



Ankara Barosu

DERGİSİ

Yıl: 79 Sayı: 2021/4 ISSN 1300-9885

BİR GELİNCİĞE DE SEN
DESTEK OL (TURKCELL ve VODAFONE)

"BAGIS" yaz
Gönder **4306**'ya

Projeye gönderdiğiniz her SMS ile
5 TL'lik destek olabilirsiniz!

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye/ANKARA T: 0.312 416 72 00 F: 0.312 309 22 37
www.ankarabarusu.org.tr ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr

ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ (ABEM)

İhlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA T: 0.312 416 72 00

GÖLBAŞI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSİ

Gazi Osman Paşa Mah. Sahil Cd. No:46 Gölbaşı/ANKARA
T: 0.312 485 03 93-484 46 06

ANKARA BAROSU GELİNCİK MERKEZİ

İhlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA T: 0.312 444 43 06 (5 Hat)
www.gelincikprojesi.org.tr

Ankara Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler
Journal of Ankara Bar Association is being permanently



hukuk veritabanlarında taranmaktadır.
indexed in law databases.

İletişim Adresi | Communication Address

Ankara Barosu Başkanlığı, Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye/ANKARA

T: (0.312) 416 72 00 (Pbx) • F: (0.312) 416 72 80

www.ankarabarusu.org.tr

abym@ankarabarusu.org.tr

Mizanpaj | Page Layout

Ankara Barosu | Ankara Bar Association

Basım Tarihi | Printing Date

2021

Baskı ve Cilt | Printing and Bookbinding

ARCS Dijital Ofset Matbaacılık

<http://arcs.com.tr>

Dergide yayımlanan yazıların herhangi bir bölümü veya tamamı kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.

No part of this publication may be reproduced or published in any form or by any means without reference to the review.

**ANKARA BAROSU DERGİSİ**

Üç Aylık (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim)
Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın
Ankara Barosu Başkanlığı, 2021
Tüm Hakları Saklıdır.
ISSN 1300-9885

**Dergide ileri sürülen görüşler
yazarlarına aittir.**

JOURNAL OF ANKARA BAR ASSOCIATION

is a refereed review, issued quarterly
(January, April, July, October)
Presidency of Ankara Bar Association, 2021
All Rights Reserved.
ISSN 1300-9885

**Articles published in this review reflect
the views of the authors.**

Sahibi Ankara Barosu Adına / Owner on Behalf of Ankara Bar Association
Av. Kemal KORANEL

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Managing Editor
Av. Dr. Mahcemal SEYHAN

Editör / Editor
Doç. Dr. Veysel DİNLER

Eş Editör / Peer Editor
Av. Dr. Pınar NUR

ANKARA BAROSU YAYINLARI MERKEZİ
ANKARA BAR ASSOCIATION PUBLICATION CENTER

Koordinatör Yönetim Kurulu Üyesi / Coordinator Board Member
Av. Dr. Mahcemal SEYHAN

Merkez Başkanı / Head of the Center
Av. Prof. Dr. Cenker GÖKER

Başkan Yardımcısı / Vice President
Av. Dr. Pınar NUR

Genel Sekreter / Secretary
Av. Semra CİVAN

Sayman / Bookkeeper
Av. Uğur DOĞUŞ

Üyeler / Members

1. Av. Hacer Dilek BACANLI
2. Av. Nebile KISA İNCE
3. Av. Erkan KAYNARCA
4. Av. Ebru ALIUSTA
5. Av. Dr. Öğr. Üyesi İdris Hakan FURTUN
6. Av. Ebru EREN
7. Av. Emre Baturay ALTINOK
8. Av. Hatice İdil SELÇUK
9. Av. Elife UĞUR ÖRNEK
10. Av. Çiğdem DURKAN
11. Av. Pelin ATİLA
12. Av. Mehmet SEPİN
13. Av. Celal TOSUN
14. Av. Mehmet Refik ATALAY
15. Av. Ömer GÜNAY
16. Av. Ahmet AVCI
17. Av. Emre AYDUĞAN
18. Av. Zeynep SÜRÜCÜ
19. Av. Ezgi SELÇUK
20. Av. Dilruba Begüm KARTEPE
21. Av. Merve SİZER
22. Av. İlayda YEŞİLTEPE
23. Av. Durulcan SELÇUK
24. Av. Salim Berkay AKSU
25. Av. Tansu Ceren ÖZÇELİK
26. Av. Ayşegül KARAGÖZ
27. Av. Oğuzhan TUNA
28. Av. Pelin Bengü DAĞLI ASLAN
29. Av. Süleyman Sefa YAŞAR
30. Av. Sevda Nur GÜRSES
31. Av. Burak YILMAZ
32. Av. Ahmet COŞKUN
33. Av. Elif ŞAHİN
34. Av. Merve Sultan KOCAOĞLU
35. Av. Berra AKTAN
36. Av. Gözde UYSAL
37. Av. Ayça ELGİN
38. Av. Ümmü Bilge GÜNDÜZ
39. Av. İrem Nur GÖKGÜL
40. Av. Berkay ÖZDEMİR
41. Av. Leyla ŞAHAN
42. Av. Meltem ŞAHİN
43. Av. Selman BOZOKLU
44. Av. Emre ALTUN
45. Av. Hatice SAKALAR
46. Av. Nuran İZBELİ
47. Av. Yalçın Berk AKGÜNEŞ

(Sicil numarasına göre)

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

(Soyadı sırasına göre)

ÖZEL HUKUK

Avrupa Birliği Hukuku

ARAT, M. Tuğrul	Prof. Dr.	TOBB ETÜ İİBF Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler
BAYKAL, Sanem Suphiye	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖÇMEN, İlke	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Deniz Hukuku

DEMİR, İsmail	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KARAN, Hakan	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku

AKIN, Levent	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYDIN, Ufuk	Prof. Dr.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BAŞTERZİ, Süleyman	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BAYCIK, Gaye	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
CENDEL, Tankut	Prof. Dr.	Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERTÜRK, Şükran	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCAOĞLU, Ali Mehmet	Prof. Dr.	Uluslararası Fırat Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KORKMAZ, Fahrettin	Prof. Dr.	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
OKUR, Ali Rıza	Prof. Dr.	Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜÇŞİK, Hasan Fehim	Prof. Dr.	İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILDIZ, Gaye Burcu	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

Fikri Mülkiyet Hukuku

OĞUZ, Arzu	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YUSUFOĞLU BİLGİN, Fülürya	Doç. Dr.	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku

AKKAYA, Tolga	Doç. Dr.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ARSLAN, Aziz Serkan	Dr. Öğr. Ü.	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

ARSLAN, Ramazan	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AŞIK, İbrahim	Doç. Dr.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ATALI, Murat	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BORAN GÜNEYSU, Nilüfer	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZBEK, Mustafa Serdar	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZEKES, Muhammet	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SAYHAN, İsmet	Prof. Dr.	Avukat, Ankara Barosu
TANRIVER, Süha	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILMAZ, Ejder M. A.	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medeni Hukuk		
ABİK, Yıldız	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ALTAŞ, Hüseyin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYDIN, Ramazan	Dr. Öğr. Ü.	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYDOS, Oğuz Sadık	Doç. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BELEN, Herdem	Doç. Dr.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEMİR, Mehmet	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan	Doç. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DOĞAN, Murat	Prof. Dr.	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
EREN, Fikret	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERZURUMLUOĞLU, Erzan	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜVEN, Kudret	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İŞGÜZAR, Hasan	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat	Prof. Dr.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCAMAN, Arif B.	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KÜLAHÇI, Şölen	Doç. Dr.	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
OZANEMRE YAYLA, Hatice Tolunay	Doç. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu Gülseren	Dr. Öğr. Ü.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZDAMAR, Demet	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZLÜK, Betül	Dr. Öğr. Ü.	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
ÖZTAN, Bilge	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

SARAN, Birol	Dr. Öğr. Ü.	Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ŞEN DOĞRAMACI, Hayriye	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILMAZ, Süleyman	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Roma Hukuku

GÜNAL, Nadi	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜRTEN, Kadir	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ticaret Hukuku

CAN, Mertol	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÇAĞLAR, Hayrettin	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÇETİNER, Selma	Prof. Dr.	Girne Amerikan Üniversitesi
DEMİRAYAK, Ezgi Başak	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
EROĞLU, Muzaffer	Dr. Öğr. Ü.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖLE, O. Celal	Prof. Dr.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HACİMAHMUTOĞLU, Sibel	Doç. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZCAN, Fatma	Dr. Öğr. Ü.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZDAMAR, Mehmet	Prof. Dr.	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZTAN, Frat	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
ŞENOCAK, Kemal	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TURANBOY, Asuman	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YONGALIK, Aynur	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YÜRÜK, Ayşe Tülin	Doç. Dr.	(E) Öğretim Üyesi, Avukat, Eskişehir Barosu

Milletlerarası Özel Hukuk

AKINCI, Ziya	Prof. Dr.	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÇALIŞKAN, Yusuf	Prof. Dr.	İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERTEN, Rifat	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜNGÖR, Gülin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZKAN, Işıl	Prof. Dr.	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
RUHİ, Ahmet Cemal	Dr. Öğr. Ü.	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TİRYAKIOĞLU, Bilgin	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

KAMU HUKUKU

Anayasa Hukuku

AKBULUT, Olgun	Doç. Dr.	Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ANAYURT, Ömer	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Hukuk Fakültesi
DEMİRAY, Nezahat	Dr. Öğr. Ü.	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ESEN, Selin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
FENDOĞLU, Hasan Tahsin	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖNENÇ, Levent	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KABOĞLU, İbrahim Özden	Prof. Dr.	
KANADOĞLU, Osman Korkut	Prof. Dr.	Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KESER, Hayri	Doç. Dr.	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KORKUT, Y. Levent	Dr. Öğr. Ü.	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ONAR, Erdal	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZBUDUN, Ergun	Prof. Dr.	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TUNÇ, Hasan	Prof. Dr.	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ULUŞAHİN, Nur	Dr. Öğr. Ü.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YÜCEL, Bülent	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku

ARSLAN, Çetin	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ARTUK, Mehmet Emin	Prof. Dr.	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BIÇAK, Vahit	Prof. Dr.	Avukat, Ankara Barosu
CENDEL, Nur	Prof. Dr.	Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEĞİRMENCİ, Olgun	Doç. Dr.	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
DEMİRBAŞ, Ali Timur	Prof. Dr.	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DÜLGER, Murat Volkan	Doç. Dr.	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERDAĞ, Ali İhsan	Doç. Dr.	Avukat, Ankara Barosu
ERDEM, Mustafa Ruhan	Prof. Dr.	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERİŞ, A. Uğur	Dr. Öğr. Ü.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
FEYZİOĞLU, Metin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖKTÜRK, Neslihan	Doç. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

GÜLŞEN, Recep	Prof. Dr.	İğdır Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi
GÜNGÖR, Devrim	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HAFIZOĞULLARI, Zeki	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KARAKEHYA, Hakan	Doç. Dr.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KATOĞLU, Tuğrul	Prof. Dr.	Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCA, Mahmut	Prof. Dr.	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCAOĞLU, Serhat Sinan	Doç. Dr.	Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZBEK, Veli Özer	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZEN, Muharrem	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZGENÇ, İzzet	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZTÜRK, Bahri	Prof. Dr.	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SIRMA GEZER, Özge	Dr. Öğr. Ü.	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SOYASLAN, Doğan	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ŞAHİN, Cumhuri	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ŞEN, Ersan	Prof. Dr.	Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TAŞKIN, Ozan Ercan	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TEZCAN, Durmuş	Prof. Dr.	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TOROSLU, Nevzat	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜNVER, Yener	Prof. Dr.	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜZÜLMEZ, İlhan	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Genel Kamu Hukuku / Siyaset Bilimi		
ÇEÇEN, Anıl	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
GEMALMAZ, Haydar Burak	Doç. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜNEŞ, Ahmet Mithat	Doç. Dr.	Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HASPOLAT, Mehmet Emin	Doç. Dr.	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
MUMCUOĞLU, Maksut	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
ÖZKAZANÇ, Alev	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi (E)

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi		
KAYA, Emir	Doç. Dr.	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KUÇURADI, İonna	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü (E)
ÖKÇESİZ, Hayrettin	Prof. Dr.	
UYGUR, Gülriz	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜMİT ATILGAN, Eylem	Doç. Dr.	Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜYE, Saim	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YÜCEL, Mustafa Tören	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Hukuk Tarihi		
AVCI, Mustafa	Prof. Dr.	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KONAN, Belkis	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜNAL ÖZKORKUT, Nevin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İdare Hukuku		
AKINCI, Müslüm	Prof. Dr.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ARDIÇOĞLU, M. Artuk	Dr. Öğr. Ü.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ASLAN, Zehrettin	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ATAY, Ender Ethem	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜLAN, Aydın	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜNDAY, Metin	Prof. Dr.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HACIMURATLAR SEVİNÇ, Zeliha	Dr. Öğr. Ü.	MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KENT, Bülent	Prof. Dr.	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ODYAKMAZ, Zehra	Prof. Dr.	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
OZANSOY, Cüneyt	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZTÜRK, Kaya Burak	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SAYGIN, Engin	Doç. Dr.	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SEZGİNER, Murat	Prof. Dr.	Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TEKİNSOY, M. Ayhan	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILDIRIM, Turan	Prof. Dr.	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

Mali Hukuk		
AĞAR, Serkan	Dr.	Avukat / Ankara Barosu
AKKAYA, Mustafa	Prof. Dr.	Atılım Hukuk Fakóltesi
BAYAR, İbrahim Nihat	Dr. Öğr. Ü.	TOBB ETÜ Hukuk Fakóltesi
GÖKER, Cenker	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Milletlerarası Hukuk		
ABDULLAHZADE, Cavid	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
AKİPEK, Serap	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
AKSAR, Yusuf	Prof. Dr.	Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
BAŐEREN, Sertaç Hami	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi
BOZKURT, Enver	Prof. Dr.	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
KESKİN, Funda	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi
TÜTÜNCÜ, Ayşenur	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

ANKARA BAROSU DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Ankara Barosu Dergisine gönderilen hakemli makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Makale yazarı gerekli tüm bilgileri (sırasıyla unvan, ad-soyad, ORCID numarası, güncel iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu numarası) makalenin son sayfasına tam ve nizami şekilde eklemelidir. Makaleyi gönderen yazarın iletişim bilgilerini unutmaması, yanlış veya eksik bilgi göndermesi durumunda makalesi yayımlanmayacaktır.
3. Makaleler Microsoft Word programında (.doc veya .docx formatında) otomatik sayfa numaraları sayfanın altında verilmiş olarak (yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil, normal satır aralığı) **abym@ankarabarusu.org.tr** adresine gönderilmelidir.
4. Makale başlığı tamamen büyük harflerle, makale yazarının unvanı kısaltma kurallarına uygun biçiminde, SOYADI/İKİNCİ SOYADI (Kullanıyor ise) ise tamamen BÜYÜK HARFLERLE yazılmalı, ORCID numarası ismin altına eklenmelidir. Örneğin;
Av. "Adı SOYADI"
<https://orcid.org/0000-0001-0002-0003>
5. Makale yazarı; makalesindeki yazım hatalarını düzelterip, kontrol ettikten sonra eksiksiz bir şekilde göndermekle yükümlüdür. Ayrıca birinci hakem tarafınca belirtilen değişikliklerin olması durumunda; makale yazarınca Word belgesinde "Metin Vurgu Rengi (Metnin vurgulayıcı kalemle işaretlenmiş gibi görünmesini sağlar)" SARI renk verilerek, ikinci hakem tarafınca belirtilen değişikliklerin olması durumunda; makale yazarınca bu değişiklikler Word belgesinde "Metin Vurgu Rengi" MOR renk verilerek ve düzenlenen makalenin isim bölümüne tarih eklenerek yeniden mail aracılığı ile iletilmesi gerekmektedir.
6. Dergiye gönderilen yazıların son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın gönderdiği şekliyle yazısını "başım" verdiği kabul edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, dipnotların hatalı/kaymış olması veya boş unutulması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Ankara Barosu Yayınları Merkezi tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.
7. Dipnotlar Microsoft Word programında otomatik olarak verilerek sayfa altında gösterilmeli, kaynakçaya yer verilmelidir.
8. Hakem denetiminden geçmesi istenen makalelerde en az 100, en çok 120 sözcükten oluşan tek paragraf Türkçe ve İngilizce özetlerin; her iki dilde yazı başlığının ve 5 adet anahtar sözcüğün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir. Yazara ait makale; Makalenin tam Türkçe başlığı, Yazarın Unvanı Adı SOYADI, ORCID numarası, ÖZ, Anahtar Kelimeler, Makalenin tam İngilizce başlığı, ABSTRACT, Keywords şeklinde sıralanmalıdır.

9. Ankara Barosu Yayınları Merkezince ilk değerlendirmesi yapılan yazılardan yazarı tarafından hakem denetiminden geçmesi istenenler, Editör/Eş Editörce ULAKBİM kriterleri doğrultusunda hakem incelemesinden geçirilecektir. ULAKBİM, en az iki hakem denetimi koşulunu benimsediğinden yazı değerlendirme süreçleri değişken bir zaman aralığına yayılmakta olup, yazarların yazılarını gönderirken bunu göz önüne almaları gerekir. Hakem sürecinin nihai olarak olumsuz olması halinde, ikinci bir hakem denetimi süreci başlatılmayacaktır. Hakem raporlarında düzeltme istendiği takdirde, yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecek ve düzeltilmiş metinler için yine hakem onayı alınacaktır.
10. Yazarı tarafından hakem denetiminden geçirilmesi istenmeyen makaleler Ankara Barosu Yayınları Merkezi tarafından değerlendirilecek ve makalenin yayımlanmasına, hazırlanan rapor çerçevesinde yazardan düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
11. Yayımlanması Ankara Barosu Yayınları Merkezi ya da hakem/hakemler tarafından uygun bulunmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazarların her yıl dört sayı olarak yayınlanan dergimizin 1. sayısının 15 Nisan'a, 2. sayısının 15 Temmuz'a, 3. sayısının 15 Ekim'e, 4. sayısının gelen yılın 15 Ocak tarihine kadar yayınlanabileceğini göz önüne almaları gerekir.
12. 2020/1 sayısından itibaren dergimizde her sayı en çok beş hakemli makaleye yer verileceğinden yazarların bu hususu da göz önüne almaları gerekir.
13. Ankara Barosu Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm yayın haklarına sahiptir. **Yazılar için telif ücreti ödenmez.**
14. Dergimizin son sayısı ve eski sayılarına **www.ankarabarusu.org.tr** adresinden **e-Yayın** sekmesine tıklayarak ulaşabilir, pdf formatında dergiyi okuyabilir veya indirebilirsiniz.

**Ankara Barosu Dergisi Yayın İlkeleri'ne şartları uymayan yazılar,
TÜBİTAK–ULAKBİM veritabanının gerekliliklerinden dolayı,
Editör / Eş Editör tarafından yapılacak ön kabul edilebilirlik incelemesi
sonrasında hemen reddedilecektir. Bundan dolayı gönderilecek
hakemli veya hakemsiz makalelerin yukarıdaki ilkelerdeki bütün
şartları şekil ve esas olarak sağlaması gereklidir.**

Başkanın Mesajı President's Messages	XVIII
Av. Kemal KORANEL	

Hakemli Makaleler Peer Reviewed Articles

- 1** Türk Ticaret Hukuku Kapsamında
Şirket Bölünmelerinde Alacaklıların Korunması 1
Dr. Hasan KARSLIOĞLU
- 2** İstanbul Sözleşmesi:
Türkiye'de İç Hukuka Etkisi ve Toplumun Tepkisi..... 63
Av. Meryem Hazal ÇAMURCU
- 3** Telekonferans Yöntemiyle Yapılan Arabuluculuk
Görüşmelerinde Yaşanan Sorunlar ve Bu Sorunlara İlişkin
Çözüm Önerileri 107
Av. Arb. Orhan ÇETİN
- 4** Nüfuz Ticareti Suçu (TCK m.255)..... 131
Arş. Gör. Özgür ÇAKIN
- 5** Kıbrıs'ın Kuzeyinde ve Güneyinde Kürtaja İlişkin
Düzenlemelerin Din ve Feminizm Açısından Değerlendirilmesi 171
Doç. Dr. Şölen KÜLAHÇI
Öğr. Gör. Emir Ali GÜRLER

Makaleler

Articles

- 1** Eti Maden İşletmeleri'nin Türkiye Varlık Fonu'na Aktarılması ve Sonuçlarının Hukuksal Değerlendirilmesi..... 195
Av. Dr. Bülent Hayri ACAR

- 2** Karıncaların Günbatımı: Ortak Kültürel Unsurlar..... 241
Av. İzzet EROĞLU

BAŞKANIN MESAJI

PRESIDENT'S MESSAGES

Kıymetli MeslektaŐlarım,

Sağlık hakkı, en temel haklardan birisi olarak karŐımıza çıkmakta olup, Anayasamızda da bu hakka, sosyal haklar kapsamında yer verilmektedir. Buna göre, herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Devlet ise, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak, insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artıarak, iŐbirlięini gerçekleŐtirmek amacıyla sağlık kuruluŐlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenlemek yükümlülüğü altındadır.

Şüphesiz ki, sağlık hakkına ulaŐılabilirlięin sağlanmasında en önemli unsur olarak, değerli hekimlerimiz ve hekimlik mesleği karŐımıza çıkmaktadır. İki senedir etkisi altında olduğumuz pandemi koşullarında, sağlık hakkının ve bu hakka ulaŐmanın önemi daha da ön plana çıkmış olmakla birlikte, özellikle son dönemde yaŐanılan olaylardan da anlaşıldığı üzere, hekim haklarının gözetilmesi hususu da olduğca önemli hale gelmiştir. Nitekim hekim hakları, sağlık hakkına karşı geliŐtirilmiŐ haklar olmayıp, hekimlerin de hem tedavi ettikleri kişiler hem de toplum nezdinde mutlaka gözetilmesi gereken hakları bulunmaktadır.

Bu vesileyle, görevleri gereği her dönemde zor Şartlar altında sağlık hizmeti sunmakta olan ve salgının da etkisiyle çok daha ağır koşullarda çalıŐmalarına canla baŐla devam eden hekimlerimizin ve tüm sağlık çalıŐanlarımızın geçmiş 14 Mart Tıp Bayramını en içten dileklerle kutluyorum. Bayram koŐullarından çok, Şiddet, olağanüstü yoğunluk, baskı ve müdahale altında geçen içinde bulunduğumuz bu günlerin, yerini, kutsal bir görev icra eden hekimlerimizin, haklarını ifade ederken karŐılaŐtıkları müdahale ve baskıların son bulacağı ve hak ettikleri saygı ve çalışma koşullarına eriŐecekleri nice tıp bayramlarına bırakmasını gönülden temenni ediyorum.

Ankara Barosu Yayınları Merkezimiz tarafından hazırlanan Ankara Barosu Dergisi'nin 2021/4 sayısı çerçevesinde, birbirinden değerli yazarımızın kaleme aldığı hakemli ve hakemsiz makaleler ile karŐınızdayız. Bu sayımızın, siz değerli meslektaŐlarım ve tüm okuyuculara faydalı olmasını diliyor ve kıymetli yazarlarımız ile dergimizin yayımında emeği geçen herkese teŐekkür ve saygılarımı sunuyorum.

Av. Kemal KORANEL

Ankara Barosu Başkanı



Hakemli Makaleler

Peer Reviewed Articles

TÜRK TİCARET HUKUKU KAPSAMINDA ŞİRKET BÖLÜNMELEİNDE ALACAKLILARIN KORUNMASI

Hasan KARSLIOĞLU*

Makalenin Geliş Tarihi: 21.10.2021 **Kabul Tarihi:** 02.02.2022

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

DOI [10.30915/abd.1090709](https://doi.org/10.30915/abd.1090709)

* Dr. / İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Mühendisliği Bölümü Öğretim Üyesi. <https://orcid.org/0000-0002-3872-9986>

TÜRK TİCARET HUKUKU KAPSAMINDA ŞİRKET BÖLÜNMELERİNDE ALACAKLILARIN KORUNMASI

ÖZ

Günümüzde ticaret şirketlerinin çeşitli nedenler ile yeniden yapılandırma yöntemlerini tercih ettikleri görülmektedir. Bu yeniden yapılandırma yöntemlerinden biri de bölünmedir. Şirketler, kurguladıkları yapılanma sürecine göre bölünerek farklı şirket yapılanmaları oluşturmakta veya yeni şirketler kurmaktadır. Bölünme sürecinde, şirketlerin yapılarının değişmesi veya eski şirketlerin tamamen ortadan kalkarak yeni şirketlerin kurulması, bölünmeye katılan şirketlerin alacaklıları açısından hak kayıplarına sebebiyet vermektedir. Kanun koyucu, bölünmeye katılan şirketlerin alacaklılarının korunmasına ilişkin alacaklıların korunması müessesesini düzenlemiştir. Alacaklıların korunması, bölünme işleminde hiçbir söz hakkı olmayan alacaklıların menfaatlerinin korunması ve alacaklılar ile bölünmeye katılan şirketler arasındaki dengenin hukuk düzeni içinde korunması açısından önem arz etmektedir. Bu kapsamda çalışmamızda, bölünmede alacaklıların korunmasına ilişkin hukuki koruma yöntemlerinin bölünmenin temel ilkeleri ile ticaret hukuku açısından yeterli korumayı sağlayıp sağlamadığı incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Bölünme

Alacaklı

Alacaklıların Korunması

Teminat

Sorumluluk

PROTECTION OF CREDITORS IN COMPANY DIVISIONS UNDER TURKISH COMMERCIAL LAW

ABSTRACT

Today, commercial companies are entering the transformation process for various reasons. One of these transformation methods is company divisions. Companies either establish new companies or build different company structures through division according to the transformation process they built. During the division process, changes in the structure of companies or the establishment of new companies by eliminating old companies cause loss of rights for creditors of companies participating in the division. The legislator has regulated the protection of creditors regarding the protection of companies participating in the division. Protecting the interests of the creditors who have no say in the division process and maintaining the balance between the creditors and the companies participating in the division within the legal order is essential to protect the creditors. In this context, this study examined whether the legal protection methods regarding the protection of creditors in the division provide sufficient protection under commercial law.

Keywords

Division

Creditor

Protection of Creditors

Guarantee

Liability

GİRİŞ

Ülkemizdeki ekonomik gelişmelere paralel olarak, ticaret şirketleri de iç ve dış piyasada rekabet gücünü arttırmak, uluslararası pazarlara açılarak daha fazla pazarda faaliyet göstermek ve dolayısıyla daha fazla kazanç elde etmek amacıyla faaliyet alanlarını genişletmektedir. Şirketlerin faaliyet alanlarını genişletmesi; kontrolsüz büyümeyi, şirket yönetim ve denetimlerinin zorlaşmasını, pazara uzaklığı, maliyetlerin artmasını, yüksek vergi yükümlülüklerini ve benzeri sorunları beraberinde getirmekte ve büyüyen şirketlerin devamlılığını zorlaştırmaktadır. Bu sebeple şirketler, yeniden yapılandırma yoluna giderek bu sorunlarını bertaraf etmeye çalışmakta, rekabet gücünü arttırarak karlılığını ve verimliliğini yeniden arttırmaya çalışmaktadır. Yeniden yapılandırma yöntemlerinden biri olan bölünme de bu ihtiyaçtan doğmuş bir müessesedir.

Buna ek olarak bazen de bölünme işlemi ile bünyesinde birden fazla alanda faaliyet gerçekleştiren sermaye şirketlerinin birden çok şirkete bölünerek her bir şirketin kendi faaliyet alanında uzmanlaşması amaçlanmakta; bölünen yeni şirketlerin yönetim ve denetimlerinin kolaylaşması sayesinde maliyetleri de azalacağından karlılığının artması beklenmektedir. Şirketlerin faaliyet alanlarının genişlemesi ve büyümesi şirketlerin bölünmesinde temel etmenlerden biri olarak gösterilse de şirketler başta iktisadi, mali ve teknik nedenler olmak üzere pek çok nedenden dolayı bölünmektedirler.

6762 sayılı eTK'da bölünmeye ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktaydı. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ("TTK") ile eTK'nın aksine bölünme kavramına yer verilmiş ve bu konu ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bölünmenin Türk hukuk sisteminde yer bulmasında ve TTK'da düzenlenmesinde Avrupa Birliği, Alman ve İsviçre hukukunda şirketlerin yapısal değişikliklerine ilişkin düzenlemeler etkili olmuştur.^[1] Bölünen şirketler açısından pek çok bakımdan olumlu sonuçlar doğuran bölünme işlemi, bölünmeye katılan şirketlerin alacaklıları için tehlike yaratabilmektedir. Kısmi bölünmede, bölünen şirketlerin mal varlığının azalması; tam bölünmede ise, alacaklıların borç ilişkisi içerisine girdiği şirketlerin ortadan kalkması gibi nedenler, bölünmeye katılan borçlu şirkete güvenerek borç ilişkisi içerisine giren alacaklıların alacaklarını tehlikeye düşürmektedir.

[1] ERDEM, H. Ercüment, "Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması", *Prof. Dr. Seza Reisoglu Armağanı*, 2016, s. 313.

İşte bu sebeple kanun koyucu, TTK'da bölünme ile ilgili düzenlemeler yaparken alacaklıların korunmasına ilişkin de özel koruma yöntemlerini hüküm altına almıştır.

Bu bağlamda çalışmamızda, ticaret hukuku kapsamında öncelikle bölünme kavramı genel olarak açıklanarak şirketleri bölünmeye sevk eden nedenler ele alınacak, ardından bölünmede alacaklıların korunması, alacaklıların korunmasına neden ihtiyaç duyulduğu ve koruma kapsamındaki alacaklıların neler olduğu izah edilecektir. Sonrasında, alacaklıların korunmasına ilişkin yöntemler, bu yöntemlerin koşulları ve sonuçları tek tek incelenecek ve konu TTK'nın temel ilkeleri ışığında detayları ile ele alınacaktır.

I. GENEL OLARAK BÖLÜNME KAVRAMI VE ŞİRKETLERİ BÖLÜNMEYE SEVK EDEN NEDENLER

A. Bölünme Kavramı ve Hukuki Niteliği

Ticaret şirketlerinin günün koşullarına uyum sağlamak, faaliyet konularında ve şirket organizasyon yapılarında değişikliğe gitmek amacıyla yeniden yapılandırma ihtiyacı duydukları görülmektedir. Yeniden yapılandırma faaliyetlerine, şirketlerin faaliyet alanlarının düzenlenmesi, ayrıştırılması, birleştirilmesi, ortaklık ve sermaye yapılarının değiştirilmesi, şirket varlıklarının devri, yeni organizasyon yapısı kurma isteği ve benzeri düzenlemeler örnek olarak sayılabilir. Bölünme müessesesi, ticaret şirketlerinin ihtiyaç duyduğu yeniden yapılandırma modellerinden biri olup, günümüzde şirketlerin sıklıkla başvurduğu yöntemlerden biridir. Diğer yeniden yapılandırma türlerine ilişkin hükümler hukuk sistemlerinde daha eski dönemlerden beri yer alırken; *bölünme* gerek yabancı hukuk sistemlerinde gerekse Türk hukukunda iktisadi, mali ve idari ihtiyaçlar nedeniyle TTK'ya dahil edilmiştir.^[2]

Türk hukuk sistemimizde bölünmenin tanımı herhangi bir kanun hükmü ile yapılmamış, öğretide yapılan çeşitli tanımlamalar ile şekillenmiştir. *Helvacı* bölünmeyi, “*bir sermaye ortaklığının bir veya daha fazla sermaye ortaklığına malvarlığının bağımsız bölümlerini devretmesi karşılığında, malvarlığı devredilen ortaklığın pay sahiplerinin devralan ortaklıklarda pay sahibi olmaları ve devreden ortaklığın bütün mal varlığını devretmesi halinde*

[2] AYHAN, Rıza, ÇAĞLAR Hayrettin ve ÖZDAMAR Mehmet, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 497.

tasfiyesiz olarak infisah etmesi”^[3] olarak tanımlamaktadır. Bir başka tanıma göre ise bölünme, “*sermaye şirketleri ile kooperatiflerce başvurulabilen bir yeniden yapılandırma yöntemi, tasfiyeye girmeksizin malvarlığının tamamen veya kısmen kendi bünyelerinden ayrılarak, yine sermaye şirketlerine veya kooperatiflere kısmi külli halefiyet yoluyla devredilmesi ve bunun karşılığında bölünen şirket ortakları tarafından devralan şirketlerdeki ortaklığın kendiliğinden elde edilmesi*”^[4] şeklinde tanımlanmıştır. *Pulaşlı* tarafından hukuki anlamda bölünme, “*bir şirketin malvarlığını ve yükümlülüklerini tamamen veya kısmen ayırarak tasfiyesiz olarak ve kısmi halefiyet yoluyla yeni kurulan veya mevcut bir sermaye şirketine veya kooperatife devretmesi ve devrin karşılığı olarak devralan şirketin paylarının bölünen şirketin ortaklarına tahsis edilmesi*”^[5] olarak da tanımlanmaktadır. *Ayhan/Çağlar/Özdamar* ise, TTK gerekçesini dayanarak göstererek bölünmeyi, “*sermaye şirketlerinin ve/veya kooperatiflerin malvarlıklarını tamamen veya kısmen kendilerinden ayırarak tasfiyesiz olarak ve kısmi külli halefiyet yoluyla başka sermaye şirketlerine veya kooperatiflere devretmeleri ve bunun karşılığında bölünen şirketin ortaklarının devralan şirketlerde ortak konumunu ipso iure elde etmeleri*”^[6] olarak tanımlamıştır.

Türk ticaret hukuku kapsamında bölünmeye ilişkin hükümler, TTK’nın 159. maddesi vd. hükümleri ile düzenlenmiştir. TTK’nın bölünmeye ilişkin hükümleri Avrupa Birliği’nin Avrupa Birliği’nin 82/891/EEC sayılı Yönergesi^[7] ve İsviçre’nin Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme ve Malvarlığının

[3] HELVACI, Mehmet, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesi*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2004, s. 36.

[4] ERİŞ, Gönen, *Açıklamalı-İçtihatlı 6335-6552 sayılı Kanunlarla Güncellenmiş TTK Hükümlerine göre Ticari İşletme ve Şirketler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 1726.

[5] PULAŞLI, Hasan, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 106.

[6] AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 497.

[7] 82/891/EEC sayılı ve 17.12.1982 sayılı işbu Yönerge Avrupa Birliği Resmî Gazetesi’nin 21.12.1982 tarih ve L 378 sayılı nüshasında yayımlanmıştır. Yönergenin yürürlükte olan yeni versiyonu için bkz. 2017/1132 sayılı ve 14.06.2017 tarihli *Avrupa Birliği Yönergesi*.

Devrine İlişkin Federal Kanunu^[8] (İBirK) hükümleri esas alınarak hukukumuza uyarlanmıştır. İBirK, Alman Tür Değişirme Kanunu^[9] esas alınarak hazırlandığı için Alman Tür Değişirme Kanunu da TTK'nın bölünmeye ilişkin dolaylı kaynakları arasında kabul edilebilir.

B. Şirketleri Bölünmeye Sevk Eden Nedenler

Bölünme, günümüzde şirketlerin optimal büyüklüğün üzerinde gelişerek esas faaliyet alanından uzaklaşması sonucu, esas faaliyet alanlarına odaklanmak, farklı faaliyet alanlarını ayırıştırmak gibi amaçlar ile tercih edilen bir yeniden yapılandırma yöntemidir. Bu bağlamda bölünmenin bir diğer amacı, işletmelerin optimum büyüklüğüne ulaşmasını ve ekonomik gelişimini sağlamak, işletme yönetimindeki ihtilafları gidermektir.^[10]

Şirketler başta stratejik veya ekonomik nedenler olmak üzere çeşitli sebeplerle bölünmeyi tercih edebilirler. Uygulamada en sık rastlanan bölünme nedenleri şu şekilde sayılabilir: Şirketlerin ortaklık yapılarını değiştirmeleri, faaliyet alanlarını ayırma isteği, varlıklarını kısmen veya tamamen elden çıkararak verimli olmayan ve risk taşıyan faaliyet alanlarından çıkma, belirli faaliyet alanlarına yoğunlaşarak uzmanlaşma isteği, yapısal veya sektörel sorunların azaltılması.^[11] Bunların yanı sıra, teknolojik gelişmeleri takip edebilmek, uluslararası firmalarla rekabet gücünü arttırma, pazar payını arttırma, büyüyen şirketlerin güçleşen yönetimlerini kontrol alma isteği gibi stratejik nedenlerin de şirketleri bölünmeye yönlendirdiği görülmektedir.

Şirketlerin pek çok açıdan ihtiyaçlarını karşılayan bir yeniden yapılandırma yöntemi olan bölünmenin nedenlerini ve örneklerini çoğaltmak mümkündür. Nitekim, uygulamada şirketler bölünmeye başvurmak suretiyle üretim, dağıtım ve pazarlama süreçlerinin farklı aşamalarını optimum ölçeklerde

[8] 221.301 sayılı Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz) / Loi Fédérale sur la Fusion, la Scission, la Transformation et le Transfert de Patrimoine (LFus) 01.07.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

[9] Umwandlungsgesetz, 28.10.1994 tarihinde (Federal Law Gazette I p. 3210; 1995 I p. 428) yayımlanmıştır.

[10] AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 498.

[11] KAYALI, Fena İpek, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sermaye Ortaklıklarının Bölünmesi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 21-22.

ayrı birimler halinde örgütlemek, bunlar arasında iş bölümü ve uzmanlaşmaya gitmek suretiyle ekonomik faaliyetlerinde verimlilik sağlamaktadır.^[12] Öte yandan bölünme, aile ortaklıklarında, mirasın paylaşımında, iki veya üç gruplu ortaklıklarda sorunları çözmek amacıyla da kullanılabilir.^[13] Gerçekten de özellikle küçük ve orta ölçekli şirketlerde, işletmenin farklı birimlerini münferit ortaklara tahsis etme ihtiyacı doğduğu ve bölünmeye başvurulduğu görülmektedir.^[14]

Bölünme aynı zamanda, şirketlerin düşmanca ele geçirmelere karşı başvuru- rulan savunma yöntemlerinden biridir. “En değerli varlık savunması” olarak da bilinen bu yöntem ile bir hedef şirketin yöneticileri, ilgi çeken varlıklarını veya birimlerini elden çıkarmak suretiyle hedef şirketin çekiciliğini azaltabilir ve böylece hedef şirketin değerini düşürerek ele geçirilmesini önleyebilir.^[15]

Bölünme nedenleri farklı şekillerde tasnif edilebilmekle birlikte, başlıca bölünme nedenleri mali, iktisadi ve teknik nedenler olmak üzere şu şekilde ifade edilebilir.^[16]

1. Mali Nedenler

- a) Kar-zarar takası yapmak suretiyle mevzuatın izin verdiği vergisel avantajlardan yararlanmak,
- b) Şirket zararlarının bölünme sonucunda paylaşılması yoluyla şirketin mali durumunu iyileştirmek,
- c) Şirket varlıklarının kullanımında verimliliği arttırmak,
- d) Yatırımlarda ihtiyaç duyulan mali kaynakları sağlamak.

[12] BAHTİYAR, Mehmet, *Ortaklıklar Hukuku*, 13. Baskı, İstanbul, 2019, s. 69.

[13] TTK madde 159 gerekçesi.

[14] KAYALI, s. 23.

[15] KAYALI, s. 24.

[16] NAZALI, Ersin, *Vergisel ve Yeni TTK Yönüyle Anonim ve Limited Şirketlerde Tasfiye, Devir, Birleşme, Bölünme ve Tür Değişimi İşlemleri*, 4. Baskı, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayınları, İstanbul, 2015; ANDREAS, Binder, *Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften bei Spaltung und Vermögensübertragung*, 2005, s.7 vd.; DEMİR, Koray, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Şirketlerin Bölünmesi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 52, 55, 58.

2. İktisadi Nedenler

- a) Birden çok alanda faaliyet gösteren şirketlerde yüksek maliyetleri azaltmak,
- b) Mal ve hizmet üretiminde uzmanlaşmak,
- c) Faaliyet risklerini ve sorumlulukları şirketleri bölmek suretiyle paylaşmak,
- d) Teknolojik gelişmelere ve ürün taleplerindeki değişimlere uyum sağlamak amacıyla şirketleri ayırarak yönetimde kolaylık sağlamak,
- e) Şirket ortakları arasındaki mal varlığı paylaşımı, kar dağıtımı gibi sorunları çözmek.

3. Teknik Nedenler

- a) Hammaddeye, hedef pazara coğrafi yakınlık sağlamak,
- b) Faaliyet alanlarındaki büyümeye bağlı oluşan yönetim sorunlarını çözmek,
- c) Verimliliğini kaybeden şirket varlıklarının bölünen veya yeni kurulan şirketlerin işletme faaliyetleriyle birleştirilerek yeniden canlanmasını sağlamak.

Genel olarak yukarıda sayılan nedenlerle, şirketler tarafından iradi olarak bölünme işlemi yapılabilmeyle birlikte, bölünme kararının irade dışı gerçekleşmesi veya mahkemeler tarafından bu kararın verilmesi de mümkündür. Şirketlerin rekabet hukuku kurallarını aşacak düzeyde büyüklüğe ulaşması halinde rekabet otoriteleri, ilgili şirketin bir işletmeyi elden çıkarması veya bir faaliyet alanından çıkması kaydıyla bölünmeye karar verebilir.^[17] Bunun yanı sıra, TTK'nın 531. maddesine göre fesih davası açan bir şirket ortağı hakkında mahkemece sahip olduğu payların gerçek karşılığının ödenmesine karar verilebileceği gibi duruma uygun nitelikte, makul başka bir karara varılması da mümkündür. Bu gibi hallerde, feshi talep eden ortağın sahip olduğu payların karşılığının ödenmesi yerine, şirketin bölünmeye gitmesi yolu da tercih edilebilmektedir.^[18]

[17] KAYALI, s. 24.

[18] ERİŞ, s. 1727.

Şirketlerin yukarıda sayılan ya da sayılmayan pek çok nedenden kaynaklı karar alarak bölünmesi sonucunda, devreden şirketin alacaklılarının teminatı olan şirket mal varlığının bir parçası, alacaklıların rızası ve müdahale hakkı olmaksızın devredilmektedir. Özellikle tam bölünme neticesinde, asıl borçlu ortadan kalkmakta ve yerini devralan şirket almaktadır. Kısmi bölünmede ise asıl borçlu şirket varlığını sürdürse de malvarlığında azalma meydana gelmesi şirketin mali durumunu olumsuz etkilemekte ve alacaklılar açısından güvensizlik ortamı yaratmaktadır. Bununla birlikte bölünmede; bölünme sözleşmesi, bölünme raporu, bölünmenin tescili için yapılan masraflar, şirket ortaklarına ödenen denkleştirme tazminatı gibi masraflar bölünmeye katılan şirketlerin nakit sıkıntısı içine düşmesine sebep olabilmekte ve bu da alacaklıların haklarını tehlikeye düşürebilmektedir.

Bölünme, bölünen şirketin aktif mal varlığının bir kısmının devralan şirket lehine ayrışması ve bu sebeple bölünen şirketin mal varlığı ile borçları arasındaki ilişkinin kopması^[19] nedeniyle alacaklılar açısından diğer yeniden yapılandırma yöntemlerine göre daha riskli bir işlemdir. Bu sebeple kanun koyucu, alacakları tehlikeye düşen alacaklıların haklarının korunması ve bu riskin bertaraf edilmesi amacıyla alacaklıları korumayı amaçlamıştır. Çalışmamızın ikinci bölümünde alacaklıların korunması konusu detaylı olarak incelenecektir.

II. ALACAKLILARIN KORUNMASI

A. Alacaklıların Korunmasının Nedeni ve Önemi

Bölünmede alacaklıların korunması ihtiyacı, bölünme sürecinde alacaklıların söz hakkı bulunmaması ve bölünme işleminin alacaklıların müdahale hakkı olmaksızın tamamlanmasından doğar. İleride detaylı olarak inceleneceği üzere, TTK madde 173 hükmü gereği alacaklıların korunması ve alacaklarının tehlikeye düşürülmemesi bölünme işlemlerinin gerçekleştirilebilmesi için bir ön koşul olarak değerlendirilebilir. Şirketlerin bölünme sürecinde alacağın tehlikeye düşmesi teminatlı alacaklarda bile görülebilenken, teminatsız alacaklarda bu tehlike çok daha yüksektir.^[20]

[19] KAYALI, s. 277.

[20] TEKİNALP, Ünal, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 670.

Bölünmede, alacaklıların korunması ihtiyacını doğuran nedenlerden birisi borçlu sıfatının değişimidir.^[21] Tam bölünmede (TTK m. 159/1(a)), şirketin tüm malvarlığı bölümlere ayrılarak diğer şirketlere devrolur ve şirketin malvarlığının tamamı kısmi külli halefiyet yoluyla devralan şirketlere geçer. Böylece, alacaklıların alacağına muhatabı olan borçlu şirket ortadan kalkar ve devralan şirketler borcun muhatabı haline gelir. Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 195. maddesi vd. ile düzenlenen borcun iç üstlenme yoluyla üstlenilmesi, bir diğer ifadeyle borcun nakli hükümleri, malvarlığının geçişi külli halefiyet yoluyla gerçekleştiğinden bölünmede uygulanmaz. Bir başka ifadeyle, TBK 195. madde ile düzenlenen alacaklının rızası koşulu bölünmede aranmayacaktır. Hiç şüphesiz ki, rızası alınmadan karşısındaki muhatap borçlu değişen alacaklıların hukuk düzeni tarafından korunması gerekmektedir.^[22]

Kısmi bölünmede (TTK m. 159/1(b)) ise, borçlu değişimi malvarlığının tamamı üzerinde değil, devredilen kısma bağlı borçların alacaklıları için koruma gerektirir. Kısmi bölünmede, tam bölünmede olduğu gibi kısmi külli halefiyet durumu söz konusu olmayacak ve devreden şirketin devrolmayan malvarlığında doğmuş alacaklılar açısından borçlu değişimi olmayacaktır.^[23] Kısmi bölünme, bu özelliği ile alacaklılar açısından daha avantajlı görünse de devreden şirkette kalan mal varlığı azalacağından alacaklıların el atabileceği ve hak iddia edebilecekleri borçlunun malvarlığı azalmış olacaktır. Bir diğer ifadeyle, bölünen şirketin mal varlığı ve dolayısıyla alacaklıların teminatları azalacaktır.

Malvarlığının küçülmesi riski, devredilen malvarlığına bağlı borçların alacaklıları için de söz konusudur. Nitekim bu alacaklılar hem borçlu değişimi hem de malvarlığının küçülmesi tehlikesi ile karşı karşıya kalacaktır. Teminatlı alacaklarda aynı teminatın devralan ortaklığa devrolunması ve dolayısıyla bölünmenin teminatın değerini azaltması da bu alacaklılar açısından tehlike yaratabilir.^[24]

[21] ERDEM, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması*, s. 315.

[22] ERDEM, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması*, s. 316.

[23] KAĞITÇIOĞLU, Murat, *Anonim Şirketlerde Kısmi Bölünme*, İstanbul, 2012, s. 170-171.

[24] TEKİNALP, s. 670.

Tüm bu hususlar dikkate alındığında pay sahipleri ile alacaklılar arasındaki menfaat dengesinin kanun koyucu tarafından sağlanması gerekmektedir. Aksi halde, kendilerine bölünmenin hiçbir aşamasında söz hakkı tanınmayan alacaklıların menfaatleri zedeleneyecektir. Esasında en temelde, alacaklı açısından bir borcun nakli olarak düşünülebilen bölünme işleminde alacaklının devre dışı kalmış olması hakkaniyetli değildir. Kaldı ki, TBK kapsamındaki borcun naklinde açıkça alacaklının onayının gerekiyor olması da bu hakkaniyetin bir gereğidir. TTK kapsamındaki bölünme işleminde alacaklıların söz sahibi olmaması konusu alacaklılar açısından hakkaniyetsiz sonuçlar yaratabilir. Bu nedenle kanun koyucu, alacaklıların korunmasına ilişkin, alacaklılara birtakım haklar sağlamış olup, bu haklar TTK'nın 174. maddesi vd. ile düzenlenmiştir.

B. KORUNMASI GEREKLİ ALACAKLILAR VE ALACAK İLİŞKİLERİ

TTK uyarınca bölünmeye katılacak şirketler, ticari faaliyetleri sırasında çeşitli alacak-borç ilişkisi içerisine girmektedir. Bu alacak ilişkileri kamu hukukundan veya özel hukuk ilişkisinden doğabileceği gibi şirketlerin işçi çalıştırmaları yoluyla oluşan iş hukuku ilişkisinden de kaynaklanabilir. Çalışmamızın bu bölümünde, şirketlerin ticari veya iş ilişkileri sonucu ortaya çıkan alacak türleri incelenecektir.

1. Kamu Hukukundan Doğan Alacaklar (Amme Alacakları)

Kamu hizmetlerinin finansmanı aracılığıyla devlet, Anayasa'dan aldığı egemenlik yetkisine dayanarak vergi, resim, harç gibi çeşitli isimlerle anılan birtakım mali yükümlülükler koymaktadır. Bir diğer adıyla kamu gelirleri olarak da bilinen bu yükümlülükleri diğer alacak türlerinden ayıran temel özellik, devletin kamu otoritesine dayanılarak cebren tahsil edilmesidir.

Kamu alacağı kavramı, hukuk literatürümüze 6183 sayılı Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un^[25] 1. maddesi ile girmiştir. Söz konusu maddeye göre kamu alacakları, “*devlete, il özel idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait yargılama masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer'i alacaklar*” olarak tanımlanmaktadır.

[25] Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanun, 28/7/1953 tarih, 8469 sayılı T.C. Resmî Gazete.

Bir alacağın kamu alacağı niteliğini taşıyabilmesi için; söz konusu alacağın devlete, il özel idarelerine veya belediyelere ait olması ve alacağın 6183 sayılı kanunda sayılan alacak grupları içinde yer alması gerekir.^[26] Devlet açısından kamu hizmetlerinin devamlılığı zorunlu olduğundan, pek çok ülkede olduğu gibi ülkemizde de 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun^[27] 206. maddesi ile kamu alacakları diğer alacaklara göre imtiyazlı kabul edilmiştir. Bu doğrultuda devlet, kamu alacaklarının tahsil ve takibini kolay ve seri bir şekilde gerçekleştirebilmek için özel cebri icra yöntemleri ve bazı güvenlik tedbirlerinden faydalanılmasını öngörmüştür.^[28]

Şirketlerin bölünmesi sırasında şüphesiz tüm alacaklıların korunması gerekli ve adil olsa da yukarıda bahsedilen nitelikleri gereği kamu alacağı niteliğindeki alacaklara sağlanan cebri icra yöntemlerindeki kolaylıklar ve kamu alacağının güvence altına alınması ilkesi gereği kamu alacaklarının öncelikli olarak korunacağı ve cebren tahsil edileceği kabul edilmelidir.

Özel hukuktan kaynaklanan alacaklarda, kişinin sadece miktar bakımından kesinleşmiş alacakları için koruma tedbirlerinin alınması mümkün iken, kamu alacaklarında daha kesinleşmemiş alacaklar için bile güvenlik önlemlerinin alınması mümkündür. Özel hukuktan doğan alacakların korunması ile ilgili 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 389-399. maddelerinde *ihiyati tedbir*^[29] ve İcra ve İflas Kanunu'nun 257-268. maddelerinde *ihiyati haciz*^[30] konuları düzenlenmiştir. Buna karşılık, kamu alacaklarının güvence

[26] GERÇEK, Adnan, *Kamu Alacaklarının Tahsil Hukuku*, 6. Baskı, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa, 2020, s. 3.

[27] 19/6/1932 tarih ve 2128 sayılı T.C. Resmî Gazete.

[28] GERÇEK, s. 21.

[29] Yargılama devam etmekte iken ya da zaman zaman dava öncesinde değişik sebeplerden tarafın koruma altına almak istediği hakkını koruması imkansızlaşabilir ya da güçleşebilir. Bu durumda telafisi güç ya da imkânsız zararlar meydana gelebilir. İhtiyati tedbir, bu durumun önüne geçilmesi için yararlanılabilecek hukuk yargılaması kurumudur. Bu konuda geniş bilgi için bkz. ÖZKAN, Meral Sungurtekin, *Türk Medeni Yargılama Hukuku*, Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2013, s. 397-405.

[30] İhtiyati haciz, alacaklının bir para alacağının zamanında ödenmesini güvence altına almak için, mahkeme kararı ile borçlunun mallarına (önceden) geçici olarak el konulmasıdır. Bu konuda geniş bilgi için bkz. KURU, Baki, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2018, s. 350-362.

altına alınmasına ilişkin tedbirler daha çeşitlidir. Bunlar; teminat istenmesi, ihtiyati haciz, ihtiyati tahakkuk, rüçhan hakkı, kamu alacağı ödenmeden yapılmayacak işlemler ve iptal davaları olarak sayılabilir.^[31]

Bir diğer yandan, özel hukuktan kaynaklanan alacaklarda alacaklı, alacağını tahsil edememesi halinde ancak talep ile icra organları kanalıyla alacağını tahsil edebilirken, kamu alacaklarının cebren tahsilinde talep koşulu aranmaksızın devletin kamu gücüne dayanılarak re'sen icra yetkisi kullanılmaktadır. Dolayısıyla kamu alacakları ile ilgili olarak, bölünme aşamasında, kamu alacaklısının ayrıcalıklı bir şekilde ayrıca TTK ile korunmasında gerek duyulmamış, bölünme kapsamındaki alacaklar bakımından herhangi bir ayrıma gidilmemiştir.

2. Özel Hukuktan Doğan Alacaklar

Özel hukuk kuralları, kişilerin eşit haklara sahip olduğu ve irade özgürlüğüne dayanan hukuki ilişkileri düzenler. Özel hukukun düzenlediği bir hukuki ilişkinin kurulmasında taraflar irade serbestisine sahiptirler. Kamu hukukunun aksine, özel hukuk ilişkisinde taraflar arasında bir üstünlük durumu söz konusu değildir, taraflar eşit konumda ve eşit haklara sahiptirler.^[32] Özel hukuk kişileri gerçek kişiler olabileceği gibi şirketler, ticari şirketler, dernekler, vakıflar gibi tüzel kişiler de olabilir.

Özel hukuk ilişkilerinin kaynağını borç ve alacak ilişkileri oluşturur. TBK ile borcun kaynakları hukuki işlemlerden doğan borçlar, haksız fiillerden doğan borçlar ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar olmak üzere üçe ayrılmıştır. Bu üç temel kaynağın dışında, çeşitli olaylarda doğan borçlar da mevcuttur.^[33]

Kamu alacakları ve diğer alacaklar gibi özel hukuk ilişkilerinden doğan alacaklar da şirketlerin bölünmesinde alacaklılara sağlanan koruma yöntemlerinden yararlanmakta ve hukuk düzeni içerisinde korunmaktadır.

[31] GERÇEK, s.27.

[32] SÜMER, H. Hadi, *Hukuka Giriş Kavramlar ve Kurumlar*, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 73.

[33] AYDOS, O. Sadık, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s.37.

Çalışmamızda genel olarak özel hukuktan kaynaklanan alacakların ve bunların sahiplerinin korunması hususu detaylı olarak ele alınacaktır.

3. İş İlişkisinden Doğan Alacaklar

Ticaret şirketlerinin bünyelerinde personel çalıştırmaları neticesinde bu personel ile şirketler arasında işçi – işveren ilişkisi doğar. Bu ilişki 4857 sayılı İş Kanunu'nun^[34] (İK) 2. maddesi ile “*bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren, işçi ile işveren arasında kurulan ilişkiye iş ilişkisi denir*” şeklinde tanımlanmaktadır. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan iş ilişkisinden doğan alacaklara ücret, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti gibi alacak kalemlerini örnek gösterebiliriz.

Bölünme işlemlerinde, özellikle tam bölünmede borçlu şirketin tüzel kişiliği ortadan kalktığı için borcun muhatabı başka bir tüzel kişilik olur. Bu durum, borçlar hukuku kapsamında borcun nakli anlamını taşımaktadır. Kısmi bölünmede ise, bölünen şirketin küçülmesi söz konusu olduğu için sermaye azaltılması gündeme gelecek ve malvarlığının azalması alacaklı işçilerin alacaklarının tehlikeye düşmesi anlamına gelecektir. Bölünmede, devrolan malvarlığının azalması neticesinde alacaklıların teminatları da azalacağından işçilerin korunması ihtiyacı doğacaktır.^[35] İşte bu korumayı sağlamak için TTK'da birtakım önlemler getirilmiş olup, bölünmede çalışanların korunmasına ilişkin yasal düzenlemelere çalışmamızın ileriki bölümlerinde detaylı olarak yer verilecektir.

C. ALACAKLILARIN KORUNMASINDA GENEL İLKELER

1. Sınırlı Sayı İlkesi

Borçlar hukukuna hâkim ilke olan sözleşme serbestisi ilkesinin aksine şirketler hukukunda genel olarak bu özgürlüğün sınırlandırıldığı ve sınırlı sayı ilkesinin hâkim olduğu görülmektedir. Sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca; bir hukuki ilişkinin tarafları aralarında akdedecekleri sözleşmenin konusunu

[34] 10/6/2003 tarih ve 25134 sayılı T.C. Resmî Gazete.

[35] AKKAŞOĞLU, Şeyma, *Şirketlerde Birleşme, Bölünme veya Tür Değiştirmenin İş Sözleşmelerine Etkisi*, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2017, s.10 (yayımlanmamış yüksek lisans tezi).

ve sözleşmenin tipini serbestçe belirlemekte özgürdüler.^[36] Bunun nedeni hukuki işlem güvenliğinin, alacaklının ve azınlığın korunması gereğidir. Kanun koyucu tüzel kişilik kazanabilecek şirket türlerini sınırlı sayı ilkesine bağlı kalarak düzenlediğinden ticaret şirketi kurmak isteyenler kanunda öngörülmuş olan şirket türlerinden birisini seçmek zorundadır. Şirketle hukuki ilişkiye giren kişiler, bu şirketin kendi türü gereği var olan ve şirket ortakları arasındaki sözleşmeler yoluyla değiştirilemeyecek niteliklere sahip olduğuna güvenmektedir.^[37]

TTK'nın 124. maddesi ile ticaret şirketlerinin; kolektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden ibaret olduğu sayılmış olup, bu hüküm aynı zamanda alacaklıların korunmasına yönelik bir düzenleme olarak da düşünülebilir. Nitekim, sayılan şirketler ile ticari ilişki içerisine girmek isteyen üçüncü kişiler, bu şirketlerin kanunda düzenlenen özelliklerine ve kendilerini koruma altına alan düzenlemelere göre karar vermektedirler. Zira alacaklılar için borçlu şirketin türü, sermayesi, şirketin ve ortaklarının sorumluluğu, şirket ortaklarının ve yöneticilerinin borçlardan ne oranda sorumlu tutulabileceği gibi özel düzenlemeler, içerisine girecekleri ticari ilişkide ne kadar risk alacaklarını göstermektedir. Çünkü TTK'da konunun sınırları ve detayları düzenlenmiş olup, oyunun kuralları önceden belirlenmekle birlikte sonradan bu kuralların değişmesi de söz konusu olmadığı için, böylelikle taraflar açısından genel bir güvence sağlanmış olmaktadır.

Şirketlerin çeşitli ihtiyaçlarından kaynaklı olarak yapı değişikliğine gitme isteklerinden ve bu doğrultuda birleşme, bölünme, tür değiştirme gibi yöntemlerle yeniden yapılandıklarından yukarıda bahsetmiştik. Sınırlı sayı ilkesi kapsamında kanun koyucu, şirketlerin bu yeniden yapılandırma süreçlerini de sınırlamış ve her bir yapılandırma türü için taraf olunabilecek şirketleri kanunda saymıştır. Bölünmede, sınırlı sayı ilkesi uyarınca, hangi şirketlerin hangi şirket türlerine bölünebileceği TTK'nın 160. maddesi ile sayılmış olup ilgili hüküm uyarınca, sermaye şirketleri ve kooperatifler sermaye şirketlerine ve kooperatiflere bölünebileceklerdir. Bu madde, kaynağını İBirk'nın

[36] EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Beta Yayınevi, Ankara, 2003, s. 19.

[37] ÇOŞTAN, Hülya, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklının Korunması (Yeniden Yapılanmada Alacaklının Korunması)*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2009, s. 14.

30. maddesinden almakla birlikte şirketlerinin bölünebilme olanağının çerçevesini “numerus claus” olarak çok sıkı şekilde sınırlandırmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki madde hükmünden her sermaye şirketinin ve kooperatifin yalnızca kendi türleri içerisinde bölünebileceği anlamı çıkarılmamalıdır. TTK'nın 160. maddesine göre;

- Bir anonim şirket; bir limited şirkete, paylı komandit şirkete ya da kooperatife bölünebilir.
- Bir limited şirket; bir anonim şirkete, paylı komandit şirkete veya kooperatife bölünebilir.
- Bir kooperatifin de yine bir kooperatife, anonim yahut limited şirkete bölünmesi mümkündür.^[38]

2. Şirket Mal Varlığının Korunması İlkesi

Sermaye şirketlerinde, alacaklıların korunması prensibi gereği, şirket ortaklarının sınırlı sorumluluğu ilkesi geçerlidir. Bir başka deyişle, alacaklılar, alacaklarını tahsil edemediği takdirde güvence olarak borçlu şirket ortaklarının şahsi mal varlıklarına başvuramamaktadırlar. Alacaklıların başvurabilecekleri güvence kaynakları, şirketin mal varlığı ve şirket pay sahiplerinin şirkette taahhüt ettikleri sermaye miktarıdır. Bu nedenle, şirket mal varlığının korunması ilkesi alacaklıların korunmasında önem arz etmektedir.

Şirketin öz kaynağı, hukuk ve ekonomi alanlarında şirketi, ortakları ve müstakbel alacaklıları koruyucu niteliktedir. Bunun nedeni, şirketin finansmanı ile ilgili hususların, şirketin ödeme gücünü belirlemesidir. Şirketin mal varlığının şirketin borçlarına karşılık oluşturmayan kısmının büyüklüğü ile şirketin kendisine kredi tahsis edenlere sunabileceği teminat arasındaki

[38] PULAŞLI, s. 113.

doğru orantı ise öz kaynakların^[39] sorumluluk ve garanti fonksiyonlarına işaret etmektedir.^[40]

Bölünmede, bölünen şirketin mal varlığını devralan şirket; devraldığı mal varlığının karşılığında, ortaklığın paylarını veya haklarını bölünen şirkete veya bölünen şirket ortaklarına devretmektedir. Bu durumda, mal varlığını devralan ortaklığın, bölünen şirketin ortaklarına ortaklığın paylarını devredebilmesi için çoğu kez sermaye artırımını yaparak yeni pay oluşturması gerekebilmektedir. Bu gerekliliğe ilişkin kanun koyucu TTK'nın 163. maddesi ile bölünmede sermaye artırımını düzenlemiştir. İlgili hüküm uyarınca, devralan şirket sermayesini, devreden şirketin ortaklarının haklarını koruyacak miktarda artırır. Maddenin gerekçesinde; bölünüp devreden şirketin ortaklarının, devralan şirketin veya şirketlerin paylarını iktisabı amacıyla devralan şirketlerin sermaye artırımının çoğu zaman gereklilik olduğu ve bu gerekliliğin devreden şirketin ortaklarının haklarını koruma ölçüsünde ortaya çıkan bir yükümlülük olduğu, bu yükümlülüğün de alacaklıları korumaya yönelik olduğu vurgulanmıştır.^[41]

3. Aleniyet

Şirketler ile ticari ilişki içerisine girecek olan diğer taraf, bu ticari ilişki içerisine girmeden önce ileride yaşayabileceği sorunları ve alacağı riskleri değerlendirebilmek için şirket hakkında bilgi sahibi olmak istemektedir. Bu ilişkide alacaklı taraf kendini korumak amacıyla bilgi alma hakkına sahip olmakta, karşı taraf ise bilgi verme yükümlülüğü altına girmektedir. Ticari ilişkide taraflar arasındaki bu bilgi akışının sağlanabilmesi için önemli

[39] Öz kaynak, *mevcut sistemdeki ortakların katılma paylarının toplamını ifade eden esas sermaye ile primlerden oluşan, ortaklarca oluşturulan sermaye* olarak tanımlanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. MÜLAZIMOĞLU, Mehmet, *Anonim Şirketler Hukukunda Sermayenin Korunması İlkesi*, On İki Levha Yayıncılık, Ankara, 2020; Türk Dil Kurumu öz kaynağı, *hissedarların sermaye olarak işletmeye yatırdıkları varlıklar ile işletmenin dağıtılmayan kârları toplamından oluşan sermaye, diğer bir deyişle şirket varlıkları toplam değerinden borçların düşürülmesiyle hesaplanan net varlıklar* olarak tanımlanmıştır.

[40] ÇOŞTAN, *Yeniden Yapılanmada Alacaklıların Korunması*, s. 18.

[41] Ayrıca bkz. SORGUNOĞLU, M. Buket, *TTK Hükümlerine Göre Ticaret Şirketlerinin Bölünmesinde Alacaklıların Korunması*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013, s. 67 (yayımlanmamış yüksek lisans tezi).

ilkelerden biri olan aleniyet, şirketler tarafından kendi durumları hakkında bilgilendirme amacıyla açıklanmış olan verilerin yayımlanması veya genel bir ifadeyle ulaşılabilirliğinin sağlanması anlamını taşımaktadır.^[42] TTK'da aleniyete ilişkin hükümler^[43] şirketlerin, ticari hayatın güvenini sağlamakta ve hukuki işlem güvenliğini de korumayı amaçlamaktadır.

Alacaklıların aleniyet yoluyla korunması, yalnızca şirketler hukuku konusu olmamakla birlikte, hukuki türleri veya yapıları ne olursa olsun tüm işletme türleri için geçerli olan genel bir ilkedir. Şirketlerin yeniden yapılandırma işlemleri sırasında alacaklıların korunmasında önemli araçlardan biri olan aleniyet, ticaret sicilinin aleniyeti, bilançonun aleniyeti gibi yöntemlerle sağlanabilmektedir.

Ticaret sicilinin aleniyeti, ticari ilişkilerde iyiniyetli üçüncü kişilerin güvenini korumayı amaçlamaktadır. Ticaret Sicil Müdürlükleri nezdinde yapılan tescil işlemleri, Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde yapılan ilanlar şirketlere ilişkin belirli konularda bilgi sağlayarak aleniyeti sağlamada araç olarak kullanılmaktadır. Bilanço ise işletmelerin belli bir tarih aralığında varlıklarının ve kaynaklarının gösterildiği mali tablodur.^[44] Bilançonun, şirketteki faaliyetler ve şirketin mali durumuna ilişkin bilgi veren bir kaynak olması ve alacaklılara güvenilir bilgi sağlaması sebebiyle bilançonun aleniyeti alacaklıların korunmasında önemli bir araçtır. Alacaklıların korunması açısından bakıldığında bilançonun aleniyeti; bilançonun açık ve anlaşılır

[42] ÇOŞTAN, *Yeniden Yapılanmada Alacaklıların Korunması*, s. 19.

[43] TTK m. 339, m. 354, m. 355, m. 455, m. 471 vb.

[44] KARSLIOĞLU, Hasan, *Anonim Şirketlerde Örtülü Kar Dağıtımı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015. s. 73.

olması, kamuya açıklanması^[45] ve uzman denetçiler tarafından denetlenmesi ile ilişkili olarak kendini göstermektedir.^[46]

4. Alacakların Eşitliği ve Önceliği İlkesi

Hukuk sistemimizde ve uluslararası hukukta alacaklıların korunmasında alacaklıların eşitliği ilkesinden hareket edilmektedir.^[47] Buna göre alacaklılar, borcun haksız fiilden ya da sebepsiz zenginleşmeden doğmuş olması yahut herhangi bir hukuki ilişkiden doğmuş olması arasında herhangi bir fark gözetilmeksizin eşit koruma hükümlerinden yararlanabilmektedir. Yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda, kamu alacakları niteliği gereği önceliğe sahip olsa da bu konu alacaklıların sıralanması kapsamına girmekte olup, İcra ve İflas Kanunu hükümleri kapsamında incelenmelidir. Nitekim, şirketler hukukunda alacağın kamu ya da özel alacak niteliğinde olması alacaklılar arasında fark yaratmamaktadır.

Alacaklıların korunmasında bir diğer ilke olan alacaklıların önceliği ilkesi ise, şirket ortaklarının menfaatleri karşısında alacaklıların menfaatlerinin öncelikli tutulmasıdır. Alacaklıların önceliği ilkesinin hukuki temeli, zarar tehlikesine kimin ne ölçüde katlanacağını belirlenmesinde riski engelleme olanağına sahip olup olunmadığının belirleyici olmasıdır. Alacaklı ile

[45] TTK'nın 1524. maddesi uyarınca, "TTK 397. maddesinin dördüncü fıkrasına göre denetime tabi olan sermaye şirketleri, kuruluşlarının ticaret siciline tescili tarihinden itibaren üç ay içinde bir internet sitesi açmak ve bu sitenin belirli bir bölümünü şirketçe kanunen yapılması gereken ilanların yayımlanmasına özgülemek zorundadır. İnternet sitesinde yayımlanacak içerikler, bu Kanunda belli bir süre belirtilmiş ise bu süre içinde, belirtilmemiş ise içeriğin dayandığı işlemin veya olgunun gerçekleştiği tarihten, tescil veya ilana bağlandığı durumlarda ise tescil veya ilan yapıldığı tarihten itibaren en geç beş gün içinde, şirketin kuruluşundan internet sitesi açılıncaya kadar geçen sürede yayımlanması gereken içerikler de bu sitenin açıldığı tarihte siteye konulur". Bu kapsamda, bölünmeye katılan şirketlerden denetime tabi olan sermaye şirketleri tarafından, TTK madde 171 uyarınca bölünme sözleşmesi veya planı, bölünme raporu, son üç yılın finansal tabloları ile yıllık faaliyet raporları ve varsa ara bilançoları üzerinde inceleme yapma hakkına işaret eden ve bu belgelerin nereye tevdi edildiklerine ve nerelerde incelemeye hazır tutulduklarına dair ilan, bölünme kararının alındığı tarihten iki ay önce internet sitesine konur (Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitelerine Dair Yönetmelik m. 6/3-ç).

[46] ÇOŞTAN, *Yeniden Yapılanmada Alacaklıların Korunması*, s. 22.

[47] ÇOŞTAN, *Yeniden Yapılanmada Alacaklıların Korunması*, s. 13.

ortak arasındaki bu ayırım, şirket işleri hakkında bilgi edinme ve şirketin kararlarına etki imkanına sahip ortakların bu nedenle sorumlu tutulması gerekliliği karşısında alacaklıların şirket işleyişi hakkında aynı ölçüde bilgi sahibi olma ve şirket işlerine etki etme olanağından yoksun olmasından kaynaklanmaktadır.^[48] Bunun yanı sıra, alacaklıların önceliği ilkesi, şirketlerin mali başarısızlıklarından ve piyasadaki belirsizliklerden kaynaklanabilecek risklerin alacaklıların sırtına yüklenmesini engelleyici rol oynayan önemli bir ilkedir.

5. İnceleme ve Bilgi Alma Hakkı

Bölünmede inceleme ve bilgi alma hakkını düzenleyen TTK'nın 171. madde hükmü uyarınca, "bölünmeye katılan şirketlerden her biri, genel kurulun kararından iki ay önce, merkezlerinde; halka açık anonim şirketler ise ayrıca Sermaye Piyasası Kurulu'nun uygun gördüğü yerlerde;

- Bölünme sözleşmesini veya bölünme planını,
- Bölünme raporunu,
- Son üç yılın finansal tabloları ile faaliyet raporlarını ve varsa ara bilançoları inceleme hakkına sahiptir."

Bununla birlikte, maddenin dördüncü fıkrasına göre, bölünmeye katılan şirketlerden her biri, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde; sermaye şirketleri ayrıca varsa internet sitelerinde inceleme yapma haklarına işaret eden bir ilan yayımlarlar.

Maddenin lafzından yalnızca bölünmeye katılan şirketlerin inceleme hakkına sahip olacağı anlaşılrsa da madde gerekçesinin,^[49] 149. madde gerekçesine yapmış olduğu atıf ile inceleme hakkının sadece ortaklara değil, daha geniş bir menfaat çevresine tanınmış olduğu ve söz konusu belgelerin (varsa) basılı şekillerinin aynı menfaat sahiplerine verilmesi gerektiği öngörülmüştür.^[50] Böylelikle doğrudan alacaklılara bu hak sağlanmış olup, alacaklıların bölünme işlemi sonrasında haklarının güvenliği konusunda tüm detaylı bilgilere sahip olmaları sağlanmak istenmiştir.

[48] ÇOŞTAN, *Yeniden Yapılanmada Alacaklıların Korunması*, s. 13.

[49] TTK madde 171 gerekçesi.

[50] TTK madde 171 gerekçesi.

TTK'nın 171. ve 149. madde hükümlerinin gerekçesinde açıkça belirtildiği üzere, bölünmede inceleme ve bilgi alma hakkı geniş yorumlanmalı; yalnızca bölünmeye katılan şirketlere değil, bölünmeye katılan şirketlerden menfaati olan kişilere de sağlanmalıdır. Bu kapsamda, bölünmeye katılan şirket alacaklılarının da inceleme ve bilgi alma hakkından yararlanması gerektiği alacaklıların korunmasının bir gereği kabul edilmelidir.^[51] Ancak, TTK'nın 149. maddesinin beşinci fıkrasında ve 171. maddesinin ikinci fıkrasında tüm ortakların onaylaması halinde küçük ve orta ölçekli şirketlerin inceleme hakkından vazgeçebileceği düzenlenmektedir. Maddeler birlikte değerlendirildiğinde küçük ve ortaklı ölçekli şirketler yönünden ortakların tercihinin menfaat sahiplerinin inceleme hakkını da etkilediği ve hatta ortadan kaldırdığı sonucu çıkmaktadır. Küçük ve orta ölçekli şirketlerin daha hızlı ve masrafsız bir şekilde bölünmesine olanak sağlayan inceleme hakkına ilişkin bu düzenlemenin alacaklıların menfaatlerini gözetmediği kanaatindeyiz.

Alacaklıların inceleme hakkının diğer hukuk sistemlerinde ne şekilde düzenlendiğine bakıldığında, TTK'da yer alan düzenlenmenin, İBirk'daki hükümlere göre bazı farklılıklar arz ettiği görülmektedir. Alacaklıların inceleme hakkına ilişkin İBirk'da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Zira İBirk'nın 41. maddesi ve devamı uyarınca, yalnızca bölünmeye katılan şirketlerin pay sahiplerinin, şirket merkezinde genel kurul kararından iki ay önce inceleme hakkını kullanabilecekleri hükme bağlanmıştır.^[52] Söz konusu madde uyarınca, bölünme sözleşmesinin ya da planının, bölünme ve denetim raporunun, son üç yıla ilişkin yıllık hesapların, faaliyet raporlarının ve ara bilanço düzenlenmesi halinde ara bilançonun incelemeye hazır bulundurulması gerekmekte olup, inceleme hakkının kullanılabilmesi hususunun da her bir ortaklık bakımından ayrı ayrı Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilan edilerek duyurulması gerekmektedir.

[51] HANDSCHİN, Lukas, *Fusionsgesetz (Fusg): Das Wichtigste In Kürze*, 2008.

[52] İBirk m. 41 vd.

III. ALACAKLILARIN KORUNMASI YÖNTEMLERİ

A. ALACAKLILARIN TEMİNAT YOLUYLA KORUNMASI

1. Koruma Kapsamındaki Alacaklar

Bölünmede alacaklıların korunmasına ilişkin TTK'nın 174. maddesi vd. hükümleri ile düzenlenen alacaklıların korunması kavramında bahsi geçen alacaklılar, çalışmamızın I. Bölümünde detaylı olarak izah edilen tüm alacaklılardır. Nitekim, şirketler hukukunda alacaklıların hukuki statüsü fark etmeksizin, alacaklıların eşitliği ilkesinin hâkim olduğundan yukarıda bahsetmiştik. Bu doğrultuda bölünecek şirkette, bölünmeden önce hak sahipliği doğmuş olan gerek kamu hukuku gerekse de özel hukuk ilişkisinden doğan alacaklılar, intifa senedi sahipleri, borçlanma senedi sahipleri, şirket çalışanları gibi pek çok alacaklı grubu bu korumadan yararlanma hakkına sahip olacaktır.

Devralma yoluyla bölünmede, devralan ortaklığın alacaklı sayısı artmakta ve devralan ortaklığın mevcut alacaklıları, haklarının ihlali tehlikesi ile karşı karşıya kalmaktadır. Devreden şirketlerde olduğu gibi, devralan şirketlerin alacaklıları da koruma kapsamından yararlanmaktadır. TTK'nın bölünmede alacaklıların korunmasına ilişkin hükümleri hem devreden hem de devralan ortaklığın tüm alacaklılarını korumaya yönelik olarak düzenlenmiş, korunacak alacaklıların tespitinde herhangi bir ayırım yapmamıştır.^[53]

TTK'da hangi alacakların koruma kapsamında olduğu açıkça hüküm altına alınmamış olsa da teminat talep eden tüm alacaklılara teminat sağlanması gerektiği kabul edilmelidir. Burada önem arz eden bir husus çekişmeli alacakların korumadan yararlanıp yararlanamayacağı konusudur. Çekişmeli alacaklar için de talepte bulunulması halinde teminat gösterilmesi ve bu alacaklılar için de koruma sağlanması gerektiği kanaatindeyiz.^[54] Nitekim, çekişmeli alacaklar yargılamaya konu edilmiş ise, yargılama sonucunun beklenmesi veya çekişmenin çözüme kavuşturulması sürecinde geçecek sürede TTK'nın 175. maddesi ile düzenlenen teminat süresinin kaçırılması ihtimalinin varlığı, çekişmenin sonucunda gerçekten alacaklı olduğu ispatlanan alacaklılar açısından hak kaybına sebebiyet verecektir. Bunun yanı sıra, çekişmeli alacakların koruma kapsamında değerlendirilmemesi

[53] SORGUNOĞLU, s. 40.

[54] Aynı yönde bkz. ÇOŞTAN, *Yeniden Yapılanmada Alacaklıların Korunması*, s. 156.

halinde bölünmeye katılacak şirketler, söz konusu alacak bakımından çekişme yaratarak teminat gösterme yükümlülüğünden kurtulabilirler. Ancak, bir alacağın, TTK'nın 175. maddesi kapsamında "alacak" kabul edilebilmesi için varlığının en azından inandırıcı bir şekilde ispatlanabilir ve hayatın olağan akışına uygun olması gerekir.^[55]

Koruma kapsamına girip girmediği TTK hükümleri uyarınca açık olmayan bir diğer konu muaccel alacaklardır. İsviçre öğretisinde, muaccel alacakların teminat altına alınmasının istenemeyeceği, çünkü bu durumda alacaklının ödeme talebinde bulunabileceği kabul edilmektedir.^[56] Türk öğretisinde ise *Çoştan*, bölünmenin tescilinden önce muaccel olan alacaklıların teminat isteyemeyeceği^[57] görüşündedir. Bize göre, TTK'nın 175. maddesi hükmünde açıkça bu şekilde bir düzenleme yer almadığından, muaccel alacakların da korumadan yararlandırılması hakkaniyetli olacaktır.

