuki işlem tesis etme yetkisine sahip değildir. Cumhurbaşkanına danışmanlık etme işlevi üstlendiği gibi bir intiba oluştursa da mevzuatta kuruluşuna, görev ve yetkilerine ilişkin herhangi bir hüküm söz konusu değildir.

²⁵ Atar, Cumhurbaşkanına kamu tüzel kişiliği kurma yetkisinin tanınmış olmasını, benimsemiş olduğu yürütmenin mahfuz düzenleme yetkisine sahip olduğu görü-

tüzel kişiliği doğrudan Anayasa tarafından belirlenmemiş bir idari birim Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulabilmektedir.²⁶ Yeni sisteme ilişkin değinilmesi gereken bir diğer husus Milli Güvenlik Kurulu ve Devlet Denetleme Kuruluna ilişkin Anayasa'da Cumhurbaşkanına tanınan düzenleme yetkisidir. Devlet Denetleme Kurulu yeni sistemde olduğu gibi eski sistemde de Cumhurbaşkanlığına hiyerarşik olarak bağlıydı. Milli Güvenlik Kurulu ise eski-yeni sistem mukayesi bakımından DDK ile benzer şekilde Cumhurbaşkanın başkanlığında toplanmaktaydı. Dolayısıyla her iki dönemde de mezkur kurullar yürütmenin başı ile yakından bir ilişki içerisindeydi. Ancak kurullara ilişkin hususlar anayasa değişikliği öncesinde ilgili hükümler gereğince kanunla düzenlenebilmekteydi. Her iki sistemde kurulların yürütme ile olan ilişkisinin aynı şekilde olması ancak hukuki rejimlerinin belirlenmesi bakımından yürütme organına tanınan yetkideki farklılaşma göz önünde tutulduğunda, yeni sistemde dar anlamda hükümetin yasama-yürütme ilişkileri bağlamında daha çok ön planda olduğu aşıkardır.

Cumhurbaşkanının doğrudan halk taraftan seçilmesi yeni sistemde dar anlamda hükümet ve bürokrasi arasındaki ilişkileri farklı bir noktaya taşımaktadır. Nitekim önceki sistemde yürütme organı dualist yapıda olmakla beraber Cumhurbaşkanı doğrudan halk tarafından seçilememekte, ilk önce siyasi parti grupları tarafından aday gösterildikten

şünü temellendirmek için kullanmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere yeni sistemde kamu tüzel kişiliği kanunlar ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kurulabilmektedir. Anayasa Cumhurbaşkanına bakanlıklar, üst düzey yöneticiler, Devlet Denetleme Kurulu ve Milli Güvenlik Kuruluna ilişkin hususlarda düzenleme yetkisi tanımlanmıştır. Söz konusu düzenleme yetkisini tanıyan maddeler, kamu tüzel kişiliğinin kurulmasına ilişkin hukuki rejimi belirleyen 123. Maddenin ikinci fıkrasının aksine, yalnızca Cumhurbaşkanına düzenleme yetkisini hüküm altına almakta ve kanun koyucunun bu alanlarda düzenleme yapacağını açık bir şekilde ortaya koymamaktadır. Atar da, anayasadaki bu ikileme binaen, Cumhurbaşkanına bakanlıklar, üst düzey yöneticiler, Devlet Denetleme Kurulu ve Milli Güvenlik Kuruluna ilişkin hususlarda mahfuz düzenleme yetkisi tanınmamış olsaydı, bu hükümlerin de mezkur hususlarda 123.maddenin ikinci fıkrası gibi Cumhurbaşkanının düzenleme yetkisiyle birlikte kanun koyucunun yetkisini de tanımlaması gerekeceğini belirtmektedir. ATAR Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, Ankara, s.197.

²⁶ BOZ Selman Sacit, "Belediye, Köy ve Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Kurulmasını Düzenleyen Hükümler Anayasanın 123/3 Maddesine Aykırı mıdır?", www.idare.gen.tr/boz-ay-m-123-3.htm, (Erişim Tarihi: 19/10/2021 s: 05:45)

sonra Meclis tarafından seçilmekteydi. Yürütmenin diğer kanadını oluşturan Bakanlar Kurulunun başbakan dışındaki üyeleri ise genel seçimlerde Meclis üyesi olarak seçilmiş olmaları anayasal bir zorunluluk değildi.²⁷ Bu nedenle uygulamada bürokrasiye yakın kişilerin bakan olarak atanmaları rastlanan bir uygulamaydı. Parlamentar hükümet sisteminde yürütmenin yasamanın güven oyununa dayanmasının bir sonucu olarak zayıf koalisyon hükümetlerine yol açması da demokratik meşruiyet bakımından zaten sorunlu olan bir yürütme organını istikrarsız olma tehlikesinin yanı sıra bürokratik vesayet tehlikesi ile karşı karşıya getirmektedir. Yeni sistemin yürütmenin doğrudan halk tarafından seçilmesini öngörmesi ise yürütmenin hem demokratik meşruiyet açısından hem de sürdürülebilir demokratik yönetim açısından daha güçlü bir konuma getirmiştir²⁸. Ancak bu noktada yürütmenin halk tarafından seçilmesinin yanında yetkilerinin de yürütme organına sağladığı avantajların azımsanamayacak derecede önemli olduğunu belirtelim. Nitekim Anayasanın 104/9 maddesinin Cumhurbaşkanına bürokraside önemli bir yere sahip olan üst düzey kamu yöneticilerini atama yetkisi vermesi bürokrasinin halk iradesine olan bağlılığını güçlendirmiştir²⁹. Bürokratik vesayetın bir başka yansıması olan askeri vesayetın 1982 Anayasasında izlerini taşıyan Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevlerini düzenleme yetkisini doğrudan halk tarafından seçilmiş Cumhurbaşkanına tanıyan m. 118/5 ise yeni sistemle demokrasinin daha da güçlendiği izlenimini uyandırmaktadır.

²⁷ Liphart, parlamenter hükümet sistemde başbakanın, Meclis üyeleri arasından Cumhurbaşkanınca atanarak göreve gelmesinin, parlamenter hükümet sistemi "sin qua non", yani sistemin tanımlanması bakımından münhasır bir gereklilik olmadığı kanaatindedir. Ancak ampirik anlamda demokrasi, etkin siyasal makamların doğrudan halk tarafından seçilmesini gerektirmektedir. Genel seçim sonrasında, Meclis üyeleri dışında bir kişinin hükümeti kurmakla görevlendirilmesi seçimleri anlamsız kılacaktır. LIJPHART Arend, "Presidentialism and Majoritarian Democracy: Theoretical Observations.", *The Failure of Presidential Democracy, Comparative Perspective*, Vol.1., Juan J. Linz-Arturo Valenzuela ed., The John Hopkins University Press, Baltimore and London, 1994, s.100.

²⁸ KILIÇ Abbas, "Siyasi Sorumluluk Kurumunun Hükümet Sistemleri Açısından Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C: 0, S:1, Y: 2017, s. 284.

²⁹ KIRIŞIK Fatih /ÖZTÜRK Kübra, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemiyle Kamu Yönetiminin Geliştirilmesi", *Adalet Dergisi* 0 / 65 (Aralık 2020): s. 194.

II. HÜKÜMETE KARŞI SUÇ İLE İLGİLİ GENEL BİLGİLER

Hükümete karşı suç, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) "Millete ve Devlete Karşı Suçlar"³⁰ kısmının beşinci bölümü olan "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar" bölümünde düzenlenmiştir. Bu suç, TCK m. 312'de "*Cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs eden kimseye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir.*" şeklinde düzenleme altına alınmıştır.

Hükümete karşı suçu düzenleyen 5237 sayılı TCK m. 312 hükmü, 765 sayılı mülga TCK m. 147'de yer alan suç tipinin karşılığını oluşturmaktadır. TCK m. 312, eski düzenlemenin sadeleştirilmiş bir biçimi olup unsurlar yönünden bir farklılık söz konusu değildir.³¹ Yeni düzenlemede hükümete karşı suç, 765 sayılı TCK m. 147'den farklı olarak teşebbüs halinde kalan fiillerin tamamlanmış suç gibi cezalandırılacak olması ile teşebbüs suçu haline getirilmiştir.³² Ancak bu suç tamamlanmış suç gibi cezalandırılan bir suç olarak değil yalnızca kalkışma suçu olarak değerlendirilebilir.³³ Bunun gerekçesi olarak da bu tarz kalkışma suçlarının, ceza sorumluluğunu genişletmek bağlamında, kanunda öngörülen bir suçun tezahür biçimi olan suça teşebbüs olarak değerlendirilemeyeceği; yani elverişli hareketlerle icrasına başlanıp da bir engel nedeniyle ta-

³⁰ Millete ve Devlete Karşı Suçlar sadece Türk Hukukunda değil diğer hukuk düzenlerinde de düzenlenmektedir. Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda da "Offences Against the State" başlığı altında düzenlemeler bulunmaktadır. Burada devletin de menfaatlerinin ceza hukuku aracılığıyla korunması amaçlanmaktadır. Bkz. PACKER, Harbert, "Offences Against the State", The Annals of the American Academy of Political and Social Science, C:339, S:1, Y:1962, s. 78 vd.

³¹ PARLAR ALI/HATİPOĞLU Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu 4. Cilt, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2010, s. 4590.

³² PARLAR/HATİPOĞLU, s. 4590; Nitekim bu husus TCK m. 312'nin gerekçesinde "*Madde metninde, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin egemenlik unsurunun oluştuğu üç güçten yönetim gücünü temsil eden Hükûmetin ortadan kaldırılmasına veya böyle olmakla birlikte görevini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs edilmesi ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Bu suç tanımında da Anayasa düzeninin temel organlarından biri olan Hükûmetin ortadan kaldırılmasına veya görevlerinin engellenmesine yönelik teşebbüse ait icra hareketlerini tam suç gibi cezalandırılmaktadır.*" şeklinde ifade edilmiştir. ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 2.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s.1102; ÖZGENÇ İzzet, Suç Örgütleri, Seçkin Yayınları, 13. Baskı, Ankara, 2020, s. 349.

³³ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 387.

mamlanamayan bir suç niteliğinde olmadığı gösterilmektedir.³⁴ Bu kapsamda bu suç anayasal suçlarda olduğu gibi kendine özgü yapısı olan bir suçtur.³⁵

765 sayılı TCK döneminde devlet kuvvetleri aleyhine cürümlerden biri olan bu suç m. 147’de “*Türkiye Cumhuriyeti İcra Vekilleri Heyetini cebren iskat veya vazife görmekten cebren menedenlerle bunları teşvik eyleyenlere ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası hükmolunur.*” şeklinde düzenlenmekteydi. Ancak bu düzenleme 765 sayılı TCK m. 146 ile çelişkili bir sonucun doğmasına sebep olmaktadır.³⁶ Bu maddede Meclis’i devirmeye veya görevini yapamaz hale getirmeye teşebbüs, ağırlaştırılmış müebbet hapsi gerektiren bir suç olarak düzenlenmişken; 765 sayılı TCK m. 147 bağlamında fiilin tamamlanması yani hükümetin düşürülmesi veya görevini yapmasının engellenmesi durumunda da aynı cezaya hükümlenüyordu.³⁷ 5237 sayılı TCK ile hükümete karşı suçun oluşması bakımından teşebbüs aşamasında kalan tipik fiil, tamamlanmış suç gibi değerlendirilmiştir. Bu kapsamda hükümete karşı suç, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlarla uyumlu hale getirilmiştir.³⁸

III. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Türkiye Cumhuriyeti’nin egemenlik unsurunu oluşturan erklerden birisi yürütmedir. TCK m. 312 ile yürütme erkinin yürütme gücünü temsil eden hükümetin anayasaya uygun bir şekilde görevini yerine getirebilmesi korunmaya çalışılmaktadır.³⁹ Anayasaya göre ise hükümet

³⁴ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 368.

³⁵ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 368.

³⁶ 765 sayılı TCK m. 146’da düzenlenen anayasaya karşı işlenen cürüm ile ilgili bkz. EREM, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt III, 3. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1985, s. 80-92.

³⁷ YAZICIOĞLU İsmail, “Hükümete Karşı Suç”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, C:1, S:1, Y:2016, s. 139-140; Söz konusu husus ile ilgili bkz. EREM Faruk/TOROSLU Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yayınları, Ankara, 1987, s. 74-83.

³⁸ YAZICIOĞLU, s. 140.

³⁹ TOPÇU N. Kemal, Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 58; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 4590; GÖREN Sami, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012, s.1539; HAFIZOĞULLARI Zeki/ÖZEN Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler – Millete ve Devlete Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 387; ARSLAN Çetin/AZİZAĞAOĞLU Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Asil Yayınevi, Ankara, 2004, s.1252; Yargıtay bu suçla korunan hukuki değer anayasayı ihlal suçuyla

gücünü Cumhurbaşkanı oluşturmaktadır. Nitekim Anayasa m. 8'e göre "Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir." Anayasanın tanıdığı yürütme görevini kullanan Cumhurbaşkanının bu görevini yerine getirmesini engelleyecek nitelikteki fiillerin bir hukuk düzeninde cezasız bırakılması düşünülemez.

1982 Anayasası parlamenter sistemden Cumhurbaşkanlığı hükümet modelini benimsemekle⁴⁰ iki başlı olan hükümeti monist bir yapıya kavuşturmuştur.⁴¹ Ancak bu değişiklik, bu suçla korunanın hükümet gücünü temsil eden şahıslar yahut siyasi partiler olduğu anlamına gelmemektedir.⁴² Hükümetin görevlerini yerine getirmesine yönelik toplumun menfaati korunmaktadır. Bu suçla korunan hukuki değer diğer bir boyutunu ise seçmenin iradesi oluşturmaktadır.⁴³ Hükümete karşı suç fiillerinin cezalandırılmasıyla aynı zamanda Türkiye Cumhuriyeti seçmeninin iradesi koruma altına alınmaktadır.

aynı olduğu kanaatindedir. Kanımızca da her iki suç birbirine oldukça benzemektedir. Bkz. Y16.CD, 2015/4672 E., 2016/2330 K., 21.4.2016T.

⁴⁰ 5237 s. TCK'da ilk bakışta Cumhurbaşkanının görevini yerine getirmesini doğrudan koruyan bir hüküm söz konusu değildi. Ancak 6771 s. Kanun ile 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanı hükümet olarak değerlendirileceği için hükümet fonksiyonlarını koruyan TCK m. 312'nin, bu aşamadan itibaren artık Cumhurbaşkanının fonksiyonlarını koruyacağı sonucuna ulaşılabilir. ZENGİN Ebuzer, Cumhurbaşkanına Suikast ve Fiili Saldırı Suçu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 93.

⁴¹ Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde Bakanlar Kurulu bulunmamakla birlikte kabine toplantıları yürütme gündemini belirlemede önemli bir rol oynamaktadır. Ancak kabinedeki bakanlıklar ve bakanların şahısları, yürütme erki içinde değerlendirilemezler bu kapsamda bakanların bu suçta korunan hukuki değer kapsamında değerlendirilmeyeceğini belirtmemiz gerekir. Parlamenter sistemde dahi bakanlar yürütme erkinde yer alsalar dahi bu suçta korunan hukuki değer kapsamında değerlendirilmemekteydi. Bkz. GERÇEKER Hasan, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 2. Cilt, Ütopya Grafik Yayınevi, Ankara, 2011, s. 3098

⁴² GÖKMEN Derya, Uygulamada Terörle Mücadele Kanunu ve Devlet Sırlarına Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2017, s. 83.

⁴³ GÖKMEN, s. 83.

IV. HÜKÜMETE KARŞI SUÇUN UNSURLARI

A. Tipikliğin Maddi Unsuru

1. Fail

Hükümete karşı suçun işlenmesinde fail bakımından herhangi bir ayırıcı özellik aranmadığından herkes bu suçun faili olabilir.⁴⁴ Failin resmi yahut siyasi sıfatı ile vatandaş veya yabancı olması önem arz etmemektedir.⁴⁵ Bu kapsamda hükümete karşı suç bir özgü suç olarak değerlendirilemeyecektir. Bu suçun faili sadece gerçek kişiler olabilir; nitekim tüzel kişiler suç faili olarak değerlendirilemezler.⁴⁶

2. Mağdur

Bir suçta mağdur, işlenen suçla haksızlığa uğrayan kişilerdir.⁴⁷ Her suçta mutlaka mağdur bulunmakla beraber⁴⁸ yalnızca gerçek kişiler mağdur olabilir; tüzel kişiler yalnızca suçtan zarar gören olarak itibar görürler.⁴⁹ Devletin mağdur olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği doktrinde tartışmalı hususlardan biridir. Öncelikle belirtmek gerekir ki her suçun mağdurunun öncelikle devlet olduğu anlayışının günümüzde geçerliliği bulunmamaktadır.⁵⁰ Devlet her şeyden önce bir tüzel kişi olduğu için tüzel kişilerin mağdur olarak değerlendirilemeyip

⁴⁴ GÖKMEN, s. 83; MALKOÇ İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu 4. Cilt, Yazarın Kendi Yayını, Ankara, 2013, s. 4810.

⁴⁵ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 386; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 4591.

⁴⁶ TOROSLU Nevzat/TOROSLU Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, 25. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 107.

⁴⁷ KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınları, 2021, s. 141.

⁴⁸ KATOĞLU Tuğrul, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:61, S:2, Y:2012, s. 682.

⁴⁹ ALDEMİR Hüsnü, Ceza Hukuku Genel Hükümler Rehberi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 181; BİRTEK Fatih, Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 203; ARTUÇ Mustafa, Pratik Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2019, s. 228; AKBULUT Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 339; Yargıtay kararı ile aynı yönde ve tüzel kişilerin mağdur olarak değerlendirilemeyeceği görüşüne aksi yönde bkz. KATOĞLU, s. 672.

⁵⁰ DEĞİRMENCİ, s. 34.

suçtan zarar gören olarak değerlendirileceği görüşü⁵¹ devlet bakımından da geçerli olmalıdır.⁵²

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde hükümetin monist yapıda olması, yani sadece Cumhurbaşkanından oluşması gerçekliği karşısında bu suçta mağdurun belirlenmesi önem arz edecektir. Hükümete karşı suçta mağdur Devlet olarak değerlendirilemeyecek olup toplumun bütünü mağdur olarak kabul edilmelidir. Dar anlamda mağdur ise Cumhurbaşkanı ve Cumhurbaşkanı yardımcısı olarak karşımıza çıkabilir. Nitekim Anayasa m. 106/3 uyarınca “*Cumhurbaşkanının hastalık ve yurt dışına çıkma gibi sebeplerle geçici olarak görevinden ayrılması hallerinde, Cumhurbaşkanı yardımcısı Cumhurbaşkanına vekâlet eder ve Cumhurbaşkanına ait yetkileri kullanır.*” Sınırlı bir durumda bu yetkilerin kullanımı söz konusu olduğu için Cumhurbaşkanı yardımcısının görevini yapmasını engellemeye yönelik fiiller TCK m. 310 kapsamında değerlendirilemese bile TCK m. 312 kapsamında değerlendirilebilir.⁵³ Nitekim Cumhurbaşkanı yardımcısı, ifa ettiği temsil görevi kapsamında cumhurbaşkanı sıfatına sahip olmamasına rağmen gördüğü fonksiyon gereği temsilci sıfatına, emir ve idare yetkisine sahiptir ve bu kapsamda TCK m. 312 gündeme gelebilecektir.⁵⁴ Suç ile Cumhurbaşkanın, Cumhurbaşkanlığı makamını işgal etmesinden dolayı korunması karşısında Cumhurbaşkanlığı makamının geçici olarak boşalması ile bu makamın yetkilerini geçici olarak kullanan Cumhurbaşkanı yardımcısının da korunması gerektiği sonucuna ulaşılabilir.⁵⁵

Ancak bu suçta doğrudan Cumhurbaşkanının şahsı değil hükümet hedef alınmaktadır. Nitekim hükümetin sadece belirli bir kişiye ait olduğu ve mağdurun da bu kişi olarak görülmesi, bu suçla korunan hu-

⁵¹ Tüzel kişilerinde mağdur olarak kabul edilebileceği görüşü için bkz. DEĞİRMEN-
Cİ, s. 39; KATOĞLU, s. 672.

⁵² Doktrinde devletin de gerçek anlamda mağduru olduğu suçların bulunduğu savunan görüşler bulunmaktadır. Devlete ait belli varlığın, değer in yahut menfaatin ihlal edilmesi halinde bir suçta mağdur devlet olarak kabul edilir. (KATOĞLU s. 676). Kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişine karşı işlenen suçlarda, devletin güvenliğine karşı suçlarda, adliye karşı suçlarda devletin mağdur olarak değerlendirilmesi örnek olarak gösterilebilir.

⁵³ ZENGİN, s. 77-78.

⁵⁴ ZENGİN, s. 77-78.

⁵⁵ ZENGİN, s. 78.

kuki değerle de bağdaşmamaktadır.⁵⁶ Bu nedenle bu suçta mağdur, Cumhurbaşkanının Anayasaya uygun olarak görevini yerine getirmesinin engellenmesi noktasında menfaatleri ihlal edilen Türkiye Cumhuriyeti toplumundaki herkes olarak değerlendirilmelidir.⁵⁷

3. Maddi Konu

Hükümete karşı suçun maddi konusu, ilgili hükmün gerekçesinden de anlaşılacağı üzere Türkiye Cumhuriyeti'nin yönetme erkini temsil eden "hükümet" olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵⁸ Çalışmanın başında hükümet kavramını ve Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemini detaylıca incelediğimiz için burada bu hususlara ayrıca değinmeyi tercih ettik.

4. Fiil (Hareket)

Cebir ve şiddet⁵⁹ kullanarak hükümeti ortadan kaldırmaya ya da görevini kısmen veya tamamen yapmasını engellemeye teşebbüs etmek bu suçun fiil unsurunu oluşturmaktadır.⁶⁰ Kanun koyucu bu düzenleme ile bir sonucun doğmasını aramamaktadır. Hatta sonucun doğmasının öncesinde icranın tamamlanmasını da aramamıştır. Bu suçta elverişli ve doğrudan doğruya icraya başlamak suçun oluşumu ve cezalandırılması için yeterli sayılmıştır.⁶¹ Bu kapsamda bu suç neticesiz, icrai ve ani hareketli bir suçtur.⁶²

Hükümete karşı suçta icra hareketlerinin TCK m. 312'deki sonuçları doğurmaya elverişli olması gerekmektedir. Maddede öngörülen tehlikeli sonuçları doğurmaya elverişli olmayan hareketler hükümete karşı suç kapsamında değerlendirilemeyecektir.⁶³ Elverişlilik ise somut olay kapsamında kullanılan vasıtalara, suçun işlendiği yer ve zamana ve

⁵⁶ YAZICIOĞLU, s. 147.

⁵⁷ Aynı yönde bkz. YAZICIOĞLU, s. 147.

⁵⁸ TOPÇU, s. 57.

⁵⁹ Maddenin ilk halinde, "cebir veya tehdit" ifadesine yer verilmişken, Genel Kurul görüşmeleri sırasında verilen önerge ile tehdit kavramının maddeden çıkarılması talep edilmiş ve bu önerge kabul edilerek "cebir ve şiddet" ifadesi hükümete karşı suçta ve anayasayı ihlal (TCK m. 309) ile yasama organına karşı suçta (TCK m. 311) bu şekilde kanunlaşmıştır. ÖZGENÇ, s. 1102.

⁶⁰ MALKOÇ, s. 4810.

⁶¹ ŞEN ERSAN/ERYILDIZ SEFA, Suç Örgütü, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2021, s. 622; MALKOÇ, s. 4810.

⁶² HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 388.

⁶³ MALKOÇ, s. 4810.

neticeye bakılarak belirlenecektir.⁶⁴ Bu suç neticesiz bir suç olduğu için elverişlilik değerlendirmesinde gerçekleştirilen icra hareketi teşebbüs aşamasında kalsa dahi icranın tamamlanmasına olanak verip vermediği hususu araştırılmalıdır. Elverişliliği somutlaştırmak gerekirse hükümeti ortadan kaldırma veya görevini yapmasını engellemeye yönelik hareketlerin doğrudan ihlali sağlamaya yönelik olması gerekmektedir.⁶⁵ Hareketin doğrudan ihlali sağlamaya yönelik olması demek ise dolaylı davranışların cezalandırılabilirliğin kapsamı dışında kalmasıdır. Bu bağlamda doğrudan ihlale yönelik olmayan dolaylı davranışlar suç için anlaşma, suç işlemeye tahrik, örgüt kurma gibi suçları oluşturabilir; ancak hükümete karşı suçu oluşturmaz.⁶⁶

Hükümetin görevleri bütün ülkeye yaygındır.⁶⁷ Bu kapsamda hükümet etme görevinin ülkenin bütünü bakımından değil belirli bir bölgesi yahut belirli bir konusu bakımından engellemeye teşebbüs edilmesi de TCK m. 312 kapsamında değerlendirilecektir.⁶⁸

Cebir ve şiddet, suç tanımında yer alan amaçlara ulaşma noktasında failin başvurduğu hukuka aykırı ve meşru olmayan zorlayıcı fiildir.⁶⁹ Cebir ve şiddetin, bu suçta neticenin doğması aranmasa bile neticeyi doğurmaya elverişli ve belirli bir ağırlıkta olması gerekmektedir.⁷⁰ Doktrinde, cebrin yalnızca maddi zorlama olarak mı yoksa manevi zorlamayı da içine alacak şekilde değerlendirilmesi gerektiği hususunda bir ittifak bulunmamaktadır. Cebrin manevi zorlamayı yani tehdidi de içine alacağını savunan görüş⁷¹, tehdidin kişilerin iradesi üzerinde zorlayıcı bir etki yaratacağından bahisle hükümete karşı suçun tehdit fiili ile de işlenebileceğini savunmaktadır. Yargıtay da bazı kararlarında manevi cebrin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği kanaatinde-dir.⁷² Ay-

⁶⁴ GÖKMEN, s. 83.

⁶⁵ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 389.

⁶⁶ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 389.

⁶⁷ MALKOÇ, s. 4811.

⁶⁸ MALKOÇ, s. 4811.

⁶⁹ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 4591.

⁷⁰ YAZICIOĞLU, s. 144.

⁷¹ YAŞAR Osman/GÖKCAN H. Tahsin/ARTUÇ Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınları, Ankara, 2010, s. 8463.

⁷² "Amaç suça ilişkin maddede aranan cebir/şiddet, her durumda ve her aşamada dar anlamıyla maddi cebir, fiziki kuvvet kullanımı olarak anlaşılmalıdır. Suç, elverişli olmak kaydıyla

nı yönde başka bir görüş ise hükümete karşı suçun bir terör suçu olmasından hareketle⁷³ terör suçları için kabul edilen tehdit fiilinin TCK m. 312 yönünden aranan cebir ve şiddete ilişkin yöntemlerden biri olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁷⁴ Bu görüş aynı zamanda muhtıra niteliğinde olan tehdit ifadelerinin de bu suç kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündedir.⁷⁵ Bu muhtıradaki ifadeler cebir ve şiddet içermese bile cebir ve şiddetin gerçekleştirilebileceğine yönelik tehdit içermektedir. Bu nedenle bu ifadeler hükümete karşı suç kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak kanun koyucu bu suç kapsamında tehdidi öngörse idi bunu açıkça belirtir, genel kurul görüşmeleri sırasında tehdit ibaresini çıkarıp yerine şiddet ifadesini eklemeydi. Değişiklik önergesinin gerekçesinde de “*ifade ve örgütlenme özgürlüğü kapsamında kullanılan hakların bu suç kapsamında değerlendirilemeyeceğinin daha açık bir şekilde vurgulanması ve bu bakımından ortaya çıkabilecek tereddütlerin gide-*

manevi nitelikteki bir cebirle de işlenebilecektir. Buradaki cebrin, suçun konusu, suçla korunan hukuki yarar da dikkate alındığında; hukuka aykırı iradede mevcut, cebirle ulaşılabilecek hukuka aykırı amaçlara cebir içeren zorlayıcı iradeyle yönelmiş ve gerektiğinde fiziki cebir kullanacağı, fiziki cebirle sürdürüleceği duraksamaya yer vermeyecek biçimde ortaya çıkmış hareketler olarak anlaşılması zorunludur. Dolayısıyla maddedeki cebir geniş anlamıyla kabul edilmelidir.

Cebrin/şiddetin niteliği ve mevcudiyeti somut olay çerçevesinde belirlenirken, failin kullandığı vasıtalar, suçun konusu olan hükümet ile konumu ve ilişkisi, kullandığı cebrin şekli, kaynağı, etki alanı, düzeyi, cebir kullanmaya ilişkin olarak sahip olduğu imkan ve kabiliyetleri ile mümkün olan engel sebepler de dikkate alınmalıdır. Siyasi iktidar düzeni ve fonksiyonları aleyhine suçların, genel olarak devlet düzeni dışında kalan kimseler, terörist gruplar gibi suç örgütleri tarafından işlenmesine girileceği düşünülebilirse de; başka ülkelerdeki örneklerde de görüldüğü gibi, özellikle yürütme erkinin cebrin ıskatı suçunun, genellikle o ülkelerin silahlı kuvvetlerine mensup faillerce işlendiği görülmektedir. Zaten yasal düzenlemede bu suç, failer bakımından bir özellik göstermemekte, devlet düzenine dahil faillerce de bu suçun işlenebileceği görülmektedir. Önemli olan, hukuka aykırı bir biçimde, cebri nitelikteki amaç suça yönelen yasadışı oluşumun, bu suçu işlemek bakımından gerekli elverişliliğe sahip olup olmamasıdır.” Y9.CD, 2013/9110E, 2013/12351K., 9.10.2013T. GÖKMEN, s. 84-85; YAŞAR, s. 212-213.

⁷³ 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu m. 3’te, aralarında hükümete karşı suçun da bulunduğu belirli suçları terör suçu olarak değerlendirilmiştir. Terör suçları hakkında detaylı bilgi için bkz. BOZ Burak, “Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü Ve Terör Örgütüne Üye Olma Suçu”, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:2, S:1, Y:2020, s. 150-152.

⁷⁴ Bkz. GÖKMEN, s. 84.

⁷⁵ Bkz. GÖKMEN, s. 84.

*rilmesi*⁷⁶ amacıyla böyle bir değişiklik yoluna gidilmesi gerektiği belirtilmiştir. Burada cebir ve şiddet ifadesi ile cebrin maddi nitelikte olması gerektiğinin arandığı özellikle belirtilmiştir. Kanun koyucunun iradesine aykırı olarak bu suçun tehditle işlenebileceğini kabul etmek, hükümete karşı suçu düzenleyen TCK m. 312'nin kapsamının ölçüsüzce genişlemesine sebebiyet verecektir.⁷⁷ Kaldı ki bu uygulama ceza hukukunda geçerli olan genişletici yorum yasağına (TCK m.2/3) aykırılık teşkil edecektir. Yargıtay da son tarihli kararlarında manevi cebri hükümete karşı suç kapsamında değerlendirmemektedir. Yargıtay "*Yeni TCK 312. maddede yaptırıma bağlanan suçun sadece 'maddi cebir' ile işlenebileceğinin kabulü halinde, eski yasadaki düzenlemeye göre suçun unsurlarının değiştiği kabul edilmeli ve lehe yasa bu duruma göre belirlenmelidir.*"⁷⁸ diyerek kanaatini ortaya koymuş ve 765 sayılı TCK dönemindeki durum ile 5237 sayılı TCK dönemi arasındaki lehe kanun belirlemesi yapılması gerektiği vurgulanmıştır. İlâveten muhtıra içeriğindeki manevi cebre ilişkin tehdit fiilleri kanımızca hazırlık hareketleri olarak değerlendirilmelidir. Hazırlık hareketleri de kural olarak cezalandırılmamaktadır. Bu nedenle hükümetin görevini yapmasını engellemeye yönelik tehdit içeren muhtıra yayımlanması durumunda kanun koyucunun özel bir düzenleme yapması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim hükümete karşı suç teşkil edilecek hazırlık hareketi kapsamında dahi kalsa Türkiye Cumhuriyeti seçmeninin iradesine yönelik hukuka aykırı fiillerin cezasız bırakılması gerekmektedir.

İlâveten doktrinde bir görüşe göre cebir ve şiddet sadece maddi veya manevi zorlama anlamında kullanılmamalıdır. Bu görüşe göre cebir ve şiddet kavramının içeriğinde hile kavramının kapsam dışında tutulması mümkün değildir.⁷⁹ Kanımızca cebir ve şiddet kapsamı dahi-

⁷⁶ ÖZGENÇ, s. 1102.

⁷⁷ Aynı yönde bkz. YAZICIOĞLU, s. 143; Benzer yönde bkz. ŞEN/ERYILDIZ, s. 646; Doktrinde *Donay* ise hükümete karşı suçun tehdit ile işlenebileceğini kabul etmenin kanunda öngörülen fiilin gerçekleşmesi bakımından elverişli olmadığı kanaatindedir. Bkz. DONAY Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 443.

⁷⁸ Y16.CD, 2015/4672 E., 2016/2330 K., 21.4.2016T.

⁷⁹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 388.

linde hile mevcut değildir. Hile nitelikli bir yalandır.⁸⁰ Nitekim hile irade özgürlüğüne karşı gerçekleştirilen bir saldırı olsa da bir zorlamayı içermemektedir. Kanun koyucu hileli hareketle hükümete karşı suçun işlenebileceğini düzenlemek isteseydi; örneğin dolandırıcılık suçunda ve irtikap suçunda hileli hareketleri açıkça düzenlediği gibi hükümete karşı suçta da hileli hareketi cebir ve şiddetin yanında düzenlerdi. Kanunilik ilkesi gereği hile ile hükümete karşı suçun işlenemeyeceği kanaatindeyiz. Ancak hile ile hükümetin görevinin yapması elbette engellenebilir. Hile bu kapsamda elverişli bir hareket olarak değerlendirilebilir; ancak kanunda bu hususun düzenlenmesi gerekir. Kanaatimizce bu suçta cebir ve şiddetin yanında hile ve tehdidin de açıkça belirtilmesi gerekmektedir.

Fiil unsurundan bahsederken ortadan kaldırmanın kapsamına da değinmek gerekir. “*Ortadan kaldırma*” fiili, hükümeti düşürme, yok etme veya hükümsüz bırakmadır.⁸¹ “*Görevini yapmayı engelleme*” ise hükümeti çalışamaz hale getirme veya görev yapmaktan zorla yasaklama olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸²

5. Netice

Hükümete karşı suç bakımından kanun koyucu herhangi bir neticenin gerçekleşmesini aramamıştır. Gerçekleşmesi kastedilen neticenin gerçekleşebilme tehlikesinin varlığını cezalandırma için yeterli ve gerekli görmüştür.⁸³

Tehlike suçları en genel anlatımıyla “*zarar ihtimali yaratan ve caza yaptırımı ile karşılanan fiiller*” olarak tanımlanabilir.⁸⁴ Bu suçlarda suçun oluşumu bakımından bir zararın meydana gelmesi aranmayıp sadece zarar tehlikesinin oluşmasıyla yetinilir. Tehlike suçları kendi içerisinde somut tehlike ve soyut tehlike suçları şeklinde ikiye ayrılmaktadır. So-

⁸⁰ Dolandırıcılık kararı ile ilgili bir Yargıtay kararına göre: “*Hile nitelikli bir yalandır. Fail tarafından yapılan hileli davranış belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olmalı, sergileniş açısından mağdurun inceleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte birtakım hareketler olmalıdır. Kullanılan hileli davranışlarla mağdur yanılığa düşürülmeli...*” Y15.CD, 2014/13188 E., 2014/12514 K., 23.06.2014T.

⁸¹ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 4591.

⁸² PARLAR/HATİPOĞLU, s. 4591.

⁸³ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 4592.

⁸⁴ ZAFER, s. 238.

mut tehlike suçları, hareketin gerçekleşmesinin sonucunda suçun maddi konusu üzerinde bir tehlikenin somut olarak ortaya çıkmasının gerektiği suçlardır. Somut bir zarar tehlikesi meydana gelmemişse somut tehlike suçlarından söz edilemez.⁸⁵ Soyut tehlike suçlarında ise kanun koyucu, suçun maddi konusu üzerinde somut bir tehlikenin meydana gelmesini aramamakta; belli bir yönde gerçekleştirilen davranışı yahut durumu bizzat tehlikeli olarak görmektedir. Ayrıca bu tür suçlarda somut tehlike suçlarında olduğu üzere yaşam, malvarlığı veya vücut bütünlüğü açısından somut bir tehlikenin varlığı aranmamaktadır.⁸⁶ Hükümete karşı suçta kanun koyucu, fiilin tamamlanmasını değil teşebbüs aşamasında kalmasını cezalandırma açısından yeterli görmüştür. Burada hükümetin ortadan kaldırılması ya da görevini yapmasını engellemeye yönelik somut tehlikenin gerçekleşmesinin önüne geçilmek istenmiştir. Bu kapsamda hükümete karşı suçun bir somut tehlike suçu olduğu sonucuna varılmalıdır.⁸⁷

B. Tipikliğin Manevi Unsuru

Hükümete karşı suçun anayasayı ihlal suçundan farkı tipikliğin manevi unsuruna göre tespit edilir.⁸⁸ Anayasayı ihlal suçunda failin genel olarak anayasayı ihlal amacıyla hareket ettiğinin kabulü aranacağı için bu suç hükümete karşı suçtan ayrılacaktır.⁸⁹

⁸⁵ Somut tehlike suçlarına örnek vermek gerekirse TCK m. 173'te düzenlenen atom enerjisi ile patlatmaya sebebiyet verme suçudur. Bu suçta "*atom enerjisini serbest bırakarak bir patlamaya ve bu suretle bir başkasının hayatı, sağlığı veya malvarlığı hakkında önemli ölçüde tehlikeye sebebiyet verme*" ifadesine yer vererek kanun koyucu somut bir tehlikenin doğmasını aramıştır. Atom enerjisini serbest bırakıp bir patlamaya ve bu yolla insanların hayatı, sağlığı veya malvarlığı değerleri üzerinde tehlikeye sebebiyet veren kişi cezalandırılmaktadır.

⁸⁶ Soyut tehlike suçlarına adliyece karşı suçlardan suç uydurma suçu (TCK m. 271) örnek olarak verilebilir. Bu suç, ihbardan yetkili makamların haberdar olduğu anda veya işlenmeyen suçun delil veya emarelerinin soruşturma yapılmasını sağlayacak şekilde uydurulması ile tamamlanır. Soruşturma veya kovuşturma yapılması ve herhangi bir zararın vuku bulması aranmadığı için bu suç bir zarar suçu da değildir. Suç uydurma suçunun işlenmesi ile adliyenin yanıltılması tehlikesi cezalandırılır; ancak kanun burada tehlikeyi somutlaştırmadığı için bu suç bir soyut tehlike suçudur.

⁸⁷ Aynı yönde bkz. YAZICIOĞLU, s. 146.

⁸⁸ MALKOÇ, s. 4811.

⁸⁹ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 4566.

Kanuni tanımında yer alan hukuka aykırı amaçları gerçekleştirme noktasında kanun koyucu failin herhangi bir saik ile hareket etmesini aramamıştır. Bu kapsamda failin kastı yeterlidir.⁹⁰ Kanunda hükümete karşı suçun taksirli hali düzenlenmediği için bu suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir (TCK m. 22/1).