Koruma kapsamındaki alacaklara ilişkin tartışmalı konulardan bir diğeri de alacakların ne zaman doğmuş olduğu meselesidir. Bu konuda *Çebi*^[58] yalnızca çağrıdan önce doğmuş alacakların korumadan yararlandırılması gerektiğini savunmaktadır. *Çoştan ve Erdem*^[59] ise, bölünmenin TTK'nın 174. maddesi uyarınca ticaret siciline tescille geçerlilik kazanacağından bahisle tescilden önceki süreçte doğan alacakların da koruma kapsamından yararlandırılması gerektiği görüşündedir. Bize göre de çağrı sürecinde ve tescilden önceki süreçte doğan alacaklıların da hakkının korunması hakkaniyete daha uygun olacağından, bölünmenin hukuken geçerlilik kazandığı ticaret sicilde, tescil anına kadar doğmuş tüm alacaklar koruma kapsamından yararlandırılmalıdır.

Tescil ile ilan arasından geçen sürede doğan alacaklar bakımından da öğretilerde fikir birliği bulunmamaktadır. Tam bölünmenin tesciliyle birlikte

[55] KAYALI, s. 284.

[56] KAYALI, s. 284.

[57] ÇOŞTAN, *Yeniden Yapılanmada Alacaklının Korunması*, s. 149; Aynı yönde bkz. ERDEM, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması*, s. 323.

[58] ÇEBİ, Hakan, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkların Bölünmesi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 260.

[59] ÇOŞTAN, *Yeniden Yapılanmada Alacaklının Korunması*, s. 135; ERDEM, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması*, s. 321.

bölünen şirketin envanterinde yer alan ilgili aktifler ve pasifler devralan şirketlere geçeceğinden ve tam bölünmede bölünen şirket infisah edeceğinden, alacaklıların teminat talebiyle bölünen şirkete başvurmaları fiilen mümkün olmayacaktır. Bu durumda tescil ile ilan arasında geçen sürede bölünmeden haberdar olmaksızın bölünen şirketle işlem yapmış alacaklıların haklarının nasıl korunacağı sorunu doğmaktadır.^[60] Ticaret sicili kayıtlarının üçüncü kişiler hakkında tescilin ilan edildiği günü izleyen iş gününden itibaren hukuki sonuçlarını doğuracağını düzenleyen TTK'nın 36. maddesi hükmü uyarınca *Çoştan*^[61], henüz ilan edilmemiş bölünmenin bunu bilmeyen alacaklıya karşı ileri sürülemeyeceğini ve dolayısıyla bölünmenin tescilinden sonra doğan talepler için de teminat isteminde bulunulabileceğini savunmaktadır. *Erdem*'e göre ise TTK'nın 179. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, bölünme ticaret siciline tescille geçerlilik kazanır ve TTK'nın 36. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, bir hususun tescil ile derhâl üçüncü kişiler hakkında sonuç doğuracağına veya sürelerin derhâl işleyeceğine ilişkin özel hükümler saklıdır. TTK'nın 179'uncu ve 36'ncı maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, TTK 179. madde hükmü bölünmenin tescille hukuki geçerlilik kazanacağını açıkça düzenlediğinden TTK 36. madde hükmü bölünmede uygulama alanı bulamayacaktır. Böylelikle, TTK'nın 175. maddesinin ikinci fıkrası ile düzenlenen bölünmede alacaklıların alacaklarının tehlikeye düşmediğinin kanıtlanması durumunda teminat verme yükümlülüğü ortadan kalkacaktır.^[62] Bize göre de bölünme tescil ile geçerlilik kazanacağından tescil ile ilan arasında geçen sürede doğan alacakların koruma kapsamında değerlendirilmemesi yerinde olacaktır.

[60] ERDEM, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması*, s. 321.

[61] ÇOŞTAN, *Yeniden Yapılanmada Alacaklıların Korunması*, s. 137.

[62] ERDEM, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması*, s. 321 (Yazara göre, bölünme kararı alınmadan önce alacaklılara çağrı yapıldığına göre, sırf bölünmenin henüz ilan edilmemiş olması nedeniyle alacaklıların bundan tamamen habersiz sayılması hakkaniyete aykırı olacaktır. Üstelik alacaklılara çağrı, yalnızca Türkiye Ticaret Sicili Gazetesinde ilan yoluyla değil, internet sitesi kurma zorunluluğunda olan şirketler açısından internet sitesinde de yapılmaktadır).

2. Alacaklılara Çağrı

TTK'nın 174. maddesi ile alacaklılara çağrının ne şekilde yapılacağı düzenlenmiş olup, ilgili hükme göre, "bölünmeye katılan şirketlerin alacaklıları, Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde, yedişer gün aralıklarla üç defa yapılacak ilanla ve sermaye şirketlerinde ayrıca internet sitesine de konulacak ilanla, alacaklarını bildirmeye ve teminat verilmesi için istemde bulunmaya çağrılırlar". Devreden ve devralan şirketlerin alacaklıları aynı ilanlarla çağrılır. Devralma yoluyla bölünmede çağrının hem bölünen hem devralan şirket tarafından yapılması gerekirken, yeni kuruluş yoluyla bölünmede devralan şirket bölünme ile kurulacağı için bu şirketin ilan yapması söz konusu olmaz.^[63]

26/6/2012 tarihli ve 6335 sayılı Kanun'un^[64] 41. maddesiyle, TTK'nın 174. maddesinin eski düzenlemesinde yer alan "*tirajı elli binin üstünde olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan en az üç gazetede*" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Bu ifadenin kaldırılmasının, alacaklıların korunması amacına aykırı olduğu ve çağrının daha fazla alacaklıya ulaşmasını engellediği görüşündeyiz.^[65] Nitekim Ticaret Sicil Gazetesi yalnızca şirket faaliyetleri yürüten kişiler tarafından takip edilen bir gazete olup günlük hayatta sürekli kontrol edilen ve incelenen bir gazete olmadığından yurt düzeyinde dağıtımı yapılan gazetelere göre takibi zor bir gazetedir. Ancak yürürlükten kaldırılan madde ibaresinde geçtiği üzere, tirajı elli binin üstünde olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan gazeteler takibi daha kolay ve özellikle tacir olmayan alacaklılar açısından gündelik hayatta daha ulaşılabilir niteliktedir. Dolayısıyla eski madde düzenlemesinin alacaklıların korunmasının amacına hizmet eden daha hakkaniyetli bir uygulama olduğu kanaatindeyiz.

TTK'da çağrının ne zaman yapılması gerektiğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, 175. madde ile bölünmeye katılan şirketlere ilanların yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde, istemde bulunan alacaklıların alacaklarını teminat altına almak zorunluluğu getirilmiştir. Bu kapsamda, alacaklıların alacaklarının teminat altına alınması için, çağrının bölünmenin tescilinden en az üç ay önce yapılması ve alacaklılara teminat talep

[63] ERDEM, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması*, s. 324.

[64] 30/06/2012 tarihli 28339 sayılı T.C. Resmî Gazete.

[65] Benzer yönde görüş için bkz. ERDEM, s. 325.

edebilmeleri için üç aylık süre verilmesi kanundan doğan bir zorunluluktur. Ancak bu hususta, uygulamada da sıklıkla sorunlara neden olan husus, üç aylık sürenin alacaklıların teminat talep etme hakkına ilişkin verilen bir süre olması, ancak kanunda borçlu şirkete bu teminatın sağlanması için ek süre tanınmamış olmasıdır. Üç aylık sürenin dolmasına yakın bir tarihte alacağının teminatı talebinde bulunan alacaklılar bakımından, borçlu şirketlerin teminat sağlamak için yeterli süreleri kalmamakta ve bu durum alacaklılar açısından hak kayıplarına neden olmaktadır. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, alacaklılara çağrının zamanına ilişkin kanunda açık bir düzenleme yapılması gereği açıktır.

Alacaklılara yapılan çağrı, alacaklılar açısından bir yükümlülük doğurmakla birlikte, alacaklılara teminat talep etme hakkı tanımaktadır. Ancak TTK'nın 175. maddesi ile düzenlenen üç aylık süre, hak düşürücü süre niteliğinde olup süresi içerisinde teminat talep etmeyen alacaklılar, alacakları için teminat talep etme haklarını yitireceklerdir. Alacaklıların genel hükümler uyarınca sahip olduğu ve alacaklarının müteselsil sorumluluk vasıtasıyla korunmasına ilişkin hakları elbette saklı kalacaktır.^[66]

3. Bölünmeye Katılan Şirketlerin Teminat Verme Yükümlülüğü

TTK'nın 175. maddesi hükmü uyarınca istemde bulunan alacaklıların alacakları teminat altına alınır. Bölünmede alacaklıların korunmasına ilişkin TTK'nın 174. ve 175. maddelerinde, teminatın bölünmenin hukuken geçerlilik kazanmasından önce ya da sonra mı gösterileceği açıkça belirtilmemiştir. Ancak TTK'nın 173. maddesinde, 175. maddede öngörülen teminatın sağlanmasından sonra, bölünmeye katılan şirketlerin yönetim organlarının bölünme sözleşmesini veya planını genel kurula sunacağı hükme bağlanmıştır.^[67] Bölünmenin genel kurala sunulması ancak, alacaklıların alacaklarının teminat altına alınması veya bu alacakların tehlikeye düşmediğinin ispatından sonra mümkündür. Teminat altına alınması gereken borçlar varsa bunlar teminat altına alınmadan veya teminat için öngörülen üç aylık süre dolmadan, genel kurul bölünme kararı alamaz (TTK m.173, 175). Bu hüküm emredici nitelikte bir hüküm olup, diğer yeniden yapılandırma yöntemlerine kıyasla bölünmede alacaklıların daha fazla korunması gereği bu

[66] ERDEM, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması*, s. 326.

[67] ÇOŞTAN, *Yeniden Yapılanmada Alacaklıların Korunması*, s. 204.

şekilde karşılanmıştır. Ancak yeminli mali müşavir, serbest muhasebeci mali müşavir veya denetçi raporunda, tüm alacakların teminat altına alındığının veya alacaklıların alacaklarının tehlikeye düşmediğinin ispatlanması halinde, üç aylık teminat süresi beklenmeden genel kurulda bölünme kararı alınabilir.^[68] Esasında burada da alacakların şirketin malvarlığı ile zaten korunmuş olduğunun raporlanması ile fiilen teminata gerek kalmaması nedeniyle, kanundaki ilgili hükümlerin amacına uygun hareket edilmiş olmaktadır.

6335 sayılı Kanun'un 41. maddesiyle TTK'nın 175. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*bir işlem denetçisinin raporuyla*" ibaresi madde metninden çıkarılmış ve maddede yapılan bu değişiklikle alacakların tehlikeye düşmediğinin ispatının bir işlem denetçisinin raporuna bağlanması kuralı kaldırılmıştır. Uygulamada, alacaklıların haklarının tehlikeye düşmediği hususunun mal varlığı bölümlerinin değerlerinin tespitine ve bölünen şirketin kalan net mal varlığının şirket borçlarını ödemeye yeterli olduğuna ilişkin yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir raporu ile tevsiki halinde, üç aylık teminat süresinin beklenmediği görülmektedir. Bunun yanı sıra, yine uygulamada, üç aylık süre boyunca geçerli ve en az azaltılan sermaye kadar teminat sağlanmasının teminat süresi beklenmeksizin bölünmenin yapılabilmesi için yeterli kabul edildiği görülmektedir.^[69] Bu kapsamda bölünmede alacaklıların korunmasına ilişkin teminat gösterme yükümlülüğünün, uygulamada bu şekilde mali raporlar ile ispatlanarak ortaya konulmasının kanunun alacaklıları koruyucu düzenlemelerine zarar vermediği ve alacaklıların haklarının korunmasında bir sorun teşkil etmeyeceği kanaatindeyiz.

Teminat talebinde bulunma hakkına sahip alacaklılar, teminat talebinde bulunup bulunmamakta serbesttir. Ancak, TTK'da teminatın istemesine ilişkin herhangi bir şekil şartı düzenlenmemekle birlikte, teminat talebinin açık ve anlaşılır olması yeterlidir. TTK'nın 174'üncü maddesi ile düzenlenen ilanların ardından üç ay içerisinde alacaklılar, teminat taleplerini borçlu şirkete istedikleri şekilde iletebilmektedir. TTK'da teminat talebinin hiçbir koşula bağlanmamasının amacı, alacaklıların teminat talep etme süresini kaçırmamasının ve bu hakkını kullanırken herhangi bir zorlukla karşılaşmasının

[68] KOCAER, Şenol, *Şirket Yeniden Yapılandırılmaları*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 162.

[69] KOCAER, s. 163.

önlenmesidir. Bölünme sürecine etki hakkı olmayan alacaklının, hakkı olan teminatı talep etmek için çeşitli hukuki ve mali külfetlere katılmak zorunda kalması kanun koyucunun, alacaklıların korunması amacına ters düşecektir.^[70] Bu nedenle alacaklı hiçbir şarta bağlı olmadan ve olabilecek en basit yöntemle teminat isteyebilmelidir. Ancak, alacaklı tarafından talebin sözlü olarak yapılması halinde, herhangi bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda ispat sorunu ortaya çıkacağından bu talebin usul hukuku gözetilerek yazılı olarak yapılmasının uygun olacağı kanaatindeyiz. Talepte bulunmayan alacaklılar ise, güvence sağlanmasını isteme haklarını yitirmekle birlikte, bu durum alacak haklarını zedelemeyecektir.^[71]

İBirK uyarınca ise, TTK'da yer alan düzenlemeye göre süre bakımından bir farklılık olduğu dikkat çekmektedir. İBirK'nın 46. maddesi uyarınca, bölünmeye katılan şirketler, alacaklıların bu yöndeki talebi üzerine takip eden iki ay içinde alacaklıların alacaklarını güvence altına almak zorundadır. TTK'nın 175. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne paralel olarak İBirK'da yer alan düzenleme uyarınca, şirketlerin alacaklarının bölünmede tehlikeye düşmeyeceğini kanıtlayabilmesi halinde bu yükümlülüğü ortadan kalkacaktır. Bir diğer seçenek olarak ise, diğer şirket alacaklılarının haklarını tehlikeye düşürmemek koşuluyla, taleplerini karşılayabileceği öngörülmüştür. Türk hukukunda benzer düzenlemeye TTK'nın 175. maddesinin üçüncü fıkrası ile yer verildiği görülmektedir.

Bununla birlikte, İBirK ile ancak yukarıda belirtilen hükümler doğrultusunda alacaklıların hak ve taleplerinin teminat altına alınmış olması halinde, şirket genel kurulu tarafından bölünmeye ilişkin karar verileceği düzenlenmiş olup, bu kanuni düzenlemenin alacaklıların korunmasını ne kadar önemseydiği bir kez daha görülmektedir. İsviçre hukukuna paralel olarak, bölünme kararının ancak teminatın sağlanmasından sonra alınabileceğine ilişkin TTK'nın 173. maddesinin birinci fıkrası hükmü, Türk hukukunda alacaklıların korunması müessesine verilen önemin bir göstergesidir.

[70] ERDEM, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması*, s. 327.

[71] KOCAER, s. 163.

3.1. Teminatın Türü, Miktarı ve Seçim Hakkı

Bölünmeye katılan şirketler tarafından sağlanacak teminatın türü, şekli veya miktarı hakkında kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanun koyucu bu hususta alacaklıya açıkça bir seçim hakkı tanımadığından, borçlu şirketin uygun gördüğü şekilde teminat göstermekte serbest olduğu kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra, teminat talebinin kanunda belirli bir şekilde bağlanmaması da teminatın şekle tabi olmadığı sonucunu doğurmaktadır. Ancak, teminat talebinin ispat kolaylığı açısından yazılı yapılmasında, özellikle alacaklının kimliği ve teminat altına alınacak alacağa ilişkin bilgilerin teminat talebinde belirtilmesinde fayda bulunmaktadır.^[72]

Teminatın türüne ilişkin, TTK'nın 175. maddesi lafzı da teminatın türünü belirleme konusundaki seçicilik hakkın, borçlu şirketin yönetimine ait olduğu şeklinde anlaşılmaya daha uygundur. Tüm alacaklar için aynı türde teminat gösterilmesi şart olmayıp, borçlu şirketin yönetim organları tarafından teminatın türü belirlenebilir. Teminatın türünün belirlenmesinde seçim hakkının borçlu şirkete ait olduğu kabul edilse de cebri icra aşamasında seçim hakkı alacaklıya geçmektedir. Bir diğer ifadeyle, teminat gösterilmemesi nedeniyle cebri icraya başvuran alacaklı teminatın türüne de karar verebilecektir.^[73] Borçlu şirket tarafından sağlanacak bu teminatlar aynı veya şahsi olabileceği gibi, teminat veren şirketin kendisine veya üçüncü kişilere ait olabilirken, üçüncü kişiler tarafından garanti veya kefalet de verilebilir. Bu aşamada söz konusu teminatın mutlaka banka teminat mektubu veya ipotek şeklinde ortaklığın güvenilirliğini etkileyen bir teminat türü olmasına gerek yoktur.^[74]

Alacaklılara teminat verilmiş ise, TMK madde 866 hükmünün özel bir uygulama şekli olan TMK'nın 175. maddesine göre alacaklılar teminatın yetersiz kalması halinde ek teminat talep edebilirler. Teminatın bütün alacaklıları kapsayacak şekilde genel olarak verilmesinin önünde de kanunen

[72] KAYALI, s. 289.

[73] KURU, Baki, "Teminat Alacaklıları İçin İlamsız İcra Takibi Yapılması", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Y.1976, C.3 S.8, Ankara, s. 34.

[74] KEŞLİ, Ahmet ve KARAHAN, Sami (Ed.), *Şirketler Hukuku*, Mimoza Yayınları, İstanbul, 2012, s. 218.

herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Teminatın yeterliliği veya uygunluğu ile ilgili doğabilecek uyuşmazlıklarda mahkemeye başvurulabilir.^[75]

Bölünmenin miktarına ilişkin *Çoştan*, bölünmeye katılan şirketlerin ağır teminat yükleri altında ezilmesinin önlenmesi için teminat miktarının sınırlandırılması gerektiği görüşündedir.^[76] Biz de bu görüşe katılmaktayız. Nitekim, bölünmede bir yandan alacakların menfaatleri gözetilirken diğer yandan bölünmeye katılan şirketlere ağır teminat yükümlülüğü yüklenmemeli, bölünmeye katılan şirketler ile alacaklılar arasındaki bu menfaat dengesi korunmalıdır. Bir yandan teminat verme yükümlülüğü bölünme işlemini anlamsız kılmamalı, öte yandan bölünme alacaklıların haklarını kullanmalarını engellememelidir.^[77]

4. Borçlunun Teminat Göstermekten Kaçınması

Bölünmede alacakların teminat altına alınması yükümlülüğünün istisnası, bölünme işlemi sonunda alacaklıların alacaklarının tehlikeye düşmediklerinin ispatlanmasıdır. Nitekim TTK madde 175'in ikinci fıkrası ile alacaklıların alacaklarının tehlikeye düşmediğinin ispatı hâlinde, teminat altına alma yükümlülüğünün ortadan kalkacağı düzenlenmiştir. Maddede bahsi geçen ispat yükü, kendisinden alacağın temini talep edilen şirkettedir. Bir başka ifadeyle borçlu şirket, bölünme ile tehlike arasında illiyet bağı olmadığını ispatla yükümlüdür. Bunun nedeni, sadece borçlu şirketin mali durumunu ortaya koyabilecek durumda olmasıdır.^[78]

Teminat gösterilmesi talep edilen her alacak için, alacağın tehlikeye düşmediği ispatlanmalıdır. Şirketin teminat göstermemesi halinde alacaklıların icra veya dava yoluna başvurma hakkı saklıdır. Bununla birlikte, şirketin çekişmeli bir alacak için teminat göstermeyi reddetmesi halinde de çekişmeli alacak hakkı sahibinin dava yoluna başvuru hakkı mevcut olup bu nedenle açılacak davada ise teminata elverişli bir alacağın mevcut olmadığını ispat yükü şirkette olacaktır. Davacının, alacağının varlığına inandırması yeterlidir.

[75] POROY, Reha, TEKİNALP, Ünal ve ÇAMOĞLU, Ersin, *Ortaklıklar Hukuku II*, Güncellenmiş Yeniden Yazılmış 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 187.

[76] ÇOŞTAN, *Yeniden Yapılanmada Alacaklıların Korunması*, s. 211.

[77] KAYALI, s. 290.

[78] KAYALI, s. 291.

Zira, çekişmeli alacaklar için de kural olarak borçlu şirket teminat göstermekle yükümlüdür.^[79]

Alacağın ifasının bölünme dolayısıyla tehlikeye düşmediğinin ispatı kolay olmamakla birlikte, TTK'da ispat yöntemine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Borçlu şirket, net mal varlığının tüm alacakları karşılamaya yettiğini ispatla yetinmemelidir. Özellikle, bölünmenin farklı türde şirketler arasında gerçekleşmesi halinde (örneğin, bir kooperatif ile anonim şirketin bölünmeye katılması halinde), borçlu şirket ödeme gücünün tehlikeye düşmediğini açıkça ortaya koymalıdır. Alacağın bölünme dolayısıyla tehlikeye düşmediğinin ispatında, yıllık veya ara bilanço ya da diğer yöntemler (örneğin, bir bankacı, danışman görüşü alınması) araç olarak kullanılabilir. Bununla birlikte, bölünme raporunda bölünmenin, bölünmeye katılan şirketlerin alacaklıları üzerindeki etkileri açıklandığından, bölünme raporu da ispat aracı olarak kullanılabilir.^[80]

B. MÜTESELSİL SORUMLULUK YOLUYLA KORUMA

Bölünmeye katılan şirketlerin müteselsil sorumluluğu yoluyla alacaklıların korunmasının amacı, bölünen şirketin malvarlığının bölümlere ayrılarak devredilmesinin alacaklılar açısından yarattığı tehlike kapsamında alacaklılara sağlanan teminatın yanında ek bir koruma sağlamaktır. Esasında böylelikle dolaylı olarak, bölünmeye katılan şirketler ile alacaklılar arasındaki menfaat dengesinin korunması amaçlanmaktadır.

TTK'nın 176. maddesinde bölünmeye katılan şirketlerin ikinci dereceden müteselsil sorumluluğu ve ikinci dereceden sorumlu şirketlere başvuru için gerekli koşullar düzenlenmiştir.^[81] TTK'nın 176. maddesi ile getirilen bu düzenleme, bölünmenin geçerlilik kazanmasından önceki dönemde alacaklıların korunması amacıyla hizmet etmektedir. Gerçekten de TTK'nın 176. maddesi ile getirilen bu düzenleme, bölünmenin hukuki geçerlilik kazanmasından önceki dönemde alacaklıların korunmasını hedefleyen TTK'nın 174. ve 175. maddelerini tamamlayıcı bir nitelik taşıırken; TTK'nın 177.

[79] ÇOŞTAN, *Yeniden Yapılanmada Alacaklıların Korunması*, s. 212.

[80] KAYALI, s. 293.

[81] Konuya ilişkin Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi E. 2016/11060 K. 2017/967 T. 8.2.2017; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi E. 2018/3295 K. 2018/6127 T. 30.5.2018, <https://lib.kazanci.com.tr>, (Erişim Tarihi: 15.06.2021).

maddesi ile bölünmenin geçerlilik kazanmasından sonraki dönemde alacaklıların korunmasına hizmet etmektedir.^[82]

1. Birinci Derece ve İkinci Derece Sorumluluk

TTK'nın 176. maddesinin birinci fıkrası ile düzenlenen tanıma göre, “bölünme sözleşmesi veya bölünme planıyla kendisine borç tahsis edilen şirket birinci derecede sorumlu şirkettir”. Kısmi bölünme açısından devralan şirket, kendisine yüklenen borçlar açısından birinci derece, bölünen şirket ise bu borçlar açısından ikinci derece müteselsil sorumlu olur.^[83] Tam bölünmede ise bölünen şirket infisah ettiğinden sorumluluğu ortadan kalkar ve her bir devralan şirket ise kendisine yüklenen borçlar açısından birinci, bölünmeye katılan diğer şirketlere yüklenen borçlar açısından ikinci derece müteselsil sorumlu olur. Birinci derece sorumlu şirket alacaklıların alacaklarını ifa edemezse, TTK'nın 176. maddesinin ikinci fıkrası ile düzenlenen şartların da yerine gelmesiyle bölünmeye katılan diğer şirketler, ikinci derecede sorumlu şirketler olarak kabul edilirler ve söz konusu borçlardan müteselsil sorumlu olurlar.^[84]

TTK'nın 176. maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere, bölünme sözleşmesi veya planına göre, bölünen şirketin bazı borçları, bölünmeye katılan şirketlerden birine devredilmişse yani borcun o devralan şirket tarafından ödenmesi gerekiyorsa fakat ödenmemişse, bölünmeye katılan diğer şirketlerin bu ödenmeyen borçlarından müteselsil sorumlu olurlar.^[85] Borcu ödemekle yükümlü olan şirket ise bu borçtan birinci derecede sorumludur. Çünkü bölünmede, aktif pasif gruplaştırmasında, borç ona intikal etmiştir. Birinci derece sorumlu şirkete başvurmadan ikinci derecede sorumlu diğer şirketlere başvuru yapılamaz.^[86]

[82] KAYALI, s. 294.

[83] ERDEM, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması*, s. 336.

[84] ERDEM, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması*, s. 336.

[85] TTK madde 176 gerekçesi.

[86] TTK madde 176 gerekçesi.

1.1. İkinci Dereceden Müteselsil Sorumlu Şirketlere Başvuru ve Koşulları

İkinci dereceden müteselsil sorumluluğa konu yükümlülükler bölünmenin ilanından önce doğmuş olmalıdır. Alacaklının talebinin sözleşmeden veya kanundan doğmuş olması ya da aynı nitelik taşıması fark yaratmamaktadır. Alacaklıların bildirimde bulunmamış olması ise asli borçlunun değişmesine onay verdikleri anlamını taşımamaktadır.^[87] Nitekim TTK'nın 176. maddesinin ikinci fıkrası ile düzenlenen şartların gerçekleşmesi ile alacaklılar, borcun tümünü veya bir kısmını ikinci dereceden sorumlu şirketlerin herhangi birisinden talep etme hakkına sahiptir.

Bölünmede alacaklıları korunmaya yönelik düzenlemeler kapsamında, bölünmeye katılan şirket alacaklılarının teminat talep etme hakkından yukarıda bahsetmiştik. Bölünmeye katılan şirketlerin müteselsil sorumluluğuna gidilebilmesi için ilk şart söz konusu alacağın teminata bağlanmamış olmasıdır. Alacak teminata bağlanmışsa bile, teminatın yetersiz olması, teminatın paraya çevrilebilmesi ancak borcu karşılamaması halinde, ikincil sorumluluğun teminatın karşılayamadığı kısımla sınırlı olmak üzere doğacağı kabul edilmektedir.^[88] Bununla birlikte, teminatın borcu karşılamayacağıının anlaşılması halinde de bölünmeye katılan şirketlerin müteselsil sorumluluğundan bahsedilebilecektir.

Bölünmede alacaklıların müteselsil sorumluluk korumasından yararlanabilmesinin bir diğer koşulu birinci derece sorumlu şirketin, yani asıl borçlu şirketin borcunu ifa etmemesidir. Alacaklının, öncelikle borç ilişkisi içerisine girdiği şirkete başvurması gerekmektedir. Birinci derece sorumlu şirkete başvurmadan, ikinci derecede sorumlu şirketlere başvurması şüphesiz ki mümkün olmayacaktır. Asıl borçlu, birinci derece sorumlu şirketin borcunu ödemesi veya gerekli teminatı sağlaması halinde ikinci derecede sorumlu şirkete başvurma olanağını ortadan kalkacaktır.^[89] Diğer bir ifadeyle, ikinci derece sorumlu şirketlerin sorumluluğundan bahsedebilmek için alacağın

[87] ÇOŞTAN, Hülya, "Bölünmeye Katılan Şirketlerin Müteselsil Sorumluluklarının Sınırlandırılması" (Müteselsil Sorumluluklarının Sınırlandırılması), *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.18, S.2, 2012, s. 235.

[88] HELVACI, s. 129.

[89] TTK madde 176 gerekçesi; HELVACI, s. 130.

teminat altına alınmamış ve TTK'nın 176. maddesine göre, “birinci derece sorumlu şirketin;

- a) İflas etmiş,
- b) Konkordato süresi almış,
- c) Aleyhinde yapılan bir icra takibinde kesin aciz vesikası alınmasının şartları doğmuş,
- d) Merkezi yurt dışına taşınmış ve artık Türkiye’de takip edilemez duruma gelmiş veya
- e) Yurt dışındaki merkezinin yeri değiştirilmiş ve bu sebeple hukuken takibi önemli derecede güçleşmiş olması” koşulları aranmaktadır.

Madde ile, alacaklılara müteselsil sorumluluk yoluyla koruma sağlanırken, bölünmeye taraf olan ve alacaklı ile doğrudan borç ilişkisi içerisinde olmayan diğer şirketin veya şirketlerin de menfaatlerinin göz ardı edilmediği görülmektedir. Kanun koyucunun bu yöndeki iradesinin yerinde olduğu kanaatindeyiz.^[90] Nitekim, ikinci derece sorumluluğun meydana gelmesinin belirli şartlara bağlanmış olması, bölünme ile devredilen alacakların ifası talebini sınırladıysa da bölünmeye katılan diğer şirketleri koşulsuz müteselsil sorumluluktan kurtarmakta ve bölünmeye katılan diğer şirketlerin de ekonomik çıkarlarını gözeterek taraflar arasında denge sağlamaktadır.

Alacaklıların müteselsil koruma yoluyla korunması kapsamında, TTK'nın 168. maddesinin üçüncü fıkrası önemli bir düzenlemedir. Hüküm uyarınca, “*Tam bölünmeye katılan şirketler, bölünme sözleşmesi veya bölünme planına göre herhangi bir şirkete tahsis edilmeyen borçlardan müteselsilen sorumludurlar*”. Buna göre, kısmi bölünmede bölünen şirketin mal varlığını sürdürmesi nedeniyle bölünme planı/sözleşmesinde tahsisi yapılmayan yükümlülükler bölünen şirkette kalmaktadır. Tam bölünmede ise, bölünen şirket sona erdiği için bölünme planı/sözleşmesinde tahsisi yapılmayan yükümlülüklerin tahsisinin ne şekilde gerçekleşeceği kanunda açıkça düzenlenmiştir. Bu hükmün amacı, kısmi külli halefiyetin yol açabileceği belirsizliklere karşı alacaklının korunmasıdır. Hükmün uygulanabilmesi için ilgili yükümlülüğün bölünme planı/sözleşmesinin yorumu ile de tahsisinin mümkün olmaması gerekir. Müteselsil sorumluluk bakımından ilgili yükümlülüğün bölünme planı/sözleşmesi dışında kalmasının sehven ya da

[90] Benzer yönde bkz. DEMİR, s. 209-210.

kasten olmasının bir önemi yoktur. Alacaklı müteselsil borçluların herhangi birisinden alacağının tamamen veya kısmen ifasını talep edebilecektir.^[91]

2. Sorumluluğun Sınırlandırılması

Bölünmeye katılan şirketlerin müteselsil sorumluluğuna ilişkin TTK hükümleri ve Türk hukuku kapsamında konu, miktar ve süreye ilişkin herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu durum, bölünmeye katılmak isteyen şirketlerin müteselsil sorumluluk kapsamında ne kadar risk üstleneceğinin belli olmaması sebebiyle, bu şirketlerin bölünmeye ilişkin kararlarını olumsuz etkileyerek diğer yeniden yapılandırma yöntemlerinden birine yönelmelerine sebep olabilmektedir.^[92] Burada, bölünmede müteselsil sorumluluğun sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı değerlendirilmelidir.

Avrupa Birliği'nin 2017/1132 sayılı Yönergesi'nin^[93] 146. maddesine göre, bölünmeye katılan şirketlerin sorumluluğu, bu şirketlere devredilen net aktif miktarı ile sınırlandırılabilir. Bu düzenleme ile bölünmeye katılan şirketler açısından sorumlu olacakları risk miktarının biraz olsun sınırları çizilmekle birlikte alacaklılar için de ek bir teminat sağlanmaktadır. İsviçre öğretisinde, genel kabul gören görüşe göre ise, müteselsil sorumlu şirketler tarafından devralınan mal varlığı değerinin bir önemi olmaksızın, alacaklıların müteselsil sorumlu şirketlerin tüm mal varlığına başvuru yapabileceği yönündedir.^[94] *Kayalı*, Türk hukukunda tam bölünme bakımından, alacaklıların, ikinci derecede müteselsil sorumlu tüm mal varlığına başvurulabileceği; kısmi bölünmede ise tüm borçlardan değil yalnızca kendisine devredilen mal varlığı oranında sorumlu olması gerektiği kanaatinde.^[95] Biz de bu görüşe katılmaktayız. Nitekim, bu görüşe benzer düzenlemelerin vergi mevzuatımızda yer aldığı da görülmektedir. Kurumlar Vergisi Kanunu madde 19/3 uyarınca, kısmî bölünme işlemlerinde, bölünen kurumun bölünme

[91] ALTAŞ, Soner, *Anonim Şirketler*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 1180.

[92] Sorgunoğlu, s. 60.

[93] 2017/1132 sayılı ve 14.06.2017 tarihli bu Yönerge Avrupa Birliği Resmî Gazetesi'nin 30.6.2017 tarih ve L 169/46 sayılı nüshasında yayımlanmıştır.

[94] PFEIFER, Michael, MÜLLER Roland M., in Frank Vischer et al (Hrsg.), *Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz*, 2. Aufl., Zürich, 2012, Art.47 N.1.

[95] KAYALI, s. 298.

tarihine kadar tahakkuk etmiş ve edecek vergi borçlarından bölünen kurumun varlıklarını devralan kurumlar, devraldıkları varlıkların emsal bedeli ile sınırlı olarak müteselsilen sorumlu kabul edilmişlerdir.

Sorumluluğun sınırlanması bakımından TTK'nın 176. maddesi özel bir zamanaşımı süresi düzenlememiştir. Dolayısıyla bölünmeye katılan şirketler, bölünmeden önce mevcut olan ve bölünmeyle devralan şirkete intikal eden borçlardan, bölünmenin üzerinden ne kadar süre geçerse geçsin sorumlu olmaya devam edecektir.^[96] İsviçre hukukuna bakıldığında, burada da İBirk uyarınca ikincil derece müteselsil sorumluluk bakımından herhangi bir süre sınırı öngörülmediği görülmektedir.^[97] Genel görüş, sözleşmeye dayanan talepler bakımından İsviçre Borçlar Kanunu'nun 127. maddesi ve sözleşme dışı talepler bakımından ise madde 60'ta belirtilen genel zamanaşımı sürelerinin uygulanacağı yönündedir. Alman hukukuna bakıldığında ise Alman Nev'i Değiştirme Kanunu (UmwG) madde 133/1 ile bölünmeye katılan tüzel kişilerin, devreden tüzel kişinin bölünmenin gerçekleşmesinden önce doğmuş olan borçlarından müştereken ve müteselsilen sorumlu olacağına düzenlendiği^[98] ve bu sorumluluğun süre bakımından herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmadığı, aynı kanunun 133/3'üncü maddesi uyarınca ise bölünme sözleşmesi veya bölünme planına göre herhangi bir şirkete tahsis edilmeyen borçlar bakımından ise müteselsil sorumluluğun beş yıl ile sınırlı olacağı düzenlenmiştir.^[99]

Türk Hukuku'nda *Çoştan*, ikinci derecede müteselsil sorumluluğun zaman itibariyle sınırlandırılması gerektiği görüşündedir.^[100] Bize göre de bölünmeye katılan diğer şirketlere yüklenen bu sorumluluğun belirli bir süre ile sınırlandırılması yerinde olacaktır. Gerçekten de müteselsil sorumluluğun bir süre ile sınırlandırılmamış olması bölünmeyi diğer yeniden yapılandırma

[96] KAYALI, s. 299.

[97] BİNDER, Andreas, *Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften bei Spaltung und Vermögensübertragung*, 2005.

[98] MAULBETSCH/KLUMPP/ROSE, *Umwandlungsgesetz*, C.F. Müller, Heidelberger Kommentar, s. 752 vd.

[99] MAULBETSCH/KLUMPP/ROSE, *Umwandlungsgesetz*, C.F. Müller, Heidelberger Kommentar, s. 766 vd.

[100] ÇOŞTAN, *Müteselsil Sorumluluklarının Sınırlandırılması*, s. 239.

yöntemlerine kıyasla dezavantajlı bir konuma getirmektedir.^[101] Şüphesiz ki, bir şirketin başka şirketlerin borçlarından sınırsız bir süre boyunca sorumlu olması hukuk düzenine ve hakkaniyete aykırı olacaktır.

C. ORTAKLARIN KİŞİSEL SORUMLULUĞU YOLUYLA KORUMA

Bölünmede ortakların kişisel sorumluluğu TTK'nın 177. maddesi ile düzenlenmiş olup, bölünmede de birleşme ile aynı hükmün uygulanacağı belirtilerek 158. maddeye atıf yapılmaktadır. TTK'nın 158. maddesinin hem birleşme hem de bölünme için geçerli ve ortak hüküm niteliğinde olduğunu söyleyebiliriz. Madde hükmü ile alacaklılar, ortakların kişisel sorumluluğuna başvurabilir. Buna göre, bölünmeden önce devrolan şirketin borçlarından sorumlu olan ortakların kişisel sorumluluklarının bölünmeden sonra da devam edeceği düzenlenmiştir.

TTK'nın 158. maddesinin gerekçesinde, şahıs şirketlerinin devreden, sermaye şirketlerinin devralan olarak katıldığı birleşme işlemlerinde, devreden ortaklığın borçlarından dolayı ikinci dereceden şahsen sorumlu olan ortakların, tabi oldukları sorumluluk rejiminin değişmesinin yol açabileceği sorunların giderilmesinin amaçlandığı görülmektedir.^[102] Hükmün amacı, bölünmeye katılan şirketlerin farklı tür şirketler olması halinde, bölünmeden ötürü kişisel sorumluluğun ortadan kalkmasını önlemek, ortakların kişisel sorumluluğuna duyulan güveni korumaktır.^[103] Böylece, mevcut şahsi sorumluluğun devamı öngörülmek suretiyle bir taraftan alacaklıların bölünmeden zarar görmesi önlenecek diğer taraftan şahsen sorumlu ortakların bölünmeden haksız yarar elde etmemesi arasındaki menfaat dengesi korunmuş olacaktır.

TTK'nın 177. maddesi yalnızca tam bölünmede ve bölünen (devreden) şirketin sermayesi paylara bölünmüş bir komandit şirket veya sınırsız sorumluluk esasının benimsendiği bir kooperatif olması halinde uygulama alanı bulabilecektir.^[104] Örneğin; sermayesi paylara bölünmüş bir komandit

[101] KAYALI, s. 299.

[102] TTK m.158 gerekçesi.

[103] KAYALI, s.302; DEMİR, s.213.

[104] KAYALI, s.302 (Ayrıca yazar çalışmasında, 82/891/EEC sayılı Yönerge'nin uygulama alanına yalnızca anonim şirketlerin girmesi sebebiyle bu Yönerge'de ortakların kişisel

şirketin iki anonim şirkete tam bölünmesi halinde, devralan anonim şirketlerin ortağı haline gelen eski komandite ortakların kişisel sorumluluğu devam edecektir. Böylelikle tam bölünen şirketin alacaklıları, bölünmeden ötürü bölünen şirketin kişisel sorumlu ortaklarının kişisel sorumluluğunun ortadan kalkmasına veya azalmasına karşı korunmuştur. Öte yandan, kooperatifler bakımından bu hükmün uygulama alanı bulması için, kooperatif ana sözleşmesinde, kooperatifin varlıkları borçlarını karşılamaya yetmediği takdirde, ortaklarının da şahsen ve sınırsız olarak sorumlu tutulacaklarının hükmü altına alınmış olması gerekir.^[105]

1. Kişisel Sorumluluğu Tabi Olduğu Şartlar ve Kapsamı

TTK'nın 158. maddesi uyarınca, bölünen şirketin devrolunan borçlarından sorumlu ortaklarının sorumluluğunun devamı etmesi için;

- a) Bu borçların birleşme kararının ilanından önce doğmuş olması veya
- b) Borçları doğuran sebeplerin bu tarihten önce oluşması gerekmektedir.

Maddenin gerekçesinde, sorumluluğu devam ettiren ikinci şartın, yani borcun sebebinin birleşme kararının oluşmasından önce doğması şartının; hem sözleşmeden, sebepsiz zenginleşmeden ve vekâletsiz iş görmeden, hem de haksız fiillerden doğan borçlar yönünden geçerli olduğu düzenlenmiştir. Gerek sözleşme ihlallerinde gerekse haksız fiillerde, zararı doğuran fiilin birleşme kararının ilanı tarihinden önce gerçekleşmiş olması yeterlidir; yoksa zararın da bu tarihten önce ortaya çıkmış olması şart değildir.^[106]

Öğretide *Çoştan*, ortakların kişisel sorumluluğunu düzenleyen TTK'nın 177. maddesinin, bölünmeye katılan şirketlerin müteselsil sorumluluğunu düzenleyen TTK'nın 176. maddesine göre tali nitelikte olduğu; bu düzenlemenin, hem ortakların kişisel sorumluluğuna gidilebilmesi için hem birinci hem de ikinci derece sorumlu şirketlere yapılan başvurunun sonuçsuz kalması veya bu şirketlere karşı başvuru yapılamaması halinde uygulanması gerektiğini savunmaktadır^[107]. Kanaatimizce, TTK'nın 176. maddesi, 177.

sorumluluğunun devamına ilişkin bir hükmün yer almadığını da belirtmiştir).

[105] Kooperatifler Kanunu madde 29; PULAŞLI, s.139; DEMİR s.216.

[106] TTK m. 158 gerekçesi; KAYALI, s. 303.

[107] ÇOŞTAN, *Yeniden Yapılanmada Alacaklıların Korunması*, s.2 31.

maddesinden bağımsız değerlendirilmelidir. Nitekim bölünmenin alacaklılar açısından daha riskli bir yeniden yapılandırma yöntemi olması ve diğer yeniden yapılandırma türlerine kıyasla alacaklılar açısından daha koruyucu hükümler içermesi bu görüşümüzü^[108] destekler niteliktedir.

Ek ödeme yükümlülükleri (örneğin, şirket esas sermayesi ile kanuni yedek akçeler toplamının şirketin zararını karşılayamaması, TTK m. 603 ile limited şirketlere getirilen ek ödeme yükümlülüğü vb.) ile kefalet ve garanti gibi kişisel taahhütlerden doğan sorumluluklar ise maddenin koruma kapsamının dışında tutulmuştur.^[109] Daha açık bir ifadeyle, şirketin borçları için kefalet verilmesinde olduğu gibi ortağın şirketin borçlarından dolayı şahsi sorumluluk üstlendiği hukuki muameleler, şirketler hukuku kapsamında değerlendirilemeyeceği ve bölünmeden etkilenmeyeceği için TTK'nın 158. maddesi kapsamına girmeyecektir.^[110]

2. Kişisel Sorumluluğun Süresi

Devrolunan şirketin borçlarından doğan, ortakların kişisel sorumluluğunun bölünmeden sonra ne kadar süre daha devam edeceği TTK'nın 158. maddesi ile özel bir zamanaşımı süresine bağlanmıştır. Bu sürenin zamanaşımı süresi olduğu, hak düşürücü süre olmadığı maddenin ikinci fıkrasının gerekçesinde^[111] açıkça belirtilmiştir.

TTK'nın 158. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, “devrolunan şirketin borçlarından doğan, ortakların kişisel sorumluluğuna ilişkin istemler, birleşme kararının ilanı tarihinden itibaren üç yıl geçince zamanaşımına uğrar. Alacak, ilan tarihinden sonra muaccel olursa, zamanaşımı süresi muacceliyet tarihinden başlar. Bu sınırlama, devralan şirketin borçları dolayısıyla şahsen sorumlu olan ortakların sorumluluklarına uygulanmaz”. Maddenin gerekçesinde, anılan zamanaşımı kuralının hiçbir şekilde daha önce zamanaşımına uğramış taleplere yeni bir süre kazandırmayacağı, bir talebin fıkradaki üç yıldan önce zamanaşımına uğruyor ise kendi süresine tâbi olacağı ve geri kalan süre üç yıla kadar uzamayacağı belirtilmiştir. Özel zamanaşımının

[108] Benzer yönde bkz. KAYALI, s. 305.

[109] TTK m. 158 gerekçesi.

[110] ÇOŞTAN, *Yeniden Yapılanmada Alacaklıların Korunması*, s.227; DEMİR, s. 215.

[111] TTK m. 158 gerekçesi.

başlangıcı birleşme kararının ilânı tarihidir. Alacak bu tarihten sonra muaccel olursa, muacceliyet anı başlangıç tarihi kabul olunur.^[112]

Kanun koyucu, kamuya arz edilmiş olan tahvil ve diğer borç senetlerine ilişkin özel bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, izahnamenin başka bir düzenleme içermemesi koşuluyla kamuya arz edilmiş olan tahvil ve diğer borç senetlerinde sorumluluk itfa tarihine kadar devam etmektedir.^[113] Bu hüküm, borç senetlerinin halk arasında yaygın kullanılan bir ödeme aracı olması sebebiyle yatırımcıları koruma amacıyla getirilmiştir.^[114]

D. ÇALIŞANLARIN KORUNMASI

Bölünmenin sonuçlarından etkilenen bir diğer grup ise şirket çalışanlarıdır. Kural olarak bölünme, şirketlerin mevcut yapısında yeni bir reorganizasyona^[115] ve şirketlerin yapılanmalarında 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uyarınca esaslı değişiklik olarak nitelendirilebilecek değişikliklere yol açmaktadır. Meydana gelen bu yapısal değişiklikler, bazı durumlarda bir iş yeri devri olarak ortaya çıkarak işverenin değişmesine yol açarken bazı durumlarda ise şirketin mal varlığında azalmaya neden olabilmektedir. Bölünme, bazen de bölünme sonrasında farklı çalışma koşullarına tabi işçilerin birlikte çalışmaya başlamasına bağlı olarak çalışma koşullarında yapılan değişikliğe uyum sağlayamayan işçilerin iş sözleşmelerinin feshine sebep olmaktadır.^[116] Bu nedenle kanun koyucu, bölünme hükümleri içerisinde şirket çalışanlarıyla ilgili düzenlemelere de yer vermiş ve çalışanların da menfaatlerini gözetmiştir.

TTK'da bölünme kapsamında çalışanların korunmasına yönelik düzenleme getirilmesine rağmen çalışanlar lehine bilgi verme ve danışma yükümlülüğü düzenlenmemiştir. Mevzuat'ta bölünmeye katılan şirketler ile çalışanlar arasında bir müzakere süreci yürütülmesi zorunlu tutulmuştur. Buna göre, bölünmeye katılan şirketlerin yönetim organları, bölünme kararı

[112] TTK m.158 gerekçesi.

[113] TTK m. 158/3.

[114] KAYALI, s. 306.

[115] PULAŞLI, s. 133.

[116] ÖZKARACA, Ercüment, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Şirketlerin Birleşmesi Bölünmesi ve Tür Değiştirmesinin İş Hukukuna Etkileri", *İş Hukukunda Güncel Sorunlar*, Y.2012, C.2, s.104.

alınmadan önce çalışanlarını bilgilendirmek, onlara danışmak ve bölünme kararı alınırken genel kurulu müzakere neticesi hakkında bilgilendirmekle yükümlüdür.^[117] Alman Nev'i Değiştirme Kanunu'nda ise bölünmeye katılan şirketlerde, işçilerin menfaatleri de etkilendiği için, bölünme sözleşmesinin veya planın, bölünmenin işçiler üzerindeki etkilerini ve bu konuda öngörülen tedbirleri de içermesi gerektiği şeklinde bir düzenlemeye^[118] yer verilerek, işçilerin menfaatlerinin korunmasının Alman hukuku sisteminde de önemli bir yer kapladığı anlaşılmaktadır. İşçilere bilgi verilmesi ve danışma hakkı sağlanmasına ilişkin benzer bir düzenlemenin Türk hukukunda da yer alması isabetli olurdu.^[119] Bu kapsamda, Türk hukuk sisteminde yer alan yasal düzenlemelere bakıldığında, bölünme durumunda çalışanların menfaatlerinin korunmasına ilişkin düzenlemelerin uygulamada karşılaşılan sorunların çözümünde gerek şirketlerin gerekse çalışanların ihtiyaçlarını karşılamada yetersiz kaldığı ve bu yönde mevcut boşlukların doldurulmasının faydalı olacağı söylenebilir.

Çalışanların korunmasına ilişkin hükümler TTK'nın 178. maddesi ile düzenlenmiş olup, madde uyarınca tam veya kısmi bölünmede, işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri, işçi itiraz etmediği takdirde, devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçer.^[120] Buna karşılık, kısmi bölünmede, bölünen şirket bölünme sonrası da varlığını muhafaza etmektedir. Bu sebeple, bölünmeye dahil olmayan iş yerleri için devir ve işveren değişikliği söz konusu değildir. Ancak devrolunan mal varlığı unsurları arasında iş yerleri varsa, buralarda çalışan işçiler için iş yeri devri ve işveren değişikliği söz konusu olacaktır. Bu işçilerin iş sözleşmeleri kısmi külli halefiyet ilkesi gereği devralan şirket veya şirketle devam edecektir. Dolayısıyla, kısmi bölünme, ticaret şirketlerinin yapı değişiklikleri içinde, devrolunan ve devralan şirketlerin müteselsil sorumlu tutulabildikleri tek ihtimali teşkil etmektedir.

[117] KAYALI, s. 326.

[118] FANDEL, Stefan, *Die Angabepflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG*, 2004, s. 139 vd.

[119] Benzer yönde bkz. PULAŞLI, Hasan, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi ve Eleştirilen Hükümler", *YÜHDF*, C.2, S.1, s.434,435.

[120] Yargıtay 7. Hukuk Dairesi E. 2014/13751 K. 2014/20750 T. 12.11.2014, <https://lib.kazanci.com.tr>, (Erişim Tarihi: 15.06.2021).

1. Türk Ticaret Kanunu Madde 178 ile İş Kanunu Madde 6 Hükümlerinin Karşılaştırılması

İK'nın "İşyerinin veya bir bölümünün devri" başlıklı 6. maddesi^[121], iş yeri devirlerinde genel bir hüküm olarak uygulama alanı bulmaktadır. TTK'nın 178. maddesi ise çalışanların haklarının korunması ve bölünme işlemleri neticesinde doğabilecek mağduriyetlerinin giderilmesi amacıyla getirilmiş bir düzenlemedir. Buna göre, birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemleri nedeniyle gerçekleşen devirlerde İK'nın 6. maddesi^[122] ile TTK'nın 178. maddesi arasında bir kanunlar çatışması^[123] doğmaktadır.

[121] İş Kanunu madde 6: "İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer. Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür. Yukarıdaki hükümlere göre devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır. Tüzel kişiliğin birleşme veya katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz. Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturamaz. 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. Yukarıdaki hükümler, iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin veya bir bölümünün başkasına devri halinde uygulanmaz."

[122] İK 6. maddesi uygulama alanı sadece cüz'i halefiyet sonucunu doğuran bir hukuki işlemin, örneğin satış veya kira akdinin sonucu olarak iş yeri devri ile sınırlı değildir. İşveren değişikliği sonucunu doğurduğu takdirde birleşme ve bölünme yanında tür değiştirme ile de iş yeri devri gerçekleşir ve işçiyi koruyan İK'nın 6. maddesinin uygulanması gerekir. Buna uygun olarak İK'nın 6. madde ile birleşme, bölünme veya tür değiştirme yolu ile iş yeri devrinin sonuçları da düzenlenmektedir; ALP, Mustafa, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178; 158; 190)", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Y. 2012 C.1, s.55.

[123] Bazı hallerde, aynı anda yürürlükte bulunan iki ayrı kanunda, somut olaydaki uyumsuzluğa ilişkin farklı çözümler öngören hükümler bulunabilir. Bu hallerde,

Bölünmede çalışanların korunması konusunda TTK'nın 178. maddesi ile iş yeri devrine ilişkin İK'nın 6. maddesi hükümlerinden hangisinin uygulanacağı konusunda kanunlar çatışması bulunsa da her iki hüküm arasında ortak olan düzenlemeler olduğu da görülmektedir. Şöyle ki; her iki hükümde de devredilen iş yerindeki iş ilişkileri devralana kendiliğinden ve yasa gereği tüm hak ve borçları ile geçmektedir. İş yerini devralan işverenin iş ilişkilerini devralmaktan kaçınma hakkı yoktur. Bunun yanı sıra, yine her iki hükümde, sorumluluğun kapsamında değişikliklere rağmen, devreden ve devralanın işçilik alacaklarından birlikte (müteselsil) sorumlu oldukları esası kabul edilmektedir.^[124]

TTK'nın 178. maddesi ile İK'nın 6. maddesi arasındaki bahsi geçen bu benzerliklerin yanında, temel farklar ve uygulamalar da söz konusudur. İK'nın 6. maddesinde işçiye devre itiraz hakkı tanınmamış iken TTK'nın 178. maddesinin birinci fıkrasında işçiye itiraz hakkı tanınmakta ve ancak "işçi itiraz etmediği takdirde" iş akitlerinin devralana geçeceği öngörülmektedir. Bununla birlikte, İK'nın 6. maddesi ile devrin işçi bakımından bir haklı fesih sebebi oluşturmadığı kabul edilmekte iken TTK'nın 178. maddesinde, işçinin itirazı halinde iş ahdinin sona ereceği öngörülmektedir. İK'nın 6. maddesi, birleşme ve tür değiştirme halinde müteselsil sorumluluk doğmayacağı belirtilmiş iken TTK'nın 178. maddesinin üçüncü fıkrasında özel olarak birleşme, bölünme ve tür değiştirme halinde müteselsil sorumluluk öngörülmüştür. Öte yandan, TTK'nın 178. maddesinin dördüncü fıkrasında, müteselsil sorumluluğun kapsamı ve süresi İK'nın 6. maddesine kıyasla genişletilmiştir. TTK'nın 178. maddesinin beşinci fıkrası ile işçilere

kanunlar arasında bir çatışmanın varlığından söz edilir. Ancak uyumsuzluğa hangi kanunun uygulanması gerektiği meselesinin gündeme gelebilmesi için sadece ortada o konuyla ilintili birden fazla kanunun bulunması yeterli değildir; önemli olan somut bir soruna yönelik olarak iki kanunda birbirine zıt, iki ayrı düzenlemenin bulunmasıdır. Birbirine yakın konuları düzenleyen iki kanundan biri diğerini tamamlıyorsa ve ona aykırı düzenlemeler içermiyorsa zaten böyle bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Bu konuda geniş bilgi için bkz. OĞUZMAN, M. Kemal ve BARLAS, Nami, *Medeni Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, 20 Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

[124] ALP, Mustafa, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178; 158; 190)", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Y. 2012 C.1, s. 55-56.

alacakları için teminat talep etme hakkı tanınmakta iken İK'nın 6. maddesinde böyle bir teminat hakkı söz konusu olmamaktadır.^[125]

TTK'nın 178'inci maddesi ile İK'nın 6. maddesi hükümlerinden hangisinin öncelikli uygulanacağına ilişkin kanunlar çatışması sorununun çözümünde öncelikle yasa koyucunun iradesini incelemekte fayda görmekteyiz. TTK madde 178 hükmüne ilişkin yasa koyucunun iradesi yasanın gerekçesi ve hazırlık çalışmalarından anlaşılabilir. TTK'nın genel gerekçesi incelendiğinde TTK'nın 178. maddesi ile getirilen düzenlemelerin bilinçli olarak yapıldığı anlaşılmaktadır.^[126] Fakat konuyla ilgili yasa koyucunun amacını en açık şekilde ortaya koyan belge, yasa hakkındaki TBMM Adalet (Alt) Komisyonu Raporudur.^[127] Raporda, komisyonun ve dolayısıyla yasa koyucunun TTK'nın 178. maddesi ve İK'nın 6. maddesinin ilişkisi konusunda

[125] ALP, s. 56.

[126] Türk Ticaret Kanunu Genel Gerekçe 55: “AET'nin, birleşmelere ilişkin 78/855 ve bölünmeler hakkındaki 82/891 sayılı yönergeleri, AB ülkelerinde birleşmelerin, bölünmelerin ve tür değiştirmelerin ayrıntılı bir tarzda düzenlenmesine yol açmıştır. AB üyesi ülkeler dışında, İsviçre de bu dinamikten etkilenmiştir. Bazı ülkeler, yeniden yapılandırılmalarını ve tür değiştirmelerini, şirketleri aşan bir genişlikte ele almışlardır. Almanya ve İsviçre, yapısal ve türsel değişiklik hükümlerinin kapsamına, ticari işletmeyi, derneği, vakıfları, bazı kamu tüzel kişilerini de sokmuştur. İsviçre ayrıca, malvarlığı devirlerini de yeniden yapılandırma konsepti içinde değerlendirmiş ve buna ilişkin hükümlere Birleşme Kanununda yer vermiştir. Üç yapısal değişiklik, şekillenme serbestisi, ortakların korunması, ortaklığın (üyeliğin) sürekliliği ve ortaklar ile intifa senedi sahipleri gibi diğer hak sahiplerinin korunması temelleri üzerine inşa edilmiştir. Bölünmede kısmî küllî halefiyet yeni vurgulanan bir ilkedir; ayrılma akçesi, denkleştirme, alacaklıların korunması, birleşmeye, bölünmeye ve tür değiştirmeye katılanların özel sorumlulukları ile iş ilişkilerinin geçmesi yeni bir anlayışla ele alınmıştır.”

114: “Şirketlerin birleşmeleri, bölünmeleri ve tür değiştirmeleri ayrıntılı bir şekilde ve AT yönergelerine uygun olarak düzenlenmiştir. Getirilen yeni hükümlerle sadece söz konusu yapısal değişikliklerin güvenli, şeffaf ve basit bir işlemler zinciri içinde gerçekleşmeleri sağlanmakla kalmamış, aynı zamanda, alacaklılar ve diğer hak ve menfaat sahipleri de korunmuştur. Ayrıca işçilerin devralan şirkete geçişleri, hakları ve sorumlulukları da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.”

[127] <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf>, (Erişim Tarihi: 25.04.2021).

açık görüş^[128] ve tercihi ile düzenlediği ve TTK'nın 178. maddesinin, İK'nın 6. maddesinden daha iyi, daha amaca uygun ve toplumsal yönü güçlü bir düzenleme olduğu ifade edilmiştir. Yasa koyucunun da bu konudaki açık iradesi, TTK'nın 178. maddesinin İK'nın 6. maddesi karşısında özel hüküm niteliğinde olması gerektiği yönündedir. TTK'nın 178. maddesi, bölünmede çalışanların korunması hususunda öncelikle uygulama alanı bulacak olup gerektiğinde, İK'nın 6. maddesinden boşluk doldurucu genel hüküm ola-

[128] “1. İş Kanunu'nun 6'ncı maddesi genel bir hüküm olup işyerinin tam ve kısmî tüm devir hallerinde uygulanır. Bu madde, birlikte sorumluluk halleri hariç tüzel kişilerin, bu arada ticaret şirketlerinin birleşme, katılma veya türünün sona ermesi hallerinde uygulanmaz. Hüküm uyarınca devredilen, tam bölünen veya türü değiştirilen şirketin Kollektif veya komandit şirket olması halinde, Kollektif ve komandite ortaklar işçilerin alacaklarının ödenmesinden madde çerçevesinde devrolunan şirketle birlikte müteselsilen sorumlu olacaklardır.

2. Tasarının 178 inci maddesi ise sadece bölünme, birleşme (Tasarı m. 158, f.4) ve tür değiştirme (Tasarı m. 191) hallerinde uygulanan –İş Kanunu'nun 6'ncı maddesine nazaran- özel bir hükümdür. Bu maddenin İş Kanunu'nun 6'ncı maddesine üstün tarafı işçinin lehine olarak müteselsil sorumluluğu kabul etmiş olmasıdır. Ancak birleşme ve tam bölünmede devrolunan şirketlerin infisah etmeleri sebebiyle eski işveren bulunmadığı için 191 inci maddeden açıkça anlaşıldığı üzere bu sorumluluğu birleşmede, tam bölünmede ve tür değiştirmede şahıs şirketleri bakımından “ortakların kişisel sorumlulukları” çerçevesinde kabul etmiştir. Kısmi bölünmede ise eski ve yeni işverenler işçilerin alacakları için müteselsilen sorumlu olacaklardır. Böylece tasarı işçi alacaklarının teminat altına alınması yönünden İş Kanunu'nun 6'ncı maddesinden daha iyi ve toplumsal yönü güçlü bir düzenleme getirmiştir.

3. Diğer yandan 178 inci madde, işçiye itiraz hakkı tanıdığı, aksi kararlaştırılmadıkça veya hâlin gereğinden anlaşılmadıkça işverenin iş sözleşmesinden doğan alacaklarını başkasına devretmesine izin vermediği, alacaklarının teminat altına alınmasını isteyebilmek hakkını işçiye tanıdığı için İş Kanunu'nun 6'ncı maddesinden daha iyidir ve amaca daha uygundur.

4. Aynı yargıyı maddenin altıncı fıkrası da desteklemektedir. Bu gerekçelerle Alt Komisyonumuz 178 inci maddenin, İş Kanunu'nun 6'ncı maddesi karşısında özel hüküm olarak korunmasında, düzenlediği alanlarda uygulanmasında, gereğinde İş Kanunu'nun 6'ncı maddesinden boşlukların doldurulmasında istifade edilmesinde yarar görmüş, hatta bu yolda zorunluluk bulunduğu sonucuna varmıştır. Alt Komisyonumuz, iki madde arasında İş Kanunu'nun 6'ncı maddesinin dördüncü fıkrası yönünden bile çelişki bulunmadığı görüşündedir. Aksi sonuca varılması halinde bu fıkra düzenlenecek olan Türk Ticaret Kanunu'nun Uygulanması ve Yürürlüğü Hakkında Kanun ile kaldırılabilir. Alt Komisyonunda tespit edilen yukarıdaki hususlar, Komisyonumuzca da yerinde görülerek, madde aynen kabul edilmiştir.”

rak yararlanılacaktır. Bize göre de TTK'nın 178. maddesi, yalnızca ticaret şirketlerinin yeniden yapılandırma işlemleri sırasında iş ilişkilerinin geçişini düzenlediğinden, işyeri devrine ilişkin genel hüküm niteliğindeki İK'nın 6. maddesine göre özel hüküm niteliğinde değerlendirilmelidir.^[129] Bunun yanı sıra, zaman bakımından kanunların önceliği değerlendirildiğinde 2012 yılında yürürlüğe giren TTK hükümlerinin 2003 yılında yürürlüğe giren İK hükümlerine göre öncelikli olarak uygulanması yerinde olacaktır.

2. İşçinin İtiraz Hakkı

TTK'nın 178. maddesi ile işçiye devre itiraz hakkı tanınmıştır. İşbu madde uyarınca, ticaret şirketlerinin tam veya kısmi bölünmesi halinde iş sözleşmeleri ancak işçi itiraz etmez ise devralana geçecektir. Bir diğer ifadeyle, 178. maddesinin uygulanacağı iş yeri devirlerinde iş sözleşmeleri otomatik olarak bölünmede devralan konumundaki işverene geçmeyecek, işçi itiraz ederek iş sözleşmesinin devrine engel olabilecektir. Bu hak ile işçinin iş ilişkisinin karşı tarafını seçme, istemediği bir işveren ile çalışmama özgürlüğü korunmaktadır.^[130]

İşçi itiraz ederse, hizmet sözleşmesi kanuni işten çıkarma süresinin sonunda sona erer (TTK m.178/2). Ancak işçinin itiraz hakkının konusu bölünme işleminin kendisi değil, işvereni ile akdetmiş olduğu iş sözleşmesinin devri ile işverenin değişmesidir. Nitekim işçinin devre itiraz etmesi, bölünme işlemini engelleyici nitelikte değildir, yalnızca itirazda bulunan işçinin iş sözleşmesinin devrini engelleyecektir. Devralan işverenin ise bir itiraz hakkı bulunmamaktadır. İşçi itiraz etmediği takdirde iş sözleşmesi tüm hak ve borçları ile devralan şirkete kendiliğinden geçecektir.

İtiraz hakkının şekline ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, şekil serbestisi ilkesi gereğince sözlü itirazlar dahi geçerli sayılmalıdır. Bununla birlikte, örtülü irade açıklaması ile de işçinin devre itiraz

[129] Benzer yönde bkz. ALP, s. 32, 56, 58; SÜZEK, Sarper, "İşyerinin Devri ve Hukuki Sonuçları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2013, C.15, Özel Sayı, s. 326.

[130] ALP, s. 61.

ettiği sonucu kabul edilmelidir. Ancak ispat kolaylığı açısından, işçinin itirazını yazılı yapılması yerinde olacaktır.^[131]

İtirazın kime yöneltilebileceği hususunda ise kanunda bir düzenleme bulunmamakla birlikte, konu çeşitli hukuk sistemlerinde de tartışmalıdır. Alman hukukunda, itirazın yazılı şekilde devreden veya devralan işverene karşı yapılabileceği öngörülmesine karşın;^[132] İsviçre hukukunda itirazın muhatabı konusu tartışmalıdır. İsviçre hukukunda itirazın;

- İtiraz anında işveren sıfatını taşıyan kişiye yani devirden önce devrolunan şirkete; devirden sonra devralan şirkete,^[133]
- Her zaman devrolunan şirkete,
- Her zaman devralan şirkete,
- Her zaman hem devrolunan şirkete hem devralan şirkete;
- İş sözleşmesi kimin döneminde sona erecekse ona;
- Devrolunan veya devralan şirkete itirazın yöneltmesi gerektiği yönünde çok sayıda görüş bulunmaktadır.^[134]

İki hukuk sistemindeki itirazın muhatabının kim olacağı konusundaki kanuni düzenlemelerde doğrudan bir benzerlik görünmese bile, itiraz hakkının hukuki niteliği ve sonuçları bakımından her iki hukuk sisteminde de benzer değerlendirmeler ve düzenlemeler yer almaktadır. Alman Medeni Kanunu § 613a/6 uyarınca işçi itiraz hakkını, bölünmeden kaynaklı devir hakkında bilgilendirmenin kendisine ulaştığı tarihten itibaren bir ay içinde yazılı olarak gerek devreden gerekse devralan şirkete karşı yöneltebilir. Alman hukukunda itiraz hakkı sözleşmeyi sona erdiren bir hak olarak

[131] CANBOLAT, Talat ve SARIKAYA, Sinan *Ticaret Şirketlerinin Yapı Değişikliklerinde İş İlişkilerinin Geçmesi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı, Proje Çalışması, İstanbul, s.19, https://www.academia.edu/12566349/Ticaret_%C5%9Eirketlerinin_Yap%C4%B1_De%C4%9Fi_%C5%9Fikliklerinde_%C4%B0%C5%9F_%C4%B0li%C5%9Fkilerinin_Ge%C3%A7mesi, (Erişim Tarihi: 30.04.2021).

[132] SCHWAB, Simona, Die Unterrichtungspflicht und und das Widerspruchsrecht bei Betriebsübergang nach der neuen Regelung des § 613a BGB, 2003, sf26 vd.

[133] ÖZKARACA, s. 129.

[134] ÖZKARACA, s. 129.

kabul edilmemekte, sözleşmenin devreden işverenle devamını sağlayan, karşı tarafa varması gereken, şarta bağlanamayan ve tek taraflı olarak geri alınamayan, yenilik doğurucu bir hak olarak kabul edilmektedir. Aynı şekilde İsviçre hukukunda da itiraz hakkının kullanılması fesih niteliğinde kabul edilmemektedir.^[135]

Türk hukuk sisteminde, kanunda aksine bir hüküm bulunmadığından hem devrolunan şirketlere hem de devralan şirkete itiraz edilmesi işçilerin menfaatini korumada daha etkili olacaktır.^[136] Ancak, bölünmenin gerçekleşmesinden sonra yapılacak itirazlarda, kısmi bölünme hariç olmak üzere, devrolunan şirketlerin tüzel kişiliklerini kaybederek infisah edeceğinden bu şirketlere itiraz etmek mümkün olamayacaktır.

İtirazın şekli ve kime yönelteceği hususunda olduğu gibi, itirazın süresine ilişkin de kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. İsviçre hukukunda bir görüş, iş akitleri için öngörülen bir aylık deneme süresinin kıyasen devre itiraz hakkı bakımından da uygulanması yönündedir.^[137] Diğer görüş ise işçiye itiraz hakkını kullanabilmesi için makul bir süre tanınması gerektiği ve makul sürenin uzunluğunun somut olayın özelliklerine göre dürüstlük kuralına dayanarak belirleneceğini kabul etmektedir.^[138] Öğretide bu yönde farklı görüşler bulunmasının yanı sıra, İsviçre Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bir kararda, işverenin çalışanlarına belli bir itiraz süresi tanınmamış olması halinde bu süresinin bir ay olarak kabul edilmesi gerektiği, işverenin daha kısa bir süre belirlemesi halinde ise, iyi niyet kuralları çerçevesinde işverenin gerekçeleri değerlendirilerek bu sürenin de kabul edilebileceğini belirtilmiştir.^[139] İtirazın süresine ilişkin bölünmenin niteliğine ve büyüklüğüne göre bazen kısa bir süre öngörülmesi yeterli iken daha çok şirketin katıldığı ve yapılanma sürecinin zaman alacağı bölünmelerde ise daha uzun süre tanınması yerinde olacaktır. Dolayısıyla, işçinin itiraz hakkının süresi, somut olayın özelliklerine ve bölünmenin kapsamına göre değerlendirilmelidir.

[135] WANNER, Marianne, *Arbeit und Recht*, 2020, s. 89 vd.

[136] KAYALI, s. 333; ÖZKARACA, s. 129, 132; ALP, s. 63.

[137] ALP, s. 62.

[138] ALP, s. 62.

[139] BGer 4A 350/2018, 25.10.2018, Erw.3.

3. Müteselsil Sorumluluk ve Teminat Hakkı

TTK'nın 178. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, “Eski işveren ile devralan, işçinin bölünmeden evvel muaccel olmuş alacakları ile hizmet sözleşmesinin normal olarak sona ereceği veya işçinin itirazı sebebiyle sona erdiği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacaklarından müteselsilen sorumludur”. Maddeden açıkça anlaşıldığı üzere, müteselsil sorumluluk kapsamında tutulan alacaklar;

- Bölünmeden evvel muaccel olmuş alacaklar,
- Hizmet sözleşmesinin normal olarak sona ereceği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacaklar ve
- İşçinin itirazı sebebiyle sona erdiği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacaklar olmak üzere sınırlayıcı olarak sayılmıştır.

Öğretide, TTK'nın 178. maddesinin üçüncü fıkrasının, sadece kısmi bölünmelerde uygulanabilmesi sebebiyle çok da etkin olmadığı; bunun yanında öngördüğü müteselsil sorumluluk sisteminin hukukumuzda çok yabancı ve geniş olduğu; AB müktesebatına uyum amacıyla çıkarılan bir Kanun'da, bu müktesebatta zorunlu olarak öngörülmemen, başka bir hukuk sistemine uyumlu düzenleme getirilirken, kendi hukuk sistemimize uyumun dikkate alınmadığı ifade edilerek hüküm eleştirilmektedir.^[140] Nitekim, müteselsil sorumluluğun yalnızca kısmi bölünmede uygulanabilmesinin çalışanların korunması ilkesi gereği yetersiz olduğu görüşüne biz de katılmaktayız.

TTK'nın 178. maddesi ile getirilen ve tamamen yeni bir düzenleme olarak değerlendirilen işçinin “muaccel olan ve birinci fıkrada öngörüldüğü şekilde muaccel olacak alacaklarının teminat altına alınmasını” talep etme hakkı da öğretide eleştirilen konulardan biridir. İBK 333'te karşılığı bulunmayan bu düzenlemenin aynısı İBK'nın 27. maddesinde düzenlenmiştir. Muaccel olup da ödenmemiş alacaklar için bir teminat gösterilmesini talep edebilmek, işçilik alacaklarının ödenmesi bakımından gerçekten etkili bir yöntemdir. Ancak bu hüküm çeşitli uygulama sorunlarına yol açmaktadır. Her şeyden önce teminat talebinin nasıl yöneltileceği ve nasıl uygulanacağını kanunla düzenlenmemiş olup belirsizdir. Bunun yanı sıra, teminatın gösterilmemesinin bölünmeyi önleyip önlemeyeceği hususu da belirsizliğini korumaktadır. İş ilişkisi bakımından da devre itiraz etmeyip sadece teminat

[140] ÖZKARACA, s.152.

talep eden bir işçinin, teminat gösterilmediği takdirde tekrar itiraz hakkına sahip olup olmayacağı da tartışmalı bir konu olarak kalmaktadır. Ancak kanaatimizce, maddenin amaçsal yorumu dikkate alındığında, teminat gösterilmediğinde veya söz konusu teminat yeterli olmadığında işçiye bu kapsamda tekrar itiraz hakkı tanımak gerekmektedir.

Teminat talebinin ne şekilde olacağı ve süresi de kanunla düzenlenmemiştir. İBirK'da bu süre bölünmenin bildiriminden itibaren iki ay ile sınırlanmıştır (Fusiongesetz 46 ve 49). İşçinin alacaklarının tehlikeye düşmeyeceğine dair delil sunulduğu takdirde teminat göstermenin gerekmeyeceğine dair İsviçre hukukundaki hükmün TTK'nın 178. maddesine alınmaması da bir eksiklik olarak değerlendirilebilir (Fusiongesetz 46/II).^[141]

TTK'nın 178. maddesinde açıkça müteselsil sorumluluk öngörülse de bu müteselsil sorumluluk ilk bakışta görüldüğünden daha sınırlı bir etki yaratmaktadır. Şöyle ki; madde gerekçesinde de kabul edildiği üzere, tam bölünmede katılan veya bölünen şirket infisah edeceği, yani bir eski işveren ortada kalmayacağı için müteselsil sorumluluk söz konusu olamayacaktır. Ancak, TTK madde 176 gereği bölünmeye katılan diğer şirketlerin müteselsil sorumluluğuna gidilebilecektir. Kısmi bölünme açısından ise bölünen şirketin bir kısım malvarlığı ve işyerlerini devredip varlığını koruması halinde eski işveren şirket varlığını sürdüreceğinden bu kapsamda ikincil derece sorumluluk uygulanabilecektir.^[142] Nitekim, TTK'nın 176. maddesi gereğince, bölünmeye katılan şirketler bölünen şirketin borçlarından sorumlu olmaya devam edeceklerdir. Burada elbette söz konusu sorumluluk, ikincil bir sorumluluk halindedir. Sermaye şirketlerinin sorumluluğu kendi mal varlıkları ile ikincil derecede söz konusu olacağından asıl borç teminat altına alınmışsa veya birinci derece sorumlu bölünen şirket tarafından borç ödenmişse, bölünmeye katılan diğer şirketlerin ikincil sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık şahıs şirketleri bakımından müteselsil sorumluluğun uygulama alanı daha geniştir. TTK'nın 178. maddesinin altıncı fıkrasına göre, eğer tam bölünen şirket bir şahıs şirketi ise ortakların kişisel sorumlulukları esası uygulanacak, şirket borçlarından sorumlu ortaklar işçilik alacaklarından da bölünme ile oluşturulan şirketle birlikte sorumlu

[141] ALP, s.71.

[142] KAĞITÇIOĞLU, s.178.

olacaklardır.^[143] Sermaye şirketlerinde her ne kadar sınırlı sorumluluk ilkesi benimsenmiş olsa da TTK'nın 178. maddesinin tam bölünme halinde sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde ve şirket ana sözleşmesinde hüküm bulunması halinde kooperatiflerde de uygulama alanı bulabileceği kanaatindeyiz.^[144]

E. ALACAKLILARIN SORUMLULUK DAVASI YOLUYLA KORUNMASI

TTK'nın 553. maddesi ve devamı hükümlerinde kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğuna ilişkin genel ilkelere yer verilse de şirketlerin birleşme, bölünme ve tür değiştirme işlemleri kapsamında TTK'nın 193. maddesi ile özel bir sorumluluk davası düzenlenmiştir. Bu davanın amacı, bölünme işlemlerinin kanuna uygun ve ortaklar ile alacaklıları koruyan hükümlere tam uyularak gerçekleştirilmesini sağlamak, bölünme işlemlerini kanuna aykırı olarak yürütenlerin sorumluluğuna gitmektir.^[145] TTK'nın 193. maddesine göre; birleşme, bölünme veya tür değiştirme işlemlerine herhangi bir şekilde katılmış bulunan bütün kişiler şirketlere, ortaklara ve alacaklılara karşı kusurları ile verdikleri zararlardan sorumlu olacaktır.

Sorumluluk davası bölünme işlemlerine ilişkin alacaklıların elindeki tek dava imkânı olması özelliğiyle önem taşır. Yukarıda detaylı olarak izah ettiğimiz teminat ve ikincil müteselsil sorumluluk vasıtasıyla koruma hükümleri düzenlenmiş olsa da bölünme sürecine hiçbir etkileri bulunamayan ve bölünmenin iptalini talep hakkı olmayan alacaklıların, bu koruma sistemlerinin herhangi bir şekilde ihlali ve zarara uğramaları halinde, bu zarara sebep olanların sorumluluğuna gidebilmeleri, koruma sistemini tamamlayıcı niteliktedir.^[146]

TTK'nın 193. maddesi, genel sorumluluk rejimini ortadan kaldırmaz. Nitekim, yeniden yapılandırma işlemlerine ilişkin bu özel sorumluluk davası, bu işlemlere karşı kanunda öngörülen nisap, şirket haklarının devamı,

[143] ALP, s.68; aksi yönde bkz. KAYALI, s.336.

[144] Ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm C. ORTAKLARIN KİŞİSEL SORUMLULUĞU YOLUYLA KORUMA, s.23.

[145] TEKİNALP, N 15-42.

[146] ERDEM, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması*, s.345.

sözleşmelerin şekil ve içeriği gibi hükümlere uyulmasını amaçlar. Bunun haricinde sorumluluğu gerektiren haller kapsamında TTK'nın 553'üncü maddesi ve devamı hükümlerine de gidilebilecektir.^[147] Örneğin, bir anonim şirketin bölünmesi sırasında ortaya çıkan zarar bölünme sözleşmesi, raporunun hazırlanması, inceleme hakkı ve alacaklılara çağrı gibi bölünmeye yönelik hükümlerin ihlali dolayısıyla değil de yönetim kurulu üyesinin genel özen ve sadakat yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklanmış ise o halde TTK m. 193'ün değil TTK m. 553'ün uygulanması yerinde olacaktır.^[148]

1. Sorumluluğun Kapsamı ve Koşulları

Sorumluluk davasının konusu, bölünmeye katılan ve kusurları ile alacaklılara zarar veren kişilerin sorumluluğuna gidilmesidir. Çalışmamız kapsamında alacaklıların korunmasına ilişkin açıklanan koruma yöntemlerinde herhangi birinde meydana gelebilecek bir aksaklık ya da yanlış bir uygulama alacaklıların zarara uğramasına neden olabilir ve sorumluluk davasına konu edilebilir.^[149] Örneğin, bölünmeden önce yapılacak ilanda alacaklıların teminat talep edebilecekleri açıkça belirtilmemiş veya ilanlar yedişer gün aralıklı yapıma koşuluna uyulmadan yapılarak alacaklıların bölünmeden haberdar olması engellenmiş olabilir. Bir diğer örnek olarak, diğer alacaklıları mağdur edecek biçimde herhangi bir alacaklıya üç aylık süre beklenmeden teminat verilmesi veya bu alacaklının borcunun erken ifa edilmesi gösterilebilir.^[150] Tüm bu sayılan örneklerde olduğu gibi alacaklıları koruma yöntemlerinin uygulanmaması ya da yanlış uygulanması alacaklıları zarara uğratmaktadır.