Hükümete karşı suçta failin hükümeti ortadan kaldırmaya ya da hükümetin görevlerini yapmaya engel olmaya yönelik fiili, belirli bir amaç veya saik doğrultusunda hareket ettiği şeklinde düşünülebilir. Bu kapsamda failin bu suçta özel kastla hareket etmesi gerektiği gibi hatalı bir sonucuna varılabilir.⁹¹ Ancak ceza hukukunda amaç veya saik, failin kastından önce mevcut olan ve onu hazırlayan bir düşüncedir.⁹²

Fail, mevcut Cumhurbaşkanı ortadan kaldırmaya yahut görevini yapmasını engellemeye yönelik kastının öncesinde yerine gelmesini istediği yeni bir Cumhurbaşkanı tasavvur edebilir. Ancak faili bu suçun işlemeye iten exante amaç veya saik bu suçun oluşumu için önem arz etmemektedir.⁹³ Hükümete karşı suçun kanuni tanımında da kurucu unsur veya nitelikli hal olarak amaç veya saike yer verilmemiştir.⁹⁴ Bu halde dahi söz konusu unsurların temel cezanın belirlenmesi aşamasında göz önünde bulundurulacaktır (TCK m. 61/1-g).⁹⁵

Bu suçta suçun kanuni unsurlarına ilişkin hatayı düzenleyen TCK m. 30/1 hükümleri uygulama imkanına sahip değildir.⁹⁶ İlaveten hükümeti Cumhurbaşkanının oluşturduğunu, seçimle işbaşına geldiğini bilmemek ya da yanlış bilmek ihtimal dahilinde değildir; çünkü bu kural-

⁹⁰ Aynı yönde bkz. Y16.CD, 2015/4672 E., 2016/2330 K., 21.4.2016T.; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 4592.

⁹¹ YAZICIOĞLU, s. 148.

⁹² KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 251; DEMİRBAŞ Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 385; ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s.311; ARTUK M. Emin/GÖKCE Ahmet/ALŞAHİN M. Emin/ÇAKIR Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 14. Baskı, Ankara, 2020, s.408; ÖZBEK V. Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 10. Baskı, Ankara, 2019, s. 263.

⁹³ Aynı yönde bkz. YAZICIOĞLU, s. 149.

⁹⁴ Aynı yönde bkz. Y16.CD, 2015/4672 E., 2016/2330 K., 21.4.2016T.

⁹⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 252; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 409-410; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, Genel Hükümler, s. 263.

⁹⁶ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 390.

lar aynı zamanda ceza kanununa ilişkindir ve TCK m. 4 gereği ceza kanununu bilmemek mazeret sayılmaz.⁹⁷ Anayasa hükümlerinin bağlayıcı özelliğini (T.C. Anayasası m. 11) bilmemenin mazereti yoktur.

C. Hukuka Aykırılık

Hükümete karşı suç açısından failin fiilini hukuka uygun hale getiren neden söz konusu değildir.⁹⁸ Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçişten önceki dönemde doktrinde bu suç özelinde güvenoyu uygulamasının TCK m. 26 bağlamında hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği yönündeki tartışmalar geçerliliğini yitirmiştir.⁹⁹

Sivil itaatsizlik bakımından da hukuka uygunluk değerlendirmesi yapmak gerekmektedir. Sivil itaatsizlik en yaygın tanımıyla eşit ve özgür olan insan topluluğu arasındaki işbirliği ilkelerine aykırı nitelikte olan hükümet politikalarının yahut kanunların değiştirilmesi amacıyla kamuya açık olarak gerçekleştirilen, şiddet ve kaba kuvvet içermeyen, vicdani ve aynı zamanda siyasi nitelikte olan, kanuna aykırı olarak gerçekleşen, toplumun çoğunluğunun adalet duygularına hitap eden kamuya açık faaliyetler bütünüdür.¹⁰⁰ Sivil itaatsizlikte bir nevi kanunu düzeltmek için kanun ihlal edilmektedir.¹⁰¹ Ancak sivil itaatsizlikte kanunların uygulanmasına yönelik olan eylemlerinin, devlet politikaları bazında kanuna aykırı olarak adlandırılmasının gerekçesinin ne olduğu hususu açık değildir.¹⁰² Aynı şekilde demokratik bir hukuk devletinde kanunlara uymamanın hangi durumda meşru sayılabileceğini ortaya koymak da kolay değildir. Ancak bu belirsizliğe rağmen sivil itaatsizlik kapsamındaki barışçıl eylemlerin varlığının Cumhurbaşkanının görevini yapmasını engelleme derecesine erişip erişemeyeceği kapsamında de-

⁹⁷ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 390.

⁹⁸ Aynı yönde HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 389.

⁹⁹ Bu konu ile ilgili tartışmalar için bkz. YAZICIOĞLU, s. 149-151.

¹⁰⁰ HUNG-JU Chen, "John Rawls on Civil Disobedience-The Embryo and Mature Development", National Taiwan University Law Review, C:14, S:1, 2019, s. 5-6; CANDAN Kadir/BİLGİN Murat, "Sivil İtaatsizlik", Yasama Dergisi, C:0, S:19, Y:2011, s. 60;

¹⁰¹ İNAÇ Hüsamet/ALTUNTAŞ Uğur, "Demokratik Bir Direnme Biçimi Olarak Sivil İtaatsizlik: John Rawls ve Jürgen Habermas Tartışması Ekseninde Meşruluk Analizi", Akademik Bakış Dergisi, C:52, S:2, Y:2015, s. 403.

¹⁰² İNAÇ/ALTUNTAŞ, s. 403.

ğerlendirme yapmak gerekecektir. Cumhurbaşkanının görevini yapmasını engelleyen eylemlerin barışçıl olarak değerlendirilmesi eşyanın doğasına aykırı olacağından ve sivil itaatsizlik türünden eylemlerinin kapsamı belirli olmadığından sivil itaatsizlik ile TCK m. 312'nin bağdaşamayacağı ve bu kapsamda hukuka uygunluk sebebi oluşturmayacağı kanaatindeyiz.

Son olarak direnme hakkı bağlamında da hukuka uygunluk araştırması yapmak gerekmektedir. Direnme hakkı ceza hukukunda TCK m. 26/1 hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirmeye tutulabilir.

Direnme hakkı, anayasa ve genel olarak hukuka aykırı faaliyetleriyle hukukiliğini ve hukuka dayanağını yitiren, hukuku dışlayan, hukuk devleti yerine baskı rejimi kuran bir iktidara karşı koyma, karşı çıkma veya ya da anayasa ve hukuka aykırı davranışlarıyla bir iktidara karşı başkaldırma hakkı olarak tanımlanabilir.¹⁰³ Direnme hakkı sivil itaatsizlikten ayrılmakla birlikte hukuka uygunluk bakımından aynı sonucu doğuracağı kanaatindeyiz. Nitekim bir hukuk devletinde eleştiri hakkının dışındaki fiillerin ismi ister direnme hakkı olsun isterse de sivil itaatsizlik olsun serbest seçimlere ve özgür iradeye dayalı olarak iktidara gelen hükümete karşı başkaldırılarının hukuka uygun olarak değerlendirilmesi kamu düzeni fikrine olacaktır. İlâveten sivil itaatsizlik hususunda belirttiğimiz üzere bu hakkın kullanılmasının şartları ve nasıl kullanılacağı hususunu belirlemek mümkün değildir.¹⁰⁴

V. CEZALANDIRMA İLE İLGİLİ DİĞER NEDENLER

Hükümete karşı suç kapsamında kanun koyucu cezalandırmaya etki eden herhangi bir neden öngörmemiştir. Bu kapsamda anayasal düzene ve düzenin işleyişine karşı bir suç olarak bu suçta şahsi cezasızlık sebebi veya etkin pişmanlık öngörülmemiştir. Kanun koyucunun suç ve ceza siyaseti bakımından bu suçta korunan hukuki değerın önemi dikkate alındığında şahsi cezasızlık sebebi, etkin pişmanlık ve cezayı hafifleten nitelikli hal öngörmemesi, olması gereken bir uygulamayı

¹⁰³ TAŞKIN, s. 38.

¹⁰⁴ Direnme hakkının uygulanabilirliği hakkında detaylı araştırma için bkz. YETKİN, s. 79 vd.

yansıtmaktadır. Nitekim Türkiye Cumhuriyeti seçmeninin özgür iradesi ile göreve gelen Cumhurbaşkanı'nın görevini yapmasını engelleyecek olan davranışların ihlal ettiği hukuki değerler bazında değerlendirme yapıldığında bu suçun cezasında indirim sebepleri olacak özel bir nedene yer verilmemiş olması yerindedir.

VI. KUSURLULUK

Kanun koyucu hükümete karşı suç bazında kusurluluğu etkileyen sebep olarak özel bir düzenleme yoluna gitmemiştir. Genel hükümler kapsamında bu suçta haksız tahrik ve zorunluluk hali müesseselerinin uygulanabilirliği tartışılabilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki TCK m. 29'da haksız tahrik düzenlemesinde "suç işleyen kimse" ifadesi ile bu müessesenin uygulanabilirlik alanı ortaya konmuştur. TCK m. 29'da "suç işlemekten" bahsettiği için suçun yönelmiş bulunduğu hakkın önemi bulunmamaktadır.¹⁰⁵ Suçun kişilere karşı işlenen suçlardan veya millete ve devlete karşı işlenen suçlardan biri olması haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına kanunen engel değildir. Ancak kanımızca, bir kişinin hükümeti ortadan kaldırma veya görevini yapmasını engelleyecek kadar ağır bir tepki fiili işlemesine sebep olacak yoğunlukta hiddet veya şiddetli elemenden bahsetmek mümkün değildir. Demokratik bir hukuk devletinde kişilere karşı gerçekleştirilen hak ihlallerinin giderilmesi yargı organları aracılığıyla gerçekleşmektedir. Hukuk düzeninde kişilerin hükümet tarafından gerçekleştirilen haksız eylemlere karşı tepki olarak Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemini ortadan kaldırmaya yahut Cumhurbaşkanı'nın görevini yapmasına engel olma şeklindeki fiiller tepki fiili olarak değerlendirilemez. Bu nedenle bu suçta haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Zorunluluk hali bakımından değerlendirme yapmak gerekirse kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelik bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlike durumunun hükümete karşı suç bağlamında oluşması olasılık dışıdır. Nitekim bu suçla korunan hukuki değer bakımından ve anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı bir suç olmakla suçun düzenlen-

¹⁰⁵ ALTUNTAŞ Şeyda, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 158-159.

diği yer dikkate alındığında bu sonuca ulaşmanın kaçınılmaz olduğu kanaatindeyiz.

VII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. Teşebbüs

Bazı suç tipleri bakımından kanun koyucu suçla korunan hukuki değerlerin önemi bazında teşebbüs aşamasında kalan suçları tamamlanmış gibi cezalandırma yoluna gitmektedir. Doktrinde bu suçlar *tamamlanması öne alınmış suçlar*¹⁰⁶ ya da *kalkışma suçları*¹⁰⁷ şeklinde ifade edilmektedir. Hükümete karşı suç ise bu tip suçlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁰⁸

Hükümete karşı suç bir teşebbüs suçu niteliğinde bulunduğu için bu suçta TCK m. 35 hükmünün uygulanması mümkün değildir. Nitekim TCK m. 312 ile kanun koyucu, hükümde gösterilen sonuca ulaşılmasını aramamıştır. İlaveten TCK m. 35 hükmünün gerekçesinde “Ayrıca belirtilmelidir ki anayasal düzeni zorla değiştirmeye teşebbüs gibi, teşebbüs hareketlerinin bağımsız suç tipi olarak düzenlendiği suçlara teşebbüs mümkün değildir.”¹⁰⁹ denilerek bu husus açıkça ortaya konmuştur. Hükümeti ortadan kaldırmaya ya da görevini kısmen veya tamamen yapmasına engel olmaya yönelik fiillerin icrasına başlanmasını, cezalandırma açısından yeterli görmüştür. Bu suçta tamamlanmamış icra hareketleri tamamlanmışçasına cezalandırılmaktadır.

Doktrinde bir görüş, suç fiilinin tamamlanması halinde Devlet iktidarı ve gücü kalkmış olacağından bahisle ortada bir suç olmayacağı ve bu suçu cezalandıracak bir makam olmayacağını belirtmiştir.¹¹⁰ Ancak bir hukuk düzeninde bir fiilin suç teşkil etmesi, hükümetin varlığı ya da yokluğuna bağlı değildir. Hükümet meşru olmayan yollarla ortadan kaldırılsa dahi fiil suç özelliğini koruyacaktır. Bir fiilde suç teşkil eden

¹⁰⁶ AKSOY İPEKÇİOĞLU Pervin, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 195; TOROSLU/TOROSLU, s. 314.

¹⁰⁷ ÖNDER Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 176; Kalkışma suçlarıyla ilgili bkz. DEMİRBAŞ Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 254.

¹⁰⁸ YAZICIOĞLU, s. 152.

¹⁰⁹ ÖZGENÇ, s. 465.

¹¹⁰ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 4592; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 388.

özelliklerden birisi tanıma normunun varlığı olsa da hukuk düzeni ile çatışma halinde olan suç fiili icra edilmekle suç işlenmiş sayılacaktır. Kaldı ki fiil icra edilmekle suç işlenmiş olacaktır. Hükümetin ortadan kaldırılması ile hukuk düzenindeki normların geçerliliklerinin yitirilmesi sonraki bir hal olarak değerlendirilmelidir.

Hükümete karşı suç münferiden bir teşebbüs suçu oluşturduğu için kalkışma suçlarına teşebbüs mümkün değildir.¹¹¹ Kalkışma suçlarında kural olarak gönüllü vazgeçme (TCK m. 36) hükümleri de uygulanamaz; ancak kanun koyucu özel olarak bu tip suçlarda gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabileceğini düzenleyebilir.¹¹² Ancak bu suç kapsamında gönüllü vazgeçme yahut suç sonrası pişmanlık (*etkin pişmanlık*) hükümlerinin uygulanabileceği kanunda düzenlenmemiştir.

Ceza hukukunda kural olarak hazırlık hareketleri cezalandırılmaktadır. Ancak kanun koyucu hükümete karşı suç bağlamında ortaya çıkma kapasitesine sahip olan bir takım hazırlık hareketlerini cezalandırmayı tercih etmiştir. Hükümete karşı suç işlemek amacıyla silahlı örgüt kuran veya yöneten kişi TCK m. 314 hükümleri uyarınca sorumlu olacaktır. Hükümete karşı suçu elverişli vasıtalarla işlemek üzere iki veya daha fazla kişi, maddi olgularla belirlenen bir biçimde anlaşılırsa bu durumda da TCK m. 316 hükümleri gündeme gelecektir. Ancak bu iki durumu TCK m. 312'ye teşebbüs olarak değerlendirmek mümkün değildir.¹¹³

B. İştirak

Bu suça iştirakin her türü mümkündür. TCK m. 37 ile m. 41 arası hükümler genel olarak uygulanabilir.¹¹⁴ Bu suçun mevcut olabilmesi için önceden oluşturulan silahlı veya silahsız bir örgütün bulunması gerekmemektedir.¹¹⁵ Bu kapsamda hükümete karşı suç *tek failli suçlardandır*.

¹¹¹ BİRTEK, s. 365; ÖNDER, s. 412; TOROSLU/TOROSLU, s. 314.

¹¹² ÖNDER, s. 177.

¹¹³ YAZICIOĞLU, s. 152.

¹¹⁴ GERÇEKER, s. 3100.

¹¹⁵ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 4591; Doktrinde bir görüş bu suçun silahlı bir örgüt tarafından işlenebileceğini savunmaktadır (Bkz. GÖKMEN, s. 83). Teoride bu suçun genellikle silahlı terör örgütü tarafından işlenmesi daha olası olsa da bu husus, suçun çok failli bir suç olarak değerlendirilmesini gerektirmemektedir.

Bu suç tek failli bir suç olarak değerlendirilse bile birden fazla kişi tarafından işlenmesine bir engel bulunmamaktadır.¹¹⁶

C. İçtima

TCK m. 312/2'ye göre hükümete karşı suçun işlenmesi sırasında başka suçların işlenmesi halinde ayrıca bu suçlardan dolayı ilgili hükümlere göre cezaya hükmolunacaktır.¹¹⁷ Bu hüküm genel olarak anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçların bazılarında benzer şekilde düzenlenen bir hükümdür. Bunlar; *anayasayı ihlal* (TCK m. 309), *yasama organına karşı suç* (TCK m. 311), *Türkiye Cumhuriyeti hükümetine karşı silahlı isyan* (TCK m. 313) suçlarından ibarettir.¹¹⁸ Doktrinde bir görüşe göre gerçek içtima kuralı öngören bu hüküm kapsamında hükümete karşı suç, *amaç suç* olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda amaç suçun yanında işlenen *araç suç* ise ayrı ve ilave bir cezalandırmaya tabi olacaktır.¹¹⁹ Bu görüşe göre amaç suç olan TCK m. 312'yi gerçekleştirebilmek için işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (TCK m. 109) araç suç niteliğindedir.¹²⁰ Ancak kanımızca bu görüş Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçişle birlikte geçerliliğini yitirmiş sayılmalıdır. Şöyle ki hükümetin bizatihi kendisi olan Cumhurbaşkanını hürriyetinden yoksun kılma durumunda, TCK m. 312'nin yanında ayrıca TCK m. 109 ve Cumhurbaşkanına fiili saldırı TCK m. 310/2 gündeme gelecektir. Bu suçlar arasındaki ayrımı araç suç-amaç suç ilişkisinden ziyade failin kastı belirleyecektir. Failin kastı hükümeti (Cumhurbaşkanını) ortadan kaldırmaya yönelikse bu kapsamda Cumhurbaşkanına karşı hürriyeti yok-

¹¹⁶ Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlarda iştirak hususu oldukça sorunludur. Bu çalışmada iştirak hususunu derinleştirmek çalışmanın kapsamını oldukça genişletip konunun Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde hükümete karşı suç sınırlamasının amacına aykırı olacağı için iştirak bahsinin ayrı bir çalışma konusu yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

¹¹⁷ Hükümete karşı suçta kanun koyucunun öngördüğü gerçek içtima kuralının eleştirisi hakkında bkz. YETKİN, s. 229.

¹¹⁸ Doktrinde Hafızoğulları/Özen'e göre bu hüküm ile örtülü olarak hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasının önünün açılmasına imkan hazırlanmıştır (HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 388-389). Ancak kanaatimizce burada kanun koyucunun amacı bu olmayıp, hükümete karşı suç fiilinin tamamlanmış başka bir suç ile birlikte işlenmesi durumunda gerçek içtima kuralının uygulanacağını belirlemesidir.

¹¹⁹ MALKOÇ, s. 4811.

¹²⁰ MALKOÇ, s. 4811.

sun bırakma fiili, TCK m. 312'yi gerçekleştirebilmek için geçilmesi gereken bir basamak oluşturacaktır.¹²¹ Bu ise TCK m. 109 ile TCK m. 312 arasında araç suç- amaç suç ilişkisi kapsamında gerçek içtima ilişkisini değil geçitli suç ilişkisini gündeme getirecektir.

Cumhurbaşkanına fiili saldırı fiilinin kapsamı kanun koyucu tarafından belirlenmemiştir. Bu kapsamda cumhurbaşkanına karşı hakaret (TCK m. 299) özel olarak düzenlendiğinden bu suç dışında kalan kasten yaralama, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma (TCK m. 109), haberleşmenin engellenmesi (TCK m. 124), özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (TCK m. 132 vd.), konut dokunulmazlığının ihlali (TCK m.116) gibi suçlar fiili saldırı kavramına dahildir.¹²² Tehdit suçunun dahi fiili saldırı kapsamında değerlendirilebileceğine ilişkin görüşler bulunmaktadır.¹²³

Hükümeti ortadan kaldırma kastına yönelik gerçekleşen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiili, doğası gereği Cumhurbaşkanına bir saldırı kapsamında da değerlendirilmelidir. Ancak burada kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, hükümete karşı suçta bir basamak teşkil etmektedir. Burada hükümete karşı suça ilişkin failin kastı yoksa tek bir saldırı fiili ile birden fazla farklı suç söz konusu olduğu için (TCK m. 109 ve 310/2), TCK m. 44 gereği farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır.¹²⁴ Cumhurbaşkanına karşı diğer fiili saldırılarda bulunan kimse hakkında, ilgili suça ilişkin ceza yarı oranında artırılarak hükmolunacak; ancak, bu suretle verilecek ceza beş yıldan az olamayacaktır (TCK m. 310/2).

Cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı suçunun hükümete karşı suçla arasında içtima ilkeleri açısından ayrı bir önem bulunmaktadır. TCK m. 312'de yer alan "*ortadan kaldırmak*" ifadesi Cumhurbaşkanlığı

¹²¹ Doktrinde bu suçlar arasındaki ayrımı "Cumhurbaşkanı'nın fonksiyonu" üzerinden yapan görüş için bkz. YETKİN, s. 107.

¹²² TOROSLU Nevzat/TAŞDEMİR Özgür, "Cumhurbaşkanına Suikast ve Fiili Saldırı Suçu" Prof. Dr. Nevzat TOROSLU'ya Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 459, Ankara, 2015, s. 573; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 379.

¹²³ EREM, C.3, s. 137

¹²⁴ Doktrinde genel olarak cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı suçlarında fikri içtima hükümlerinin uygulanamayacağı belirtilmiştir. Bkz. TOROSLU/TAŞDEMİR, s. 572; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 379.

hükümet sisteminin monist yapısı kapsamında cumhurbaşkanına suikast fiili ile çatışmaktadır. Cumhurbaşkanına suikast, hükümeti (*Cumhurbaşkanı*) ortadan kaldırma ile cumhurbaşkanına fiili saldırı ise hükümetin görevini kısmen veya tamamen görevini yapmasını engelleme ile iç içe geçebilmektedir. Kanımızca burada hukuki değerler benzeştiği için görünüşte içtima ilişkisi gündeme gelecektir. Cumhurbaşkanının bulunduğu makamın önemi ile şahsının bizzat yaşam hakkı da korunduğu için TCK m. 310/1, TCK m. 312'ye göre özel norm teşkil etmektedir. Bu kapsamda özel normun önceliği ilkesi gereği sadece TCK m. 310/1'den dolayı cezalandırma yoluna gidilmesi gerekmektedir.

Bu suçla ilgili içtima hususunda değinilmesi gereken bir husus da bu suç ile cebir suçu (TCK m. 108) arası içtima ilişkisinin kapsamıdır. Cebir suçu bu suçun bir unsuru olarak sayıldığı için burada ayrıca bu suçtan dolayı cezalandırma yoluna gidilmeyecektir. İlaveten yaralamanın basit şekli cebir ve şiddet kapsamında kaldığından fail ayrıca kasten yaralamadan da sorumlu tutulmayacaktır.¹²⁵ Ancak hükümete karşı suç fiilinin işlenmesi sırasında insan öldürme sonucu gerçekleşmişse kasten öldürme suçundan dolayı gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır (TCK m. 312/2).¹²⁶

Cebir ve şiddetle, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs etmeye yönelik anayasayı ihlal fiili, bakıldığında hükümeti ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye yönelik TCK m. 312 ile iç içe geçmektedir. Bu kapsamda TCK m. 311'in gerekçesinde de belirtildiği üzere *"Anayasa düzenini ortadan kaldırma veya bu düzen yerine başka bir düzen getirme veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önleme amacını gerçekleştirmek için Türkiye Büyük Millet Meclisine yönelen saldırılar, Anayasayı ihlâl suçunu oluşturur."* Buradan hareketle hükümete karşı suç için de aynı sonucun doğduğu söylenebilir. Yargıtay da genel olarak TCK m. 309 ile diğer anayasal düzene karşı suçlar arasında geçitli (*müterakki*) suç ilişkisi

¹²⁵ MALKOÇ, s. 4811.

¹²⁶ KAMIŞLI Gani/TANERİ Gökhan, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 49.

olduğu kanaatindedir.¹²⁷ Ancak Yargıtay'ın söz konusu değerlendirmesi, TCK m. 312'yi fiilen geçersiz kılmaktadır. Bu uygulamada hükümete karşı suç ile anayasal düzene karşı suçlardan ayrı ayrı cezalandırma yoluna gidilmeyecek olup işlenen fiilin unsurları yönünden hangi suçta dahilse sadece o suçtan dolayı cezalandırılması gerekecektir.¹²⁸ Hükümeti ortadan kaldırmaya teşebbüs etmek ile anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etmek fiilleri, norm alanları açısından oldukça benzer iki alanda yer almaktadır. Failin Cumhurbaşkanı'nın hükümet etme görevini engelleyip ortadan kaldırmaya yönelik fiili ile anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs ettiği düşünülebilir. Ancak burada iki farklı fiili birbirinden ayırmaya yarayacak olan temel kriter korunan hukuki değer ve failin kastı olacaktır. Nitekim hükümete karşı suçta hedef Cumhurbaşkanı (hükümetin bizatihi kendisi) iken anayasal düzeni ihlal suçunda hedef bizatihi anayasanın kendisi ve anayasanın öngördüğü düzendir. TCK m. 312 ile korunan hukuki değer doğrudan hükümetin görevini yerine getirmesinin sağlanması iken TCK m. 309'da korunan hukuki değer doğrudan anayasal düzen ve demokrasidir. Yargıtay'ın kabul ettiği üzere iki suç arasında geçitli suç ilişkisi söz konusu ise bu

¹²⁷ "...kalkışmaya iştirak edenlerin eylemlerinin, 5237 sayılı TCK'nın 309, 311 ve 312. maddelerinde düzenlenen suçları oluşturacağımda kuşku yoktur. Ancak aynı hukuki değerleri koruyan ve kapsamı itibariyle eylemlerin haksızlık muhtevasını tamamen ortadan kaldıran Anayasayı ihlal suçunun (TCK'nın 309. md.) tüm unsurlarıyla gerçekleştiği somut olayda sanıkların ayrıca, Türk Ceza Kanunu'nun 311. ve 312. maddelerinde düzenlenen suçlar ile aralarındaki geçitli/müterakki suç ilişkisi nedeniyle anılan kanununun 314/2. maddesinde yer alan silahlı terör örgütüne üye olmak suçundan cezalandırılmaları imkanı bulunmamaktadır." Y16.CD, 2020/84E., 2021/1909K., 8.3.2021T; Doktrinde Şen/Eryıldız da bu halde TCK m. 44 uygulamasına göre tez ceza belirlenmesi gerektiği kanaatindedir. Bkz. ŞEN/ERYILDIZ, s. 642; Yasama organına karşı suç ile hükümete karşı suçun tek bir fiille işlenmesi halinde farklı neviden fikri içtima kuralının uygulanması gerektiği görüşü için bkz. ÖZGENÇ, Suç Örgütleri, s. 343.

¹²⁸ "Anayasa düzenini ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirme veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önleme amacını gerçekleştirmek için Türkiye Büyük Millet Meclisine yönelen saldırılar, Anayasayı ihlal suçunu oluşturur. Bu madde kapsamında tanımlanan suç, bu amaçlar dışında Türkiye Büyük Millet Meclisinin Anayasaya uygun bir şekilde görevlerini yerine getirmesini engelleme hallerinde oluşacaktır." denilerek konuya yeterince açıklık getirilmiştir. Bu nedenle, aynı hukuki değerleri koruyan ve kapsamı itibariyle eylemlerin haksızlık muhtevasını tamamen ortadan kaldıran Anayasayı ihlal suçunun tüm unsurlarıyla gerçekleştiği durumlarda sanıkların ayrıca, Türk Ceza Kanunu'nun 311. ve 312. maddelerinde düzenlenen suçlardan cezalandırılmaları cihetine gidilmeyecektir." Y16.CD, 2020/82E., 2020/4391K., 24.9.2020T.

durumda TCK m. 312'nin düzenlenmesinin gereksiz olduğu sonucuna ulaşmak gerekecektir. Örnek üzerinden kanaatimizi somutlaştırmak gerekirse failin Cumhurbaşkanı alıkoyup görevini belirli bir süre yapmasını engellemek veya yeni bir seçime gidilmesini sağlamak tasavvuru ile Cumhurbaşkanı öldürmeye teşebbüs etmek fiili anayasal düzeni dolaylı olarak ihlal etse de burada hükümete karşı suç söz konusu olacaktır. Failin darbe amacıyla sokağa çıkma yasağı koymaya çalışması, kanunları askıya almaya kalkması gibi demokratik düzeni temelinden zedeleyerek anayasada öngörülen demokratik seçim usulünü ihlal etmesi fiili ise anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs suçu kapsamında değerlendirilebilecektir.

VIII. Yaptırım ve Muhakeme

Hükümete karşı suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyet şartına bağlanmamıştır. Soruşturma ve kovuşturma işlemleri re'sen gerçekleştirilecektir.¹²⁹ Ancak anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlarda kanun koyucu bir istisna yaratmıştır. 2937 Sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu m. 26 uyarınca *“MİT mensuplarının veya belirli bir görevi ifa etmek üzere kamu görevlileri arasından Cumhurbaşkanı tarafından görevlendirilenlerin; görevlerini yerine getirirken, görevin niteliğinden doğan veya görevin ifası sırasında işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı ya da 5271 sayılı Kanununun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçları işledikleri iddiasıyla haklarında soruşturma yapılması Cumhurbaşkanının iznine bağlıdır.”*¹³⁰ Bu durum da bir nevi Cumhurbaşkanının şikayeti gibi bir sonuç doğurmaktadır.

Bu suçun yaptırımı ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıdır. Doktrinde bir görüş diğer uygar ülkelerin hukuki düzenlemelerine bakıldığında müebbet hapis cezasının bu suç için ağır olduğunu ve bu cezanın, kanunun genel gerekçesinde belirtilen bireyin devlet karşısında üstün tutulduğu iddiası ile bağdaşmadığı yönündedir.¹³¹ Ancak korunan hukuki değer başlığında da değindiğimiz üzere bu suçta Türkiye Cumhuriyeti seçmenin irade özgürlüğünün korunduğu, Cumhurbaşkanın gö-

¹²⁹ YAŞAR, s. 229.

¹³⁰ YAŞAR, s. 229.

¹³¹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 390.

revini gereği gibi yerine getirmesi bağlamında kamunun yararı korunmaktadır. Bu suç her ne kadar neticesiz olsa da neticenin gerçekleşmesi ihtimalinin doğuracağı ağır ve kaotik sonuçları tasavvur etmek zor değildir. Bu kapsamda bu suçta korunan hukuki değer ile öngörülen ceza arasında bir dengesizlik olmadığı kanaatindeyiz.

Bu suçta görevli mahkeme 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 12 uyarınca ağır ceza mahkemeleridir. TCK m. 6/1-a uyarınca bu suçta dava zamanaşımı süresi otuz yıldır. Ancak TCK m. 66/7 uyarınca bu suçun yurtdışında işlenmesi halinde dava zamanaşımı uygulanamayacaktır.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu m. 3'te, aralarında hükümete karşı suçun da bulunduğu belirli suçları terör suçu olarak değerlendirilmiştir. Terörle mücadele Kanunu m.5/1'de ise terör suçu olarak değerlendirilen suçları işleyenler hakkında ilgili kanunlara göre tayin edilecek hapis cezaları veya adlî para cezalarının yarı oranında artırılarak hükümlenacağı düzenlenmiştir. Hükümete karşı suç aynı zamanda 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu m. 54 uyarınca bir askeri suçtur.¹³² İlaveten bu suç siyasi bir suç olarak değerlendirilir.¹³³

SONUÇ

2017 yılında 1982 anayasasında yapılan hükümet sistemi değişikliği ile birlikte TCK m. 312'de düzenlenen hükümete karşı suçun yapısı da değişime uğramıştır. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçişle birlikte hükümete karşı suçun kapsamının yeniden değerlendirilmesi ihtiyacı hasıl olmuştur.

Hükümete karşı suç unsurları kapsamında incelendiğinde tipiklik bakımından bu suçun failinin özellik arz etmediği görülmektedir. Bu suçta mağdurun ise *“millele ve devlete karşı işlenen suçlar”* arasında yer alması sebebi ile toplumun tüm kesimi, daha somut ifade ile irade özgürlüğüne sahip tüm seçmenler olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Söz konusu anayasa değişikliği ile birlikte artık hükümeti Cumhurbaşkanı oluşturduğu için bu suçta maddi konunun izahı daha da fazla önem arz

¹³² TOPÇU, s. 57.

¹³³ TOPÇU, s. 57.

etmektedir. Fiil unsuru bakımından değerlendirme yapıldığında bu suçun ani ve seçimlik hareketli bir suç olduğu görülmektedir. Netice unsuru bakımından ise bu suç neticesiz bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu suç aynı zamanda bir kalkışma suçu niteliğinde olması sebebiyle hazırlık hareketleri ve teşebbüs açısından önem arz etmektedir. Bu suçta cebir ve şiddet kavramı incelendiğinde ise kanunilik ilkesi gereği doktrinindeki bazı görüşlerin aksine manevi cebirin (tehdit) bu suç kapsamında bir unsur olarak değerlendirilemeyeceği ve yine kanunilik ilkesi gereği hile unsurunun da cebir ve şiddet kavramı içinde değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz

Hükümete karşı suç kapsamında muhtıra niteliğinde Cumhurbaşkanının görevini yapmasını engellemeye yönelik tehdit içeren fiillerin cezalandırılabilirliği de önemli bir husustur. Ancak bu fiiller cebir ve şiddet içermediği, cebir ve şiddet tehdidi içerdiği için yalnızca hazırlık hareketleri kapsamında değerlendirilebilecektir. Ceza hukukunda kural olarak hazırlık hareketleri cezalandırılmamaktadır. Bu nedenle hükümetin görevini yapmasını engellemeye yönelik tehdit içeren muhtıra yayımlanması durumunda kanun koyucunun özel bir düzenleme yapması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim hükümete karşı suç teşkil edebilecek hazırlık hareketi kapsamında dahi kalsa Türkiye Cumhuriyeti seçmeninin iradesine yönelik hukuka aykırı fiillerin cezasız bırakılmaması gerekmektedir.

Tipikliğin manevi unsuru kapsamında bu suçun belirli bir amaç veya saikle işlenmesi aranmamaktadır. Bu suçun taksirli hali kanunda düzenlenmediği ve olası kastın da suçun işleniş yapısıyla bağdaşmaması sebebi ile hükümete karşı suç yalnızca doğrudan kastla işlenebilecektir.

Hukuka aykırılık unsuru incelendiğinde bu suçun koruduğu hukuki değerın önemi göz önüne alındığında suç genel teorisinde yer alan hukuka uygunluk sebeplerinin uygulanmasının mümkün olmadığı görülmektedir. İlâveten hakkın kullanılması kapsamında sivil itaatsizlik veya direnme hakkı olarak değerlendirilebilecek barışçıl eylemler hükümete karşı suçta hukuka uygunluk nedenleriyle bağdaşmayacaktır.

Suçun özel görünüş biçimleri kapsamında bu suçun kalkışma suçu niteliğinde olması öncelikle bu suça teşebbüs hükümlerinin uygulanma-

sını engellemektedir. İştirak bakımından TCK m. 313 ve 314 kapsamında bu suçun işlenebileceği söylenebilir. İçtima hükümleri bakımından ise bu suçla cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma arasındaki ilişki önem arz etmektedir. Kast unsuru bağlamında yapılacak bir değerlendirme sonucunda kişiyi hürriyetinden yoksun kılmaya yönelik fiillerin hükümete karşı suç bakımından bir geçit oluşturacağı savunulabilir. Cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı bakımından ise tek bir saldırı veya ortadan kaldırma fiili ile birden fazla suç söz konusu olduğu için hükümete karşı suç dışında farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs suçu da hükümete karşı suçla hukuki değer bazında benzeştiği ve hükümete karşı suç özel bir nitelik taşıdığı için iki suç arasında görünüşte içtima ilişkisi söz konusu olacaktır. Bu kapsamda Yargıtay'ın iki suç arasında geçitli suç ilişkisinin söz konusu olduğu yönündeki uygulamasının doğru olmadığı kanaatindeyiz.

Hükümete karşı suçun re'sen soruşturulan ve kovuşturulan bir suç olmasına 2937 Sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu m. 26 ile bir istisna yaratılmıştır. Bu istisna ise bu suçun MİT mensupları tarafından işlenmesi halinde bu suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının Cumhurbaşkanının iznine tabi olmasıdır. Son olarak bu suç Terörle Mücadele Kanunu gereği bir terör suçu olarak değerlendirilmektedir.

KAYNAKLAR

- AKSOY İPEKÇİOĞLU**, Pervin, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.
- ALTUNTAŞ**, Şeyda, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- ARSLAN**, Çetin/**AZİZAĞAOĞLU**, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Asil Yayınevi, Ankara, 2004.
- ARTUÇ**, Mustafa, Pratik Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, 5. Baskı, Ankara, 2019.
- ARTUK**, M. Emin/**GÖKCEN**, Ahmet/**ALŞAHİN**, M. Emin/**ÇAKIR**, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 14. Baskı, Ankara, 2020.
- ATAR**, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- BİRTEK**, Fatih, Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- BOZ**, Burak, "Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü Ve Terör Örgütüne Üye Olma Suçu", Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:2, S:1, Y:2020, ss. 131-186.
- BOZ**, Selman Sacit, "Belediye, Köy ve Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Kurulmasını Düzenleyen Hükümler Anayasanın 123/3 Maddesine Aykırı mıdır?", www.idare.gen.tr/boz-ay-m-123-3.htm, (Erişim Tarihi: 19/10/2021 s: 05:45)
- CANDAN**, Kadir/**BİLGİN**, Murat, "Sivil İtaatsizlik", Yasama Dergisi, C:0, S:19, 2011.
- CHERRY** Kevin M., Plato, Aristotle, and the Purpose of Politics, Cambridge University Press, London, 2012.
- DEMİRBAŞ**, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- DEVLET ARŞİVLERİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ YAYINLARI**, Belgelerle Mustafa Kemal Atatürk 1916-1922, Yayın No. 62, Ankara, 2003.
- DONAY**, Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi. İstanbul, Beta Yayınevi, 2007.
- EREM**, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt III, 3. Baskı, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1985.

- EREM**, Faruk/**TOROSLU**, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Savaş Yayınları, Ankara, 1987.
- EREN**, Abdurrahman, Anayasa Hukuku Dersleri, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- GERÇEKER**, Hasan, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 2. Cilt, Ütopya Grafik Yayınevi, Ankara, 2011.
- GÖKMEN**, Derya, Uygulamada Terörle Mücadele Kanunu ve Devlet Sırlarına Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2017.
- GÖREN**, Sami, Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012.
- GÖZLER**, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I, 2. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2020.
- GÖZLER**, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2020b, s. 910.
- GÜL**, Cengiz, Karşılaştırmalı Hükümet Sistemlerinde Yürütme, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki/**TAŞDEMİR**, Özgür, "Cumhurbaşkanına Suikast ve Fiili Saldırı Suçu", Prof. Dr. Nevzat **TOROSLU**'ya Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 459, Ankara, 2015, ss. 569-574.
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki/**ÖZEN**, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler – Millete ve Devlete Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016.
- HUNG-JU**, Chen "John Rawls on Civil Disobedience-The Embryo and Mature Development", National Taiwan University Law Review, C:14, S:1, 2019.
- İNAÇ**, Hüsamettil/**ALTUNTAŞ**, Uğur, "Demokratik Bir Direnme Biçimi Olarak Sivil İtaatsizlik: John Rawls ve Jürgen Habermas Tartışması Ekseninde Meşruluk Analizi", Akademik Bakış Dergisi, C:52, S:2, 2015.
- KAMIŞLI**, Gani/**TANERİ**, Gökhan, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- KATOĞLU**, Tuğrul, "Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:61, S:2, Y:2012.