TTK'nın 193. maddesi ile bölünmeye herhangi bir şekilde katılanların sorumluluğu ile amaçlanan, zarar verenin hukuka aykırı davranışından kaynaklanan ve kendisine isnat edilecek zararın giderilmesini sağlamaktadır. Maddeye göre, bölünme işlemine herhangi bir şekilde katılanlar, kusurlarıyla verdikleri zarar dolayısıyla hem şirkete hem ortaklara hem de şirket alacaklılarına karşı sorumludur. Bu açıdan, TTK'nın 193. madde esasen

[147] ERDEM, H. Ercüment, "Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmede Yeni Davalar (Yeni Davalar)", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2013, S.2, s. 132.

[148] DEMİR, s. 175.

[149] JABORNEGG, Peter, *Handelsgesetzbuch Kommentar*, 1997, s. 19 vd.

[150] ERDEM, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması*, s. 346.

diğer tazminat hükümleri ile benzer koşulları içermektedir^[151]. Bölünmeye herhangi bir şekilde katılmış kişilerin hukuki sorumluluğu için açılan bu davalarda, kişilerin sorumluluğu bir kusur sorumluluğudur ve sorumluluğa hükmedilebilmesi için *zarar, kanuna aykırılık, kusur ve illiyet bağı* koşullarının gerçekleşmiş olması gerekir.^[152]

TTK 193. maddede, yeniden yapılandırma işlemine katılan kişilerin “kusurlarıyla” verdikleri zarardan bahsedilirken, mehzaz İBirk madde 108’de ise “*kasten veya ihmal suretiyle yükümlülüklerini ihlal ederek*” verdikleri zarardan söz edilir. TTK metnine görev kusuruyla ilgili bu sınırlamanın alınmaması nedeniyle, açıkça bir yükümlülük üstlenmeden yeniden yapılandırmaya karışan kişilerin de kusurlarının varlığı halinde sorumlu tutulup tutulamayacakları konusunda fikir ayrılığı ortaya çıkabilir^[153]. Erdem’e göre, TTK’nın 193. maddesinin gerekçesinde hükmün TTK’nın 553. maddesine benzer bir şekilde sorumluluğu düzenlediği belirtildiğinden, TTK’nın 193. maddesinin uygulanmasında da yükümlülük ihlali aranmalı ve kusur sorumluluğu görev veya yükümlülüklerin ihlali ile sınırlı olmalıdır^[154]. Bu görüşün kabulü halinde sorumluluk davası, sadece kanuna ve esas sözleşmeye aykırılık halinde değil, bölünme ile bağlantılı olmak kaydıyla her türlü yükümlülük ihlali halinde açılabilir^[155]. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Gerçekten de sorumluluk davasının açılabilmesi için hukuka aykırılık veya esas sözleşmeye aykırılık halinin değil yükümlülük ihlalinin aranması alacaklıların korunması bakımından daha etkili olacaktır.

2. Davanın Tarafları

TTK’nın 193. maddesi uyarınca, sorumluluk davasında davacı taraf, bölünmeye katılan şirketler, ortaklar ve alacaklılar olabilir. Davacı tarafın kim olacağı ile ilgili kanunda bir belirsizlik bulunmazken; davalıların kimler olabileceği konusunda ise maddede geçen “*birleşme, bölünme veya tür*

[151] KAYALI, s. 315.

[152] AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 535.

[153] ÇOŞTAN, *Yeniden Yapılanmada Alacaklıların Korunması*, s. 265.

[154] ERDEM, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması*, s. 346.

[155] KAYALI, s. 326.

değiştirme işlemlerine herhangi bir şekilde katılmış bulunan bütün kişiler” ifadesi oldukça geniş düzenlenmiştir.

Bölünme işlemine bir şekilde katılanlar ifadesi ile ne anlaşılması gerektiği kanunda açıkça belirlenmemiş olduğundan ne kapsamda ele alınması gerektiği yoruma açıktır. Bize göre “katılanlar” ifadesinden, bölünmeye katılan şirketlerin ortakları veya yönetim organları veya şirket yönetiminde yetki sahibi kişiler, danışmanlar veya denetçiler anlaşılmalıdır.^[156] Bu kapsamda, anonim şirketler bakımından getirilmiş organ sorumluluğunu aşan avukatlar, bankalar gibi şirket hiyerarşisinde dışardan danışmanlık hizmeti verenlerin de sorumluluğuna gidilebileceği izlenimini uyandırmaktadır. Ancak bu şekilde değerlendirildiğinde, sorumluluğun amacını aşan bir şekilde genişlemesi söz konusu olabilecektir. Nitekim söz konusu hükmün amacı, TTK’nın bölünme işlemi kapsamında öngördüğü yükümlülüklerle aykırı hareket edilmesi nedeniyle doğan zararların tazminini sağlamaktır.^[157] Dolayısıyla, TTK’nın 193’üncü maddesi çerçevesinde, şirket organlarının sorumluluğu kabul edilmeli, dışarıdan danışmanlık hizmeti verenler sorumluluk kapsamı dışında tutulmalıdır. Danışmanlık hizmeti verenlerin, katılan sıfatını taşıyan ilgili şirket ile aralarındaki sözleşme ilişkisine dayanan sorumlulukları, organ sorumluluğuna ilişkin hükümlere göre değil, sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine göre belirlenmelidir.^[158]

3. Yargılama Süreci ve Teselsül

TTK’nın 193. maddesine göre açılacak davalarda görevli ve yetkili mahkemeye ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bölünme ve yeniden yapılandırma yöntemleri TTK’da düzenlendiğinden sorumluluk davası bir ticari dava (TTK m.4/1) niteliğinde değerlendirilmeli ve görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu kabul edilmelidir (TTK m.5).^[159]

[156] Benzer yönde görüş için bkz. ÇOŞTAN, *Yeniden Yapılanmada Alacaklının Korunması*, s. 273.

[157] DEMİR, s.176.

[158] USLUEL, Aslı E. Gürbüz, “Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanma İşlemlerinde Yöneticilerin Hukuki Sorumluluğu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Ankara, Y.2013, C.1, S.29, s.162; DEMİR, s.177.

[159] AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.536.

Sorumluluk davasında yetkili mahkemenin ise, hukuka aykırı fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olduğu söylenebilir (Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.16).^[160] Nitekim, TTK'nın 561. madde gerekçesinde hükmün inhisari yetkiyi haiz olan bir mahkemeyi göstermediği, aksine somut olaya göre yetkili mahkemeler yanına bir diğer mahkemeyi daha eklediği belirtilmiştir.^[161]

TTK'nın 193'üncü maddesinin üçüncü fıkrasının, TTK'nın 557. maddesine yaptığı atıf ile birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olması halinde bu kişiler müteselsilen sorumlu olur. Ancak TTK 553'üncü maddesi ve devamı hükümleri ile düzenlenen genel sorumluluk davasında özel sorumluluk davasında olduğu gibi sorumlu şahıslar *kendi kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde* tazminle yükümlü olacaktır. Bir başka ifadeyle, özel sorumluluk davasında da farklılaştırılmış teselsül ilkesi geçerlidir^[162]. Farklılaştırılmış teselsül ilkesinde, hiç kimse uygun illiyet bağına göre kendisinin sebep olmadığı zararlardan sorumlu değildir. Bunun yanı sıra, her sorumluluk dış ilişkiadaki kişisel kusurun varlığına bağlıdır ve kusur derecesi teselsülde dikkate alınacaktır.^[163]

[160] AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.536.

[161] TTK madde 561 gerekçesi.

[162] KAYALI, s.321.

[163] PULAŞLI, s.671.

SONUÇ

TTK'nın 159. maddesi ve devamı maddeler ile hüküm altına alınan bölünmeye ilişkin düzenlemeler; bölünmenin temel ilkelerini, bölünmenin usulünü, tescili ile geçerliliğini ve alacaklıların korunmasını detaylı olarak ele almaktadır. TTK'nın 174. maddesi ve devamı hükümleri ile düzenlenen alacaklıların korunmasında her ne kadar bölünmeye katılan şirketler ile alacaklılar arasında menfaat dengesi kurulması amaçlanmış olsa da alacaklıları koruyucu hükümlerde bazı eksik düzenlemeler nedeniyle bu konuda maalesef kanunda boşluklar mevcuttur.

Bölünmeye taraf olabilecek kişiler, alacaklıların korunması kaygısı ile sınırlı sayı ilkesine tabi tutulmuş ve kanunda sayılan sermaye şirketleri ile kooperatifler dışında bölünmeye izin verilmemiştir. Öte yandan, TTK'nın 174. maddesinin ilk yürürlük halinde yer alan; tirajı elli binin üstünde olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan en az üç gazetede alacaklılara çağrı ilanının yayımlanmasına ilişkin düzenlemenin yürürlükten kaldırılması isabetli olmamış ve bu hali ile söz konusu hüküm bizce alacaklıların korunması amacına aykırılık teşkil etmektedir. Nitekim, Ticaret Sicil Gazetesi'nde yayımlanan ilanları takip etmeyen ve ilandan haberdar olmayan alacaklılar üç ay içerisinde teminat talebinde bulunamayacaklar, kanunun sağlamış olduğu güvence imkanından faydalanamayacaklardır.

Bölünmede alacaklıları koruyan önemli düzenlemelerden bir diğeri de TTK'nın 170. maddesiydi. İşbu madde bölünme planı ve raporunun denetimini düzenleyerek alacaklıların menfaatini gözetmekteydi. TTK'nın 170. madde uygulamasının kaldırılması ve TTK'nın 175'inci maddesinin ikinci fıkrası ile düzenlenen alacaklıların teminat altına alınmasına ilişkin işlem denetçisi raporunun madde metninden çıkarılması alacaklılar aleyhine bir durum meydana getirmiştir. Bahse konu düzenleme ile işlem denetçisi müessesesi varlığını sürdürseydi; denetçi raporu ile bölünme sözleşmesi ve raporunda yer alan beyanların doğruluğu, değişim oranlarının adil olup olmadığı, değişim oranlarının hesaplama yöntemleri gibi konularda denetlemeler yapılır ve bölünme daha şeffaf koşullarda gerçekleşirdi. Bu nedenle, TTK'nın 175. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişiklik ve TTK'nın 170. maddesinin kaldırılması, alacaklıların korunması kapsamında adil olmayan sonuçlara sebebiyet verebilmektedir. İşlem denetçisi genel olarak TTK kapsamında kaldırılan bir müessese olması nedeniyle bunun yerine bölünme esnasında bağımsız denetçi marifeti ile benzer inceleme ve raporlamanın

yapılması yerinde olacaktır. Böylelikle olumlu denetleme raporu bağlayıcı hale getirilerek bölünmede geçerlilik koşulu olması ve alacaklıların teminatlarının tehlikeye düşüp düşmediğinin tespitinde bu raporun referans alınması alacaklıların menfaatinin gözetilmesinde daha etkili olacaktır.

Alacaklıları korunma yöntemlerinin belki de alacaklılar açısından en önemli ve etkili olan bölünmeye katılan şirketlerin teminat yükümlülüğüne ilişkin olarak ise, teminatın türü ve miktarının kanunda açıkça düzenlenmemiş olması hususudur. Bunun yanında madde metninin çok genel bir içerik ile düzenlenmiş olması alacaklıların korunması hükümleri içerisinde önemli bir eksikliktir. Alacakların teminata bağlanmasına ilişkin hükümlerin uygulanmasında, alacaklıların menfaatleri ile yeniden yapılanan şirketlerin menfaati arasında denge kurulmalıdır.

Bir diğer yandan, çalışanların korunmasına ilişkin TTK'nın 178. maddesi, çalışanlar açısından sınırlı bir koruma sağlamaktadır. Nitekim, tam bölünmede katılan veya bölünen şirketin infisah etmesi, eski işverenin ortadan kalkması nedeniyle, müteselsil sorumluluk ilkesinin uygulanmasını zorlaştırmaktadır. Ancak kısmi bölünmede, bölünen şirketin varlığını koruması nedeniyle işveren şirket varlığına devam edeceği için söz konusu çalışanlar için iki ayrı şirket için de müteselsil sorumluluk hükümlerine gidilebilecektir.

Son olarak, bölünmede müteselsil sorumluluğun, alacaklılar açısından kapsamlı bir koruma sağlaması için hem devreden hem de devralan şirketin alacaklıları için geçerli olması gerekir. Bölünme işleminde, bölünmeye katılan tüm şirketlerin hiçbir koşul aranmaksızın alacaklılara karşı müteselsil sorumlu tutulması, bağımsız denetçi raporu uygulamasının getirilmesi, alacaklılara yapılan ilanların daha geniş kitlelere duyurulması sağlanarak alacaklıların teminat hakkından yararlanmasının tehlikeye düşürülmemesi, alacaklıları korumada daha adil ve güvenli bir bölünme süreci geçirilmesini sağlayacaktır.

TTK'da bölünme hükümleri diğer yeniden yapılandırma yöntemlerine kıyasla çok daha kapsamlı ve alacaklıları koruyucu nitelikte olsa da çalışmamız kapsamında detaylı olarak incelenen bölünmeye ilişkin TTK hükümlerindeki bu boşluklar, bölünme sürecinde alacaklıların alacak haklarına gölge düşürebilecek niteliktedir. Bu kapsamda, bölünme sürecinin karar aşamasında alacaklıların söz hakkı olmadığı göz ardı edilmemeli, alacaklıların menfaatlerinin gözetilmesi gereği unutulmamalıdır.

KAYNAKÇA

- ANDREAS, Binder, *Der Schutz der Gläubiger von Aktiengesellschaften bei Spaltung und Vermögensübertragung*, 2005.
- AKKAŞOĞLU, Şeyma, *Şirketlerde Birleşme, Bölünme veya Tür Değiştirmenin İş Sözleşmelerine Etkisi*, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2017.
- ALP, Mustafa, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi”, *Çalışma ve Toplum*, Y.2012, S.1, ss.51-74.
- ALTAŞ, Soner, *Anonim Şirketler*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- AYDOS, O. Sadık, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- AYHAN, Rıza, ÇAĞLAR Hayrettin ve ÖZDAMAR, Mehmet, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 2021.
- BAHTİYAR, Mehmet, *Ortaklıklar Hukuku*, 13. Baskı, İstanbul, 2019.
- CANBOLAT Talat ve SARIKAYA Sinan, *Ticaret Şirketlerinin Yapı Değişikliklerinde İş İlişkilerinin Geçmesi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı, Proje Çalışması, İstanbul.
- ÇOŞTAN, Hülya, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hükümlerine Göre Anonim Şirketin Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirme Yoluyla Yeniden Yapılanmasında Alacaklının Korunması*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2009.
- ÇOŞTAN, Hülya, “Bölünmeye Katılan Şirketlerin Müteselsil Sorumluluklarının Sınırlandırılması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.18, S.2, 2012.
- ÇEBİ, Hakan, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklıkların Bölünmesi*, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- DEMİR, Koray, *Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Şirketlerin Bölünmesi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.

- ERDEM, H. Ercüment, “Anonim Ortaklıkların Bölünmesinde Alacaklıların Korunması”, *Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı*, 2016, ss. 585-622.
- ERDEM, H. Ercüment, “Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmede Yeni Davalar”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2013, S.2, ss.113-138.
- EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Beta Yayınevi, 2003.
- ERİŞ, Gönen, *Açıklamalı-İçtihatlı 6335-6552 sayılı Kanunlarla Güncellenmiş TTK Hükümlerine göre Ticari İşletme ve Şirketler*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- FANDEL, Stefan, *Die Angabepflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 UmwG*, 2004.
- GERÇEK, Adnan, *Kamu Alacaklarının Tahsil Hukuku*, 6. Baskı, Ekin Basım Yayım Dağıtım, 2020.
- HELVACI, Mehmet, *Anonim Ortaklıkların Bölünmesi*, Beta Basım Yayım, 2004.
- JAENİG, Ronny, *Die aktienrechtliche Sonderprüfung*, 2005.
- JABORNEGG, Peter, *Handelsgesetzbuch Kommentar*, 1997.
- LUKAS, Handschin, *Fusionsgesetz (Fusg), Das Wichtigste In Kürze*, 2008.
- KAĞITÇIOĞLU, Murat, *Anonim Şirketlerde Kısmi Bölünme*, İstanbul, 2012.
- KAYALI, Ferna İpek, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sermaye Ortaklıklarının Bölünmesi*, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020.
- KARSLIOĞLU, Hasan, *Anonim Şirketlerde Örtülü Kar Dağıtımı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- KENDİGELEN, Abuzer, *Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. Baskı, İstanbul, 2016.
- KEŞLİ, Ahmet ve KARAHAN, Sami (Editör), *Şirketler Hukuku*, Mimoza Yayınları, 2012.
- KOCAER, Şenol, *Şirket Yeniden Yapılandırılmaları, Güncellenmiş ve Genişletilmiş* 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

- KURU, Baki, “Teminat Alacakları İçin İlamsız İcra Takibi Yapılması”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Y.1976, C.3, S.8.
- KURU, Baki, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2018.
- MAULBETSCH/KLUMPP/ROSE, Umwandlungsgesetz, C.F. Müller, *Heidelberger Kommentar*, 2009.
- MÜLAZIMOĞLU, Mehmet, *Anonim Şirketler Hukukunda Sermayenin Korunması İlkesi*, On İki Levha Yayıncılık, Ankara, 2020.
- NAZALI, Ersin, *Vergisel ve Yeni TTK Yönüyle Anonim ve Limited Şirketlerde Tasfiye, Devir, Birleşme, Bölünme ve Tür Değişimi İşlemleri*, 4. Baskı, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayınları, İstanbul, 2015.
- ÖZKARACA, Ercüment, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Şirketlerin Birleşmesi Bölünmesi ve Tür Değiştirmesinin İş Hukukuna Etkileri”, *İş Hukukunda Güncel Sorunlar*, Y.2012, C.2, ss. 103-172.
- PFEIFER, Michael, MÜLLER Roland M., in Frank Vischer et al (Hrsg.), *Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz*, 2. Aufl., Zürich, 2012.
- POROY, Reha, TEKİNALP, Ünal ve ÇAMOĞLU, Ersin, *Ortaklıklar Hukuku II*, Güncellenmiş Yeniden Yazılmış 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- PULAŞLI, Hasan, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi ve Eleştirilen Hükümler”, *YÜHDF*, C.2, S.1, 2005.
- PULAŞLI, Hasan, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- TEKİNALP, Ünal, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- SCHWAB, Simona, *Die Unterrichtungspflicht und das Widerspruchsrecht bei Betriebsübergang nach der neuen Regelung des § 613a BGB*, 2003.
- SORGUNOĞLU, M. Buket, *TTK Hükümlerine Göre Ticaret Şirketlerinin Bölünmesinde Alacaklıların Korunması*, İstanbul Ticaret

Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013.

SÜMER, H. Hadi, *Hukuka Giriş Kavramlar ve Kurumlar*, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.

SÜZEK, Sarper, “İşyerinin Devri ve Hukuki Sonuçları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2013, C.15, Özel Sayı.

USLUEL GÜRBÜZ, Elif Aslı, “Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticaret Ortaklıklarının Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmesinde İşlem Denetçisi ve Hukuki Sorumluluğu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Y.2011, C.2, S.27,

WANNER, Marianne, *Arbeit und Recht*, 2020.

İSTANBUL SÖZLEŞMESİ: TÜRKİYE'DE İÇ HUKUKA ETKİSİ VE TOPLUMUN TEPKİSİ

Meryem Hazal ÇAMURCU*

Makalenin Geliş Tarihi: 15.06.2021 **Kabul Tarihi:** 22.02.2022

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

DOI [10.30915/abd.1090725](https://doi.org/10.30915/abd.1090725)

* Avukat / Kocaeli Üniversitesi Siyaset ve Sosyal Bilimler Yüksek Lisans Öğrencisi. <https://orcid.org/0000-0002-8353-2138>

İSTANBUL SÖZLEŞMESİ: TÜRKİYE'DE İÇ HUKUKA ETKİSİ VE TOPLUMUN TEPKİSİ

ÖZ

İstanbul Sözleşmesi, imzaya açıldığı günden beri tartışmaların odağında olmuştur. Yapılan aleyhte kampanyaların sonucunda Türkiye, 20 Mart 2021 tarihinde Sözleşme'den çekilmiştir. Kadına yönelik şiddetin son yıllarda artış gösterdiği göz önünde bulundurulduğunda İstanbul Sözleşmesi'nin kadına yönelik şiddeti engelleme amacı önem kazanmaktadır. Bununla birlikte özellikle muhafazakâr çevrelerce eleştirilen Sözleşme'nin, kadına yönelik şiddetin önüne geçemediği ve geleneksel aile ilişkileri dışında ilişkileri de kabul ettiği iddia edilmektedir. Makalede İstanbul Sözleşmesi'nin kabulü ve yürürlükten kaldırılması ile Türkiye'de meydana gelen gelişmeler ele alınmıştır. Öncelikle şiddet, ev içi şiddet ve kadına yönelik şiddet kavramlarının tanımı yapılmıştır. Daha sonra İstanbul Sözleşmesi'nden bahsedilmiş ve kabul süreci hakkında bilgi verilmiştir. İstanbul Sözleşmesinin kanunlarla bütünleştirilmesi kapsamında 6284 sayılı Kanun'dan bahsedilmiştir. Ayrıca Türkiye'de Sözleşme'ye itiraz edenlerin ve destekleyenlerin eleştirilerinin neler olduğu konuları işlenmiştir. Bu konular hem hukuki anlamda hem de toplumsal cinsiyet anlamında ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

İstanbul Sözleşmesi

Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği

Kadına Yönelik Şiddet

Aile İçi Şiddet

Türkiye'de Kadına Yönelik Şiddet

ISTANBUL CONVENTION: EFFECTS OF DOMESTIC LAW IN TURKEY AND PEOPLE'S RESPONSE

ABSTRACT

Istanbul Convention has been at the centre of discussions since the first day it was opened for signature. As a result of its negative campaigns, Türkiye withdrew from Convention on 20 March 2021. Considering that violence against women has increased in recent years, the Convention's purpose of preventing violence against women is essential. However, conservatives claim that the Convention cannot prevent violence against women and accepts relationships that are not found appropriate for them. In this article, developments in Turkey are discussed after the Convention's acceptance and withdrawal from the Convention. First, violence, domestic violence and violence against women were defined. Then, general information was given about Istanbul Convention. After that mentioned integration of the Istanbul Convention and domestic law. In addition to these, criticism of supporters and objectors are discussed. These issues are discussed in both legal terms and gender.

Keywords

Istanbul Convention

Social Gender Inequality

Violence Against Women

Domestic Violence

Violence Against Women in Turkey

GİRİŞ

Kadına yönelik şiddet günümüzün en önemli sorunlarının başında gelmektedir. Sorunun çözümü için uluslararası alanda etkili adımlar atılmıştır. Bu adımlardan biri olan Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi) hem güncelliği hem de içeriği bakımından dikkate değerdir. Sözleşme, kadına yönelik şiddeti insan hakkı ihlali olarak kabul etmesi açısından önemlidir. Sözleşme’nin bir başka özelliği ise şiddeti toplumsal cinsiyet ile ilişkilendirmesidir. Sözleşme’de toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin şiddeti meydana getirdiği savunulmaktadır.

Sözleşme, öneminin yanında maddeleri ve yaptırımları nedeniyle çokça tartışılmış, özellikle toplumun muhafazakar kesiminde hoşnutsuzluk meydana getirmiştir. Muhafazakar çevrelerce Sözleşme ile aile kurumunun yıkıldığı iddia edilmiş ve iptali talep edilmiştir. Sözleşmeye destek verenler ise kadına yönelik şiddeti engellemede tek çarenin Sözleşme olduğuna ve uygulanmasının önemine dikkat çekmiştir. Sözleşme, Türkiye’de de benzer şekilde eleştirilmiştir. Muhafazakar çevrelerin baskısı sonucunda 20 Mart 2021 tarihinde Sözleşme’den çekilme kararı alınmıştır. Muhafazakar çevreleri memnun eden bu karar, kadın örgütlerini endişelendirmiştir.

Sözleşme, kadına yönelik şiddetin arttığı günümüzde çok önemli bir konumdadır. Bir insan hakkı ihlali olan kadına yönelik şiddeti önlemek ve bu şiddete son vermek devletlerin birincil görevleri arasında yer almaktadır. Bu sebeple Sözleşme’nin devletlere verdiği yükümlülükler önem arz etmektedir. Hem dünyada hem ülkemizde yükümlülüklerin yerine getirilmesi ile kadına yönelik şiddetin son bulacağına inanılmaktadır. Dolayısıyla bu konunun gündemde tutularak sorunun çözümüne katkı yapması sağlanmalıdır. Ülkemizde kadın cinayetlerine her gün haber bültenlerinde rastladığımız düşünüldüğünde bu konunun incelenmesi ve tartışılması önemlidir.

Makalenin ilk bölümünde aile ve şiddet kavramlarının tanımı yapılmıştır. Daha sonra kadına yönelik şiddet ve ev içi şiddetin tanımları yapılmış ve bu başlıkta toplumsal cinsiyet kavramına da değinilmiştir. Türkiye’deki kadına yönelik şiddetin mücadelesi aktarılmış, Sözleşme’nin kabulüne kadar giden süreçten bahsedilmiştir. Türkiye’deki kadına yönelik şiddetin verilerine de yer verilmiştir. Daha sonra uluslararası alanda İstanbul Sözleşmesi’ne kadar olan uluslararası metinler anlatılmış ve İstanbul Sözleşmesi hakkında bilgi

verilmiştir. Sözleşme'nin amacı ve kapsamı üzerinde durulmuş ve Türkiye'nin kabul ve çekilme süreçlerinden bahsedilmiştir. İstanbul Sözleşmesi'ni iç hukukla birleştiren 6284 sayılı Kanun hakkında bilgi verilmiştir. En son bölümde ise Sözleşme'ye gelen itirazlardan ve desteklerden bahsedilmiştir.

1. KAVRAMLAR VE TANIMLAR

1.1. Aile Kavramı

Aile, kültürden kültüre tanımı değişen bir kurumdur. Ama en basit tanımıyla “evlilik ve kan bağına dayanan, karı, koca, çocuklar, kardeşler arasındaki ilişkilerin oluşturduğu toplum içindeki en küçük birim”dir.^[1] Tarih boyunca ailenin farklı tanımları da yapılmıştır. Giddens, aileyi akrabalık bağı ile birbirine bağlanmış ve yetişkinlerin çocuklara bakmakla görevli olduğu bir grup insan olarak tanımlamaktadır.^[2] Türkiye'nin ilk sosyologlarından Ziya Gökalp'e göre ise “Aile, içtimai müesseselerin en eskisi olan milletin dirlik ve birliğinin yegâne sağlayıcısı bir evlilik kurumudur.”^[3] Aile kavramı, AİHM'in Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesini yorumladığı kararlarında açıklanmıştır. Bunlara göre dışarıdan bakıldığında bir ilişki aile statüsü altında değerlendiriliyorsa resmi statüden bağımsız şekilde aile olarak kabul edilir.^[4]

1.2. Şiddet Kavramı

Dünya Sağlık Örgütü şiddeti, “Fiziksel güç veya iktidarın kasıtlı bir tehdit veya gerçeklik biçiminde bir başkasına uygulanması sonucunda maruz kalan kişide yaralanma, ölüm veya psikolojik zarara yol açması ya da açma

[1] EREN, Hasan vd., *Türkçe Sözlük 1*, Atatürk Kültür, Dil, Tarih Yüksek Kurumu, İstanbul, 1992, s. 31.

[2] GIDDENS, Anthony, *Sosyoloji*, Kırmızı Yayınları, İstanbul, 2012, s. 246.

[3] KIR, İbrahim, “Toplumsal Bir Kurum Olarak Ailenin İşlevleri”, *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, 2011, C.10, S.36, s. 382.

[4] DEMİRKİR ÜNLÜ, Müge, *Kadına Yönelik Şiddet ve Aile-İçi Şiddet İstanbul Sözleşmesi'nin (Kadına Yönelik Şiddet ve Aile-İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi) Ulusal Hukuk Açısından Değerlendirilmesi*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 9.

olasılığı bulunması” olarak tanımlamaktadır.^[5] 6284 sayılı Kanun da şiddetin tanımını yapmıştır. Kanun’un 2. maddesine göre, şiddet “Kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranışı” olarak tanımlanmıştır.

Şiddetin çeşitli biçimleri bulunmaktadır. Bunlar, fiziksel şiddet, cinsel şiddet, duygusal veya psikolojik şiddet, ekonomik şiddet ve sözel şiddettir. Fiziksel şiddet, kadınların psikolojik şiddetten sonra en çok maruz kaldıkları şiddet türüdür.^[6] Fiziksel şiddet, güç kullanarak cezalandırma amacı ile karşısındakine zarar vermek olarak tanımlanabilir.^[7] Hırpalamak ve dövmek eylemleri bu şiddete örnektir.^[8] Cinsel şiddet; kadının kocası veya başkası tarafından isteği dışında veya istemediği şekillerde cinsel ilişkiye zorlanmasıdır.^[9] Bu şiddet türünde saldırganın tek amacı cinsellikten yararlanmak değil, aynı zamanda mağduru kontrol etmek, zorlamak ve zarar vermektir.^[10] Kadınların maruz kaldıkları bu şiddeti tanımlamak ve paylaşmak konusunda zorlandıkları tespit edilmiştir.^[11] Duygusal veya psikolojik şiddetin, en çok maruz kalınan şiddet olduğu belirlenmiştir. Psikolojik şiddet, duygusal güç veya ihtiyaçların kadını kontrol, denetleme, cezalandırma amacıyla şiddet aracı olarak kullanılması olarak tanımlanır. Kadınların bu tür şiddeti

[5] GÜLER, Nuran vd, “Kadının Aile İçinde Yaşanan Şiddete Bakışı”, *Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, 2005, C.27, S.2, s. 51.

[6] Mor Çatı Kadın Sığınağı Vakfı, *2019 Faaliyet Raporu*, 2019, s. 9.

[7] TBMM, *Kadına Yönelik Şiddetin Sebeplerinin Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu 1.Cilt*, 2015, s. 47.

[8] POLAT, Oğuz, “Şiddet”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, C.22, S.1, s. 25.

[9] KARINCA, Eray, *Sorularla Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2010, s. 5.

[10] POLAT, s. 26.

[11] SÜNETÇİ, Büşra vd, “Üniversite Öğrencilerinin Flört Şiddeti Algıları Üzerine Bir Araştırma”, *Ufku Ötesi Bilim Dergisi*, 2016, C,16, S.1, s. 68.

tanımlaması ve maruz kaldıklarını dillendirmesi daha zordur.^[12] Duygusal veya psikolojik şiddet, tek başına bulunabileceği gibi diğer şiddet olguları ile birlikte de bulunabilir. Cinsel veya fiziksel şiddete maruz kalan kişi aynı zamanda duygusal veya psikolojik şiddete de maruz kalmaktadır.^[13] Ekonomik şiddet, birini kontrol etmek veya cezalandırma amacıyla ekonomik anlamda sınırlamak ve temel ihtiyaçlarını karşılayamayacak hale getirmek için yapılan hareketlerdir.^[14] Kadının mallarını, gelirlerini elinden almak, para vermemek, ailenin ekonomik birikimi ile ilgili bilgi paylaşmamak, ekonomik konularda yalnız karar almak, çalışmasına izin vermemek, zorla çalıştırmak buna örnek verilebilir.^[15] Ekonomik şiddetle kadının ekonomik özgürlüğü elinden alınmaktadır.^[16] Son olarak, sözel şiddet ise kişiyi aşağılamak ve küçük düşürmek için kullanılan ifadelerdir.^[17] Sözel şiddetin bir alt başlığı olarak geleneksel ve yeni medyadaki şiddet gösterilebilir. Özellikle televizyonlarda kadına ve çocuğa yönelik şiddetin olmadığı dizi neredeyse yoktur. Ayrıca haber programlarında şiddet olayları heyecanlı hikayeler gibi anlatılmaktadır. Kadın programlarında ise devamlı olarak cinayetler, şiddet ve kadına yönelik aşağılayıcı söz ve davranışlar yer almaktadır.^[18] Medyada kadına karşı şiddet haberlerinin magazin değeri olan bir haber şeklinde sunulduğu görülmektedir.^[19] Kadına yönelik şiddet ile ilgili medyadaki

[12] Mor Çatı Kadın Sığınağı Vakfı, s. 9

[13] POLAT, s. 31.

[14] TBMM, 2015, s. 50.

[15] KARINCA, *Sorularla Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet*, s. 8.

[16] POLAT, s. 33

[17] PINAR, Tevfik ve PINAR, Gül, “Sağlık Çalışanları ve İşyerinde Şiddet”, *TAF Preventive Medicine Bulletin*, 2014, C.12, S.2, s. 316.

[18] İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi, *Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Sözleşmesi ve 6284 sayılı Yasanın Uygulanmasında Yaşanan Sorunlar Hakkında İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi Raporu*, 2019, s. 122.

[19] GÖRGÜN BARAN, Aylin vd., “Medyada Kadına Yönelik Şiddet Haberlerinin İçerik ve Sunum Açısından Analizi: Beyazgazete.com Örneği”, *Sosyoloji Konferansları*, 2017, S. 55, s. 111.

içerik cinsiyetçilik, nesneleştirme, aşağılama barındırır ve kadına yönelik şiddeti normalleştiricidir.^[20]

2. KADINA YÖNELİK ŞİDDET VE EV İÇİ ŞİDDET

Kadına yönelik şiddet, kadınlara sırf cinsiyetlerinden dolayı ev içinde veya dışında uygulanan şiddet davranışları olarak tanımlanmaktadır. Bu şiddetin nedeni, erkek egemenliği ve bundan kaynaklanan kadın-erkek eşitsizliğidir.^[21] İstanbul Sözleşmesi de şiddeti, kadın ve erkekler arasındaki eşitsizliğin bir sonucu olarak kabul etmektedir.^[22]

Toplumsal cinsiyet kavramı da bu anlamda önem kazanmaktadır. İstanbul Sözleşmesi’nin 3. maddesinde toplumsal cinsiyet tanımı verilmektedir. Buna göre, “Toplumsal cinsiyet, herhangi bir toplumun, kadınlar ve erkekler için uygun olduğunu düşündüğü sosyal anlamda oluşturulmuş roller, davranışlar, faaliyetler ve özellikler” olarak tanımlanmıştır. Bu Sözleşme ile ilk kez uluslararası sözleşmelerde toplumsal cinsiyet tanımı yapılmıştır.^[23] Sözleşme’nin Giriş kısmında da kadınların ve kız çocuklarının toplumsal cinsiyet şiddetine maruz kaldıklarından bahsedilmektedir.^[24] Birleşmiş Milletler’in, 2008 yılında verdiği Kadına Yönelik Şiddetle Mücadelede Yoğunlaştırılması Kararında kadına yönelik şiddetin kadın ve erkek eşitsizliğinden doğduğu ilk defa kabul edilmiştir.^[25] Yine bu kararda kadına

[20] İstanbul Sözleşmesi Türkiye İzleme Platformu, *Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nin Hükümlerini Yürürlüğe Koyan Yasal ve Diğer Tedbirler Hakkında Türkiye’nin İlk Raporuna İlişkin Sivil Toplum Örgütlerinin Gölge Raporu*, 2017, s. 36.

[21] Mor Çatı Kadın Sığınağı Vakfı, s. 9.

[22] Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi, 2012.

[23] AKÇABAY, F. Ceren vd., *Cinsiyete Dayalı Şiddetle Mücadelede Yargılama Standartları*, Kadın Dayanışma Vakfı, Ankara, 2019, s. 21.

[24] UYGUR, Gülriz, “İstanbul Sözleşmesi Işığında Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’un Temel Yaklaşımı”, *Şiddetin Cinsiyetli Yüzleri*, Haz. Betül Yazar, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015, s. 196.

[25] Kadınların Statüsü Genel Müdürlüğü, *Kadına Yönelik Şiddetle Mücadelede Ulusal Eylem Planı (2016-2020)*, 2016, s. 2.

yönelik şiddetin erkek ve kadın arasındaki eşitsiz ilişkiden doğduğu ve bu şiddetin kadınların haklarını kullanmasını engellediği belirtilmektedir.^[26]

Kadına yönelik şiddet, kadının toplumdaki konumu nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Erkeğe göre belirlenen bu konumda erkekten daha aşağı görülen kadın şiddete maruz kalmaktadır.^[27] Şiddet, erkekler tarafından ataerkil otoriteyi korumak için kullanılan bir araç halini almıştır.^[28] Ataerkil toplumun bir uzantısı olarak oluşan toplumsal cinsiyet, şiddeti de beraberinde getirmektedir.^[29] Her ne kadar yakın zamana kadar eğitimsizlik, alkol ve benzeri madde kullanımı veya erkekle kadın arasındaki fiziki farklılık şiddetin nedeni olarak belirtilse de günümüzde temel nedenin cinsiyetten kaynaklanan ayrımcılık olduğu kabul edilmektedir.^[30]

Kadına yönelik şiddet ve ev içi şiddet İstanbul Sözleşmesi'nde birlikte ele alınmaktadır. Kadına yönelik şiddet evde, sokakta, iş yerinde ve çeşitli yerlerde meydana gelmektedir. Ancak kadınların en çok ev içi şiddete maruz kaldığı görülmektedir. Dolayısıyla da kadına yönelik şiddet ile ev içi şiddetin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.^[31]

2.1. Kadına Yönelik Şiddet

Kadına yönelik şiddet yeni bir mesele değildir ve sadece ülkemizde değil, tüm dünyada görülmektedir. Dünyada her yaştan, ırktan, dinden ve sınıftan kadın şiddete maruz kalmaktadır.^[32] Kadına yönelik şiddet, kadınlara cinsiyetleri nedeniyle uygulanan şiddettir. Bu şiddetin nedeni olarak kadın

[26] GÜNGÖR, Ayşegül, *Kadın Haklarına İlişkin Uluslararası Düzenlemeler*, Ankara Barosu Başkanlığı, 2012, s.340.

[27] AKÇABAY vd., s. 13.

[28] İLKKARACAN, Pınar vd., *Sıcak Yuva Masalı*, Metis Yayınları, İstanbul, 1996, s. 22.

[29] ULUOCAK, Şeref vd., *Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği ve Kadına Yönelik Şiddet*, Paradigma Yayınları, Ankara, 2014, s. 31.

[30] KARINCA, *Sorularla Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet*, s. 15.

[31] UYGUR, s. 95.

[32] AKÇABAY vd., s. 7.

ve erkek arasındaki eşitsizlik gösterilmektedir.^[33] Dünya Sağlık Örgütü verilerine göre dünyada her üç kadından biri şiddete uğramaktadır. Türkiye’de ise bu oran her on kadından dördü şeklindedir.^[34]

Birleşmiş Milletler Kadının Statüsü Komisyonu tarafından ilk cinsiyetçi şiddet tanımı 1992 yılında yapılmıştır. Bu tanımda, “Kadınlara fiziksel, cinsel ya da psikolojik zarar veren ya da verebilecek veya kadınların acı çekmesine neden olabilecek gerek kamu gerekse özel alanda yapılan bu tip davranışlara yönelik tehditleri ve kadınların özgürlüğünün zorla kısıtlanmasını da içine alan şiddete yönelik her türlü cinsiyetçi davranış” olarak tanımlanmıştır.^[35]

Kadına yönelik şiddeti önlemek için en önemli adımlardan biri olan Kadınlara Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildirge’de kadına yönelik şiddetin tanımı yapılmıştır. Buna göre “ister kamusal ister özel hayatta olsun bu tür eylemlerle tehdit etme, zorlama veya özgürlükten keyfi olarak yoksun bırakma dahil olmak üzere, kadınlara fiziksel, cinsel veya psikolojik acı verme sonucu doğuran veya bu sonucu doğurması muhtemel olan, cinsiyete dayalı her türlü şiddet eylemi anlamına gelir” denmektedir.^[36] Bu tanım, kendinden sonra gelen kadına yönelik şiddet tanımlarını etkilemiştir. Bildirge’nin benzeri bir tanım Pekin Deklarasyonu ve Eylem Platformu tarafından 1995 yılında kabul edilmiştir. Bu tanımdaki şiddet biçimleri, Bildirge’de kabul edilen şiddet biçimleriyle aynı olmuştur.^[37] Pekin Deklarasyonu ve Eylem Platformu, kadına yönelik şiddeti “Kadının fiziksel, cinsel veya psikolojik zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel olan, bu tip hareketlerin tehdidini, baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, ister toplum önünde ister özel hayatta meydana gelmiş olsun, cinsiyete dayalı her türden şiddet anlamına gelmektedir.” olarak tanımlamıştır.^[38]

[33] Mor Çatı Kadın Sığınağı Vakfı, s. 9.

[34] AKÇABAY vd., s. 8.

[35] İLKKARACAN, s. 22.

[36] Kadınlara Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildirge, 1993.

[37] ÖZKAN, Gizem, “Kadına Yönelik Şiddet-Aile İçi Şiddet ve Konuya İlişkin Uluslararası Metinler Üzerine İnceleme”, *Hacettepe HFD*, 2017, C.7, S.1, s. 538.

[38] Pekin Deklarasyonu ve Eylem Platformu, 1995.

İstanbul Sözleşmesi 3.maddesinde ise kadına yönelik şiddeti, “İster kamu ister özel yaşamda meydana gelsinler, söz konusu eylemlerde bulunma tehdidi, zorlama veya özgürlüğün rastgele bir biçimde kısıtlanması da dahil olmak üzere, kadınlara fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik zarar ve acı verilmesi sonucunu doğuracak toplumsal cinsiyete dayalı tüm şiddet eylemleri” olarak tanımlamaktadır. Tanımda şiddetin nedeni olarak toplumsal cinsiyet gösterilmektedir. Buna göre, toplumsal cinsiyet nedeniyle kadına uygulanan şiddet, kadın olması nedeniyle uygulanan şiddettir.^[39] Ayrıca tanımda ayrımı yapılan özel alan ve kamusal alan vurgusu da önem taşımaktadır. Geleneksel anlamda kamusal alandaki şiddet, devletin koruması altındadır. Ancak özel alanda meydana gelen şiddete devlet karışmamaktadır. Dolayısıyla Sözleşme’deki tanım ile bu sakınca ortadan kaldırılmak istenmiştir.^[40] Sözleşme’nin başlangıç bölümünde, yalnızca kadınları değil, erkek ve çocuk mağdurları da koruyacağı, ancak kadın mağduriyetinin daha fazla olması nedeniyle ayrı bir kadın vurgusu yapıldığı da belirtilmiştir.^[41]

2.2. Ev İçi Şiddet

İstanbul Sözleşmesi, toplumsal cinsiyete dayalı şiddet biçimlerinden olan ev içi şiddeti, kadına yönelik şiddetten ayrı tanımlamıştır. Sözleşme’nin 3.maddesinin b bendinde, aile içi şiddet “Eylemi gerçekleştiren, mağdurla aynı ikametgahı paylaşmakta olsun veya olmasın veya daha önce paylaşmış olsun veya olmasın, aile içinde veya aile biriminde veya mevcut veya daha önceki eşler veya birlikte yaşayan bireyler arasında meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik şiddet eylemleri” olarak tanımlanmaktadır. İstanbul Sözleşmesi’nin metninde yer alan ‘domestic violence’ ibaresi ‘ev içi şiddet’ olarak çevrilmesi gerekirken, bunun yerine ‘aile içi şiddet’ ifadesi tercih edilmiştir. Sözleşme’nin burada amacı evli olsun olmasın her türlü ilişki içindeki şiddeti kapsamına almaktır. Fakat çeviri ile çerçeve, aile statüsünde olanlar ile sınırlandırılmıştır.^[42] Buna karşılık 6284 sayılı Kanun, ev içi şiddet kavramını kullanmayı tercih etmiştir. Kanun’un 2. maddesindeki

[39] ULUOCAK, s. 26.

[40] UYGUR, s.198.

[41] DEMİRKİR ÜNLÜ, s. 43.

[42] BAKIRCI, Kadriye, “İstanbul Sözleşmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 2015-4, s. 137.

tanıma göre ev içi şiddet, “Şiddet mağduru ve şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddet” olarak ifade edilmiştir.

3. TÜRKİYE’DE KADINA YÖNELİK ŞİDDETİN VE EV İÇİ ŞİDDETİN MÜCADELESİ

Türkiye’de kadın hareketi, kadına yönelik şiddete karşı gelinmesiyle ortaya çıkmıştır. 1987’de ‘kadının sırtını sopasız, karnını sipasız bırakmamak gerek’ atasözüne dayanarak bir hâkimin, eşinden dayak yiyen bir kadının boşanma davasını reddetmesi üzerine mücadele başlamıştır.^[43] Ev içi şiddetle ilgili yapılan ‘Dayağa Hayır’ kampanyası da görünürlüğü sağlayan hareket olmuştur.^[44] Kadınlar, 1980’lerde devlet ile iş birliğini reddeden bir politika izlemişlerdir. 1990’larda ise kadınlar, devlet kurumlarıyla iş birliği içine girmişlerdir. 1990 sonrası dönem, şiddete karşı kurumsallaşmanın gerçekleştiği yıllar olmuştur.^[45] 1990 yılı itibarıyla eylem döneminin sona erdiği söylenebilir. Çünkü bu dönemde kadın örgütleri kurulmuş ve üniversitelerde araştırma merkezleri oluşturulmuştur.^[46] Bu kurumların en büyük önemi kadına yönelik şiddet kavramının görünürlüğüne ve anlaşılabilirliğine katkı yapmış olmalarıdır.^[47]

Kadına yönelik şiddetle mücadelede ve kadın haklarının gelişmesinde özellikle 90’larda önemli kurumlarından biri de Türkiye Barolar Birliği Kadın Hakları Komisyonu (TÜBAKKOM) olmuştur. Bu ve diğer Kadın Hukuku Komisyonları ile kadınlara hukuk danışmanlığı sağlanmış, özellikle de 4320 sayılı Aileyi Koruma Kanunu’nun uygulanmasını kolaylaştırıcı

[43] ALTINAY, Ayşegül ve ARAT, Yeşim, *Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddet*, Metis Yayınları, İstanbul, 2008, s. 17.

[44] IŞIK, S. Nazik, “1990’larda Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Hareketi İçinde Oluşmuş Bazı Gözlem ve Düşünceler”, *90’larda Türkiye’de Feminizm*, Haz. Asena Günel ve Aksu Bora, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016, s. 45.

[45] ALTINAY ve ARAT, s. 17.

[46] KARATAŞ, Evren, “Türkiye’de Kadın Hareketleri ve Edebiyatımızda Kadın Sesleri”, *Turkish Studies*, 2009, C.4, S.8, s.1660.

[47] ALTINAY ve ARAT, s. 22.

işlev üstlenilmiştir.^[48] Ayrıca TÜBAKKOM, Medeni ve Ceza Kanunu'ndaki kadın karşıtı ögelerin kaldırılmasında önemli bir rol oynamıştır.^[49] Hukuk anlamında önemli bir kazanım, TCK 438. maddenin yani fuhuş yapanlara tecavüzde ceza indiriminin yürürlükten kaldırılması ile olmuştur.^[50] Daha sonra ise Medeni Kanun'daki sadece kadının çalışmasını koca iznine bağlayan 159.maddesi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.^[51] Ayrıca erkek zinası ve daha sonra kadın zinası da suç olmaktan çıkarılmıştır.^[52]

Türkiye'de en önemli gelişme ise 2014 yılında İstanbul Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesidir. Bunu takip eden gelişme ise 4230 sayılı Kanun kaldırılarak yerine İstanbul Sözleşmesi'ne uygun şekilde hazırlanan 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un kabul edilmesi olmuştur. Gerilimi yüksek tartışmaların sonunda 20.03.2021 tarihinde 3718 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile İstanbul Sözleşmesi'nden çekilme kararı alındığı ilan edilmiştir.^[53]

4. TÜRKİYE'DE KADINA YÖNELİK ŞİDDET VE EV İÇİ ŞİDDET

Türkiye'de kadına yönelik şiddet ve ev içi şiddet en büyük sorunlardan biridir. Yapılan bir araştırmada 2016-2019 yıllarında kadınların toplumda yaşadığı en büyük sorun sorulmuş ve kadınların bu soruya cevabı 'şiddet' olmuştur.^[54] 2016-2017-2018 yıllarında yapılan ve kadın cinayetlerini inceleyen rapora göre cinayet mekanları olarak en sık karşılaşılan yer listesinde ev birinci sıradadır. Diğer mekanlar sokak, açık arazi, iş yeri olarak devam

[48] IŞIK, s. 51.

[49] ALTINAY ve ARAT, s. 24.

[50] 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun, Resmî Gazete, S. 20710, T. 29.11.1990.

[51] REYHANİ YÜKSEL, Sera, "Türk Medeni Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Derneği*, 2014, C.18, S.2, s. 192.

[52] ALTINAY ve ARAT, s. 27.

[53] 3718 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı, Resmî Gazete, S. 31429, T. 20.03.2021.

[54] Toplumsal Cinsiyet ve Kadın Çalışmaları Merkezi, *Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet ve Kadın Algısı Araştırması*, Kadir Has Üniversitesi, 2019, s. 28.

etmektedir.^[55] Görüldüğü üzere geleneksel görüş tarafından güvenli kabul edilen aile aslında kadının en çok şiddete uğradığı yerdir.^[56] Fiziksel şiddete hayatının herhangi bir döneminde maruz kalan kadınların oranı %36, cinsel şiddette bu oran %12, psikolojik şiddette oran tüm şiddetlerden daha yüksek olarak %44 ve ekonomik şiddette ise %30’dur. Israrlı takibe ise her on kadından üçünün maruz kaldığı görülmektedir.^[57]

Öldürülen kadınların %58,5’i evli iken, %16,3’ü bekar, %16,1’i boşanmıştır. Öldürülen kadınların %46,1’i ilkokul mezunudur. Üniversite mezunu olanlarda bu oran %5,8’dir.^[58] Faillerin eğitim durumunda da oranlar hemen hemen aynıdır. İlkokul mezunu faillerin oranı %46,8 iken, üniversite mezunu olanlar %5,5’tir. İşlenen cinayetlerin faillerinin %96,2 oranında erkek, %3,8 oranında kadın olduğu tespit edilmiştir. Buna göre kayda geçmiş vakaların ağırlıklı olarak kadın cinayetleri olduğu görülmektedir.^[59]

Mor Çatı 2019 Faaliyet Raporuna göre, kuruma ulaşan kadınların çoğu evlidir ve kocaları tarafından şiddet görmektedirler. Evlilerin büyük çoğunluğu da boşanma aşamasında olan veya boşanma kararı alan kadınlardır. Evlilik içinde şiddet görüp boşanma kararı alan kadınların, daha fazla şiddete maruz kaldıkları görülmektedir.^[60] Kadına yönelik şiddet genellikle en yakın çevreden gelmektedir. Koca veya eskiden birlikte olunan erkek şiddet uygulayanlarda ilk sıralarda yer almaktadır.^[61] Yapılan araştırmalarda da şiddeti uygulayan kişilerde ilk sırayı eş alırken, baba ve eski eş bunu takip etmektedir.^[62]

[55] TAŞTAN, Coşkun ve KÜÇÜKER YILDIZ, Aslıhan, *Dünyada ve Türkiye’de Kadın Cinayetleri 2016-2017-2018 Verileri ve Analizler*, Polis Akademisi Yayınları, Ankara, 2019, s. 5.

[56] ALTINAY ve ARAT, s. 51.

[57] Kadınların Statüsü Genel Müdürlüğü, s. 10-13.

[58] TAŞTAN ve YILDIZ, s. 10-11.

[59] TAŞTAN ve YILDIZ, s. 16-17.

[60] Mor Çatı Kadın Sığınağı Vakfı, s. 7.

[61] POLAT, s. 19.

[62] Mor Çatı Kadın Sığınağı Vakfı, s. 8.

5. İSTANBUL SÖZLEŞMESİ

Kadına şiddet konusu önceleri dikkate alınması gereken bir sorun olarak görülmemiştir. Kadına yönelik şiddeti, bir insan hakkı sorunu olarak görmek ve uluslararası sözleşmelerle bu sorunu tanımlamak için uzun yılların geçmesi gerekmiştir. Bu anlamda önemli bir adım kabul edilen Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi (CEDAW), 1979 yılında kabul edilmiş ve 1981 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmenin amacı, kadın ve erkek arasındaki eşitsizlikleri ortadan kaldırmak ve kadınların temel özgürlüklerinin ve insan haklarının tanınmasını sağlamaktır.^[63] CEDAW temel olarak, kadın haklarının evrensel niteliğine ve her kadının bu evrensel haklardan yararlanmasına vurgu yapan bir sözleşmedir.^[64] Bu sözleşmenin önemi, kendinden önceki metinlerde genel olarak insan haklarına vurgu yapılırken burada kadına özel yer ayrılmış olmasıdır.^[65] Buna rağmen, sözleşmede kadına yönelik şiddetle ilgili olarak açık bir hüküm yer almamıştır.^[66]

1993 yılında Kadınlara Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildirge kabul edilmiştir. Bu adım, kadına yönelik şiddeti önleme ve mücadele anlamında önemli kabul edilmektedir. Bu düzenlemeye, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi'nde kadına yönelik şiddet ile ilgili açık bir hüküm olmaması nedeniyle ihtiyaç duyulmuştur.^[67] Bildirge'nin, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin uygulanmasına yardımcı olacağı ve şiddeti önlemeye yönelik çalışmalara katkıda bulunacağı belirtilmiştir. Ayrıca yine bu bildirmede, kadınların ikincil konumundan bahsedilmiş ve kadınlara yönelik şiddete, kadın-erkek arasındaki

[63] CEYLAN, Ebru, "Türk Hukukunda Aile İçi Şiddet ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesiyle İlgili Yeni Düzenlemeler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013, S.109, s. 15.

[64] PARLAK BÖRÜ, Şafak, "Kadının Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmeler ve Türkiye'nin Konumu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017, C.30, S.133, s. 50.

[65] ÖZKAN, s. 548.

[66] MOROĞLU, Nazan, "Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, S.99, s. 359.

[67] ÖZKAN, s. 552.

eşitsizliğin neden olduğu da kabul edilmiştir.^[68] 1993 yılında Avrupa Konseyi 3.Bakanlar Konferansı’nda kadına yönelik şiddetin, temel hak ve özgürlüklere zarar verdiği kabul edilmiştir.^[69] 1995 yılında BM Dördüncü Dünya Kadın Konferansı yapılmış ve Pekin Deklarasyonu ve Eylem Platformu kabul edilmiş; kadına şiddetin, bir insan hakkı ihlali olduğu ve kadınların insan haklarından yararlanmalarına engel olduğu vurgulanmıştır.^[70] Avrupa Konseyi, 2002 yılında şiddete karşı kadınları koruma ile ilgili tavsiye kararı vermiştir.^[71] Bunun ardından Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komitesi, bağlayıcı ve yaptırım gücü olan bir sözleşme düzenlemesi konusunda çağrı yapmıştır.^[72] Bu girişimlerin nedeni, kadına yönelik şiddeti engellemede yetersiz kalan önlemler nedeniyle devletleri önlem almaya zorlayacak bir metnin varlığına ihtiyaç duyulmasıdır.^[73] Bunun sonucunda Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul’da imzaya açılmıştır. Metin, İstanbul Sözleşmesi adını ise İstanbul’da imzaya açılmasından almıştır. Sözleşme, 1 Ağustos 2014 tarihinde 10 ülkenin onaylaması ile yürürlüğe girmiştir.^[74] İstanbul Sözleşmesi, kendinden önce kabul edilen kadına yönelik ayrımcılıkla ilgili uluslararası tüm standartları, AİHM kararlarını ve Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi’nin içtihatlarını da kapsayan bir sözleşmedir.^[75]

[68] Kadınlara Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildirge, 1993.

[69] KARINCA, Eray, *Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetle İlgili Ulusal ve Uluslararası Yasal Düzenlemeler*, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, 2008, s. 45.

[70] ÖZKAN, s. 553.

[71] KARINCA, *Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetle İlgili Ulusal ve Uluslararası Yasal Düzenlemeler*, s. 45.

[72] MOROĞLU, “Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi”, s. 365.

[73] PARLAK BÖRÜ, s. 55.

[74] MOROĞLU, Nazan, *İstanbul Sözleşmesi*, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi, 2019, s.9.

[75] PARLAK BÖRÜ, s. 56.

İstanbul Sözleşmesi'nin önemi, kadına yönelik şiddeti önlemeyi amaçlayan ve Avrupa'da bağlayıcılığı bulunan hukuki bir sözleşmeye olan ihtiyacı karşılamasından gelmektedir.^[76] Bu çerçevede *Opuz-Türkiye Davası*, kadına yönelik şiddet konusunda önemli adımların atılmasını sağlayan bir karar olmuştur. Nahide Opuz, şiddet uygulayan eski eşini şikayet etmiş ancak eski eş serbest bırakılmıştır. Bu şikayetler bir sonuca varmayınca devletin kendini korumada yetersiz kaldığını savunan Opuz, AİHM'e başvurmuştur.^[77]

AİHM kararları, nitelikleri gereği sözleşmecî devletin Sözleşme'yi ihlal edip etmediğini tespit eden kararlardır.^[78] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 41. maddesi adil tazmini düzenlemiştir. Buna göre Mahkeme, Sözleşme'nin ihlal edildiği kararını verirse ve iç hukukta ihlalin sonuçları kısmen ortadan kaldırılabiliyorsa tazminata hükmedilebileceği belirtilmiştir.^[79] Tazminat kararı, mahkemenin taraf devleti mecbur edebileceği tek karar biçimidir.^[80] Türkiye'nin de tazminata mahkum edildiği davalar olmuştur. Opuz davası da bunlardan biridir. Mahkeme verdiği kararda Opuz'u haklı bularak Türkiye aleyhine tazminata hükmetmiştir. Bu karar ile Türkiye, kadının yaşam hakkını koruyamaması nedeniyle ilk mahkum olan ülke olmuştur.^[81] 33401/02 başvuru numaralı bu dava, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin üçüncü dairesi tarafından 9 Haziran 2009 tarihinde karara bağlanmıştır.

İstanbul Sözleşmesi kabul edilmeden önce AİHM kararları kadına yönelik şiddet ile ilgili bağlayıcılığı olan tek uluslararası kararlardı. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde kadına yönelik şiddetle ilgili özel bir madde bulunmaması nedeniyle de görülen davalar genel haklara atıf yapılarak

[76] ULUOCAK, s. 64.

[77] SAĞIR, Adem ve İNCİ, Ülkü Hayriye, "Bir Facebook Grubunda Kadına Şiddet Haberlerinin Değerlendirilme Biçimleri", *İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi*, 2012, C.1, S.3, s. 223.

[78] KARAMAN, Ebru, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarının Yerine Getirilmesinden Doğan Sorumluluk", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2014, C.72, S.1, s. 414.

[79] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 1950.

[80] KARAMAN, s. 415.

[81] DALKILIÇ, Rabia Asya, "Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele: Kamu Politikası Süreci Analizi", *Reflektif Sosyal Bilimler Dergisi*, 2021, C.2, S.1, s. 76.

sonuçlandırılmaktaydı.^[82] *Opuz-Türkiye* davası, kadına yönelik şiddet konusunda AİHM içtihatlarının başlangıcı olmuştur. Ayrıca bu kararda, kadına yönelik şiddetin ispatı ile ilgili kriterler belirlenmiştir ve bunlar hala güncelliğini korumaktadır.^[83] Opuz davasının en önemli özelliği kadına yönelik şiddetin AİHM tarafından ayrımcılık olarak kabul edilmesidir. Ayrıca, devletin kadına yönelik şiddetle etkili mücadele etmemesinin eşitliğe aykırı olduğu da belirtilmiştir.^[84] *Opuz-Türkiye* kararı sonrasında kadına yönelik şiddeti ve ev içi şiddeti önlemeye yönelik bir sözleşmeye duyulan ihtiyaç ortaya çıkmıştır.^[85]

İstanbul Sözleşmesi kadına yönelik şiddet konusunda hazırlanmış en temel, en kapsamlı ve en detaylı metindir.^[86] Kadına yönelik şiddet ve ev içi şiddet ile ilgili uluslararası hukukta bağlayıcılığı olan ilk sözleşmedir.^[87] Sözleşme’nin önemli bir özelliği, kadınlara yönelik her türden şiddetin önlenmesini içermesidir. 3. maddede eski eş, şu anki eş veya birlikte yaşayan bireyler tarafından uygulanacak her türlü şiddetin kapsama alınacağı düzenlenmektedir. Sözleşme’nin amacı; şiddetin oluşmasını önlemek, oluşan şiddet mağdurlarını koruma altına almak ve şiddet uygulayanların gerekli cezaları almalarını sağlamaktır.^[88] Ayrıca amacın, şiddetten arınmış bir

[82] SÖNMEZ, Esmâ Yağmur, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi”, *İstanbul Üniversitesi Kadın Araştırmaları Dergisi*, 2020, S.20, s. 6.

[83] GÜNDOĞMUŞ, Rabia, *Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin İlgili Uluslararası Sözleşmeler ve 6284 sayılı Kanun Çerçevesinde Değerlendirilmesi*, Kadir Has Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul, 2020, s. 144 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

[84] KUYUCU, Nisan, “Kadınların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Önünde Adalete Erişim Sorunu: Mahkeme Kararlarında Cinsiyet Ayrımcılığı Olarak Kadına Yönelik Şiddet”, *Fe Dergi*, 2015, C.7, S.1, s. 68.

[85] GÜNDOĞMUŞ, s. 144.

[86] BULUT, Nilüfer, “İstanbul Sözleşmesi Tartışmaları Şiddete Teşvik Ediyor”, <https://www.gazeteduvar.com.tr/kadin/2020/08/28/istanbul-sozlesmesi-tartismalari-siddete-tesvik-ediyor>, 2020.

[87] BAKIRCI, s. 134.

[88] AKÇABAY vd., s. 21.

Avrupa yaratmak olduğu da belirtilmiştir.^[89] Sözleşme, kadına yönelik şiddet konusunda uluslararası iş birliği için çok önemli bir adım olmuştur.^[90]

Sözleşme'nin hedefi öncelikle şiddeti önlemektir, ayrıca şiddetin failerini cezalandırmak ve mağdurlarını korumak da hedeflerindedir.^[91] Ayrıca taraf devletleri; toplumsal cinsiyete duyarlı politikalar uygulamakla, bütçe ayırmakla, veri toplamakla, bu verileri incelemek ve yayınlamakla ve şiddetin önlenmesi için toplumsal değişimi sağlamakla görevlendirmektedir.^[92]

Sözleşme uyarınca taraf devletleri izleyecek bir mekanizma kurulması da gerekmektedir. Kısa adı GREVIO olan Kadınlara Yönelik Şiddetle ve Aile İçi Şiddetle Mücadele Konusunda Uzmanlar Grubu mekanizmasına, İstanbul Sözleşmesi'nin 9. bölümünde yer verilmiştir.^[93] 66. maddeye göre “Kadınlara yönelik şiddetle ve aile içi şiddetle mücadele konusunda uzmanlar Grubu bu Sözleşmenin Taraflarca uygulanmasını izleyecektir” denilmektedir. Devam eden fıkrada GREVIO'nun en az 10 ve en çok 15 üyeden oluşması gerektiğinden ve üyelerin niteliğinden bahsedilmektedir. Bu mekanizmanın görevi taraf devletler hakkında denetim raporları hazırlamak, önerilerde bulunmak ve bu önerilerin yerine getirilip getirilmediğini

[89] MOROĞLU, “Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi”, s. 367.

[90] KIRBAŞ CANIKOĞLU, Seher, “Kadınlara Yönelik Şiddetin ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesine Dair Ulusal ve Uluslararası Mevzuat”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2015, S.3, s. 366.

[91] ZERE, Fatih, “İstanbul Sözleşmesinin, Kadına Yönelik Şiddeti Önlemeye Etkisinin Siyasi Parti Kolları Üyeleri Açısından Değerlendirilmesi”, *Uluslararası Anadolu Sosyal Bilimler Dergisi*, 2021, C.5, S.2, s. 629.

[92] MOROĞLU, “İstanbul Sözleşmesi”, s. 10.

[93] BAYRAKTAR, Tuğba, “İstanbul Sözleşmesi ve 2017 Türkiye Gölge Raporuna İlişkin Bir Değerlendirme”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C.26, S.3, s. 95.

kontrol etmektedir.^[94] Sözleşme’nin hem bağlayıcılığı hem de yaptırım gücü bu sayede arttırılmıştır.^[95]

5.1. Sözleşmenin Amacı ve Kapsamı

Sözleşme’nin Önsöz’ünde hedefin kadına yönelik şiddetten ve ev içi şiddetten arınmış bir Avrupa oluşturmak olduğu ifade edilmektedir. Bunu sağlamak için kadınlarla erkekler arasındaki eşitliğin gerçekleştirilmesi ve kadına yönelik şiddetin ortadan kaldırılması gerekmektedir.^[96] Buna göre, Sözleşme’nin öncelikli olarak amacı kadını her türlü şiddetten korumak, kadına karşı şiddeti ve ev içi şiddeti önlemek ve ortadan kaldırmaktır. Her türlü şiddetten anlaşılması gereken sadece fiziksel değil, psikolojik, ekonomik, sözel ve cinsel şiddetlerdir.^[97] Cinsiyete dayalı şiddet, sadece kadın mağdurları değil, ailenin tüm üyelerini kapsamaktadır. Ayrıca hem yetişkin kadınlara hem de çocuklara yönelik şiddetin ele alınmasının gerekliliğine de vurgu yapılmaktadır.^[98]

Sözleşmenin kapsamı hem kadına yönelik şiddet hem de ev içi şiddet mağdurlarıdır.^[99] 2. maddede belirtildiği gibi toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin kadın mağdurları, Sözleşme’nin hükümlerinin uygulanmasında ayrıcalıklı bir gruptur. Bu anlamda Sözleşme, sadece kadınları kapsamına almamaktadır. Erkekler dahil tüm aile fertleri kapsama dahil edilmiştir ancak daha çok kadınlar için geçerli olduğu kabul edilmektedir. Bunun nedeni, kadınların kadın oldukları için şiddete uğramaları ve erkeklere oranla daha fazla şiddet

[94] ÖZCAN, Begüm, *Kadına Yönelik Şiddet Konusunda Feminist Hareketin ve Devletin Karşılaştırmalı Yaklaşımı: İstanbul Sözleşmesi Örneği*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 59 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

[95] MOROĞLU, “Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi”, s. 368.

[96] BAKIRCI, s. 133.

[97] DEMİRKİR ÜNLÜ, s. 50.

[98] ÖZCAN, s. 54.

[99] BAKIRCI, s. 139.

türüne maruz kalmalarıdır.^[100] Sözleşme'nin ayrıca belirtilmemesine rağmen LGBTİ+ bireyleri de kapsadığı kabul edilmektedir. Çünkü Sözleşme, hiçbir ayırım yapmadan tüm grupları koruma altına almaktadır.^[101] Sözleşmenin Açıklayıcı Metin'inde, cinsiyet, cinsel eğilim, engellilik, cinsel kimlik, sağlık durumu, göçmen durumu, evlilik durumu veya başka nedenlerle ayrımcılığın kabul edilmeyeceği vurgulanmaktadır.^[102] Buradan anlaşıldığı üzere LGBTİ+ bireyler de Sözleşme'nin koruması kapsamındadır.

5.2. Türkiye'nin Kabul Süreci

Sözleşme, 11 Mayıs 2011 tarihinde imzaya açıldığında, Türkiye ilk imzalayan ve onaylayan ülke olmuştur.^[103] Bu sözleşmeyi onaylamak için 6251 sayılı Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun çıkarılmıştır.^[104] 6284 sayılı Kanun'un 1.maddesinde belirtildiği üzere Kanun, İstanbul Sözleşmesi esas alınarak hazırlanmıştır.

Anayasa'nın 90. maddesinde "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." denilmektedir. Kadına yönelik şiddet, kadınların en temel hakkı olan yaşama hakkını ihlal eden bir durumdur. Ayrıca kadına yönelik şiddetle, kadının insan onuru, eşitlik ve adalete erişim hakları da ihlal etmektedir. AB tarafından kadına

[100] OKUR, Saliha, "İstanbul Sözleşmesi Hakkında", <https://kadem.org.tr/istanbul-sozlesmesi-hakkinda>, 2020.

[101] BAKIRCI, s. 147.

[102] Açıklayıcı Metin, <https://hukukbook.com/istanbul-sozlesmesi>, 2011.

[103] MOROĞLU, "İstanbul Sözleşmesi", s. 9.

[104] Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi, Resmî Gazete, S. 2812729, T.11.2011.

yönelik şiddet, temel hak ihlali olarak belirtilmektedir.^[105] Bu anlamda İstanbul Sözleşmesi temel haklara ilişkin uluslararası bir sözleşme olma niteliğine haizdir. Usulüne uygun yürürlüğe koyulan anlaşmalar ek bir işlem olmadan iç hukukun parçası olmaktadır.^[106] İstanbul Sözleşmesi de temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne uygun yürürlüğe koyulan bir anlaşma olduğundan iç hukukun bir parçası haline gelmiştir.

5.3. Türkiye’nin Çekilme Süreci

İstanbul Sözleşmesi’nin imzaya açılmasının üzerinden 10 yıl geçtikten sonra, 20 Mart 2021 tarihinde Cumhurbaşkanı kararı ile feshedildiği açıklanmıştır. Resmi Gazete’de yayımlanan metinde, Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nin feshedilmesine Cumhurbaşkanı Kararı ile karar verildiği belirtilmiştir.^[107] Her ne kadar metinde feshedildiği belirtilse de çok taraflı bir sözleşme olduğundan dolayı Sözleşme’nin feshedildiği söylenemez. Ancak Türkiye’nin Sözleşme’den çekildiği söylenebilmektedir.^[108]

Sözleşme’den çekilme süreci çeşitli gruplarca eleştirilmektedir. Kararın iptali için sivil toplum örgütleri ve siyasi partiler Danıştay’a başvurmuşlardır. Karara eleştiriler, sadece Türkiye’den yapılmamıştır, Avrupa Birliği ve ABD’den de bu çekilme kararına tepkiler gelmiştir.^[109] Eleştirilerin değindiği önemli bir nokta Sözleşme’den çıkılmasının siyasi bir karar olduğudur.

[105] Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, Kadına Yönelik Şiddet: AB Çapında Bir Araştırma, 2014.

[106] ÖZGÜN TEKİN, Esra, “1982 Anayasası’nın 90.Maddesi Uyarınca Uluslararası Andlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri Sorunu”, *Journal of Social, Humanities and Administrative Science*, Y.2019, C.5, S.14, s.140.

[107] Evrensel, Türkiye, Kadınların Tüm İtirazlarına Rağmen İstanbul Sözleşmesi’nden Ayrıldı, <https://www.evrensel.net/haber/428544/turkiye-kadınların-tüm-itirazlarına-rağmen-istanbul-sozlesmesinden-ayrildi>, 2021.

[108] GÖZLER, Kemal, “Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeleri Feshetme Yetkisi Var mı? (İstanbul Sözleşmesinin Feshi Hakkında 3718 Sayılı Cumhurbaşkanı Kararı Üzerine Eleştiriler)”, <https://www.anayasa.gen.tr/ua-sozlesme-fesih.htm>, 2021.

[109] Deutsche Welle Türkçe, Resmi Gazete: İstanbul Sözleşmesi 1 Temmuz’da Sona Eriyor, <https://www.dw.com/tr/resmi-gazete-istanbul-s%C3%B6zle%C5%9Fmesi-1-temmuzda-sona-eriyor/a-57384444>, 2021.

Yine birçok kadın platformu, bu kararın kadınların kazandıkları hakları elinden alma girişimi olduğunu belirtmiştir.^[110] İstanbul Sözleşmesi'nden çekilmenin ülkedeki kadına yönelik şiddeti artıracağı da en çok vurgulanan hususlardandır.^[111] Sözleşme'nin kadın hareketinin önemli bir kazanımı olduğu ve bu Sözleşme'den çekilme ile insan hakları konusunda da gerileme yaşanabileceği savunulmuştur.^[112]

Bu çekilmenin iç hukuktaki etkisi de tartışmaların konusu olmuştur. Milletlerarası anlaşmaları onaylama ve sona erdirmeye görevi Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanı'na verilmiştir.^[113] Buna dayanarak İstanbul Sözleşmesi'nden çekilme, Cumhurbaşkanı'nın 3718 sayılı Kararı ile gerçekleştirilmiştir.^[114] Çekilme kararının eleştirilmesinin nedeni, insan haklarını düzenleyen sözleşmelerden çekilmenin Cumhurbaşkanı Kararı ile yapılmasının, Anayasa'ya aykırı olup olmadığı ile ilgilidir.^[115] Anayasanın 104. maddesine göre Cumhurbaşkanı'nın görevleri arasında milletlerarası andlaşmaları onaylayacağı ve yayımlayacağı belirtilmiştir. Ancak devamında, "Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar

[110] Sivilsayfalar, "Kadın Örgütleri İstanbul Sözleşmesi'nden Çekilme Kararını Tanımıyor, Mücadeleye "Devam" Diyor!", <https://www.sivilsayfalar.org/2021/03/21/kadin-orgutleri-istanbul-sozlesmesinden-cekilme-kararini-tanimiyor-mucadeleye-devam-diyor>, 2021.

[111] Dünya Haber Merkezi, İstanbul Sözleşmesi'nden Çekilme Kararı, Ayrımcılıkla Mücadelede Geri Adımdır, <https://www.dunya.com/sehirler/istanbul-sozlesmesinden-cekilme-karari-ayrimcilikla-mucadelede-geri-adimdir-haberi-615264>, 2021.

[112] Anayasa-Der, *Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneğinin Cumhurbaşkanının İstanbul Sözleşmesi'ne İlişkin Kararı Hakkındaki Açıklaması*, <http://anayasader.org/anayasa-hukuku-arastirmalari-derneginin-cumhurbaskaninin-istanbul-sozlesmesine-iliskin-karari-hakkındaki-aciklamasi>, 2021.

[113] Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Resmi Gazete, S. 3047915, T.07.2018.

[114] 3718 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı, Resmi Gazete, S. 31429, T. 20.03.2021.

[115] KARAOĞLU, Ali Osman, "Türk Hukukunda Milletlerarası Andlaşmalardan Tek Tarafı Çekilme", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C.72, S.1, s. 1095.

ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez. Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Kanunda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir” hükmü bulunmaktadır. Yine Anayasa’nın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği hükmü de yer almaktadır. Bütün bu hükümler incelendiğinde İstanbul Sözleşmesi’nin temel haklara ilişkin bir sözleşme olduğu ve çekilmenin de sınırlama olduğu açıktır. Bu sebeple de sınırlamanın ancak kanunla yapılması gerektiği ileri sürülmektedir.^[116] Ayrıca Cumhurbaşkanı’na verilen kararnama çıkarma yetkisi yürütmeye ilişkin işlemlerle sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla uluslararası bir sözleşmenin onaylanmasının veya sona erdirilmesinin kanun ile düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir.^[117]

Sözleşme’den çekilmeyle ilgili bir başka tartışma ise çekilmenin, idare hukukunun ilkelerinden olan yetkide ve usulde paralellik ilkesine uygun olmayan bir şekilde gerçekleştirilmesidir.^[118] Yetkide ve usulde paralellik ilkesine göre, kanunda aksi öngörülmedikçe bir işlem hangi usul ve yetkiyle meydana getirildiyse kaldırılırken de aynı usul ve yetkiyle işlem yapılması gerekmektedir.^[119] İstanbul Sözleşmesi, bu bağlamda değerlendirildiğinde taraf olunurken çıkarılan kanun gibi çekilirken de bir kanun çıkarılarak işlem yapılması gerektiği ifade edilmektedir.^[120]

[116] KARAOĞLU, s. 1096.

[117] GÖZLER, <https://www.anayasa.gen.tr/ua-sozlesme-fesih.htm>.

[118] Türkiye Barolar Birliği, “Barolar ve TÜBAKKOM’un İstanbul Sözleşmesi’ne İlişkin Ortak Basın Açıklaması”, <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/barolar-ve-tubakkomun-istanbul-sozlesmesi-ne-iliskin-ortak-basin-aciklamasi-81675>, 2021.

[119] HASOĞLU, Aynur, “Danıştay Kararları Işığında Yetki ve Usulde Paralellik İlkesi”, *TAAD*, Y.2018, S.33,s. 130.

[120] KARAOĞLU, s. 1096.

6. 6284 SAYILI AİLENİN KORUNMASI VE KADINA KARŞI ŞİDDETİN ÖNLENMESİNE DAİR KANUN

Medeni ve ceza Kanunu düzenlemeleri, ev içi şiddeti önlenmede etkili olamayınca 1998 yılında 4320 sayılı Ailenin Korunması Dair Kanun kabul edilmiştir.^[121] Kadını koruma anlamında bu önemli bir adım kabul edilmektedir.^[122] Kanun'un kadını sadece aile içinde koruması nedeniyle evlilik dışı ilişkilerde şiddete uğrayan kadınlar mağdur olmuştur. Her ne kadar Kanun'un kavram yetersizlikleri veya uygulamada eksiklikleri olsa da ev içi şiddeti hukuki bir sorun olarak görmesi bakımından kayda değer bir gelişme kabul edilmektedir.^[123] Türkiye'de kadın cinayetlerinin artması, uluslararası alanda kadına yönelik şiddetle mücadele üzerine yaşanan gelişmeler ve AİHM'in *Opuz v. Türkiye* (Başvuru no: 33401/02, Karar tarihi: 09.06.2009) kararının Türkiye aleyhine olması, kadına yönelik şiddetle ilgili adım atılmasını gerektirmiştir. Kadına yönelik şiddetle mücadelenin yeterince uygulanamaması ve yürürlükteki kanunların bu şiddeti önleyememesi nedeniyle de yeni bir kanun yapma yoluna gidilmiş ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun hazırlanmış ve 2012 yılında yürürlüğe sokulmuştur. 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 1.maddesine göre bu Kanun hazırlanırken İstanbul Sözleşmesi, uluslararası sözleşmeler ve yürürlükteki diğer kanuni düzenlemeler esas alınmıştır. Kadın örgütleri, Kanun'un hazırlanma sürecinde önemli rol oynamıştır. İlk defa 242 kadın örgütü Şiddete Son Platformunun altında Kanun metni için çalışmışlardır.^[124]

İstanbul Sözleşmesi ve 6284 sayılı Kanun birbirleriyle ilgili olduğundan birlikte değerlendirilmeleri gerekmektedir.^[125] Anayasanın 90.maddesinin son fıkrasına göre "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası

[121] AKÇABAY vd., s. 35.

[122] MOROĞLU, "Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi", s. 370.

[123] AKÇABAY vd., s. 35.

[124] ŞENER, Ülker, *6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Ne Getiriyor?*, Türkiye Ekonomik Politikaları Araştırma Vakfı, 2012, s. 2.

[125] UYGUR, s.193.

andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” Bu hüküm, İstanbul Sözleşmesi’nin esas alınması gerektiğini göstermektedir. Ayrıca 6284 sayılı Kanun’un 1.maddesi ile de bu husus ifade edilmektedir.^[126] Buna göre “Bu Kanunun uygulanmasında ve gereken hizmetlerin sunulmasında Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler, özellikle Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve yürürlükteki diğer kanuni düzenlemeler esas alınır.” denilmiştir Bu hükme göre yalnız İstanbul Sözleşmesi değil, taraf olunan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, CEDAW ve Çocuk Hakları Sözleşmesi gibi diğer uluslararası sözleşmelerin de dikkate alınması gerekmektedir.^[127]

6284 sayılı Kanun, önceki 4320 sayılı Kanun’daki koruma tedbirlerine yer verse de önceki kanuna göre çok daha geniş kapsamlı hükümler de içermektedir.^[128] Kanun’da koruyucu ve önleyici tedbir kararları verilebileceği düzenlenmiştir. Uygulama yönetmeliğinin 3. maddesinde de tedbirlerin tanımı yer almaktadır. Buna göre koruyucu tedbir kararı, “Kanun kapsamında belirtilen merciler tarafından korunan kişi hakkında olayın niteliği dikkate alınarak hükmedilecek tedbirlere ilişkin kararlar” olarak belirtilmişken, önleyici tedbir kararı ise “Kanunda belirtilen merciler tarafından şiddet uygulayan veya uygulama tehlikesi bulunan kişi hakkında, olayın niteliği dikkate alınarak hükmedilecek tedbirlere ilişkin karar” olarak ifade edilmiştir. Koruyucu ve önleyici kararlarda hakime yetki verilmiş ayrıca mülki amire de burada yetki tanınmıştır. Hakimin vereceği kararlar iki başlıkta toplanmıştır. Buna göre hakimin verebileceği koruyucu tedbirler; iş yerinin değiştirilmesi, evli ise müşterek yerleşim yerinden ayrı yerleşim yeri belirlenmesi, tapu kütüğüne aile şerhi konulması, hayati tehlikenin bulunduğu bir durum mevcutsa Tanık Koruma Kanunu uyarınca kimlik

[126] UYGUR, s.194.

[127] UYGUR, s.194.

[128] MOROĞLU, “Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi”, s. 374.

ve diğer bilgilerinin değiştirilmesidir. Yine hakimın verebileceği önleyici tedbirler ise şiddet mağduruna karşı tehdit, hakaret içeren söz ve davranışlarda bulunulmaması, uzaklaştırma, korunan kişinin konutuna, iş yerine veya okuluna yaklaşmama, çocuklarla kişisel ilişki kurma kararını kaldırma veya sınırlama, bulundurmasına veya taşınmasına izin verilen silahı teslim gibi tedbirlerdir. Hakimın bu sayılanlara hükmedebileceği gibi benzer tedbirlere de hükmedebileceği Kanun'un 3, 4 ve 5. maddelerinde belirtilmiştir. Mülki idare amirine ise belge aramadan koruyucu tedbir kararı verebilme hakkı getirilmiştir. Buna göre, amir barınma yeri sağlama, maddi yardım yapma, rehberlik ve danışmanlık almasına karar verme ve koruma altına alma kararlarını verebilmektedir.^[129] Bir diğer önemli husus ise 14.maddede yer alan şiddet önleme ve izleme merkezlerinin kurulmasını öngören hükümdür.^[130]

Yeni düzenleme, eskisine göre daha kapsamlı ve nitelikli olsa da kadınların ihtiyaçlarına tam cevap verebildiği söylenemez. Özellikle Kanun'un adı konusunda tartışmalar olmuştur. Buna göre, Kanun'un adının Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun olması talep edilse de bu talep karşılık bulmamıştır. Ailenin korunmasına öncelik verilmesi nedeniyle, davalarda kadına karşı şiddetin önlenmesi ile ailenin korunması çatıştığında tercihin aileyi korumak olacağı düşünülmektedir.^[131] Kanun tasarısının Meclis tartışmalarında da bu hususa dikkat çekilmiştir. Kanunun adının Ailenin Korunması olarak seçilmesi eleştirilmiş, kadının aile ile var olduğu ve ancak aile içindeki bir kadının koruma altına alınacağına mesajının verildiği ifade edilmiştir. Yine aileyi önceleyen bu yaklaşımda kadının önceliğinin aile birliğini korumak olması gerektiğinin anlaşılacağı vurgulanmıştır.^[132] Bu isim tartışmasındaki en büyük problem, kadının korunmasının ailenin

[129] AKÇABAY vd., s. 37.

[130] ÖZTÜRK, Necla, "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Öneriler", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C.8, S.1, s. 21.

[131] AKÇABAY vd., s.39.

[132] *TBMM Genel Kurul Tutanağı*, 24.Dönem, 2.Yasama Yılı, 75.Birleşim, 2012.

korunmasından sonra gelmesidir.^[133] Ayrıca Sözleşme’de yer verilen toplumsal cinsiyet tanımına Kanun’da yer verilmemesi de önemli bir eksikliklerdir.^[134]

6.1. Kanun’un Amacı ve Kapsamı

Kanun’un amacı 1.maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, “Şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.” denilmiştir. Kanun’un 2. maddesinde sadece fiziksel şiddet değil, cinsel şiddet, psikolojik şiddet, ekonomik şiddet ve sözlü şiddet de düzenlenmiştir.

Düzenlemede eleştirilen birkaç nokta vardır. Mesela, toplumsal cinsiyet kavramına ve ataerkil toplum düzenine değinilmediği belirtilmektedir. Tanımlamalarda ev içi şiddetin tanımı varken amaçlar kısmında aile bireyleri olarak ifade edilmesi de eleştiri konusudur. Ayrıca ev içi şiddetin tanımı, tanımlar başlığında yer alırken Kanun’un başka hiçbir yerinde buna atıf olmaması da eleştirilmektedir.^[135]

Ataerkil toplum yapısı, kadının yıllar boyunca ikinci planda kalmasına neden olmuştur.^[136] Türkiye’de de bu durum kendini göstermektedir. Kadın, aile ile birlikte var kabul edilmektedir.^[137] Ailenin her şeyin önüne konmasının en önemli sonuçlarından biri de mahrem sayılan bu kurumda meydana gelenlerin ortaya çıkarılmamasıdır. Dolayısıyla aile içinde yaşanan insan

[133] ERÇOŞKUN ŞENOL, H. Kübra, “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Üzerine Bir İnceleme”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2019, S.13, s. 428.

[134] MOROĞLU, “Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi”, s. 367.

[135] AKÇABAY vd., s. 36.

[136] PARLAK BÖRÜ, s. 46.

[137] İstanbul Sözleşmesi Türkiye İzleme Platformu, s. 11.

hakları ihlallerinin üzeri kapatılmaktadır.^[138] Kadının bu ikincil konumu nedeniyle uğradığı şiddet gizli kalmaktadır.^[139]

Düzenlemenin desteklendiği noktalar da vardır. Buna göre amaçlardan bahsedilen birinci maddede “Bu Kanunun amacı; şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.” denmiştir. Burada, sadece kadınlar kelimesinin tercih edilmesi ve evli olup olmadığının dikkate alınmaması önemli bir düzenlemedir. Bu sayede tüm kadınların koruma taleplerinin kabul edileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla dini nikahlı veya birlikte yaşayan çiftlerin de korumadan yararlanması sağlanmıştır. İsrarlı takip kavramını da metne dahil ederek bu mağdurların korunması da olumlu gelişmelerdendir.^[140]

6.2. Kanun'daki Tanımlar

Kanun'un ikinci maddesi birçok kavramı tekrar tanımlamıştır. Şiddet, ev içi şiddet, kadına yönelik şiddet gibi kavramlar İstanbul Sözleşmesi de esas alınarak bu Kanun'da tanımlanmıştır.

Buna göre şiddet, “Kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğü keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranış” olarak tanımlanmıştır. Kadına yönelik şiddet “Kadınlara, yalnızca kadın oldukları için uygulanan veya kadınları etkileyen cinsiyete dayalı bir ayrımcılık ile kadının insan hakları ihlaline yol açan ve bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan her türlü tutum ve davranış” denilerek tanımlanmıştır. Ev içi şiddet ise “Şiddet mağduru ve şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa

[138] ACAR, Feride ve ERTÜRK, Yakın, “Kadınların İnsan Hakları: Uluslararası Standartlar, Kazanımlar, Sorunlar”, *Birkaç Arpa Boyu...*, Haz. Serpil Sancar, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, s.295.

[139] GÜNİNDİ ERSÖZ, Aysel, “Türkiye’de Boşanma Olgusu ve Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme”, *Sosyoloji Konferansları*, 2011, S. 43, s. 261.

[140] AKÇABAY vd., s. 37.

da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddet” şeklinde tanımlanmıştır.

Aynı şekilde kanunda şiddet mağduru, şiddet uygulayan ve tedbir kararları kavramları da tanımlanmaktadır. Şiddet mağduru, “Bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışlara doğrudan ya da dolaylı olarak maruz kalan veya kalma tehlikesi bulunan kişiyi ve şiddetten etkilenen veya etkilenme tehlikesi bulunan kişiler” olarak tanımlanmıştır. Şiddet uygulayan ise “Bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışları uygulayan veya uygulama tehlikesi bulunan kişiler” denilerek tanımlanmıştır. Son olarak tedbir kararı da “Bu Kanun kapsamında, şiddet mağdurları ve şiddet uygulayanlar hakkında hâkim, kolluk görevlileri ve mülkî amirler tarafından, istem üzerine veya resen verilecek tedbir kararları” şeklinde tanımlanmıştır.

7. UYGULAMA PROBLEMLERİ

Türkiye’de en çok tartışılan durum, Sözleşme’nin ve Kanun’un uygulama eksiklikleridir. Sözleşme imza sürecinde ve sonrasında kadın hareketi, Sözleşme’nin uygulanması amacıyla yoğun çaba göstermiştir.^[141]

GREVIO raporunda bu uygulama eksikliklerine değinilmiştir.^[142] Buna göre, raporda genel politikada kadın-erkek eşitliği esas alınmadığı ve kadının geleneksel rollerinin ön planda tutulduğunun altı çizilmiştir. Şiddet faillerine yönelik adli verilerin tutulmaması ve dolayısıyla izlenmesinin önünde bir engel olduğu belirtilmiştir. Devletin mağdurları koruyamadığı ve bu sebeple de kadınların yeniden mağdur edildiği ortaya koyulmuştur. Mahkemelerce verilen cezaların caydırıcılığı sağlamadığı ve koruma kararlarının kısa süreli verilme eğilimi olduğu yönünde eleştiriler raporda yer almıştır.^[143] Raporda ayrıca 6284 sayılı Kanun’un eksikliklerine de vurgu yapılmıştır. Buna göre, toplumsal cinsiyet kavramına yer verilmemesi eleştirilmiştir. Ayrıca kadın

[141] İstanbul Sözleşmesi Türkiye İzleme Platformu, s.9.

[142] *Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi)’nin Hükümlerinin Hayata Geçirilmesini Sağlayan Yasal ve Diğer Tedbirlere İlişkin GREVIO (ilk) Değerlendirme Raporu Türkiye*, 2018.

[143] MOROĞLU, Nazan, *GREVIO Değerlendirme Raporu*, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi, 2019, s. 15-16.

erkek eşitliğini sağlamaya yönelik düzenlemelerin uygulamaya yansımadağı belirtilmiştir.^[144] GREVIO raporunda söz edilen bir başka eksik ise aile kavramı üzerinden olmuştur. Kadınların haklarını eşit şekilde kullanabilmesi için aile kavramının tekrar gözden geçmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca hedefin, muhafazakâr ve dini değerleri yaygınlaştırmak olmadığı, asıl amacın kadınların haklarına kavuşması olduğu da vurgulanmıştır.^[145]

8. SÖZLEŞMEYE İTİRAZLAR VE DESTEKLER

Türkiye, Sözleşme'yi ilk onaylayan ülke olmuştur. Sözleşme, Türkiye'de kabul edildiği günden beri tartışılmaktadır. Sözleşme'ye taraf olmayı önemli bulan ve destekleyenler kadar; Sözleşme'ye çeşitli yönlerden itiraz eden ve karşı çıkan kesimler olmuştur.

8.1. Sözleşmeye Gelen İtirazlar

Sözleşme, Türkiye'de kabul edildiği günden beri tartışılmaktadır. Sözleşme'nin içerdiği maddeler ve kabul ettiği ideoloji çeşitli kesimleri rahatsız etmiştir. İtiraz edilen ana konu Sözleşme'nin üçüncü bir cinsiyeti tanımayı mecbur bırakmasıdır.^[146] Toplumsal cinsiyet eşitliğini düzenleyen üçüncü ve dördüncü maddelerin eşcinsel birliktelikleri yasal teminat altına aldığı iddia edilmektedir.^[147] Hukuk anlamında erkek ve kadın cinsiyetleri varken, Sözleşme ile üçüncü bir cinsiyetin varlığının kabul edildiği ve koruma verildiği savunulmaktadır.^[148] Türkiye'deki temel endişe toplumsal cinsiyet

[144] İstanbul Sözleşmesi Türkiye İzleme Platformu, s. 14.

[145] BAYRAKTAR, s. 101.

[146] KOKALARI, Arba, "İstanbul Sözleşmesi Hakkında Beş Mit-ve Polonya nereye yanılıyor", (Çev. Yusuf Enes Karataş), <http://cts.ankara.edu.tr/2020/09/22/ceviri-istanbul-sozlesmesi-hakkinda-bes-mit-ve-polonya-nerede-yaniliyor/>, 2020.

[147] SATIL, Ceren, "İstanbul Sözleşmesi Neden Tartışılıyor", <https://www.dogrulukpayi.com/bulten/istanbul-sozlesmesi-neden-tartisiliyor>, 2020.

[148] BULUT, <https://www.gazeteduvar.com.tr/kadin/2020/08/28/istanbul-sozlesmesi-tartismalari-siddete-tesvik-ediyor>.

eşitliği politikaları sonucunda kadınların geleneksel rollerinin altüst olacağı ve bunun sonucunda aile yapısının zarar göreceğidir.^[149]

Muhafazakâr kesime göre, Sözleşme’nin 4. maddesinde geçen “cinsel yönelim” kavramı hukuki metinlerde ilk defa yer bulmuş ve meşrulaşmıştır.^[150] Sözleşme ile bu kavramın hukuki olarak yer edindiği iddia edilmiş ve varlığı eleştirilmiştir. Bu kavram ile İstanbul Sözleşmesi’nin yerleşmiş kültürel değerleri kaldırarak yerine kendi kültürel yapılarını koymayı hedeflediği belirtilmektedir.^[151] İstanbul Sözleşmesi’nden önce cinsel yönelim kavramı açıkça yer almasa da kapsama dahil kabul edilmekteydi.^[152] Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi 2. maddesinde “Bu Sözleşmeye Taraf her Devlet, bu Sözleşmede tanınan hakları ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi her hangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın, kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı bu ve haklara saygı göstermeyi taahhüt eder.” denilmiştir. Ayrımcılık yasağı başlığı altında düzenlenen madde, cinsel yönelim ifadesine yer vermese de genel bir çerçeve çizmiştir.^[153] Yine Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin 2. maddesi benzer bir hükme yer vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 14. maddesi de benzer şekilde düzenlenmiştir. Bu maddede “Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.” denilmiştir.

Bir diğer eleştiri ise Avrupa’da kadına şiddet ve cinsel tacizin yaşam tarzlarından kaynaklı olarak alkol, uyuşturucu, gece hayatı gibi etkenlerle daha

[149] Memur-Sen Kadınlar Komisyonu, *İki Değer Aile, Kadın. İki Risk İstanbul Sözleşmesi, 6284 Sayılı Kanun*, Memur-Sen, Ankara, 2020, s. 30.

[150] İstanbul Sözleşmesi Çalışma Platformu, *İstanbul Sözleşmesi Raporu*, 2020, s. 7.

[151] Memur-Sen Kadınlar Komisyonu, s. 23.

[152] KAÇAN, Gizem, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Mahkemeleri Kararları Işığında Cinsel Yönelim Temelinde Ayrımcılık Yasağı*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 42. (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

[153] KAÇAN, s. 43.

fazla olduğu ancak buna rağmen Sözleşme’de bunların dikkate alınmadığıdır.^[154] Şiddeti önlemeye yönelik tek tedbirin toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamak olarak gösterilmesi ile Sözleşme’nin amacının şiddeti çözmek olmadığı iddia edilmektedir.^[155] Ayrıca, namus kavramının sürekli olarak şiddet ile birlikte kullanılması ve namus, din, gelenek gibi kavramların şiddetin nedenleri olarak sunulması da gelen eleştirilerdendir.^[156] Genel olarak eleştirilerdeki ana nokta ise Sözleşme’nin kavramlarının Batı kültürü ile tanımlanması ve bunun başka kültürlerde karşılık bulmamasıdır.^[157] Yapılan itirazlarda İstanbul Sözleşmesi’nin dayandığı esas olan toplumsal cinsiyet eşitliğinin evrensel olmadığı, seküler Batı düşüncesine ait olduğu ve kendi kültürümüzde bulunmayan bir kavram olduğuna dikkat çekilmektedir.^[158]

Ayrıca çeviri ile ilgili de eleştiriler yapılmaktadır. Sözleşmenin asıl metninde bulunan ev içi kavramının, aile içi olarak çevrilmiş olsa bile dikkate alınan asıl metin olacağı ve asıl metinde bulunan ev içi kavramının hukuken aile olmayan kişileri kapsadığı iddia edilmektedir.^[159] Bir diğer eleştiri ise uzlaşma yaşağı ile ilgilidir. İstanbul Sözleşmesi’nin 48. maddesine göre Sözleşme kapsamındaki şiddet ile ilgili uzlaşmanın yasak olduğu belirtilmiştir. Uzlaştırma yaşağının, uzlaşarak ayrılma seçeneğini engellediği ifade edilmektedir.^[160]

Sözleşme esas alınarak hazırlanan 6284 sayılı Kanun da eleştirilmiştir. Buna göre Kanun’un başlığında ailenin korunması yer alsa da hiçbir hükümde

[154] MARAŞLI, Sema, “İstanbul Sözleşmesi Acilen İptal Edilsin”, <http://www.anadolugenclik.com.tr/istanbul-sozlesmesi-acilen-iptal-edilsin-189>, 2019.

[155] Aile Akademisi Derneği, “10 Maddede İstanbul Sözleşmesi Neden İptal Edilmelidir?”, <https://aileakademisi.org/10-maddede-istanbul-sozlesmesi-neden-iptal-edilmelidir/>, 2019, s. 7.

[156] Aile Akademisi Derneği, s. 3.

[157] GÜNERİGÖK, Mustafa, “Toplumsal Cinsiyet, İslam ve İstanbul Sözleşmesi”, *İstanbul Sözleşmesi Disiplinler Arası Bir Soruşturma*, (Haz. Kolektif), Tire Kitap, İstanbul, 2020, s. 345.

[158] BALCI, Muharrem, *İstanbul Sözleşmesi Hakkında Rapor*, KASAM, 2020, s. 8.

[159] Memur-Sen Kadınlar Komisyonu, s. 33.

[160] Memur-Sen Kadınlar Komisyonu, s. 44.

ailenin korunmasına yer verilmediği vurgulanmıştır.^[161] Kadının beyanının esas alınması olarak ifade edilen belge veya delil aranmadan tedbire hükmedilmesi de eleştirilen hususlardandır.^[162] Bu hüküm ile erkeklerin peşinen suçlu olduğunun kabul edildiği ve bu kararların, aileyi parçalayan bir işlevi olduğu savunulmaktadır.^[163] Bu kısıtlayıcı kararların, mağduriyet yarattığı iddia edilmektedir.^[164] Bunun sonucunda hakkında kısıtlayıcı karar alınan kişinin daha fazla şiddet göstereceği de savunulmaktadır.^[165]

8.2. Sözleşmeye Gelen Destekler

Sözleşme’ye destek verenlerin tepkisi muhafazakâr çevreninkinden çok farklıdır. Sözleşme’de din, gelenek, görenek gibi nedenlerle oluşan toplumsal cinsiyet rollerine karşı çıkmaktadır. Ayrıca kadınların ailenin bir parçası olarak değil, özerk bireyler olarak görülmesi gerektiği vurgulanmaktadır.^[166]

İstanbul Sözleşmesi’nde evlilik kavramının genişletilmesi de desteklenen bir noktadır. Buna göre, eşlerin boşanmış olup olmadığı veya birliktelik halinin resmi olarak tanınmış olup olmadığına bakılmaksızın her türlü şiddet kapsama alınmıştır.^[167] Sözleşme’de mağdur tanımının geniş yapılması da desteklenmektedir. Buna göre 3. maddede mağdur, “kadına karşı şiddet ve aile içi şiddet fıkralarında belirtilen davranışlara maruz kalan herhangi bir şahıs” olarak tanımlanmaktadır.

[161] Memur-Sen Kadınlar Komisyonu, s. 35.

[162] KELEŞ, Dilek ve ONAY ÇÖKER, Duygu, “İslamcı Basında İstanbul Sözleşmesi Karşıtlığının İzlekleri: Milli Gazete Örneği”, *Kültür ve İletişim*, Y.2021, C.24, S.2, s. 387.

[163] KEMAHLI GARİPOĞLU, Funda ve SEZER ŞANLI, Ayşem, “Muhafazakâr ve Feminist İdeolojiler Bağlamında İstanbul Sözleşmesi Tartışmalarına Yönelik Bir Eleştirel Söylem Analizi”, *Memleket Siyasi Yönetim*, 2021, C.16, S.35, s. 130.

[164] Memur-Sen Kadınlar Komisyonu, s. 38.

[165] KELEŞ ve ÇÖKER, s. 384.

[166] İstanbul Sözleşmesi Türkiye İzleme Platformu, s.14.

[167] ÇAMLICA, Berat, “İstanbul Sözleşmesi ve Yargısal İçtihatlar Açısından Eş Kavramının Değerlendirilmesi”, *TBB Dergisi*, Y.2020, S.150, s.145.

Kadın hareketi başta olmak üzere toplumun önemli bir kesimi, İstanbul Sözleşmesi'nin imzalanması ve yürürlüğe konması konusunda destekçisi olsa da uygulamaya yönelik eleştirileri mevcuttur. Bu konuda yapılan ilk eleştiri, hatalı çeviriden Sözleşme'nin amacına aykırı bir anlam çıktığı yönündedir. İstanbul Sözleşmesi, Türkçeye çevrilirken 'ev içi' kavramı, 'aile içi' olarak değiştirilmiştir. Bununla da eşcinsel birlikteliklerdeki şiddetin Sözleşme'nin koruması dışında bırakıldığı belirtilmektedir.^[168] Sözleşme'nin orijinal halinde aile olmasa bile birlikte yaşayan eşcinsel bireyler kapsama alınmışken, Türkçeye çevrildiğinde sadece resmi olarak aile kavramı içinde kalan bireylerin Sözleşme'den yararlanabilecek olması eleştiri noktasıdır.^[169] Çünkü, Sözleşme, evli veya evlilik dışı farklı cinsel yönelimler de dahil olacak şekilde tüm ilişkileri kapsama alırken Türkçe çevirisinde yalnızca evli çiftler kapsama alınmak istenmiştir.^[170] Gelen bir başka eleştiri ise uzlaşma yasağı ile ilgilidir. Sözleşme'nin 48.maddesinde açıkça uzlaşmanın yasaklanması gerektiği belirtilse de Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesi uzlaşmayı düzenlemiştir. Buna göre kadınların en çok maruz kaldıkları yaralama, hakaret ve tehdit gibi suçlar uzlaştırma kapsamına alınmıştır.

Buna ek olarak aile hukukunda arabuluculuk da gündemdedir. Bu yasağa rağmen alınacak aile hukukundaki arabuluculuk kararı ile kadınların mağduriyetinin artacağı ileri sürülmektedir.^[171]

[168] YILMAZ, Volkan, "Yeni Anayasa Sürecinde LGBTİ Hakları Hareketi'nin Eşit Yurttaşlık Mücadelesi: Çoğunlukçu Demokrasiye Karşı Anayasal Demokrasi", *Farklılıkların Birlikteliği*, Haz. Ayhan Kaya, Hiperlink Yayınları, İstanbul, 2014, s.177.

[169] KIRBAŞ CANİKOĞLU, s.366.

[170] BAKIRCI, s.137.

[171] İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi, s.124.

SONUÇ

İstanbul Sözleşmesi, şiddetin önlenmesi konusunda atılmış önemli bir adımdır. Hedeflerinde belirtildiği gibi amacı şiddetten arınmış bir Avrupa oluşturmaktır. Bunun için de hukuki bağlayıcılığı olan bu metin, Avrupa’da olduğu gibi Türkiye’de de önem arz etmektedir. Türkiye, Sözleşme’nin ilk imzalayıcısı olarak şiddeti önleme konusunda önemli bir adım atmıştır. İmzanın ardından iç hukukla Sözleşme’yi bağdaştırabilmek için 6284 sayılı Kanun kabul edilmiştir. Sözleşme’nin imzalanması ve Kanun’un kabul edilmesiyle de tartışmalar başlamıştır.

Bu tartışmaların odağında muhafazakâr çevrenin Sözleşme’ye yaptığı itirazlar vardır. Gelen en önemli eleştiri, Sözleşme ile dayatılan kültürün Türkiye’ye ait olmadığı ve ailenin dağılacağı iddiasıdır. Yine Sözleşme’nin ideolojik bir ruhunun olduğu ve bir paradigmayı dayattığı da öne sürülmektedir. Buna karşılık, Sözleşme’yi destekleyen kesim ise bu tartışmalar ile şiddetin önlenmesinin önüne geçildiğini belirtmektedir. Ayrıca Sözleşme taraftarlarının uygulamada eksikler bulunduğu yönünde ciddi eleştirileri vardır. Uygulanmayan Sözleşme yüzünden hala kadınların şiddete uğradığı ve öldürüldüğü savunulmaktadır. Türkiye tüm bu tartışmaların odağındaki İstanbul Sözleşmesi’nden Cumhurbaşkanı Kararı ile çekilmiştir. Bu çekilme tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Öncelikle çekilmenin yapılış şeklinin hukuka uygun olup olmadığı tartışılmış ve Cumhurbaşkanı Kararı ile milletlerarası bir sözleşmeden çekilmenin mümkün olup olmadığı üzerinde durulmuştur. Ancak bu konudaki asıl tartışma bu Sözleşme’den çekilme sonucunda özellikle kadına yönelik şiddetin artacağı yönündeki eleştiriler olmuştur.

İstanbul Sözleşmesi geleneksel aile dışında kalan ve muhafazakâr kesim tarafından kabul görmeyen ilişkileri de koruma altına almaktadır. Dolayısıyla gelen eleştiri bu ilişkilerin geleneğe aykırı olduğu ve koruma altına alınmasıyla meşrulaştırıldığıdır. Ne var ki kriminal bir olgu olan şiddetin engellenmesi ve mağdurların korunması açısından geleneğe aykırılığın bir neden olarak öne sürülmesi mümkün değildir. Asıl amacın şiddeti önlemek olduğunun gözden kaçmaması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- ACAR, Feride ve ERTÜRK, Yakın, “Kadınların İnsan Hakları: Uluslararası Standartlar, Kazanımlar, Sorunlar”, *Birkaç Arpa Boyu...*, Haz. Serpil Sancar, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011.
- Açıklayıcı Metin*, <https://hukukbook.com/istanbul-sozlesmesi> (Erişim 6 Ocak 2022), 2011.
- Aile Akademisi Derneği, “10 Maddede İstanbul Sözleşmesi Neden İptal Edilmelidir?”, <https://aileakademisi.org/10-maddede-istanbul-sozlesmesi-neden-iptal-edilmelidir/> (Erişim 27Aralık 2020), 2019.
- Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, Resmi Gazete 20.03.2021 ve 28239.
- AKÇABAY, F. Ceren, HANBAY ÇAKIR, Ebru ve KARABACA, Huriye, *Cinsiyete Dayalı Şiddetle Mücadelede Yargılama Standartları*, Kadın Dayanışma Vakfı, Ankara, 2019.
- ALTINAY, Ayşegül ve ARAT, Yeşim, *Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddet*, Metis Yayınları, İstanbul, 2008.
- Anayasa-Der, *Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneğinin Cumhurbaşkanının İstanbul Sözleşmesi’ne İlişkin Kararı Hakkındaki Açıklaması*, <http://anayasader.org/anayasa-hukuku-arastirmalari-derneginin-cumhurbaskaninin-istanbul-sozlesmesine-iliskin-karari-hakkındaki-aciklamasi> (Erişim 02.03.2022), 2021.
- Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı, *Kadına Yönelik Şiddet: AB Çapında Bir Araştırma*, <https://dspace.ceid.org.tr/xmlui/handle/1/501> (Erişim Tarihi: 8 Ocak 2022), 2014.
- BAKIRCI, Kadriye, “İstanbul Sözleşmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2015-4, ss. 133-204,
- BALCI, Muharrem, İstanbul Sözleşmesi Hakkında Rapor, KASAM, <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fmuharrembalci.com%2Fhukukdunyasi%2Ftce%2F1170.pdf&cflen=1772136&chunk=true> (Erişim Tarihi: 9 Şubat 2022), 2020.

- BAYRAKTAR, Tuğba, “İstanbul Sözleşmesi ve 2017 Türkiye Gölge Raporuna İlişkin Bir Değerlendirme”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, C. 26, S. 3, ss. 87-111.
- BULUT, Nilüfer, “İstanbul Sözleşmesi Tartışmaları Şiddete Teşvik Ediyor”, <https://www.gazeteduvar.com.tr/kadin/2020/08/28/istanbul-sozlesmesi-tartismalari-siddete-tesvik-ediyor>, (Erişim Tarihi: 26 Aralık 2020), 2020.
- CEYLAN, Ebru, “Türk Hukukunda Aile İçi Şiddet ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesiyle İlgili Yeni Düzenlemeler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013, S. 109, ss. 13-54.
- ÇAMLICA, Berat, “İstanbul Sözleşmesi ve Yargısal İçtihatlar Açısından Eş Kavramının Değerlendirilmesi”, *TBB Dergisi*, 2020, S. 150, ss. 137-155.
- DALKILIÇ, Rabia Asya, “Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele: Kamu Politikası Süreç Analizi”, *Reflektif Sosyal Bilimler Dergisi*, 2021, C. 2, S. 1, ss. 61-82,
- DEMİRKİR ÜNLÜ, Müge, *Kadına Yönelik Şiddet ve Aile-İçi Şiddet İstanbul Sözleşmesi’nin (Kadına Yönelik Şiddet ve Aile-İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi) Ulusal Hukuk Açısından Değerlendirilmesi*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Deutsche Welle Türkçe, “Resmi Gazete: İstanbul Sözleşmesi 1 Temmuz’da Sona Eriyor”, <https://www.dw.com/tr/resmi-gazete-istanbul-s%C3%B6zle%C5%9Fmesi-1-temmuzda-sona-eriyor/a-57384444> (Erişim Tarihi: 5 Ocak 2022), 2021.
- Dünya Haber Merkezi, “İstanbul Sözleşmesi’nden Çekilme Kararı, Ayrımcılıkla Mücadelede Geri Adımdır”, <https://www.dunya.com/sehirler/istanbul-sozlesmesinden-cekilme-karari-ayrimcilikla-mucadelede-geri-adimdir-haberi-615264> (Erişim Tarihi: 5 Ocak 2022), 2022.
- ERCOŞKUN ŞENOL, H. Kübra, “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Üzerine Bir İnceleme”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2019, S. 13, ss. 423-459, <https://>

dergipark.org.tr/tr/pub/mdergi/issue/45986/581906 (Erişim 07.02.2022).

EREN, Hasan, GÖZÜAYDIN, Nevzat, PARLATIR, İsmail ve TEKİN Talat, *Türkçe Sözlük 1*, Atatürk Kültür, Dil, Tarih Yüksek Kurumu, İstanbul, 1992.

Evrensel, “Türkiye, Kadınların Tüm İtirazlarına Rağmen İstanbul Sözleşmesi’nden Ayrıldı”, <https://www.evrensel.net/haber/428544/turkiye-kadinlarin-tum-itirazlarina-ragmen-istanbul-sozlesmesinden-ayrildi> (Erişim Tarihi: 5 Ocak 2022), 2021.

GIDDENS, Anthony, *Sosyoloji*, Kırmızı Yayınları, İstanbul, 2012.

GÖRGÜN BARAN, Aylin, SARITAŞ, Canet Tuba ve ŞAHİN KÜTÜK, Birsen, “Medyada Kadına Yönelik Şiddet Haberlerinin İçerik ve Sunum Açısından Analizi: Beyazgazete.com Örneği”, *Sosyoloji Konferansları*, 2017, S. 55, ss. 107-132,

GÖZLER, Kemal, “Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeleri Feshetme Yetkisi Var mı? (İstanbul Sözleşmesinin Feshi Hakkında 3718 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı Üzerine Eleştiriler)”, <https://www.anayasa.gen.tr/ua-sozlesme-fesih.htm> (Erişim Tarihi: 5 Ocak 2022), 2021.

GÜLER, Nuran, TEL, Hatice ve ÖZKAN TUNCAY, Fatma, “Kadının Aile İçinde Yaşanan Şiddete Bakışı”, *Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, 2005, C. 27 S. 2, ss. 51-56.

GÜNDOĞMUŞ, Rabia, *Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin İlgili Uluslararası Sözleşmeler ve 6284 sayılı Kanun Çerçevesinde Değerlendirilmesi*, Kadir Has Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2020.

GÜNERİGÖK, Mustafa, “Toplumsal Cinsiyet, İslam ve İstanbul Sözleşmesi”, *İstanbul Sözleşmesi Disiplinler Arası Bir Soruşturma*, Haz. Kolektif, Tire Kitap, İstanbul, 2020.

GÜNGÖR, Ayşegül, *Kadın Haklarına İlişkin Uluslararası Düzenlemeler*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2012.

GÜNİNDİ ERSÖZ, Aysel, “Türkiye’de Boşanma Olgusu ve Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme”, *Sosyoloji Konferansları*, 2011, S. 43, ss. 249-264.

HASOĞLU, Aynur, “Danıştay Kararları Işığında Yetki ve Usulde Paralellik İlkesi”, *TAAD*, 2018, S. 33, ss. 123-141.

İLKARACAN, Pınar, GÜLÇÜR, Leyla ve ARIN, Canan, *Sıcak Yuva Masalı*, Metis Yayınları, İstanbul, 1996.

İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi, *Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Sözleşmesi ve 6284 sayılı Yasanın Uygulanmasında Yaşanan Sorunlar Hakkında İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi Raporu*, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi, İstanbul, 2019.

İstanbul Sözleşmesi Çalışma Platformu, *İstanbul Sözleşmesi Raporu*, Ankara, 2020.

İstanbul Sözleşmesi Türkiye İzleme Platformu, *Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nin Hükümlerini Yürürlüğü Koyan Yasal ve Diğer Tedbirler Hakkında Türkiye’nin İlk Raporuna İlişkin Sivil Toplum Örgütlerinin Gölge Raporu*, 2017.

İŞIK, S. Nazik, “1990’larda Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Hareketi İçinde Oluşmuş Bazı Gözlem ve Düşünceler”, *90’larda Türkiye’de Feminizm*, Haz. Asena Günel ve Aksu Bora, İletişim Yayınları, İstanbul, 2016.

KAÇAN, Gizem, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Mahkemeleri Kararları Işığında Cinsel Yönelim Temelinde Ayrımcılık Yasağı*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.

Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi)’nin Hükümlerinin Hayata Geçirilmesini Sağlayan Yasal ve Diğer Tedbirlere İlişkin GREVIO (ilk) Değerlendirme Raporu Türkiye, 2018, https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/news/non-grevio_turkiye_raporunu_acikladi/ (Erişim Tarihi: 06.01.2022).

Kadınların Statüsü Genel Müdürlüğü, *Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Ulusal Eylem Planı (2016-2020)*, Ankara, 2016.

- KARAMAN, Ebru, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarının Yerine Getirilmesinden Doğan Sorumluluk”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2014, C. 72, S. 1, ss. 411-434.
- KARAOĞLU, Ali Osman, “Türk Hukukunda Milletlerarası Andlaşmalardan Tek Taraflı Çekilme”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. 16, S. 203, ss. 1083-1106.
- KARATAŞ, Evren, “Türkiye’de Kadın Hareketleri ve Edebiyatımızda Kadın Sesleri”, *Turkish Studies*, 2009, C. 4, S. 8, ss. 1652-1673.
- KARINCA, Eray, *Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetle İlgili Ulusal ve Uluslararası Yasal Düzenlemeler*, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Ankara, 2008.
- KARINCA, Eray, *Sorularla Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2010.
- KELEŞ, Dilek ve ONAY ÇÖKER, Duygu, “İslamcı Basında İstanbul Sözleşmesi Karşıtlığının İzlekleri: Milli Gazete Örneği”, *Kültür ve İletişim*, 2021, C. 24, S. 2, ss. 372-405.
- KEMAHLI GARİPOĞLU, Funda ve SEZER ŞANLI, Ayşem, “Muhafazakâr ve Feminist İdeolojiler Bağlamında İstanbul Sözleşmesi Tartışmalarına Yönelik Bir Eleştirel Söylem Analizi”, *Memleket Siyasi Yönetim*, 2021, C. 16, S. 35, ss. 125-188.
- KIR, İbrahim, “Toplumsal Bir Kurum Olarak Ailenin İşlevleri”, *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 10, S. 36, ss. 381-404.
- KIRBAŞ CANİKOĞLU, Seher, “Kadınlara Yönelik Şiddetin ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesine Dair Ulusal ve Uluslararası Mevzuat”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2015, S.3, ss. 355-378.
- KOKALARI, Arba, “İstanbul Sözleşmesi Hakkında Beş Mit- ve Polonya nerede yanılıyor” (Çev. Yusuf Enes Karataş), <http://cts.ankara.edu.tr/2020/09/22/ceviri-istanbul-sozlesmesi-hakinda-bes-mit-ve-polonya-nerede-yaniliyor/> (Erişim Tarihi: 07.01.2022), 2020.
- KUYUCU, Nisan, “Kadınların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Önünde Adalete Erişim Sorunu: Mahkeme Kararlarında Cinsiyet Ayrımcılığı Olarak Kadına Yönelik Şiddet”, *Fe Dergi*, 2015, C.7, S.1, ss. 61-77.

- MARAŞLI, Sema, “İstanbul Sözleşmesi Acilen İptal Edilsin”, <http://www.anadolugenclik.com.tr/istanbul-sozlesmesi-acilen-iptal-edilsin-189> (Erişim Tarihi: 26.12.2020), 2019.
- Memur-Sen Kadınlar Komisyonu, *İki Değer Aile, Kadın İki Risk İstanbul Sözleşmesi*, 6284 Sayılı Kanun, Memur-Sen, Ankara, 2020.
- Mor Çatı Kadın Sığınağı Vakfı, *2019 Faaliyet Raporu*, İstanbul, 2019, <https://morcati.org.tr/faaliyet-raporlari/mor-cati-2019-yili-faaliyet-raporu/>.
- MOROĞLU, Nazan, “Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, S. 99, ss. 357-380.
- MOROĞLU, Nazan, *GREVIO Değerlendirme Raporu*, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi, İstanbul, 2019.
- MOROĞLU, Nazan, *İstanbul Sözleşmesi*, İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi, İstanbul, 2019.
- OKUR, Saliha, “İstanbul Sözleşmesi Hakkında”, <https://kadem.org.tr/istanbul-sozlesmesi-hakkinda/> (Erişim Tarihi: 26.12.2020), 2020.
- ÖZCAN, Begüm, *Kadına Yönelik Şiddet Konusunda Feminist Hareketin ve Devletin Karşılaştırmalı Yaklaşımı: İstanbul Sözleşmesi Örneği*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.
- ÖZGÜN TEKİN, Esra, “1982 Anayasası’nın 90.Maddesi Uyarınca Uluslararası Andlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri Sorunu”, *Journal of Social, Humanities and Administrative Science*, 2019, C. 5, S. 14, ss. 137-149,
- ÖZKAN, Gizem, “Kadına Yönelik Şiddet–Aile İçi Şiddet ve Konuya İlişkin Uluslararası Metinler Üzerine İnceleme”, *Hacettepe HFD*, 2017, C. 7, S. 1, ss. 533-564.
- ÖZTÜRK, Necla, “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Öneriler”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C. 8, S. 1, ss. 1-32.

- PARLAK BÖRÜ, Şafak, “Kadının Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmeler ve Türkiye’nin Konumu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2017, C.30, S.133, ss. 43-63.
- Pekin Deklarasyonu ve Eylem Platformu, 1995, <http://www.sagirolgu.av.tr/pekin-deklarasyonu-ve-eylem-platformu-cn827.html> (Erişim Tarihi: 31.01.2022).
- PINAR, Tefik ve PINAR, Gül, “Sağlık Çalışanları ve İşyerinde Şiddet”, *TAF Preventive Medicine Bulletin*, 2014, C. 12, S. 3, ss. 315-326.
- POLAT, Oğuz, “Şiddet”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, C. 22, S. 1, ss. 15-34.
- REYHANİ YÜKSEL, Sera, “Türk Medeni Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, C. 18, S. 2, ss. 175-200.
- SAĞIR, Adem ve İNCİ, Ülkü Hayriye, “Bir Facebook Grubunda Kadına Şiddet Haberlerinin Değerlendirilme Biçimleri”, *İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi*, 2012, C. 1, S. 3, ss. 200-239.
- SATIL, Ceren, “İstanbul Sözleşmesi Neden Tartışılıyor?”, <https://www.dogrulukpayi.com/bulten/istanbul-sozlesmesi-neden-tartisiliyor>, 2020.
- Sivilsayfalar, “Kadın Örgütleri İstanbul Sözleşmesi’nden Çekilme Kararını Tanımıyor, Mücadeleye “Devam” Diyor!”, <https://www.sivilsayfalar.org/2021/03/21/kadin-orgutleri-istanbul-sozlesmesinden-cekilme-kararini-tanimiyor-mucadeleye-devam-diyor/> (Erişim Tarihi: 05.01.2022), 2021.
- SÖNMEZ, Esmâ Yağmur, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi”, *İstanbul Üniversitesi Kadın Araştırmaları Dergisi*, 2020, S. 20, ss. 1-17.
- SÜNETHÇİ, Büşra, SAY, Ayfer, GÜMÜŞTEPE, Burcu, ENGİNKAYA, Bilge, YILDIZDOĞAN, Çise ve YALÇIN Müge, “Üniversite Öğrencilerinin Flört Şiddeti Algıları Üzerine Bir Araştırma”, *Ufku Ötesi Bilim Dergisi*, 2016, C. 16, S. 1, ss. 56-83.
- ŞENER, Ülker, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Ne Getiriyor?, *Türkiye Ekonomik*

Politikaları Araştırma Vakfı, <https://www.tepav.org.tr/tr/haberler/s/2775> (Erişim Tarihi: 13.02.2022), 2012.

TAŞTAN, Coşkun ve KÜÇÜKER YILDIZ, Aslihan, *Dünyada ve Türkiye’de Kadın Cinayetleri 2016-2017-2018 Verileri ve Analizler*, Polis Akademisi Yayınları, Ankara, 2019.

TBMM, *Kadına Yönelik Şiddetin Sebeplerinin Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu 1.Cilt*, Ankara, 2015.

TBMM Genel Kurul Tutanağı, 24.Dönem, 2.Yasama Yılı, 75.Birleşim, 2012, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem24/yil2/bas/b075m.htm> (Erişim Tarihi: 07.02.2022).

Toplumsal Cinsiyet ve Kadın Çalışmaları Merkezi, *Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet ve Kadın Algısı Araştırması*, Kadir Has Üniversitesi, İstanbul, 2019.

Türkiye Barolar Birliği, “Barolar ve TÜBAKKOM’un İstanbul Sözleşmesi’ne İlişkin Ortak Basın Açıklaması”, <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/barolar-ve-tubakkomun-istanbul-sozlesmesi-ne-iliskin-ortak-basin-aciklamasi-81675> (Erişim Tarihi: 07.01.2022), 2021.

ULUOCAK, Şeref, GÖKULU, Gökhan, BİLİR, Olgun, ETİZER KARACIK, Nigar ve ÖZBAY Dilek, *Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği ve Kadına Yönelik Şiddet*, Paradigma Akademi Yayınları, Ankara, 2014.

UYGUR, Gülriz, “İstanbul Sözleşmesi Işığında Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’un Temel Yaklaşımı”, *Şiddetin Cinsiyetli Yüzleri*, Haz. Betül Yazar, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2015.

YILMAZ, Volkan, “Yeni Anayasa Sürecinde LGBTİ Hakları Hareketi’nin Eşit Yurttaşlık Mücadelesi: Çoğunlukçu Demokrasiye Karşı Anayasal Demokrasi”, *Farklılıkların Birlikteliği*, Haz. Ayhan Kaya, Hiperlink Yayınları, İstanbul, 2014.

ZERE, Fatih, “İstanbul Sözleşmesinin, Kadına Yönelik Şiddeti Önlemeye Etkisinin Siyasi Parti Kolları Üyeleri Açısından Değerlendirilmesi”, *Uluslararası Anadolu Sosyal Bilimler Dergisi*, 2021, C. 5, S. 2, ss. 623-651.

TELEKONFERANS YÖNTEMİYLE YAPILAN ARABULUCULUK GÖRÜŞMELERİNDE YAŞANAN SORUNLAR VE BU SORUNLARA İLİŞKİN ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Orhan ÇETİN*

Makalenin Geliş Tarihi: 02.08.2021 **Kabul Tarihi:** 09.02.2022

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

DOI [10.30915/abd.1090737](https://doi.org/10.30915/abd.1090737)

* Avukat (Ankara Barosu), Arabulucu. <https://orcid.org/0000-0001-6361-7188>

TELEKONFERANS YÖNTEMİYLE YAPILAN ARABULUCULUK GÖRÜŞMELERİNDE YAŞANAN SORUNLAR VE BU SORUNLARA İLİŞKİN ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

ÖZ

Arabuluculukta en önemli hususlardan biri iletişim ve taraf menfaatlerini ortaya çıkarmak olduğundan, arabuluculuk görüşmelerinin yüz yüze gerçekleştirilmesi çok önemlidir. Ancak özellikle korona virüs vakalarının artış gösterdiği dönemlerde, arabuluculuk toplantılarında yüz yüze görüşmenin yanı sıra telekonferans yöntemi de kullanılmaya başlanmıştır. Pandemi döneminde arabuluculuk görüşmelerinin telekonferans yöntemiyle gerçekleştirilmesinin, hastalığın bulaş riskini azaltması bakımından yararlı sonuçlar doğurduğu bir gerçektir. Telekonferans yönteminin, taraf veya taraf vekillerine zaman ve masraftan tasarruf sağlaması gibi başka yararları da vardır. Telekonferans yöntemi, sağladığı bu yararlarla karşın, bir takım teknik ve hukuki problemlerin ortaya çıkmasına da neden olmaktadır. Bu çalışmada telekonferans yöntemiyle yapılan arabuluculuk görüşmelerinin, taraflar ve arabulucu açısından ortaya çıkardığı problemler ve bunlara ilişkin çözüm önerileri incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Arabuluculuk

İletişim

Dava Şartı

Telekonferans

e-Toplantı

PROBLEMS EXPERIENCED IN MEDIATION MEETINGS THROUGH TELECONFERENCE AND RELATED SOLUTIONS

ABSTRACT

Since one of the most critical issues in mediation is communication and revealing the parties' interests, mediation meetings must occur face-to-face. However, especially during the periods when coronavirus cases increased, the teleconference method was also used in mediation meetings and face-to-face meetings. It is a fact that conducting mediation meetings by teleconference during the pandemic has beneficial results in reducing the risk of transmission of the disease. The teleconferencing method also has other benefits, such as saving time and expense for the party or its attorneys. The teleconferencing method also causes some technical and legal problems despite these benefits. In this study, the problems of the teleconference method in mediation negotiations and its solutions will be examined.

Keywords

Mediation

Communication

Litigation Requirement

Teleconference

e-Meeting

GİRİŞ

Dünyada her geçen gün uyuşmazlıkların mahkemeler yerine alternatif çözüm yolları ile çözüme kavuşturulması daha çok tercih edilmeye başlanmıştır.^[1] Alternatif çözüm yolları arasında en etkin ve güncel olanlarından biri de arabuluculuktur. Arabuluculuk ülkemizde de son yıllarda uyuşmazlık çözümünün ve yargı sisteminin önemli bir kurumu haline gelmiştir. Ülkemizde, arabuluculuk çözüm yöntemi, 7.6.2012 tarihinde kabul edilen 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ile yasal bir zemine kavuşmuştur.

Arabuluculuk, tarafların uyuşmazlığın tarafı olmayan bir üçüncü kişi yardımıyla kendi sorunlarının çözümünü kendilerinin üretmesi esasına dayalı ihtiyari bir süreçtir.^[2] 6325 Sayılı Kanun, arabuluculuğun ihtiyarilik

[1] Arabuluculuğun tarihsel gelişimi ve diğer Dünya ülkelerindeki uygulamaları için Bkz. Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 4'ncü Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 353-380. Ejder Yılmaz, "Arabuluculuğun Yasa ile Düzenlenmesi", *Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 1275-1293; Semra Öznumcu, "Arabuluculuğun Doğuşu ve Gelişmelerine Genel Bir Bakış", *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I*, Sümer Kitabevi, İstanbul 2014, s. 33-42; Mehmet Kocaoğlu, *Türk İş Hukukunda Arabuluculuk* TÜHİS, 1999; s. 155-166; *Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı (Mediation Practices Around The World Conference)*, TBB Yayınları, Ankara 2011, s. 17-68.; Ali Yeşilirmak, *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem- Bilirkişilik ve Tahkim Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, XII Levha Yayınları, 1'nci Baskı, İstanbul 2011, s. 20; Mustafa Alper Ener, "Singapur Konvansiyonu: Arabuluculuk Anlaşmaların Newyork Konvansiyonu", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIII, S. 4; Ankara 2019, s. 227-249.

[2] Hakan Pekcanitez, *Medeni Usul Hukuku*, C. 3, XII Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 2813; Ömer Ulukapı/Emre Kıyak, "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile Model Etik Uygulama Kuralları Çerçevesinde Arabuluculuk Yöntemi ve Sürecin İşleyişi", *Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan*, C. 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 1656; Yeşilirmak, s. 18; Ener, s. 228; Bahadır Yakut, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk", *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, S.67-68, 2010, s. 35. Arabuluculuk (mediation) sözcüğü kavram olarak Latince yarıya bölmek veya ortayı bulmak anlamına gelen "mediare" kökünden gelmektedir, Bkz. Öznumcu, s.363; Muratcan Bayraktar, "Alman ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 89; S. 2015/4, s. 152; Ener, s. 228; Merve Uysal, "Alman ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında,

özelliği göz önüne alınarak hazırlanmıştır.^[3] Ancak arabuluculuk kurumunun yaygınlaştırılması amacıyla arabuluculuğa başvuru belirli uyumsuzluk türleri açısından dava şartı hâline getirilmiştir. Bu konuda, 6325 sayılı Kanun’a 6.12.2018 tarihinde, 7155 Sayılı Kanun’un 23’üncü maddesi ile eklenen 18A maddesi ile ilgili kanunlarda arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Bu kapsamda, 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile 1.1.2018 tarihinden itibaren bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda (İş. Mhk. K. m. 3/1)^[4], 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na 6.12.2018 tarihinde, 7155 sayılı Kanun ile eklenen 5/A maddesi uyarınca ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında (TTK. m. 5A/1),^[5] 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a 22.07.2020 tarihinde 7251 sayılı Kanun ile eklenen 73/A maddesi gereği, tüketici mahkemelerinde görülen uyumsuzluklarda dava açılmadan

Arabuluculuğun Tanımı Türleri ve Zorunlu Arabuluculuk”, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, C. 15, S. 44, 2019/3, s. 894.

- [3] 6325 sayılı Hukuk Uyumsuzluklarında Arabuluculuk Kanunu’nun “Tanımlar” başlıklı 2’nci maddesinde, “Arabuluculuk sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak aracılığıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyumsuzluk çözüm yöntemi.” olarak tanımlanmıştır.
- [4] İş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hariç olmak üzere, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır (7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 3/I, III).
- [5] Bu Kanununun 4. maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır (TTK m. 5A/1). Türk Ticaret Kanunu’nda İş Mahkemeleri Kanunu’nun aksine dava şartı arabuluculuğa ilişkin ayrıntılı hükümlere yer verilmemiştir. Bkz. Ali Cem Budak, “Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, C. 15; S. 42, 2019/1, s. 30.

önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı haline getirilmiştir (TKHK m. 73A).^[6]

1. Telekonferans Yönteminin Avantajları

Arabuluculuğun temel özelliklerinden biri, uyuşmazlığın menfaat temelli çözülmesidir. Arabulucunun, süreci iyi ve doğru bir şekilde yönetebilmesi, uyuşmazlığı ve onun altında yatan çatışma sebeplerini anlayabilmesi ve taraf menfaatlerini ortaya çıkarması için onlarla aynı fiziki ortamda bulunması büyük önem arz eder. Ancak özellikle korona virüs vakalarının artış gösterdiği, her türlü yargısal sürecin durduğu^[7] dönemde arabuluculuk süreci durmamış ve telekonferans yöntemi kullanılarak devam etmiştir. Pandemi döneminde telekonferans yönteminin kullanılması, anlaşmayla sonuçlanan uyuşmazlıklarda tarafların bulaş riskine maruz kalmadan, uyuşmazlıklarının çözüme kavuşturulmasını sağlamış, anlaşma sağlanamayan uyuşmazlıklarda da tarafların dava şartını yerine getirme aşamasında süre kaybı yaşamalarının önüne geçmiştir.^[8] Telekonferans yönteminin yararı sadece pandemi

[6] (1) Tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Şu kadar ki, aşağıda belirtilen hususlarda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz: a) Tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında olan uyuşmazlıklar b) Tüketici hakem heyeti kararlarına yapılan itirazlar c) 73 üncü maddenin altıncı fıkrasında belirtilen davalar ç) 74 üncü maddede belirtilen davalar d) Tüketici işlemi mahiyetinde olan ve taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklar (TKHK m. 73A/I).

[7] Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 7226 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesi ile; dava açma, icra takibi başlatma, başvuru, şikâyet, itiraz, ihtar, bildirim, ibraz ve zamaşımı süreleri, hak düşürücü süreler ve zorunlu idari başvuru süreleri de dâhil olmak üzere bir hakkın doğumu, kullanımı veya sona ermesine ilişkin tüm süreler; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile usul hükmü içeren diğer kanunlarda taraflar bakımından belirlenen süreler ve bu kapsamda hâkim tarafından tayin edilen süreler ile arabuluculuk ve uzlaştırma kurumlarındaki sürelerin 13.03.2020 (dâhil) tarihinden 30.04.2020 (dâhil) tarihine kadar durmasına karar verilmiştir. 2480 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı ile yargı alanındaki hak kayıplarının önlenmesi amacıyla getirilen durma sürelerinin, (Kamu İhale Kanunu'nda öngörülen zorunlu idari başvuru yoluna ilişkin süreler hariç) 15 Haziran 2020 tarihine uzatılmasına karar verilmiştir.

[8] Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı bu süreçte yayınladığı, Koronavirüs Tedbirlerine İlişkin Duyuru ile daha önceden başlanmış olup da devam eden

dönemi ile sınırlı değildir. Yöntemin, özellikle iş ve tüketici hukuku gibi sosyal içerikli sözleşmelerin zayıf tarafını oluşturan işçi ve tüketicinin başka şehirden başvuru yapması halinde, bu kişileri seyahat ve konaklama masrafi ödemekten kurtarması gibi yararlı sonuçları da bulunmaktadır.

2. Telekonferans Yönteminin Kullanılmasında Ortaya Çıkan Sorunlar

Arabuluculuk görüşmelerinin telekonferans yöntemi kullanılarak gerçekleştirilmesinin sağladığı bu yararları karşılıklı bir takım teknik ve hukuki zorlukları da bulunmaktadır. Öncelikle telekonferans yöntemi kullanılarak arabuluculuk görüşmelerinin hukuki temelini zayıf olduğunu belirtmek gerekir. Gerçekten de telekonferans yöntemi ile yapılan arabuluculuk görüşmelerini doğrudan düzenleyen bir kanun hükmü olmadığı gibi bu konuda istikrar kazanmış yargı kararları da bulunmamaktadır.

Arabuluculuk, diğer alternatif çözüm yollarına göre, taraflar arasında iletişimi en fazla kuvvetlendiren, aralarındaki bilgi alışverişini sağlayan ve özellikle iletişimsizlikten kaynaklanan sorunların giderilmesine hizmet eden gönüllük esasına dayanan ihtiyari bir yöntemdir.^[9] Bu kapsamda, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, usulün tespitini taraf iradelerine bırakmıştır. HUAK m. 15/2 hükmüne göre, “Taraflar, emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabilirler”.^[10]

Tarafların, arabuluculuk usulünü belirlememeleri durumunda ise, arabulucu uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak

arabuluculuk sürecine ilişkin uyuşmazlıklarda tarafların şehir içi ya da şehir dışından olup olmadığına bakılmaksızın telekonferans yönteminin kullanılmasına ağırlık verilmesini, yeni başlayan arabuluculuk sürecinde ise yasa da belirtilen sürelerin sonuna doğru toplantı günü verilerek durumun takip edilmesi ile riskli ve acil durumların devam etmesi halinde tarafların şehir içi ya da şehir dışından olup olmadığına bakılmaksızın telekonferans yönteminin kullanılması hususunda tavsiye kararı almıştır.

[9] Cenk Akil, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Kapsamı”, *Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan*, C. 1, Yetkin Yayınlar, Ankara 2014, s. 76.

[10] Ulukapı/Kıyak, s. 1680.

arabuluculuk faaliyetini yürütecektir (HUAK m. 15/3).^[11] Kanun'un usulün tespitini taraflara bırakmasına ilişkin bu hükmünün iş, ticaret ve tüketici uyuşmazlıklarında arabuluculuğa başvurunun dava şartı haline getirilmediği ve kolaylaştırıcılığı arabuluculuk modelinin benimsendiği sürece yönelik bir düzenleme olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. Dava şartı arabuluculuğun kabul edilmesiyle birlikte kolaylaştırıcı arabuluculuk modelinden değerlendirici arabuluculuk modeline doğru bir kayma olduğundan, arabuluculuk sürecini sadece taraf iradelerine veya tamamen arabulucunun inisiyatifine bırakmak, sürecin yöntemi konusunda, belirsizliğe, farklı uygulamalara ve özellikle arabulucu ile taraf vekilleri arasında çatışmalara neden olmaktadır.^[12]

Dava şartı arabuluculuğu zorunlu hale getiren 6325 sayılı Kanun'un 18/A maddesinin 7. fıkrası ile Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin (HUAKY) m. 24/3 hükmünde, arabulucunun her türlü iletişim vasıtasını kullanarak görevlendirme konusunda tarafları bilgilendireceği ve ilk toplantıya davet edeceğine ilişkin düzenleme bulunsa da bu hükümler, tarafları bilgilendirme ve ilk oturuma davet usulüne ilişkin olup arabuluculuk sürecinin yürütülme usulüne ilişkin değildir.

Arabuluculuk sürecinde kullanılacak usule ilişkin tek düzenleme HUAKY m. 10/I'de yer alan "Arabulucu, tarafların her biri ile ayrı ayrı veya birlikte görüşebilir. Bu amaçla her türlü iletişim aracını kullanabilir." hükmüdür. Bu düzenlemeden, arabulucunun müzakereleri ortak veya özel toplantılarla görüntülü veya sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle yapabilesinin önünde bir engel bulunmadığı anlaşılmaktadır.^[13]

[11] Evren Koç, "Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Tespitler", *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I*, Sümer Kitabevi, İstanbul 2014, s. 43-44.

[12] Her ne kadar Arabuluculuk Daire Başkanlığı konu ile ilgili yapılan seminer ve sempozyumlar ile arabuluculara gönderdiği elektronik talimatlarda sürekli süreci yönetme yetkisinin arabulucu da olduğunu vurgulasa da arabulucuların yöntemin uygulanması konusunda, uygulama birliği içinde olmamaları, taraf vekillerin ise başka bir arabulucunun uygulamasını örnek göstererek aynı şehirde dahi telekonferans yöntemi talep etmesi nedeniyle çatışmalar yaşanmaktadır.

[13] Avrupa Birliği ülkelerinde uygulanan elektronik (online) uyuşmazlık çözüm yöntemi ülkemizde de gelişeceği beklenmektedir. Bkz. Özbek, s. 1242.

Arabuluculuk görüşmelerinin, telekonferans yöntemiyle gerçekleştirilmesi konusunda, aşağıda incelenecek olan ve birbiriyle farklı istikamette olan iki bölge adliye mahkemesi kararları dışında ulaşılan bir yargı kararı da bulunmamaktadır.

Telekonferans yöntemiyle yapılan bir ihtiyari arabuluculuk görüşmesi sonucu varılan anlaşmaya rağmen işveren tarafından yapılan feshin geçersizliği ve işe iade istemiyle açılan bir davada ilk derece mahkemesinin “...arabuluculuk görüşmelerinde görüntülü konuşma telefon bilgisayar yardımıyla görüştüğü taraflarla fiziki olarak teması ve varlığı olmaksızın görüşmeleri yapıp bitirmesinin arabuluculuk kanununda istenen arabulucunun tarafları arabuluculuk süreciyle ilgili aydınlatması ve tarafların karşılıklı hak ve menfaatlerini korur, dengeler şeklinde bir çözüme ulaşmalarına katkı sağlaması gerekirken telefonla görüntülü konuşmanın verdiği imkanlarla istenen düzeyde bunun sağlanamayacağı” gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermesi sonucu davalı tarafından yapılan istinaf başvurusunda, Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi’nin 04.02.2020 tarih ve 2019/4092 E-2020/304 K. sayılı kararında “İşe iade davalarında zorunlu arabuluculuk sürecinin olması, tarafların ihtiyari olarak arabulucuya gitmelerine engel değildir. Bu nedenle dosyada yapılan ihtiyari arabuluculuk süreci yasal olarak mümkündür. Arabuluculuk sürecinde Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğinin dava şartı olarak arabuluculukta arabulucunun görevlendirilmesi” Madde 24/3 hükmüne göre elindeki bilgiler itibarıyla her türlü iletişim vasıtasını kullanarak görevlendirme konusunda tarafları bilgilendirir ve ilk toplantıya tarafları ve varsa avukatlarını birlikte davet eder. Bu düzenleme gereği, arabulucunun taraflarla elektronik sistemler üzerinden görüntülü iletişim kurmasının önünde yasal bir engel bulunmadığına” karar vermiştir.^[14] İstinaf Mahkemesi bu kararı ile arabuluculuk görüşmelerinde telekonferans yönteminin kullanılabilceği görüşüne yer vererek ilk derece mahkemesinin kararını kaldırmıştır. İstinaf Mahkemesi’nin bu kararındaki elektronik sistemler üzerinden görüntülü iletişim kurulmasının önünde yasal bir engel bulunmadığı konusundaki görüşü arabuluculuğun iradi ve esnek yapısına uygun bir yaklaşım olduğundan yerindedir. Ancak Mahkeme’nin telekonferansla

[14] <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/ankara-bam6-hd-e-2019-4092-k-2020-304-t-4-2-2020>, (Erişim tarihi: 31.07.2021).

yapılan arabuluculuk görüşmelerini dayandırdığı hukuki gerekçenin isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

Mahkeme, taraflarla elektronik sistemler üzerinden görüntülü iletişim kurmasının önünde yasal bir engel bulunmadığına ilişkin görüşün hukuki dayanağını HUAKY m. 24/3 hükmüne dayandırmıştır. Oysa bu hüküm tarafları bilgilendirme ve ilk oturuma davet usulüne ilişkin olup arabuluculuk sürecinin yürütülme usulüne ilişkin değildir. İstinaf Mahkemesi'nin hukuki gerekçesini, HUAKY m. 10/I'de yer alan "Arabulucu, tarafların her biri ile ayrı ayrı veya birlikte görüşebilir. Bu amaçla her türlü iletişim aracını kullanabilir." hükmüne dayandırmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.^[15]

Telekonferans yönteminde karşılaşılan en önemli problemlerden biri sürecin güvenilirliğine ilişkindir. Telekonferans yönteminin kullanılması halinde hem sürecin icrası esnasında hem de süreç sonunda hazırlanan belgelerin imzalanması aşamasında sürecin güvenilirliğini etkileyen problemlerin yaşanması muhtemeldir. Özellikle tarafların görüntülerinin olmadığı sadece sesle yapılan telekonferans görüşmelerinde, telefonla görüşmeye katılan kişinin gerçekten arabuluculuk sürecinin tarafı, tarafın yetkili temsilci veya vekili olup olmadığının tespiti güçtür.

Görüntülü telekonferans yönteminin kullanıldığı ve sürece katılan taraf veya vekillerinin arabuluculuk belgelerini e-imza ile imzaladıkları durumlarda kimlik tespiti ve arabuluculuk belgelerinin imzalanmasına ilişkin problemler kısmen aşılsa da bu kez de süreç sonunda anlaşma sağlanamadığı hallerde, son tutanağın fiziki olarak açılan davalarda mahkemeye veya arabuluculuk ücretinin tahsili amacıyla arabuluculuk bürosuna sunulmasında problemler yaşanmaktadır. Arabuluculuk sürecinin anlaşmayla sonuçlanması halinde ise arabuluculuk anlaşma belgesinin sulh hukuk mahkemesine şerh belgesi alınmak üzere sunulmasında veya fiziken yapılan icra takiplerinde ilgili

[15] İstinaf Mahkemesi'nin dava şartı arabuluculuk yerine zorunlu arabuluculuk ifadesini kullanması da yerinde değildir. Çünkü Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A maddesinde yaratılmış olan arabulucuya başvurma zorunluluğu, arabuluculuk sürecinin başlatılması ve ilk toplantıya katılmayla sınırlı tutulmuş olup arabuluculuk sürecinin sürdürülmesi veya süreç sonunda mutlaka anlaşma sağlanması zorunlu değildir. Kaldı ki arabuluculuğa başvurulmamış olması nedeniyle dava şartı yokluğundan usulden reddedilen bir davanın dava şartına ilişkin eksikliğin tamamlanmasından sonra tekrar açılması da mümkündür.

icra dairesine sunulmasında, imzaların bu belgelerde görünmemesinden kaynaklanan problemler yaşanabilmektedir.

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 9. Hukuk Dairesi'nin 10.09.2019 tarihli 2019/2485 E. ve 2019/1674 K. sayılı telekonferans yönteminin güvenilirliğine ilişkin yaşanan problemleri vurguladığı kararında “*Kanunda tarafların telefonla arabuluculuk toplantısına katılabileceklerine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Aksine düzenlemelerden yüz yüze katılıma göre hükümlerin konulduğu anlaşılmaktadır. Burada her şeyden önce telefonla katılan kişinin ehil ve yetkili olup olmadığı ve bunun tespiti problemidir. Somut olayda yasal olarak tanımlanan ve hukuken geçerli olan bir ses tanımlama sisteminin bulunmadığı da dikkate alındığında konuşulan kişinin kim olduğunun yasal olarak tespitinde problem bulunduğu açıktır.*” görüşüne yer vermiştir.^[16]

Arbuluculuk sürecinde güvenirliliğin sağlanmasına yönelik bir diğer önemli nokta arabulucunun, taraflara karşı aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmesi^[17] ve arabuluculuk sürecinin onlara anlaşmazlık konularını başarıyla ele almalarında, yardımcı olacağı konusunda güven vermesidir.^[18] Tarafların fiziki olarak bir araya geldiği toplantılarda arabulucunun tarafları bilgilendirmesi ve arabuluculuk sürecini ilişkin kişisel ve kurumsal güvenilirlik sağlaması telekonferans yöntemine göre daha kolay olacaktır.

Telekonferans yönteminde karşılaşılan bir diğer problem de yüz yüze yapılan görüşmelere oranla anlaşma oranların düşmesinden kaynaklanan problemlerdir. Arabuluculuk sürecinde arzu edilen ve ideal olan sürecin

[16] <https://arader.net/2020/04/14/ise-iade-davasinda-arbuluculuk-tutanaginini-surelere-etkisi/> (Erişim Tarihi: 31.07.2021).

[17] Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi arabuluculuk sürecini ve kalitesini olumlu yönde etkileyecektir; Bkz. Bayraktar, s. 164.

[18] Christopher Moore W, *Arbuluculuk Süreci, Anlaşmazlık Çözümünde Pratik Stratejiler - The Mediation Process Practical Strategies for Resolving Conflicy*, (çeviri ed. Tarkan Kaçmaz ve Abbas Türnüklü), Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara 2016, s. 223; Alper Bulur, “6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması”, *Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan*, C. 1, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 507.

anlaşmayla sona ermesidir.^[19] Yapılan araştırmalar, sürecin yönetiminde ve elde edilen sonuçta iletişimin belirgin bir fark yarattığını ortaya çıkarmıştır.^[20] Bunun sağlanabilmesi için arabuluculukta, tarafların kendilerini ifade edebilecekleri, duygu ve düşüncelerini rahatça açığa vurabilecekleri bir ortamın yaratılmasının önemi büyüktür.^[21]

Arabuluculuk iletişim üzerine kurulu bir süreçtir. Arabulucunun en önemli görevlerinden biri taraflar arasında iletişimin sağlıklı bir biçimde gerçekleştirilmesidir.^[22] HUAK m. 2 hükmünün gerekçesinde de belirtildiği gibi arabuluculuk, uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları konuşmak ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren birbirlerini anlamalarını ve bu suretle kendi çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarındaki iletişimi kolaylaştıran bir çözüm yöntemidir. Bu yöntemde arabulucu, taraflar arasında iletişim kurarak, bir diyalog sürecinin işlerlik kazanmasına ve bunun canlı tutulmasına katkı sunar, özgür ve rahat bir müzakere ortamı yaratılmasına yardımcı olur.^[23] Tarafların yüz yüze olarak bir araya gelmediği bir süreçte arabulucunun, arabulucunun taraflar arasında rahat ve özgür

[19] Süha Tanrıver, “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, *TBB Dergisi*, S. 147, 2020; s. 129. Arabuluculuk sonucunda anlaşmaya varılması, mahkemelerin meşgul edilmemesi ve böylece arabuluculuğun taraflar için mahkemedeki ihtilafa nazaran daha ucuz ve daha hızlı bir çözüm yolu olmasını sağlamaktadır. Bkz. Evrim Erişir, “Arabuluculuk Müessesinin Anayasa’ya Uygunluğuna ve Devlet Yargısına Nazaran Öncelik Verilmeye Değer Olduğuna İlişkin 14.2.2007 Tarihli Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, C. 11, Özel Sayı, 2009, s. 232; Yılmaz, s. 1278; İngiltere’de arabuluculuk çözüm yolunun başarı oranı %80 olarak bulunmuştur; Bkz. Bkz. Özge Aksu Grund, Ticari ve Hukuki Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu ile Çözümünde İngiltere Örneği Merkezinde Bir Değerlendirme, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, C. 8, S. 95-96, 2012, s. 183.

[20] Elif Kısmet Kekeç, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde, Temel Aşamalar ve Taktikler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 240

[21] Kekeç, s. 251.

[22] Kekeç, s. 245. HUAK m. 8 hükmünün gerekçesinde de sağlıklı iletişimin arabuluculuk yönteminin temelinde yatan anlayışı ifade ettiği vurgulanmıştır; Bkz. Muktedir Lale, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 41.

[23] Tanrıver, s. 126.

bir müzakere ortamı yaratması, tarafların duygu ve düşüncelerini ortaya çıkarması ve sürecin anlaşmayla sona ermesi güçleşmektedir.^[24]

Bir uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözümünün başarısı sadece ve öncelikli olarak bu uyuşmazlığın hukuki yapısının dikkate alınmasını değil aynı zamanda tarafları engelleyen sosyo-psikolojik gerilimlerin de göz önünde bulundurulmasını gerektirir.^[25] Özellikle taraflar arasında farklı psikolojik ön yargıların olduğu vakılarda somut ihtilafın çözümü arabulucunun aktif bir rol üstlenmesini gerekli kılar. Bu gibi durumlarda arabulucunun tarafların ön yargılarından kurtulmasını sağlamak ve içinde buldukları durumu anlayabilmek için onları ikna ve telkin etmesi gerekir.^[26] Arabulucunun, tarafların bir arada bulunmadığı bir ortamda bunu gerçekleştirmesi son derece güçtür. Oysa tarafların bir arada bulunduğu ve arabulucuya yaklaştığı durumlarda, anlaşmazlığın ortaklaşa çözümü yönünde önemli bir psikolojik adım atılmış olur.^[27]

Telekonferans yönteminde karşılaşılan bir diğer önemli problem de gizlilik ihlalidir. Arabuluculuğun temel ilkelerinden biri gizlilik olduğundan bu husus Kanun'da özel olarak düzenlenmiş ve sürecin hem arabulucu hem

[24] Arabuluculuk Daire Başkanlığı konuyla ilgili 2-3-4-5 Mart 2021 tarihli duyurusu “6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 2. maddesi arabuluculuğu; Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi şeklinde tanımlamıştır. Arabuluculukta uyuşmazlıklarının çözümü için tarafların yüz yüze getirilmesi ve bir masa etrafında görüşmelerinin sağlanması esastır. Arabuluculuk görüşmelerinin telekonferans yöntemiyle yapılması istisnai bir durum olmakla, esas olanın tarafların karşılıklı olarak müzakere masası etrafında bir araya gelmesidir. Bu itibarla, arabulucularımızın, 02.03.2021 tarihi itibarıyla ülkemizde kontrollü normalleşme sürecine geçildiği hususunu göz önünde bulundurarak, taraflardan herhangi birinin Covid testinin pozitif çıkması veya temaslı kişilerden olması durumları hariç yüz yüze görüşme yapılmasının sağlanması gerektiği arabulucularımıza önemle duyurulur.” şeklindedir.

[25] Erişir, s. 233.

[26] Seda Özmumcu, “Arabulucunun Rolü, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk”, *Prof. Dr. Füsün Sokullu- Akıncı'ya Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2. Cilt, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 1388.

[27] Moore, s. 219.

de görüşmeye katılan diğer kişiler için gizli olduğu hükme bağlanmıştır. HUAK m. 4 hükmüne göre, “Tarafarca aksi kararlaştırılmadıkça arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar.”^[28] Kanun’da düzenlenen gizlilik kuralının yaptırımını 33. maddede gizliliği ihlal suçu olarak tanımlanmıştır.^[29]

Arabuluculuk kurumunun çözüm yöntemi olarak başarısı gizlilik ilkesinin titiz bir biçimde uygulanmasına bağlıdır. Nitekim taraflar da arabuluculuğu, bu süreçte sunulan bilgi ve belgeler ile müzakere edilen konuların gizli kalacağına inandıkları için tercih etmektedirler.^[30]

Gizlilik özelliği arabuluculuğu kural olarak aleni olan mahkeme sürecinden ayıran en önemli özellik olup süreç içerisinde ortaya koydukları bilgi, belge veya ticari sırlarının açığa çıkmasını istemeyen taraflar için çok önemli bir güvencedir.^[31] Bu nedenle arabuluculuk çözüm sürecinde gizliliğin korunması çok önemlidir.

Telekonferans yönteminin tercih edildiği durumlarda, gerek taraflar gerekse ve görüşmeye katılan kişiler için gizliliğin korunması son derece güçtür.^[32] Her ne kadar Kanun’da gizlilik ilkesi mutlak bir ilke olarak

[28] Özbek, s. 1244. Pekcanitez, s. 2819; Bulur, s. 506; Yakut, s. 45; Uysal, s. 935.

[29] Özbek, s. 1246; HUAK m. 33/I hükmüne göre, “Bu Kanunun 4. maddesindeki yükümlülüğe aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklindeki hükümlerle ilgili gizlilik kuralının bu denli ağır yaptırımlara bağlı olmasının kabul edilebilir hiçbir gerekçesinin olmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa’nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülerek yapılan bir başvuru Anayasa Mahkemesi’nce reddedilmiştir. Bkz. Lale, s. 128.

[30] Yasemin Işıktaç, “Türk Arabuluculuğunda Etik Model ve Etik İnkilemler”, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I*, Sümer Kitabevi, İstanbul 2014, s. 63-64; Ulukapı/Kıyak, s. 1659; Bunun yanı sıra, arabuluculuğun dava yoluna nazaran daha az masraflı oluşu ve gönüllülük esasına dayanması da tercih nedenlerindedir. Bkz. Aksu Grund, s. 183.

[31] Bayraktar, s. 157.

[32] Arabuluculuk Daire Başkanlığı konuyla ilgili 8 Temmuz 2021 tarihli duyurusu şu şekildedir: “Hukuk Arabuluculukta uyuşmazlıkların çözümü için tarafların yüz yüze

düzenlenmeyip tarafların aksini kararlaştırabilecekleri düzenlense de bunun için arabulucunun tarafların yazılı onaylarını alması gerekir ki telekonferans yönteminin kullanıldığı durumlarda bunun uygulanması da başka problemleri beraberinde getirecektir.