- KILIÇ**, Abbas, "SİYASİ SORUMLULUK KURUMUNUN HÜKÜMET SİSTEMLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C: 0, S:1, Y: 2017, s. 284.
- KIRIŞIK**, Fatih /**ÖZTÜRK**, Kübra, "CUMHURBAŞKANLIĞI HÜKÜMET SİSTEMİYLE KAMU YÖNETİMİNİN GELİŞTİRİLMESİ", Adalet Dergisi 0 / 65 (Aralık 2020).
- KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınları, 2021.
- LIJPHART**, Arend, "Presidentialism and Majoritarian Democracy: Theoretical Observations.", The Failure of Presidential Democracy, Comparative Perspective, Cilt I., ed. Juan J. Linz-Arturo Valenzuela., The John Hopkins University Press, Baltimore and London, 1994.
- LINZ**, Juan J. , "Perils of Presidential System", Journal of Democracy, Cilt I, Sayı I, 1990.
- MALKOÇ**, İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu 4. Cilt, Yazarın Kendi Yayını, Ankara, 2013.
- OKŞAR**, Mustafa, 2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yürütme Erkinin Üstünlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ORTAYLI**, Bülent, Türkiye İdare ve Teşkilat Tarihi, Cedit Neşriyat, Ankara, 2007.
- ÖNDER**, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- ÖZBEK**, V. Özer/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 10. Baskı, Ankara, 2019.
- ÖZBUDUN**, Ergün, 1921 Anayasası, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara, 1991.
- ÖZGENÇ**, İzzet, Suç Örgütleri, Seçkin Yayınları, 13. Baskı, Ankara, 2020.
- ÖZGENÇ**, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- ÖZGENÇ**, İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 2.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2005.
- ÖZTÜRK**, Namık, "Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Üst Düzey Memurların Atanması", Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 33 (4) , 2019.

- PACKER**, Harbert, "Offences Against the State", The Annals of the American Academy of Political and Social Science, C:339, S:1, Y:1962, ss. 77-89.
- PARLAR**, Ali/**HATİPOĞLU**, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu 4. Cilt, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2010.
- SÖYLER**, Yasin, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnameci, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.257.
- ŞEN**, Ersan/**ERYILDIZ**, Sefa, Suç Örgütü, Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2021.
- TEZİÇ**, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 24. Baskı, Beta Yayıncılık, Ankara, 2020, s.425.
- TOPÇU**, N. Kemal, Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar. Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- TOROSLU**, Nevzat/**TOROSLU**, Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, 25. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- TURAN**, Mehmet, Meclis Hükümeti (Konvansiyon Kuramı), Ankara Üniversitesi SBF Dergisi , 46 (1) 6, 2015.
- TÜRK HUKUK KURUMU** ,Türk Hukuk Lügatı, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991.
- YAŞAR**, K. Evren, "Karşılaştırmalı Olarak Anayasayı İhlal Suçu", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C:2, S:1-2, Y:2014, ss. 189-234.
- YAŞAR**, Osman/**GÖKCAN**, H. Tahsin/**ARTUÇ**, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara, Adalet Yayınları, 2010.
- YAZICIOĞLU**, İsmail, "Hükümete Karşı Suç", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, C:1, S:1, Y:2016, ss. 137-158.
- YETKİN**, Erdi, Türk Ceza Kanunu'nda Hükümete Karşı Suç, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2018.
- ZENGİN**, Ebuzer, Cumhurbaşkanına Suikast ve Fiili Saldırı Suçu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-57844998>

<https://www.haberler.com/iyi-parti-grup-baskanvekili-turkkan-gundemi-14270434-haberi/>

<https://www.memurlar.net/haber/964201/erdogan-dan-montro-ve-sarikli-amiral-aciklamasi.html>

<https://www.ntv.com.tr/galeri/turkiye/gunun-gazete-mansetleri-16-temmuz2016,mSlJ94UrK0eoJ5yAQvwu5A>.

<https://www.trthaber.com/haber/gundem/tbmm-baskani-sentoptan-montro-aciklamasi-568450.html>

ALMAN HUKUKUNA GÖRE MİRASBIRAKANIN SAKLI PAYLI MİRASÇILARINI SAKLI PAYDAN ÇIKARMAK İÇİN SAHİP OLDUĞU HUKUKİ BİR ÇARE: SAKLI PAYDAN UZAKLAŞTIRMA

Dr. Öğr. Üyesi Gözde ÇAĞLAYAN AYGÜN*

Öz

Bir kimse kendi malvarlığı üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunma hakkına sahiptir. Bazı durumlarda yasalar bu özgürlüğe sınırlamalar getirmektedir. Bunlardan biri de tasarruf özgürlüğünü sınırlayan saklı pay kavramıdır.

Saklı paylı mirasçılarının kimler olduğu ve saklı pay oranları Alman Medeni Kanunu'nda açıkça düzenlenmiştir. Ancak Kanun öyle özel ve sınırlı sebepler hükmü altına almıştır ki bu sebeplerin varlığı halinde mirasbırakan saklı paylı mirasçılarını bu paylarından uzaklaştırma hakkına sahip olabilmektedir. Böylelikle mirasbırakan tasarruf edeceği oran da artmaktadır.

Mirasbırakanın saklı paylı mirasçılara karşı kullanabileceği en önemli imkan, saklı paydan uzaklaştırmadır. Saklı paydan uzaklaştırma sebepleri Alman Medeni Kanun'unda bir tek maddede hüküm altına alınmıştır. Hükümde kimlerin hangi sebeplerle saklı paydan uzaklaştırılacağı açıkça ifade edilmiştir.

Bu çalışmada, saklı paydan uzaklaştırma sebepleri ve bu sebeplerin ileri sürülmesi bakımından aranan şekil şartları üzerinde ayrıntılı olarak durulacaktır.

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

✉ gozdecaglayanaygun@anadolu.edu.tr • ORCID 0000-0001-5099-0178

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: ÇAĞLAYAN AYGÜN Gözde, "Alman Hukukuna Göre Mirasbırakanın Saklı Paylı Mirasçılarını Saklı Paydan Çıkarmak İçin Sahip Olduğu Hukuki Bir Çare: Saklı Paydan Uzaklaştırma", *SÜHFD.*, C. 30, S. 1, 2022, s. 485-510.

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

✎ Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır | This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler

Saklı Pay • Saklı Paylı Mirasçı • Tasarruf Özgürlüğü • Malvarlığı • Saklı Paydan Uzaklaştırma

ACCORDING TO GERMAN LAW, A LEGAL REMEDY FOR DISCLAIMERS WITH HIDDEN SHARE FROM THE HIDDEN SHARE: EXTRACTING FROM THE HIDDEN SHARE

Abstract

A person has the right to dispose of his property as he wishes. In some cases, laws impose limitations on this freedom. One of these is the concept of hidden share, which limits the freedom of savings.

Who the heirs with hidden shares are and the ratios of the hidden shares are clearly regulated in the German Civil Code. However, the Law has stipulated such special and limited reasons that in the presence of these reasons, the legator may have the right to remove the heirs with reserved shares from these shares. Thus, the rate at which the legator will save also increases.

The most important opportunity that the legator can use against his heirs with a hidden share is removal from the reserved share. The reasons for expulsion from the reserved share are stipulated in a single article in the German Civil Code. The provision clearly states who will be removed from the reserved share and for what reasons.

In this study, the reasons for removal from the hidden share and the form conditions sought in terms of asserting these reasons will be discussed in detail.

Key Words

Hidden Share • Hidden Share Heir • Freedom of Savings • Assets • Removal from Reserved Share

GİRİŞ

Alman hukukunda saklı paya ilişkin düzenlemeler Alman Medeni Kanununun (BGB) 2303. Paragrafı ve devamında düzenlenmiştir.¹ Buna

¹ TROLL, Max/GEBEL, Dieter/JÜLICHER, Marc/GOTTSCHALK, Paul Richard: Erbschaftsteuer- Und Schenkungsteuer Gesetz mit Bewertungsrecht und Verfahrensrecht, Kommantant, Verlag Franz Vahlen München, München 2020, Rn. 220; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (MüKoBGB), Verlag C.H.BECK München, München 2020, Rn. 14; SCHMOECKEL, Mathias: Erbrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, Bonn 2014, s. 89; HERZOG, Stephanie/LINDNER, Richard: Die Erbrechtsreform 2010, ZAP Verlag, Münster 2010, s. 111; SCHULZE, Reiner: Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Auflage, Baden- Baden 2022, Abschnitt 5 Pflichtteil, BGB § 2333 Entziehung des Pflichtteils, Rn. 1; HAMM, Christoph: Beck'sches

göre, saklı pay, yasal miras payının yarısı kadardır ve sadece mirasbırakanın eşi, ana ve babası ile altsoyunu kapsar.² Bu kişilerin saklı pay sahibi olmaları, onların mirasbırakanın terekesi üzerinde aynı bir hakka sahip oldukları anlamına gelmemekte; dolayısıyla bir miras hakkı olarak ifade edilememektedir. Çünkü saklı pay BGB § 2317’de de hüküm altına alındığı üzere, miras olayının ortaya çıkması ile doğan salt bir alacak hakkıdır.³ Mirasçılarının saklı pay borcu bir para borcu olduğu için, bunun karşısında müteselsil sorumluluğu bulunmaktadır.

Saklı pay, mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün bir sınırını oluşturmaktadır. Her ne kadar saklı payın korunması önemli olsa da onun bu sınırlayıcı yapısı mirasbırakanın malvarlığı üzerindeki hareket alanını daraltmaktadır. Dolayısıyla bir yandan saklı payın korunması bir yandan da mirasbırakanın tasarruf alanının genişletilmesi gerekmektedir. Bu ise ancak Kanunda sayılan sebeplerin varlığı halinde saklı paydan uzaklaştırma⁴ ile gerçekleştirilebilmektedir. Saklı paydan uzaklaştırma, saklı pay sahiplerinin belirli davranış ve tutumlarının bir sonucu olarak mirasbırakana tanınan bir haktır.

Alman hukukunda saklı paya ilişkin pek çok tartışma ve gelişme yaşanmıştır. Özellikle Medeni Kanun’un yürürlüğe girmesiyle gerek finansal gerekse toplumsal boyutta yaşanan dönüşüm ve değişimler, saklı paya biçilen katı tutumun yumuşamasına ve mirasbırakanın tasarruflarında biraz daha serbest kalması gerektiği düşüncesine yer açmıştır. Toplumda aile anlayışının değişmesi, yıpranması da miras ilişkilerinin belirli

Rechtsanwalts-Handbuch 12. Auflage 2022, § 33, Rn. 74; SCHERER, Stephan: Unternehmensnachfolge, 6. Auflage 2020, § 20, Rn. 25.

² SCHULZE, BGB § 2317, Rn. 1; MüKoBGB, BGB § 2317, Rn.3.

³ HAU, Wolfgang/POSECK, Roman: BeckOK BGB, 60. Edition, Verlag C.H.BECK München 2021, BGB § 2333 Rn. 15, (Erişim tarihi: 03.01.2022); SCHMOECKEL, s. 91; MüKoBGB, BGB § 2317, Rn.5; KAHVECİ, Nalan: “Alman Medeni Kanununda Saklı Paydan Uzaklaştırma Sebeplerine İlişkin Yapılan Değişiklikler ve İsviçre-Türk Hukuku İle Karşılaştırılması”, Yaşar Üniversitesi E- Dergisi, Cilt:8, Sayı: Özel, 2013, s. 1493.

⁴ Bu ifadenin kullanılmasındaki temel neden, saklı pay sahibinin tereke üzerinde aynı bir hakkının bulunmamasıdır. Dolayısıyla saklı pay bir miras hakkı olmadığı için, saklı payın kaldırılması mirasçılıktan çıkarma olarak nitelendirilememektedir. Detaylı bilgi için bkz. DAMRAU, Jürgen/TANCK, Manuel: Praxiskommentar Erbrecht, 4. Auflage, Bonn 2020, §2333 BGB, Rn. 29.

yönleriyle gevşetilmesine yol açmıştır. Bunun dışında Alman Anayasa Mahkemesi, mirasbırakana tanınan tasarruf özgürlüğünün sınırlandırılması bakımından özel bazı gerekçeler aranması yönündeki tutumuna⁵ 2005 yılında verdiği bir başka bir kararla sınırlamalar getirmiştir.⁶ Bu kararla saklı payın önemine vurgu yapılarak, özellikle aile birliğinin ortadan kalkmaya yüz tuttuğu durumlarda saklı pay kavramının önem ve değerinin ortaya çıktığı belirtilmiştir.⁷ Mahkemenin vermiş olduğu bu karar, miras hukukunda gerçekleşecek olan reform düzenlemelerine de yön vermiştir.

Yaşanan tüm bu gelişmelerin sonucunda mirasbırakanın tasarruf özgürlüğünün daraltılmaması adına saklı payın bazı sınırlamalara tabi tutularak korunması gerektiği fikri temel alınmıştır.⁸ Bunun bir sonucu olarak da saklı paydan uzaklaştırma sebepleri mirasbırakan lehine geniş tutularak bir sınırlandırmaya gidilmiştir.⁹

Alman hukukunda 01.01.2010 yılında yürürlüğe giren Kanunla¹⁰ saklı paydan uzaklaştırmaya ilişkin yeni düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme gerçekleştirilmesi hedeflenen reform düzeyindeki değişiklikleri maalesef tamamen barındırmamaktadır. Dolayısıyla açıklanması gereken nokta; öncelikle gerçekleştirilen değişiklikler, bir de önerilen ama düzenleme altına alınamayan reform hükümleridir. Reform önerilerinin önemi ise kendini katı ve sıkı kurallar getirmesi bakımından göstermektedir.

Yapılan bu yeni düzenleme ile saklı paydan uzaklaştırma sebepleri tek bir maddede hüküm altına alınmış, özellikle altsoyu uzaklaştırma sebepleri detaylı olarak ele alınmış, bu sebeplerin ana ve baba ile eşe de

⁵ HERZOG/LINDNER, No:3.

⁶ HERZOG/LINDNER, No:4. Bu kararda saklı payın anne baba ve çocuklar arasındaki çözümsüz kalan aile birliğinin bir sembolü olarak saklı payın anayasal koruma altında olduğu ifade edilmiştir.

⁷ HERZOG/LINDNER, No:4.

⁸ HERZOG/LINDNER, No:1; HERZOG, Stephanie: "Die Pflichtteilsentziehung im Lichte der neuen Rechtsprechung von Bundesgerichtshof und Bundesverfassungsgericht", (FF 3/2006, s. 86-95), s. 86 (im Lichte)

⁹ HERZOG, (im Lichte), s. 86 vd.; HERZOG/LINDNER, No.1.

¹⁰ Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts, 24.09.2009 BGBI. I S. 3142 (Nr. 63)

uygulanacağı maddenin ikinci fıkrasında vurgulanmıştır.¹¹ Eski düzenlemede ise saklı paydan uzaklaştırma sebepleri altsoy, ana ve baba ile eş bakımından ayrı maddelerde ve kapsamaları farklı olarak düzenlenmişti. Dolayısıyla bu kişiler için birbirinden farklı sebepler öngörülmüştü. Oysa yeni düzenleme ile artık saklı paydan uzaklaştırma sebepleri bu kişiler için aynı maddede ve aynı kapsamda ele alınmaktadır. Eski düzenlemede yer alan “haysiyetsiz ve ahlaka aykırı hayat sürme” saklı paydan uzaklaştırma sebebi olarak kabul edilmemektedir. Bunun yerine yeni düzenlemede “en az bir yıl hürriyeti bağlayıcı cezaya ilişkin kesinleşmiş mahkûmiyet kararı” uzaklaştırma sebebi olarak getirilmiştir. Yapılan değişiklik ile kötü muameleye uğrayan kişilerin kapsamı genişletilerek bu kapsama mirasbırakanın eşi veya çocuğu gibi yakın kişiler de alınmıştır.

Saklı paylı mirasçılarının hangi sebeplerle saklı paylarından uzaklaştırılacağı Alman Medeni Kanun’un 2333. paragrafında iki fıkra halinde düzenlenmekte; ilk fıkrada dört bent halinde altsoy tarafından gerçekleştirilen bazı tutum ve davranışlar sonucu ortaya çıkan uzaklaştırma sebepleri sayılmaktadır. İkinci fıkrada da bu sebeplerin uygun düştüğü ölçüde ana ve baba ile eşin saklı paydan uzaklaştırılması için uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.¹²

I. DÜZENLEME ALTINA ALINMAYAN REFORM ÖNERİLERİNE VE YENİ DÜZENLEME İLE GETİRİLEN YENİLİKLERE GENEL BİR BAKIŞ

Alman Medeni Kanunu’nun 2333. paragrafı kapsamında sayılan saklı paydan uzaklaştırma sebepleri için “ruhsal kötü muamele” ifadesi önerilmiş; ancak bu kavram madde metnine dahil edilmemiştir.¹³ Fakat Kanunun yeni düzenlemesiyle, gerçekleştirilen ruhsal kötü muamele eğer

¹¹ BURANDT, Wolfgang/ROJAHN, Dieter: Erbrecht, 3. Auflage, München 2019, BGB §2333, Rn. 2; NIEDER, Heinrich/ KOSSINGER, Winfried: Handbuch der Testamentgestaltung, 6. Auflage, München 2020, § 8, Rn. 113.

¹² SCHERER, Stephan: Münchener Anwalts Handbuch, Erbrecht, 5. Überarbeitete Auflage, München 2018, § 30, Rn. 43 (Anwalts Handbuch); NIEDER/KOSSINGER, § 8, Rn. 113; BURANDT/ROJAHN, BGB §2333, Rn. 7.

¹³ “*seelische Misshandlung*” olarak ifade edilen ruhsal kötü muamelenin, ancak bedensel etkisi bulunuyorsa saklı paydan uzaklaştırma sebebi olarak kabul edileceği yönüne bkz. HERZOG/LINDNER, No. 415.

bir cürüm veya kasıtlı ağır bir cünhanın sonucunu oluşturuyorsa, saklı paydan uzaklaştırma sebebi olarak kabul edilebilecektir.¹⁴

Önerilen ancak Alman Anayasasına aykırı olacağı düşüncesiyle kabul edilmeyen bir diğer saklı paydan uzaklaştırma sebebi ise, mirasbırakan ile saklı paylı mirasçının arasında yakın bir ilişkinin kurulamaması, birbirlerine yabancılaşmış olmalarıdır.¹⁵ Bu sebep özellikle evlilik dışı dünyaya gelen altsoyların aleyhine kullanılması riskini ortaya çıkardığı için metne dahil edilmemiştir.

Reform görüşmelerinde “aile içi dayanışma yükümlülüklerine karşı gerçekleştirilen benzeri ağırlıktaki diğer ihlaller” şeklinde ileriye sürülen genel nitelikli bir uzaklaştırma sebebi de kabul edilmemiştir.¹⁶

2010 yılında yapılan değişikliklerle saklı paydan uzaklaştırma sebepleri hem altsoy hem de ana ve baba ile eş için tek bir maddede ve aynı kapsamda düzenlenmiştir. Dolayısıyla altsoy için öngörülen uzaklaştırma sebepleri anne-baba ve eşlerin saklı paylarından uzaklaştırılmalarında uygulanmaktadır. Bunun dışında BGB § 2333 Abs. 1 No. 1 ve No. 2’ de, ilgili davranışın mağdurlarının kapsamı genişletilerek, mirasbırakana eş veya çocuğu gibi yakın olan kişiler de bu kapsama dahil edilmiştir. Doktrinde de eleştirilen ve içinde bulunulan döneme ve toplumsal yapıya ters düşen, “haysiyetsiz veya ahlaka aykırı yaşam sürme” şeklindeki uzaklaştırma sebebi ortadan kaldırılmıştır. Bu sebep yerine “en az bir yıl özgürlüğü bağlayıcı cezaya ilişkin kesinleşmiş mahkûmiyet kararının bulunması” hüküm altına alınmıştır. “Bedensel kötü muamele” sebebi ayrıca düzenlenmemiştir.