Yukarıda da ifade edildiği gibi 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu uyarınca ihtiyari arabuluculuk kurumu hukuk düzenimizde yer almakla birlikte madde 7036 sayılı Kanunu'nun 3. maddesi ile, "dava şartı olarak arabuluculuk" kurumu hukukumuzda girmiştir. Bu hükme göre, Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.^[33] Maddenin, 12. fıkrası ihtiyari arabuluculuk ile dava şartı arabuluculuk arasında önemli bir farkı da düzenlemektedir. Söz konusu fıkraya göre "Taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan taraf, son tutanakta belirtilir ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulur. Ayrıca bu taraf lehine vekalet ücretine hükmedilmez. Her iki tarafın da ilk toplantıya katılmaması sebebiyle sona eren arabuluculuk

getirilmesi ve bir masa etrafında 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun 2'nci maddesi arabuluculuğu; Sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi şeklinde tanımlanmıştır. Arabuluculukta uyuşmazlıklarının çözümü için tarafların yüz yüze getirilmesi ve bir masa etrafında görüşmelerinin sağlanması esastır. Arabuluculuk görüşmelerinin telekonferans yöntemiyle yapılması istisnai bir durum olmakla, esas olanın tarafların karşılıklı olarak müzakere masası etrafında bir araya gelmesidir. Bu itibarla, arabulucularımızın, 02.03.2021 tarihi itibarıyla ülkemizde kontrollü normalleşme sürecine geçildiği hususunu göz önünde bulundurarak, taraflardan herhangi birinin Covid testinin pozitif çıkması veya temaslı kişilerden olması durumları hariç yüz yüze görüşme yapılmasının sağlanması gerektiği arabulucularımıza önemle duyurulur." Bkz. <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/872021160502telekonferans.pdf>

[33] Hükümün ilk fıkrasının madde gerekçesinde, "6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu uyarınca ihtiyari arabuluculuk kurumu hukuk düzenimizde yer almakla birlikte madde ile, "dava şartı olarak arabuluculuk" kurumu ilk defa hukukumuzda girmekte ve maddede yer alan uyuşmazlıklarda dava açmadan önce arabulucuya başvurulması bir zorunluluk olarak öngörülmektedir." denilmektedir.

faaliyeti üzerine açılacak davalarda tarafların yaptıkları yargılama giderleri kendi üzerlerinde bırakılır.”^[34]

- [34] Söz konusu fıkranın madde gerekçesine göre, “Maddenin onikinci fıkrasında, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birisi olan “dava şartı olarak arabuluculuk” kurumunun işlemlerini sağlamak için öngörülen önemli bir müesseseye düzenlenmektedir. Bu müesseseden amaç, işçi ve işveren tarafın bir masa etrafında biraraya gelmesi, aralarındaki uyuşmazlığı müzakere etmesi ve ortak bir sonuç ve karara varmaları için gerekli ortamın hazırlanmasıdır. Davet edilen tarafın kendisini haklı görerek ve uyuşmazlık mahkemeye intikal ettiğinde haklı çıkacağını hesap ederek masaya ve görüşmelere gelmekten kaçınması, bu müessesenin işlerliğini azaltacak ve umulan sosyal menfaatin elde edilememesine sebep olacaktır. Arabuluculuk kurumunun geliştiği ülkelerde kendini haklı görerek müzakere masasına gelmeyen tarafa bazı müeyyideler getirilerek arabuluculuk kurumu teşvik edilmiş ve desteklenmiştir. Bu kapsamda onikinci fıkra ile, geçerli bir mazeret göstermeksizin arabuluculuk görüşmelerine katılmayan tarafın son tutanakta belirtileceği ve bu tarafın, davada lehine karar verilmiş olsa bile, yargılama giderinin tamamını ödemeye mahkûm edileceği hükme bağlanmaktadır. Ayrıca bu taraf lehine vekalet ücretine de hükmedilmeyecektir. Örneğin; arabuluculuk sürecine geçerli bir mazeret göstermeksizin katılmayan işveren, davada haklı çıksa bile, yargılama giderlerinin tamamını ödemek zorunda kalacak ve davayı kazandığı halde vekalet ücreti alamayacaktır. Belirtilmelidir ki arabuluculuk faaliyetini sona erdiren ilk sebep taraflara ulaşılabilmesi olup bu seçenek gerçekleşmişse onikinci fıkrada düzenlenen müeyyide uygulanamaz. İkinci sebep taraflara ulaşılması akabinde tarafların masaya gelmeleri, görüşmelerin yapılması ve görüşmeler sonunda anlaşmaya varılması ya da varılamaması halleridir ki bu hallerde de onikinci fıkra hükmü uygulanamaz. Üçüncü sebep taraflara ulaşıldığı halde tarafların geçerli bir mazeret bildirmeksizin görüşmelere katılmamalarıdır. Onikinci fıkra bu üçüncü sebep gerçekleştiğinde uygulanacaktır. Hangi mazeretin geçerli olduğu ilk etapta arabulucu tarafından her somut olayda tespit edilecek, son tutanakta taraflara ulaşımla şekli ile toplantı gününün bildirilişi, toplantının yapılması konusunda mutabık kalındığı, buna ilişkin belgelerle ortaya konulacaktır. Buna rağmen taraflardan herhangi birinin veya ikisinin geçerli bir mazeret göstermeksizin toplantıya katılmaması sebebiyle faaliyetin sona erdirilmesi gerekecektir. Bu uyuşmazlık mahkemeye intikal ettiğinde ilk etapta arabulucu tarafından ortaya konan durum mahkemece denetlenecek ve ileri sürülmüşse mazeretin geçerliliği konusunda nihai karar mahkeme tarafından verilecektir. Arabulucu tarafından geçersiz görülen mazeretin mahkeme tarafından geçerli görülmesi halinde uyuşmazlık yeniden arabulucuya gönderilmemeli ve mahkeme tarafından sonuçlandırılmalıdır. Ancak bu durumda onikinci fıkrada öngörülen yaptırım uygulanmamalıdır. Benzer düzenleme, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun “Dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle yargılama giderlerinden sorumluluk” başlıklı 327. maddesinde de söz konusudur.” <https://>

Arabuluculuk sürecinin temel ilkelerinden biri ve belki de en önemlisi gönüllülük ilkesidir. Bu ilkeye göre, taraflar, sürece başvuru, sürecin devam ettirilmesi ve süreç sonunda bir anlaşmaya varılıp varılmaması konusunda serbesttirler. Gönüllülük ilkesi, arabuluculuk sürecinin taraflardan birinin isteği üzerine sonlandırılması halinde her iki tarafta bu nedenle bir külfete katlanmak zorunda kalmazsa, bir anlam ifade eder.^[35] Zira iradi olmada en önemli unsur, tarafların süreci diledikleri zaman terk edebilmeleridir. Ancak 7036 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 12. fıkrası ile arabuluculuğun gönüllülük ilkesine önemli bir istisna getirilmiştir.^[36] Buna göre, geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmayan taraf, davada haklı çıksa bile, yargılama giderlerinin tamamını ödemek zorunda kalacak ve davayı kazandığı halde vekalet ücreti alamayacaktır. Aynı hüküm 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18A maddesinin 11'nci fıkrasına da konularak tüm dava şartı arabuluculuk türleri için genel yaptırım hükmü haline gelmiştir. Burada, ortaya çıkması olası sorunlardan biri arabulucunun yüz yüze toplantı talep ettiği bir durumda, taraflardan biri, toplantıya doğrudan katılır diğer taraf ise mazeret göstermeksizin telekonferans ile toplantıya katılma talebinde bulunur ve bu talebi arabulucu tarafından kabul edilmezse, toplantıya katılmayan tarafın, davada haklı çıksa bile yargılama giderinin tamamından sorumlu tutulup tutulmayacağıdır. Kanaatimizce, HUAK m. 15/2 ve 15/3 hükümlerine göre, usul belirlendikten sonra, bu usule uygun olarak ilk oturum toplantısına katılmayan taraf 6325 sayılı HUAK m. 18A/11 ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 3/12'de belirlenen yaptırıma maruz kalacaktır. Ancak arabulucu tarafından usul belirlenirken arabuluculuğun temel ilkeleri olan tarafsızlık ve eşitlik ilkesine uygun davranılmalıdır.^[37] Örneğin, arabulucu, tarafların geçerli mazeretle-

mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=211767&pkannunnumarasi=7036

[35] *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, s. 46-47.

[36] Tanrıver, s. 113 ; Selcan Peksan/Meltem Delen/Sayım Yorgun, "İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Uygulaması ve Arabulucuların Görüşlerine İlişkin Bir Araştırma", *Çalışma ve Toplum*, 2020/1, s. 323; Resul Kurt, İş Yargısında Arabuluculuk, s.427; Elif Kılınç, "İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuğun Takip Hukukuna Etkileri", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 12(2), 2021, s. 468.

[37] *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, s. 51-53.

rinin olmadığı bir durumda, bir taraf için telekonferans yöntemini kabul ederken diğer taraf için yüz yüze toplantı yapılmasında ısrar etmemelidir.

Anayasa Mahkemesi, dava şartı arabuluculukta, ilk toplantıya katılmama-
nın yaptırımını düzenleyen 7036 sayılı Kanun m. 3/12 hükmünün iptaline
ilişkin soyut norm denetimi yoluyla açılan bir davayı, dava şartı olarak ara-
buluculuk kurumunun işlerliğini sağlamayı amaçlayan iptal istemine konu
kuralın hak arama hürriyetinin özüne dokunan bir nitelik taşımadığı ve
ölçüsüz bir sınırlama olmadığı açıklar.” şeklinde bir gerekçeyle reddetmiştir.^[38]

[38] Anayasa Mahkemesi, ret kararının gerekçesinde, “ 7036 sayılı Kanun’un 3. maddesinin (12) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde taraflardan birinin geçerli bir mazeret göstermeksizin ilk toplantıya katılmaması sebebiyle arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi durumunda toplantıya katılmayan tarafın son tutanakta belirtileceği ve bu taraf davada kısmen veya tamamen haklı çıkarsa bile yargılama giderlerinin tamamından sorumlu tutulacağı öngörülmüş olup cümlede yer alan “ *...yargılama giderlerinin tamamından sorumlu tutulur*” ibaresi iptali istenen kuralı oluşturmaktadır. Genel anlamda bir davanın görülmesi ve sonuçlandırılması için yapılan masrafların tamamını ifade eden yargılama giderlerinin davada haksız çıkan tarafa yükletilmesi hukuki korunma istediğinde haklı çıkmanın doğal bir sonucudur. Ancak bu durum mutlak olmayıp iyi niyet veya dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden bazı durumlarda davada haklı çıkan tarafın da yargılama giderlerini ödemekle yükümlü kılınabileceği kabul edilmektedir. İptali istenen kural da yargılama masraflarının davada haksız çıkan tarafa yükletilmesi şeklindeki temel kuralın istisnalarından birini teşkil edebilecek niteliktedir. Kuralın gerekçesi dikkate alındığında tarafların arabuluculuk daveti üzerine dürüstlük kuralları çerçevesinde ilk toplantıya katılarak bir araya gelmeleriyle ve aralarındaki uyuşmazlığı müzakere etmeleriyle amaçlananın ortak bir sonuç ve karara varmaları için gerekli ortamın hazırlanması olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca kural mazeret nedeniyle ilk toplantıya katılmama durumunu kapsam dışında tuttuğundan, sadece keyfi bir şekilde arabuluculuk sürecini sekteye uğratabilecek davranışları engellemeyi hedeflemektedir. İptali istenen kuralın da bu nedenle arabuluculuğun ilk toplantısına katılım yönünde gösterilen iyi niyetli çabayı esas alarak yargılama giderlerinin kime yükletileceğini belirlediği görülmektedir. Bu yönüyle kuralla uzun ve maliyetli yargılama süreçlerine maruz kalınmaksızın arabuluculuk yoluyla çözülebilecek bir meseleyi baştan reddederek uyuşmazlığın çözümünün gecikmesine ve gereksiz giderler yapılmasına neden olan tarafın bu davranışına yargılama giderlerinden sorumlu tutulma sonucunun bağlanarak arabuluculuk kurumuna işlerlik kazandırılmak istendiği anlaşılmaktadır. Anılan amaç uyuşmazlıkların en kısa sürede ve en az masrafla sonuçlandırılması biçimindeki anayasal ilkeyle uyumlu olup kuralın bu amaca ulaşma yönünden gerekli, elverişli ve orantılı olmadığı söylenemez. Öte yandan geçerli bir mazeret göstermeksizin arabuluculuğun ilk toplantısına katılmama hâli yalnızca açılacak davada arabuluculuk ücreti de dâhil tüm yargılama giderlerinden

SONUÇ VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Telekonferans yönteminin uygulanmasına ilişkin kanunda açık bir düzenleme veya yasaklama bulunmamakla birlikte Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nde arabulucunun, tarafların her biri ile ayrı ayrı veya birlikte görüşebileceği ve bu amaçla her türlü iletişim aracını kullanabileceği düzenlenmiştir (HUAKY m. 10/1). Bu kapsamda arabulucu müzakereleri görüntülü veya sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle yürütebilir. Telekonferans yönteminin tercih edilmesinin, pandemi döneminde bulaş riskini ortadan kaldırmasının yanı sıra özellikle büyükşehirlerde taraf veya taraf vekillerinin ulaşımında zaman kaybetmesinin önlenmesi, iş ve tüketici hukuku gibi sosyal içerikli sözleşmelerin zayıf tarafını oluşturan işçi ve tüketicinin başka şehirden başvuru yapması halinde, bu kişileri ayrıca seyahat ve konaklama masrafı ödemekten kurtarması gibi avantajları da vardır.

Bu avantajlarına karşın, telekonferans yönteminin arabuluculuk sürecini gizlilik ve güvenirliliğini olumsuz etkilemesi ve sürecin anlaşmayla sona erme ihtimalini düşürmesi gibi zaafı da bulunmaktadır.

Hukuk yargılamalarında dahi e-Duruşma sistemine geçilen bir süreçte arabuluculuk görüşmelerinin yüz yüze yapılmasında ısrar edilmesi günümüzün teknolojik imkanları ve arabuluculuğun esnek yapısıyla bağdaşmaz.^[39] Ancak yüz yüze gerçekleştirilmeyen arabuluculuk görüşmelerinde sadece ses ile yetinilmemeli, toplantılar aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla e-Toplantı tarzında gerçekleştirilmelidir. E-Toplantı yoluyla yapılan arabuluculuk görüşmeleri tarafların yüz ifadelerini, vücut hareketlerini, tavır ve davranışlarını gözlemlemeye; ses, ilgilinin duygularını anlamaya, söylediklerini anlaşılır ve net şekilde dinlemeye imkân verecek nitelikte olmalıdır.

sorumluluk sonucunu doğurmakta olup ilk toplantıya mazeretsiz katılmayan tarafın yargı yoluna başvurmasına engel bir durum bulunmamaktadır. Bu yönleriyle dava şartı olarak arabuluculuk kurumunun işlerliğini sağlamayı amaçlayan iptal istemine konu kuralın hak arama hürriyetinin özüne dokunan bir nitelik taşımadığı ve ölçüsüz bir sınırlama olmadığı açıktır. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir." görüşüne yer vermiştir.

[39] Bkz. 30.06.2021 tarih ve 31527 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik.

Tarafların veya vekillerinin aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden, arabuluculuk görüşmelerine katılmalarına ilişkin usul ve esaslar hakkında hukuki düzenleme yapılmalı ve teknik alt yapı sağlanmalıdır. Yapılacak hukuki düzenlemede, e-Toplantı şeklinde icra edilecek arabuluculuk görüşmelerin yüz yüze yapılan görüşmeler ile aynı hukuki sonucu doğuracağına yer verilmelidir. E-Toplantı yapılacak yerler ve bunların standartları, e-Toplantı sistemi yoluyla yapılan görüşmelerde tutanak ve belgelerin güvenli elektronik imza ile imzalanmasına ve bu bunların elektronik ortamda gönderilmesine ilişkin esaslar düzenlenmelidir.^[40]

E-Toplantı yöntemiyle yapılan arabuluculuk süreci, taraflarca, yargılama sürecinin bir ön aşaması ve usulü bir işlem olarak görülmemelidir. Bu yöntemin sağladığı zamandan tasarruf, daha çok sayıda özel ve ortak toplantı yapma fırsatı olarak görülmeli, bu toplantılarda arabulucu, tarafların birbirlerine ve arabulucuya güvenmelerini ve kendilerini güven içinde hissetmelerini sağlanmalıdır.

Arabuluculuğun hukuk yargılaması ile karşılaştırıldığında, en olumlu özelliklerinden biri gizliliklidir. Arabuluculuk sürecinde güvenin tesisi edilmesi için sürecin gizli yürütülmesi ve tarafların bu süreçte ortaya koydukları beyan, bilgi ve belgelerin gizli kalması ve bunların arabuluculuk süreci sonunda kullanılmayacağına güvence altına alınması gerekir. E-Toplantı yoluyla yapılan arabuluculuk görüşmelerinin, sürecin gizlilik ve güvenilirliğine

[40] Arabuluculuk Daire Başkanlığı'nın telekonferans yöntemine hangi şartlarda nerede ve hangi şartlarda yapılacağına ilişkin 9 Temmuz 2021 tarihli duyurusu şu şekildedir: "Arabuluculukta uyuşmazlıkların çözümü için tarafların yüz yüze getirilmesi ve bir masa etrafında görüşmelerinin sağlanması esastır. Ancak, telekonferansla arabuluculuk görüşmelerine katılımın zaruri olduğu durumlarda, vekille temsilin sağlandığı dosyalar için vekilin arabuluculuk toplantısına, avukatlık bürosundan, baro tarafından bu amaç için belirlenen bölümden, adliye de bu amaca tahsis edilen yerden veya arabuluculuk müzakerelerinin sağlıklı bir şekilde yürütülebileceği bir yerden, telekonferans yöntemiyle katılımının sağlanması, asilin bizzat katılımının sağlandığı dosyalar için her türlü etki ve yönlendirmeden uzak, arabuluculuk müzakerelerinin sağlıklı bir şekilde yürütülebileceği bir yerden asilin telekonferans yöntemiyle toplantıya katılımının sağlanması, gerekmektedir. Asil ve vekillerinin belirtilen niteliklere sahip yerlerden telekonferans yöntemiyle toplantıya katılımlarının sağlanması, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununun gizliliğe ilişkin 4. maddesinde düzenlenen hükümler açısından da zorunluluk arz etmektedir." Bkz. <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/972021142013telekonferans1.pdf>

ilişkin yaratacağı zaafı önleyecek tedbirler hem mevzuat hem de uygulama bağlamında alınmalıdır.

Arabulucu, arabuluculuk görüşmelerinin telekonferans yoluyla mı yoksa yüz yüze mi yapılacağı hususunda usulü belirlerken, tarafsızlık ve eşitlik ilkesine uygun davranmalı ve dava şartı arabuluculukta, belirlenen usule uygun olarak ilk toplantıya katılmamanın yaptırımını konusunda (6325 sayılı HUAK m. 18A/11 ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 3/12) tarafları aydınlatmalıdır.

KAYNAKÇA

- AKİL, Cenk, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Kapsamı”, *Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan*, C. 1, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 75-135.
- BAYRAKTAR, Muratcan, “Alman ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 89; S. 2015/4, s. 151-171.
- BUDAK, Ali Cem, “Ticari Davalarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk”, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, C. 15; S. 42, 2019/1, s. 25-40.
- BULUR, Alper, “6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması”, *Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan*, C. 1, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 499-514.
- Dünyada Arabuluculuk Uygulamaları Konferansı (Mediation Practices Around The World Conference)*, TBB Yayınları, Ankara 2011, s. 17-68.
- ENER, Mustafa Alper, “Singapur Konvansiyonu: Arabuluculuk Anlaşmaların Newyork Konvansiyonu”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIII, S. 4, Ankara 2019.
- ERİŞİR, Evrim, “Arabuluculuk Müessesinin Anayasa’ya Uygunluğuna ve Devlet Yargısına Nazaran Öncelik Verilmeye Değer Olduğuna İlişkin 14.2.2007 Tarihli Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, C. 11, Özel Sayı, 2009, s. 225-235.
- İŞIKTAÇ, Yasemin “Türk Arabuluculuğunda Etik Model ve Etik İkilemler”, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I*, Sümer Kitabevi, İstanbul 2014, s. 53-76.
- KEKEÇ, Elif Kısmet, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde, Temel Aşamalar ve Taktikler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- KILINÇ, Elif, “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuğun Takip Hukukuna Etkileri”, *İnönü Üniversitesi Dergisi*, S. 12(2), 2021, s. 466-480.
- KOCAOĞLU, Mehmet, *Türk İş Hukukunda Arabuluculuk*, TÜHİS, Ankara 1999.

- KOÇ, Evren, “Arabuluculuk Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Tespitler”, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I*, Sümer Kitabevi, İstanbul 2014, s. 43-51.
- KURT, Resul “İş Yargısında Arabuluculuk”, *TBB Dergisi*, S. 135, 2018, s. 405-444.
- LALE, Muktedir, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- MOORE, W. Christopher, *Arabuluculuk Süreci, Anlaşmazlık Çözümünde Pratik Stratejiler - The Mediation Process Practical Strategies for Resolving Conflicy*, (çev. editörü Tarkan Kaçmaz ve Abbas Türnüklü), Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara 2016.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- ÖZGE AKSU, Grund, Ticari ve Hukuki Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu ile Çözümünde İngiltere Örneği Merkezinde Bir Değerlendirme, *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, C. 8, S. 95-96, 2012, s. 225-235.
- ÖZMUMCU, Seda, “Arabulucunun Rolü, Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk”, *Prof. Dr. Füsun Sokullu- Akıncı’ya Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 2. Cilt*, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 1369-1390.
- ÖZMUMCU, Semra, “Arabuluculuğun Doğuşu ve Gelişmelerine Genel Bir Bakış- Türk Arabuluculuğunda Etik Model ve Etik İkilemler”, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I*, Sümer Kitabevi, İstanbul 2014, s. 33-42.
- PEKCANITEZ, Hakan, *Medeni Usul Hukuku*, C. 3, XII Levha Yayınları, İstanbul 2017.
- PEKSAN, Selcan /DELEN, Meltem /YORGUN, Sayım, “İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Uygulaması ve Arabulucuların Görüşlerine İlişkin Bir Araştırma”, *Çalışma ve Toplum*, 2020/1, s. 321-346.
- TANRIVER, Süha “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, *TBB Dergisi*, S. 147, 2020; s. 111-142.

Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü
Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Altan Özyurt Matbaacılık, Ankara,
2017.

ULUKAPI Ömer/KIYAK Emre, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk
Kanunu ile Model Etik Uygulama Kuralları Çerçevesinde
Arabuluculuk Yöntemi ve Sürecin İşleyişi”, *Prof. Dr. Ramazan
Arslan’a Armağan*, C. 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

UYSAL, Merve, “Alman ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında, Arabuluculuğun
Tanımı Türleri ve Zorunlu Arabuluculuk”, *Medeni Usul ve İcra
İflas Hukuku Dergisi*, C. 15, S. 44, 2019/3, s. 885-960.

YAKUT, Bahadır, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk”,
Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S.67-68, 2010, s. 35-63.

YEŞİLIRMAK, Ali, *Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının
İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Çözümünde Doğrudan
Görüşme, Arabuluculuk, Hakem- Bilirkişilik ve Tahkim Sorunlar
ve Çözüm Önerileri*, XII Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2011.

YILMAZ, Ejder, “Arabuluculuğun Yasa ile Düzenlenmesi”, *Prof. Dr. Tuğrul
Arat’a Armağan*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://arader.net/2020/04/14/ise-iade-davasinda-arabuluculuk-tutanagininsurelere-etkisi/> (Erişim Tarihi: 31.07.2021).

<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/ankara-bam6-hd-e-2019-4092-k-2020-304-t-4-2-2020> (Erişim Tarihi: 31.07.2021).

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2018/82?EsasNo=2017%2F178>

<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarn o=211767&pkanunnumarasi=7036>

NÜFUZ TİCARETİ SUÇU (TCK m.255)

Özgür ÇAKIN*

Makalenin Geliş Tarihi: 01.11.2021 **Kabul Tarihi:** 23.02.2022

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

DOI [10.30915/abd.1090752](https://doi.org/10.30915/abd.1090752)

* Arş. Gör. / Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı. <https://orcid.org/0000-0002-0449-8622>

NÜFUZ TİCARETİ SUÇU (TCK m.255)

ÖZ

TCK m. 255’de düzenlenen suçun adı yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama iken yapılan kanuni değişiklik ile nüfuz ticareti olmuş ve suçun unsurlarında ve yapısında birçok esaslı değişikliğe gidilmiştir. Bu bağlamda suç, özgü suç niteliğini taşıırken, herkes tarafından işlenebilen bir suç haline getirilmiş ve suçun özel görünüş biçimleri konusunda da genel hükümlere gidilmesine gerek kalmadan özel birtakım düzenlemeler yapılmıştır. Değişiklikten önce TCK m. 158/2’de düzenlenen nitelikli dolandırıcılık halinin, nüfuz ticaretinin bir formu olduğu madde gerekçesinde de açıkça ifade edilmişti. Bu iki suçun ayrı ayrı düzenlenmesi yerine birleştirilerek yeniden formüle edilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Makalede nüfuz ticareti suçu incelenecek ve çok benzer olan nüfuz dolandırıcılığı suçu ile farkları ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Nüfuz Ticareti

Nüfuz Dolandırıcılığı

Menfaat

Kamu Görevlisi

Kamu İdaresi

THE CRIME OF TRADING IN INFLUENCE (TCK m.255)

ABSTRACT

While the name of the crime regulated in TCK 255 was benefiting for a job for which it was not authorized, it has changed as trade of influence by a legal amendment and many fundamental changes were made in the elements and structure of the crime. In this context, while the crime has the characteristic of a perpetrator specific crime, it has been made a crime that can be committed by everyone and some special regulations have been made about the special appearance forms of the crime without the need for general provisions. Before the amendment, it was also clearly stated in the text justification that the aggravated fraud regulated in 158/2 was a kind of trade in influence. We think that these two crimes should be reformulated by combining them instead of arranging them separately. In this article, the crime of trading in influence will be examined and its differences with the crime of influence fraud, which are very similar, will be tried to be revealed.

Keywords

Trading in Influence

Influence Fraud

Benefit

Public Officer

Public Administration

GİRİŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 255’de düzenlenen suçun adı “*yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama*” iken, 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle “*nüfuz ticareti*” olmuş ve madde metni de içerik olarak esaslı bir değişikliğe uğramıştır. Değişiklikten sonra suçun yapısı da önemli ölçüde kamu idaresine karşı işlenen temel bazı suçlara paralel olarak düzenlenmiştir.

Nüfuz kelimesi sözlükte “*söz geçirme, güçlü olma, erk*” manasına gelir.^[1] Konumuz açısından ise nüfuz bir kimsenin başka bir kimse üzerinde hatırı olduğundan, sözü geçtiğinden veya herhangi başka bir sebeple bir etkisi bulunması ve bu etkisini kullanarak eyleme geçirebilme, bir işi hallettirebilme yeteneğidir. Ticaret ise kazanç sağlamak amacıyla yapılan alım satım etkinliği olarak tanımlanmaktadır.^[2] Kanun koyucu da nüfuzun kamu görevlisi üzerinde olması ve bunun kazanç sağlamak amacıyla alım satıma konu edilmesini ceza normuyla yasaklamış ve yaptırım öngörmüştür. Bu bağlamda nüfuz ticaretini, usulsüz veya yasal olmayan bir menfaat elde etmek için, özellikle karar verici kamu görevlileri üzerinde bulunan nüfuzunu bir başkası (kişi, kurum veya devlet) için kullanma şeklinde tanımlayabiliriz.^[3]

Toplumda nüfuz ticareti suçunun anti-sosyallik bilincinin oldukça az olduğu gözlemlenmektedir. Çok işlenen veya işlenmeye çalışılan bir suç olduğu halde ortaya çıkma veya tespit edilme oranı düşüktür.^[4] Ancak bu durum sadece ülkemize özgü de değildir. Gelişmekte olan bazı Asya

[1] <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 01.11.2021).

[2] <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 01.11.2021).

[3] SLINGERLAND Willeke, “Trading In Influence: Corruption Revisited”, *EGPA Study Group on Ethics and Integrity of Governance*, Toulouse, 8-10 September 2010, s. 2, Erişim Adresi: https://www.law.kuleuven.be/integriteit/egpa/egpa2010/slingerland_trading-in-influence.pdf. (Erişim Tarihi: 26.10.2021).

[4] EREM Faruk, “Nüfuz Ticareti”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 1956, S. 6, s.365. Gerçekten 2020 yılında hazırlanan adli istatistiklere göre Kamu İdaresinin Güvenirliği ve İşleyişine Karşı Suçların tüm suçlar arasındaki oranı açılan dosya sayısı bakımından %2,2, verilen karar bakımından da %2,1’dir. Bu oranın içinde ilgili bölümdeki tüm suçların olduğu düşünüldüğünde nüfuz ticareti suçunun oldukça az bir orana sahip olduğu tahmin edilebilir. İlgili istatistik belgesi için bkz. Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Adli İstatistikler 2020, Ankara Hizmete Özel, s. 52. İnternet erişim

ülkelerinde nüfuz ticareti fiillerinin suç olarak düzenlenmediği, dahası bu tarz fiillerin suç olarak bile görülmediği ve çoğunlukla cezasız kaldığı görülmektedir.^[5] Bunun yanında Avrupa Konseyi Yolsuzluklara Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'nin nüfuz ticaretinin düzenlendiği 12. maddesine taraf devletlerin yaklaşık dörtte biri, suç haline getirme konusunda çeşitli gerekçelerle çekince koymuşlardır.^[6] Buna rağmen Türkiye, yapılan kanuni değişiklikle GRECO'nun (Yolsuzluğa Karşı Devletler Grubu) tavsiyesine uyarak, nüfuz ticaretini müstakil bir suç haline getirmiştir. Yeni haliyle suçun çok failli bir suç olması ve her iki tarafın fiilinin de cezalandırılması, suçun ortaya çıkmasını ve cezalandırılmasını engelleyen etkenlerden birisi olmuştur. Bu suçun genellikle, konu itibariyle üçüncü kişi konumunda kalan ve üzerinde nüfuz olduğu bahsedilen kamu görevlisinin çabaları sonucu ortaya çıkması muhtemeldir.^[7]

Bunun yanında nüfuz ticareti suçunun işlenmesinin nedenleri de önleyici tedbirler bakımından son derece önemlidir. Yolsuzluk tanımı kategorisine giren diğer bazı suçlar gibi nüfuz ticareti suçunun da liberal iktisadi düzen gereklerinin tam olarak uygulanamadığı ve rant dağıtımının ana merkezinde devletin, dolayısıyla da kamu görevlilerinin, olduğu sistemlerde görülmesi daha muhtemeldir. Bu tarz iktisadi sistemlerde devletten iş almak veya devlete iş yapmak serbest girişimci için karlı bir yatırım olarak görülür. Kamu kurumlarının personel politikasının yozlaşması ve kamu ihale mevzuatındaki boşluklar da girişimcileri nüfuz kullanmaya veya kullandırmaya sevk etmektedir. Öte yandan bürokratik işlemlerin çokluğu ve kırtasiyeciliğin

adres: <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/22420211449082020H%C4%B0ZMETE%C3%96ZELK%C4%B0TAP.pdf>

- [5] TIMOTHY Steven/ FIRMANSYAH Hery, "Criminalization of Trading in Influence in Indonesia", (in) *Proceedings of the 2nd Tarumanagara International Conference on the Applications of Social Sciences and Humanities (TICASH) 2020 (Advances in Social Science, Education and Humanities Research, Volume: 478)*, Atlantis Press, 2020, s. 955-956.
- [6] Bkz. dipnot: 15.
- [7] ŞEN Ersan, "Nüfuz Ticareti", Erişim Adresi: <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1572436-nufuz-ticareti>. Yayın Tarihi: 26.09.2015, (Erişim Tarihi: 14.10.2021). [Web tabanlı kaynakta sayfa numarası gösterilmemiştir. Bundan sonraki atıflarda da sayfa numarası belirtilmeyecektir.]

yaygınlaşması da sıradan vatandaşların dahi kamusal nitelikteki işlerini gördürmek veya hızlandırmak için hukuka aykırı olarak nüfuz kullanmasının nedenleri olarak gösterilebilir.^[8]

Çalışmada nüfuz ticareti suçunun unsurları hukuki açıdan detaylı bir şekilde incelendikten sonra, kuramsal ve uygulama olarak bu suçla çok fazla karıştırılan nüfuz dolandırıcılığı suçunun farkları ortaya koyularak, suç teorisi açısından sorunlu görülen noktalar belirtmeye çalışılacaktır.

I. KONU İLE İLGİLİ ULUSLARARASI METİNLER

Suçun 5237 sayılı TCK'daki ilk şeklinin düzenlenmesinin kaynağı olarak Avrupa Konseyi çerçevesinde 27.01.1999 tarihinde Strazburg'da imzalanan ve 14.01.2004 tarih ve 5065 sayılı Kanun ile onaylanmasının uygun bulunan “*Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi*”^[9] ve Birleşmiş Milletler çerçevesinde 11.08.2006 tarihli ve 5506 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan “*Birleşmiş Milletler Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi*” gösterilir.^[10]

Avrupa Konseyi Yolsuzluklara Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'nin 12. maddesinde nüfuz ticareti adı altında düzenlenen madde şu şekildedir: “*Taraflar, kendi iç hukuklarına uygun olarak, her türlü haksız menfaati*

[8] Aynı düşünceye sahip olarak ŞEN.

[9] Avrupa Konseyi Sözleşmeler sitesindeki verilere göre bu sözleşme 47 taraf ülke ve 1 taraf olmayan ülke tarafından onaylanmış, 2 taraf olmayan ülke tarafından da imzalanmış ancak onaylanmamıştır. Kaynak: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=173> (Erişim Tarihi: 26.10.2021).

[10] KOCA Mehmet Reis, “Nüfuz Ticareti Suçu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 4, S. 15, Ekim 2013, s. 337; ŞENTÜRK Candide, “Nüfuz Ticareti Suçu (TCK m. 255)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 14, S.39, s. 130; ERDEM Büşra, “Nüfuz Ticareti Suçu”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 5, S. 1, Haziran 2019, s. 56-57.

doğrudan ya da dolaylı olarak, 2^[11], 4^[12] ila 6^[13] ve 9^[14] ila 11^[15] inci maddelerde belirtilen, karar almaya muktedir herhangi bir kişi üzerinde bir etki yaratma yeteneğine sahip olduğunu belirten veya teyit eden herhangi bir kimseye, o şahıs ya da bir başka kişi için olsun ya da bu etkiyi sağlamak için ve etkinin ifade edilip edilmediğine ya da var sayılan etkinin istenen sonucu doğurup doğurmadığına bakılmaksızın, haksız bir menfaati bir karşılık olmak kaydıyla, vaat etmek, teklifte bulunmak ve vermek fiilini,

-
- [11] **Madde 2-** Ulusal kamu görevlilerine rüşvet verilmesi Taraflar, kendi iç hukuklarına uygun olarak, kamu görevlilerinden birine, bizzat kendisi veya bir başkası için, doğrudan ya da dolaylı olarak, görevlerinin ifasıyla ilgili bir işi yapmak veya yaptırmaktan kaçınması için, her türlü haksız menfaati vaat ve teklif etme veya verme fiilini, bilerek işlenmesi halinde, cezai yaptırım gerektiren bir suç haline getirmek amacıyla gerekli görülen yasal ve diğer önlemleri alırlar.
- [12] **Madde 4-** Ulusal kamu meclisleri üyelerinin yolsuzluğu Taraflar, kendi iç hukuklarına uygun olarak, 2. ve 3. maddelerle ilgili fiillerin, yasama veya idari yetkiyi kullanan herhangi bir ulusal kamu meclisi üyesi olan bir şahısla ilgili olması durumunda, bunları cezai yaptırım gerektiren bir suç haline getirmek amacıyla gerekli görülen yasal ve diğer önlemleri alırlar.
- [13] **Madde 6-** Yabancı kamu meclislerinin üyelerinin yolsuzluğu Taraflar, kendi iç hukuklarına uygun olarak, 2. Ve 3. maddelerle ilgili fiillerin, bir başka Devletin yasama veya idari yetkiyi kullanan herhangi bir kamu meclisi üyesi olan bir şahısla ilgili olması durumunda, bunları cezai yaptırım gerektiren bir suç haline getirmek amacıyla gerekli görülen yasal ve diğer önlemleri alırlar.
- [14] **Madde 9-** Uluslararası örgüt görevlilerinin yolsuzluğu Taraflar, kendi iç hukuklarına uygun olarak, 2. ve 3. maddelerle ilgili fiillerin, Tarafların üyesi olduğu her türlü uluslararası veya ulus-üstü bir örgüt ya da birimde, örgütün personel yönetmeliğine uygun olarak, memur ya da sözleşmeli görevli sıfatına sahip kişi ve ayrıca bu tür bir örgüt bünyesinde görevli olsun ya da olmasın, yukarıda anılan memur ya da görevlilerle aynı faaliyetleri yürüten her türlü şahısla ilgili olması durumunda, bunları cezai yaptırım gerektiren bir suç haline getirmek amacıyla gerekli görülen yasal ve diğer önlemleri alırlar.
- [15] **Madde 11-** Uluslararası mahkemelerin hakim ve görevlilerinin yolsuzluğu Taraflar, kendi iç hukuklarına uygun olarak, 2. ve 3. maddelerde belirtilen fiillerin, adli görevler ifa eden bütün şahıslar ya da yargı yetkisi Taraflarca kabul edilmiş mahkemelerin görevlileri ile ilgili olması durumunda, bunları cezai yaptırım gerektiren bir suç haline getirmek amacıyla gerekli görülen yasal ve diğer önlemleri alırlar.

bilerek işlenme halinde, cezai yaptırım gerektiren bir suç haline getirmek amacıyla, gerekli görülen yasal önlemleri alırlar.”

Genel hatlarıyla nüfuz ticaretinin düzenlendiği bu maddeye taraf devletlerin yaklaşık dörtte biri çeşitli nedenlerle çekince koymuşlar ve söz konusu fiillerin iç mevzuatta suç olarak tanımlanmasını ya geciktirmişler ya da hiç yapmamışlardır. Bunların başlıca sebebi olarak da Türkiye'nin durumunda olduğu gibi, bu fiillerin zaten başka suçlar kapsamında kaldığını öne sürmüşlerdir.^[16]

Birleşmiş Milletler çerçevesinde imzalanan Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi'nin yine Nüfuz Ticareti başlıklı 18. maddesi ise şu şekildedir: “*Her Taraf Devlet, kasten işlenmesi halinde, aşağıdaki eylemleri suç olarak düzenleyen yasal ve diğer gerekli önlemleri almayı değerlendirecektir: a) Bir kamu görevlisine veya bir başka kişiye, Taraf Devletin idaresinden veya bir kamu makamından kendisini buna teşvik eden kişi veya başka bir kişi lehine haksız bir menfaat elde etmeyi teminen gerçek veya sözde nüfuzunu kötüye kullanması için, doğrudan veya dolaylı olarak, haksız bir menfaatin vadedilmesi, teklif edilmesi veya sağlanması; b) Bir kamu görevlisi veya başka bir kişinin, Taraf Devletin idaresinden veya bir kamu makamından haksız bir menfaat elde etmeyi teminen gerçek veya sözde nüfuzunu kötüye kullanması için, kendisi veya bir başka kişi lehine, doğrudan veya dolaylı olarak, haksız bir menfaat talep veya kabul etmesi.”*

II. ULUSAL KANUNİ DÜZENLEMELER

Türk Hukukunda nüfuz ticareti suçunun gelişimi karışık bir şekilde ilerlemiştir. Mülga 765 sayılı TCK m. 278'de düzenlenen suça uygulama ve öğretide “nüfuz ticareti” suçu adı verilmekteydi.^[17] 5237 sayılı yeni TCK'nda ise nüfuz ticareti bağımsız bir suç olarak düzenlenmemiş ve bunun yerine benzer bir biçimde TCK m. 158/2'de nitelikli dolandırıcılık olarak yer

[16] SLINGERLAND, s. 3. Yazar GRECO'nun hazırladığı üçüncü evre suç haline getirme raporlarından bu maddeye çekince koyulmasının dört sebebinin olduğunu tespit etmiş ve en önemli ikisinin zaten başka suçların bu fiilleri kapsadığını ve Sözleşmenin bu maddesinin liberal demokrasilerde ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilen lobicilik faaliyetlerinin de suç haline getirilme ihtimali olduğunu belirtmiştir.

[17] DURSUN Hasan, “Nüfuz Dolandırıcılığı Suçu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 2014, C. 9, S. 100, s. 472.

almıştır. Maddenin gerekçesinde de bu husus dile getirilmiştir.^[18] Yargıtay'ın kararlarında da gerekçede bahsedilen hususlar dikkate alınarak nüfuz ticareti suçunun artık TCK m. 158/2'de düzenlendiği belirtilmiştir.^[19]

5237 sayılı TCK m. 255'in ilk halinde "yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama" suçu düzenlenmekteydi.^[20] Daha sonra Türkiye'nin de taraf olduğu uluslararası bir organizasyon olan ve hukuki çerçevesi Avrupa Konseyi bünyesinde yapılanan GRECO'nun, Türkiye hakkında suç haline getirme temalı üçüncü aşama incelemesindeki tavsiyelerine uyararak;^[21] 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun ile TCK'da değişikliğe gidilmiş; maddenin ismi "nüfuz

[18] TCK m. 158'in gerekçesinin ilgili kısmı şu şekildedir: "*Maddenin ikinci fıkrasında, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bağımsız bir suç olarak tanımlanan "nüfuz ticareti", dolandırıcılık suçunun bir nitelikli şekli olarak tanımlanmıştır. Bu hükme göre; kamu görevlileriyle ilişkisinin olduğundan, onlar nezdinde hatırı sayıldığından bahisle ve belirli bir işin gördürüleceği vaadiyle aldatarak, başkasından menfaat temin eden kişi, dolandırıcılık suçunun nitelikli şeklinden dolayı cezalandırılacaktır.*"

[19] "...5237 sayılı TCK'nun 158.maddesinin 2. fıkrasında, 765 sayılı TCK'nunda bağımsız bir suç olarak tanımlanan ve uygulamada "nüfuz ticareti" olarak bilinen eylemin, dolandırıcılık suçunun bir nitelikli şekli olarak tanımlandığı, bu hükmeye göre, "kamu görevlileriyle ilişkisi olduğundan, onlar nezdinde hatırı sayıldığından bahisle ve belli bir işin gördürüleceği vaadiyle aldatarak başkasından menfaat temin eden kişinin" maddede öngörülen nitelikli dolandırıcılık suçundan cezalandırılmasının öngörüldüğü, somut olayda ise; sanığın kendisini gümrükte şef olarak tanıtıp oraya işi alınacağını söyleyerek katılandan menfaat temin etmesi eylemini, kamu görevlileriyle ilişkisinin olduğunu ve onlar nezdinde hatırı sayıldığını söylemeksizin gerçekleştirmesi karşısında..." *Yargıtay 11. CD. T. 13.3.2008, E. 2007/9265, K. 2008/1517.*

[20] Suçun değişiklikten önceki metni: Yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama MADDE 255 - Görevine girmeyen ve yetkili olmadığı bir işi yapabileceği veya yaptırabileceği kanaatini uyandırarak yarar sağlayan kamu görevlisi, bir yıldan beş yıla kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır.

[21] Raporda TCK m. 158/2'nin düzenlenmesinin, GRECO'nun nüfuz ticareti kapsamına bakış açısını yansıtmadığı, sadece dolandırıcılığın bir türü olduğu ve Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'nin 12. maddesine göre, nüfuz kullananın aldatıp aldatmamasına bakılmaksızın nüfuz ticaretinin cezalandırılmasının gerektiği vurgulanmıştır. *GRECO Üçüncü Aşama İncelemesi: Türkiye'de Suç Haline Getirme (ETS 173 ve 191, GPC 2) Değerlendirme Raporu (Tema I)*, para. 71, s. 25. Söz konusu raporun metnine şu adresten erişilebilir: https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/uluslararasi_isbirligi/uluslararasi_organizasyonlar/greco_turkiye_raporlar/TEMA%20I%20-%20suc_haline_getirme.pdf, (Erişim Tarihi: 01.11.2021).

ticareti” olmuş ve yapısı ve unsurları da tavsiyeye uygun şekilde yeniden düzenlenerek son halini almıştır.

Eski hali sadece bir fıkra şeklinde düzenlenen madde metni değişiklikten sonra yedi fıkra şeklinde oldukça uzun ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş ve içerik olarak da esaslı değişikliklere uğramıştır. Suç yeni haliyle rüşvet suçunun yapısına da oldukça benzer bir hal almıştır. Bu bağlamda suç tipi için önceki yargı kararlarının ve doktrinin tamamen kullanılamaz hale geldiği söylenemese de yeni düzenleme ile bunların büyük oranda yenileneceği açıktır.^[22] Yine de yapısal olarak uygun düştüğü takdirde eski yargı kararlarına veya benzer suçlarla ilgili yargı kararlarına başvurma imkânı mevcuttur.

III. HUKUKİ KONU

Suçun hukuki konusu ceza hukuku teorisinin tartışmalı hususlarından biridir. Birçok yazarın farklı teoriler öne sürdüğü^[23] ve Türk doktrininde de üzerinde görüş birliği olmayan^[24] suçun hukuki konusu; en pratik ve yalın anlatımıyla suçu öngören norm tarafından korunan ve suç tarafından ihlal edilen hukuki varlık veya menfaattir.^[25]

Nüfuz Ticareti Suçu, TCK'nin “*Özel Hükümler*” başlıklı İkinci Kitap, “*Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler*” başlıklı Dördüncü Kısım ve “*Kamu İdaresinin Güvenirliliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*” başlıklı Birinci Bölümünde düzenlenmiştir. Gerçekten suçun işlenmesi ile kamu idaresinde yapılan işlerin sağlıklı ve güvenli bir ahenk içerisinde işlemesi

[22] HAFIZOĞULLARI Zeki / EŞİTLİ Ezgi Aygün, *Kamu İdaresinin Güvenirliliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, US-A Yayıncılık, Ankara 2014, s. 83. Yazara göre değişiklikler o kadar esaslı olmuştur ki; geçmiş uygulama ve doktrinden yararlanma imkânı yoktur.

[23] Farklı teoriler için bkz. TOROSLU Nevzat, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 273, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 87 vd.

[24] Türk doktrininde suçun hukuki konusu, normla korunmak istenen menfaat, değer, yarar, çıkar, hak gibi terimlerle de açıklanmak istenmiştir. Bkz. ÜNVER Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin, Ankara, 2003, s. 48.

[25] TOROSLU Nevzat/ TOROSLU Haluk, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara, Ekim 2016, s. 107. Gerçekten TOROSLU/ TOROSLU'nun bu yaklaşımının suçun hukuki konusuyla ilgili ve bağlantılı olan birçok ceza hukuku kurumunu da kolaylıkla açığa kavuşturduğunu düşünüyoruz.

engellenmekte, kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi zarara uğratılmaktadır. Kamu idaresinde hem kamusal faaliyeti yürüten kamu görevlileri, hem de kamu idaresinin muhatabı olan vatandaşların; kamusal faaliyetin yürütüldüğü sırada dürüstlikle hareket etme yükümlülükleri vardır. Sağlıklı işleyen bir kamu yönetimi modelinde bu elzemdır ve bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde kamusal bir yarar olduğu da açıktır.^[26] Bu bakımdan suçun hukuki konusu kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyiştir.^[27] Daha açık bir anlatımla bu suç tipiyle, kamu idaresine tarafsız bir şekilde çalışacağına dair duyulan güven korunmaktadır.^[28] Suçun TCK sistematğinde düzenlendiği yeri de bunu kanıtlar niteliktedir. Kanun bu bölümdeki suçlarla, kamunun yararını korumak bağlamında, kamu idaresinin güvenilirliğini ve sağlıklı işleyişini teminat altına almak istemektedir.^[29]

Kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişine karşı suçlarda, *kamu idaresi* kavramı, dar ve teknik olarak sadece devletin idari faaliyetleri değil; yasama, yürütme, yargı ve diğer tüm kamusal faaliyetleri yerine getiren kurum veya organlar olarak düşünülmelidir.^[30] Yani suçun hukuki konusunun sahibi devletin kamusal faaliyetlerini yürüten herhangi bir kurum olabilir.

IV. FAİL

Nüfuz ticareti suçunda hem menfaat temin eden kişi hem de haksız işi görülecek kişi cezalandırıldı için birden çok faili olan bir suç olma niteliği

[26] HAFIZOĞULLARI / EŞİTLİ, s. 86.

[27] Aynı yönde bkz. YEMENİCİ Kürşat, *Türk Hukukunda Nüfuz Ticareti Suçu (TCK m. 255)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 68.

[28] HOLLAN Miklos, “Trading in Influence: Requirements of the Council of Europe Convention and the Hungarian Criminal Law”, *Acta Juridica Hungarica*, S. 52, No: 3, 2011, s. 238.

[29] HAFIZOĞULLARI / EŞİTLİ, s. 1; KEKLİK Ramazan, “Nüfuz Ticareti Suçu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 2016, C. 11, S. 115, s. 27.

[30] KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2013, s. 715; TOROSLU Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Savaş Yayınevi, Ankara 2015, s. 277; HAFIZOĞULLARI / EŞİTLİ, s. 2; SOYASLAN, s. 642.

gösterir.^[31] Suçun değişiklikten önceki halinde sadece kamu görevlisi üzerinde nüfuzu olduğundan bahisle menfaat temin eden kişi cezalandırılırken, değişiklikten sonra artık haksız işini gördürmek için anlaşmaya varan kişi de suçun asli faili olarak cezalandırılmıştır. Bu bakımdan suç, faillerin iradelerinin karşılıklı geldiği çok failli bir suçtur.^[32] Her fail kendi fiilinden sorumlu olur ve kendi hesabına ceza alır.^[33]

Bu bağlamda karşılıklı fiillerin sahipleri Kanun tarafından *menfaat temin eden ve menfaat sağlayan* kişi olarak ifade edilmiştir. Bu ifadelerin bir anlam karışıklığına yol açtığı açıktır. Hem temin etmek hem de sağlamak kelimeleri, suçun her iki tarafı için de uygun düşmektedir. Bu kelimeler yerine kamu görevlisi üzerinde nüfuzu olduğu bahsedilen kişiye nüfuz sahibi veya nüfuz taciri, haksız işinin gördürülmesi amacıyla menfaat veren kişiye de haksız iş sahibi kelimelerinin kullanılması daha doğru olacaktır.^[34]

Değişiklikten önceki haliyle suç özgü bir suçtu. Kanun “*görevine girmeyen ve yetkili olmadığı bir işi yapabileceği veya yaptırabileceği kanaatini uyandırarak yarar sağlayan kamu görevlisi...*” demekle suçun sadece kamu görevlileri tarafından işlenebileceğini belirtiyordu. Ancak değişiklikten sonra suç özgü bir suç olmaktan çıkarılmış ve herkes tarafından işlenebilen bir suç haline getirilmiştir. Çok failli olarak işlenen bu suçun her iki tarafında bulunan fail de, kamu görevlisi olsun veya olmasın, herkes olabilir. Bunun yanında değişiklik tarihinden önce işlenen fiiller açısından, iş sahibinin fiili

[31] YEMENİCİ, s. 75, Yazar bunu heterojen hareketli karşılaşma suçu olarak nitelendirmiştir.

[32] HAFIZOĞULLARI / EŞİTLİ, s. 84; KOCA, s. 343. Çok failli suçlar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. YALÇIN SANCAR Türkan, *Çok Failli Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998. Yazar eserinde çok failli suçları doğal ve normatif olmak üzere ikiye ayırmaktadır. YALÇIN SANCAR, s. 29. Bu ayırıma göre nüfuz ticareti suçunun çok failli suç olması kanun koyucunun tercihi olması nedeniyle normatif bir özellik gösterdiğini düşünmekteyiz.

[33] HAFIZOĞULLARI Zeki / ÖZEN Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, US-A Yayıncılık, Ankara 2016, s. 41.

[34] KEKLİK, s. 26. Yazar makalesinin Öz kısmı dâhil, bu ifadeleri isabetli bir şekilde kullanmıştır.

suç sayılmadığından lehe kanun gereğince ceza almaması gerekir. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir.^[35]

Diğer yandan TCK m. 255/4'te düzenlenen *suçun işlenmesinde aracılık eden kimseler* ve TCK m. 255/5'te düzenlenen *nüfuz ticareti ilişkisinde dolaylı olarak kendisine menfaat sağlanan üçüncü gerçek kişi veya tüzel kişinin menfaati kabul eden yetkilileri* de herkes olabilir.^[36]

Kanun m. 255/1'de failin kamu görevlisi olmasını suçun nitelikli bir hali olarak düzenlemiş ve cezanın yarı oranında artırılacağını belirtmiştir. Yani eski düzenlemede failin kamu görevlisi olması suçun maddi unsuru iken, yeni düzenlemede ağırlaştırıcı neden olmuştur. Dikkat edilmesi gereken husus, Kanunun yalnızca kamu görevlisi üzerinde nüfuzu bulunduğu bahisle menfaat temin eden taraf için bu ağırlaştırıcı nedeni öngörmesidir. Yani suçun karşı tarafında bulunan haksız işinin gördürülmesi amacıyla menfaat sağlayan kişinin kamu görevlisi olması bir fark yaratmaz.^[37] Kanunun menfaat sağlayan kişinin cezasını düzenlediği m. 255/1 c. son hükmünden sonra ağırlaştırıcı bir nedene yer vermemesi de bu düşünceyi doğrular niteliktedir.

[35] "...suçunun hükümden önce 05/07/2012 tarihli ve 28344 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 Sayılı Kanun'un 89. maddesiyle 5237 Sayılı TCK'nın 255. maddesinin "nüfuz ticareti" başlığı altında yeniden düzenlenip suç unsurlarında değişiklik yapılarak kamu görevlisi olmayan gerçek kişilerin de suçun faili haline getirilmesi, failin kamu görevlisi olmasının suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olarak düzenlenmesi, bu kapsamda Bursa adliyesinde zabıt katibi olarak görev yapan ve görev yaptığı birim dışında görev alanına girmeyen soruşturma ve yargılama dosyalarındaki yetkili olmadığı işler için sanık ...'e menfaat temin ettiği kabul edilen sanık ...'ün eylemi 6352 Sayılı Kanun ile değişiklik sonrası suç olarak düzenlenmişken, bu değişiklik öncesi olayın mağduru konumunda bulunduğu ve bu nedenle beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yanılığlı değerlendirme sonucu mahkumiyetine karar verilmesi..." Yargıtay 5. CD. T. 20.2.2020, E. 2017/6873, K. 2020/7184.

[36] Bazı yazarlar kamu görevlisi üzerinde nüfuz sahibi olduğunu söyleyen kimseye menfaat sağlayan fail bakımından da suçun özgü suç olduğunu düşünmektedir. Bkz. HAFIZOĞULLARI/EŞİTLİ, s. 85. Biz bu düşünceye katılmıyoruz.

[37] KOCA, s. 344.

V. MAĞDUR

Yukarıda hukuki konu kısmında yaptığımız açıklamalara paralel olarak suçun mağdurunu, ceza normu tarafından korunan ve suç tarafından ihlal edilen varlık veya menfaatin sahibi veya hamili olarak tanımlamaktayız.^[38] Ancak tıpkı hukuki konuda olduğu gibi mağdur konusunda da Türk doktrininde görüş birliği yoktur. Bu suç bakımından, mağdurun mutlaka gerçek kişi olması gerektiği, tüzel kişilerin ve tüzel kişiliğe sahip devletin suç mağduru olamayacağı yönündeki görüşler^[39] olsa da kanımızca tüzel kişiler ve tüzel kişiliğe sahip olarak devlet hukuki varlık veya menfaatlerin sahibi olabilir ve dolayısıyla suçun pasif süjesi niteliğini kazanabilirler.^[40]

Suçun hukuki konusunun kamu idaresinin güvenli ve etkin bir şekilde işleyişi olduğunu belirtmiştik. Öyleyse suçun mağduru da kamu görevlisi üzerinde nüfuz sahibi olmaktan bahisle haksız bir işin gördürülmesi için girişimde bulunmak suretiyle güvenilirliği ve işleyişi tehlikeye sokulan veya zarar verilen kamu idaresidir.^[41] Ceza hukuku anlamında kamu idaresi, anayasa ve idare hukukundan daha geniş anlaşılmaktadır. Devletin yasama, yürütme, yargı erklerinin kapsamındaki tüm faaliyetleri ve hatta hükümet tasarruflarının dahi kamu idaresi şeklinde anlaşılması gerekir.^[42]

[38] TOROSLU/TOROSLU, s. 112. Buna yakın bir tanımlama da şu şekildedir: Suçun mağduru suçla ihlal edilen ve ceza normuyla korunan hukuki değer veya menfaatin taşıyıcısı olan kimse veya şeydir. HAFIZOĞULLARI Zeki / ÖZEN Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 208.

[39] Bu görüş için bkz. ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin, 12. Baskı, Eylül 2016, s. 204. Yazara göre Devletin suçun pasif süjesi olması için hak sahibi olması gerekir. Devletin hak sahibi olması ise faşist ve nasyonalist sistemlerden kalma bir alışkanlıktır.

[40] KATOĞLU Tuğrul, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 61 (2), 2012, 674.

[41] HAFIZOĞULLARI / EŞİTLİ, s. 86. Diğer yandan mağdurun, kamu idaresi faaliyetlerinin dürüst ve güvenilir olarak yürütülmesi konusundaki çıkarları ihlal edilmiş olan toplumun bütün fertleri olduğu görüşünde olan yazarlar da vardır. ŞENTÜRK, s. 39. Ancak bu bakış açısının mağdur kavramını ve bu kavrama bağlanan hukuki sonuçları belirsizleştirdiği açıktır.

[42] OKUYUCU-ERGÜN Güneş, *Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu*, Çakmak Yayınevi, Ankara 2008, s. 6.

Diğer yandan suçla korunan hukuki konunun sahibi manasındaki kamu idaresi kavramı farklı suçlar için aynı anlama sahip değildir. Hatta “Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar” bölümünde yer alan bütün suçlar için bile ortak bir anlama sahip değildir.^[43] Bu nedenle nüfuz ticareti suçu bakımından mağdurun tüm kamu idaresi olduğunu kabul etmek daha doğrudur.

Üzerinde nüfuz etkisi bulunduğu bahisle bu suç işlenen kamu görevlisi ancak suçtan zarar gören kimse olabilir. İlgili kamu görevlisini mağdur saymak olanaklı değildir.^[44] Zira bu kişi hukuki konunun ne taşıyıcısıdır ne de sahibidir. Kanaatimizce üzerinden böyle bir suçun işlendiğini öğrendiği anda ancak özel hukuk manasında bir tazminat talep hakkı olacaktır.

TCK m. 255/3’de düzenlenen suçun teşebbüs aşamasında kalması durumlarında da mağdur yine değişmeyecektir. Yani birinci fıkrada belirtilen amaç doğrultusunda menfaat talebinde bulunulması ve fakat bunun kabul edilmemesi ya da menfaat teklif veya vaadinde bulunulması ve fakat bunun kabul edilmemesi hallerinde, teklifi reddeden kişi mağdur pozisyonuna gelmeyecektir.^[45] Zaten onun mağdur pozisyonunda bulunması için de herhangi bir hukuki sebep yoktur. İlgili kişi hukuki konunun taşıyıcısı değildir. Aynı şekilde bu kişiler açısından, tazmin edilebilir bir zarar söz konusu ise ancak suçtan zarar gören niteliğini kazanacaklarını düşünmekteyiz.^[46] Örneğin teklifi reddeden kişinin işi, böyle bir teşebbüs olduğu için daha geç yerine getirilseye ve kişi bundan ötürü bir zarara uğramışsa, tazmin edilebilir bir zararı olduğu kabul edilmelidir.

[43] OKUYUCU-ERGÜN, s. 7. Yazara göre örneğin rüşvet suçu tüm kamu idaresine zarar verirken, zimmet suçu kamu görevlisinin bağlı olduğu belirli (spesifik) kamu idaresine zarar vermektedir.

[44] Farklı görüşler için bkz. KOCA, s. 346, 347; KEKLİK, s. 28. Yazarlara göre suçun mağduru ilgili kamu görevlisi olabilir ve kamu idaresi tüzel kişilik olduğu için ancak suçtan zarar gören olabilir.

[45] Aksi görüş için bkz. KEKLİK, s. 28.

[46] TOROSLU/ TOROSLU, s. 114. Farklı görüş için bkz. KOCA, s. 346, 347. Yazara göre teklifleri reddeden konumunda olan kimseler de suçun mağduru olacaklardır.

VI. MADDİ UNSUR

Suçun temel halinin düzenlendiği TCK m. 255/1’de fiil, bir fail yönünden kamu görevlisi üzerinde nüfuz sahibi olduğundan bahisle, haksız bir işin gördürülmesi amacıyla, kendisine ve bir başkasına menfaat temin etmek (nüfuz taciri) ve diğer fail yönünden de haksız işinin gördürülmesi karşılığında veya gördürüleceği beklentisiyle bu menfaati sağlamak (haksız iş sahibi) olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla suçun maddi unsuru kapsamına giren birden fazla kavramın açıklanması gerekir.

A. Menfaat Kavramı

Suçun maddi unsurunun parçası olarak bir tarafın haksız işinin gördürülmesi sonucu sağladığı diğer tarafın da bunun karşılığı olarak temin ettiği bir “*menfaat*”ten bahsedilmektedir. Öncelikle suçun eski halinde menfaat kelimesinin yerine yarar kelimesini kullanılmaktaydı. Kanun koyucu değişiklik ile daha geniş bir anlam içeren menfaat kelimesini tercih etmiştir. Buradaki menfaatten sadece parasal olarak ölçülebilen şeyler değil, beşeri olarak bir insana tatmin sağlayan her türlü maddi ve manevi şey anlaşılmalıdır.^[47] Menfaati temin eden kişinin bu menfaati temin etmesiyle ekonomik, hukuki, kişisel, beşeri, toplumsal durumunda daha öncekine nazaran bir artış meydana gelmesi gerekir.^[48] Bu bakımdan menfaat parasal değeri olan her şey olabileceği gibi cinsel nitelikte dahi olabilir.^[49] Hatta bir kimsenin bir üst rütbeye terfi ettirilmesi de menfaat kapsamına giren bir olaydır.^[50]

[47] ÖZBEK Veli Özer/ DOĞAN Koray/ BACAĞIZ Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin, Ankara, 2021, s. 1066; HAFIZOĞULLARI/EŞİTLİ, s. 87.

[48] KOCA, s. 347.

[49] TEZCAN Durmuş / ERDEM M. Ruhan / ÖNOK R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara 2010, s. 883. Aksi görüş için bkz. TOROSLU, *Özel Kısım*, s. 304. Yazar menfaat kavramının, rüşvet vb. bu tip suçların yapısı gereği ancak para, mal veya diğer maddi yarar sağlama olarak anlaşılması gerektiğini düşünüyor. Ancak para karşılığında cinsel ilişki örneğinde olduğu gibi cinsellik dahi para ile ölçülebilen bir olgudur.

[50] Aksi yöndeki görüş için bkz. ŞEN. Yazara göre menfaat kavramı ile anlaşılması gereken sadece maddi değeri olan veya maddi değer yerine geçen her şeydir. Kişinin yalnızca malvarlığına değer katan şeyler bu suç anlamında menfaat kavramına dâhil olmalıdır. Yukarıdaki dipnotta da açıkladığımız gibi, bir üst rütbeye yükseltme de

Menfaatin kamu görevlisi üzerinde nüfuzu olduğunu bahseden kimseye değil de bir başkasına temin edilmesi de suçun oluşmasına sebebiyet verir. Diğer bir anlatımla kişinin menfaati kendisine temin etmesiyle, üçüncü kişi adına temin etmesi arasında fark yoktur.^[51] Kamu görevlisi üzerinde nüfuzu bulunduğundan bahisle menfaat temin eden kişi, bu menfaati çok ulvi amaçlarla da kullanabilir. Örneğin ilgili menfaati kamuya yararlı bir dernek adına veya yardıma muhtaç kimseler için kabul etmiş ve gerçekten de onlara ulaştırmış olabilir. Bu durum suçun oluşması bakımından bir fark yaratmaz.

Menfaatin kronolojik olarak haksız işin gördürülmesinden önce temin edilmesi veya temin edilmesi konusunda anlaşma yapılması gerekir. İşin gördürülmesinden sonra kişiye hediye olarak verilecek menfaatler, daha önceden anlaşma olmadığı varsayımında, nüfuz ticareti suçunu oluşturmaz. Ancak fail kamu görevlisi ise disiplin sorumluluğunu doğurabilir.^[52]

B. Nüfuz Kavramı

Giriş kısmında da açıkladığımız gibi nüfuz; söz geçirme, etkili olma, erk manasına gelir. Konumuz açısından ise nüfuz, bir kimsenin başka bir

zaman zaman para ile ölçülebilen bir olgu olabilmektedir. Üst rütbeye yükseltilen kişinin özlük haklarında parasal olarak bir artma olabilir.

[51] "...somut olayda,...Turizm isimli şirketin faaliyet belgesi iptal edildiği halde çalıştığı firmalara gönderdiği mesaja, "Turizm Bakanı ... oluru ile belge iptalimiz 60 gün ertelenmiştir. Bundan sonraki süreç hukuk süreci olacak, işlerinize devam edin, ofislerimize bakanlıktan ya da Tursab'dan gelen olursa bakanlığın özel kalem müdürlüğünü aramasını söyleyin ve kibar bir şekilde yolcu edin" şeklindeki mesaj ile faaliyet belgesi iptal edildiği halde Kültür ve Turizm Bakanı'nın isminin ve özel kaleminin sağladığı nüfuzu kullanarak çalıştığı şirketlere faaliyete devam etme vaadinde bulunarak, **bu vasıta ile kendisine veya bir başkasına menfaat sağlamaya çalışıp çalışmadığının tespiti bakımından**, anılan şirketin faaliyet belgesinin iptal edilip edilmediği ve mesaj gönderilen şirketler belirlenerek sonucuna göre şüphelinin eyleminin 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 255. maddesinde düzenlenen nüfuz ticareti suçundan kamu davası açmak için yeterli şüphe oluşturup oluşturmadığına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, eksik soruşturma sonucu verilen kovuşturmayla yer olmadığına dair verilen karara ilişkin soruşturmanın genişletilmesine karar verilmesi yerine yazılı şekilde itirazın reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden..." *Yargıtay 5. CD. T. 29.6.2020, E. 2020/2903, K. 2020/11698.*

[52] KOCA, s. 348.

kimse üzerinde davranış oluşturma veya değiştirmeye yönelik başarılı olan etki olarak tanımlanabilir. Kamu görevlisi üzerinde olduğu bahis olunan bu *nüfuzun* nasıl kazanıldığı önemli değildir. Akrabalık veya ahbablık ilişkileri, ast-üst ilişkileri veya hatır-gönül ilişkileri nüfuzun kazanılmasında etkili olabilir. Bunun yanında nüfuzun maddi veya manevi nitelikte olup olmaması da fark etmez. Bir kimsenin diğeri üzerindeki nüfuzu hukuki cebir kullanabilme hakkından (amirin memurun üstündeki nüfuzu) gelebileceği gibi aynı dini gruba bağlı kimselerin sözde manevi üstünlüğünden (şeyhin müridi üzerindeki nüfuzu) de kaynaklanabilir. Örneğin aynı kamu kurumunda çalışan amirin, astı üzerindeki maddi nüfuzunu kullanarak haksız bir işin gördürülmesini sağlaması ve menfaat elde etmesi ya da aynı dini grup içerisinde, şeyhin kamu görevlisi olan müridi üzerindeki manevi etkisini kullanarak menfaat karşılığı haksız bir işin gördürülmesini sağlaması suç oluşturacaktır. Bunun yanında nüfuzun illa ki dikey surette olması da gerekmez. Yatay nüfuzun varlığı da suç oluşturacaktır. Örneğin makam ve rütbe olarak eşit pozisyonlarda olan kamu görevlilerinin de birbiri üzerinde nüfuzu olabilir.^[53]

Nüfuzu gerçekte var olup olmadığına göre dört gruba ayırabiliriz. İlk olarak kişinin kamu görevlisi üzerindeki nüfuzu vardır ve bunu hem kamu görevlisi hem de nüfuz sahibi kişi bilmektedir. İkinci olarak, kamu görevlisi üzerinde gerçek olabilecek müstakbel bir nüfuz bulunmaktadır. Bu durumda henüz ortada gerçek bir nüfuz olmasa da rahat bir şekilde meydana gelebilecek bir nüfuz söz konusudur. Üçüncü olarak, hâlihazırda gerçek bir nüfuz veya rahatlıkla oluşturulabilecek nüfuz ortada yoktur. Üzerinde gayret gösterilerek ve çalışılarak meydana gelecek nüfuza *çalışılmış nüfuz* diyebiliriz. Örneğin fail nüfuzu olmadığı halde, olduğundan bahsederek haksız bir işi gerçekten de gördürebilir. Ancak bu varsayımda farklı suç veya suçlar da oluşacaktır. Örneğin doktorlar üzerinde nüfuzu olduğundan bahisle sahte rapor ayarlayabileceğini söyleyen bir hasta bakıcı, doktor yardımcılara kayıt açtırıp ve doktorların da dalgınlığından faydalanıp sahte raporu düzenlettirebilir. Bu varsayımda aslında çalışılmış nüfuz mevcuttur. Fail nüfuz anlaşması sırasında nüfuzunun olmadığını ancak bir şekilde haksız işi gördürebileceğini bilmektedir. Böylece nüfuz ticareti suçunun unsurları failler açısından tamamlanmıştır. Bunun yanında doktor yardımcıları ve doktor için de

[53] YEMENİCİ, s. 34.

unsurları oluşmuşsa görevi kötüye kullanma (TCK m.257) ve resmî belgede sahtecilik (TCK m.204) gibi suçlar da söz konusu olabilecektir.

Son olarak da ortada gerçek nüfuz olmadığı ama olduğunun ifade edildiği, yani nüfuzun varlığı konusunda yalan söylendiği *sözde nüfuz*dan bahsedebiliriz.^[54] Bu nüfuz çeşitlerinden ilk üçü kanaatimizce suçun maddi unsuruna dâhil olan nüfuzlardır. Sonuncusu ise, ileriki bölümlerde ayrıntılı olarak bahsedeceğimiz gibi nüfuz dolandırıcılığı suçunun maddi unsurudur.

C. Haksız İş Kavramı

Kanun menfaatin *haksız* bir işin gördürülmesi amacıyla temin edilmiş olmasını aramaktadır. Haksız iş, hukuka uygun olmayan herhangi bir iş olabilir.^[55] İşin sahibi hukuken olmayacak, yapılamayacak bir işin yapılmasını istemektedir.^[56] Haklı bir işin takip edilmesi için sağlanan ve temin edilen menfaatler bu suçun kapsamına girmez. İşin gerçek sahibinin yerine menfaat karşılığı olarak başka birinin, haklı işini takip etmesi maddi unsur oluşmadığı için bu suçu oluşturmayacaktır. Ülkemizde de sıkça rastlanan bu durumda iş takipçisi kişinin kamu görevlisi olması, başka bir suça da mahal vermiyorsa ancak disiplin cezasını gündeme getirecektir.^[57]

Haklı bir işin *hızlandırılması* amacıyla yapılan nüfuz ticareti durumunda iki ihtimal söz konusu olacaktır. Birinci ihtimalde işin; hızlandırılması amacıyla başka kişilerin işlerinin önüne nüfuz etkisiyle geçirilmesi durumudur. Bu ihtimal kanaatimizce suç oluşturacaktır. Zira haklı da olsa bir işin, diğer kimselerin işlerinin önüne geçirilmesi, haksızlık teşkil eder. Örneğin normalde bir ay içinde sonuçlanacak bir işletme ruhsat başvurusunun, diğer ruhsat başvurularının önüne geçirilip bir hafta içinde sonuçlandırılması, o işletmeye normal şartlar altında da ruhsat verilecek idiyse bile, haksızlık oluşturur. Böylece haklı bir işi haksız bir şekilde hızlandırma girişimi de nüfuz ticareti suçu olur. İkinci ihtimal ise haklı bir işin başkalarının önüne geçirilmeden hızlandırılması durumudur. Bu durumda yapılacak olan iş hukuka uygundur ve kamu görevlilerinin hızlı çalışması sonucu normalde

[54] HOLLAN, s. 238-239.

[55] HAFIZOĞULLARI / EŞİTLİ, s. 87.

[56] ŞEN.

[57] ŞEN.

biteceği zamandan daha erken bitmiştir. Bu durumda nüfuz ticareti suçundan bahsedilemeyecektir. Ancak fiilin rüşvet veya irtikâp gibi diğer bazı suçları oluşturması da ihtimal dâhilindedir.

Menfaat temini karşılığında görülecek olan haksız işin üzerinde nüfuz sahibi olduğu bahsedilen kamu görevlisinin yetkisinde olup olmaması suçun oluşması bakımından farklılık oluşturmaması gerekir. Ancak nüfuz sahibi olduğundan bahseden kişinin, haksız işin aslında o kamu görevlisinin yetkisine girmediğini bilmemesi gerekir. Yani kişi üzerinde nüfuzu olduğuna inanmalı ve bu işi yaptırabileceğine en azından ihtimal vermelidir. Nüfuz ticareti anlaşması yapıldıktan sonra, fail girişimde bulunsa ve aslında kamu görevlisinin o işi yapmaya yetkili olmadığını öğrense bile kanaatimizce suç oluşacaktır. Zira kanun sırf menfaat temini konusunda anlaşmaya varmayı ceza sorumluluğu içerisine almıştır. Hal böyle olunca kişinin sonradan öğrendiği bu durumun suç üzerinde herhangi bir etkisi olmamalıdır. Bu görüşün aksine düşünen yazarlara göre, haksız işin kamu görevlisinin yetki alanına girmesi gerektiği ilgili maddenin gerekçesinden anlaşılmaktadır.^[58] Ancak gerekçede bu düşünceye mülhem gösterilen “*işi yapmakla görevli olan kamu görevlisi*” ifadesi, bize göre sadece ilgili kamu görevlisini diğer kişilerden ayırmak için kullanılmış bir ifadedir. Kanun koyucu, gerekçede haksız işin illaki o kamu görevlisinin yetkisi dâhilinde olan bir iş olması gerektiğini anlatmaktan ziyade, üzerinden nüfuz ticareti yapılan kamu görevlisini, varsa diğer kamu görevlilerinden ayırt etmek için bu ifadeyi kullanmayı tercih etmiştir. Diğer yandan haksız işin gördürülmesinin kamu görevlisinin yetkisinde olmadığını bilerek menfaat temin eden kişinin bu fiili, ilerde bahsedeceğimiz üzere başka bir suçun oluşmasına neden olur.

D. Kamu Görevlisi Kavramı

Üzerinde nüfuz olduğundan bahsedilen kişinin kamu görevlisi olması suçun maddi unsurlarından biridir. Burada belirlenmesi gereken de kişinin gerçekten kamu görevlisi olup olmadığıdır. TCK m. 6/1 (c)'de kamu görevlisi kavramı tanımlanmıştır. Buna göre kamu görevlisi “*kamusal faaliyetin yürütülmesinde atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette*

[58] Bkz. KOCA, s. 348.

sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişidir.” Kamusal faaliyet kavramı^[59] oldukça geniş ve içeriğinin belirlenmesi zorunlu olan bir kavramdır.^[60] Kanaatimizce buradaki kamusal faaliyet dar yorumlanmalı ve kamu görevi ölçütüyle sınırlanmalıdır.^[61] Her kamu hizmeti^[62] gören kişilerin kamu görevlisi olarak nitelendirilmesi kapsamı genişletmek, kanun koyucunun kamu görevlisi olmanın özellik gösterdiği hükümlerin muğlaklaşması ve de içinin boşaltılması anlamına gelecektir.^[63]

Bir diğer husus ise, kamu görevlisinin belirli bir kişinin olmasının gerekip gerekmediğidir. Yani üzerinde nüfuz iddia edilen kamu görevlisi kimlik veya şahıs olarak belirli bir kişi olmalı mıdır? Kanaatimizce nüfuz ticareti suçunun oluşması için, üzerinde nüfuz olduğu bahsedilen kamu görevlisinin belli bir kişi olarak gösterilmesi gerekmez. Örneğin MEB bünyesinde çalışan bir öğretmenin istediği yere tayininin yapılması için, yine aynı Bakanlıkta şube müdürü olarak çalışan nüfuz tacirinin; Bakanlık'ta tanıdığı üst düzey bürokratlar olduğunu ve bu işini gördürebileceğini söyleyerek menfaat elde etmesi suçun oluşması için yeterlidir. Ayrıca Bakanlıkta çalışan üst düzey bürokratin kimlik veya şahıs olarak belli olması gerekmez.^[64]

[59] Maddenin gerekçesi: “765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki “memur” tanımının doğurduğu sakıncaları aynen devam ettirecek nitelikte olan tanım, Tasarı metninden çıkarılarak; memur kavramını da kapsayan “kamu görevlisi” tanımına yer verilmiştir. Yeni tanıma göre kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçüt, gördüğü işin kamusal faaliyet olmasıdır.”

[60] TOROSLU, *Özel Kısım*, s. 279.

[61] OKUYUCU-ERGÜN Güneş, “Türk Ceza Hukukunda Kamusal Faaliyet ve Kamu Görevlisi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, *Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku*, C. III, İstanbul 2010, s. 542.

[62] 765 sayılı TCK, 1930 İtalyan Ceza Kanunu'na benzer bir biçimde, kamu görevi ve kamu hizmeti ayırımı yapmış ve buna dayanarak kamu görevlisi ile kamu hizmetlisi tanımlarına yer vermiştir. Buna göre Kanun, “amme vazifesi” gören kimseleri memur saymakta ve ölçüt olarak da “kamusal bir erk kullanımını” aramaktadır.” Tanımlamaların geniş tahlilleri için bkz. ERMAN Sahir, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, *Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi*, C. II, S. 1-2, Ankara 1947, s. 235 vd.

[63] ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAĞIZ, s. 1037-1038.

[64] DURSUN, s. 474. Yazar benzer bir yorumu nüfuz dolandırıcılığı suçu için yapmıştır. Ancak nüfuz ticareti suçu için de bu haklı yorumun uygun düştüğü kanaatindeyiz.

Türk Ceza Kanununun “*Tanımlar*” başlıklı altıncı maddesinde kamu görevlisi ile yargı görevi yapan kavramları farklı bentlerde tanımlanmıştır. Doktrinde bu iki kavramın farklı tanımlanmasının bir anlamı olduğu ve suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince yargı görevini yapan kişiler üzerinde nüfuz ticareti suçu işlenemeyeceği savunulmaktadır.^[65] Biz bu düşünceye katılmıyoruz. Zira tanımlar kısmındaki deyimler birbirini kapsayacak şekilde de anlaşılabilir. Bir kavramın farklı tanımlanması illaki diğer kavramlardan farklı olduğundan değil, kanun koyucunun bazı suçlar bakımından o kavrama daha çok önem vermesinden kaynaklanır. Yargı görevi yapan kişi çoğunlukla aynı zamanda kamu görevlisidir. Gerçekten de bazı suçlar açısından yargı görevi yapanların bu suçu işlemesi veya onların üzerinde işlenmesi maddi unsuru olabileceği gibi nitelikli hal de olabilir. Kanun koyucunun TCK m. 255/6’da işin gördürülmesi amacıyla girişimde bulunulmasının müstakil bir suç oluşturduğu hallerde faileri ayrıca bu suçtan da cezalandırması, düşüncemizi doğrular niteliktedir. Zira yargı görevi yapan hâkim veya savcılarının üzerinde nüfuz ticareti suçu işlenir ve haksız işin gördürülmesi amacıyla girişimde bulunulması ayrıca TCK m. 277’de düzenlenen yargı görevini yapan kişiyi etkileme suçunu da oluştursa, failer yalnız TCK m. 277’den değil TCK m. 255’ten dolayı da sorumlu olacaktır. TCK m. 255 ile ilgili Yargıtay kararlarının çoğunluğunda da suçun yargı mensupları üzerinde işlendiği veya işlenmeye çalışıldığı açıkça görülmektedir.

TCK m. 255/7’nin atfından anlaşılan, TCK m. 252/9’da sayılan kişiler üzerinde de nüfuz ticareti suçu işlenebileceğidir. Buna göre; “*yabancı bir devlette seçilmiş veya atanmış olan kamu görevlileri, uluslararası veya uluslararası mahkemelerde ya da yabancı devlet mahkemelerinde görev yapan hâkimler, jüri üyelerine veya diğer görevlilere, uluslararası veya uluslararası parlamento üyeleri, kamu kurumu ya da kamu işletmeleri de*

Ayrıca yazar; ilgili kısımda Yargıtay’ın vermiş olduğu ve “Genelkurmayda tanıdıklarım var” diyerek geniş bir ifadeyle mağduru aldatmasının TCK’nın 157. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen basit dolandırıcılık suçunu oluşturacağını kabul ettiği kararını da eleştirmiştir. Söz konusu karar: *Yargıtay 11. CD, T. 19.12.2006, E. 2006/6755, K. 2006/10432.*

[65] ŞEN, s. 3. Yazar yargı görevini yapan kişiler üzerinde nüfuz ticareti suçunun işlenemeyeceğini savunmakta ve yargı mensubunun üstünde nüfuzu bulunduğu bahisle menfaat temin edilmesi durumunda, unsurları varsa ancak TCK m. 157, m. 158, m. 252 veya m. 277’nin uygulanacağını ifade etmektedir.

dâhil olmak üzere, yabancı bir ülke için kamusal bir faaliyet yürüten kişiler, bir hukuki uyumsuzluğun çözümü amacıyla başvurulmuş tahkim usulü çerçevesinde görevlendirilen vatandaşı veya yabancı hakemler, uluslararası bir anlaşmaya dayalı olarak kurulan uluslararası örgütlerin görevlileri veya temsilcileri” üzerinde yapılan nüfuz ticareti fiilleri de suç oluşturacaktır. Yani bu kişiler de nüfuz ticareti suçunda üstünden nüfuz ticareti yapılan kamu görevlisi gibi sayılmalıdır. Ancak madde çok açık olmamakla birlikte, TCK m. 255/7'nin son cümlesinde bu kişiler hakkında, Türkiye'de bulunmaları halinde, vatandaş veya yabancı olduklarına bakılmaksızın, resen soruşturma ve kovuşturma yapılır diyerek, sayılan kişilerin, üstünden ticaret yapılan kişiler olabilecekleri gibi, suçun faili de olabileceğini düzenlemektedir. Zira soruşturma ve kovuşturma ancak suç faili hakkında yapılır. Nüfuz ticaretinde ise, üzerinden ticaret yapılan kamu görevlisi fail olamaz.