¹⁴ HAU/POSECK, BGB § 2333, Rn. 15; HERZOG/LINDNER, No.466; KAHVECİ, s. 1501.

¹⁵ Alman hukukunda Alman Anayasa Mahkemesinin mirasbırakan ile saklı paylı mirasçısının arasında yaşana yabancılaşmanın salt saklı paydan uzaklaştırma sebebi kabul edilemeyeceği yönündeki tutumu, bu sebebin yeni düzenlemeyle hüküm altına alınmasını engellemiştir. Bu husuta detaylı bilgi için bkz. HERZOG/LINDNER, No. 418; KAHVECİ, s. 1501 vd.

¹⁶ SARRES, Ernst: “Neues Erb- und Verjährungsrecht verändert das Erbrecht”, Fur 2010, Ausgabe 2, s. 71-73; KAHVECİ, s. 1501-1502.

II. BGB § 2333 Abs. 1'DE DÜZENLENEN SAKLI PAYDAN UZAKLAŞTIRMA SEBEPLERİ

Bu sebeplerin ilgili maddenin ikinci fıkrasında, uygun düştüğü ölçüde anne baba ve eşin saklı paydan uzaklaştırılması durumunda da uygulanacağı vurgulanmaktadır. Dolayısıyla ayrıca uzaklaştırma sebepleri bulunmamaktadır.

A) MİRASBIRAKANIN, EŞİNİN, ALTSOYUNUN VEYA MİRASBIRAKANA EŞİ VEYA ALTSOYU GİBİ YAKIN OLAN BİR KİŞİNİN HAYATINA SAKLI PAY SAHİBİ DİĞER ALTSOY TARAFINDAN KASTEDİLMESİ

Bu hüküm kapsamında uzaklaştırma sebeplerinden ilki, altsoyun mirasbırakanın hayatına kast etmesidir. Altsoydan anlaşılması gereken ise BGB §1589 ve devamında ifade edildiği üzere, mirasbırakanın çocukları ile çocuklarının çocukları şeklinde devam eden bir zincirdir.¹⁷ Yine evlat edinilen çocuk ile onun çocukları da mirasbırakanın altsoyu olarak kabul edilmektedir.¹⁸

Bir diğer sebep ise, altsoyun mirasbırakanın eşinin hayatına kast etmesidir. Eş ise, hayatına kast suçunun işlendiği anda mirasbırakanla evli olan kişidir. Suçun işlenmesinden sonra mirasbırakanla eş boşanmış ise, bu boşanma altsoy aleyhine yapılan saklı paydan uzaklaştırma tasarrufunu değiştirmez.¹⁹ Burada eş kavramına 2017 yılında yapılan kanun değişikliğinden önce aynı cinsiyete sahip tescil edilmiş hayat ortaklığındaki ortaklar, yani partnerler de girmektedir.²⁰ Ancak yapılan Kanun

¹⁷ HAU/POSECK, BGB §1589 Rn. 1-3.

¹⁸ HAU/POSECK, BGB §1754 Rn. 2.

¹⁹ Altsoy eğer mirasbırakan ile eş boşandıktan sonra bu hayata kast fiilini gerçekleştirirse, artık bu madde kapsamında "mirasbırakana eş gibi yakın olan kimse" kapsamında bir değerlendirme yapılarak altsoyun saklı paydan uzaklaştırılması mümkün olabilecektir. Bu konuda bkz. HERZOG/LINDNER, No.432; LANGE, Knut/ HONZEN, Johannes: "Folgeprobleme der Erbrechtsreform im Pflichtteilsrecht (2)", ZErB 2011, Ausgabe 12, s. 317; SCHERER, Anwalts Handbuch, § 30, Rn. 44; NIEDER/KOSSINGER, § 8, Rn. 113; BURANDT/ROJAHN, BGB §2333, Rn. 8.

²⁰ Bu husus, Tescil Edilmiş Hayat Ortaklığı Kanunu'nun 10. maddesiyle (Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft- LPatG) düzenleme altına alınmıştı. Buna göre tescil edilmiş bu tür birliktelikler evlilikle eş değer tutulmuştu. Dolayısıyla mirasbırakan kişinin aynı cinsiyetteki hayat ortağına yapılan kötü davranışlar da tıpkı eşe yapılmışçasına saklı paydan uzaklaştırma sebebi olarak değerlendirilmekteydi. Bu

değişikliği ile artık aynı cinsiyetteki kişilerin de evlenmesi olanaklı hale geldiği için, onlar da eş sayılmaktadır.²¹

Uzaklaştırma sebeplerinden bir diğeri, mirasbırakanın altsoyu tarafından mirasbırakana eşi veya altsoyu gibi yakın olan kişinin hayatına kast etmesidir.²² Bu 2010 yılında yapılan değişiklik ile getirilmiş bir uzaklaştırma sebebidir. Bu değişikliğin temelinde ise, aile yapılarının zaman içinde değişerek yeni bir forma girmesi ve bu yapıların ihtiyaçlarının karşılanabilmesi fikri yatmaktadır.²³ Yapılan değişiklik ile de saklı paydan uzaklaştırmaya yol açan eyleme maruz kalan, korunan kimselerin kapsamı genişletilmiştir. Önceki düzenlemede yer almayan, ancak 2010 yılında yapılan değişiklik ile, koruyucu ailenin baktığı çocuğa, üvey çocuğa veya evlilik dışı birliktelikte bulunan kişilere yönelik hayata kast etme eylemi de saklı paydan uzaklaştırma sebebi olarak ileri sürülebilmektedir.²⁴

Yakın kişiyle ifade edilmek istenenin, Kanun gerekçesine bakıldığında, zarara uğradıklarında mirasbırakanın sanki eşine veya altsoyuna bir zarar verilmişçesine mirasbırakanın üzülp, incindiği kişiler olduğu anlaşılmaktadır.²⁵ Dolayısıyla bu kişiler ile mirasbırakan arasında bir yakın ilişkinin bulunması gerekmektedir. Bu yakın ilişkinin ise, tıpkı bir evliliğin yahut uzun süredir devam eden bir birlikteliğin yarattığı bir

konuda bkz. HERZOG/LINDNER, No. 435; DAMRAU/ TANCK, BGB §2333, Rn. 7 vd.

²¹ HAU/POSECK, BGB §1303, Rn. 10; HAU/POSECK, BGB §2333, Rn. 10.

²² SCHERER, Anwalts Handbuch, § 30, Rn. 44; NIEDER/KOSSINGER, § 8, Rn. 113; BURANDT/ROJAHN, BGB §2333, Rn. 8. Yakın kişi kavramının uzaklaştırma sebepleri bakımında korunan kişiler kapsamına alınmasının, hukuk devletinin bir göstregesi ve yansıması olan “belirlilik” ilkesiyle çeliştiği ve aile bağları ve mirasbırakanın tasarruf özgürlüğü arasındaki ilişkinin Anayasaya aykırı olacak şekilde bozulduğu görüşü hakkında bkz. LANGE/HONZEN, s. 317.

²³ KLINGER, Roth: “Modernisierung der Pflichtteilsentziehungsgründe”, FPR 2008, s. 542; HERZOG/LINDNER, No.439; LANGE/HONZEN, s. 316.

²⁴ Önceki düzenlemede altsoyun sadece mirasbırakana karşı veya kendi anne veya babası durumundaki eşe ağır bedensel zarar vermesi bir uzaklaştırma sebebi olarak kabul edilmekteydi. Bkz. HERZOG/LINDNER, No. 409; KROISS, Ludwig: “Die Reform des Pflichtteilsentziehungsrechts – Der Wegfall des Entziehungsgrundes des, ehrlosen und unsittlichen Lebenswandels”, FPR 2008, s. 544; HAU/POSECK, BGB § 2333, Rn. 10.

²⁵ HERZOG/LINDNER, No. 439 vd.; LANGE/HONZEN, s. 316; HAU/POESCK, BGB § 2333 Rn. 10.

yoğunluk düzeyinde olması beklenmektedir. Ancak bu yoğun ve yakın ilişkinin kapsamı belirlenirken, mirasbırakanla yakın ilişki içindeki kişi ya da kişilerin mutlaka aynı evde yaşıyor olması gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır. Kaldı ki böyle bir zorunluluk ne Kanunda ne de gerekçede yer almaktadır. Ama elbette bu kişilerin mirasbırakanla aynı evi paylaşıyor olması, aralarında yakın ilişkinin bulunduğu bir karine teşkil edebilmektedir. O halde mirasbırakanla aynı evde yaşamasa dahi onunla yoğun ve sıkı bir bağ içinde olan kişiler ile mirasbırakanla süreklilik taşıyan bir ilişki ile birlikte yaşayan kişiler, Kanunun kabul ettiği mirasbırakana eşi veya altsoyu gibi yakın olan kişiler kapsamında sayılabilmektedir. Bu kişilerle daha sonra mirasbırakan arasındaki yakın ilişkinin ortadan kalkması, mirasbırakanın hayata kast eylemini gerçekleştiren saklı paylı mirasçının saklı payından uzaklaştırılması hakkını ortadan kaldırmamaktadır.²⁶

Bir diğer uzaklaştırma sebebi ise, mirasbırakanın altsoyunun diğer altsoyun hayatına kast etmesidir. Burada mirasbırakanın altsoyundan biri, başka bir altsoya karşı hayata kast eylemini gerçekleştirmektedir. Üvey çocuk ile koruyucu aile sıfatıyla bakılan çocuk bu kapsamda değerlendirilmemektedir.²⁷

Saklı paydan uzaklaştırmaya sebep olan eylem ise “hayata kast etme” şeklinde düzenlenmiştir. Bu sebebin gerçekleşmesi için önceden planlanan bir hareketin varlığına gerek yoktur; ani bir heyecanla karar verilip vuku bulan eylemin bulunması dahi yeterlidir.²⁸ Saklı paylı mirasçının, maddede sayılan kişilerin ölümüne yol açacak ciddi bir eylemde bulunması gerekir. Ancak böyle bir durumda hayata kasttan bahsedilebilmektedir. Saklı paydan uzaklaştırmak için vücut bütünlüğüne ve yaşam hakkına yönelen şiddet tehdidi başlı başına yeterli değildir; dolayısıyla hayata kast etme gerçekleşmemektedir.²⁹ Suç ortağı, azmettiren veya yardım eden olarak bu eyleme katılmak uzaklaştırma sebebinin

²⁶ LANGE/HONZEN, s. 316.

²⁷ MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 18; LANGE/HONZEN, s. 316-317.

²⁸ HAU/POSECK, BGB § 2333 Rn. 11; BURANDT/ROJAHN, BGB §2333, Rn. 9.

²⁹ MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 20; HAU/POSECK, BGB § 2333, Rn. 11.

gerçekleşmesi bakımından yeterli görülmektedir.³⁰ Alman Ceza Kanunu'nun³¹ 24. maddesi uyarınca teşebbüsten vazgeçme, ortaya çıkmış olan uzaklaştırma sebebini ortadan kaldırmamaktadır.³²

Hayata kast fiilinde, bu fiili işleyen saklı paylı mirasçının saklı payından uzaklaştırılması bakımından aranan kastın “doğal anlamda kast (*Vorsatz im natürlichen Sinne*)” olduğu ifade edilmektedir. Bu husus, Alman Anayasa Mahkemesi'nin 19.04.2005 yılında vermiş olduğu bir kararın³³ etkisiyle BGB § 2333 Nr. 1'deki düzenleme bakımından ele alınmaktadır. Saklı paylı mirasçının saklı paydan uzaklaştırılması için, kusurlu olması aranmaktadır. Kaldı ki Anayasa Mahkemesi de kusurun varlığını aramaktadır. Bazı yazarlara göre, saklı pay sahibi mirasçının eğer ceza hukuku anlamında tam kusur ehliyeti olmadığı halde mirasbırakana veya Kanunda sayılan ilgililere karşı kötü davranışlarda maksatlı bir şekilde bulunmuşsa Anayasa Mahkemesinin belirttiği doğal anlamda kast hususu gündeme gelerek saklı paydan uzaklaştırma söz konusu olabilmektedir.³⁴ Hatta doğal anlamda kast, BGB § 2333 Nr. 4'te düzenleme altına alınmıştır. Şöyle ki, kusur ehliyeti yoksunluğu dolayısıyla hakkında erteleme kararı olmaksızın en az bir yıl hürriyeti bağlayıcı ceza verilemeyen saklı paylı mirasçının, psikiyatri merkezine veya bağımlılık tedavi merkezine yerleştirilmesi de saklı paydan uzaklaştırılması için bir sebep olarak düzenlenmektedir. Kanımızca Yüksek Mahkeme tarafından ileri sürülen doğal anlamda kastın, hayata kast eden saklı paylı mirasçı bakımından da uygulanması, dolayısıyla, ceza hukuku anlamında kusur ehliyeti olmasa bile, maksatlı olarak kötü hareket etmiş olması yüzünden saklı paydan uzaklaştırılabilmesi gerekmektedir.³⁵

³⁰ BURANDT/ROJAHN, BGB §2333, Rn. 10; MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 20; HAU/POSECK, BGB § 2333 Rn. 11; HERZOG/LINDNER, No. 428; SCHLITT, Gerhard/MÜLLER, Gabriele: Handbuch Pflichtteilsrecht, 2. Auflage, 2017, § 7, No.26.

³¹ Strafgesetzbuch (StGB) "Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 22. November 2021 geändert worden ist".

³² SCHLITT/MÜLLER, § 7, No. 27; HAU/POSECK, BGB § 2333 Rn. 11.

³³ Karar için bkz. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2005/04/rs20050419_1bvr164400.html (Erişim tarihi: 03.01.2022).

³⁴ MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 21; SCHLITT/MÜLLER, § 7, No. 29.

³⁵ MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 21; SCHLITT/MÜLLER, § 7, No. 29.

B) MİRASBIRAKANIN, EŞİNİN, ALTSOYUNUN VEYA MİRASBIRAKANA EŞİ VEYA ALTSOYU GİBİ YAKIN OLAN BİR KİŞİYE KARŞI SAKLI PAY SAHİBİ DİĞER ALTSOYUN CÜRÜM VEYA KASTEN AĞIR BİR CÜNHA İŞLEMESİ

Bu düzenlemede saklı paylı mirasçı olan altsoyun, mirasbırakana, eşine, diğer altsoyuna veya mirasbırakana eşi veya altsoyu gibi yakın olan bir kişiye karşı cürüm veya kasten ağır bir cünha işlemesi sebebiyle saklı paydan uzaklaştırılması söz konusudur. Uzaklaştırma sebebine bakıldığında ceza hukuku bakımından bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.³⁶ Dolayısıyla cürüm ve cünhadan ne anlaşılması gerektiği Alman Ceza Kanununa bakılarak ortaya koyulabilmektedir. Alman Ceza Kanunu § 12'ye göre, haklarında en az bir yıl hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilen suçlar cürümdür. Yine aynı maddenin devamında cünha, haklarında asgari en hafif özgürlüğü bağlayıcı cezaya veya para cezasına hükmedilen suçlar olarak tanımlanmıştır.³⁷

2010 yılından önceki düzenlemede kasıtlı bedensel kötü muamele ve altsoyun mirasbırakana veya eşine karşı bir cürüm veya kasıtlı ağır bir cünha işlemesi olmak üzere iki ayrı uzaklaştırma sebebi bulunmaktaydı.³⁸ BGB § 2333 artık bu iki ayrı sebebi tek bir bentte düzenlemiştir.

Kanunun düzenlediği bu uzaklaştırma sebebi bakımından işlenen cürüm veya cünhanın kapsamına ilişkin bir sınırlandırma bulunmamaktadır. Dolayısıyla gerek vücut bütünlüğüne gerekse malvarlığına yönelik olarak işlenen bir cürüm veya cünha uzaklaştırmaya sebebiyet verebilmektedir.³⁹

Uzaklaştırmaya yol açacak cünhanın “ağır” olması aranmaktadır. Bu fiilin ağır olup olmadığı ise her somut olay bakımından ayrı ayrı olarak değerlendirilmeli; işlenen suç için Kanunda öngörülen ceza sınırları

³⁶ MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 23; HAU/POSECK, BGB § 2333 Rn. 13.

³⁷ SCHONKE/SCHRODER: Strafgesetzbuch, 30. Auflage 2019, StGB § 12, Rn. 2-3, https://beck-online.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FSchoenkeKoStGB_30%2FStGB%2Fcont%2FSchoenkeKoStGB%2EStGB%2Ep12%2EgII%2Ehtm (Erişim tarihi: 03.01.2022).

³⁸ SCHLITT/MÜLLER, § 7, Rn. 30; MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 24.

³⁹ SCHLITT/MÜLLER, § 7, Rn. 30; MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 24; HAU/POSECK, BGB § 2333 Rn. 13.

esas oluşturmamalıdır.⁴⁰ Dolayısıyla sübjektif etkiler dikkate alınmamalı; özellikle mirasbırakan ile altsoyu arasında yaşanan uyuşmazlıkta kimin sorumlu olduğu, mirasbırakanın veya altsoyunun hayat tarzları suçun ağırlığının tespitinde rol oynamamalıdır.⁴¹

Yeni düzenlemeden önce bu hüküm kapsamında sadece “bedensel kötü muamele” uzaklaştırma sebebi olarak kabul edildiğinden, kişinin fiziksel sağlığını olumsuz yönde etkilemeyen ancak psikolojik olarak olumsuz etkisi olan davranışlar saklı paydan uzaklaştırma için bir neden teşkil etmemekteydi. Ancak psikolojik olumsuz davranışlar, yani ruhsal kötü muameleler mirasbırakanın fiziksel sağlığını etkilemekteyse, uzaklaştırma sebebi olarak değerlendirilebilmekteydi.⁴² Bu uzaklaştırma sebebinin dar şekilde uygulanarak mirasbırakanın uzaklaştırma hakkının sınırlandırılması doktrinde eleştirilmekteydi. Bu eleştirinin dayanağını, ruhsal kötü muamelenin de fiziksel kötü muamele gibi kişiler üzerinde bırakacağı olumsuz etkinin benzer ağırlıkta olduğu oluşturmaktaydı. Bu eleştiriler de dikkate alınarak yapılan yeni düzenleme ile artık sadece cürüm ve cünha kavramlarına yer verilmiş; dolayısıyla kapsam genişletilmiştir. Buna göre maddede sayılan kişilere yönelik ağır kişilik ihlalleri ile psikolojik kötü davranışlar bir cürümü ya da kasıtlı ağır bir cünhayı oluşturuyorsa, bunlar da uzaklaştırma sebebi olarak kabul edilmektedir.⁴³ Örneğin cinsel özgürlüğe karşı işlenen suçlar, mirasbırakan tarafından uzaklaştırma sebebi oluşturmaktadır.⁴⁴

Cürüm veya kasıtlı ağır cünha sonucunu doğuran bir suçta altsoy meşru savunma olarak işlediğini iddia ederse, saklı paydan uzaklaştırmanın sonucundan yararlanan mirasçının meşru savunma şartlarının

⁴⁰ Bu ağırlık tespit edilirken ise her somut olay bakımından, sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tamamen hakimnin takdir yetkisine bırakılması gerektiği yönünde bkz. MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 24.

⁴¹ SCHLITT/MÜLLER, § 7, Rn. 30.

⁴² HERZOG/LINDNER, No. 415; MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 37; HAU/POSECK, BGB § 2333 Rn. 15.

⁴³ MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 27; SCHLITT/MÜLLER, § 7, Rn. 33.