E. Nüfuz Ticareti Anlaşması

TCK m. 255/2 nüfuz ticareti suçunda tarafların menfaat temini konusunda anlaşmaya varmasını suç tamamlanmış gibi cezaya hükümlenacağını düzenlemiştir. Kanun koyucu ceza normuyla koruduğu hukuki konunun önemine binaen, suçun tamamlanmamış hali olan anlaşma durumunu dahi tamamlanma anıyla bir tutarak aynı ceza verileceğine hükmetmiştir. Bazı yazarlar “nüfuz ticareti anlaşması”nın yerine “nüfuz ticareti sözleşmesi” ifadesini kullanmaktadırlar. Ancak sözleşme bir borçlar hukuku terimidir ve hukuka ve ahlaka uygun olduğu sürece her türlü sözleşme geçerlidir. Bu yüzden hukuka aykırı olduğu daha baştan belli olan ve suç teşkil eden bir anlaşmaya, sözleşme demenin uygun olmadığı kanaatindeyiz. Bu yüzden nüfuz ticareti anlaşmasının kurulduğu anı borçlar hukuku ilkeleri ve kurallarıyla teknik olarak tespit etmenin de doğru olmayacağını söyleyebiliriz.^[66] Basit bir şekilde hukuka aykırı zeminde bir araya gelen karşılıklı iki iradenin uyduğu anda nüfuz ticareti anlaşması kurulmuş demektir. Anlaşmanın kurulduğunun ispatı da ceza muhakemesi hukuku kuralları ve ilkeleriyle mümkün olacaktır.

[66] ŞENTÜRK, s. 146. Karşıt görüş için bkz. YEMENİCİ, s. 94 vd.

VII. MANEVİ UNSUR

Nüfuz ticareti suçu ancak kasten işlenebilen bir suçtur. Suçun taksirli şekline Kanun'da yer verilmemiştir. Çok faili bir suç olduğu için, faillerden birinin kastı kamu görevlisi üzerinde nüfuzu bulunduğu bahisle menfaat karşılığı karşı tarafın haksız işini gördürme anlaşması yapmaya, diğer tarafın kastı ise haksız işinin gördürülmesi girişiminde bulunması için karşı tarafa menfaat sağlamak anlaşması yapmaya yönelmelidir. Nüfuz ticareti suçuna aracılık eden herkesin de suçun maddi unsurlarını bilmeleri ve istemeleri gerekir.^[67] Suçun hem nüfuz taciri hem de haksız iş sahibi bakımından olası kastla işlenmeyeceğini düşünüyoruz.

Failler haksız bir işin gördürülmesi için girişimde bulduklarını zannederken, esasında haklı bir iş için girişimde bulunurlarsa veya bunun üzerine anlaşılırlarsa bu suç bakımından işlenemez suç söz konusu olur.^[68]

VIII. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Suç her durumda hukuka aykırıdır. Bu suçla uygun düşünebilecek tek hukuka uygunluk nedeni, taraflardan birinin diğerini yakalatmak amacıyla görünüşte nüfuz ticareti anlaşması yapması durumudur. Gerçekten bu durumda nüfuz ticareti ilişkisinde olmak istemeyen taraf, sözde bir anlaşma yaparak failin yakalanmasına yardımcı olduğu için fiili suç oluşturmayacaktır.^[69]

[67] SOYASLAN Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 764.

[68] HAFIZOĞULLARI / EŞİTLİ, s. 89.

[69] “Sanığın suç tarihlerinde mübaşir olarak görev yaptığı, katılanın ise fuhuş için yer temini suçundan sanık olarak yargılanıp mahkûmiyetine hükmedildiği, sanığın dosyayı Yargıtay’a göndermeyip yok edeceğini, dosya temyiz edilse dahi kararı bozduracağını söyleyerek sürekli katılanı arayarak parayı temin hususunda talepte bulunduğu, katılanın ilk aşamada 400 TL verebileceğini söylemesi üzerine, gerçekte bunu istemeyen katılan ile sanık arasında **görünüşte karşılıklı anlaşmanın sağlandığı**, katılanın kolluğa başvurduğu, sanığın suçüstü yakalanabilmesi amacıyla kolluk tarafından seri numaraları alınmış 400 TL'nin katılan tarafından sanığa verildikten hemen sonra sanığın üzerinde yakalandığı anlaşılan olayda, eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmelidir.” *Yargıtay 5. CD, E. 2011/12308, K. 2013/2, T. 7.1.2013.*

Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesine çekince koyan bazı ülkelerin gerekçelerinden biri de liberal demokratik ülkelerde ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilen lobicilik faaliyetlerinin,^[70] nüfuz ticareti fiillerinin suç haline getirilmesiyle yasaklanmış ve cezalandırılmış olacağı kaygısıdır.^[71] Ancak Sözleşmenin nüfuz ticaretini tanımlayan maddesinde (madde 12) usule uygun olmayan menfaatten bahsedildiği için bu kaygıların yersiz olduğunu düşünüyoruz. Ülkemiz açısından ise suç tanımında *haksız bir iş* ifadesinin geçmesi, lobicilik faaliyetlerinin hukuka uygunluk nedeni olarak görülmesini zaten engellemektedir.

IX. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. TEŞEBBÜS

TCK m. 255/1'de suçun temel halinin bir tarafın menfaat sağlaması ve diğer tarafında bunun karşılığında haksız işin gördürülmesi için girişimde bulunması olarak düzenlenmiştir. Normal olarak suçun tamamlanma anı menfaatin temin edilmesi ve girişimde bulunulması anıdır. Kanaatimizce bu suç bağlamında sadece anlaşmaya varmak normalde icra hareketlerinden sayılması gerekir ve böyle bir durumda suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilir. Ancak kanun koyucu, suçun hukuki konusuna verdiği öneme binaen veya başka bazı ceza politikaları sonucunda, suçun tamamlanma anını geriye çekmiş ve sadece menfaat temini ve haksız işin gördürülmesi için girişimde bulunulması hususunda tarafların anlaşmasını yeterli görmüştür

[70] Lobicilik, hükümeti ve ona bağlı kurumları politik olarak etki altına almaya çalışan menfaat gruplarının faaliyetleri olarak tanımlanabilir. Özellikle farklı farklı menfaat odaklarının yoğun olarak yaşadığı ABD, Kanada gibi Kuzey Amerika demokrasilerinde yasal düzenleme altına alınan bu tarz faaliyetler, son dönemlerde Kara Avrupası'nda, federal özellikler gösteren Avrupa Birliği tarzı kurumlarda da görülmeye başlanmıştır. Bu faaliyetler ilk bakışta corruption (rüşvet, irtikap vb. yolsuzluk suçlarının İngilizcedeki genel ismi) olarak görünse de günümüzde git gide bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmeye başlanmıştır. SQAPI Gerti, "Lobbying in the United States of America and European Union: A Comparative Approach", *Mediterranean Journal of Social Sciences*, C. 6, S. 2, Mart 2015, s. 72 vd.

[71] SLINGERLAND, s. 4.

(TCK m. 255/3). Yani taraflar teklif ve kabul sonrası iradelerinin örtüşmesi ile bir anlaşmaya vardıkları anda suç tamamlanmış olacaktır.^[72]

Kanun koyucu TCK m. 255/3'te iki tarafın yaptığı anlaşma tekliflerinin sonuçsuz kalması durumunda verilecek cezanın ilk fıkradaki cezaların yarısı olacağını belirtmiştir. Örneğin kişinin kamu görevlisi üzerindeki nüfuzundan bahsedip menfaat temini için teklifte bulunması ve fakat bunun karşı tarafça kabul edilmemesi veya yine kişinin haksız işinin gördürülmesi amacıyla kamu görevlisi üzerinde nüfuzu olduğunu bildiği veya sandığı kişiye menfaat sağlamayı teklif etmesi ve fakat bunun kabul edilmemesi hallerinde verilecek ceza, yarı oranında azalacaktır^[73]. Burada ceza sorumluluğu söz konusu olan elbette teklifi yapan kişidir. Kanaatimizce nüfuz ticareti suçu için anlaşmaya varmak ve anlaşmaya giden yoldaki hareketler icra hareketleridir. Ancak kanun koyucu anlaşmaya varmayı suçun tamamlanması gibi cezalandırırken, anlaşmaya varmak için yapılan teklifleri de genel hükümlere başvurmadan cezalandırmak istemiştir.

[72] HAFIZOĞULLARI / EŞİTLİ' ye göre ise bu suç teknik anlamıyla “teşebbüsü tamamlanmış suç gibi cezalandırılan bir suç” değildir. Kanun koyucu anlaşma anını teşebbüs olarak, girişimde bulunmayı ise tamamlanmış suç olarak düşünmüş ve her ikisine de aynı cezayı vermeyi uygun bulmuştur. Yoksa suça her teşebbüs şeklinin tamamlanma gibi cezalandırıldığı düşünülmemelidir. HAFIZOĞULLARI / EŞİTLİ, s. 84.

[73] “...Sanığın suç tarihlerinde Aliğa Adliyesinde Asliye Ceza Mahkemesi mübaşiri olarak görev yaptığı, katılanın ise aynı Mahkemenin 2007/228 Esas sayılı dosyasında fuhuş için yer temini suçundan sanık olarak yargılanıp 26.2.2008 tarih ve 2008/85 Sayılı Karar ile mahkûmiyetine hükmedildiği, sanığın katılanı cep telefonu ile arayarak dosyası ile ilgili görüşmek istediği, katılanın kabul etmemesi üzerine, tanık E.’nin aracılığı ile görüşmeye ikna olduğu, sanığın dosyayı Yargıtay’a göndermeyip yok edeceğini, Yargıtay’a gönderilmesini 4-5 yıl geciktireceğini, dosya temyiz edilse dahi Ankara’ya giderek kararı bozduracağını söyleyerek 6.000 TL’ye bu işi halledebileceğini belirtip, sürekli katılanı arayarak parayı temin hususunda talepte bulunduğu, katılanın ise bu miktarı temin edemediğini, ilk aşamada 400 TL verebileceğini söylemesi üzerine, gerçekte bunu istemeyen katılan ile sanık arasında görünüşte karşılıklı anlaşmanın sağlandığı, katılanın suç tarihinde kolluğa başvurduğu, C.Savcılığının talimatı üzerine sanığın suçüstü yakalanabilmesi amacıyla kolluk tarafından seri numaraları alınmış 400 TL’nin 25.3.2008 günü katılan tarafından sanığa verildikten hemen sonra sanığın üzerinde yakalandığı anlaşılan olayda, eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden tamamlandığının kabulüyle yazılı şekilde fazla ceza tayini...” *Yargıtay 5. CD. T. 7.1.2013, E. 2011/12308, K. 2013/2.*

Tarafların nüfuz ticareti anlamında anlaşmaya varmadan önce pazarlık aşamasında kalmaları durumunda her iki tarafın fiillerinin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir. Zira bu durumda taraflar anlaşma yapmaya çalışmış ancak iradeleri ortak noktada buluşmamıştır.^[74]

B. İŞTİRAK

Nüfuz ticareti suçu özgü bir suç değildir. Bu suçun faili herkes olabilir. Aynı zamanda genel iştirak kurallarına göre bu suça iştirak de mümkündür. Ancak kanun koyucu TCK m. 255/4'te özel bir iştirak hükmü getirmiş ve bu suça aracılık eden herkesin müşterek fail olarak birinci fıkrada belirtilen ceza ile cezalandırılacağını belirtmiştir. Yani nüfuz ticareti suçunda anlaşmanın sağlanması, girişimde bulunulması veya menfaatin temin edilmesi için aracılık yapan herkes müşterek fail olarak cezalandırılacaktır. Elbette ki bu hüküm suça iştirak edenler için genel iştirak hükümlerinin uygulanmasına nazaran daha aleyhte bir düzenleme olmuştur. Zira müşterek faillik birden çok kişinin birlikte suç işleme kararına sahip olmalarının yanında fiil üzerinde ortak hakimiyet kurmaları anlamına gelir.^[75] Suça aracılık eden kimselerin fiil üzerinde ortak hakimiyet kurdukları söylenemez. Ancak kanun koyucu teşebbüs için belirttiğimiz hassasiyeti iştirak için de göstermiş ve böyle bir düzenlemeyle suçla korunan hukuki konuya verdiği öneme bir daha dikkat çekmiştir.

Kanun koyucu m. 255/4'de nüfuz ticareti suçuna aracılık eden kişinin de müşterek fail sayılacağını ve birinci fıkrada belirtilen ceza ile cezalandırılacağını söylemiştir. Ancak birinci fıkrada nüfuz ticareti suçunu işleyen karşılıklı failer için iki farklı ceza öngörülmüştür. Nüfuz tacirine (iki yıldan beş yıla kadar), haksız iş sahibine (bir yıldan üç yıla kadar) oranla daha yüksek bir ceza verilmesi düzenlenmiştir. Bu bağlamda bizim düşüncemiz aracı kişinin nüfuz ticareti ilişkisine hangi taraftan katıldığına bakılmalıdır. Fiilin yoğunluğu anlaşmanın hangi tarafı için ağır basıyorsa, kişi de onun fiiline aracılık etmiş ve onun müşterek faili olmuş sayılmalıdır. Örneğin nüfuz taciri, kendisinin kimliği açığa çıkmasın diye aracı kullanıyorsa, söz

[74] KOCA, s. 351.

[75] TOROSLU/ TOROSLU, s. 348; AYDIN Devrim, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 135.

konusu aracı da nüfuz taciri kişi gibi cezalandırılacaktır.^[76] Ancak belirlilik ilkesi açısından müşterek fail sayılan araçların nasıl cezalandırılacağı kanuni olarak düzenlenmesi isabetlidir. Bunun yanında nüfuz taciri kişiye aracılık eden kişinin kamu görevlisi olması durumunda, verilecek cezanın, tıpkı nüfuz taciri kişinin kamu görevlisi olması durumundaki gibi yarı oranında artırılacağı yönünde yapılan yorumun suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturacağını düşünüyoruz.^[77] Zira Kanun koyucu bu artırıma sadece nüfuz taciri kişinin kamu görevlisi olması durumunda öngörmüştür.

TCK m. 255/5'e göre nüfuz ticareti ilişkisinden dolayı olarak kendisine menfaat sağlanan üçüncü gerçek kişi veya tüzel kişinin menfaati kabul eden yetkilileri, müşterek fail olarak, birinci fıkrada belirtilen ceza ile cezalandırılır. Elbette bu kişilerin müşterek fail olarak cezalandırılması için diğer unsurların varlığı da gereklidir. Yani bu kimseler sağlanan menfaatin bir nüfuz ticareti ilişkisi dolayısıyla kendisine sağlandığını bilmeli ve istemelidir. Aksi takdirde ceza sorumluluğu doğmayacaktır.^[78] Örneğin nüfuz ticareti ilişkisinde menfaat temin eden kişi, aralarında yapılan anlaşmaya göre menfaatin bir derneğe yapılmasını istemiş ve karşı tarafta derneğe sadece yardım amaçlı olarak menfaati sağladığını söylese, menfaati kabul eden dernek yetkililerinin, kusurları olmadığı için, herhangi bir ceza sorumluluğu olmaz.

C. İÇTİMA

Suçun mağdurunun bütün kamu idaresi olduğunu belirtmiştik. Bu bağlamda nüfuz ticareti suçunun kamu idaresine karşı, bir suç işleme kararı çerçevesinde, birden fazla işlenmesi durumunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağını düşünüyoruz. Burada dikkat edilmesi gereken nokta suçun aynı kamu görevlisi nezdinde değil kamu idaresine karşı işlenmiş olmasıdır. Aynı kamu idaresinde farklı kamu görevlilerine karşı işlense bile zincirleme suç oluşacaktır. Zira bu suçun mağduru üzerinde nüfuz bulunduğundan bahsedilen kamu görevlisi değil, kamu idaresidir.^[79] Nitekim Yargıtay da

[76] Benzer bir yorum için bkz. HAFIZOĞULLARI/EŞİTLİ, s. 94.

[77] HAFIZOĞULLARI/EŞİTLİ, s. 95.

[78] KOCA, s. 352.

[79] HAFIZOĞULLARI / EŞİTLİ, s. 88. Farklı görüş için bkz. KOCA, s. 353. Yazar suçun mağdurunu üzerinde nüfuz olduğundan bahsedilen kamu görevlisi olduğunu ve ilgili

kamu idaresine karşı işlenen suçlar bakımından aynı suç işleme kararının icrası kapsamında olmak üzere birden fazla suç işlenmişse zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı görüşündedir.^[80]

TCK m. 255/6'da nüfuz ticareti ilişkisinde, işin gördürülmesi amacıyla girişimde bulunulmasının müstakil bir suç oluşturduğu hallerde kişilerin ayrıca bu suç nedeniyle cezalandırılacağı belirtilmiştir. Örneğin normalde aleyhine sonuçlanacak davasının lehine sonuçlanmasını isteyen bir kimsenin, davanın hâkimi üzerinde nüfuzu bulunduğu bahsedilen bir zabıt kâtabi ile menfaat temini karşılığında anlaşması ve zabıt kâtabinin hâkim nezdinde girişimde bulunması sonucunda, failler hem nüfuz ticareti suçundan hem de şartları ve unsurları varsa yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs (TCK m. 277) suçundan sorumlu olacaklardır.

Doktrinde bu suç bağlamında fikri içtimanın mümkün olduğunu yönünde görüşler mevcuttur. Örneğin bir kimsenin birden fazla kişinin haksız işini halletmesi için kendi aralarında para toplamalarını istemesi durumunda fikri içtima olacağını ve TCK m. 43/2 hükmü gereği fiilin tek kabul edilip ceza artırımı yapılabileceği söylenmiştir.^[81] Ancak bu örnekte

kamu görevlisinin üzerinde birden fazla yapılan suçun zincirleme suç oluşturacağı düşüncesindedir.

[80] "...Sanığın **dört adet makbuzda**, mükellefe verdiği nüshadaki miktar ile dairede kalan makbuza yazdığı miktar arasındaki fark olan 171.818.000 lirayı zimmetine geçirmesi eyleminin müteselsil nitelikli zimmet suçunu oluşturduğu..." *Yargıtay 5. CD, T. 18.03.2002, E. 2001/3907, K. 2002/1676*. "...Devlet Demir yolları Genel Müdürlüğü Yemekli, Yataklı Vagonlar ve Turizm Dairesi Ankara Servis Müdürlüğünde sözleşmeli memur statüsünde bulunan sanığın, amirinin görevlendirilmesi üzerine 10.12.1992 tarihinden itibaren fiilen mutemetlik görevini de yapmakta bulunduğu, bu görevi cümlesinden olan tren şef **garsonlarından vezneye yatırmak üzere çeşitli tarihlerde teslim aldığı cem'an 39.704.050 lira parayı** kasaya ve vezneye intikal ettirmeyerek ilk nazarda belli olacak şekilde bir kısım sahte kayıt da düzenlemek suretiyle temellük ettiği ve olayın ortaya çıkmasından sonra bu parayı İdareye ödemiş bulunduğu, müfettiş soruşturma raporu, savunma, tanık açıklamaları ve dosya içeriğinden anlaşıldığı halde T.C. Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğünün Ulaştırma Bakanlığına bağlı bir Kamu İktisadi Kuruluşu olduğu nazara alınarak ayrıca 6186 sayılı T.C.D.D.Y. İşletmesi Kuruluş Kanununun 26. maddesi gözönünde bulundurulurken sanığın sabit olan müteselsil basit zimmet suçundan mahkumiyeti yerine..." *Yargıtay 5. CD, T. 17.10.1996, E. 1996/2931, K. 1996/3483*.

[81] KOCA, s. 354.

fiilin kendilerine karşı gerçekleştiği bahsedilen kişiler suçun mağduru değil, failleridir. Dolayısıyla suçun onlara karşı işlenmesi söz konusu değildir. Suç ancak mağduru olan kamu idaresine karşı işlenebilir. Dahası bu örnekte fiil tektir ve suç da tektir. Kendi aralarında para toplayan kimselerin ceza sorumluluğu genel iştirak hükümlerine göre belirlenecektir. Zira onların her biri mağdur değil, asli faildir. Kanaatimizce bu suçta fikri içtima kurallarını uygulamak mümkün değildir.^[82]

X. YAPTIRIM, NİTELİKLİ HAL ve MUHAKEME USULÜ

Nüfuz ticareti suçu çok failli bir suçtur. Faillerin suça katılımları karşılıklıdır ve kanun koyucu failer bakımından farklı yaptırımlar öngörmüştür. Buna göre kamu görevlisi üzerinde nüfuz sahibi olduğundan bahisle, haksız bir işin gördürülmesi amacıyla girişimde bulunması için doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, kendisine veya bir başkasına menfaat temin eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. İşinin gördürülmesi karşılığında veya gördürüleceği beklentisiyle menfaat sağlayan kişi ise, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Görüldüğü gibi kanun nüfuz tacirine daha ağır bir yaptırım getirmiş ve onun fiilini suçun hukuki konusu için daha tehlikeli görmüştür. Diğer yandan nüfuz ticareti ilişkisine aracılık eden her kişi de müşterek fail olarak birinci fıkradaki ceza ile cezalandırılır.

Kamu görevlisi üzerinde nüfuzu bulunduğu bahisle menfaat temin eden kişinin de kamu görevlisi olması suçun ağırlaştırıcı hali olarak düzenlenmiştir. Bu durumda ceza yarı oranında artırılabacaktır.

Görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Suç özgü bir suç olmadığından genel soruşturma ilkelerine tabidir. Şikâyete tabi değildir ve re'sen soruşturulur. Suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesi durumunda, kamu görevlisinin görev sebebiyle değil yetkisi ve görevi dışında olan bir işi yaptırması taahhüt ettiği için 4483 sayılı Kanuna göre özel soruşturma hükümleri uygulanmayacak, genel soruşturmaya tabi olacaktır.^[83] Ancak failin hiyerarşik amir konumunda bulunması durumunda “görev sebebiyle”

[82] Aynı yöndeki görüş için bkz. HAFIZOĞULLARI / EŞİTLİ, s. 88.

[83] KOCA, s. 362.

işlenen suç olduğu için 4483 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz.^[84]

XI. NÜFUZ TİCARETİ SUÇU İLE NİTELİKLİ DOLANDIRICILIK (TCK m. 158/2) SUÇUNUN KARŞILAŞTIRILMASI

Yukarıda ulusal kanuni düzenlemeler bölümünde de değindiğimiz üzere, nüfuz ticareti suçu ile TCK m. 158/2’de düzenlenen nitelikli dolandırıcılık (nüfuz dolandırıcılığı) suçunun hem kavram hem de mevzuat olarak bir benzerlik ve de bir karışıklık içerisinde olduğunu söyleyebiliriz. Bu da ceza hukukunun en önemli ilkelerinden biri olan kanuni belirlilik ilkesine aykırılık oluşturacak durumlara zemin hazırlamaktadır. Bunun yanında nüfuz ticaretinin her iki tarafının da fail olması, nüfuz dolandırıcılığında ise iş sahibinin mağdur pozisyonunda olması da ceza adaleti açısından bazı sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Bu bağlamda her iki suçun benzer ve farklı yanlarını belirlemek önem arz etmektedir.

TCK m. 158/2, “*kamu görevlileriyle ilişkisinin olduğundan, onlar nezdinde hatırı sayıldığından bahisle ve belli bir işin gördürüleceği vaadiyle aldatarak, başkasından menfaat temin eden kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.*” şeklinde düzenlenmiştir. Madde metninde bahsedilen “*kamu görevlileriyle ilişkisi olmak, onlar nezdinde hatırı sayılmak*” ifadeleri, nüfuz ticareti suçunun metnindeki nüfuzdan başka bir şey değildir.^[85]

İlk olarak nüfuz ticareti ile nüfuz dolandırıcılığı suçlarının hukuki konularının farklı olduğunu belirtmeliyiz^[86]. Kanun koyucu nüfuz dolandırıcılığı suçunu malvarlığına karşı suçlar arasında düzenleyerek, mülkiyet hakkının korunması menfaatini, bu suçla korunan diğer varlık veya menfaatlerden

[84] **4483 Sayılı Kanun, madde 1:** Bu Kanunun amacı, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili mercileri belirtmek ve izlenecek usulü düzenlemektir.

[85] Farklı görüş için bkz. EKİCİ ŞAHİN Meral, *Dolandırıcılık Suçu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 478. Yazara göre dolandırıcılık suçunda fail, işi görmeye yetkili kamu görevlisi üzerinde nüfuz sahibi olduğunu iddia etmez, kamu görevlileriyle ilişkisi olduğunu, onlar nezdinde hatırı sayıldığını iddia eder. Ancak kanaatimizce kamu görevlileriyle ilişkisi olmak ve onlar nezdinde hatırı sayılmak da kamu görevlileri üzerinde nüfuzu olmak manasına gelmektedir.

[86] EKİCİ ŞAHİN, s. 478.

üstün tutmuştur. Bunun yanında nüfuz ticareti suçunun hukuki konusunun kamu yönetiminin düzenli ve sağlıklı işleyişi ve idarenin tarafsız işlem yapacağına duyulan güven olduğunu belirtmiştik.

Maddi unsur olarak ise nüfuz ticareti suçunda “*haksız bir işin gördürülmesi*” ile nüfuz dolandırıcılığı suçundaki “*belli bir işin gördürüleceği*” ifadeleri farklıdır. Belli bir iş illa ki haksız bir iş olmayabilir. Haklı bir işin gördürülmesi vaadi de bu anlamda belli bir iştir^[87]. Örneğin hukuki bir alacağın nüfuz kullanılarak tahsil edilmesi, mağduru bulunulan bir suçta sanığın normalde alacağı cezanın nüfuz kullanılarak aldırılması veya normal şartlarda da verilecek bir sağlık raporunun nüfuz kullanılarak aldırılması belli bir işin gördürülmesi kapsamındadır. Bunun yanında belli bir işin, kamu görevlileri tarafından yapılabilecek iş tanımıyla doğrudan veya dolaylı olarak ilgili, yarı veya tam çerçevede resmi bir iş olması da gerekir.^[88]

İki suçun ayırımının yapılmasında esaslı nokta ise, nüfuz ticareti suçunda karşı tarafın iradesinin herhangi bir aldatma veya hile ile fesada uğratılmayıp, nüfuz dolandırıcılığı suçunda karşı tarafın iradesinin aldatma ile bozulmasıdır.^[89] Diğer bir ifadeyle, her iki suçun esaslı farklılığı, bahsedilen nüfuzun türünde kilitlenmektedir. Nüfuz ticaretinde kişiler, anlaşma yapmak suretiyle haksız bir işin gördürüleceğini ve bunun karşılığında menfaat temin edileceğini bilirler. Yani bir anlamda hukuka aykırı bir zeminde karşılıklı iradeleriyle buluşurlar.^[90] Ancak nüfuz dolandırıcılığı suçunda karşı tarafın (belli bir iş sahibinin) iradesi hileli davranışlarla ve aldatma ile etkilenir ve gerçekte kamu görevlileri üzerinde herhangi bir etkisi olmadığı halde, fail bu konuda mağduru aldatır ve menfaat temin eder.^[91] Gerçekte olan failin, kamu görevlisi üzerinde herhangi bir nüfuzunun bulunmamasıdır. Yani fail nüfuz konusunda yalan söyler. Onun bahsettiği nüfuz, yukarıda nüfuz türlerinde

[87] EKİCİ ŞAHİN, s. 477.

[88] DURSUN, s. 475.

[89] EKİCİ ŞAHİN, s. 478.

[90] KOCA, s. 358.

[91] “*Sanığın iki ayrı olayda belli bir savcı nezdindeki hatırını kullanarak zanlılara adli soruşturmada avantaj sağlayacağını vaad ile çıkar sağlamaya kalkışmasının TCY’nın 278/1. Maddesinin iki defa uygulanmasını gerektirdiği gözetilmeden...*” Yargıtay 4.CD, T. 4.3.2002, E. 18084, K. 2925.

değindiğimiz üzere, sözde nüfuzdur. Dolandırıcılık suçlarının temel özelliği olan hileli davranışlarla aldatma, nüfuz dolandırıcılığı için de geçerlidir. Şurası da var ki, nüfuz ticareti ilişkisinde de nüfuz sahibi olduğu bahsedilen kişinin gerçekte kamu görevlisi üzerinde hâlihazırda herhangi bir nüfuzu olmayabilir. Kişi kamu görevlisi üzerinde nüfuzu olduğunu zannediyordur veya en azından buna bir ihtimal veriyordur. Bu dahi müstakbel bir nüfuz olduğu için iş sahibini bu konuda hileli davranışlarla aldatmak söz konusu değildir.^[92] Nüfuz dolandırıcılığında ise böyle bir ihtimal dahi yoktur. Bu suç için kişi kamu görevlisi üzerinde herhangi bir etkisi olmadığını bilmeli ve buna rağmen karşı tarafı aldatıp menfaat temin etmelidir.^[93] Aslında bu

[92] HAFIZOĞULLARI/EŞİTLİ, s. 87.

[93] "...sanık Erdal'ın milletvekili danışmanı ve sanık Gülay'ın Orman Genel Müdür yardımcısı olarak kendilerini tanıtarak atamaya yetkili herhangi bir kişi yanında sözünün geçtiğini söylemeksizin, katılanın belirlediği kişilerin atamalarını yaptıracağından söz ederek çıkar sağlamaktan ibaret eylemlerinin dolandırıcılık suçunu oluşturduğu gözetilmeden, öğeleri bulunmayan T.C.Yasası'nın 278/1.madde ve fıkrasıyla hüküm kurulması..." Yargıtay 4. CD. T. 20.4.1999, E. 1999/293, K. 1999/4288. "...Suç tarihinde İstanbul İl Gıda Tarım ve Hayvancılık Müdürlüğü çayır, mera ve yem bitkileri biriminde mühendis olarak görev yapan sanık ...'un, tohumculuk birimi görevlilerince yapılan rutin kontroller sonrası tespit edilen mevzuata aykırılık nedeniyle hakkında idari para cezası kesilen firma sahibi sanık ...'e aynı kurumda müdür yardımcısı olan ... ile görüşüğünü ve işinin hallolduğunu belirtip 8.000 TL karşılığında para cezasının dayanağını oluşturan tutanakları vererek menfaat temin etmesi şeklinde gerçekleşen somut olayda; 5237 Sayılı TCK'nın 6352 Sayılı Kanun'un 89. maddesiyle değişik 255/1. maddesinde "Kamu görevlisi üzerinde nüfuz sahibi olduğundan bahisle, haksız bir işin gördürülmesi amacıyla girişimde bulunması için, doğrudan veya aracılar vasıtasıyla, kendisine veya bir başkasına menfaat temin eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Kişinin kamu görevlisi olması halinde, verilecek hapis cezası yarı oranında artırılır. İşinin gördürülmesi karşılığında veya gördürüleceği beklentisiyle menfaat sağlayan kişi ise, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." hükmünün yer aldığı, dosya kapsamındaki tüm deliller ile anlatımlardan, sanık ...'un, kamu görevlisi üzerinde nüfuz sahibi olduğundan bahisle eylemi gerçekleştirdiğine yönelik kanıt bulunmadığı, ayrıca görevi kapsamına giren bir işin de olmadığı nazara alındığında, eyleminin aynı Yasanın 158/2. maddesinde düzenlenen nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturduğu gözetilerek sanık ...'in yüklenen suçtan beraatine, sanık ...'un ise anılan suçtan mahkumiyetine karar verilmesi yerine, suç vasfında yanılıya düşülerek her iki sanığın da yazılı biçimde nüfuz ticareti suçundan mahkumiyetlerine karar verilmesi..." Yargıtay 5. CD. T. 23.9.2020, E. 2018/3859, K. 2020/12375.

durum uygulamada nüfuz ticareti suçunun az görülen bir suç olmasının da bir nedenidir. Nüfuz ticareti anlaşması yapıldıktan sonra, nüfuz sahibi kişi kamu görevlisi nezdinde girişime geçer ve kamu görevlisi bunu reddederse, haksız iş sahibinin kendisinin dolandırıldığını düşünmesi çok doğaldır.

Bunun yanında iki suçun ayırımında kullanılacak temel kıstaslardan bir tanesi de manevi unsurdur. Nüfuz ticareti suçunda *haksız iş sahibinin* kastı, haksız olduğunu bildiği işini gördürmek amacıyla, kamu görevlileri nezdinde nüfuzu olduğu bahsedilen nüfuz tacirine menfaat sağlamak iken, *nüfuz tacirinin* kastı ise haksız olduğunu bildiği bir iş için kamu görevlileri nezdinde nüfuzuna dayanarak, menfaat karşılığında girişimde bulunmaktır. Nüfuz dolandırıcılığı suçunda ise *belli bir iş sahibi* fail olmadığı ve dolayısıyla suç fiili olmadığı için kastı da yoktur. *Nüfuz dolandırıcısının* kastı ise hileli hareketlerle mağduru, kamu görevlileri nezdinde nüfuzu olduğu konusunda aldatarak menfaat elde etmektir. Dolayısıyla her iki suçun ayırımı bakımından iş sahibinin kastına bakmak da etkili olacaktır. Örneğin “*Devletin üst kademelerinde tanıdıklarım var. Seni koruma olarak kamu kurumunda işe sokacağım*” şeklindeki beyana karşılık 30.000 TL veren kişinin^[94] veya “*17 yaşındaki kızının devlet memuru olması için üst düzey bürokratlardan tanıdıkları olduğunu*” söyleyen kişiye 1.500 TL veren kişinin^[95] fiillerinde manevi unsurun iyice araştırılıp ona göre hüküm kurulması gerekir. Zira bu kişilerin amaçlarının, haksız bir işlerini gördürmek için nüfuz anlaşması yapmak mı yoksa belli bir işlerinin gördürüleceği inancıyla mı hareket ettiklerinin tespiti çok önemlidir. Yukarıdaki örneklerde pasif konumda bulunan kişilerin, Devlette işe girmenin veya kamu personeli olmanın usullerini bilmedikleri ve bu nedenle hileli hareketlerle aldatıldıklarını ve nüfuz dolandırıcılığı suçunun mağduru olduklarını iddia etmenin de zorlama bir yorum olacağı kanaatindeyiz. Dolandırıcılık suçunda hileli hareketlerle aldatılan mağdurun hukuka aykırı zeminde olmaması gerekir. Dahası 17 yaşındaki çocuğunun menfaat karşılığı memur yapılacağı yönünde veya KPSS'ye girmeden kamu kurumunda koruma olacağı konusunda aldatıldığını iddia eden kimsenin manevi unsurunun haksız işini gördürmek olup olmadığının tespiti de her iki suç bakımından önemlidir.

[94] Haberin tamamı için bkz: <https://www.ensonhaber.com/3-sayfa/aydinda-burokrat-sandigi-sahistan-is-vaadi-olan-genc-dolandırildi>. (Erişim Tarihi: 25.10.2021).

[95] Haberin tamamı için bkz: <https://www.ensonhaber.com/3-sayfa/aydinda-burokrat-sandigi-sahistan-is-vaadi-olan-genc-dolandırildi>. (Erişim Tarihi: 25.10.2021).

Aslında Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'nin nüfuz ticaretini düzenleyen 12. maddesinin metni, sözde nüfuzdan bahsederek nüfuz ticareti yapmayı da bu suç kapsamında görmüştür. Yani TCK m. 158/2'de düzenlenen nüfuz dolandırıcılığı suçu da nüfuz ticaretinin bir çeşididir. Maddenin gerekçesinde de bu durum açık ve net olarak ifade edilse de GRECO tavsiyelerine uyularak yapılan kanuni değişiklikler sonrası nüfuz ticareti suçunun ayrı bir başlık olarak yeniden düzenlenmesi, bu suçun farklı görülmesine neden olmuştur. Yapılması gereken, sözleşmeye de uygun olarak, sözde nüfuzun ticaretinde de hukuki konu olarak kamu idaresinin işleyişi ve güvenilirliğini tercih etmek ve nüfuz dolandırıcılığı suçunu da nüfuz ticaretinin bir görünümü olarak düzenlemektir.

SONUÇ

Ülkemizde karışık bir mevzuat sürecinden geçtikten sonra en son şeklini alan nüfuz ticareti suçu, kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı işlenen diğer suçlar gibi bir yolsuzluk suçudur. Bu suçların işlenmesinin en büyük kriminolojik nedeni olarak hantal kamu bürokrasisini ve sağlıklı işlemeyen iktisadi sistemi gösterebiliriz. Ne yazık ki toplumumuzda normal vatandaşların dahi kamu görevlileri nezdinde nüfuzunun bulunmasını ve işlerini bu suretle hukuka aykırı da olsa kolaylıkla halledebilmesini bir övünç kaynağı olarak kullanıldığına tanık olmaktadır. Bu bağlamda suç, tam bir yolsuzluk suçudur.

Türkiye'nin de taraf olduğu kuruluşların yolsuzluk teması üzerindeki yoğun çalışmalarının ve uluslararası anlaşmaların da etkisiyle TCK m. 255'in başlığı nüfuz ticareti olarak değişmiş ve madde çok detaylı ve uzun bir şekilde yeniden formüle edilmiştir. En önemli değişiklik olarak suç özgü suç olmaktan çıkarılmış ve herkes tarafından işlenebilen bir suç haline getirilmiş, menfaat sağlayan taraf olan iş sahibinin de ceza sorumluluğu öngörülmüştür. Bunun yanında madde metni genel hükümlere başvurulmadan teşebbüs, iştirak ve içtima konularını da düzenlemiştir.

Yeni düzenlemeden önce 765 sayılı Kanunda olan nüfuz ticareti suçunun yeni TCK m. 158/2'de düzenlendiği gerekçede belirtilmişti. Dolayısıyla şimdiki nüfuz ticareti suçu ile nüfuz dolandırıcılığı suçu arasında da oldukça benzerlikler bulunmaktadır. Özellikle nüfuz ticareti suçunun çok failli bir karşılaşma suçu olması, iş sahibinin de bu kapsamda fail olarak değerlendirilmesi, her iki suçun unsurlarının ve yapısının iyi analiz edilmesini ve farklılıklarının iyi belirlenmesini gerekli kılmıştır. Bu anlamda suçların maddi unsurlarının yanında, tarafların manevi unsurlarını da içerecek şekilde kapsamlı bir araştırma sonucunda değerlendirme yapılması gerekmektedir. Halihazırdaki durumda, her iki norm da mevcut ve geçerli olduğuna göre bu farkın dikkatli bir şekilde ortaya konması uygulama açısından da çok önemlidir. Bu noktada nüfuz dolandırıcılığı suçunun şimdiki halinin ilga edilip, nüfuz ticaretinin bir görünümü olarak düzenlenmesinde isabet olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- AYDIN Devrim, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- DURSUN Hasan, “Nüfuz Dolandırıcılığı Suçu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 2014, C. 9, S. 100, s. 467-485.
- EKİCİ ŞAHİN Meral, *Dolandırıcılık Suçu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- ERDEM Büşra, “Nüfuz Ticareti Suçu”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 5, S. 1, Haziran 2019, s. 55-81.
- EREM Faruk, “Nüfuz Ticareti”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 1956, S. 6, s.365-370.
- ERMAN Sahir, “Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur”, *Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi*, Y. 1947 C. 2, S. 3, s. 235-276.
- GRECO Üçüncü Aşama İncelemesi: Türkiye’de Suç Haline Getirme (ETS 173 ve 191, GPC 2) Değerlendirme Raporu (Tema I), Erişim Adresi: https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/uluslararası_isbirligi/uluslararası_organizasyonlar/greco_turkiye_raporlar/TEMA%20I%20-%20suc_haline_getirme.pdf. (Erişim Tarihi: 19.10.2021).
- HAFIZOĞULLARI Zeki / EŞİTLİ Ezgi Aygün, *Kamu İdaresinin Güvenirliliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, US-A Yayıncılık, Ankara 2014.
- HAFIZOĞULLARI Zeki / ÖZEN Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Yayıncılık, Ankara 2016.
- HAFIZOĞULLARI Zeki / ÖZEN Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Millete ve Devlete Karşı Suçlar*, US-A Yayıncılık, Ankara 2016.
- HOLLAN Miklos, “Trading in Influence: Requirements of the Council of Europe Convention and the Hungarian Criminal Law”, *Acta Juridica Hungarica*, S. 52, No: 3, 2011, s. 235-246.
- KATOĞLU Tuğrul, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 61 (2), Y. 2012, s. 657-693.

- KEKLİK Ramazan, “Nüfuz Ticareti Suçu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 2016, C. 11, S. 115, s.26-38.
- KOCA Mehmet Reis, “Nüfuz Ticareti Suçu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 4, S. 15, (Ekim 2013), s. 337-364
- KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2013, s. 715.
- OKUYUCU Güneş, “Türk Ceza Hukukunda Kamusal Faaliyet ve Kamu Görevlisi”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku*, C. III, İstanbul 2010, s. 527-542.
- OKUYUCU-ERGÜN Güneş, *Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu*, Çakmak Yayınevi, Ankara 2008.
- ÖZBEK Veli Özer/ DOĞAN Koray/ BACAKSIZ Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin, Ankara, 2021.
- ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin, 12. Baskı, Eylül 2016.
- SLINGERLAND Willeke, “Trading In Influence: Corruption Revisited, EGPA Study Group on Ethics and Integrity of Governence”, Toulouse, 8-10 September 2010, s. 1-14, Erişim Adresi: https://www.law.kuleuven.be/integriteit/egpa/egpa2010/slingerland_trading-in-influence.pdf. (Erişim Tarihi: 26.10.2021).
- SQAPI Gerti, “Lobbying in the United States of America and European Union: A Comparative Approach”, *Mediterranean Journal Of Social Sciences*, C. 6, S. 2, Mart 2015, s. 72-77.
- ŞEN Ersan, “Nüfuz Ticareti”, Erişim Adresi: <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1572436-nufuz-ticareti>. Yayın Tarihi: 26.09.2015, (Erişim Tarihi: 14.10.2021).
- ŞENTÜRK Candide, “Nüfuz Ticareti Suçu (TCK m. 255)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 14, S.39, Nisan 2019, s. 129-160.
- SOYASLAN Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.

- TEZCAN Durmuş / ERDEM M. Ruhan / ÖNOK R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara 2010.
- TIMOTHY Steven/ FIRMANSYAH Hery, “Criminalization of Trading in Influence in Indonesia”, (in) *Proceedings of the 2nd Tarumanagara International Conference on the Applications of Social Sciences and Humanities (TICASH) 2020 (Advances in Social Science, Education and Humanities Research, Volume: 478)*, Atlantis Press, 2020, s. 954-958.
- TOROSLU Nevzat, *Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 273, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.
- TOROSLU Nevzat, TOROSLU Haluk, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara, Ekim 2016.
- TOROSLU Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Savaş Yayınevi, Ankara 2015..
- ÜNVER Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin, Ankara, 2003.
- YALÇIN SANCAR Türkan, *Çok Failli Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998.
- YEMENİCİ Kürşat, *Türk Hukukunda Nüfuz Ticareti Suçu (TCK m. 255)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 01.11.2021).

<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=173>.

<https://www.ensonhaber.com/3-sayfa/aydinda-burokrat-sandigi-sahistan-is-vaadi-alan-genc-dolandirildi>. (Erişim Tarihi: 25.10.2021).

<https://www.ensonhaber.com/3-sayfa/aydinda-burokrat-sandigi-sahistan-is-vaadi-alan-genc-dolandirildi>. (Erişim Tarihi: 25.10.2021).

<https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/22420211449082020H%C4%B0ZMETE%C3%96ZELK%C4%B0TAP.pdf>. (Erişim Tarihi: 19.02.2022).

KIBRIS'IN KUZEYİNDE VE GÜNEYİNDE KÜRTAJA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN DİN VE FEMİNİZM AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Şölen KÜLAHÇI*
Emir Ali GÜRLER**

Makalenin Geliş Tarihi: 18.11.2021 **Kabul Tarihi:** 08.02.2022

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK– ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

DOI [10.30915/abd.1090755](https://doi.org/10.30915/abd.1090755)

* Doç. Dr. / Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.
<https://orcid.org/0000-0002-2105-0475>

** Öğr. Gör. / Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi. <https://orcid.org/0000-0001-5706-7546>

KIBRIS'IN KUZEYİNDE VE GÜNEYİNDE KÜRTAJA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN DİN VE FEMİNİZM AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

ÖZ

Kıbrıs'ın Kuzeyinde ve Güneyinde farklı siyasi otoriteler bulunmasına rağmen, her iki ülkede de birçok alanda İngiliz Sömürge Dönemi'nden kalma yasalar uygulanmaktadır. Bu durum ise, iki ülke arasında yasaların ortaya çıkmasında ve uygulanmasında ortaya çıkan farklılıkların incelenmesi gerekliliğini doğurmaktadır. Kürtaj da bunlardan biridir. Kürtaj üzerindeki dini ve biyopolitik etki, yasal düzenlemelerde de kendini göstermiştir. Burada özellikle, kadının haklarının gözardı edilmesi feminist akımın eleştirdiği en önemli sorunlardan biri olmuştur. Feminist akım, hamileliğin kadın bedeninin bir parçası olduğu ve bu noktada en son sözü söyleme hakkının da kadına ait olduğu düşüncesi ile dünyanın her yerinde olduğu gibi Kıbrıs'ta da düzenlemelerin değişmesinde etkili olmuştur.

Anahtar Kelimeler

Kürtaj

Cenin

Din

Biyopolitika

Feminizm

AN ANALYSIS OF THE REGULATIONS ON ABORTION IN NORTHERN AND SOUTHERN CYPRUS FROM THE PERSPECTIVE OF RELIGION AND FEMINISM

ABSTRACT

Although there are different political authorities in the Northern and Southern parts of Cyprus, laws from the British Colonial Period are applied in many areas in both countries. This situation confirms the necessity of examining the differences between the two countries in the way laws are created and implemented. The religious and bio-political influences on abortion have also manifested in legislative processes. Mainly, ignoring women's rights has been one of the most critical problems criticized by the feminist movement. The feminist movement, with the idea that pregnancy concerns a part of a woman's body and that the last word belongs to the woman, has been influential regarding the change of regulations in Cyprus.

Keywords

Abortion

Fetus

Religion

Biopolitics

Feminism

GİRİŞ

KKTC ve Güney Kıbrıs Rum Kesimi, İngiliz Dönemi'nden kalma birçok yasayı uygulamaya devam etmektedir. Bunlardan biri de Fasil 154 Ceza Yasası'dır. Kürtaja ilişkin kısıtlamalar bu Yasa'da düzenlenmiştir. KKTC, bu Yasa'daki düzenlemeleri aynen uygulamaya devam ederken, Güney Kıbrıs Rum kesimi Kilise'nin de baskısıyla kürtaja ilişkin hükümlerde kısıtlama yapmıştır. Konu ile ilgili olarak, iki ülke arasındaki uygulama farklılığı da burada başlamıştır. Bu çerçevede çalışmamızda, din ve feminizmin kürtaj hakkı bakımından iki ülke arasında yarattığı farklı durum incelenmiştir.

Din, insanlığın başlangıcından itibaren toplumsal yaşamda etkisini sürdürmektedir. Bu etkinin derecesi ise, toplumun ve devlet yapısının örgütlenmesi ile yakından ilgilidir. Nitekim, laik bir yapı izleyen toplumlarda dininin etkisi daha az hissedilirken, dini rejimle yönetilen toplumlarda bu etki daha sıklıdır. İşte bu durum, kadının hakları ve dolayısıyla da gebeliğin sona erdirilmesi açısından yapılan hukuki düzenlemelerin şeklini de belirlemektedir.

Feminizm kadının varlığını savunan ve sürdürülebilir politikalar yaratmaya çalışan bir ideoloji olarak kendini göstermektedir. Ceninine ilişkin müdahalelerin kısıtlanması ya da serbest bırakılması feminizm ile yakından ilgilidir. Kadının varoluş mücadelesine, bilimsel ve aktivist bir bakış açısı getirmeye çalışan feminizm cenine ilişkin müdahalelerle ilgili olarak da görüş bildirmektedir. Zira, hamilelik süreci ile birlikte kadının yavaş yavaş iş hayatından ve sosyal hayattan çekilmesi tehlikesi feminizmin çalıştığı konulardan birini oluşturmaktadır.

I. KÜRTAJA DİNİ BAKIŞ AÇISI

Din, insanlığın başlangıcından itibaren toplumların şekillenmesini ve yönetilmesini sağlayan en önemli araçlardan biridir. İlk çağdan bugüne kadar, insanın kendinden daha büyük bir gücün olduğuna inanma çabası dinin etkisini sürdürmesini sağlamıştır. Teknolojinin ve bilimin gelişmediği zamanlarda din, yasaklayıcı ve korkutucu bir güç olarak kullanılmıştır. Modernleşmenin başlaması ve öğrenmenin kolaylaşmasından sonra ise din, yasaklayıcı ve korkutucu olmaktan çok, toplumu şekillendirici bir araç olarak işlev görmüştür.

Dinin, yaşam ve ölüm üzerindeki etkisi ise inanlar arasında etkinliğini her dönemde sürdürmüştür. İnsanlığın, Tanrı ile başladığı ve yine onun isteği ile

sona ereceğine ilişkin inanış dünyevi ilişkilerin şekillenmesinde de kendini göstermektedir. Bu çerçevede, başlangıçta birçok hukuki düzenlemenin de teolojinin etkisi altında kalarak yapıldığı bilinmektedir.

Dinin etkisinin en çok görüldüğü yerlerden biri de kürtajdır. Kürtajın, dinen yasak olup olmadığı tartışması iktidarların yaptığı hukuki düzenlemelerin temel noktasını oluşturmaktadır. Özellikle, kürtajın kadınlar açısından hak olup olmadığının tespiti bugün dahi dini çerçeveden açıklanmaya çalışılmaktadır. Çalışmamızda, bu dini etki Kıbrıs'ta yaygın din olan İslamiyet ve Hristiyanlık açısından değerlendirilmiştir.

A. Hristiyanlıkta Kürtaj

Hristiyanlıkta insan, Tanrı'nın hediyesi ve sureti olarak kabul edilmektedir.^[1] Bu nedenle, anne karnında oluşan çocuğun hayatına son vermek Tanrı'nın yarattığına müdahale etmek olarak değerlendirilir.^[2] Gerçekte, Tevrat'ta olduğu gibi İncil'de de kürtaj doğrudan doğruya düzenlenmemiştir. Ancak, İncil'de de yaşamın kutsallığından bahsedilmesi^[3] ve insan öldürmenin en büyük günahlar arasında gösterilmesi kürtajın da günah olarak değerlendirilmesini sağlamıştır.^[4]

Hristiyanlıkta çocuk, yaradanın varlığının bir kanıtıdır. Özellikle, İncilde yer alan “İsa Mesih'in doğumu şöyle oldu: Annesi Meryem, Yusuf'la nişanlıydı. Ama birlikte olmalarından önce Meryem'in Kutsal Ruh'tan gebe olduğu anlaşıldı...”^[5] ayetinden hareketle, ceninin Tanrı tarafından yollanmış

[1] Gorman, Michael, *Abortion & The Early Church*, USA, 1992, s. 47.

[2] Bader, Aynur Eryiğit, “Yahudilik Hristiyanlık ve İslam'da Kürtaj”, *ANTAKİYYAT / Hatay Mustafa Kemal Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 1, s. 122. Gorman, s. 47.

[3] Matta 5/21: “Atalarımıza, ‘Adam öldürmeyeceksin. Öldüren yargılanacak’ dendiğini duydunuz”.

[4] Gorman, s. 129.

[5] Matta 1/18: “İsa Mesih'in doğumu şöyle oldu: Annesi Meryem, Yusuf'la nişanlıydı. Ama birlikte olmalarından önce Meryem'in Kutsal Ruh'tan gebe olduğu anlaşıldı. Nişanlısı Yusuf, doğru bir adam olduğu ve onu herkesin önünde utandırmak istemediği için ondan sessizce ayrılmak niyetindeydi. Ama böyle düşünmesi üzerine Rab'bin bir meleği rüyada ona görünerek şöyle dedi:—Davut oğlu Yusuf, Meryem'i kendine

kutsal bir ruh olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle, bu varlığa dışardan yapılacak her türlü müdahale yasaktır. Yeni doğan bebek aynı zamanda, kilisenin görkemli nüfusunun devamını sağlayan bir hediyedir. Bebeğin doğumundan sonra yapılan vaftiz töreni de bu ruhu kutsamak için yapılmaktadır. Dolayısıyla, cenine yapılan her müdahale Tanrı'nın gücüne müdahale sayıldığı gibi kilisenin ihtişamını da engellemeye yönelik bir davranış olarak algılanmaktadır.

Hristiyanlıkta Kilise, dinin uygulanması yönünden çok baskın bir rol oynamaktadır. Ceninin, Tanrı tarafından yaratılan canlı bir varlık olduğu, bu çerçevede hamileliğin de Tanrı'nın iradesi ile meydana geldiği ve çocuğun nasıl bir yaşantıya sahip olacağına dahi önceden Tanrı tarafından belirlendiğine inanılmaktadır.^[6] Bu açıdan, cenine müdahalenin Tanrı'nın iradesine müdahale olduğu vurgulanmaktadır.

Kürtaja, Hristiyan mezhepleri açısından baktığımızda da durumda bir farklılık görülmemektedir. Bu mezhepler içinde, kürtaja en karşı olanlar Katoliklerdir.^[7] Katolik Kilisesi, Yeremya kitabındaki (1:5) “*Ana karnında sana şekil vermeden önce seni tanıdım, sen doğmadan önce de seni kutsadım*” ifadesinden hareketle, kürtajın uygulanmasını onaylamamaktadırlar. Zaten, kürtajın bir hak olarak tanınmasına ilişkin olarak en büyük kadın hareketleri de bu mezhebin üyeleri arasından çıkmıştır. Bu konuda, Ortodokslar ise daha esnek davranmaktadırlar. Ortodokslarda, Papa gibi bir dini lider bulunmamaktadır. Her Ortodoks cemaati ayrı şekilde yönetilir,

eş olarak almaktan korkma. Çünkü onun rahminde oluşan, Kutsal Ruh'tandır. Meryem bir oğul doğuracak. Adını İsa a koyacaksın. Çünkü halkını günahlarından O kurtaracak-”

[6] Gündüz, “Dinler Tarihi Açısından Kürtaj”, *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Platformu*, <https://www.sdplatform.com/Dergi/659/Dinler-tarihi-acisindan-kurtaj.aspx> (Erişim Tarihi: 10.09.2021)

[7] Gorman, s. 133; Parenkov, Daniil Alekseevich / Loshkariov, Ivan Dmitrievich Loshkariov / Klimenko, Mikhail Boriso-vich, “Religious Lobbying: Comparing the Models of the USCCB and the Church of Cyprus”, *The Cyprus Review*, Vol. 31, S. 3, s. 68; Hildebrandt, Achim, “What Shapes Abortion Law? A Global Perspective”, *Global Policy*, Vol. 6, S. 4. Y. 2015, s. 420.

ancak birbirleriyle organik bağları vardır.^[8] Bulgar, Yunan, Sırp, Kıbrıslı Rum, Rus gibi farklı Ortodoks cemaatleri bulunmaktadır. Bu cemaatlerin, dini lideri konumunda bulunan Piskoposlar, dini konularla ilgili kararlar almak için ekümenik konseyler toplarlar. Bu ayrılığa rağmen, Ortodokslar da Katolikler gibi kürtaja karşıdır.^[9] Örneğin, Rus Partriği 2015 yılında Dumada yaptığı bir konuşmada, Rusların nüfusunun azalmasının sebebinin kürtajın yasak olmaması olarak gösterince, kürtaj karşıtlığı bir anda artmıştı.^[10] İçerisinde, dinden çok biyopolitik çağrışımlar olan bu konuşma Putin'den de destek görmüştü. Putin, kürtaja bütçeden oldukça fazla bir pay ayrıldığı, bunun da Devlet'e büyük bir yük oluşturduğunu ifade ederek, bu tür müdahaleleri zorunlu olmadıkça ücretsiz sağlık hizmetleri sınıfından çıkarmayı teklif etmiştir.^[11]

Kıbrıs Rum Ortodoks Kilisesi de kürtaja karşıdır.^[12] Ancak, cenindeki genetik hastalıklar söz konusu olduğunda kürtaja daha hassas bakıldığı gözlemlenmiştir. Özellikle, Akdeniz Bölgesi'nde yaşayan insanlarda sıklıkla görülen bir genetik hastalık olan Thalesemia vakası ile bağlantılı genetik sorunlar bakımından kürtaja daha olumlu bakılmaktadır.^[13] Ancak, bu tür tıbbi zorunluluk haricindeki kürtaja karşı olumsuz tavır içindedir. Kilise,

-
- [8] Cowan, Ruth Schwartz, "Moving Up the Slippery Slope: Mandated Genetic Screening on Cyprus", *American Journal of Medical Genetics Part C (Seminars in Medical Genetics)*, S. 151, Y. 2009, s. 98; Parenkov, s. 66.)
- [9] Cowan, s. 98.
- [10] Root, Leslie, "Abortion Culture", *Demographic Crisis and Neotraditionalism in Russia: A Mixed Methods Approach*, <http://paa2019.populationassociation.org/uploads/193271> (Erişim Tarihi: 16.11.2021); <https://orthochristian.com>, (Erişim Tarihi: 16.11.2021).
- [11] Cichowlas, Ola, <https://www.themoscowtimes.com/2016/09/29/russias-abortion-debate-is-back-a55545>, Yayın tarihi: 29.06.2016, (Erişim Tarihi: 14.09.2021).
- [12] Cowan, s. 98, Parenkov, Daniil Alekseevich / Loshkariov, Ivan Dmitrievich Loshkariov / Klimenko, Mikhail Boriso-vich, "Religious Lobbying: Comparing the Models of the USCCB and the Church of Cyprus", *The Cyprus Review*, Vol. 31, S. 3, s. 73.
- [13] Bornik, Zosia / Dowlatabadi, Hadi, "Genomics in Cyprus: Challenging the social norms", *Technology in Society*, Vol. 30, Y. 2008, s. 89; Kolnagou, Anita / Kontoghiorghes, George, "Advances in the Prevention and Treatment are Changing Thalesemia from a Fatal to a Chronic Disease. Experience from a Cyprus Model and

2016 yılında meclisin kürtajı yasallaştırma çalışmalarının başlaması nedeniyle yaptığı açıklamada kürtajı cinayet olarak nitelendirmiş ve insan yaşamının herhangi bir aşamada son verilmesinin ahlaki ve dini olarak kabul edilebilir olmadığını beyan etmiştir.^[14] Kilisenin bu direnişine rağmen, 2018 yılında kürtaj Kıbrıs Rum Kesiminde yasal hale gelmiştir.^[15]

Protestanlıkta da ceninin, yaradanın kutsal bir hediyesi olduğuna inanılmakla birlikte, kürtajın belli sınırlar içinde yapılabileceği de kabul etmektedir.^[16] Muhafazakar Protestanların, kürtaj konusunda Katoliklerden oldukça etkilendiği görülmektedir. Bu nedenle, Muhafazakar Protestanlar aynen Katolikler gibi ceninin tüm gebelik boyunca insan ruhuna sahip olduğuna ve kürtajın yasak olduğuna inanmaktadırlar. Muhafazakar Protestanlar dışında kalan protestanlar ise, kürtaj gibi konulara daha ılımlı yaklaşmaktadırlar ve kürtajın kişinin kendisinin karar vermesi gereken ahlaki bir konu olduğuna dikkat çekmektedirler.^[17]

B. İslamiyette Kürtaj

Tüm dünyevi dinlerde olduğu gibi, İslamiyette de insan kutsanmış bir varlıktır ve onun dünyaya gelmesi Allah'ın izniyle gerçekleşir. Bu nedenle, insanın dünyaya gelmesini engelleyici davranışlar günahdır. Nitekim, Maide Süresi'nde yer alan “*bir nefsi haksız yere öldüren, tüm insanları öldürmüş gibidir*” (5/Maide, 32) ifadesi ceninin değerini ortaya koyan bir hüküm olarak değerlendirilmektedir.^[18]

its Use as a Paradigm for Future Applications”, *International journal for hemoglobin research*, Volume 33, 2009, s. 289.

[14] Bu konuda bkz. <https://cyprus-mail.com> (Erişim Tarihi: 16/11/2021), 2021; Parenkov / Loshkariov / Klimenko, s. 73.

[15] Parenkov / Loshkariov / Klimenko, s. 74.

[16] Hildebrandt, s. 420.

[17] Richardson, James / Wightman, Sandie, “Religious Affiliation as a Predictor of Voting Behavior in Abortion Reform Legislation”, *Journal for the Scientific Study of Religion*, C. 11, S. 4, Y. 1972, s. 351.

[18] Çam, Nail, *İslam Hukuku'nda Cenin Ahkâmı*, İstanbul, 2018, s.119.

Birçok İslami düşünür, kırk güne kadar cenine zarar verilmeksizin rahmin tahliyesinin mümkün olduğunu kabul etmektedir.^[19] Bu açıdan, kırk güne kadar ceninin bir dokudan ibaret olduğu ve insan olarak nitelendirilemeyeceği düşünülmektedir. Bunlar dışında kalan düşünürler ise hamileliğin 120. gününden sonra cenine ruh üflendiği ve bu süreden sonra ceninin canlı bir varlık olduğuna kanaat getirdiklerinden bu süreye kadar kürtaj yapılabileceğini söylemektedirler.^[20] Yumurthanın anne karnında döllenmesinden, bir insan varlığına dönüştüğü aşamayı anlatan Mu'minin Süresi'nin 14. ayeti de bu konuda önemli bir kanıt olarak kullanılmaktadır. Ayetin Türkçe meali şöyledir: “*Sonra nutfeyi bir alaka olarak yarattık. Alakayı da mudğa olarak yarattık. Mudğadan da kemikleri yarattık. Kemiklere de et giydirdik. Sonra onu başka bir yaratılışla şekillendirdik. Yaratıcıların en iyisi olan Allah ne yücedir.*” (23/Mu'minin, 14). Ayette anlatılanlarla, tıbbi bilgiler birleştğinde ceninin bir dokudan insan suretine dönüşümünün yaklaşık olarak hamileliğin 120. gününe denk geldiği anlaşılmaktadır.^[21] İşte, bu andan itibaren cenine “ruh üflendiği” yani insana dönüştüğü ve artık ceninin hayatına müdahale edilemeyeceği kabul edilmektedir.^[22]

Cenine ruh üflenmesi, cenine hayat ve bilinç verilmesi anlamına gelmektedir. Ruh üflenmeden önce, ceninin beslenme ve diğer hareketlerinin bilinçsizce olduğu, ancak bu aşamadan sonra ceninin kazandığı irade

[19] Görgülü, Ülfet, *Fıkıhta Cenin Hukuku*, İstanbul, M. Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2018, s. 80; Kesgin, Hafsa, *İslam Hukuku'nda Kürtaj*, İstanbul, Kitabevi, 2018, s. 148; Tüfekçi, İbrahim, “İslam Hukukuna Göre Gebeliğin Sonlandırılması”, *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 45, S. 45, Y. 2013, s. 118; Dirik, Mehmet, “İslam Hukuku Açısından Kürtaj”, *Türkiye Din Eğitimi Araştırmaları Dergisi*, s. 5, Y. 2018, s. 78; El-Kahtani, Müfsir, (Çev. Kahraman, Abdullah), “İslam Hukukuna Göre Anne Rahminde Sakat Olan Çocukların Kürtaj Yoluyla Düşürülmesinin Hükmü”, *CÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 1, Y. 2008, s. 450; Yılmaz, Berna Aşşen, “Suçun Hukuki Konusu ve Mağduru Bağlamında Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçlarında Zincirleme Suç Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *R&S-Research Studies Anatolia Journal*, C. 1, S. 2; s. 263.

[20] Çam, s. 30; Hildebrandt, s. 420; Görgülü, s. 30; Kesgin, s. 149; Tüfekçi, s. 118; Dirik, s. 79; El-Kahtani, s. 451; Yılmaz, s. 216.

[21] Çam, s.35; Kesgin, s.169.

[22] Çam, s. 30; Kesgin, s. 170; Tüfekçi, s.122; Dirik, s. 79.

doğrultusunda hareket ettiği kabul edilmektedir.^[23] İşte bu andan itibaren, ceninin hayatına son verme amacıyla yapılan tüm müdahaleler, yasaktır.^[24] Burada yasak olarak öngörülen durum, herhangi bir tıbbi gerekçe olmadan ceninin hayatına kasten son vermektir. Dolayısıyla, tıbbi gerekçe ile yapılan müdahaleler kapsam dışındadır. Bu nedenle, hamileliğin anne için hayati tehlike yarattığı durumlarda cenine müdahale edilebileceği ve hamileliğin sona erdirilebileceği kabul edilmektedir.^[25]

Ceninde genetik bir bozukluk olması ve özürlü doğacağına tıbben teşhis edilmesi halinde ise genel kanaat kürtajın yapılabileceği yönündedir.^[26] Ancak, bunun dışında kalan hallerde yani, isteğe bağlı kürtajda ve zina nedeniyle meydana gelen hamileliğin tahliyesinde ise yasakçı bir tavır izlenmektedir. Bu açıdan, zina günah sayılmasına rağmen, böyle bir ilişkiden meydana gelen hamileliğin sonlandırılmayacağına kabul edilmesinin, İslam'ın insan yaşamına verdiği önemin bir kanıtı olduğu söylenebilir.^[27]

II. KÜRTAJA FEMİNİST BAKIŞ AÇISI

Kadının toplumsal hayat içinde varoluş mücadelesi yüzyıllardan beri sürmektedir. Erkeğin, kadına nazaran daha güçlü bir fiziksel yapıya sahip olması, ailevi yükümlülüklerden dolayı kendini daha az sorumlu tutması gibi etkenler erkeğin toplumsal hayatta daha çok görünür olmasını sağlamıştır. Söz konusu görünürlüğü etkileyen en önemli etkenlerden biri de çocuk sahibi olmaktır. Çocuk sahibi olmanın, hamileliğin başlangıcından itibaren kadın bedeni ve psikolojisi üzerindeki etkisi erkeğe nazaran daha fazladır. Bu durum ise, kadının toplum içindeki rolünü de etkilemektedir.

Feminizmin çıkış noktası olan toplumsal cinsiyet eşitliği, kürtaj konusunda da önemli bir kavramdır.^[28] Zira, toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması

[23] Çam, s. 31; Görgülü, s.30.

[24] Çam, s. 57.

[25] Hildebrandt, s. 420; Görgülü, s. 174; El-Kahtani, s. 459.

[26] Görgülü, s. 87; Dirik, s. 83; El-Kahtani, s. 471-472.

[27] Görgülü, s. 92; Dirik, s. 82; El-Kahtani, s. 465.

[28] Akın, Ayşe / Türkçelik, Ezgi, *Sağlık Hizmetlerine Erişimde Toplumsal Cinsiyet Eşitliği (Haritalama ve İzleme Çalışması)*, Ankara, 2018, s. 19.

ile alınan politik kararlarda cinsiyetler arasında eşitlik sağlanacak ve böylece orantılı durumlar yaratılacaktır. Ayrıca, toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması ile kamusal alan ve özel alan arasındaki ilişki yeniden tanımlanarak kadının toplum içinde varoluş mücadelesi sonuçlanacaktır. Böylece, ev içi demokrasi ve toplumsal demokrasi sağlanmış olacaktır.

Kadının kamusal alanda tam olarak kendini göstermesi, toplumun tüm kademelerinde rol alabilmesi özel alanının, toplumsal cinsiyet temelli bir şekilde organize edilmesi ile mümkün olmaktadır. Feminizm açısından önemli bir söz olan “kişisel olan politiktir” söylemi de bu durumu açıklamaktadır.^[29] Zira, kadının ev içindeki rolü aynı zamanda toplumdaki rolünü de belirlemektedir.

Kürtaj hakkı, toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamakla ilgili en önemli konulardan biridir. Bu noktada, kadınlar açısından iki önemli açmaz bulunmaktadır. İlk olarak, özellikle yöneticilik pozisyonlarında çalışan kadınlar, hamile kalıp doğum nedeniyle iş dünyasından bir süre ayrılma olasılığını erkek egemen bir toplumda yok olma tehdidi olarak görmektedirler. İkinci olarak, hamilelik ve sonrası dönemde kadına tanınan sosyal hakların kısıtlı olması bebeğin bakımı noktasında işyerlerinin tümünde kreş uygulamasının olmaması yine kadının toplumdaki geri çekilmesine neden olmaktadır. Tüm çekinceler dikkate alındığında, özellikle istenmeyen hamileliklerde kürtajın bir kurtulma yöntemi olarak kullanıldığı bilinmektedir. İşte tam da bu noktada, devletin belirlediği politikalar toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanıp sağlanmadığını göstermektedir.

Feminist akım, kürtajın kadın hakkı olarak tanınması için büyük çaba göstermiştir. Bunun en büyük sebebi, kürtajın yasak olsa dahi başvurulan bir yol olması, kadınların kürtajın yasak olduğu ülkelerde yasa dışı ve güvenli olmayan kürtaja başvurmaya devam etmeleri gerçeğidir. Diğer bir ifade ile kürtajın yasak olması, kürtajı engellemekte, sadece erişimi güçleştirmektedir. DSÖ verilerine göre, 2010-2014^[30] yılları arasında 56 milyon kadın isteğe bağlı kürtaj yaptırmıştır. Bu demek oluyor ki, gerçekleşen her dört hamilelikten biri kürtajla sonuçlanmıştır. Bu işlemlerden, 25 milyonu güvenli

[29] Özüdoğru, Büşra, “Beyaz Feminizm ve Öteki Kadınlar”, *Siirt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 12, Y. 2018, s. 308.

[30] Bu konuda bkz. <https://www.who.int: 2021>, (Erişim Tarihi: 16.11.2021).

olmayan, sağlıksız ortamlarda gerçekleşmiştir.^[31] Küresel olarak bakıldığında, Asya, Afrika ve Latin Amerika en çok güvenli olmayan kürtajın yapıldığı yerlerdir. Güvenli olmayan kürtaj nedeniyle yaşanan komplikasyonlardan ölümlerle sonuçlanmayanlar için hastanelere başvurulmaktadır. Bu ise devlet bütçesine oldukça ağır bir yük oluşturmaktadır. Bunun, sadece Amerika'da 553 milyon dolar olduğu tespit edilmiştir. Dolayısıyla, kürtajı yasaklamak serbest bırakılmaktan daha pahalı ve sonuçları itibariyle daha ağır bir yük oluşturmaktadır.

Kürtajın yasallaşması, birçok ülke bakımından demokrasinin kazanımı olarak görülmelidir. Zira, dünya genelinde birçok kadın hareketi buldukları ülkede kürtajın yasak olması, kadınların üreme ya da ürememe hakları üzerinde karar verenlerin erkekler olması nedeniyle eylemler yapmış ve kürtajın yasallaşmasını sağlamıştır. Örneğin, ABD'de Kadın Sağlığı Hareketi ve feminist gruplar, 1973'te, ABD'de kürtajın yasallaşmasını sağlayan birçok eylem yapmıştır. Bu noktada, aynı yıllarda görülen *Roe v. Wade* davasının da yasal zeminin oluşturulmasına büyük katkısı olmuştur. Söz konusu dava 1969 yılında, Teksas'da açılmıştır. Davaya konu olan olayda, üçüncü çocuğuna hamile kalan Norma McCorvey,^[32] bu hamileliği istemediği için kürtaj talep etmiş ancak o yıllarda yürürlükte olan yasada annenin sağlığını tehdit eden bir durum olmadıkça kürtaja izin verilmediğinden talebi reddedilmiştir. McCorvey, red cevabı üzerine Teksas'ın kürtaj yasalarının anayasaya aykırı olduğunu iddia ederek dava açmıştır. Davada, ABD Yüksek Mahkemesi, hamile bir kadının kürtaj yaptırmayı seçme hakkı olduğuna karar verdi. Kararda ayrıca, kürtaj hakkının mutlak olmadığına, kadın sağlığını ve doğum öncesi yaşamı koruma konusundaki dengenin göz ardı edilmemesi gerektiğine de dikkat çekilmiştir. Bu noktada Mahkeme, kürtaja ilişkin düzenlemelerin üçer aylık dönemler dikkate alınarak yapılabileceğine kanaat getirdi. Böylece, ilk üç aylık dönemde kürtajın hiçbir şekilde yasaklanamayacağı; ikinci üç aylık dönemde sağlık durumu dikkate alınarak düzenleme yapılabileceği ve son üç aylık dönemde ise annenin hayatını veya sağlığını kurtarmak için gerekli hükümlerin getirilebileceği karara bağlandı.

[31] Bu konuda bkz. <https://www.who.int: 2021>, (Erişim Tarihi: 16.11.2021).

[32] Levine, Phillip / Staigei, Douglas / Kane, Thomas / Zimmerman, David, "Roe v. Wade and American Fertility", *American Journal of Public Health*, C. 89, S. 2, Y. 1999, s. 199; Greenhouse, Linda / Siegel, Reva, *Before Roe v. Wade*, 2012, Yale Law School Publications, s. 304 vd.

Bugün, modern ülkelerde genel eğilim kürtaj açısından yasaklayıcı bir tavır sergilememek şeklindedir. Birçok ülke, isteğe bağlı kürtajı suç olmaktan çıkarmıştır. Bunun en büyük sebepleri, günümüz toplumlarındaki değer yargılarının dinden daha bağımsız hale gelmesi, kişisel özgürlüğün öneminin anlaşılması ve özellikle kadının kendi bedeni üzerinde söz söyleme hakkına sahip çıkması olarak gösterilebilir.^[33] Zira, suç olgusu da toplumdaki anlayışın değişmesiyle zaman içinde farklılığa uğrayan dinamik bir yapıya sahiptir.^[34] Bu nedenle, Devletlerin kürtaj konusundaki eğilimi dikkate alarak belli sınırlar içerisinde serbestlik tanınması isabetli bir davranıştır.

Feminist hareket, Kıbrıs'ın hem kuzeyinde hem de güneyinde kürtajın bir hak olarak kabul edilmesini sağlamıştır. Feminizm, Güney Kıbrıs'ta kürtaj konusunda kilisenin etkisinin kırılmasının en büyük nedeni olarak kabul edilmektedir. 2016'ya kadar sadece tıbbi gereklilik halinde kürtaja izin verilmekteydi. 2016'da başlayan feminist çalışmalarla kürtajın tıbbi gereklilik dışında da uygulanabilmesi için çalışmalar başlatılmış ve 2018'de bu konuda bir yasa çıkmıştır. Kuzey Kıbrıs'ta ise Fasil 154 Ceza Yasası ile kürtaj yasal bir hak olarak kabul edilmiştir.

III. KUZAY VE GÜNEY KIBRIS'TA KÜRTAJA BAKIŞ AÇISI

Kürtaj, hem Kuzey hem de Güney Kıbrıs'ta düzenlenmiştir. Her iki hukuk sisteminde de kürtaj, Devletin gözetiminde gerçekleştirilebilen bir tıbbi müdahale şeklindedir. Diğer bir anlatımla kadın, ancak mevzuatta düzenlenmiş şartlar altında kürtaj yaptırabilir. Söz konusu şartların dışında, böyle bir müdahalenin yapılması hem müdahaleyi yapan kişi hem de müdahaleyi yaptıran kadın açısından suç oluşturmaktadır.^[35]

Kürtajın, uygulanması bakımından iki ülke arasında ciddi farklar bulunmaktadır. Özellikle, Güney Kıbrıs'ta Kilisenin etkin siyasi yapısı kürtajın

[33] Bayraktar, Köksal, "Ceza Hukuku'nda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı", *İÜHFİM*, C. 50, S. 1-4, Y. 1984, s. 210; Dönmezer, Sulhi, "Çocuk Düşürme ve Düşürtmenin Dünü ve Bugünü", *İÜHFİM*, C. 50, S. 1-4, Y. 1984, s. 6.

[34] Bayraktar, s. 201.

[35] Her iki ülkenin ceza kanunlarında da yasal süreyi aşan hamileliklerin sona erdirilmesine ilişkin müdahaleler, çocuk düşürme ve çocuk düşürtme suçları adı altında düzenlenmiştir. Bu konuda bkz. Türk Ceza Kanunu m. 99-100 ve KKTC Ceza Yasası m. 167-168-169.

yıllarca yasa dışı ve günah olarak nitelendirilmesine sebep olmuştur. Bu bağlamda, kürtaj yıllarca tıbbi gereklilik dışında bir sebeple yapılamamıştır. Kilise, tıbbi zorunluluk haricindeki kürtaja karşı olumsuz tavır içindedir. Bu nedenle Kilise, 2016 yılında meclisin kürtajı yasallaştırma çalışmalarının başlaması nedeniyle yaptığı açıklamada kürtajı cinayet olarak nitelendirmiş ve insan yaşamının herhangi bir aşamada son verilmesinin ahlaki ve dini olarak kabul edilebilir olmadığını beyan etmiştir.^[36] Kilisenin bu direnişine rağmen, 2018 yılında kürtaj Kıbrıs Rum Kesiminde yasal hale gelmiştir.^[37]

[36] Bu konuda bkz. <https://cyprus-mail.com> (Erişim Tarihi: 16.11.2021), 2021; Parenkov vd., s. 73.

[37] *CYPRUS. Penal Code.*

167. Any person who, with intent to procure miscarriage of a woman, whether she is or is not with child, unlawfully administers to her or causes her to take any poison or other noxious thing, or uses any force of any kind, or uses any other means whatever is guilty of a felony, and is liable to imprisonment for seven years.

168. Any person who, with intent to procure her own miscarriage, whether she is or is not with child, unlawfully administers to herself any poison or other noxious thing, or uses any force of any kind, or uses any other means whatever, or permits any such thing or means to be administered or used to her, is guilty of a felony, and is liable to imprisonment for seven years.

169. Any person who unlawfully supplies to or procures for any person anything whatever, knowing that it is intended to be unlawfully used to procure the miscarriage of a woman, whether she is or is not with child, is guilty of a felony, and is liable to imprisonment for three years.

169A. Notwithstanding the provisions of Sections 167, 168, and 169, a person shall not be guilty of the offences provided thereunder when the pregnancy is terminated by a medical practitioner registered in accordance with the provisions of the Medical Registration Law:

(a) following a certification by the competent police authority, confirmed by medical certification whenever this is possible that the pregnancy has been brought about by rape and under circumstances which, if the pregnancy were not terminated, would seriously jeopardize the social status of the pregnant woman or that of her family;

(b) on the basis of the opinion of two medical practitioners, registered in accordance with the provisions of the Medical Registration Law, to the effect that they consider, in good faith, that the continuation of the pregnancy would endanger the life of the pregnant woman, or that physical, mental, or psychological injury would be suffered by her or by any existing child she may have, greater than if the pregnancy were terminated, or that there is a substantial risk that, if the child were born, it would suffer from such serious physical or psychological abnormalities that it would be seriously incapacitated.

Güney Kıbrıs'ta kürtaj bugün bir hak olarak kabul edilmesine rağmen kürtaja ulaşım ile ilgili olarak bilinçli bir kısıtlama yoluna gidilmektedir.^[38] Devlet hastanelerinde kürtaj hizmeti verilmemektedir. Klinik ya da özel hastanelerde ise kürtaj oldukça pahalıdır. Kürtajın, yapılabilmesi için anne veya çocuk açısından tıbbi bir zorunluluk olması; hamileliğin tecavüz sonucu gerçekleşmiş olması veya hamileliğin annenin psikolojik sağlığı açısından olumsuzluk yaratacağının doktor raprou ile belirlenmesi gerekmektedir.^[39] Tecavüz sonucu oluşan hamileliklerde kürtaj süresi 19 hafta iken, isteğe bağlı kürtajda bu süre 12 haftadır. Bu çerçevede, Güney Kıbrıs Hekimler Birliği Yasasında da kurallara bağlı olarak yapılan kürtajı etik olarak kabul edilebilen bir tıbbi müdahale olduğu ve her kadının kürtaja hakkı olduğu düzenlenmiştir.^[40]

Kürtaj, KKTC'de ise hiçbir zaman dini bir malzemesi olarak kullanılmamıştır. Toplumun din ile olan bağlantısı zayıf olduğundan, kürtaj böyle bir konu olarak da gündeme gelmemiştir. KKTC'de kürtaja ilişkin hükümler, Kıbrıs Türk Tabipleri Birliği (KTTB) Tıp Meslek Ahlak Tüzüğü ve Fesil 154 Ceza Yasası'nda^[41] düzenlenmiştir. KKTC'de, kürtajla ilgili olarak daha

[38] https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/CYP/INT_CEDAW_NGO_CYP_29431_E.pdf (Erişim tarihi: 17.11.2021).

[39] Kivity, Sara / Bamoy, Sivia, "Women's Intention to Abort a Fetus Diagnosed with a Genetic Disease: Results from Israel, Cyprus and Germany", <https://assets.researchsquare.com/files/rs-136856/v1/bb39d4d2-2d6e-46a5-b8d1-8d9eca620dcb.pdf?c=1631870210i> (Erişim Tarihi: 16.11.2021).

[40] The Medical Practitioners Law 49/3: Abortion is ethically acceptable provided this is done according to all the rules and the practice which ensure the best possible conditions for the mother and it is carried out within the framework of the legislation in force.

[41] Fesil 154, isteğe bağlı kürtajı 169A madesinde düzenlenmiştir:
69 A. (1) Hamileliğe, aşağıdaki bentlerde öngörülen hallerde ve Kıbrıs Türk Tabipler Birliği Yasası uyarınca kayıtlı bir doğum ve kadın hastalıkları uzmanı tarafından yapılması koşuluyla, son verilmesi suç sayılmaz.
(A) Hamileliğin ilk on haftalık süresi içinde, kadının evli olması halinde evli çiftin; kadının evli olmaması ve on sekiz yaşından büyük olması halinde kadının kendinin; on sekiz yaşından küçük olması halinde, ana-baba veya yasal vasisinin yazılı rızası ile; kadının aklen malûl olması halinde, ana-baba veya vasisi yoksa, kendi rızası olmadan, akli malûliyeti belgeleyen ilgili iki dal uzmanının raporuna dayanarak; veya

özgürlükçü bir rejim bulunmaktadır. KTTB Tüzüğüne göre, “gebeliğin onuncu haftasının sonuna kadar doğum yapmak ya da yapmamak konusunda karar vermek gebe kadının hakkıdır (madde 28/1)”. Bu hükümden hareketle, kürtajın kadına bir hak olarak tanındığı anlaşılmaktadır. Konu, kadının üreme hakkı ile doğrudan doğruya bağlantılıdır. Böylece, kadın çocuk doğurup doğurmayacağına kimsenin rızasına gerek duymaksızın karar verebilmektedir. Öte yandan, Fesil 154 Ceza Yasası, kürtaja ek koşullar getirmektedir. Yasa'nın 169A maddesinin 1/A hükmü evli kadın bakımından eşin rızasını da aramaktadır. Bu hükme aykırı olarak kürtaj yapılması ise, hapis cezasıyla cezalandırılmaktadır. Ceza Yasası'nda eşin rızasının aranması, kadın hakları bakımından tartışılan bir konu olmuştur. Kürtajda eşin rızasının aranması, kişiye evli olmasından dolayı bir ayrımcılık yapılması ve hekim ile hasta arasındaki gizlilik ilişkisinin ihlal edilmesi olarak kabul edilmektedir.^[42] Kürtaj, sadece çocuk doğurup doğurmamakla ilgili bir karar değildir; aynı zamanda, kadının bedeni ve geleceği üzerindeki hakları ile ilgilidir. Bu nedenle, bu konuda karar vermesi gereken tek kişi kadındır.^[43]

İsteğe bağlı kürtaj KKTC'de, 2017 yılında gerçekleşen bir davada detaylı olarak tartışılmıştır. Yargıtay'da görüşülen 12/2017 numaralı dava, hamile

(B) Hamileliğin onuncu haftasının tamamlanmasından sonraki süre içinde, gebeliğin, annenin hayatını tehdit ettiği veya doğacak çocuğun fiziki ve akli sakatlık tehlikesinin varlığının veya hayat boyu sürecek tedavisi olanaksız kalıtsal veya bulaşıcı bir hastalığın saptanması halinde, bir doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ile ilgili dal uzmanının rapor ve belgelerinin, hamileliğin sona erdirilmesinden önce Sağlık Müdürlüğüne ibrazı ile;

(C) Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil durumlarda, bu durumu saptayan doğum ve kadın hastalıkları uzmanı tarafından hamileliğin sona erdirilmesi halinde;

Ancak, bu durumda en geç yirmi dört saat içinde hamileliğine son verilen kadının kimliği, yapılan müdahale ve müdahale yapılmasını gerekli kılan durumların Sağlık Müdürlüğüne bildirilmesi zorunludur;

(2) Yukarıdaki (1)'inci fıkraya aykırı hareket eden ve öngörülen haller dışında hamileliğe son veren veya verilmesine göz yuman veya izin veren kişiler, suç işlemiş olurlar ve mahkûmiyetleri halinde, başka bir Yasada öngörülen soruşturma ve ceza işlemlerine halel gelmeksizin, üç milyon Türk Lirasına kadar para cezasına veya üç yıla kadar hapis cezasına veya her iki cezaya birden çarptırılabilir.

[42] Paşa, Faika Deniz, *Kuzey Kıbrıs'ta Kadının İnsan Hakları*, 2012, Lefkoşa, s. 32.

[43] Paşa, s. 32.

kaldığı zaman nişanlı olan ve daha sonra nişanlısından ayrıldığı için yasa dışı şekilde kürtaj yaptıran bir kadının cezalandırılması ile ilgilidir.^[44] Yargıtay, davanın görüşüldüğü Girne Ağır Ceza Mahkemesi'nin verdiği dokuz aylık hapis cezasını bozarak, üç aya indirmiştir. Kararda, Fasil 154 m. 169A'ya aykırı hareket edildiği, ancak mağdurun üzerinde hissettiği toplumsal baskı nedeniyle suça itildiğinin göz ardı edilmemesi gerektiğine dikkat çekilmiştir. Ayrıca, Kıbrıs Türk toplumunun, “meşru aile birliği düzenini” benimseyen bir toplum olduğu ve bu bağlamda evlilik dışı çocukların dünyaya gelmesi açısından toplumumuzun büyük bir çoğunluğu tarafından paylaşılan ahlaki ve fikri düzeydeki yargılar dikkate alındığında, bir kadın olan ve küçük çocuklara eğitim veren bir okulda öğretmen olan sanığın, özelde ailesi ve çevresinin, genelde ise toplumun baskısına ve sosyal dışlanmaya maruz kalabileceği olgusu, sanığı suça iten faktörler çerçevesinde göz ardı edilmemesi gerektiğine dikkat çekilmiştir. Karardan hareketle, KKTC Hukuku'nda kürtaja ilişkin sorunların çözümünde kadın odaklı tavır sergilendiği görülmektedir. Bu açıdan, Yasa'nın düzenlendiği dönemden bağımsız olarak uygulamada feminist bir görüş hakimdir.

[44] Bu konuda bkz. www.mahkemeler.net, 2017, (Erişim Tarihi: 16.11.2021).

SONUÇ

Hamilelik kadın bedeninde gerçekleşen bir olay olmasına rağmen, bu süreçle ilgili olarak dini inanış ve görüşlerin insanlığın başlangıcından itibaren hakim olduğu görülmektedir. Bu çerçevede, başlangıçta bir ülkede hakim olan dini görüş kürtaja ilgili alınan kararlarda etkili olmaktadır. Yahudilik, Hristiyanlık ve İslam, kürtaja paralel şekilde yaklaşmaktadır. Tüm bu dinlerde, insan yaradanın bir hediyesi olarak kabul edildiğinden insan hayatını sona erdirmeye yönelik her türlü hareket günah olarak değerlendirilmektedir. Dinin yarattığı hareketle, ülkeler başlangıçta kürtaja yasakçı bir zihniyet ile yaklaşmış ancak daha sonra, kürtaj dini bir olgu olmaktan çıkarak biyopolitik bir mesele haline gelmiştir. Böylece, ülkeler kürtajı nüfusun azalmasını ya da çoğalmasını sağlayan bir araç olarak değerlendirmişlerdir.

Konuya, Kuzey ve Güney Kıbrıs açısından baktığımızda ise iki ülkede paralel düzenlemeler olmasına rağmen, farklı bakış açıları olduğu görülmektedir. Güney Kıbrıs'ta kürtaj, dini bir olgu olarak değerlendirilmektedir. Güney Kıbrıs'ta kürtaj, kanunen bir hak şeklinde düzenlenmesine rağmen uygulamada erişimi zor bir tıbbi müdahaledir. Kilisenin kürtajı engellemeye yönelik çalışmaları kürtajın erişiminin kısıtlanmasına neden olmuştur. KKTC'de ise kürtaj, dini bir mesele halini hiç bir zaman almamıştır ve temel bir kadın hakkı olarak düzenlenmiştir.

KAYNAKÇA

- Adalı, Tuğba / Çavlin, Alanur, “Türkiye’de Kürtajın Yaygınlığı ve Kürtaj Kararlarını Etkileyen Faktörler”, *İÜ Sosyoloji Dergisi*, C. 39, S. 2, ss. 359–378.
- Akın, Ayşe / Türkçelik, Ezgi, *Sağlık Hizmetlerine Erişimde Toplumsal Cinsiyet Eşitliği (Haritalama ve İzleme Çalışması)*, Ankara, 2018.
- Bader, Aynur Eryiğit, “Yahudilik Hristiyanlık ve İslam’da Kürtaj”, *ANTAKİYAT / Hatay Mustafa Kemal Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 1, ss. 116-141.
- Bayraktar, Köksal, “Ceza Hukuku’nda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı”, *İÜHFİM*, C. 50, S. 1-4, Y. 1984, ss. 197-211.
- Bornik, Zosia / Dowlatabadi, Hadi, “Genomics in Cyprus: Challenging the social norms”, *Technology in Society*, Vol. 30, Y. 2008, ss. 84-93.
- Çam, Nail, *İslam Hukuku’nda Cenin Ahkamı*, İstanbul, 2018.
- Cichowlas, Ola, <https://www.themoscowtimes.com/2016/09/29/russias-abortion-debate-is-back-a55545>, Yayın tarihi: 29.06.2016, (Erişim Tarihi: 14.09.2021).
- Cowan, Ruth Schwartz, “Moving Up the Slippery Slope: Mandated Genetic Screening on Cyprus”, *American Journal of Medical Genetics Part C (Seminars in Medical Genetics)*, S. 151, Y. 2009, ss. 95–103.
- Dirik, Mehmet, “İslam Hukuku Açısından Kürtaj”, *Türkiye Din Eğitimi Araştırmaları Dergisi*, s. 5, Y. 2018, ss. 73-96.
- Dönmezer, Sulhi, “Çocuk Düşürme ve Düşürtmenin Dünü ve Bugünü”, *İÜHFİM*, C. 50, S. 1-4, Y. 1984, ss. 3-11.
- El-Kahtani, Müfsir, (Çev. Kahraman, Abdullah), “İslam Hukukuna Göre Anne Rahminde Sakat Olan Çocukların Kürtaj Yoluyla Düşürülmesinin Hükmü”, *CÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 1, Y. 2008, ss. 441-485.
- Görgülü, Ülfet, *Fıkıhta Cenin Hukuku*, İstanbul, M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2018.
- Gorman, Michael, *Abortion & The Early Church*, USA, 1992.

- Greenhouse, Linda / Siegel, Reva, *Before Roe v. Wade*, Yale Law School Publications, 2012.
- Gündüz, Şinasi, “Dinler Tarihi Açısından Kürtaj”, *Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Platformu*, <https://www.sdplatform.com/Dergi/659/Dinler-tarihi-acisindan-kurtaj.aspx> (Erişim Tarihi: 10.09.2021).
- Hildebrandt, Achim, “What Shapes Abortion Law? A Global Perspective”, *Global Policy*, Vol. 6, S. 4. Y. 2015, s. 418-428.
<https://orthochristian.com>, (Erişim Tarihi: 16/11/2021).
https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/CYP/INT_CEDAW_NGO_CYP_29431_E.pdf (Erişim tarihi: 17/11/2021).
- Karadağ, Akasya Kansu, “Ahlak ve Hukuk Arasına Sıkışan Kürtaj”, *Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi*, C. 65, S. 4, Y. 2016, s. 2047-2057.
- Kesgin, Hafsa, *İslam Hukuku'nda Kürtaj*, İstanbul, Kitabevi, 2018.
- Levine, Phillip / Staigei, Douglas / Kane, Thomas / Zimmerman, David, “Roe v Wade and American Fertility”, *American Journal of Public Health*, C. 89, S. 2, Y. 1999, ss. 199-203.
- Özudoğru, Büşra, “Beyaz Feminizm ve Öteki Kadınlar”, *Siirt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 12, Y. 2018, ss. 304-319.
- Kolnagou, Anita / Kontoghiorghes, George, “Advances in the Prevention and Treatment are Changing Thalassaemia from a Fatal to a Chronic Disease. Experience from a Cyprus Model and its Use as a Paradigm for Future Applications”, *International journal for hemoglobin research*, Volume 33, 2009, ss. 287-295.
- Parentkov, Daniil Alekseevich / Loshkariov, Ivan Dmitrievich Loshkariov / Klimenko, Mikhail Boriso-vich, “Religious Lobbying: Comparing the Models of the USCCB and the Church of Cyprus”, *The Cyprus Review*, Vol. 31, S. 3, s. 61-74.
- Paşa, Faika Deniz, *Kuzey Kıbrıs'ta Kadının İnsan Hakları*, 2012, Lefkoşa.
- Richardson, James / Wightman, Sandie, “Religious Affiliation as a Predictor of Voting Behavior in Abortion Reform Legislation”, *Journal for the Scientific Study of Religion*, C. 11, S. 4, Y. 1972.

- Root, Leslie, “Abortion Culture”, *Demographic Crisis and Neotraditionalism in Russia: A MixedMethods Approach*, <http://paa2019.populationassociation.org/uploads/193271> (Erişim Tarihi: 16/11/2021).
- Tüfekçi, İbrahim, “İslam Hukukuna Göre Gebeliğin Sonlandırılması”, *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 45, S. 45, Y. 2013, ss. 111-154.
- www.mahkemeler.net, 2017, (Erişim Tarihi: 16.11.2021).
- www.who.int, 2021, (Erişim Tarihi: 16.11.2021).
- Yılmaz, Berna Ayşen, “Suçun Hukuki Konusu ve Mağduru Bağlamında Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçlarında Zincirleme Suç Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *ReS-Research Studies Anatolia Journal*, C. 1, S.2; ss. 260-268.

Makaleler

Articles

ETİ MADEN İŞLETMELERİ'NİN TÜRKİYE VARLIK FONU'NA AKTARILMASI VE SONUÇLARININ HUKUKSAL DEĞERLENDİRİLMESİ

Bülent Hayri ACAR*

*Avukatlık mesleğinin son şövalyelerinden,
Baromuzun yüz aklarından,
Çok değerli insan ve hukukçu, dostum,
Avukat Ender Dedeğaç'ın değerli anısına...*

* Avukat Dr. / Ankara Barosu.

GİRİŞ

Anayasa'ya göre, “Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır” (AY 168/I). Doğal kaynaklar içinde madenlerin önemli bir yeri, madenler içinde de stratejik madenlerin ayrı bir önemi ve değeri vardır. Genel değerlendirmeler sonucunda ülkemiz için bor, toryum, uranyum, krom ve altın stratejik maden olarak nitelendirilmiştir. Bu madenler, ekonomik, siyasi ve uluslararası ilişkiler yönünden ayrı bir önem taşımaktadırlar.

Özellikle araştırmalarla bor bileşiklerinin yüksek teknolojik ürünlerde yeni kullanım alanlarının keşfedilmesi, gelecekte borun petrol gibi uluslararası mücadelelerin konusu haline getirecek nitelikte olduğunu göstermektedir.^[1] Bu madenlerin en önemli işlevi katma değeri yüksek ekonomik değere dönüşecek olmalarıdır. Ancak, Anayasanın 168. maddesinde stratejik madenler ayırımına gidilmemiştir.^[2]

Yasa koyucu, stratejik madenlerden bor, toryum ve uranyum ile ilgili farklı hukuksal nitelikte iki yasa çıkarmıştır. İlki 2840 sayılı Bor Tuzları, Trona ve Asfaltit Madenleri ile Nükleer Enerji Hammaddelerinin İşletilmesini, Linyit ve Demir Sahalarının Bazılarının İadesini Düzenleyen Kanun, ikincisi 3123 sayılı Maden Kanunu'nun 49. ve 50. maddeleri ile bu maddelerle bağlantılı hükümleridir. 2840 sayılı Kanunla, Kanun kapsamındaki madenlerin, özel olarak ve diğer madenlerden farklı bir düzene bağlanmıştır. Bu madenlerin arama ve işletme hakkı Devletin tekindedir. 3123 sayılı Kanunla, Devletin bu madenler üzerindeki tekeli sona erdirilmiştir.

Yasa koyucu, Türkiye Varlık Fonu Anonim Şirketi'nin kurulması, yönetimi ve faaliyetine ilişkin 6741 sayılı Kanunu çıkarmıştır. Bu kanunun

[1] YILMAZ, A., “Bor Madeni ve Türkiye İçin Önemi”, s. 32/43, www.docplayer.biz.tr, Erişim Tarihi: 20.06.2021).

[2] Danışma Meclisinde Anayasanın 168. maddesi ile ilgili görüşmelerde, bir milletvekili, Anayasa hükmünde “stratejik önemi olan madenler” ayırımının yapılmadığını belirtmiş, bu madenlerin önemine değinmiştir. “Ayhan Fırat: ... Bugün bütün dünyada esas olan görüş yeraltı servetlerinin ammenin malı olduğu görüşüdür. Ülkemizin en mühim maden kaynakları volfram, uranyum, maden kömürü, bor, linyit, petrol ve demirdir. Getirilen maddede, stratejik olmadığı intibai hasıl olan madenlerimiz, vaktin kısalığı dolayısıyla sadece linyit ve borun durumunu arz etmek istiyorum” (Toplantı tutanağı), KARTALKANAT, Ahmet, “Anayasalarımızda Doğal Servetler ve Kaynaklar”, *Jeoloji Mühendisliği*, Kasım 1993, www.jmo.org.tr, Erişim tarihi: 26.05.2021).

amacı, kurulan Anonim Şirketle, sermaye piyasalarında araç çeşitliliği ve derinliğine katkı sağlamak, yurt içinde kamuya ait varlıkları ekonomiye kazandırmak, dış kaynak temin etmek, stratejik, büyük ölçekli yatırımlara iştirak etmek amacıyla Türkiye Varlık Fonu ve buna bağlı fonlar kurmak ve yönetmektir. Bor, toryum ve uranyumun arama ve işletmesinin üçüncü kişilere açılmasına tepkiler ve konuyla ilgili tartışmalar sürerken, **bu stratejik madenleri işletmekte olan kamu kuruluşu Eti Maden İşletmeleri (İşletme), Türkiye Varlık Fonu'na (Fon) aktarılmıştır.** Bakanlar Kurulunun 24.01.2017 tarih 2017/9756 sayılı kararında, 6741 sayılı Kanununun 4. maddesi dayanak gösterilmiştir.

İşletmenin Fona aktarılması, hukukta öğretide ele alınmamıştır. Buna karşın, Mühendis Odaları ortak açıklamalarıyla konunun önemine değinirken, İşletmenin Fona aktarılmasıyla özelleştirilmeye çalışıldığını ileri sürmüşler ve eleştirmişlerdir. Bu Fona aktarmayla ilgili çalışma yapmak, düşünce üretmek, işin hukukiliği nedeniyle, öncelikle hukukçuların ve baroların görevidir. Barolar ve hukukçular ise, bu önemli konuda görevlerini yerine getirmemişlerdir.^[3] Bu önemli hukuki konu, önemli bir eksikliği gidermek ve konuyla ilgili bir başlangıç olması dileğiyle inceleme konusu seçilmiştir. Konuyla ilgili kaynak sınırlı ve teknik içeriklidir.

[3] Mühendis Odalarının ortak basın açıklamasında, İşletmenin Fona aktarılmasının, 1985'den itibaren gündeme getirilen bor madenlerinin özelleştirilmesinin son şekli olduğu belirtilmiştir. Açıklamada, bor madenlerinin özelleştirilmesi için tüm iktidarların pek çok yola başvurdukları, AKP iktidarının da benzeri bu son denemeden önce 2012 ve 2014 yıllarında gizli özelleştirme denemesinde bulunduğu ileri sürülmüştür. İşletmenin Fona aktarılmasıyla, 2840 sayılı Kanununun 2. maddesi by-pass edilerek, özelleştirme gizlice sağlanmak istenmektedir. Bu Fona aktarmayı bor madenlerinin özelleştirilmesi izleyecek, toryum ve uranyum gibi nükleer enerji hammaddelerinin üretimi de devlet tekelden çıkarılacaktır. "Bunun sonucunda, ülkemizin geleceği açısından oldukça önem arz eden Bor, Toryum ve Uranyum madenlerimiz uzun vadede çok uluslu şirketlerin eline geçecektir." Basın açıklamasında, Devlet tarafından bu madenlerle ilgili üretim ve tüm faaliyetlerin ülkemizin ve halkımızın yararına olduğu açıklanmış ve madenlerimizin korunmasının ülkemiz geleceği açısından önemli bulunduğu vurgulanmıştır. Bkz. www.metalurji.org.tr 08.02.2017 tarihli Basın Açıklaması (Erişim Tarihi: 31.05.2019).

Bor^[4], toryum^[5], uranyum^[6] (nükleer yakıtlar^[7]) gibi stratejik^[8]

-
- [4] “Bor ve Bor Mineralleri: Atom numarası 5, atom ağırlığı 10.81 olan bor elementi periyodik sistemin üçüncü grubunun başında yer almaktadır. Bor elementi, yerküreyi oluşturan 92 elementten birisi olarak çevremizde toprak, su, bitki ve canlılarda belli oranlarda bulunabilir. Bor doğada serbest halde bulunmaz, diğer elementler ve oksijen ile birlikte genel olarak bulunan kristal ya da amorf yapıdaki bor miktarı ortalama 10 ppm mertebesindedir” (*Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Bor Raporu*, Ankara Mayıs 2016, s. 15, www.spo.org.tr. Erişim Tarihi: 10.06.2019) (TMMOB Bor Raporu).
- [5] “Uranyum gibi, toryum da bir nükleer enerji hammaddesidir. Toryum bugün için geleceğini bekleyen bir nükleer yakıt hammaddesi durumundadır” (*Toryum Raporu*, Son Güncelleme 16.02.2009, www.maden.org.tr. Erişim Tarihi:10.06.2019).
- [6] “Uranyum, Nükleer enerji santral yakıtı olarak, Üranil asetat analitik uygulamalarında, Zırh kaplama, gemi ve uçak yapımında, Seramiğe renk vermek amacıyla, Üretim reaktörlerinde plütoryum hidrojen bombası yapımında, Nükleer patlayıcı yapımında kullanılır” (*Dünyada ve Türkiye’de Uranyum ve Toryum*, MTA Eylül 2017, www.mya.gov.tr. Erişim Tarihi:10.06.2019).
- [7] Nükleer yakıt kapsamına toryum, uranyum girmektedir. Önceki yıllarda 40 MWe güçteki Toryum Sıcaklık Reaktörü Peach Bottom (HTR) ABD’de, 1976-1989 yılları arasında 330 MWe güçteki Toryum Yüksek Sıcaklık Reaktörü (THTR) Almanya’da Hamm-Uentrop’ta çalıştırılmıştır. Norveç’te Thor Energy tarafından mevcut nükleer reaktörlerde test edilmek üzere iki toryum yakıt elemanı geliştirilmiştir. Bunların birisi mevcut uranyum yakıtına toryum eklenerek diğeri plütonyumla birlikte MOX yakıt olarak hazırlanmıştır. Bkz. TOMBAL, Tuğba Deniz / ÖZKAN, Şafak Gökhan / İLGİN, Kurşun Ünver / OSMANLIOĞLU, Ahmet Erdal, “Bor Bileşiklerinin Özellikleri, Üretimi, Kullanımı ve Nükleer Reaktör Teknolojisindeki Önemi”, *Bor Dergisi*, Cilt 1, Sayı 2, 2016, s. 89-93.
- [8] “Genel olarak dünyada ya da bir ülkede az bulunan oluşum itibarı ile bir bölgede, bir ülkede yaygınlaşmış, kullanımı diğer sanayi dallarını doğrudan ilgilendiren, ikame edilme olanakları az, bir ülke ya da bir bölge için özel ekonomik önem taşıyan, askeri amaçlar için kullanım özelliği olan madenler “stratejik madenler” olarak tanımlanabilir” “Madenleri stratejik kılan nitelik ve kriterler ise;–maden rezervlerinde dünya rezervlerinin çok önemli bir bölümüne sahip olmak,–yüksek rezerve sahip madenlere bugün ve gelecekte talebin hızla artması,–ham rezervlerin girdi olarak kullanıldığı alanlarda çok yüksek katma değer yaratmaları,–dünya üretiminde monopol veya oligopol konumda rezerve sahip olunması,–madenlerin dünya ticaretlerini ve fiyatlarını yönlendirecek boyutta olması,–geleceğin endüstrilerinde kullanılacak olması,–gelecek süreçlerde piyasalarda arz ve talep dengesinin bozulması halinde önemli hale gelecek rezervlere sahip olunması.” (YILDIZ, Necati, “Strateji ve Stratejik

[9] ve ekonomik yönden çok önemli madenlerle ilgili kamu kuruluşu olan İşletmenin Fona aktarılmasının, Anayasa 168., 2804 sayılı Kanununun 2. ile 3123 sayılı Kanununun 49. ve 50. maddeleri gereğince mümkün olup olmadığının mülkiyet ve arama ve işletme hakkı yönünden incelenmesi, ülkemizin geleceğiyle ilgili ve yaşamsal niteliktedir. Fona aktarma, bu iki hak yönünden farklı sonuçlar meydana getirmektedir. İncelemenin konusu, bu sonuçların hukuksal değerlendirmesidir. Konu iki kısımda ele alınacaktır. İlk kısımda doğal kaynakların Anayasadaki yeri ve sonuçları genel sınırları içinde irdelenecektir. İkinci kısımda Anayasa 168. ve anılan Kanunlar karşısında İşletmenin Fona aktarılmasının hukuksal sonuçları ele alınacaktır.

A. DOĞAL KAYNAKLARIN ANAYASAL DÜZENLEMESİ VE SONUÇLARI

1. Anayasayla doğal kaynakların kesin devredilmesi ve sınırlanması yaşı ile birlikte Devletin hüküm ve tasarrufuna verilmesi

“Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır” (AY 168/I). Bu hükme göre, **doğal kaynaklar kesin olarak devredilemez ve sınırlanamaz şekilde, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır.** Anayasadaki bu emredici hüküm bağlayıcıdır.^[10] Ayrıca, bu anayasal yasak, kesin (mutlak) yasaktır. Bu kesin yasak gereğince, doğal kaynaklarla ilgili olarak

Madenler”, Mart 2003, www.maden.org.tr. Erişim Tarihi: 26.05.2021). “1958-1961 yılları aralığındaki süreçte ABD ve NATO tarafından Bor, Stratejik Maden olarak değerlendirilerek pazarlanması kontrol altına alınmış, “COCOM” olarak bilinen tedbirler kapsamında Sosyalist Blok’a bor ihracı yasaklanmıştır” (*TMMOB Bor Raporu*, s. 10).

[9] Bir görüşe göre boru stratejik değil ekonomik maden olarak nitelendirmek gerekir. “Bor; bugün için çıkarılmasının kolaylığı (yer altında değil, açık işletmede gerçekleştiğinden elde etme maliyeti oldukça düşüktür) geniş bir ticari ürün yelpazesinde (250’den fazla) kullanılabilirliği, Türkiye’nin rezerv konusundaki hakim durumu ... nedenleriyle stratejik olmasından öte, ekonomik olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bor madenlerinin stratejik olduğunu öne sürerek devlet elinde kalmasını savunmanın anlaşılır bir tarafı yoktur. Ülkemiz ekonomisinde önemli bir ekonomik değeri olan bor tuzlarının akılcı bir şekilde değerlendirilmesi birinci öncelik olmalıdır” (SARISU, Ayhan, “Madencilik Sektöründe Özelleştirme Uygulamaları”, *Yurt Madenciliğini Geliştirme Vakfı’nca Sektörden Haberler Dergisi*, Mayıs 2001, S. 18, www.ayhansarisu.wordpress.com).

[10] “Anayasa’da düzenlenmemiş bir alanın, kanun koyucunun takdirine bırakıldığı, Anayasa’nın temel ilkeleri ve yasaklayıcı hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla, bu

arama ve işletme ile devri dışında, kanunla mülkiyetle ilgili herhangi bir işlem yapılamaz. **Anayasa koyucu, öncelikle, yasama organının, doğal kaynakların devletçe hüküm ve tasarrufunu devretme yasağı getirmiş ve düzenleme yetkisini sınırlamıştır.** Anayasa, doğal kaynaklar ile ormanları ayrı düzenlemiştir.

AYM, kararlarında, doğal servetler ve kaynakların, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olması hükmü nedeniyle, kesin bir biçimde özel mülkiyete konu olamayacağını belirtmiştir. Özel mülkiyet, Medeni Kanun hükümlerine bağlı mülkiyettir. Doğal kaynaklar, özel mülkiyete konu olamayacaklarından, Medeni Kanun'un mülkiyet ilgili hükümlerine bağlı işlemlerinin konusu da olamayacaktır.^[11] Doğal kaynakların sahihsiz mallardan olduğu belirtilmiştir. Bu görüşe göre, “doğal nitelikleri ve devletin Anayasadan gelen ödevleri gereği, Anayasa ve özel kanunlarla devletin hüküm ve tasarrufuna

konudaki tercihin kanun koyucunun takdirinde olduğu kabul edilmektedir” (AYM 31.01.2013, 2011/45-2013/24, *AMKD*, Sayı 52 1. Cilt, 2019, s. 35).

[11] “Bugün dünyada madenin hukuki mahiyetini belirlemeye yönelik iki ayrı sistem söz konusudur. Bunlardan birincisi, madeni bulunduğu arazinin “mütemmim cüz’ü” kabul eden sistemdir. İkinci sistem ise madeni, bulunduğu araziden ayrı ve bağımsız bir niteliğe sahip “taşınmaz mal” olarak ele alan sistemdir.

Madenin hukuki mahiyeti üzerinde görüş birliği olmaması “maden üzerindeki mülkiyet rejimi”nin de farklı olması sonucunu doğurmuştur. Nitekim bugün çeşitli ülkelerde maden için uygulanan üç ayrı mülkiyet rejimi tespit etmek mümkündür. Bunlardan birincisi “mütemmim cüz rejimi”dir. Bu rejimde madenin bulunduğu arazinin sahibi aynı zamanda madenin mülkiyetine de sahiptir. İkinci rejime “Devlet hakimiyeti rejimi” adı verilir. Bu rejimin özünü, madenler üzerindeki mülkiyet hakkının Devlete ait olması teşkil eder. Devlet, madenler üzerinde tam bir mülkiyet hakkına sahiptir. İkinci tür uygulamada ise madenler toplumun malı olup, Devlet bu madenlerin en verimli şekilde işletilmesini sağlamakla görevli ve yetkilidir. Üçüncü mülkiyet rejime ise “sahipsiz şeyler rejimi” denebilir. Bu rejimde madenin mülkiyet hakkı onu bulana aittir.

Bu üç ayrı rejimde mülkiyet hakkının konusu, eğer maden rezervi, bu rezervin işletilmesi için açılan galeriler, araç ve gereçler üzerinde bir mülkiyet hakkı olarak düşünülürse, bu da “işletme hakkı” şeklinde belirlenen soyut bir mülkiyet hakkı olur. Mülkiyet hakkı ile ilgili yukarıdaki açıklamalarla birlikte değerlendirildiğinde, “işletme hakkı” şeklinde belirlenen mülkiyet hakkının, “Devlet hakimiyeti rejimi”nin doğal bir gereği olduğu görülür” (AYM 24.12.1986, 1985/20-1986/30, *AMKD*, Sayı 22 Ankara 1987, s. 521).

konulmuş yerler de (devlet ormanları, madenlerin büyük bir kısmı, petrol yatakları, yer altı suları) sahihsiz mal sayılmalıdır”.^[12]

AMY, bir kararında, doğal kaynakların Devletin hüküm ve tasarrufunda olmasının anlamı, kapsamı ve sınırlarını açıklamıştır. Anayasa Mahkemesinin 12/6/1965 günlü E. 1963/126, K. 1965/7 sayılı kararında, 1961 Anayasası'nın 130. maddesinde yer alan doğal servet ve kaynakların “Devletin hüküm ve tasarrufu altında olma” sının ne anlama geldiği açıklanmıştır. Bu karara göre:

Anayasa, tabii servetleri ve kaynaklarını Medeni Kanun hükümlerine bağlı özel mülkiyet düzeninin kapsamı dışında bırakmakta, onlara, Devletin Devlet olma niteliği ile eli altında tuttuğu nesnelere düzeni içinde yer vermektedir. Her iki düzen başka başka koşullara ve kurallara bağlıdır, değişik niteliktedir; aralarında birbirlerine karıştırılmalarını önleyecek bellilik ve kesinlikte sınırlar vardır. Anayasa'nın 130. maddesi tabii servetlerin ve kaynakların Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğunu açıklamakta aynı zamanda bunların mülkiyet konusu olamayacağını da hükme bağlamıştır.^[13]... Aslında mülkiyet düzenine bağlı bulunmayan bir nesnede mülkiyetin devri de öncelikle söz konusu olamaz. Doğal niteliği itibarıyla herkesin yararlanmasına açık ve bu nedenle bir kamu malı olan kıyının kendisine doğal servet ve kaynak niteliği kazandıran özelliklerini yitirmemesi için, özel bir korunmaya alınması gereklidir.^[14]

[12] DÜREN, Akın, *İdare Malları*, Ankara 1975, s. 61.

[13] “İçmeğe ve yıkanmağa özgü, şifalı sıcak ve soğuk maden suları, tabii servetler ve kaynakları deyiminin kapsamı içindedir. Aslında mülkiyet düzenine bağlı bulunmayan bir nesnede mülkiyetin devri de özellikle söz konusu olamaz. Oysa iptal edilen fıkra, mülkiyetin devrini öngörmekte ve böylece Anayasa'nın 130 uncu maddesine açıkça aykırı bulunmaktadır” (AYM 16.02.1965, 1963/126-1965/7 RG, S. 12055, T. 22.07.1965, s. 52).

[14] “Anayasa Mahkemesinin sözü edilen kararlarında belirtildiği gibi Türk hukuku açısından Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunma özel mülkiyete konu olmama anlamına gelmektedir. Anayasa'nın 43/1. maddesinde kıyıların, devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu belirtildiğine göre kıyı çizgisi ile kıyı kenar çizgisi arasında kalan alanda özel mülkiyet ilişkisi kurulması mümkün değildir” “Kaldı ki, sözü edilen maddenin birinci fıkrasında “devletin hüküm ve tasarrufu altında” olduğu belirtilen kıyıda özel yapılanmalara izin verilmesi, doğal niteliği bakımından herkesin ortak kullanımına açık bulundurulması gereken bir alanda, Anayasal ilkenin de ortadan

Yasama organı, kanunla, doğal kaynaklar üzerinde mülkiyetle ilgili devir, yüküm ve sınırlama getiremez. Yasama organı, bu konuda, Anayasayla çizilen çerçevede işlem yapabilme yetkisine sahiptir. **Anayasa, yasama organına, doğal kaynaklarla ilgili olarak, sadece bunların arama ve işletmeyle^[15] ilgili belirli koşul ve şekilde kanun çıkarma yetkisi tanımıştır.** Bu demektir ki, yasama organı, doğal kaynakların, arama ve işletmesi dışında, herhangi bir devir veya kullanım ve sınırlama yetkisini Devlete veremez. Gerçekten, **yasama organının, doğal kaynaklarla ilgili olarak, Devlete arama ve işletmeyle ilgili olma dışında, Anayasadan kaynaklanan hüküm ve tasarruf sağlama yetkisi yoktur.**

Görüldüğü üzere, Anayasa, doğal kaynaklarla ilgili olarak, (a) kamunun mülkiyetini tanımıştır, (b) Devlete sadece arama ve işletme olarak yararlanabilme yetkisi vermiştir. Buna göre, Devlet tüzel kişiliği dışında herhangi bir kişilik, doğal kaynaklarla ilgili hüküm ve tasarruf sahibi değildir. Herhangi bir kamu kurumu veya kuruluşu ile gerçek veya özel tüzel kişilerin, doğrudan veya Devlele ortak olarak, doğal kaynaklara ilişkin mülkiyet ve bağlı hakları edinmeleri ve yararlanmaları mümkün bulunmamaktadır. Yasa koyucu, Anayasa ile getirilen bağlı yetki sonucunda, Devlet tüzel kişiliği dışında bir kamu kurumuna veya kuruluşuna, doğal kaynakların mülkiyetiyle ilgili herhangi bir yetki veya hak tanıyacak şekilde kanun çıkaramaz (AY 6/III-son).

2. Devletin doğal kaynakları arama ve işletme hakkını diğer kişilere geçici süreyle devredilebilmesinin kanunla düzenlenmesi zorunluluğu

Anayasa, yasama organını, doğal kaynak ve servetleri devir hakkı konusunda koşullu yetkilendirmiştir. Yasama organı, doğal kaynakların arama ve işletmenin devri yetkisini, salt kanunla kullanabilecektir. “Bu durumda gerçek ve tüzel kişilerin uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim,

kaldırılması sonucunu doğurur” (AYM 25.02.1986, 1985/1-1986/4, *AMKD*, Sayı 22 Ankara 1987, s. 43, 49).

[15] “Arzın içinde bulunan madenin meydana çıkarılması iki safha takip eder: Henüz tamamiyle görünmeyen madenin mevcudiyetini meydana çıkarma; madenin durumu ve işletme kabiliyetini meydana koyma. Bunlardan birincisine (*prospectio*), ikincisine ise (*rechercho*) denir” (ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, II. Cilt, Üçüncü Bası, İstanbul, s. 1373).

denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunla gösterilir” (AY 168/son).^[16] **Yürütmenin, bu konuda düzenleme yetkisi bulunmamaktadır.** Bu arama ve işletme devri ve faaliyet usul ve esasları, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya kararı ile de yapılamayacaktır. Anayasaya göre, arama ve işletme hakkı, Devletle ortak veya ayrı olarak kullanılmak üzere, gerçek ve tüzel kişiler ve kamu kurum, kuruluş ve idarelerine devredilebilir.

“Hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesinin... yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır” (AY 168/III). Yasama organı, arama ve işletme yapılacak olan doğal kaynak ve serveti kanunla somut ve açık şekilde belirleyecektir. Bu demektir ki, yasama organı, bazı doğal kaynakların arama ve işletmesinin devrini uygun görürken, diğer bazılarının devrini uygun görmeyebilecektir. Yasama organının konuya ilişkin takdir yetkisi geniştir. Anayasa 168. madde gerekçesine göre, “Devletin arama ve işletmeyi süresinde gerçekleştirmemesi sonucu özel teşebbüs de devreye girmektedir.”^[17]

Anayasaya göre, doğal kaynakların arama ve işletmesinin, “Devletin gerçek ve tüzelkişilerle ortak olarak veya doğrudan doğruya gerçek ve tüzelkişiler eliyle yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır (AY 168/III). “Devlet, bu

[16] 5177 sayılı Kanunla 3123 sayılı Maden Kanunu'nun 7/I. maddesindeki değişiklikle, madencilik faaliyetlerinin yürütülmesi esasları Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmeliğe göre yapılacaktır. AYM, Anayasanın 168. maddesi gereğince bu düzenlemenin yasayla yapılacağını, yönetmelikle yapılamayacağı nedeniyle hükmün iptaline karar vermiştir (AYM 15.01.2009, 2004/70-2009/7, RG, S. 27255, T. 11.06.2009). AYM'nin diğer bir kararına göre, “doğal kaynaklardan olan petrolün özel şirketler tarafından işletilmesiyle ilgili gözetim, usul ve esaslarının da doğrudan doğruya kanunla düzenlenmesi zorunludur. Bu zorunluluğa karşın dava konusu kuralla, uygulamaya ilişkin usul ve esasları düzenleme yetkisinin Bakanlar Kuruluna verilmesi, Anayasa'nın 168. maddesine aykırılık oluşturacaktır” (AYM 03.07.2013, 2013/96-2014/118, RG, S. 29632, T. 21.05.2015).

[17] Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonunun Değişiklik Gerekçesinde, anılan maddenin redaksiyona bağlı tutularak, açıklık getirildiği belirtilmiştir. Bu nedenle, Danışma Meclisinin Madde Gerekçesi geçerlidir. Bu Gerekçeye göre, “Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır ilkesi ana kuraldır. Arama ve işletmecilikte Devlete öncelik tanınmıştır. Fakat Devletin arama ve işletmeyi süresinde gerçekleştirmemesi sonucu özel teşebbüs de devreye girmektedir. Amaç milli servetin işletilmesini ve milli gelirin artırılmasını bir an önce sağlamaktır” (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), 2019, s. 1100/1286, www.anayasa.gov.tr. Erişim Tarihi: 25.05.2021).

hakkını belli bir süre için gerçek ve tüzel kişilere devredebilir” (AY 168/II). Bu süre, geçici olmakla birlikte, Anayasa ile belirlenmemiştir. Anayasa, geçici sürenin belirlenmesini, kanunla olmak koşuluyla yasama organına bırakmıştır. Yasa organı, bu geçici süreyi takdir hakkına sahiptir. Bu sürenin kamu yararına uygun saptanması gerekir.^[18]

Madde Gereğesinde belirtildiği üzere, arama ve işletmede devletin önceliği bulunmaktadır. Bu, doğal kaynakların hüküm ve tasarrufunun devlette olmasının olağan bir sonucudur. Devletin arama ve işletme hakkının devrinin gerekçesi kanunda açıklanmalıdır. Bu gerekçe, kamu yararı ve denetlenmesiyle ilgilidir.^[19] Anayasa Mahkemesi, bu konuda iki ölçüt geliştirmiştir. AYM'nin bir kararına göre, milli servetin işletilmesini ve milli gelirin artırılmasını bir an önce sağlamak amacına uygun görülen “mali yeterlik” ve “işçi kısa sürede bitirebilme” ölçütleri kabul edilmelidir.^[20]

[18] “İlgili yasama belgelerinin incelenmesinden kanunun kamu yararı dışında bir amaçla çıkarılmış olduğu açıkça anlaşılabilirse amaç unsuru bakımından Anayasa'ya aykırı olduğu söylenebilir. Kanun koyucunun kamu yararı amacıyla hareket edip etmediğini ancak ilgili yasama bilgileri incelenerek ve kuralın objektif anlamına bakılarak tespit edilebilir” (AYM 11.09.2014, 2013/116-2014/135, RG, S. 29396, T. 24.06.2015).

[19] “Anayasanın çeşitli hükümlerinde yer alan kamu yararı kavramının Anayasa'da bir tanımı yapılmamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında da belirtildiği gibi, kamu yararı, bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararadır. Bu saptamanın doğal sonucu olarak da kamu yararı düşüncesi olmaksızın, yalnız özel çıkarlar için veya yalnız belli kişilerin yararına yasa kuralı konulamaz. Böyle bir durumun açık bir biçimde ve kesin olarak saptanması halinde, söz konusu yasa kuralı Anayasa'nın 2. maddesine aykırı düşer ve iptali gerekir. Açıklanan ayrık hal dışında bir yasa kuralının ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı bir siyasi tercih sonucu olarak kanun koyucunun takdirine ait olduğundan, salt bu nedenle kamu yararı değerlendirmesi yapmak anayasa yargısıyla bağdaşmaz” (AYM 29.01.2014, 2013/66-2014/19, RG, S. 29632, T. 21.05.2015). “Anayasa'ya uygunluk denetiminde, kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil, incelenen kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek yasalaştırılmış olup olmadığının irdelenebileceği açıktır” (AYM 31.01.2013, 2011/45-2013/24, *AMKD*, Sayı 52, 1. Cilt, 2015, s. 50).

[20] AYM 03.07.2013, 2013/96-2014/118, RG, S. 29632, T. 21.05.2015.

3. Anayasa Mahkemesinin bor, toryum ve uranyumun arama ve işletmesiyle ilgili görüşü ve değerlendirilmesi

AYM, bir kararında, 2840 ve 3123 sayılı Kanunlarla ilgili ilgili düzenlemelerden söz etmiş, 3123 sayılı Kanunla birlikte bor, toryum ve uranyumun diğer madenlerde olduğu gibi özel sektörde de işletilebileceğini vurgulamıştır.^[21] 2840 sayılı Kanundan önce 2172 sayılı Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun ile 3123 sayılı Maden Kanunu'nun iptalleri için Anayasa Mahkemesine iptal davaları açılmıştır. Her iki iptal davasındaki iptal nedenleri birbirinin karşısı olabilecek niteliktedir. Bu nedenle, bu iptal istemleri ile AYM kararına kısaca değinmek gerekmektedir. 2172 sayılı Kanunun ilgili hükümlerinin iptali için açılan davada şunlar ileri sürülmüştür:

“Anayasanın 131. maddesinin ormanlar bakımından Devlet yararına bir tekel yaratmasına karşılık, 130. madde özel sektörün etkinliğine de olanak tanımıştır. Bu anayasal duruma karşın, madenler üzerinde Devlete tekel tanınması, Anayasa Koyucunun amacına ters düşer.”^[22] Ayrıca, özel sektörde işletilen madenlerin kamu tüzel kişilerine geçmesi, Anayasada istisna işlem olan devletleştirme veya kamulaştırma ile mümkündür.

AYM, 1961 Anayasası'nın 130. maddesinde, doğal kaynakların arama ve işletme hakkının Devlete ait olduğunu, bunun istisnasını kanunla özel sektör ile birlikte veya özel sektör eliyle yapılabilmesinin oluşturduğunu, temel görevin Devlete ait olmasından dolayı, Anayasa Koyucunun arama ve işletme işlerini kamu hizmeti olarak gördüğünü belirtmiştir. Karara göre;

Yönetim hukukunun genel ilkelerine göre, yönetsel izin ve sözleşmelere yönetime tek yanlı olarak her zaman son verilebilir. Ancak, maden işletmesinin Anayasa'nın 130. maddesinden kaynaklanan özgün nitelikleri ve özellikle işletmenin öğelerinden birini oluşturan maden rezervinin Devletin “hüküm ve tasarrufunda” bulunması nedeniyle burada yönetim hukukunun genel ilkelerinin -söz gelimi “rachat” hükümlerinin- tümüyle uygulanmasına olanak bulunmadığından, Yasa Koyucunun, bu konuda özel bir yasal düzenlemeyi gerekli gördüğü anlaşılmaktadır.

Bu açıklamalardan çıkan ilk sonuç, iptali istenen yasanın, kimi yönetsel izin ve sözleşmelere Devletçe son verilmesi konusunu düzenlemekte olduğu ve izin

[21] AYM 24.12.1986, 1985/20-1986/30, *AMKD*, Sayı 22, Ankara, 1987, s. 524.

[22] AYM 21.06.1979, 1979/1-30, *AMKD*, Sayı 17, Ankara 1980, s. 217.

hakkına ya da sözleşmesine son verilmesi konusunu düzenlemekte olduğu ve izin hakkına ya da sözleşmesine son verilen özel teşebbüsün elindeki taşınmazların kamulaştırılmasına ilişkin hükümleri içermekle birlikte, bir “devletleştirme yasası” sayılmasına olanak bulunmadığıdır. Böyle olunca da iptali istenen yasanın Anayasa'nın devletleştirmeye ilişkin 39. maddesine aykırılığundan söz edilemez.”^[23]

“Bu nedenle, “Devletin, İşletmenin tüm aktif ve pasifini değil, yalnızca maden arama ruhsatnamesi ile işletme hakkı ile ayrılmaz bir bütün oluşturan değerleri devralmasını doğal saymak gerekir.”^[24] “Öte yandan, ... Anayasa'nın 130. maddesinden kaynaklanan bu yasa, madenlerin aranması ve işletilmesi alanında kamu yararının kişi yararına göre çok daha fazla ağırlığı bulunduğu temel düşüncesine dayanmaktadır.”^[25]

Bir AYM üyesinin karara karşı oy yazısında ise, Anayasa hükmü gereğince madenlerin hukuki rejimini değiştirme veya yeniden belirleme yetkisinin yasama organına ait olduğu, bu düzenlemenin çoğunluk gerekçesindeki gibi kamu hizmeti sözleşmesinin esas tutulmasına değil, Devletin egemenlik hakkına dayandığı açıklanmıştır.^[26] Sonuçta, AYM, iptal isteminin reddine karar vermiştir.

2172 sayılı Kanunun iptal isteminden sonra, 3123 sayılı Kanunun 2840 sayılı Kanundaki Devlet tekeline kaldıran hükümlerinin iptali davası açılmıştır. Anayasanın 168/I madde hükmündeki doğal kaynakların Devletin hüküm ve tasarrufunda olmasından dolayı, mülkiyetle ilgili tekelin arama ve işletmeyi de kapsamına aldığı ve madenlerin arama ve işletmesinin özel sektöre açılmayacağı gerekçesiyle, 3123 sayılı Kanunun ilgili diğer hükümleriyle birlikte 49. ve 50. maddelerinin iptali istenmiştir.

AYM, Kanunla üç stratejik maden ve diğerlerinin arama ve işletmesinin tamamıyla özel sektöre devredilmediğini, Devlet işletmeleri ile özel sektör işletmelerinin ortaklaşa veya ayrı olarak arama ve işletmede bulunabileceklerini,

[23] AYM 21.06.1979, 1979/1-30, *AMKD*, Sayı 17, Ankara 1980, s. 228-229.

[24] AYM 21.06.1979, 1979/1-30 *AMKD* Sayı 17 Ankara 1980, s. 232.

[25] AYM 21.06.1979, 1979/1-30 *AMKD* Sayı 17 Ankara 1980, s. 240.

[26] AYM Üyesi Rüştü Aral'ın karşı oy yazısı, AYM 21.06.1979, 1979/1-30 *AMKD* Sayı 17 Ankara 1980, s. 247.

bunun sektörün verimli çalışmasını sağlayacağını belirterek iptal isteminin reddine karar vermiştir.^[27]

Yukarıda bor, toryum ve uranyumun stratejik madenler olarak nitelendiğine ve önemine değinilmiştir. 3123 sayılı Kanununun 49. ve 50. maddelerinin iptali istemi ile **AYM kararında, bu üç maden diğer madenlerle birlikte ele alınmış, stratejik nitelikleri, önem ve değerleri göz önüne alınmamıştır.** Üç stratejik madenin, bu nitelikleri ile diğerlerinden ayrıldıkları açıktır. Buna göre, iptal istemi ile AYM kararında, üç stratejik madenle ilgili bir ayırıma gidilmeyişi önemli bir eksiklik ve hatadır. İptal istemi ve AYM kararında, sorun, madenlerin Devletçe arama ve işletmesinde tekel olup olmaması yönünden ele alınmıştır.

AYM kararının bir karşı oy yazısında, madde gerekçesinden hareketle farklı bir yaklaşımda bulunulmuştur. Bu karşı oy yazısına göre, Anayasanın 168/I hükmü gereğince, kural olarak madenlerin arama ve işletmesi Devlete ait olacaktır. Devlet, bu hakkını gerektiğinde belli bir süre için özel sektöre devredebilecektir.^[28] Bu hakkın devrinin hangi madenler için hangi koşullarla Devlet ile özel sektörün ortaklaşa ve doğrudan doğruya özel sektöre yapılabileceğinin yasayla belirlenmesi gereklidir. Karşı oy yazısındaki görüş, diğerlerinden farklı olmakla birlikte, üç stratejik madenin bu niteliğinin göz önüne alınmaması yönüyle diğerleri ile aynı niteliktedir.

Anayasa, doğal kaynakların arama ve işletmesinde Devlet tekeli getirmemiş, bu hakkın Devlete ait olduğunu belirttikten sonra (AY 168/II),

[27] “Öte yandan dava dilekçesinde öne sürüldüğü gibi 168. madde, madenlerin tümüyle ve sadece Devlet tarafından aranmasını ve işletilmesini yani katı bir Devletçilik uygulamasını da öngörmemektedir. Eğer Anayasa Koyucunun amacı bu olsa idi, bunu 169. maddede ormanların mülkiyeti, yönetimi ve işletilmesi ile ilgili olarak düzenlediği şekilde açık, seçik olarak belirlerdi” (AYM 24.12.1986, 1985/20-1986/30 AMKD Sayı 22 Ankara 1987, s. 526, 527).

[28] “Bu maddeye göre, tabii servetler ve kaynakların Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunmaları; bunların aranmaları ve işletilmeleri hakkının Devlete ait olması kuraldır. Devletin bu hakkını belli bir süre için gerçek ve tüzelkişilere devredebilmesi, gerektiğinde başvurulabilen ve esas kuralı tamamlayıcı bir yetkidir, başka bir deyişle istisnadır. Hangi tabii servet ve kaynağın, gerçek ve tüzelkişilerce, doğrudan doğruya ya da Devletle ortak olarak arama ve işletmesinin yapılabileceği yasayla belirlenmelidir” (AYM Üyesi Yılmaz Aliefendioğlu'nun karşı oy yazısı, *AMKD*, Sayı 22, Ankara, 1987, s. 532).

Devletin bu hakkını belli bir süreyle özel sektöre devredebileceğini hükme bağlamıştır (AY 168/III). Görüldüğü üzere, **Anayasa, madenlerin arama ve işletmesinde, Devlet ile özel sektör yönünden eşitlik sağlamamıştır. Anayasaya göre, genelde madenlerin özelde üç stratejik madenin arama ve işletmesi Devlete aittir.**

Anayasanın 168. Madde Gerekçesinde bu düzenleme Devlete öncelik tanıma olarak belirtilmiştir. Gerekçeye göre, “Fakat **Devletin arama ve işletmeyi süresinde gerçekleştirememesi sonucu özel teşebbüs devreye girmektedir**”. Anayasaya göre Devletin bu hakkını devri, Gerekçedeki koşula bağlıdır. “Özel sektör, Devletin bu işlerinde plan hedeflerine varabilmesi için gerekiyorsa, gerektiği oranda rol alabilir. Devletin, arama ve işletme hakkını tümüyle ya da “öncelik hakkını” yitirici bir biçimde özel sektöre devretmesi Anayasanın bu maddesine uygun düşmeyecektir.”^[29]

Son olarak, AYM'nin yukarıdaki 3123 sayılı Kanunla ilgili hükümlerin iptali isteminin reddi kararının sonuçlarına dönülmesinde yarar görülmüştür. Kanun koyucu ve AYM, 3123 sayılı Kanunla madenlerin arama ve işletmesinde Devlet ile özel sektörün birlikte veya ayrı olarak hak sahibi olacağına karar verirken, Anayasanın 168/II-III. maddelerindeki Devletin bu haklara öncelikle sahip olduğunu, hakkın özel sektöre devrinin madde gerekçesinde belirtilen koşula bağlı olduğunu göz önüne almamıştır.^[30]

Kanun koyucunun, bu hukuk politikası, öncelikle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun değildir.^[31] En önemlisi, kanun koyucu, 3123 sayılı Kanunda

[29] AYM Üyesi Yılmaz Aliefendioğlu'nun karşı oy yazısı, *AMKD*, Sayı 22, Ankara, 1987, s. 532.

[30] Onar, yabancılara maden arama ve işletme ruhsatı ve imtiyazı verilip verilmemesi için Fransız hukukundan örnek vererek, konuyla ilgili sakınca ve tehlikelerin geçmişteki deneylerden yararlanılarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Fransız hukukunda konuyla ilgili mevzuat gereğince yabancı bir şirketin maden imtiyazı alabilmesinin, anonim şirketlerde, yönetim kurulu başkanı ve en az yönetim kurulunun üçte ikisinin, murahhas üyenin, denetçilerin Fransız olması gerektiğine değinilmiştir. Doğrudan yabancı şirkete hak tanınmasının, ulusun nesnel değeri olan doğal kaynakların getiri ve gelirlerinin başka ülkelere gitmesine (kaynak transferine) neden olacağı, askeri ve siyasal yönden tehlikeler yaratabileceği ileri sürülmüştür (ONAR, II, s. 1380-1381, dn 30).

[31] AYM 16.07.2020, 2018/104-2020/4, *AMKD*, Sayı 57, Cilt 2, 2020, s. 864.

stratejik maden ayırımına gitmemiş, tüm madenleri aynı hukuki düzene bağlı tutmuştur. Kanun koyucunun takdir hakkını bu şekilde kullanması, ülkenin ekonomik ve siyasal durumuna ve ulusal çıkarlarına, yani kamu yararına uygun değildir açıkça aykırıdır. Kanun koyucunun, ivedilikle stratejik madenlerle ilgili ulusal çıkarları ve ekonomiyi öne alan yeni düzenlemeler yapması zorunludur.

4. Anayasadaki doğal kaynaklar ve ormanlarla ilgili hükümlerin genel bir karşılaştırılması

Anayasa, doğal kaynakları, Devletin hüküm ve tasarrufuna verirken, aynı zamanda, Devletin diğer kamu mallarındaki ve ormanlardaki hüküm ve tasarrufundan ayırmıştır. Anayasa, genelde doğal kaynaklar ile özelde ormanların hüküm ve tasarrufunu, Devlete bırakmıştır. Doğal kaynaklar ve ormanların düzenlenmesinde ortak olan, mülkiyetlerinin kesin devredilmesi ve sınırlandırılması yasağıdır.

Doğal kaynaklar ve ormanlar, tüm ulusa ait nesnel ortak değerlerdir. Anayasa koyucu, bu durumu gözeterek, iki nesnel ortak değere ilişkin belirtilen kesin yasağı getirmiştir. Buna göre, yasama organı başta olmak üzere, tüm erkler, bu kesin yasağı aykırı işlemde bulunamazlar. Anayasa, bu nesnel ortak değerlerin korunması ve gözetimi ve tasarrufunun, kanunla hüküm altına alınacağını belirtmiştir. Böylece, yasama organı, doğal kaynaklar ile ormanların korunması, gözetimi ve tasarrufuyla yetkili kılınmış, yürütme organı yetkilendirilmemiştir. Bu konuda yukarıdaki açıklamalar geçerlidir.

Anayasa, ormanların korunmasını ayrıntılı düzenlemiştir. “Devlet, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır. Yanan ormanların yerinde yeni ormanlar yetiştirilir, bu yerlerde başka çeşit tarım ve hayvancılık yapılamaz. Bütün ormanların gözetimi Devlete aittir” (AY 169/I). Bir görüşte Anayasa Mahkemesi'nin ormanların korunması ve alanların genişletilmesinde, ilgili düzenlemeyi çevre yönünden incelememesi eleştirilmiş, diğer bir kararında Anayasa'nın 169. maddesiyle korunan hukuki değer çevre olduğunu kabul ettiği belirtilmiş ve çelişkiye değinilmiştir.^[32]

[32] SEMİZ, Yasemin, “Anayasa Mahkemesi'nin Çevre Hakkı Perspektifi”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 2, 2014, s. 18-19.

Anayasayla doğal kaynaklar ve ormanlarla ilgili düzenlemedeki önemli farklılık, doğal kaynakların arama ve işletme hakkının geçici süreyle devrine olanak tanırken, ormanlarda arama ve işletme hakkının devrine olanak sağlanmamasıdır. Ormanların kullanma hakkının devri, kanunla da yapılamaz. “Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz. Devlet ormanları kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir. Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edilemez ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz” (AY 169/II). Devletin devlet ormanlarının mülkiyeti ve kullanımında tekeli kesindir (mutlaktır). Yasama organının anayasal yasaklı bu alanda kanun çıkarma yetkisi söz konusu değildir.

Anayasa ile doğal kaynaklar ile ormanlarla ilgili diğer bir düzenleme farkı, doğal kaynaklara yönelik zarar verici eylemlerle ilgili bir hükme yer verilmemesi, ormanlarla ilgili özel ve açık düzenleme yapılmasıdır. “Ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez. Ormanların tahrip edilmesine yol açan siyasi propaganda yapılamaz; münhasıran orman suçları için genel ve özel af çıkarılamaz. Ormanları yakmak, yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen suçlar genel ve özel af kapsamına alınmaz” (AY 169/III).

B. STRATEJİK MADENLER BOR, TORYUM VE URANYUMUN ARAMA VE İŞLETMEYLE İLGİLİ DÜZENLEME VE SONUÇLARI

1. Bor, toryum ve uranyumun arama ve işletme hakkının devrinin ikili yasal düzenlemeye bağlanması

Anayasa, 168. madde hükmüyle, yasama organına, doğal kaynakların arama ve işletme hakkının devrine kanunla izin verme yetkisi tanımıştır. Doğal kaynaklar ve servetlerle ilgili olarak, genel nitelikte son olarak 3213 sayılı Maden Kanunu çıkarılmıştır. “Bu Kanun madenlerin milli menfaatlere uygun olarak aranması, işletilmesi, üzerinde hak sahibi olunması ve terk edilmesi ile ilgili esas ve usulleri düzenler” (3213/1). “Yer kabuğunda ve su kaynaklarında tabii olarak bulunan, ekonomik ve ticari değeri olan petrol, doğal gaz, jeotermal ve su kaynakları dışında kalan her türlü madde bu Kanuna göre madendir” (3213/2).

Yasama organı, Anayasanın 168. maddesiyle verilen yetki gereğince, bor, toryum ve uranyum ile ilgili olarak diğer madenlerden farklı bir düzenlemeye gitmiştir. Konuyla ilgili 2840 sayılı Kanun çıkarılmıştır. Kanunun ‘Devlet eliyle işletilecek madenler’ başlıklı 2. maddesine göre, “Bor tuzları, uranyum

ve toryum madenlerinin aranması ve işletilmesi Devlet eliyle yapılır. Bu madenler için 6309 sayılı Maden Kanunu gereğince gerçek ve özel hukuk tüzelkişilerine verilmiş olan ruhsatlar iptal edilmiştir.”

Görüldüğü üzere, 2840 sayılı Kanunla bor, toryum ve uranyumun arama ve işletme hakkının devri yasaklanmıştır. Bu demektir ki, Devlet, bu üç madenle ilgili arama ve işletme hakkını, gerçek ve tüzel kişilere veya kamu kurum ve kuruluşlarına doğrudan veya ortaklaşa kullanma şeklinde devredemez. Yasa koyucu, bu madenlerin arama ve işletme hakkının devrini kamu yararı açısından uygun görmemiştir. Kanuna göre, bor, toryum ve uranyumun arama ve işletmesi, salt Devletçe yapılacaktır. Bu suretle, Devlet tekeli yaratılmıştır. Aşağıda ele alınacağı üzere, bu Devlet tekeli eleştirilmekte ve kaldırılması istenilmektedir.

Ülkemizde bor tuzlarıyla ilgili Devlet tekeline almanın sonuçları, ülkeye dayatılmaya çalışılan ve bazı iktidarlarca tek çıkış olarak sunulmaya kalkışılan özelleştirmenin ulusal çıkarlara zararlarını ortaya koymuştur. Konuyla ilgili teknik açıklama için önemi nedeniyle alınmıştır: “Bor madenleri 1978 yılında devletleştirilmeden önce Türkiye’de de bor madenciliği ile uğraşan **Avrupa’lı ve Amerika’lı firmaların, çıkardıkları borun ham madde olarak ihracını tercih ettiği, bu firmaların, çıkardıkları boru Türkiye’de işleyecek entegre tesisler vs. kurmadıkları, bor rezervlerinin miktarını küçük, madenin değerini düşük göstermeye çalıştıkları tespit edilmiştir.** Bunun da büyük ölçüde borun stratejik öneminden ve dünya çapındaki bor üreticisi firmaların Türkiye’deki bor yataklarına olan ilgilerinden kaynaklandığı açıktır.”^[33] “Bu sebeple **bor madeninin 1978 yılında devletleştirilmesindeki en önemli amaçlarından biri madenin dünya piyasasındaki gerçek değerinden satılarak yurt dışına kaynak transferi yapılmasının önüne geçmek olmuştur.**”^[34]

“Devletleştirmenin faydaları kısa sürede görülmeye başlamış, Türkiye’nin Bor üretiminde (B2O3 Bazında) 1970 yılında %16 olan payı; 1980 yılında %26, 2001 yılında % 34,4’e yükselmiştir. 1978 yılında 83,4 milyon ABD Doları olan Bor gelirleri 2000 yılında 208 milyon ABD Dolarına ulaşmış, Dünyanın en kaliteli kolemonitleri olan Emet, Bigadiç Kestelek kolemonitleri 1978 yılı öncesi 40-60 ABD Doları/ton fiyatla satılırken 290-295 ABD Doları/ton fiyatla satılabilir hale gelmiştir. Bugün, Eti Holding’in ürün portföyündeki ham bor

[33] YILMAZ, s. 33/43-34/43.

[34] YILMAZ, s. 35/43.

ürünleri için ortalama brüt kar marjı % 50 civarında olup, bu bor kar marjı % 500'ü aşmaktadır.”^[35]

Ayrıca, Devletin bor yataklarını verimli ve gelir sağlayıcı şekilde işletemeyeceği görüşünün geçersizliği, 1978 yılından itibaren Devlet adına Etibank'ın çalışmalarıyla dünya piyasasının büyük üreticilerinden biri olmasıyla ispatlanmıştır. Sorun, Devlet eliyle işletmede değil, işletmenin günün koşullarına uygun çalışma teknoloji ve yatırımların eksikliğinden kaynaklanmaktadır. İddianın aksine Devlet adına Etibank'ın 1960'lı yıllardan itibaren yatırımlarıyla dünya piyasalarında önemli yer edinilmesi sağlanmıştır.^[36]

Yasama organı, 2840 sayılı Yasa ile üç stratejik madenin arama ve işletmesiyle ilgili getirilen devir yasağını, 5177 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 49. ve 50. maddeleri^[37] ile Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren kaldırmıştır. 5177 sayılı Kanun^[38] Geçici 1. Maddesi^[39] ile görevli kamu kuruluşuna bor tuzlarının aranmasında beş yıllık bir ayrıcalık ve öncelik tanımıştır. Kanundaki beş yıllık süre, bir anlamda Devletin bu stratejik madenlerin arama hakkındaki tekelinin uzatılması niteliğindedir. Bu beş yıllık sürenin yetersiz olduğu ve bu sürede istenilen aramanın ve belirlemenin eylemli olarak olanaklı

[35] YILMAZ, s. 36/43.

[36] YILMAZ, Ayşegül, “Her Derde Deva Hazinemiz Bor”, *Bilim ve Teknik*, Mayıs 2002, S. 47, www.services.tubitak.gov.tr, (Erişim Tarihi: 12.06.2021).

[37] **5177 sayılı Kanunun 49. Maddesi:** “2840 sayılı Kanun hükümleri saklıdır. Ancak, Kanunun yürürlük tarihinden sonra bulunacak bor, trona ve asfaltit madenlerinin aranması ve işletilmesi bu Kanun hükümlerine tabidir./Bunların ihracatına ait usul ve esaslar Cumhurbaşkanınca tespit edilir”.

5177 sayılı Kanunun 50. Maddesi: “Bu Kanunun yürürlük tarihinden sonra toryum ve uranyum madenlerinin aranması ve işletilmesi bu Kanun hükümlerine tabidir./ Üretilen cevher Devlete ve Cumhurbaşkanınca tespit edilen yerlere satılır”.

[38] RG, S. 27255, T. 11.06.2009.

[39] 5177 sayılı Kanunun Geçici Madde 1/VI. Maddesi: “Bor tuzu ruhsat sahalarının rezervi (görünür + muhtemel) bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren beş yıl içerisinde ilgili kamu kuruluşu tarafından belirlenir ve bu alanlar üzerine aynı grup ruhsat verilmez. Bu ruhsatlar Maden Kanunu'nun bu Kanunla değişik 16. maddesinde belirtilen olan sınırlamasına tabi değildir.”

bulunmadığı gerekçesiyle hükmün iptali istenilmiştir. Anayasa Mahkemesi, anılan hükmün Anayasaya uygun olduğu gerekçesiyle iptal isteminin reddine karar vermiştir.^[40]

2. Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü'nün hukuki statüsüne genel bir bakış

2840 sayılı Kanun, stratejik bor, toryum ve uranyum ve diğer madenlerle ilgili özel yasadır. Kanunun 2. madde hükmüyle, bor, toryum ve uranyumun arama ve işletmesinin Devlet tekeline alınmış olduğuna yukarıda değinilmiştir. Devletin bu üç stratejik madenle ilgili tekeli, 5177 sayılı Kanunla 3123 sayılı Maden Kanunu'nun 49. ve 50. maddelerindeki değişikliği ile bu Kanunun Geçici Madde 1/VII ile getirilen beş yıllık sürenin sonuna kadar devam etmiştir.

2840 sayılı Kanunun 2. maddesi gereğince, bor, toryum ve uranyumun Devletçe arama ve işletmesi için Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü kurulmuştur. Eti Maden İşletmeleri Ana Statüsü, 3213 sayılı Maden Kanununun 49. ve 50. maddeleri, 2840 sayılı Kanununun 2. maddesi ile 233/KHK ve 399/KHK hükümlerine göre hazırlanmıştır (Ana Statü 2). Eti Maden İşletmelerinin Ana Statüsü Resmî Gazetede^[41] yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. İşletmenin, sermayesinin tamamı Devletindir (Ana Statü 5/d).

Eti Maden İşletmeleri, bir kamu iktisadi teşebbüsüdür ve tüzel kişiliğe sahiptir; özellikle bor, toryum ve uranyumun arama ve işletmesiyle ilgilidir (Ana Statü 6/1-a-b).^[42] Ana Statüye göre, “Teşekkülün amaç ve faaliyet alanı, hazineye intikal eden hisse senetleri, diğer haklar, tahvil çıkarma ve diğer

[40] AYM kararında, 5177 sayılı Yasanın Geçici Madde 1/VII hükmünde, İşletmenin arama yapacağı alanların sicil kayıtlarına işleneceği, sonradan bu alanlarda bor tuzu bulunması halinde, bor tuzu rezervleri ile ilgili hakların kullanımının İşletmeye ait olacağı vurgulanmıştır. Bu nedenle, İşletmenin herhangi bir hak kaybının söz konusu olmayacağı açıklanmıştır (AYM 15.01.2009, 2004/70-2009/7, RG, S. 27255, T. 11.06.2009).

[41] RG, S. 27401, T. 09.11.2009.

[42] İstisna olarak, “Maden Kanunu'nun 2. maddesinde II. grup madenler olarak belirlenmiş; mermer, dekoratif taşlar, traverten, kalker, dolomit, kalsit, granit, siyenit, andezit, bazalt ve benzeri taşlarla ilgili ruhsat almak ve işletmek, kiralamak, kiraya vermek ve devretmek”, İşletmenin faaliyetine alınmıştır (Ana Statü 6/ç).

konularda 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleri uygulanır (Ana Statü 33).

Eti Maden İşletmeleri, sadece Devlet adına bor, toryum ve uranyumun arama ve işletmesiyle yetkili kuruluştur (AY 168). İşletme, ham ve rafine bor üretiminde başarılı olmakla birlikte, teknoloji gerektiren katma değeri yüksek uç ürünlerin üretiminde geri planda kalmıştır. Bu durum, İşletmenin mevcut faaliyetinin yabancılara yaradığı düşüncesi^[43] ile özelleştirilmesi görüşlerine neden olmaktadır. Buna karşılık, İşletmenin uç ürünleri üretecek teknolojik donanıma ve işletme yapısına sahip olması gerektiği de ileri sürülmektedir.^[44] Son yıllarda katma değeri yüksek ürünlerin üretilmeye başlandığı ve başarı olunduğu da belirtilmektedir.^[45]

Küreselleşme, dünya madenciliğinde, çok uluslu şirketlerin büyük sermaye ve büyük kapasiteli maden makineleri ve donanımı ile yüksek üretim maliyetlerini düşürmüş, birçok ülkenin devlete ait kamu kurumlarını ve

[43] “Ülkemiz dünya ölçeğindeki maden rezervleri (Örn. Bor tuzları, trona vb) açısından avantajlı olmasına rağmen dünya madencilik sektöründeki etkinliği, sahip olduğu rezervlerle paralellik göstermemektedir. Örneğin, Türkiye ham bor satmak suretiyle dünyada başta ABD, Almanya, Belçika, Çin, Finlandiya, Fransa, G. Kore, Hindistan, Hollanda, İngiltere, İspanya, İtalya, Japonya, Polonya, Romanya, Tayvan ve Malezya olmak üzere yaklaşık 20 ülkede bor sanayi tesislerinin kurulmasına vesile olarak bor kaynaklarımızın bizlerden ziyade yabancılar tarafından yararlanılmasına neden olmuştur” (SARISU, Madencilik Sektöründe Özelleştirme Uygulamaları).

[44] “Yüksek katma değerde özellikli bor bileşikleri üretimi ve bunun için gerekli ileri teknoloji ve yeni uygulamalar ise önemli ölçekte bilimsel teknolojik birikim ve yetenek göstermektedir. Bu tür ürünlerin yüksek katma değere karşın kasıtlı miktarda üretimleri de göz önüne alınmalıdır” (*Türkiye Bor Raporu*, www.tubitak.gov.tr, Erişim Tarihi: 11.06.2021)

[45] “Eti Maden’in satış stratejisinde izlediği politika ile 2000 yılından sonra katma değeri yüksek rafine bor ürünlerinin üretilip satılmasına önem verilmiş ve bu doğrultuda yatırım faaliyetlerine büyük hız verilmiştir. Gerçekleştirilen uygulamalar sonucunda, bor ürünleri ihracatında konsantre ürünlerin payı azalırken, katma değeri yüksek rafine bor ürünlerin payı sürekli artmıştır. Eti Maden’in 2018 yılında toplam ihracatının içerisindeki katma değeri yüksek rafine bor ürünlerinin payı %97 olarak gerçekleşmiştir”. “Ayrıca, Ar-Ge faaliyetleri sonucunda; tarım sektörü için de Borlu Temizlik Ürünü (Boron) piyasaya arz edilmiştir” (TÜZÜN, Hülya, ÜN, Süleyman / BUĞDAYCI, Şeyhmus, “Konsantre ve Rafine Bor Ürünleri”, *International Symposium on Boron Bildiriler Kitabı*, 17-19 April 2019, Nevşehir, s. 65, 70).

şirketlerini özelleştirmelerine ve uluslararası tekelin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bunun sonucunda ulusal ve bölgesel ölçekteki özel sektörün yaşama şansı kalmamış, çoğunluk büyük şirketlere devredilmiştir. Küreselleşme bu şirketler yönünden “yut ya da yutul” durumu yaşanmasına yol açmıştır.^[46]

Etibank Maden İşletmeleri, diğer tekel niteliğindeki uluslararası şirketlerle birlikte, dünya piyasasında önemli bir yere ve paya sahip bir kamu kuruluşudur. İşletmenin tamamlanması gereken eksikliği, ileri teknoloji ile katma değeri yüksek uç ürün üretmeyişiştir. Mühendis odalarının ve uzmanların görüşlerinden bu teknik üretim ve işletme eksikliğinin giderilmesi olanağı olduğu anlaşılmaktadır. Teknik rapor ve görüşlerde yapılması gerekenler açıklanmıştır ve Devlet bunları yapabilecek güçtedir. “Ülke ekonomisi için son derece önemli olan bor rezervlerimizin gerek ulusal çıkarlarımız gerekse kamu yararı açısından kamu eliyle işletilmesi, özellikle çok uluslu bir tekelin varlığı da göz önüne alındığında, doğaldır ve gereklidir.”^[47] İşletmenin, dünya piyasasındaki mevcut durumu ve elde ettiği geliri artırmak yerine, özelleştirme ile bu gelirin tekelere verilmesinin istenmesi aklımızla alay etmeye kalkışma haddini bilmezliğidir.

Diğer yandan, bu kuruluşun, üç stratejik madenle ilgili olarak arama ve işletme dışında, mülkiyetle ve bu hakların devriyle veya bu anlama gelebilecek herhangi bir işlemde bulunması söz konusu değildir. Çünkü, İşletme, anılan madenlerin arama ve işletmesi dışında işlemde bulunabilmek için Anayasadan kaynaklanan bir Devlet yetkisine sahip değildir (AY 6/III-son). Dolayısıyla, İşletmenin mülkiyete konu bir özelleştirilmesi,^[48] Anayasa 168. maddesindeki Anayasal yasak gereğinde mümkün değildir.

[46] AVŞAROĞLU, Nadir, *Madencilik Raporu*, s. 37, 48, www.madencilikrehberi.wordpress.com.

[47] AVŞAROĞLU, *Madencilik Raporu*, s. 264.

[48] İşletme, internet sitesinde özelleştirme iddialarını yanıtlamıştır. Açıklamada bor madenlerinin özelleştirilerek Amerikalılara 40 milyon dolara peşkeş çekileceğinin iddia edildiği, 2840 sayılı Kanunla bor üzerindeki Devlet tekelinin devam ettiği, 3177 sayılı Kanunla Devlet tekeline ilişkin hakların saklı tutulduğu açıklanmıştır. Genel Müdürlük, bu Kanun hükümleri gereğince bor madenlerinin arama ve işletmesinin herhangi bir ülke, firma ve şahsa satılması veya devrenin olmadığını ve bu konuda bir çalışmanın bulunmadığını vurgulamıştır (www.etimaden.org.tr, Erişim Tarihi: 27.05.2021).

Anayasaya göre, Devletin hüküm ve tasarrufunda olan doğal servetler ve kaynaklar, mülkiyetinin devri, kısıtlanması veya dolaylı veya doğrudan benzeri bir işleme veya özelleştirmeye bağlı tutulamaz. Dolayısıyla, Anayasa gereğince, **Devlet adına doğal kaynaklardan olan bor, toryum ve uranyumun mülkiyet olarak özelleştirilmesi^[49] veya dolaylı veya doğrudan benzeri bir işleme bağlı tutulması kesin şekilde mümkün değildir.**

Yukarıda belirtildiği üzere, 2840 sayılı Kanun kapsamı dışında kalan bor, toryum ve uranyumun, Devlet ile birlikte veya doğrudan doğruya gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerince arama ve işletilmesi mümkündür. Bu durumda, Eti Maden İşletmelerinin Türkiye Varlık Fonuna devrinin, bu üç stratejik madenin Devletin hüküm ve tasarrufu altında olması ile arama ve işletme hakkının devri Anayasa hükmü karşısındaki hukuksal durumu ve sonuçları incelenmelidir.

C. ETİ MADEN İŞLETMELERİNİN TÜRKİYE VARLIK FONUNA AKTARILMASI İŞLEMİ VE SONUÇLARI

1. Türkiye Varlık Fonu Yönetimi AŞ ile Türkiye Varlık Fonunun hukuki durumu ve işleyişine genel bir bakış

6741 sayılı Türkiye Varlık Fonu Yönetimi Anonim Şirketinin Kurulması İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla, kamu sermayeli bir şirket kurulmuştur. “Şirket; stratejik yatırım planında belirtilen hedefler ile likidite, yatırım, risk ve getiri tercihlerini dikkate alarak; ... kıymetli madenler ve emtiaya dayalı olarak ihraç edilen sermaye piyasa araçlarının, ...alım satımını, ...ulusal ve uluslararası birincil ve ikincil piyasalarda gerçekleştirilir” (6741 s. K. 2/3-a).

6741 sayılı Kanunun 3. maddesiyle, Türkiye Varlık Fonu kurulmuştur. Fon, özelleştirme veya yap işlet devret modeli dışında yeni bir finansman modeli olarak^[50] ulusal varlık fonu niteliğindedir^[51]. Kanuna göre, “Şirket

[49] “Özelleştirme uygulamalarında, tabii kaynakların, belli bir süre için sadece işletme hakkının verilmesi suretiyle gerçekleştirilmesi” (4046 s. K. 2/h) hükmü, Anayasa 168. madde hükmü doğrultusundadır.