⁴⁴ HAU/POSECK, BGB § 2333 Rn. 15. Bunun yanı sıra Alman Ceza Kanunu'nun 240. maddesi uyarınca zorlama (Nötigung), 225. maddesinde öngörülen himayesinde bulunan kişiye kötü muamele (Mißhandlung von Schutzbefohlenen) de saklı paydan uzaklaştırma sebebi olarak kabul edilebilecektir.

oluşmadığını ispat etmesi gerekmektedir. Aksi takdirde altsoyun bu davranışı hukuka aykırılığı ortadan kaldıracığı için, saklı paydan uzaklaştırılması da söz konusu olamayacaktır.⁴⁵

Kanunun öngördüğü bu uzaklaştırma sebebi bakımından, ceza hukuku anlamında bir mahkumiyete hükmedilme zorunluluğu olmadığı gibi cürüm veya cünhayı gerçekleştiren hakkında bir şikâyette bulunmuş olması da gerekmemektedir.⁴⁶

C) MİRASBIRAKANA KARŞI BAKIM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN ALTSOY TARAFINDAN HUKUKA AYKIRI OLARAK İHLAL EDİLMESİ

Kanunun düzenlediği bu uzaklaştırma sebebinde, diğer sebeplerden farklı olarak altsoyun sadece mirasbırakana karşı olan yasal bakım yükümlülüğünü ihlal etmesi söz konusu olmakta; mirasbırakanın diğer altsoyuna ya da ana ve babasından birine karşı olan yükümlülük ihlali bu bent kapsamında uzaklaştırma sebebi olarak kabul edilmemektedir.⁴⁷

Bakım yükümlülüğünün kötü niyetli olarak ihlal edildiğinin tespitinden önce, bakım yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Bu belirleme de BGB § 1601 ve devamında düzenlenen nafaka hükümlerine göre yapılmaktadır.⁴⁸ BGB §1612'ye göre nafaka, kural olarak para borcunu ifade eder. Mirasbırakanla altsoyun kişisel ilişki içinde olmayıp, sadece onun zaruri olan ekonomik ihtiyaçlarını karşılıyor olması bakım yükümlülüğünü ihlal ettiği anlamına gelmemektedir. Çünkü altsoyun mirasbırakanla kişisel olarak ilgilenmemesi saklı paydan uzaklaştırma sebebi olarak gösterilemez.⁴⁹

Bakım yükümlülüğünün ihlali sebebiyle saklı pay sahibi altsoyun payından uzaklaştırılabilmesi için aranan bazı şartlar bulunmaktadır;

⁴⁵ SCHLITT/MÜLLER, § 7, Rn. 36; MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 31.

⁴⁶ SCHLITT/MÜLLER, § 7, Rn. 34; HAU/POSECK, BGB § 2333 Rn. 17.

⁴⁷ MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 32; SCHLITT/MÜLLER, § 7, Rn. 39.

⁴⁸ SCHLITT/MÜLLER, § 7, Rn. 38; MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 32.

⁴⁹ MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 33. Bu yönde verilen bir mahkeme kararı için bkz. OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 29.10.2013 – 15 U 61/12, BeckRS 2013, 21409: https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bib_data%2Fzeits%2Fznfam%2F2014%2Fcont%2Fznfam.2014.191.1.htm&anchor=Y-300-Z-FAMRZ-B-2014-S-1149&readable=1 (Erişim tarihi:03.01.2022).

kaldı ki bu şartlar kümülatif şartlardır ve bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir.⁵⁰ Bunlar; mirasbırakanın BGB § 1602 Abs. 1 ve § 1606 uyarınca yoksulluk içinde olması, saklı pay sahibi altsoyun ödeme gücünün bulunması, saklı pay sahibi altsoyun mirasbırakanın bu yoksulluğunu bilmesi ve nafaka verme yükümlülüğünü kötü niyetli olarak ihlal etmesidir. Nafaka yükümlülüğünün kötü niyetli ihlali, yeni düzenlemede “kınanması gereken sebeplerle” nafaka vermektan kaçınıyor olması şeklinde ifade edilmektedir.⁵¹ Oysa doktrinde bu ifade eleştirilmiş ve BGB § 1602’de yer alan “ağır surette” kriterinin kullanılması gerektiği ileri sürülmüştür.⁵²

Belirtmek gerekir ki, torunun büyük anne ve babasına nafaka vermeyerek, onları devletin sağladığı sosyal yardımlardan faydalanmaları hususunda tutum sergilemesi saklı paydan uzaklaştırılması sebebi oluşturmamaktadır.⁵³

Mirasbırakanın bu sebebe dayanarak saklı paylı mirasçıyı saklı paydan uzaklaştırabilmesi için, yükümlünün nafaka ödemektan kaçınmasının mirasbırakanı nasıl etkilediğinin her somut olay bakımından ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bu kaçınmanın maddi ve manevi anlamda mirasbırakanı ağır bir biçimde etkilemiş olup olmadığı belirlenmelidir.⁵⁴

Bakım yükümlülüğünü ihlal edenlerin mirasbırakanın ana ve babası veya eşi olması bakımından farklılık arz etmektedir. Bu yükümlülüğün kötü niyetli ihlali sebebiyle saklı paylarından uzaklaştırılan kişiler mirasbırakanın ana ve babasıysa, Kanun’un 1612. maddesinin 2. fıkrası uyarınca dikkat edilmesi gereken bir husus bulunmaktadır. Buna göre, ana-baba, evlenmemiş olan çocuklarına karşı, bakımın çeşidini kural olarak belirleme hakkına sahiptirler.⁵⁵ Anne ve baba çocuğunun (yani

⁵⁰ MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 34; SCHLITT/MÜLLER, § 7, Rn. 38.

⁵¹ HAU/POSECK, BGB § 2333 Rn. 18.

⁵² SCHLITT/MÜLLER, § 7, Rn. 41.

⁵³ Çünkü Sosyal Kanunun (Sozialgesetzbuch-SGB XII) 94. maddesi, büyük ana ve baya, yoksulluğa düşmeleri ihtimalinde önce devletin sağladığı sosyal yardımlara başvurması gerektiği düzenlemesini içermektedir. <https://www.sozialgesetzbuch-sgb.de/sgbxii/94.html> (Erişim tarihi:03.01.2022); bkz. SCHLITT/MÜLLER, § 7, Rn. 38.

⁵⁴ MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 35; SCHLITT/MÜLLER, § 7, Rn. 41.

⁵⁵ MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 36; HAU/POSECK, BGB § 2333 Rn. 19.

mirasbırakanın) eğitimiyle kendileri ilgilenmek zorunda olmayıp, bunun yerine başka bir hukuki talepte bulunabilirler; örneğin çocuğun bir kuruma yerleştirilmesi için tüm olanakları ona sunma yolunu tercih edebilirler.⁵⁶ Dolayısıyla böyle bir olgunun gerçekleşmesi kanun gereği saklı paydan uzaklaştırma için bir sebep teşkil etmemektedir. Hatta evlat edinme durumunda, anne ve babanın velayet haklarını ağır şekilde ihlal etmeleri dolayısıyla onların muvafakatlarının aranması yerine mahkemenin muvafakat vereceği durumlarda bile bu sonucun değişmeyeceği kabul edilmektedir.⁵⁷

Eşler arasındaki nafaka yükümlülüğünün karmaşık olması dolayısıyla saklı paydan eşin uzaklaştırılması daha karışık bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵⁸ Bu açıdan nafaka yükümlüsü eşin yükümlülüğünü ihlal edip etmediğinin, eğer ihlal varsa bunun kötü niyetli bir davranış olup olmadığına tespiti her zaman kolay olmamaktadır.⁵⁹ Nafaka yükümlülüğünün "kötü niyetinin" belirlenmesi gerektiğinden, nafaka yükümlülüğünün objektif ihlali yeterli değildir.⁶⁰

D)ALTSOYUN KASITLI BİR SUÇTAN DOLAYI ALDIĞI CEZA MAHKUMİYETİ VEYA KASITLI SUÇTAN DOLAYI PSİKİYATRİK VEYA BAĞIMLILIK TEDAVİ MERKEZİNE YERLEŞTİRİLMESİ

Saklı paylı mirasçının payından uzaklaştırılmasına ilişkin düzenlenen bu sebep, miras hukuku reformunun miras hukukunda yaptığı köklü değişikliklerin en önemli göstergelerinden biridir.⁶¹ Önceki düzenlemede

⁵⁶ MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 36.

⁵⁷ SCHLITT/MÜLLER, § 7, Rn. 42; MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 36.

⁵⁸ MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 37; SCHLITT/MÜLLER, § 7, Rn. 43; HAU/POSECK, BGB § 2333 Rn. 20.

⁵⁹ MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 37; SCHLITT/MÜLLER, § 7, Rn. 43; HAU/POSECK, BGB § 2333 Rn. 23; HERZOG/LINDNER, No. 415.

⁶⁰ Nafaka yükümlülüğünün ihlaline genellikle evliliğin bozulması da eşlik etmektedir. Bilgi için bkz. MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 37. Bunun yanı sıra eskiden eşin saklı paydan uzaklaştırılması boşanma hukukuyla yakından bağlantılı bulunmaktaydı. Bu bakımdan boşanmada kusur ilkesi önemli bir yer tutuyordu. Ancak aradaki bu bağlantı sonradan revize edilen hükümlerle ortadan kaldırılmıştır. Detaylı bilgi için bkz. HAU/POSECK, BGB § 2333 Rn. 21-22.

⁶¹ SCHLITT/MÜLLER, § 7, Rn. 44.

BGB § 2333 Nr.5'te "Altsoy, mirasbırakanın isteğine aykırı olarak haysiyetsiz veya ahlaka aykırı bir yaşam sürmekteyse" şeklinde bir uzaklaştırma sebebi bulunmaktaydı. Ancak günümüzün değerlerinin çoğulluğu ve buna bağlı olarak aile ahlakı ve namus üzerindeki devlet ve sosyal kontrolün çözümlenmesi nedeniyle bu hüküm sorunlu hale gelmişti.⁶² Dolayısıyla bu uzaklaştırma sebebi yerine, saklı pay sahibi altsoyun sosyal anlamda olumsuz davranış ve tutumlarının, mirasbırakan için uzaklaştırma sebebi olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüşler ortaya çıkmış ve buna uygun olarak da 2010 yılında hüküm yeni halini almıştır.⁶³

Düzenlenen bu yeni uzaklaştırma sebebi, diğer sebeplerden farklı olarak suçun mağduruna ilişkin bir sınırlama içermemektedir.⁶⁴ Bu hükme göre, altsoy kasten işlenen bir suç nedeniyle, ertelemesiz en az bir yıl özgürlüğü kısıtlayıcı cezaya mahkûm edilmiş ve bu karar kesinleşmişse ve altsoyun mirasbırakanın terekesine katılması mirasbırakan için katlanılamayacak bir durumda ise mirasbırakan bu altsoyu saklı paydan uzaklaştırabilir. Altsoy kasten işlenen ağır bir suçtan dolayı psikiyatrik veya bağımlılık tedavi merkezine yerleştirilmişse, yine mirasbırakan onu saklı paydan uzaklaştırabilmektedir.

Hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin bir gereği olarak bu sebebe dayanılarak saklı paylı mirasçının saklı payından uzaklaştırılabilmesi için iki unsurun gerçekleşmesi aranmaktadır: İşlenen kasıtlı bir suç ve bu suç nedeniyle katlanılmazlık durumu.⁶⁵ Doktrinde bu iki unsur objektif unsur ve sübjektif unsur olmak üzere iki ayrı başlıkta incelenmektedir.⁶⁶ Altsoyun kasıtlı suç sebebiyle ceza mahkumiyeti alması veya bir psikiyatrik veya bağımlılık tedavi merkezine yerleştirilmesi, objektif unsur; bu suç sebebiyle altsoyun terekeye katılmasının mirasbırakan açısından katlanılamaz olması ise sübjektif unsur olarak değerlendirilmektedir.

⁶² SCHLITT/MÜLLER, § 7, Rn. 44; MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 39.

⁶³ SCHLITT/MÜLLER, § 7, Rn. 44; HAU/POSECK, BGB § 2333 Rn. 23.

⁶⁴ MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 38; HAU/POSECK, BGB § 2333 Rn. 23; SCHLITT/MÜLLER, § 7, Rn. 44.

⁶⁵ MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 46; SCHLITT/MÜLLER, § 7, Rn. 44; HAU/POSECK, BGB § 2333 Rn. 27.

⁶⁶ KROISS, s. 545; SCHLITT/MÜLLER, § 7, Rn. 49.

1. Kasıtlı suç sebebiyle ceza mahkumiyeti almış olma veya bir psikiyatrik veya bağımlılık tedavi merkezine yerleştirilme

Mirasbırakanın saklı paylı mirasçısını bu saklı paydan uzaklaştırabilmesi için Kanunun getirdiği ilk sebep, kasıtlı bir suç sebebiyle ceza mahkumiyetinin alınmış olmasıdır. Bu suçun kasten işlenmiş ve sosyal bakımdan belli ağırlıkta olması gerekmektedir.⁶⁷ Dolayısıyla her suç bu kapsamda yer almamaktadır.⁶⁸

Suçun sosyal anlamda kötü bir eylemi teşkil eden ağırlıkta olması, bu suçun mutlaka cürüm şeklinde gerçekleşeceği anlamına gelmemelidir; kaldı ki Kanun koyucu da bu uzaklaştırma sebebinin cürüm olarak sınırlandırmamıştır. Çünkü bazı ağır cünhaların da saklı paydan uzaklaştırmayı haklı gösterecek ağırlık ve kötülükte olduğu, özellikle cinsel suçların bu anlamda uzaklaştırmaya yol açacak nitelikte olduğu kabul edilmektedir.⁶⁹

Kasıtlı olarak işlenen bir suçtan dolayı saklı paylı altsoyun, erteleme olmaksızın en az bir yıl özgürlüğü bağlayıcı cezaya hükmedilmiş ve bu hükmün kesinleşmiş olması gerekmektedir.⁷⁰ Hükmün mutlaka miras olayından sonra verilmiş olmasına gerek yoktur; önce de verilmesi mümkündür.⁷¹

İşlenen suç şikâyete bağlı bir suç olup mirasbırakana yönelik olarak gerçekleştirilmişse, mirasbırakanın bu suça dayanarak altsoyu saklı paydan uzaklaştırabilmesi için şikayetçi olması gerekmektedir.⁷² Altsoy tarafından işlenen suç eğer zamanaşımına uğrama tehlikesi altında ise, yine

⁶⁷ SCHLITT/MÜLLER, § 7, Rn. 45; MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 40; HAU/POSECK, BGB § 2333 Rn. 25.

⁶⁸ O halde ihmal suretiyle işlenen suçlardan alınan mahkumiyete dayanarak mirasbırakan saklı paylı mirasçısını saklı payından uzaklaştıramamaktadır. Bkz. MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 40-41.

⁶⁹ MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 40; SCHLITT/MÜLLER, § 7, Rn. 45; KROISS, s. 545.

⁷⁰ MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 43; SCHLITT/MÜLLER, § 7, Rn. 48; HAU/POSECK, BGB § 2333 Rn. 25; KROISS, s. 545.

⁷¹ Dolayısıyla mirasbırakan altsoyunu hükmün verilmesinden önce de saklı payından uzaklaştırabilir. Önemli olan hükmün fiilen verilip kesinleşmesidir. Bu konuda bkz. SCHLITT/MÜLLER, § 7, Rn. 47; MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 42; KROISS, s. 545.

⁷² SCHLITT/MÜLLER, § 7, Rn. 46; MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 41.

bu sürenin kaçırılmaması gerekmektedir.⁷³ Çünkü zamanaşımına uğrayan bir suç dolayısıyla bir cezaya hükmedilemeyeceğinden, altsoyun saklı paydan uzaklaştırılması da mümkün olmayacaktır.

Erteleme olmaksızın en az bir yıl özgürlüğü bağlayıcı cezaya hükmedilmiş olma şartı, suçun yarattığı haksızlık oranının göz önünde tutulmaması dolayısıyla doktrinde eleştirilmiştir.⁷⁴

Saklı paydan uzaklaştırma için BGB § 2333 Nr.4'te düzenlenen diğer sebep ise, altsoyun kasten işlediği bir suç sebebiyle psikiyatrik tedavi merkezine veya bağımlılık tedavi merkezine yerleştirilmiş olmasıdır. Bu sebebin içeriğine bakıldığında, altsoyun ceza hukuku bakımından kusur ehliyetinin bulunmamasından dolayı hakkında mahkumiyet kararının verilemediği durumlarda söz konusu olduğu söylenebilmektedir.⁷⁵ Böyle bir uzaklaştırmaya imkan veren ise, Anayasa Mahkemesinin ceza hukuku bağlamında kusur şartından ziyade doğal anlamda kastı, uzaklaştırma için yeterli sayması yönündeki görüşüdür.⁷⁶ Ancak bu uzaklaştırma sebebinde ceza mahkemesince verilen bir ceza mahkumiyeti bulunmadığı için, hukuk mahkemesinin hareket alanı kısıtlanacağından ötürü, ceza mahkemesinin verdiği kararla bağlılığı sınırlı olmaktadır.

2. Altsoyun terekeye katılmasının mirasbırakan açısından katlanılamaz olması

Mirasbırakanın kasıtlı suç sebebiyle ceza mahkumiyeti alan veya bir psikolojik veya tedavi merkezine yerleştirilen altsoyunu saklı paydan uzaklaştırabilmesi için, bu altsoyun terekeye katılımının mirasbırakan

⁷³ KROISS, s. 545; MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 45; HAU/POSECK, BGB § 2333 Rn. 26; SCHLITT/MÜLLER, § 7, Rn. 49.

⁷⁴ Kanunun bu düzenlemesinin sonucu olarak aslında haksızlık oranı fazla olan hakkında iki yıllık ertelenmiş cezaya hükmedilmiş saklı paylı mirasçı, saklı paydan uzaklaştırılmayacaktır. Bu konuda bkz. MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 43; HAU/POSECK, BGB § 2333 Rn. 25.

⁷⁵ Psikolojik açıdan rahatsız olan altsoy hakkında, kasıtlı olarak gerçekleştirdiği bir eylem sonucu bir psikiyatri veya bağımlılık tedavi merkezine yerleştirilmesine kesin olarak karar verilmiş ise, bu altsoy da saklı payından uzaklaştırılabilecektir. Bkz. KROISS, s. 545; HERZOG/LINDNER, No. 412.

⁷⁶ Bunun için bkz. Yuk. s. 8. Bu görüş doğrultusunda da miras hukuku reformu gerçekleştiği için, mirasbırakan ceza hukuku anlamına kusur eksikliği olan ancak kasıtlı eylemde bulunan altsoyunu saklı payından uzaklaştıma imkanına sahiptir.

bakımından katlanılamaz olması gerekmektedir. Bütün unsurların bir arada bulunmasıyla ancak saklı paydan uzaklaştırma söz konusu olmaktadır.⁷⁷

Bir suç için öngörülen cezanın ağırlığı, mirasbırakan tarafından o davranışın katlanılabilirliğini zor hale getirmektedir. Dolayısıyla hareketin ağırlığı ile bu hareketin mirasbırakan üzerinde yaratacağı etki, yani ona katlanabilip katlanamayacağı olgusu arasında bir bağ ve orantı bulunmaktadır. Ancak bu katlanamama halinin sadece toplumsal yapının içinde bulunduğu ahlaki koşul ve beklentilere göre değil; mirasbırakanın ailevi yapısı ile sahip olduğu değerler doğrultusunda da belirlenmesi gerekmektedir.⁷⁸

Salt toplumsal değerleri esas almayan kanun koyucu, aile ve aile onurunun korunması düşüncesiyle hareket etmekte; saklı paydan uzaklaştırma imkanını, ailenin korunması ilkesiyle birlikte ele almaktadır.⁷⁹ Dolayısıyla, altsoy hakkında verilen ceza mahkumiyeti kararının mirasbırakanın sahip olduğu ailevi ve kişisel değer yargıları bakımından katlanılamaz olması gerekmektedir. Ancak böyle bir durumda saklı paydan uzaklaştırma sebebi vuku bulmuş olmaktadır.

III. SAKLI PAYDA UZAKLAŞTIRMAYA İLİŞKİN TASARRUFUN ŞEKLİ, İÇERİĞİ VE İSPAT YÜKÜ

Mirasbırakanın saklı paylı mirasçısını saklı payından uzaklaştırmaya ilişkin iradesini bir ölüme bağlı tasarrufla gerçekleştirmesi gerekmektedir.⁸⁰ Bu husus Alman Medeni Kanunu'nun 2336. maddesinde

⁷⁷ KROISS, s. 545; SCHLITT/MÜLLER, § 7, Rn. 50; MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 46; HAU/POSECK, BGB § 2333 Rn. 27.

⁷⁸ MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 46; KROISS, s. 545; HAU/POSECK, BGB § 2333 Rn. 27; SCHLITT/MÜLLER, § 7, Rn. 50.

⁷⁹ KROISS, s. 545; MüKoBGB, BGB § 2333, Rn. 47; SCHLITT/MÜLLER, § 7, Rn. 51; HAU/POSECK, BGB § 2333 Rn. 27.

⁸⁰ MüKoBGB, BGB § 2336, Rn. 1; HAU/POSECK, BGB § 2336 Rn. 1; SCHULZE, BGB § 2336, Rn. 2.

düzenlenmiştir. Bu ölüme bağlı tasarruf “acil durum vasiyeti⁸¹” şeklinde yapılabileceği gibi “miras sözleşmesi” olarak da yapılabilir.⁸²

Saklı paydan uzaklaştırmaya ilişkin tasarrufta, saklı paydan uzaklaştırma sebebinin mutlaka yer alması gerekmektedir.⁸³ Dolayısıyla uzaklaştırma sebebine dayanak teşkil eden olayın yorum yapılması suretiyle tespit edilmesine yarayan olguların özünün ortaya konulması yeterli olmamaktadır.⁸⁴ Buna karşın olguların ayrıntılı olarak verilmesi gerekli değildir.⁸⁵ Ancak belirtmek gerekir ki eğer tasarrufta ileri sürülen sebep mevcut değilse, elbette saklı paydan uzaklaştırma söz konusu olmayacaktır.⁸⁶ Bununla birlikte uzaklaştırma sebebi mevcut olup da mirasbırakan ilgili tasarrufta bu nedeni göstermemişse, uzaklaştırma doğru bir şekilde beyan edilmediği için yine geçerli olamayacaktır. Belirtmek gerekir ki uygulamada mahkemeler hükmün getirdiği bu ilkeleri daha sıkı ve katı şekilde uygulamaktadır: Şöyle ki eğer vasiyet eden kişi sözleriyle belirli olaylara (hatasız) bağlı kalmamışsa ve söz konusu olayların çevresini makul ve pratik bir şekilde daraltmamışsa, yani sebebi aslında yeterince somutlaştırmamışsa, uzaklaştırmaya ilişkin yapılan tasarrufta uzaklaştırma nedeni yeterince belirtilmediği kabul edilmektedir.⁸⁷ Alman Yüksek

⁸¹ Bu tür vasiyetname BGB § 2249’da düzenleme altına alınmıştır. Kişinin böyle bir vasiyetname düzenleyebilmesi için vasiyetçinin belirli bir durumda bulunması gerekmektedir. Detaylı bilgi için bkz. SCHULZE, BGB § 2249, Rn. 1-14.

⁸² Ancak bu tasarruf müşterek vasiyet ya da bağlayıcı içeriğe sahip miras sözleşmesi şeklinde yapılamaz. Bu yönde bkz. SCHULZE, BGB § 2336, Rn. 2; MüKoBGB, BGB § 2336, Rn. 1.

⁸³ SCHULZE, BGB § 2336, Rn. 3; MüKoBGB, BGB § 2336, Rn. 2; HAU/POSECK, BGB § 2336 Rn. 2. Mirasçiyı yasal miras payından yoksun bırakma (mirastan çıkarma), saklı paydan uzaklaştırmayı içermemektedir.

⁸⁴ SCHULZE, BGB § 2336, Rn. 3; MüKoBGB, BGB § 2336, Rn. 2.

⁸⁵ MüKoBGB, BGB § 2336, Rn. .

⁸⁶ SCHULZE, BGB § 2336, Rn. 3.

⁸⁷ Alman Yüksek Mahkemesi (BGH) vermiş olduğu bir kararda, uzaklaştırma sebepleri olarak birden fazla hususun yer aldığı ama neye dayanarak uzaklatırmanın talep edildiğinin açıkça belirtilmediği gerekçesini ileri sürerek; mahkemelerin bu konularda gerekli olan yasal formalitelere uyulması hususunu göz önünde bulundurmalarını ifade etmiştir. Karar için bkz. BGH, Urteil vom 27-02-1985 - IVa ZR 136/83 (Zweibrücken) karar için bkz. NJW (Neue Juristische Wochenschrift), 1985, Heft 27, Rechtsprechung, BGH: Notwendige Testamentsangaben zum Grund für die Pflichtteilsentziehung. <https://beckonline.beck.de/Dokument?vpath=bib-data%2Fzeits%2Fnjw%2F1985%2Fcont%2Fnjw.1985.1554.1.htm&anchor=Y-300-Z->

Mahkemesi (BGH) 2019 yılında vermiş olduğu bir kararda, mirasbırakanın (yani vasiyetçinin), mirasçısını saklı paydan uzaklaştırmak için düzenlediği vasiyetnamede aslında bir irade ortaya koymadığını, dolayısıyla yorumu gerektiren bir husus da bulunmadığını ortaya koymuştur.⁸⁸ Bunun dışında eğer mirasbırakan uzaklaştırma sebebi olarak bir suç gösteriyorsa, suçlamanın somutlaştırılması ve suçun uygun bir tanımının gerekli olması talep edilmektedir.⁸⁹ Yine başka bir bölge mahkemesi verdiği kararda⁹⁰, saklı paydan uzaklaştırmanın hangi gerçeklere dayandığının ve haklı olup olmadığının belirlenebilmesi bakımından düzenlenen vasiyetnamede mutlaka uzaklaştırma sebebinin belirtilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Buna ek olarak ise, vasiyetçinin yani mirasbırakanın vasiyetnamede en azından gerçek beyanda bulunmasını aramıştır.

Mirasbırakan hangi saklı paylı mirasçıyı saklı payından uzaklaştırdığını yaptığı tasarrufta belirtmelidir.⁹¹ Örneğin “çocuklarım” şeklindeki soyut bir ifade kullanılmaması gerekmektedir. Ancak mutlaka kişinin ismiyle belirtilmesine gerek bulunmamakta; kişinin yeterli düzeyde bireyselleştirebilmesi kabul edilmektedir.⁹²

Saklı paydan uzaklaştırmada, ispat yükü Alman Medeni Kanunu'nun 2336. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, uzaklaştırma sebebinin varlığını ispat etme yükü, bu sebebe dayanan kişi üzerindedir.⁹³ Bu, kural olarak saklı pay borçlusudur, yani mirasçı veya bağış yapılan kişidir. Kanun'un 2318'inci madde bakımından ise

NJW-B-1985-S-1554&readable=2&VorgaengerDokumentStreffer3=Urteil%20vom%2020.06.1984%20-%20IVa%20ZR%2034%2F83&VorgaengerDokument-Fullname=bibdata%2Fzeits%2Fnjw%2F1985%2Fcont%2Fnjw.1985.1553.1.htm (erişim tarihi:06.01.2022).

⁸⁸ Karar için bkz. <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=97304&pos=0&anz=1> (Erişim tarihi:06.01.2022)

⁸⁹ MüKoBGB, BGB § 2336, Rn.12.

⁹⁰ OLG Düsseldorf (7. Zivilsenat), Urteil vom 12.07.2019 – 7 U 134/18, BeckRS 2019, 40562 - beck-online (Erişim tarihi:07.01.2022)

⁹¹ MüKoBGB, BGB § 2336, Rn. 3; HAU/POSECK, BGB § 2336 Rn. 4.

⁹² MüKoBGB, BGB § 2336, Rn. 3.

⁹³ MüKoBGB, BGB § 2336, Rn. 15; HAU/POSECK, BGB § 2336 Rn. 12; SCHULZE, BGB § 2336, Rn. 6.

koşullarına göre lehine vasiyet yapılan kimsedir.⁹⁴ Ancak, zorunlu paya hak kazanan kişi, vasiyetçinin (mirasbırakanın) kendisini bağışladığını iddia ederse (madde 2337), bu konuda ispat yükü mirasçıya değil, kendisine düşer.⁹⁵

SONUÇ

Alman hukukunda mirasbırakana saklı paylı mirasçılarını, bu paylarından uzaklaştırma olanağı verilmektedir. Saklı pay, miras olayı ile birlikte ortaya çıkan bir alacak hakkı olarak kendini göstermektedir. Dolayısıyla saklı pay sahibinin mirasbırakanın terekesi üzerinde aynı bir hakkı bulunmamaktadır.

Saklı pay konusu miras hukukunda geçmiş yıllarda üzerinde epeyce tartışılan bir konu olmuştur. Alman Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle başlayan süreçle birlikte yaşanan hem ekonomik hem toplumsal dönüşüm ve değişimler, saklı paya ilişkin tutumun biraz yumuşamasına ve mirasbırakanın yaptığı ya da yapacağı tasarruflar bakımından serbest kalması gerektiği düşüncesini ön plana getirmiştir. Bunun yanı sıra Anayasa Mahkemesinin 2005 tarihinde saklı paya ilişkin verdiği önemli ve yol gösterici bir kararla, saklı payın bir miras hakkı garantisini olarak anayasal güvence altında olduğu vurgulanmıştır. Miras hukukunda yapılacak reform çalışmalarının temelinde bu kararın etkisi yadsınamayacak düzeyde bulunmaktadır. Yaşanan bu gelişmelerin nihayetinde, tasarruf özgürlüğünün genişletilebilmesi adına saklı payın sınırlandırılması gerektiği, ancak bu sınırlamaya giderken de saklı payın korunması gerekliliğinin göz ardı edilmemesi hususu esas alınmıştır. Bu bakımdan saklı paydan uzaklaştırma sebeplerinin genişletilmesi de yöntem olarak benimsenmiştir. Bu düşüncelerin ışığında 01.01.2010 tarihinde yürürlüğe giren "Miras Hukukunun ve Zamanaşımı Hukukunun Değiştirilmesine İlişkin Kanun" (Gesetz zur Aenderung des Erb- und Verjaehrungsrechts) ile saklı paydan uzaklaştırma kurumu yeniden düzenlenmiştir.

⁹⁴ HAU/POSECK, BGB § 2336 Rn. 12; SCHULZE, BGB § 2336, Rn. 6; MüKoBGB, BGB § 2336, Rn. 15.

⁹⁵ MüKoBGB, BGB § 2336, Rn. 15; SCHULZE, BGB § 2336, Rn. 6.

Yapılan yeni düzenleme ile saklı paydan uzaklaştırma sebepleri tek bir maddede (BGB § 2333) ve tüm saklı pay sahipleri için aynı kapsamda ele alınmıştır. Dolayısıyla eski düzenlemede altsoy, ana ve baba ile eş için farklı düzenlene hükümler tek başlık altında toplanmıştır. Esas olarak altsoy için dört bent halinde düzenlenen uzaklaştırma sebeplerinin, anne ve baba ile eş için de uygulanacağı ilgili maddenin ikinci fıkrasında vurgulanmıştır. Altsoyun, mirasbırakanın, eşinin, altsoyunun veya mirasbırakana eşi veya altsoyu gibi yakın olan bir kişinin hayatına kastetmesi; mirasbırakanın, eşinin, altsoyunun veya mirasbırakana eşi veya altsoyu gibi yakın olan bir kişiye karşı cürüm veya kasten ağır bir cünha işlemesi; mirasbırakana karşı bakım yükümlülüğünü kötü niyetli olarak ihlal etmesi; kasıtlı bir suçtan dolayı aldığı ceza mahkumiyeti veya kasıtlı suçtan dolayı psikiyatrik veya bağımlılık tedavi merkezine yerleştirilmesi uzaklaştırma sebepleri olarak sayılmaktadır.

Yapılan değişiklikle mirasbırakana eşi veya çocuğu gibi yakın olan kişiler de koruma kapsamında yer almaktadır. Dolayısıyla koruyucu ailenin baktığı çocuğa, üvey çocuğa veya evlilik dışı birliktelikte bulunan kişilere yönelik hayata kast etme eylemi de saklı paydan uzaklaştırma sebebi olarak kabul edilmektedir. Önceki düzenlemede yer alan ve doktrinde de eleştirilen “haysiyetsiz ve ahlaka aykırı hayat sürme” artık döneme uygun olmadığı gerekçesiyle madde metnine dahil edilmemiştir. 2010 yılından önceki düzenlemede kasıtlı bedensel kötü muamele ve altsoyun mirasbırakana veya eşine karşı bir cürüm veya kasıtlı ağır bir cünha işlemesi olmak üzere iki ayrı uzaklaştırma sebebi bulunmaktayken; artık bu iki ayrı sebebi tek bir bentte düzenlemiştir. Bunun sonucu olarak da “bedensel kötü muamele” ise ayrı bir sebep olarak düzenlenmemiştir.

Saklı paydan uzaklaştırma sebeplerine dayanan mirasbırakanın, bu yöndeki iradesini belirli bir şekilde ortaya koyması gerekmektedir. Bu husus Kanununun 2336. maddesinde düzenlenmektedir. İlgili hüküm uyarınca, mirasbırakan saklı paylı mirasçısının saklı paydan uzaklaştırabilme için bu yöndeki iradesini ve isteğini, bir ölüme bağlı tasarrufla yapmalıdır. Bu ölüme bağlı tasarruf ise uygulamada kendini genellikle vasiyetname düzenlenmesi şeklinde göstermektedir; ama Kanunun da cevaz verdiği üzere miras sözleşmesi şeklinde de yapılabilmektedir.

Vasiyetnamede mutlaka uzaklaştırma sebebinin somut olarak beyan edilmesi; dolayısıyla bir iradenin ortaya konulması gerekmektedir. İlgili tasarrufta hangi saklı paylı mirasçının payından uzaklaştırıldığı belirtilmelidir. Bunun için mutlaka kişinin isminin açıkça yazılmasına gerek yoktur; o sebebe yol açan eylemi gerçekleştiren kişinin belirlenebilir olması yeterli olmaktadır.

Saklı paydan uzaklaştırmaya ilişkin ispat yüküne ilişkin düzenleme 2336. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmektedir. Uzaklaştırma sebebinin varlığını ispat, bu sebebe dayanan kişinin üzerindedir. Buna göre, kural olarak ispatla yükümlü kişi, saklı pay borçlusu olan mirasçı veya bağış yapılan kişidir. Ancak koşullarına göre lehine vasiyetname yapılan kişi de ispatla yükümlü olabilmektedir.

Ancak uygulamada mahkemeler Kanunda dar bir şekilde, tıpkı bir katalog halinde belirlenen bu kıstasları bir de çok sıkı şekilde uygulamaktadır. Bunun bir sonucu olarak vasiyetçi konumundaki mirasbırakan böyle bir uzaklaştırma tasarrufunu seçmektense, sağlığında bağışlama sözleşmesi yaparak bu yöndeki iradesini ortaya koymayı tercih etmektedir.

KAYNAKÇA

- BURANDT, Wolfgang/ROJAHN, Dieter: "Erbrecht", 3. Auflage, München 2019.
- DAMRAU, Jürgen/TANCK, Manuel: "Praxiskommentar Erbrecht", 4. Auflage, Bonn 2020.
- HAMM, Christoph: "Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch", 12. Auflage 2022.
- HAU, Wolfgang/POSECK, Roman: "BeckOK BGB", 60. Edition, Verlag C. H. BECK München 2021.
- HERZOG, Stephanie: "Die Pflichtteilsentziehung im Lichte der neuen Rechtsprechung von Bundesgerichtshof und Bundesverfassungsgericht", FF 3/2006, s. 86-95.
- HERZOG, Stephanie/LINDNER, Richard: "Die Erbrechtsreform 2010", ZAP Verlag, Münster 2010.
- KAHVECİ, Nalan: "Alman Medeni Kanununda Saklı Paydan Uzaklaştırma Sebeplerine İlişkin Yapılan Değişiklikler ve İsviçre-Türk Hukuku İle Karşılaştırılması", Yaşar Üniversitesi E- Dergisi, Cilt:8, Sayı: Özel, 2013, s. 0-1524.
- KROISS, Ludwig: "Die Reform des Pflichtteilsentziehungsrechts – Der Wegfall des Entziehungsgrundes des „ehrlosen und unsittlichen Lebenswandels“, FPR 2008, s. 543-546.
- LANGE, Knut/ HONZEN, Johannes: "Folgeprobleme der Erbrechtsreform im Pflichtteilsrecht (2)", ZErB 2011, Ausgabe 12, s. 316-321.
- NIEDER, Heinrich/ KOSSINGER, Winfried: "Handbuch der Testamentgestaltung", 6. Auflage, München 2020.
- SARRES, Ernst: "Neues Erb- und Verjährungsrecht verändert das Erbrecht", Fur 2010, FuR 2010, 71-73- Ausgabe 2.
- SCHERER, Stephan: "Unternehmensnachfolge", 6. Auflage 2020.
- SCHERER, Stephan: "Münchener Anwalts Handbuch, Erbrecht", 5. Überarbeitete Auflage, München 2018 (Anwalts Handbuch).

SCHLITT, Gerhard/MÜLLER, Gabriel : "Handbuch Pflichtteilsrecht", 2. Auflage, 2017.

SCHMOECKEL, Mathias: "Erbrecht", Nomos Verlagsgesellschaft, Bonn 2014.

SCHONKE/SCHRODER: "Strafgesetzbuch", 30. Auflage 2019.

SCHULZE, Reiner: "Bürgerliches Gesetzbuch" 11. Auflage, Baden- Baden 2022, Abschnitt 5 Pflichtteil, BGB § 2333 Entziehung des Pflichtteils.

TROLL, Max/GEBEL, Dieter/JÜLICHER, Marc/GOTTSCHALK, Paul Richard: "Erbchaftsteuer- Und Schenkungsteuer Gesetz mit Bewertungsrecht und Verfahrensrecht, Kommantar", Verlag Franz Vahlen München, München 2020.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (MüKoBGB): Verlag C.H.BECK München, München 2020.

İnternet Kaynakları

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2005/04/rs20050419_1bvr164400.html

https://beckonline.beck.de/?vpath=bibdata%2Fkomm%2FSchoenkeKoStGB_30%2FStGB%2Fcont%2FSchoenkeKoStGB%2EStGB%2Ep12%2EgII%2Ehtm

https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bib_data%2Fzeits%2Fnzfam%2F2014%2Fcont%2Fnzfam.2014.191.1.htm&anchor=Y-300-Z-FAMRZ-B-2014-S-1149&readable=1

<https://www.sozialgesetzbuch-sgb.de/sgbxii/94.html>

<https://beckonline.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fnjw%2F1985%2Fcont%2Fnjw.1985.1554.1.htm&anchor=Y-300-Z-NJW-B-1985-S-1554&readable=2&VorgaengerDokumentStreffer3=Urteil%20vom%2020.06.1984%20%20IVa%20ZR%2034%2F83&VorgaengerDokumentFullname=bibdata%2Fzeits%2Fnjw%2F1985%2Fcont%2Fnjw.1985.1553.1.htm>

BeckRS 2019, 40562 - beck-online