[50] AYM 18.01.2018, 2016/180-2018/4, par. 19. RG, S. 30325, T. 07.02.2018.

[51] “Ulusal Varlık Fonları, kamuya ait çeşitli varlıkların belirli kurumsal yönetim ilkelerine bağlı olarak yönetileceği şekilde düzenlenen özel amaçlı yatırım fonlarıdır. Söz konusu fonlar ile kalkınmanın reel sektörü olan reel sektör yatırımlarına, stratejik sektör,

tarafından hazırlanan Türkiye Varlık Fonu İçtüzüğü'nün ticaret siciline tescili ile Türkiye Varlık Fonu kurulur"^[52] (6741 s. K. 3/1-II). Fon, Kanununun 5. maddesindeki tescil işlemleriyle sınırlı olarak tüzel kişiliğe sahiptir (6741 s. K. 5/II). Türkiye Varlık Fonunun kaynakları, Kanununun 4. maddesinde^[53] düzenlenmiştir. Bu kaynaklardan birisi de Cumhurbaşkanı tarafından Türkiye Varlık Fonuna aktarılmasına karar verilen iktisadi devlet teşekküllerinin Hazineye ait hisseleridir.

Eti Maden İşletmeleri, 24.01.2017 tarih 2017/9756 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi^[54] ile Türkiye Varlık Fonuna devredilmiştir. "Kuruluşun Hazine ve Maliye Bakanlığına (Hazine Müsteşarlığı) ait hisseleri 27.04.2017 tarihinde fona devredilmiştir."^[55]

şirket ve projelere uzun vadeli kaynak sağlanması yoluyla kalkınmanın hızlandırılması, ekonomik sürdürülebilir büyüme oranlarının yakalanması ve ekonomik istikrarın sağlanması amaçlanmaktadır". "Bu fon, ekonomimizin yapısal sorunlarını aşmasında katkı sağlamanın yanı sıra, dış politikaların önemli bir enstrümanı olarak Türkiye'nin uluslararası arenada daha fazla söz sahibi olmasına katkı sağlayacaktır. Dünya örneklerinde görüldüğü gibi Ulusal Varlık Fonları, Devletin kontrolünde, Devlete ait kaynakların toplandığı bir çeşit havuzdur" (Türkiye Varlık Fonu Kurulması ile Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/1319) ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, Genel Gereke s. 5-6, www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss413.pdf, Erişim Tarihi: 27.05.2021).

[52] "Bu çerçevede, Türkiye Varlık Fonunun, Ticaret Kanunu hükümlerine tabi ancak bir Devlet şirketi formunda, birçok konuda muafiyete sahip bir olarak yapılması ve özel bir statüye sahip olması önem arz etmektedir" (Türkiye Varlık Fonu Kurulması ile Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/1319) ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, Genel Gereke s. 5-6, www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss413.pdf Erişim Tarihi: 27.05.2021).

[53] "Madde 4 Gerekeşi: "Madde ile Türkiye Varlık Fonunun kaynakları sayma suretiyle belirlenmiş ve bu kaynaklar haricinde Türkiye Varlık Fonuna gerek iş ve gerekse dış piyasalardan finansman sağlanması imkânı tanınmıştır" (Türkiye Varlık Fonu Kurulması ile Katma Değer vergisi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/1319) ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, s. 7).

[54] RG, S. 29970, T. 05.02.2017.

[55] Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü 2019-2013 Stratejik Plan, s. 13, www.etimaden.org (Erişim Tarihi: 27.05.2021).

Yürütme, KHK/684 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 9. maddesiyle, 6741 sayılı Kanuna (d) fıkrasını eklemiştir.^[56] 684/KHK, 23.01.2017 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bakanlar Kurulu, bu KHK'nin yürürlüğe girmesinden bir gün sonra, İşletmenin Fona aktarılmasına karar vermiştir. Geniş bir tartışmaya girmeden yürütmenin 684/KHK ile 6741 sayılı ek fıkra eklemesine kısaca değinilecektir.

Yürütme, olağanüstü halde, sadece olağanüstü hal kararı kapsamında yetkili olduğu konularda OHAL KHK'leri düzenlemeye yetkilidir. Olağanüstü halde 6741 sayılı Kanuna hüküm ekleme görev ve yetkisi, yasama organına aittir (AY 7). Yürütmenin, olağanüstü halde yasama oranına ait görev ve yetki alanındaki konularda, Anayasadan kaynaklanan işlem yapma yetkisi yoktur (AY 6/III-son). Dolayısıyla, **yürütmenin 684/KHK ile 6741 sayılı Kanuna ek hüküm getirmesi, fonksiyon gaspıdır ve yetkisizlikten dolayı bu işlem (norm) hukuken yok hükmündedir.**

Öğreti genelde yukarıdaki görüşüme karşıdır.^[57] AYM ise, görüşüme paralel önceki görüşünü^[58] terk ederek, bu konuda yetkisizlik kararları vermiştir.^[59] Görüşüme göre, Bakanlar Kurulu, 7074 sayılı Kanundan önceki zaman diliminde İşletmeyi Fona aktarmada yetkisizdir ve işlem yoklukla sakattır. Çünkü, Fona aktarma tarihinde buna yetki veren bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Sonradan çıkarılan 7074 sayılı Kanunun 9. maddesiyle

[56] 02.01.2017-684/KHK Madde 9–Aynen Kabul 01.02.2018-7074 sayılı Kanun Madde 9 ile eklenen 6741 sayılı Kanun Madde 4/1 (d) hükmü: “İktisadi devlet teşekküllerinden, bunların müessese, bağlı ortaklık, işletme, işletme birimleri ile varlık ve iştiraklerindeki kamu paylarından, sermayesinin tamamı veya yarısından fazlası Devlete ve/veya diğer kamu tüzel kişilerine ait olan ticari amaçlı kuruluşlardaki kamu paylarından, sermayesinin tamamı kamuya ait olan ticari amaçlı kuruluşların sahip olduğu hisse ve varlıklardan, Devletin diğer iştiraklerdeki kamu paylarından ve Hazineye ait paylardan Cumhurbaşkanı tarafından Türkiye Varlık Fonuna aktarılmasına veya Şirket tarafından yönetilmesine karar verilenlerden oluşur”.

[57] GÖZLER, Kemal, “Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnameleri Anayasa Mahkemesi Tarafından Denetlenebilir mi?”, www.anayasa.gen.tr/ouhkk-aym.htm, (Erişim Tarihi: 05.06.2021).

[58] AYM 07.07.1991, 1991/6-20 (RG, S. 21165, T. 08.03.1992).

[59] AYM 12.10.2016, 2016/166-159 (RG, S. 29878, T. 04.11.2016).

belirtilen ek hükmün getirilmesi, aktarma işlemi tarihinde hukuken yok hükmündeki aktarma idari işlemine geçerlik sağlayamaz. Bu idari işlemin, 7074 sayılı Kanundan sonra yeniden yapılması gerekirken, bu konuda yapılan yeni bir idari işlem söz konusu değildir.^[60]

“Türkiye Varlık Fonunun mal varlığı ile Şirkete yönetilmek üzere devredilen varlık ve haklar, Şirketin malvarlığından ayrıdır” (6741 s. K. 7/I).^[61] Türkiye Varlık Fonunun diğer bir kaynağı ise, Fona bağlı değerlerin mülkiyetlerini yükümlülük ve borç altına sokan işlemlerdir. Gerçekten, **Türkiye Varlık Fonuna “Finansman sağlanırken Türkiye Varlık Fonu portföyü üzerinde teminat, rehin, kefalet ve ipotek tesis edilebilir”** (6741 s. K. 4/3). Bu hükme göre, **Türkiye Varlık Fonu, portföyündeki değerlerin mülkiyetleri üzerinde sınırlayıcı tasarruflarda bulunabilecektir.** Buna karşılık, Fonun malvarlığı, Fonun faaliyetlerine özgülenmiştir, bu faaliyetlere ilişkin iş ve işlemler dışında teminat gösterilemez, rehin edilemez ve başka bir amaçla tasarruf edilemez (6741 s. K. 7/II).

Böyle olunca, İşletmenin Fona aktarılmasının bu kamu kuruluşuna ait hisselerinin, 6741 sayılı Kanunun 4/3. madde hükmündeki mülkiyetin yükümlülük ve borç altına sokulması işlemlerinin, söz konusu kamu kuruluşunun Fona aktarılması işlemi etkileyip etkilemeyeceğinin incelenmesi önemli ve gereklidir. İncelemenin asıl amacı da budur.

[60] Hukuken yok hükmündeki bu idari işleminden cezasal veya hukuksal sorumluluk doğup doğmaması ele alınması gereken önemli bir konudur.

[61] **Madde 7 Gereğesi:** “Madde ile Türkiye Varlık Fonunun mal varlığı güvence altına alınmış, Türkiye Varlık Fonunun mal varlığı Şirketin mal varlığından ayrılmıştır. Madde ile ayrıca, Türkiye Varlık Fonu hesabına olması şartıyla para ve sermaye piyasalarından finansman temin etmek değil Türkiye Varlık Fonu ve alt fonların yapmaya yetkili olduğu faaliyetlere ilişkin iş ve işlemlere yönelik olarak Türkiye Varlık Fonunun mal varlığının teminat gösterilebileceği, bunların haricinde teminat gösterilemeyeceği gibi rehnedilemeyeceği, haczedilemeyeceği, başka bir amaçla tasarruf edilemeyeceği, ihtiyati tedbir konulamayacağı, iflas masasına dahil edilemeyeceği düzenleme altına alınmıştır” (Türkiye Varlık Fonu Kurulması ile Katma Değer vergisi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/1319) ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, s. 7).

2. Türkiye Varlık Fonunun finansman sağlamasında Eti Maden İşletmeleri varlık ve değerlerinin kaynak oluşturması

Eti Maden İşletmelerine bağlı bazı ortaklıklar ve iştirakler, Özelleştirme İdaresine devredilmiştir. Bunlar arasında bor, uranyum ve toryumla ilgili bir ortaklık veya iştirak veya hisse bulunmamaktadır.^[62] **Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü, Özelleştirme İdaresine devredilen varlıkları dışında, özelleştirme kapsamı dışındadır.**^[63] Buna göre, İşletmenin, 6741 sayılı Kanununun 4/1 (a)^[64] hükmü kapsamında Türkiye Varlık Fonu kaynağına alınması mümkün değildir. İşletme 684 sayılı KHK m. 9 ve 7074 sayılı Kanun 9 ile değişik 6741 sayılı Kanununun 4/1 (d) maddesine göre Fona aktarılmıştır.

6741 sayılı Kanununun 4. ve 7. madde hükümleri farklı niteliktedir. Kanununun 4. madde hükmü, Türkiye Varlık Fonunun kaynakları ve finansman sağlanması başlığını taşımaktadır. Fonun kaynakları özelleştirmeden, kamu kurumları ihtiyaç fazlası gelirlerden, Fonun doğrudan ve sermaye dışı

[62] “2000 yılında Bandırma’da II. Sodyum Perborat Monohidrat Tesisi işletmeye alındı. Bağlı ortaklıklarımızdan, Eti Bakır AŞ, Et, Krom AŞ, Eti Elektrometalurji AŞ, Eti Gümüş AŞ, Özelleştirme İdaresine devredildi”. “2003 yılında Bağlı ortaklıklarımızdan Eti Alüminyum AŞ ve İştiraklerimizden, Çayeli Bakır İşletmelerindeki hisselerimiz Özelleştirme İdaresine devredildi”. “2011 yılında Özelleştirme Yüksek Kurulunun 21/2/2011 tarihli ve 2011/14 sayılı kararı ile; Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğünün Hidrojen Peroksit Sanayi ve Ticaret AŞ’de bulunan %28.2 oranındaki iştirak hissesi özelleştirme kapsam ve programına alınmıştır” (www.etimaden.gov.tr/tarihce, Erişim Tarihi: 0.05.2019)

[63] “2011 yılında Özelleştirme Yüksek Kurulunun 21/2/2011 tarihli ve 2011/14 sayılı kararı ile; Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğünün Hidrojen Peroksit Sanayi ve Ticaret AŞ’de bulunan %28.2 oranındaki iştirak hissesi özelleştirme kapsam ve programına alınmıştır” (www.etimaden.org.tr, Erişim Tarihi: 27.05.2021). “Bu kimyasal madde özellikle ev hanımlarının kullandığı deterjanlar içinde bulunmaktadır. Sulandırılmış ve yaralar için kullanılan hidrojen peroksitin halk arasındaki adı oksijenli sudur” (www.enerjiportali.com, Erişim Tarihi: 27.05.2021). Görüldüğü üzere, Eti Maden İşletmelerinin anılan iştirak hisselerinin özelleştirilmesiyle, stratejik üç madenin hüküm ve tasarrufu arasında herhangi bir ilişki söz konusu değildir.

[64] **6741 sayılı Kanun Madde 4/1 (a):** Türkiye Varlık Fonunun kaynakları; (a) Özelleştirme Yüksek Kurulu tarafından; özelleştirme kapsam ve programında bulunan ve Türkiye Varlık Fonuna devrine karar verilen kuruluş ve varlıklar ile Özelleştirme Fonundan Türkiye Varlık Fonuna aktarılmasına kısmen karar verilen nakit fazlasından, ... oluşur”.

yöntemlerle sağlanan kaynaklardan, Fona aktarılan hisse ve varlıklardan ve iktisadi devlet teşekkülleri varlık ve hisselerinden sağlanır. Fonun finansman sağlanmasındaki etkili aracı, Kanunun 4/3. madde hükmüyle düzenlenmiştir. Bu hüküm gereğince, Fon, finansman sağlanmasında belirtilen kaynaklardaki varlık ve değerlerden oluşan portföyü üzerinde teminat, rehin, kefalet ve ipotek tesisi ile sağlanabilir (6741 s. K. 4/3). Madde hükmünde belirtilen işlemler sınırlıdır.

Kanunun 4. ve 7. maddelerindeki farklılık, inceleme konumuz yönünden önem taşımaktadır. Fonun malvarlığı ile Şirkete yönetilmek üzere devredilen varlık ve haklar ile Şirketin malvarlığı birbirinden ayrıdır (6741 s. K. 7/I). Kanun, finansman sağlanmasında bir sınırlama getirmiştir. “Türkiye Varlık Fonunun mal varlığı, Türkiye Varlık Fonu hesabına olması şartıyla para ve sermaye piyasalarından finansman temin etmek dahil Türkiye Varlık Fonu ve alt fonların yapmaya yetkili olduğu faaliyete ilişkin iş ve işlemler haricinde teminat gösterilemez, rehnedilemez ve başka bir amaçla tasarruf edilemez” (6741 s. K. 7/II).

Bakanlar Kurulu kararıyla yapılan aktarma sonucunda, İşletmenin varlık ve değerleri, Fonun portföyüne alınmıştır (6741/4-3) ve kullanılabilir hale getirilmiştir. Kanunun 7. maddesinin finansman sağlanmasında getirilen sınırlama dışında bir etkisi bulunmamaktadır. Fona finansman sağlanmasında, Kanunun 4. maddesindeki sınırlı işlemler uygulanacaktır. Bu, İşletmenin Fona aktarılmasıyla, 6741 sayılı Kanun hükümlerine bağlı olmasının bir sonucudur. Buna göre, İşletme varlık ve değerleri, Fon tarafından teminat, rehin, kefalet ve ipotek tesisine konu olabilecektir.

İşin aslına bakılırsa, Eti Maden İşletmelerinin kurum olarak^[65] Fona aktarılmasının amacı da budur. Bor, toryum ve uranyum gibi stratejik madenler sektörünün Fon tarafından desteklenmesi yerine,^[66] ülke ekonomisi için

[65] ÖZGÜL, Hüseyin Burak, *Varlık Fonları ve Türkiye Varlık Fonu*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Ana Bilim Dalı, İstanbul 2018, s. 105 (yüksek lisans tezi).

[66] Sektörel olarak bor içeren mineral ve bileşiklerin kullanım alanları şu şekilde sıralanabilir: Savunma, cam, elektronik ve bilgisayar, enerji, güneş sistemleri, iletişim araçları, ilaç ve kozmetik, inşaat, kâğıt, kimya, koruyucu malzeme, makine, metalürjik ürün, otomobil, seramik, uzay ve havacılık, nükleer endüstrileridir. Bkz. TOMBAL/ÖZKAN/İLGİN/OSMANLIOĞLU, s. 89-90.

gereği olmayan şekilde kaynak aktarıldığı için eleştirilen inşaat sektörü ağırlıklı projelere kaynak sağlanması için işletmenin varlık ve hisselerinin Fonun finansmanında kaynak olarak kullanılması^[67] da bu düşüncemizi doğrulamaktadır.^[68]

Santiago İlkelerinin 2. maddesine aykırı olduğu açıklanan^[69] Fonun dış politika aracı olarak kullanılması amacı, İşletmenin Fona alınmasını açık-

[67] “TVF'nin kanun tasarısında bulunan hedeflerinden birisi; ‘Otoyollar, Kanal İstanbul, Üçüncü Köprü ve Havalimanı, Nükleer Santral gibi büyük altyapı projelerine kamu kesimi borcu arttırılmadan finansman sağlanması hedefidir. Burada iki nokta önem arz etmektedir. İlk nokta Türkiye Varlık Fonu kaynaklarının inşaat sektörü dahilindeki altyapı projeleri için kullanılmasının Türkiye ekonomisine yararlı olup olmayacağıdır. Çünkü yine tasarıda bulunan hedeflerde; ‘Büyüme oranına gelecek on yıl içinde yıllık %1,5 oranında ilave artış sağlanması’ hedefi bulunmaktadır. İkinci nokta ise kamu kesimi borç stokunu arttırmadan özel sektör borç stokunu arttırmanın Türkiye için sağlıklı olup olmayacağıdır” (ÖZGÜL, s. 122).

[68] Türkiye, bor rezervi ve rafine bor üretiminde ABD ile birlikte dünya pazarının önde gelen ülkelerindedir. Türkiye Varlık Fonu sitesinde Fonun amaçları arasında “Stratejik önem arz eden sektörlerin gelişmesine ve büyük ölçekli yatırımlara iştirak etmek amacıyla Türkiye Varlık Fonu’nu ve bu fona bağlı alt fonları kurmak ve yönetmek” yer almaktadır. Türkiye dünya pazarında önemli yere sahip olmakla birlikte, katma değeri yüksek ürünler yönünden ABD ön plandadır. Türkiye ise, bor sektöründen yüksek kazanç sağlanmasında çok gerilerdedir. Dolayısıyla, Fonun belirtilen amacına göre stratejik madenlerin ve bunlar içinde borla ilgili sektörün katma değeri yüksek ürünler üretecek ve değerlendirecek duruma getirilmesi gerekmektedir. Buna karşılık, Eti Maden İşletmelerinin stratejik nedenlerle ilgili sektör olarak desteklenmesi gerekirken, Fona alınması ve finansmanında kaynak olarak kullanılmak istenmesi açık bir çelişkidir. Fonun kanun tasarısında, stratejik sektörler olarak savunma, havacılık ve yazılım gibi yoğun stratejik sektörlerin desteklenmesinden söz edilirken, inşaat sektöründeki büyük projelere finans kaynağı sağlanması hedeflenmiştir. Bor, toryum ve uranyum stratejik madenler sektörüyle ilgili bir amacın yer almadığı görülmektedir. İşletmenin Fonun belirtilen amacına karşıt olarak finansman aracı olarak kullanılması, TMMOB ve mühendis odalarının İşletmenin bir tür gizli özelleştirilmesi ortak düşüncelerini doğrular niteliktedir. Bkz. ÖZGÜL, s. 102, 105.

[69] Kanunun Gereğesinde Fonun dış politika aracı olarak kullanılmasının amaçlandığı açıklanmıştır. “Santiago İlkelerinin 2. maddesinde yer alan “UVF'nin amacının açıkça belirlenmesi ve kamuya ilan edilmesi” gereği, hem bu iktisadi ve finansal amaçlara uygun yatırım stratejilerinin belirlenmesini kolaylaştırmak, hem de UVF'nin politik amaçlarla kullanılmasının önüne geçerek amaca uygun davranmasını ve hesap verilebilirliğini garanti edebilmek için ortaya konulmuştur. TVF'nin amaçlarının

layamamaktadır. Çünkü, İşletme, stratejik madenler sektörünün Fonun belirtilen amacına göre araç kullanılmak için değil, aksine Fona finansman kaynağı olmak üzere Fona aktarılmıştır. Bu, düşüncemizi doğrulayan diğer bir nedendir.

Bu durumda, çözümlenmesi gereken **sorun, Anayasa 168. hükmü gereğince, Eti Maden İşletmelerinin** -Fonun portföyüne girecek- **varlık ve Hazine hisselerinin kapsamında bor, toryum ve uranyum madenlerinin mülkiyetinin yer alıp almayacağıdır.** Bu sorun, incelemenin önemli bir konusudur. **İşletmenin görevi, bor, toryum ve uranyum ile ilgili arama ve işletme olduğundan, İşletmenin Fona aktarılmasında bu stratejik madenlerle ilgili mülkiyetin İşletme hisseleri aracılığıyla Fona kaynak yapılabilmesi Anayasadaki kesin yasak gereğince mümkün değildir.**

3. Eti Maden İşletmesinin tekelindeki arama ve işletme hakkının kaldırılması girişimleri ve eleştirilmesi

Bor ile ilgili tröstlerin ve IMF gibi kuruluşların bu Devlet tekelinin kaldırılması için ısrar ettikleri ve stratejiler geliştirdikleri ileri sürülmüştür.^[70] AYM, özelleştirmeye ilgili bir kararında, özelleştirilecek kuruluş tekel konumunda ise, kamu tekelinin yerini özel sektör tekelinin almasının kaçınılmaz olacağını belirtmiştir. Karara göre, kamu tekelinde üretime Devletin

açıkça ortaya konulmamış olması, bu bağlamda ciddi bir sorun oluşturmaktadır” KAYIRAN, Meltem, “Türkiye Varlık Fonu’nun Kuruluş Amacı ve Yapısı Üzerine Bir Değerlendirme”, *Eğitim Bilim Toplum Dergisi*, Cilt 14, Sayı 56, s. 74.

[70] “Stratejik değeri nedeniyle gün geçtikçe önemi ve kullanım yaygınlığı artan sanayide vazgeçilmez bir anahtar element olan bor mineralleri tüm dünya ülkelerinin ve uluslararası sermaye gruplarının (tröstlerin) ilgi odağındadır. Bu nedenle sürekli Türkiye’nin bor madenleri konusunda bazı tavır ve stratejiler geliştirmektedirler. Örneğin IMF’nin Türkiye’nin bor madenlerini özelleştirilmesi konusundaki ısrarı ve tavırları mevcut durumu en güzel şekilde ifade etmektedir. Türkiye’nin bor madenlerinin özelleştirilmesi konusunda yabancı dayatmalara ve tavsiyelere asla ödün vermemesi gerekir. Bu konuda ülkemizin bor madenleri, milli çıkarlar ve hassasiyetler göz nünde bulundurularak 2840 sayılı maden kanunundaki “Bor madenleri devletçe işletilecektir” hükmü asla değiştirilmemelidir. Özelleştirme yapıldığı takdirde bor madenlerimiz uluslararası madencilik ve sermaye gruplarının (tröstlerin) eline geçme tehlikesiyle karşı karşıya gelmektedir” YENMEZ, Necati, “Stratejik Bir Maden Olarak Bor Minerallerinin Türkiye İçin Önemi”, *İstanbul Üniversitesi Coğrafya Bölümü Coğrafya Dergisi*, Sayı 19, İstanbul, 2009, s. 92.

doğrudan karışma olanağı varken, özel tekelerde bu olanağın bulunmaması nedeniyle fiyatların kamu tekelinden daha yüksekte belirlenecek ve kalite olumsuz etkilenecektir.^[71]

Mühendis Odalarının ortak açıklamaları kapsamında, 2804 sayılı Kanunun 2. maddesinde bu üç stratejik madenin arama ve işletmesine ilişkin yasağın, bir yasa değişikliğiyle kaldırılmak istenmesi konusuna değinmekte yarar vardır. Bu yasa değişikliği teklifiyle, bu stratejik madenlerle ilgili ürünün mülkiyeti ruhsat sahibine verilerek, işletme hakkının devri yasallaştırılmak istenmektedir.^[72] Buna karşın, Danıştay 10. Dairesi, 2003 yılında verdiği bir kararında, üç stratejik madenin arama ve işletmesinin, madenlerin zenginleştirilmesi, rafinasyonu ve pazarlamasını da kapsadığını belirtmiştir.^[73]

[71] AYM 09.12.1994, 1994/43-42-2, RG, S. 22181, T. 24.01.1995.

[72] Bakanlar Kurulu'nun 05.03.2012 tarihli Kanun Tasarısı ile 2804 sayılı Kanununun 2. maddesine ek hüküm olarak önerilen Madde: "Bu madenlerin üretimi ve zenginleştirilmesi, teknik, ticari ve ekonomik sebeplerle, ürünün mülkiyeti ruhsat sahibinde kalmak üzere 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümleri çerçevesinde ihale edilmek suretiyle üçüncü şahıslara gördürebilirler. Ancak üçüncü şahıslara gördürülecek işlerin ihale süresinin üç yıldan fazla olması durumunda konuya ilişkin talepler Yüksek Planlama Kurulu tarafından karara bağlanır".

[73] Konuya ilişkin haber yazısına göre, Danıştay 10. Dairesi, "Karar gerekçesinde, 2840 sayılı ... Kanun'un "devlet eliyle işletilecek madenler" başlıklı 2. maddesinde, "Bor tuzları, uranyum ve toryum maddelerinin aranması ve işletilmesi devlet eliyle yapılır" hükmünü içerdiği hatırlatıldı. / Yasa koyucunun amacını ortaya koyması bakımından yasanın gerekçesinin önem taşıdığı ifade edilen kararda, yasa gerekçesinde, bu madenlerin stratejik ve ekonomik nedenlerle devlet kuruluşlarınca işletilmesinin zorunlu görüldüğüne işaret edildiği kaydedildi.

Söz konusu yasanın komisyonda ve TBMM'de görüşülmesi sırasında, dünya bor rezervinin yüzde 60'ının Türkiye'de bulunduğu, dünyada sadece Türkiye ve ABD tarafından pazarlanan ve başkaca hiçbir devletin aracı olarak yer almadığı bor pazarına yönelik olarak ABD'de tek bir holdingin faaliyet gösterdiğinin dile getirildiği aktarılan kararda, Türkiye'nin ise dağınık bir hareket ve rekabet nedeniyle sürekli fiyat düşürüp döviz kaybettiği bor mineralinden en yüksek düzeyde yararlanmak için tekel ve kararlı bir satış politikasının şart olduğuna dikkat çekildiği kaydedildi.

... Kararda şöyle denildi: "Danıştay 1. Dairesi'nin anılan kararında belirtildiği üzere, 2840 sayılı Kanun'un amacının bor tuzlarının maden sahasından çıkarılması, zenginleştirilmesi, rafinasyonu, bunlardan her türlü uç ürün elde edilmesi ve pazarlanmasının tek elden yapılmasıyla ülkenin dünya bor pazarındaki etkinliğini artırarak borun en verimli şekilde değerlendirilmesini sağlamak olduğu dikkate

Bu yasa teklifi girişimi eleştirilmiştir. Bu eleştirilerde, 1978 öncesi bor işletmeciliği yapan firmaların basit kil yıkama tesisleri dışında bir tesis ve teknoloji geliştirme yatırımı yapmadıkları, kolay yolla ham cevher olarak ihraç suretiyle önemli oranda kaynak ve döviz kaybına neden oldukları ileri sürülmüştür. Bu bağlamda, Rio Tinto ve US Borax'ın elindeki bor rezervlerinin tükenmekte oluşunun, yasa teklifine ne ölçüde etkili olduğu ve bor gibi değerli bir mineralin on kat daha ucuza elde edilmesinin etkili olup olmadığı sorulmuştur.^[74]

Diğer bir eleştiriye göre, diğer ülkelerin veya Rio Tinto ve US Borax'ın ellerindeki bor rezervleri, yeni sisteme göre yüzde yüz geri döndürmeyi mümkün kılsa veya boru sıfır kayıpla rejenere etseler bile, sodyum bor hidrür veya amonyum bor hidrür ile çalışacak araçların bir yıllık ihtiyaçlarını karşılamaya yetmeyecektir. Eleştiride projeye ilgili olanların ellerinde, sodyum bor hidrür yakıtını yapacak yeterli malzemenin bulunmadığı, bu nedenle gözlerinin Türkiye'deki rezervlerde olduğu açıklanmıştır.^[75]

Ayrıca, Devlet tekelden vazgeçilmesinde özel sektörün daha verimli çalışarak daha çok kazanç sağlayacağı varsayımının doğru olmadığı, mevcut uygulamada ortalama maliyetler ile satış fiyatı arasındaki kazanç yüksekliğine özel sektörün yapabileceği bir katkının olmayacağı belirtilmiştir. 1978 önce-sindeki uygulamanın fiyatların ve ülke kazancının büyük oranda düşmesine neden olduğuna dikkat çekilmiştir. Yerli madencilik şirketlerinin uluslararası maden tekellerinin karşısında tutabilecek güçlerinin bulunmaması nedeniyle,

alındığında, davacı Eti Holding'in tekel hakkının bor cevherinin topraktan çıkarılması ve konsantre edilmesiyle sınırlı olduğu, bundan sonraki rafiansyon ile uç ürün elde edilmesi safhalarını kapsamadığı yolundaki iddiaları yerinde görülmemiştir” www.arsiv.ntv.com.tr/news/221775.asp, (Erişim Tarihi: 10.06.2019).

[74] Bu eleştiriye göre, yasa teklifinin kabulünde kiralama yoluyla madenin rezervi tükendiğinde mülkiyet kavramı içi boşaltılmış bir kâğıt parçasına dönüşecektir. Bkz. SAĞTEKİN, Cemalettin, “Sempozyum Konuşması”, *Bor Madenlerinin Özelleştirilmesi, Taşeronlaşması Sempozyumu*, Türkiye Barolar Birliği, 16 Mart 2013, Ankara, s. 25-26, 28.

[75] DUMAN, İsmail, “Sempozyum Konuşması”, *Bor Madenlerinin Özelleştirilmesi, Taşeronlaşması Sempozyumu*, Türkiye Barolar Birliği, 16 Mart 2013, Ankara, s. 76-77.

bor rezervlerinin kısa bir sürede söz konusu tekellerin eline geçmesinin kaçınılmaz olduğu vurgulanmıştır.^[76]

2840 sayılı Kanunla bor, toryum ve uranyumun arama ve işletmesinin Devlet tekelinin, 3123 sayılı Kanun döneminde de devam edeceği açıklanmıştır. Her iki Kanuna bağlı arama ve işletme hakkı, Fona aktarma işlemiyle farklı sonuçlara bağlı olacaktır.^[77] Bu fark, ilk Kanunda Devlet tekeline olan arama ve işletme hakkının, ikinci Kanunla ortadan kaldırılmasından kaynaklanmaktadır. **İşletmenin 2840 sayılı Kanunla ve 3123 sayılı Kanunda belirtilen geçici sürede doğmuş arama ve işletme hakkı, Devlet tekeli nedeniyle özel sektöre devredilemez.**^[78]

Bir görüşte ABD'nin yakın bir gelecekte bor madenlerinin tükenme ihtimali nedeniyle kalan rezerv kısmını "stratejik rezerv" olarak ilan ettiği ve maden çıkarımını durdurduğu açıklanmıştır. Bu, borun stratejik niteliğini ortaya koyan diğer bir nedendir. Bu kapsamda, ülkemizdeki bor madenlerin rezerv ömrü, en yakın ülkenin rezerv ömründen birkaç katı fazladır.^[79] Bu

[76] AVŞAROĞLU, Nadir, "Madencilik Sektörü'nde Özelleştirme Uygulamaları", Ankara Eylül 2004, s. 37-38, www.madencilikrehberi.wordpress.com, Erişim Tarihi: 15.06.2021)

[77] 2840 sayılı Kanunla, 6309 sayılı Maden Kanunu'yla özel sektöre verilen ruhsatlar iptal edilmiştir (2840 s. K. 2/II). "Bor tuzları sahalarında eski ruhsat sahipleri tarafından çıkarılmış cevher, bakiye yığını, cüruf stokları ve pasalar üzerinde bunları çıkaranların her türlü hakları bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onsekiz ay içinde sona erer ve ilgili kamu kuruluşunun uhdesine geçer (2840 S.K. Geçici m. 1). Dolayısıyla, bu Kanunla, özel sektöre verilen haklar belirlenen süre sonunda sona ermiştir.

[78] 2840 sayılı Kanunla getirilen Devlet tekelinin kaldırılması ileri sürülmüştür. "Bu nedenle, öncelikle 2840 sayılı Kanun değiştirilerek bor madenlerinin ve bahse konu 4 demir madeninin işletilmesinde Anayasa'nın 168 nci maddesi çerçevesinde Devlet tekelinin kaldırılması" istenmiştir (SARISU, Madencilik Sektöründe Özelleştirme Uygulamaları).

[79] "Çizelge 3 incelendiğinde Türkiye'nin bor madenlerinin rezerv ömrü 389 yılı iken, dünyanın ikinci büyük rezerv ülkesi Rusya'nın bor rezervleri 69 ve ABD'nin ise 55 yıllık ömre sahiptir. Dünya rezervleri ve rezervlerin tüketim artış hızları göz önünde bulundurulduğunda 50-80 yıl sonra ülkemiz bor yataklarının dünyadaki tek bor kaynağı olması ihtimali yüksektir" (KILIÇ, A. M., "Bor Madeninin Türkiye Açısından Önemi ve Gelecekteki Yeri", II. Uluslararası Bor Sempozyumu, 23-25 Eylül 2004, Eskişehir. s. 35.

durumun değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu görüşe göre, bor işleme teknolojisiyle stratejik rezervini kullanmak yerine, Türkiye'den ABD'dekinden daha kaliteli ham ve rafine bor almakta, uç ürün haline getirip satarak Türkiye'den çok gelir elde etmektedir.^[80] Bu durum, aslında, Türkiye'nin içinde bulunduğu ve kurtulması gereken çıkmazı göstermektedir. “Bir ülkenin doğal kaynaklara sahip olması çok önemlidir. Ancak bu kaynakların, nasıl kullanıldığı ve nasıl değerlendirileceği çok daha önemlidir.”^[81]

4. Eti Maden İşletmelerinin Türkiye Varlık Fonuna aktarılmasının stratejik üç madenin arama ve işletmesine etkili olup olmaması sorunu

Olağan olarak, İşletmenin Fona aktarılması, bu stratejik madenlerin mülkiyetini değil arama ve işletmesini ilgilendirmektedir. Dolayısıyla, Fona aktarmanın, bor, toryum ve uranyumun mülkiyetiyle ilgili olumsuz bir durum yaratması veya mülkiyetle ilgili herhangi bir işleme konu olması söz konusu değildir. Buna karşılık, işin önemi gereğince aksi düşüncenin ileri sürülmesi olasılığı nedeniyle, Fona aktarma işleminin, önce İşletmenin arama ve işletme hakkına, sonra üç stratejik madenin mülkiyeti durumuna etkisi ve sonuçları tartışılacaktır.

Yukarıda belirtildiği üzere, 2840 sayılı Kanunun 2. maddesi gereğince, bor, toryum ve uranyumun arama ve işletmesi Devlet eliyle yapılacaktır. Bu üç stratejik madenle ilgili yaratılan Devlet tekeli, 3123 sayılı Kanunun 49. ve 50. maddeleriyle İşletmenin 2840 sayılı Kanundan doğan hakları saklı tutularak beş yıl süreyle devam etmiştir. 3123 sayılı Kanunun 49. ve 50. maddelerine göre, üç stratejik madenin bu Kanuna bağlı arama ve işletmesi, saptanan geçici süre sonunda, özel sektörle birlikte devam edecektir. Özel sektörcü yapılacak arama ve işletme ve etkileri konumuz dışındadır.

Yukarıda Anayasanın 168. maddesinde, doğal kaynakların Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu, Devletin doğal kaynakların sadece arama

[80] “Parasal bazda ise Eti Holding pazarın %20-23'üne sahipken, US Barox %65-70'ine sahip durumdadır. Bu durum büyük ölçüde Eti Bor AŞ'nin pazarı yeterince kontrol edememesinden ve US Borax pazarda sadece katma değeri yüksek rafine bor ürünleri satarken Eti Bor AŞ'nin ürün portföyünde katma değeri düşük ham bor'un önemli yer tutmasından kaynaklanmaktadır” (KILIÇ, s. 35)

[81] YENMEZ, s. 89.

ve işletme hakkına sahip olduğu ve bu hakkın ancak kanunla geçici süreyle diğer kişilere devredilebileceği açıklanmıştır. Bu bağlamda, **yasa koyucu, 2840 sayılı Kanunla, bor tuzları, uranyum ve toryum madenleriyle ilgili arama ve işletmenin Devlet eliyle yapılacağını belirtirken, bu madenlerin arama ve işletme hakkının üçüncü kişilere devrini de yasaklamıştır.**

Gerçekten, Devlet tekeli gereğince arama ve işletmenin, herhangi bir biçimde Devlet tüzel kişiliğinin malvarlığından çıkıp, kamu veya özel bir başka gerçek ve tüzel kişinin malvarlığına geçmesi mümkün değildir. Buna karşılık, İşletmenin Devlet adına sahip olduğu arama ve işletme hakkının, teminat, kefaleti rehin ve ipotek gibi işlemlerle (6741 s. K. 4/3) Fonun finansmanın kaynak olarak kullanılmasında, bu hakkın devri ve devri tehlikesi ortaya çıkacaktır.

Danıştay Birinci Dairesi, konuyla ilgili görüşünde, 2840 sayılı Kanun gereğince Devletçe işletilecek olan bor tuzları, uranyum ve toryumun sermayesinde özel kişilerin pay sahibi olduğu bir anonim şirket eliyle işletilemeyeceğine karar vermiştir ^[82]. **İşletmenin 2840 sayılı Kanun dönemi ile 3123 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten geçerli beş yıllık sürede bu stratejik madenlerle ilgili arama ve işletme hakkının, Fona aktarmaya karşın Fonun finansmanı kaynağı olabilmesi olanaklı değildir. Bu haklar, Fonun kaynakları kapsamı dışında kalmaktadır.**

Diğer yandan, Eti Maden İşletmeleri Ana Statüsünde, İşletmenin hak ve değerlerinin yüküm veya borç altına sokulamayacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, bor, toryum ve uranyum yönünden, İşletmenin Devlet tekeli dışında kalan 3213 sayılı Kanuna bağlı arama ve işletme hakkı ile bağlı hakların Fona aktarmayla ilişkisi, bu Kanunla belirlenen haklara göre değerlendirilecektir. Kanun, Anayasanın 168/I maddesini

[82] “İstisari görüş istemiyle ilgili olarak, Danıştay Birinci Dairesi'nin 1999/66 Esas, 1999/93 nolu kararında konu detaylı olarak irdelenerek “2840 sayılı Kanunu'nun 2. maddesinde Bor Tuzları, Uranyum ve Toryum madenlerinin Devletçe işletileceği hükmü yer aldığına göre bu madenlerin sermayesinde özel kişilerinde pay sahibi bir Anonim Şirket eliyle işletilmesinden söz edilemez... Etibank Genel Müdürlüğünün Eti Holding A.Ş. biçiminde yapılmasınının, 233 sayılı KHK'nın 3. maddesine uygun bulunmadığına; Eti Bor A.Ş.'nin sermayesindeki özel kişi hisseleri nedeniyle bor tuzu sahalarının 2840 sayılı Yasaya aykırılık teşkil edeceği(ne) oybirliğiyle karar verildi” (AVŞAROĞLU, s. 25-26)

yinelemiş, madenlerin içinde buldukları yerin mülkiyetine bağlı^[83] olduklarını belirtmiştir (m.4).

3123 sayılı Kanuna göre, maden hakkı (m. 6), buluculuk hakkı (m. 15) ve görünür rezerv geliştirme hakkı, arama ve işletme hakkına bağlı haklardır.^[84] “Maden ruhsatları, görünür rezerv hakkı ve buluculuk hakkı devredilebilir” (m. 5/II-1). Madenlerden çıkarılan cevherler rehin edilebilir (m. 39). İşletme hakkı ile bütün oluşturan yazılı tesis, araç ve gereç ile malzeme ve çıkarılmış cevherler üzerine haciz ve ihtiyati tedbir konulabilecektir (m. 40). Ayrıca, işletme ruhsatı ipotek edilebilir ve paraya çevrilebilir (m. 42-43).

Yukarıda belirtildiği üzere, **genelde madenlerin özelde üç stratejik madenin arama ve işletme hakkı, Anayasa ile doğal kaynaklardan madenlerin mülkiyetinden ayrılmış bir haktır.** Bu arama ve işletme hakkına bağlı maden hakkı, buluculuk hakkı ve görünür rezerv hakkı, Devlet ve özel sektör tarafından kullanılabilen, devredilebilen, yüküm ve borç altına sokulan parasal bir haktır. Dolayısıyla, İşletmenin Fona aktarılması, üç stratejik madenin arama ve işletme hakkına bağlı hakların, 6741 sayılı Kanunun 4/3 maddesindeki işlemlerle Fonun finans kaynağı olarak kullanılmasının bir engeli söz konusu değildir.

[83] “Bu sistemin bugün büyük bir tatbik sahasının bulunmamasının sebepleri muhtelifdir: madenleri arzın mütemmim cüz’ü saymak siyasi ve içtimai bakımdan mahzurlar arzeder. Çünkü madenler mahdut ve tükenmiye maruz servetlerdir. Bu bakımdan bunlar ormanlardan da daha büyük bir hususiyet arzeder: ormanların uzun bir fasıla ile de olsa yeniden yetişmesine imkan olduğu halde madenlerden çıkarılan cevherin yerine yenisi kaim olmaz. Milli servet bakımından büyük bir ehemmiyet arzeden bu maden sahaları bir müddet sonra boş çukurlar haline gelir. Diğer taraftan dünya bakımından mahdut olan bu servetin memleketin sanayii ile, ısınması ile, nakliyesi ile ve hatta milli müdafaası ile çok sıkı ve yakın bir alakası vardır. Binaenaleyh madenleri ve bunların işletilmesini malikin arzularına bırakmak, Devletin muhtelif menfaatleri bakımından tehlikelidir” (ONAR, s. 1372).

[84] 3123 sayılı Kanun, madenleri gruplara ayırmış ve buna göre ruhsatlandırmıştır. Bor tuzları, toryum ve uranyum IV. Grup madenler içinde yer almıştır. Maden hakları, gerçek ve tüzel kişiler ile kamu iktisadi teşebbüsleri ve bunların bağlı ortaklık ve iştirakleri ile diğer kamu kurum ve kuruluşları ve idarelerine verilir (m. 6/I).

5. Eti Maden İşletmelerinin Türkiye Varlık Fonuna aktarılmasının Anayasanın 168. maddesi bağlamında hukuksal değerlendirilmesi

Yukarıda İşletmenin Devlet adına üç stratejik madeni arama ve işletmeyle ilgili kamu kuruluşu olduğu, Anayasa 168/I madde hükmü gereğince bu madenlerle ilgili mülkiyetin Fona aktarmanın ve finansman sağlamanın kapsamı dışında kaldığı açıklanmıştır. Olası karşı düşünce geçerli ise, 6741 sayılı Kanununun 4/3. madde hükmüyle İşletmenin varlık ve hisselerinin Fona finans sağlanmasında kaynak olarak kullanılması mümkün olacaktır.

İşletmenin varlık ve hisselerinin, üç stratejik madenin mülkiyetiyle ilgili işlemlerle Fonun finansmanında kullanılacak olması, Anayasanın doğal kaynakların Devletin hüküm ve tasarrufunda, yani Devletin tekelinde olduğuna ilişkin 168/I. madde hükmüyle doğrudan doğruya ilgilidir. Bu ilgili olma, İşletmenin Fona aktarılmasının, Devletin hüküm ve tasarrufunda olan bor, toryum ve uranyumun mülkiyetleri durumunun, Devlet dışında tüzel kişiliğe sahip Fon tarafından finans sağlanması için tasarrufuna neden olacaktır. Dolayısıyla, İşletmenin varlık ve hisselerine bağlı olarak bor, toryum ve uranyumun mülkiyeti de yüküm ve borç altına sokulacaktır.

Yukarıdaki nedenle Kanununun 4/3. maddesindeki sınırlı işlemlerle İşletmenin varlık ve hisseleri üzerindeki tasarruf işlemi, Anayasanın 168/I. hükmündeki kesin Anayasal yasağa aykırı olacaktır.^[85] Bu yöndeki her tasarruf işlemi, özel mülkiyete konu olamayacak bor, toryum ve uranyumun mülkiyetini kısıtlayacağından hükümsüzdür.^[86] Anayasa ile getirilen yasak,

[85] “Birincisi, Anayasanın açıkça yasakladığı konularda, kanun koyucunun, buna aykırı bir düzenlemede bulunmasıdır. Örneğin, “Orman suçları için genel ve özel af çıkarılamaz” (m. 169/2), kuralına rağmen, kanun koyucunun aksine bir kanun çıkarması konu unsuru açısından bir sakatlık doğurur” “Bir hükmün Anayasaya aykırı olduğu sonucuna varabilmesi için, onun Anayasanın açıkça belirttiği bir hususun aksi istikametinde bir hükmü kapsamaması gerekir; E. 1965/18, K. 1965/53, K.t. 11.10.1965, AMKD, 3, s. 204” (TEZİÇ, Erdoğan, “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun ‘Esas’ Açısından Denetimi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1985, C. 51, S. 1-4, s. 36, 36 dn 25). “Başka anlatımla Anayasa belli bir konuda yasaklayıcı kural öngörüyorsa, artık kanun koyucunun takdir yetkisinden söz edilemez (TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, Beşinci Bası, İstanbul 1998, s. 191).

[86] AYM'nin orman alanlarının iskan yoluyla özel mülkiyete konu olamayacağına ilişkin kararı, bor, toryum ve uranyumun özel mülkiyete konu kısıtlayıcı işlemlerin konusu olamayacağına da örnek oluşturacaktır. “Bir bölümünün orman olduğu

öncelikle yasama organının kesin yasaklı alanda yasama işlemine (kanun çıkarmasına) yetki vermez; aksine bu yetkiyi yasaklar. Yasama organı için geçerli bu yetkisizlik, yürütme ve idare için de geçerlidir. Bu nedenle, Bakanlar Kurulunun, Anayasanın doğal kaynakların mülkiyetiyle ilgili kesin yasaklı alanda sonuç doğuracak her türlü işlemi, yetkisizlikten dolayı hukuken yok hükmünde olacaktır.^[87] Bu düşünce geçerli değilse, işlemin Anayasa 168/I. maddeye konu yönünden açık aykırılığından dolayı bu yaptırımını, kesin hükümsüzlük olacaktır.

Diğer yandan, İşletmenin Fona aktarılmasının dayandığı 6741 sayılı Kanununun 4/1 (d) hükmü, kamu iktisadi teşekküllerinin varlık ve hisselerinin Fona finansman sağlanması kaynağı olmasıyla ilgilidir. Genelde kamu iktisadi teşekküllerinin finansman kaynağı olması mümkündür. Özelde ise, Eti Maden İşletmelerinin Fona aktarılmasıyla, bor, toryum ve uranyumun (doğal kaynakların), Devlet tekeli dışında Türkiye Varlık Fonu hüküm ve tasarrufuna girmesi söz konusudur. Bu durum, Fona aktarmaya ilişkin idari işlemin, yasaya uygun Anayasaya aykırılığının nedenidir. İşletmeyi Fona aktaran Bakanlar Kurulu kararı, yasaya uygun (yukarıdaki yokluk görüşüm saklı olarak) iken Anayasaya aykırıdır. AYM'nin konu unsuru bakımından Anayasaya aykırılık ile ilgili kararları, Bakanlar Kurulu kararı için de geçerli niteliktedir.^[88]

anlaşılan yerlerin özel mülkiyete konu edilmesi, üzerindeki orman örtüsünün yok edilmesine olur vermek anlamına gelir” “Anayasanın 169. maddesinin son fıkrasının olanaklı kıldığı durumlar dışında orman daraltması yapılamaz. Kime ve hangi nedenle olursa olsun verilen orman içindeki yerler gibi iskan yoluyla verilen yerler de bir tür daraltmadır” “Özel mülkiyete konu olmayan, iskan edilmesi yasaklanan arazi, iskan yoluyla verilmiş ise de bu işlem geçersizdir. Bu tür yerlerin orman sınırı dışına çıkarılması da geçerli duruma getiremez” (AYM 14.03.1989, 1989/35-1989/13 RG, S. 20263, T. 25.08.1989).

[87] “Kanunun yetki unsuru yönünden sakat olmaması için, sadece Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından yapılması değil, aynı zamana Anayasanın öngördüğü kanun alanı içinde bulunması da gerekir” (ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1986, s. 366). Bu açıklama, Bakanlar Kurulu kararıyla, üç stratejik madenin mülkiyetinin Anayasada 168/I ile yasaklanan alan dışında özel mülkiyete konu işlemlere konu oluşturması yönünden de geçerlidir.

[88] “Kanunun, konu yönünden Anayasaya ilkeleri ile çatışmasına gelince, burada çeşitli ihtimaller söz konusu olabilir. Bir defa kanun, Anayasanın emredici veya yasaklayıcı kurallarına aykırı olmamak zorundadır. .. Şu halde, Anayasanın yasakladığı bir

Fona aktarmaya ilişkin Bakanlar Kurulu kararının yasaya uygun Anayasa aykırı olması, (a) Anayasa normu ile yasa normu çatışması, (b) anılan idari işlemin Anayasanın 168/I. maddesi gereğince geçersizliği konularını gündeme getirmektedir. İlk konuyla ilgili ayrıntılara girmeden Anayasa hükmü ile yasa hükmünün çatışmasıyla incelemeye başlayalım. Yukarıda belirtildiği üzere, 6741 sayılı Kanunun 4/1 (d) hükmü ile Anayasanın 168/I hükmü arasında doğrudan bir çatışma bulunmamaktadır. Bu çatışma, İşletmenin Fona aktarılmasında, idari işlemin dayanağı yasa normu olmasından kaynaklanmaktadır.

Anayasa hükmü ile yasa hükmünün çatışması, Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesiyle ilgilidir. “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. /Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz” (AY 11). Bu temel ilke ve Anayasa hükmü gereğince Anayasa ile yasa normları çatışmasında, Anayasa hükmü geçerlidir.^[89] Anayasanın 11. maddesi gereğince, İşletmeyi Fona aktaran Bakanlar Kurulu kararı, Anayasanın 168/I. madde hükmüne aykırı olduğundan geçerli değildir.^[90] Dolayısıyla, İşletmenin Fona

konuda (mesela angarya yasağı, sansür yasağı) emredici veya cevaz verici bir kanun yapılamayacağı gibi, Anayasanın cevaz verdiği bir konuda yasaklayıcı bir kanun da Anayasaya aykırı olur” (ÖZBUDUN, s. 364).

[89] “Anayasanın üstünlüğü ilkesinin ikinci boyutu, yani anayasaların yasalar ile değiştirilememesi ise, aynı konuyu düzenleyen bir anayasa hükmü ile bir yasa hükmü çatıştığında, yasa hükmünün anayasa hükmünü değiştiremeyeceğini, geçersiz kılamayacağını ifade eder... Anayasa–yasa ilişkisi söz konusu olduğunda bu ilkeler uygulanamaz; yani, bir anayasa hükmüyle çelişen veya çatışan önceki veya sonraki, genel veya özel bir yasal düzenleme söz konusu anayasa hükmünü değiştiremez veya yürürlükten kaldıramaz. Çünkü anayasa yasalardan üstündür; anayasa ile yasa ve yasalar arasındaki ilişki “öncelik- sonralık” “genellik- özellik” ilişkisi değil, “altlık– üstlük” ilişkisidir. Sonuçta anayasanın üstünlüğü ilkesi gereği, bir anayasa hükmü ile çelişen veya çatışan yasa hükümlerinin hukuk sisteminden çıkarılmaları gerekir” (GÖNENÇ, Levent, *Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı*, 2010, s. 2, www.tepav.org.tr, Erişim Tarihi: 30.05.2021).

[90] “Aynı şekilde Anayasa ilke ve kuralları yürütme organını ve idare makamlarını da bağlar. Düzenleyici idari işlemler ve idare organlarının eylem ve işlemleri aracılığıyla da Anayasa ile bağlı olan yürütme organları ve idare makamları bu ödevlerini yerine getireceklerdir” (ATAR, Yavuz, “Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve

aktarılmasına karşı dava açmaya yetkili kişiler, Bakanlar Kurulu kararının iptali için doğrudan doğruya Anayasanın 168/I. hükmüne dayalı dava açabilecektir.^[91]

Gerçekten, anılan Bakanlar Kurulu kararının iptali için açılacak idari davada yargı, Anayasanın 168/I. madde hükmünü doğrudan uygulamak zorundadır (AY 11/I). “Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesiyle (m. 11), 138. maddesi bunu bir ödev olarak hakime yüklemiştir. Aksini düşünmek söz konusu genel kuralları Anayasanın üstüne çıkarmak anlamına gelir”. “Zira hukuki işlemler Anayasa ilke ve kurallarına uygun oldukları ölçüde hukuki sonuç doğurabilirler. İşte hukuki işlemler bakımından hakim, anayasaya uygun bir yoruma ulaşamıyorsa bu durumda söz konusu hukuki işlemler doğrudan anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü (AY m. 11) gereği geçersizdir.”^[92]

Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukuki Sonuçları (Anayasa m. 11)”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 2, 1989, s. 187.

[91] “Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesinden iki önemli sonuç çıkmaktadır: Bunlardan birincisi anayasa hükümlerinin yargı organları tarafından uygulanması; ikincisi ise, anayasa hükümlerine dayanan davaların açılabilmesidir. Yani yargı organları uyumsuzlukları çözerken önlerine gelen somut olaya sadece kanuna değil bununla birlikte, hatta daha da öncelikle anayasa hükümlerini uygulayacaklardır. Bunun gibi kişiler ve kuruluşlar da doğrudan anayasa, hükümlerine dava açabileceklerdir” (ATAR, s. 183).

[92] ATAR, s. 202, 207.

SONUÇ

Doğal kaynaklar ve ormanlar, bir ülkenin tüm ulusa ait ortak nesnel maddi değerleridir. Bu nedenle, doğal kaynaklar, servetler ve ormanlar, Anayasayla düzenlenmiş ve korunmuştur. **Anayasa, ulusa ait ortak nesnel değerlerin hüküm ve tasarrufunu Devlete vermiş, kesin mülkiyet devri yaşağı getirmiştir.** Yasa koyucu, doğal kaynaklar ve ormanların mülkiyetini geçici veya kalıcı devredemez ve sınırlandıramaz. Anayasa, doğal kaynakların arama ve işletmesini Devlete verirken, kanunla bu hakkın geçici süreyle devrine olanak tanımıştır. Anayasa, doğal kaynakların arama ve işletmesiyle sınırlı olarak düzenlenmesinde, yasama organını yetkilendirmiştir.

Bakanlar Kurulu, bor, toryum ve uranyum madenlerini arama ve işletmek üzere kurulan Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğünü 2017/9756 kararıyla, 6741 sayılı Kanunla kurulan Türkiye Varlık Fonuna aktarmıştır. Bu Fona aktarma, bu stratejik madenlerin Fonun finansman kaynağı olarak kullanılmasına olanak yaratmıştır. 6741 sayılı Kanuna göre, Fona aktarılan İşletme gibi kamu iktisadi teşebbüslerinin varlık ve hisseleri, teminat, kefalet, rehin ve ipotek gibi malvarlığı değerlerini yüküm ve borç altına sokan işlemlerle Fonun finansmanında kaynak olarak kullanılabilir. Dolayısıyla, üç stratejik madenin arama ve işletmesiyle görevli İşletmenin Fona aktarılmasının ve finansmanında kaynak olarak kullanılabilirliğinin mümkün olup olmayacağına veya koşullarının saptanmasını zorunlu kılmaktadır. Çünkü, Anayasayla düzenlenen doğal kaynakların hukuki durumu, Fonun diğer kaynaklarından farklıdır.

Yukarıda belirtildiği üzere, doğal servetler ve kaynaklar, Devletin hüküm ve tasarrufunda olarak, kanunla bile özel mülkiyete konu edilemeyecektir. Genelde doğal kaynakların özelde üç stratejik madenle ilgili mülkiyet ve mülkiyete bağlı hakların, 6741 sayılı Kanununun 4/3. hükmündeki yüküm ve borç altına sokacak işlemlere bağlı tutulması olanağı bulunmamaktadır. Ayrıca, İşletme, üç stratejik madenin mülkiyeti ile ilgili değil arama ve işletmeyle ilgilidir. İşletmenin Fona aktarılmasıyla, bu stratejik madenlerin mülkiyetlerinin herhangi bir ilgisi, ilişkisi ve etkilenmesi söz konusu değildir. Ancak, Anayasaya göre, kanunla doğal kaynakların Devlete ait arama ve işletme hakkının devri mümkündür.

Yasama organı, Anayasanın 168. hükmünün yetkilendirmesiyle, doğal kaynaklar ve servetlerle ilgili genel ve özel nitelikte düzenlemeler yapmıştır.

Yasama organı, kanunla, madenlerle ilgili genel düzenlemede, madenlerin arama ve işletmesi yanında, üzerinde hak sahibi olunması ve terkine olanak tanımıştır. Buna karşın, yasa koyucu, bor, toryum ve uranyumla ilgili 2840 sayılı Kanunla özel bir düzenleme getirmiş ve genel düzenlemeden ayrılmıştır.

Kanun koyucu, 2840 sayılı Kanunla getirdiği Devlet tekeline, kısa süre sonra çıkardığı 3123 sayılı Kanunla kaldırmıştır. Bu Kanunun 49. ve 50. maddeleriyle üç stratejik madenin arama ve işletmesi, Devlet ile birlikte veya ayrı olarak özel sektöre de verilmiştir. Böylece, bu üç stratejik madenin arama ve işletmesinde, her iki Kanuna bağlı iki ayrı düzen ortaya çıkmıştır. 2840 sayılı Kanuna bağlı arama ve işletme hakkı, yukarıda değinildiği gibi Devletin tekeline bağlıdır ve özel sektör ile diğer kamu kuruluşlarına devredilemez.

Gerçekten, 2840 sayılı Kanun, 2. madde hükmüyle, bor, toryum ve uranyum madenlerinin arama ve işletmesinin Devletçe yapılacağını belirtmiş ve Devlet tekeli yaratmıştır. **Yasa koyucu, bu üç madenle ilgili olarak, Devlet tekelinin sonucu olarak Anayasal kesin mülkiyet devri yasağı yanında, kesin arama ve işletme hakkının devri yasağı getirmiştir.**

Devlet tekeline bağlı arama ve işletme hakkının devrine veya devri tehlikesine neden olacak yüküm ve borç altına koyacak (6741/4-3) sınırlı işlemlerle Fonun finansmanında kaynak olarak kullanılması mümkün değildir. Dolayısıyla, İşletmenin Fona aktarılması, İşletmenin Devlet tekeline bağlı arama ve işletme hakkını kapsamaz. Fona aktarma, İşletmenin, 3173 sayılı Kanunla sahip olduğu arama ve işletme hakkı için geçerli olacaktır.

3123 sayılı Kanunla bor, toryum ve uranyumla ilgili Devlet tekelinin kaldırılmasıyla, İşletme veya özel sektör ve diğer kamu kuruluşları tarafından bu Kanunla elde edilen bu stratejik madenlerin arama ve işletme hakkının devri mümkündür. Bu nedenle, İşletmenin, üç stratejik madenle ilgili olarak, 3123 sayılı Kanuna bağlı arama ve işletme haklarının, 6741 sayılı Kanunun 4/3 hükmündeki teminat, kefalet, rehin ve ipotek gibi işlemlerle, Fonun finansmanın kaynak olarak kullanılması mümkündür ve bunu engelleyici bir durum söz konusu değildir.

Diğer yandan, **olması gereken yönünden bor, toryum ve uranyumun, stratejik maden olarak yasayla yeniden düzenlenmesi, bu düzenlemede ülkenin ekonomik ve siyasi durumu, jeopolitiği ve ulusal çıkarlar gözetilmesi gerekmektedir. Bu düzenlemede, arama ve işletme hakları**

farklı düzenlenmelidir. Bu **stratejik madenlerin aranmasında**, Anayasanın Madde 168 Gerekçesindeki gibi **Devlete ve kamuya öncelik verilmeli, özel sektör yardım olarak yer almalıdır.** Arama işlemi özel sektörü özendirici önlemler alınmalı ve güvence sağlanmalıdır. Buna karşılık, bor, toryum ve uranyumun işletilmesi, işin niteliğine ve küresel ekonomi politığı uygun şekilde yeni bir yapılanmayla özerk bir işletmeye verilmelidir. **Özel sektör, bu stratejik madenlerin işletmesinden çıkarılmalıdır.**

Son olarak, ulusal çıkarlarımız yönünden yapılması gereken, İşletmenin Fona kaynak yapılması değil, Fonun İşletmenin bu stratejik madenlerle ilgili sektörde dünya piyasalarında en yüksek geliri sağlayacak hale getirilmesinde kullanılmasıdır. Bunun için, Türkiye özellikle bor madeni diğer ülkelerin kazanç sağlamasını sağlayan ülke değil, katma değeri yüksek ürünler üreterek, en yüksek kazanç sağlayan ülke haline getirilmelidir. Dolayısıyla, İşletmenin Fona aktarılmasında kamu yararı söz konusu değildir.

KAYNAKÇA

- ATAR, Yavuz, “Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukuki Sonuçları (Anayasa m. 11)”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 2, Sayı 2, Yıl 1989.
- AVŞAROĞLU, Nadir, “Madencilik Sektöründe Özelleştirme Uygulamaları2, Ankara Eylül 2004, www.madencilikrehberi.wordpress.com.
- AVŞAROĞLU, Nadir, *Madencilik Raporu*, www.madencilikrehberi.wordpress.com
- DUMAN, İsmail, “Sempozyum Konuşması”, *Bor Madenlerinin Özelleştirilmesi, Taşeronlaşması Sempozyumu*, Türkiye Barolar Birliği, 16 Mart 2013, Ankara.
- DÜREN, Akın, *İdare Malları*, Ankara 1975.
- Eti Maden İşletmeleri Genel Müdürlüğü, *2019-2023 Stratejik Plan*, www.etimaden.org.
- GÖNENÇ, Levent, *Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı*, 2010, Ankara, www.tepav.org.tr.
- GÖZLER, Kemal, “Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnameleri Anayasa Mahkemesi Tarafından Denetlenebilir mi?”, www.anayasa.gen.tr/ouhkk-aym.htm.
- KARTALKANAT, Ahmet, “Anayasalarımızda Doğal Servetler ve Kaynaklar”, *Jeoloji Mühendisliği*, Kasım 1993, www.jmo.org.tr.
- KAYIRAN, Meltem, “Türkiye Varlık Fonu’nun Kuruluş Amacı ve Yapısı Üzerine Bir Değerlendirme”, *Eğitim Bilim Toplum Dergisi*, C.14, S. 56.
- KILIÇ, A. M., “Bor Madeninin Türkiye Açısından Önemi ve Gelecekteki Yeri”, *II. Uluslararası Bor Sempozyumu*, 23-25 Eylül 2004, Eskişehir.
- MTA, *Dünyada ve Türkiye’de Uranyum ve Toryum*, Eylül 2017, www.mta.gov.tr.
- ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, II. Cilt, Üçüncü Bası, İstanbul.

- ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara 1986.
- ÖZGÜL, Hüseyin Burak, *Varlık Fonları ve Türkiye Varlık Fonu*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Ana Bilim Dalı, İstanbul, 2018 (yüksek lisans tezi).
- SAGTEKİN, Cemalettin, “Sempozyum Konuşması”, *Bor Madenlerinin Özelleştirilmesi, Taşeronlaşması Sempozyumu*, Türkiye Barolar Birliği, 16 Mart 2013, Ankara.
- SARISU, Ayhan, “Madencilik Sektöründe Özelleştirme Uygulamaları”, *Yurt Madenciliğini Geliştirme Vakfı'nca Sektörden Haberler Dergisi*, Mayıs 2001, S. 18.
- SEMİZ, Yasemin, “Anayasa Mahkemesi'nin Çevre Hakkı Perspektifi”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 2, 2014.
- TEZİÇ, Erdoğan, “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun ‘Esas’ Açısından Denetimi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1985, C. 51, S. 1-4.
- TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, Beşinci Bası, İstanbul 1998.
- TOMBAL, Tuğba Deniz / ÖZKAN, Şafak Gökhan / İLGİN, Kurşun Ünver / OSMANLIOĞLU, Ahmet Erdal, “Bor Bileşiklerinin Özellikleri, Üretimi, Kullanımı ve Nükleer Reaktör Teknolojisindeki Önemi”, *Bor Dergisi*, C. 1, S. 2, 2016.
- Toryum Raporu*, Son Güncelleme 16.02.2009, www.maden.org.tr.
- Türkiye Bor Raporu*, www.tubitak.gov.tr.
- Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Bor Raporu*, Ankara Mayıs 2016, www.spo.org.tr.
- Türkiye Varlık Fonu Kurulması ile Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/1319) ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss413.pdf.
- TÜZÜN, Hülya, ÜN, Süleyman / BUĞDAYCI, Şeyhmus, “Konsantre ve Rafine Bor Ürünleri”, *International Symposium on Boron Bildiriler Kitabı*, 17-19 April 2019, Nevşehir.

YENMEZ, Necati, “Stratejik Bir Maden Olarak Bor Minerallerinin Türkiye İçin Önemi”, İstanbul Üniversitesi Coğrafya Bölümü Coğrafya Dergisi, S. 19, İstanbul 2009.

YILDIZ, Necati, “Strateji ve Stratejik Madenler”, Mart 2003, www.maden.org.tr.

YILMAZ, Ayşegül, “Her Derde Deva Hazinemiz Bor”, *Bilim ve Teknik*, Mayıs 2002.

YILMAZ, A., “Bor Madeni ve Türkiye İçin Önemi”, www.docplayer.biz.tr.

KARINCALARIN GÜNBATIMI: ORTAK KÜLTÜREL UNSURLAR

İzzet EROĞLU*

GİRİŞ

Karıncaların Günbatımı adlı roman İstanbullu Zaven Biberyan'a ait bir eser olup önce tefrika hâlinde gazetede yayınlanmış, ardından kitaplaştırılmıştır. Eser, "*Mrçünneru verçaluyisi*" (Karıncaların Günbatımı) adıyla Ermenice Jamanak (Zaman) gazetesinde 294 gün yayımlanmıştır. Romanın Ermenice kitap olarak basımı 1984 yılında Zaven Biberyan'ın vefatından kısa süre önce gerçekleşebilmiştir. Eserin Türkçe yayımı ise 1998'de Silvert Malhasyan'ın tercümesiyle "*Babam Aşkale'ye Gitmedi*" adıyla yapılmıştır. Yılmaz Karakoyunlu'nun "*Salkım Hanım'ın Taneleri*" adlı eseri ve filminden hareketle Varlık Vergisi tartışmalarının yapıldığı bir atmosferde eser "*Babam Aşkale'ye Gitmedi*" adıyla yayımlanmıştır. 2013 ve sonrası yapılan baskılarda eserin esas adı olan Karıncaların Günbatımı kullanılmış ve bilinçli olarak ya da gözden kaçma sebebiyle esere alınmayan bazı kısımlar 2019'da esere eklenerek eserin birebir tercümesi

* Avukat, Ankara Barosu.

herhangi bir eksiklik olmadan tamamlanabilmiştir.^[1] Zaten eserin “*Babam Aşkale’ye Gitmedi*” adıyla yayımlandığı dönemde yapılan bir çalışmada da eserin Aşkale üzerine yazılan bir romandan daha derinlikli ve daha başka açılardan değerlendirme imkânı sunduğu tespitinde bulunulmuştur.^[2]

Bu makalede, Karıncaların Günbatımı’nın yazarı Zaven Biberyan’ın yaşamı hakkında kısa bir bilgilendirme yapıldıktan sonra kitabın özeti yapılacaktır. Böylece eserden hareketle, yüzyıllardır Anadolu’da birlikte yaşayan Türk toplumu ile Ermeni toplumu arasındaki ortak kültürel unsurlar incelenecek ve bunlar hakkında değerlendirmede bulunulacaktır.

Karıncaların Günbatımı, esasında yabancılaşma sürecini ele alan psikolojik göndermelerin fazlasıyla yer aldığı bir eser olduğundan ortak kültürel unsurlar konusu bu hacimdeki bir eserde beklenenden az bulunabilir. Sözü edilen konular değerlendirilirken esas olarak metnin kendisi dikkate alınmış olmakla birlikte “*Karıncaların Günbatımı*” ile ilgili diğer kaynaklar ve özellikle Varlık Vergisi bağlamında eseri inceleyen kaynaklardan da yararlanılmıştır. Eser her ne kadar Varlık Vergisi bağlamında gündeme getirilmek istenmiş ve bu nedenle de Türkçe çevirinin ilk baskısı “*Babam Aşkale’ye Gitmedi*” adıyla yayınlanmış ise de Varlık Vergisi ve bunun uygulaması eserin esas konusunu teşkil etmemektedir. Ancak yine de konunun arka planının anlaşılabilmesi bakımından kısaca Varlık Vergisi hakkında bilgi verilecektir.

Çalışma, Türk dili ve kültürü bağlamında ortak kültürel unsurların belirlenmesine odaklandığından eserden bu kapsamda değerlendirme ve çıkarımlarda bulunulacaktır. Zorunlu olmadığı sürece veya konunun daha iyi anlaşılması kaygısı haricinde tarih, siyaset bilimi ve hukukla ilgili yaklaşımlara değinilmeyecektir.

[1] Zaven Biberyan, *Karıncaların Günbatımı*, (Çev. Silvart Malhasyan), Aras Yayıncılık, İkinci Baskı, 2019, İstanbul, s. 12-13.

[2] Aybike Baykal, *Babam Aşkale’ye Gitmedi Kitap İncelemesi*, İstanbul, 2014 (lisans ödevi) s. 7, https://www.academia.edu/17283783/Babam_A%C5%9Fkaleye_Gitmedi_Kitap_%C4%B0ncelemesi (Erişim Tarihi: 16.3.2020).

A. ZAVEN BİBERYAN

Zaven Biberyan 13 Ocak 1921'de İstanbul'da doğmuştur. İstanbul'un Çengelköy, Kadıköy ve Moda semtlerinde yaşayan Biberyan, ilkokulu Sultanyan'ın Dibar Grtaran'ında okumuş ve Fransız Saint-Joseph Koleji ile Ticari İlimler Akademisinde öğrenim görmüştür. Fransız kültürüne sahip Biberyan, 1940 yılında Avrupa'ya gitmek istemişse de Naziler tarafından Bulgaristan'dan Türkiye'ye gönderilmiştir. Ermenice bilmeyen Biberyan 1941 yılının sonbaharında askere alınmış ve 1945'in ilkbaharına kadar gayrimüslimlere mahsus bayındırlık işlerinde çalıştırılarak askerlik vazifesini ifa etmiştir. İzmir'den Gürcistan sınırına, Karadeniz'den Adana ve Hatay'a Anadolu dağlarında çeşitli zorluklarla geçen bu kırk iki aylık bu dönemde Ermeniceyi de öğrenmiştir.^[3]

Askerlik dönüşü basın hayatına atılan Biberyan, Ermenice gazete ve dergilerde yazılar yazmıştır. “*Artık Yeter*” başlıklı makalesinin yayımlanması üzerine askerî mahkemede yargılanmış ve cezaya mahkûm edilmiştir. Ancak basın suçlarına af getirilmesi üzerine hürriyetine kavuşmuştur. Mahkûmiyet sonrası siyasete giren Biberyan, Türkiye Sosyalist Partisi'nin İstanbul İl Komitesi Sekreterliği'ni yapmıştır. Partinin kapatılması, polisin kendisini takip etmesi ve makalelerinin takibe uğraması nedeniyle gelen davet üzerine 1949'da Lübnan'a gitmiştir. Yaklaşık üç buçuk yıl Lübnan'da kalan Biberyan, burada da basın işleriyle ilgilenmiştir. Lübnan'daki Diaspora'nın kendisini bihakkın sömürdüğü kanaati üzerine 1953'te “*acısız, pişmanlıksız, hiç değilse kimsenin beni sahipsiz bir yabancı olarak aç bırakamayacağı veya sokağa atamayacağı*” şeklinde nitelendirdiği memleketine dönmüştür.^[4]

Üç buçuk sene kadar İstanbul'da Osmanlı Bankası'nda çalışmıştır. Denediği ticari işlerde ekonomik kriz nedeniyle başarılı olamaması üzerine tekrar basın hayatına dönmüştür. Sayısını bilmediği teşebbüsleri akim kalan Biberyan duygularını şöyle ifade etmiştir: “*Şimdiye kadar kaç işe girip çıktım,*

[3] Rober Koptaş, “Çöpe Attıysanız Bir Şey Kaybetmezsiniz”, 28 Mart 2019, <https://hyetert.org/2019/03/28/cope-attiy sanz-bir-sey-kaybetmezsiniz/> (Erişim Tarihi: 7.3.2020). (Koptaş, 2019a)

[4] Koptaş, 2019a.

hesabını ben de bilmiyorum. Bütün bu işler bana bir sürü şey getirdi, zenginlik hariç.”^[5]

Türkiye İşçi Partisi’nden 1965 seçimlerinde İstanbul milletvekili adayı olmuşsa da seçilememiştir. Ancak 1968 mahalli idareler seçimlerinde mezkûr partiden İstanbul Belediye Meclisi üyeliğine seçilmiş ve başkan yardımcılığı yapmıştır.

Siyaset, edebiyat, eleştiri, polemik, inceleme ve hiciv alanlarında sayısız makale yazan Biberyan edebi verimini yetersiz olarak nitelendirmektedir. 1953’ten sonra sürekli olarak edebiyat alanında yazmıştır. Eserleri: *Yalnızlar* (1959), *Deniz* (1961), *Meteliksiz Aşıklar* (1962) ve *Karıncaların Günbatımı* (1984)^[6]. Biberyan, “*Yalnızlar*” adlı eserini Ermeniceden bir başkasına tercüme ettirmeyerek kendisi Türkçe olarak yeniden yazmıştır.^[7] Herkül Millas da Türk edebiyatı yazarlarını Osmanlı veya farklı etnik ya da dinsel gruplara ait olmasına bakılmaksızın Osmanlı ya da Türkiye halkına Türkçe olarak seslenenler olarak belirlemektedir.^[8] “*Karıncaların Günbatımı*” hakkında çalışma yapan Hülya Göğercin Toker de Türkçe seslenmiş olmak şartı aramadan; bu topraklarda doğan, yaşayan, çabalayan, seven, acı çeken, mutlu olan, alınan siyasi kararlardan herkes kadar ve bazen herkesten çok etkilenen, en çaresiz anında bu toprakları terk edip sonra da ilk fırsatta geri dönen, bu topraklarda ölen ve gömülen Zaven Biberyan’ı “*Türk edebiyatının yazarı*” olarak nitelendirmiştir.^[9] Kaldı ki Biberyan’ın *Yalnızlar* adlı eserini de Ermenice yazdıktan sonra kendisinin bizzat Türkçe kaleme alması ve yayımlaması Millas’ın kriteri olan Türkiye halkına Türkçe hitap etme şartını da sağlamaktadır. Hatta bu girişimiyle gayrimüslim yazarlar

[5] Koptaş, 2019a.

[6] Koptaş, 2019a.

[7] Rober Koptaş, “Biberyan’a Bir Yer Lütfen”, 21 Şubat 2019, <https://t24.com.tr/k24/yazi/karincalarin-gunbatimi>, 2170 (Erişim Tarihi: 7.3.2020). (Koptaş, 2019b)

[8] Herkül Millas, *Türk Romanı ve “Öteki” Ulusal Kimlikte Yunan İmajı*, Sabancı Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2000, s. 213-214.

[9] Hülya Göğercin Toker, “Zaven Biberyan’ın ‘Baban Aşkale’ye Gitmedi’ Adlı Romanında Varlık Vergisi Kanunu ve Devrimsiz Gündelik Hayatlar”, *İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi*, 2008, 27 (Güz) s. 185.

arasında öncü olduğu ifade edilmiştir.^[10] Buna ilaveten Biberyan'ın Fransızca ve Ermeniceden Türkçeye çok sayıda tercümesinin bulunması^[11] da isminin Türk edebiyatında yer alması gerektiğine işaret etmektedir.

Böyle olmakla beraber Biberyan, Ermeni edebiyatının önde gelen realist yazarlarından biri olarak bilinmektedir. Olaylara aydın duyarlılığı ile yaklaşarak gerçekleri dile getirmiştir. Dünya görüşleri farklı da olsa haksızlığa uğradığını düşündüğü kişileri savunabilme cesareti göstermiştir.^[12] Biberyan dar kafalı milliyetçiliğe veya dinî bağnazlığa pek prim vermemiştir.^[13] Ülsere yakalanan Biberyan, 4 Ekim 1984'te vefat etmiştir.

B. VARLIK VERGİSİ HAKKINDA KANUN

11.11.1942 tarihli ve 4305 sayılı Varlık Vergisi Hakkında Kanun, 12.11.1942 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Kanun'un amacı, 1. maddede, servet ve kazanç sahiplerinin servetleri ve fevkalâde kazançları üzerinden alınmak ve bir defaya mahsus olmak üzere varlık vergisi adıyla bir verginin öngörülmesi olarak belirlenmiştir. 14. maddede Varlık Vergisi'nin komisyonlar aracılığıyla nasıl tarh edileceği ve hangi esasların dikkate alınacağı ile komisyon kararlarının nihai ve kesin oluşu bu kararlara karşı idari ve adli yargı mercilerinde dava açılmayacağı açıklığa kavuşturulur.^[14]

Kanun'un 12. maddesine göre Varlık Vergisi mükelleflerinin tebliğ ve ilan tarihinden itibaren on beş gün içerisinde vergilerini ödemesi gerekmektedir. Tebliğ ve ilan tarihinden itibaren bir ay içerisinde borçlarını ödeyemeyen mükelleflerin borçlarını tamamen ödeyinceye kadar ülkenin herhangi bir yerinde bedeni kabiliyetlerine göre askerî mahiyeti haiz olmayan genel hizmetlerde ve belediye hizmetlerinde çalıştırılacağı öngörülmüştür.

[10] Millas, age., s. 218.

[11] A. Ömer Türkeş, "Umutsuzluğun Romani", 29 Haziran 2017, <https://www.hurriyet.com.tr/kitap-sanat/umutsuzlugun-romani-40504441> (Erişim Tarihi: 16.3.2020).

[12] Biberyan, 2019, s. 8.

[13] Herve Georgelin, "Karıncalar Gibi Huzur Kaçıran: Zaven Biberyan", (Çev. Ezgi Bilgin), *Şerh Şiir ve Eleştiri Dergisi*, 2016/3-4, s. 125.

[14] Varlık Vergisi Hakkında Kanun, Resmî Gazete, 12.11.1942, Sayı: 5255.

12 Ocak 1943 tarihli ve 5302 sayılı Resmî Gazete’de Bakanlar Kurulu’nun 4305 Sayılı Varlık Vergisi Kanununun Çalışma Mecburiyetine Dair Hükümleri İhtiva Eden 12. ve 13. Maddelerinin Tatbik Suretini Gösteren Talimatname Hakkında Kararname yayınlanmıştır.^[15] Kararname’de mükelleflerin tespiti ve iş mahallerine gönderilmesi ile çalıştırılması konuları düzenlenmiştir.

Kararname’nin 2. ve 3. maddelerinde kadınların iş mahallerine sevkinin Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca geri bırakılacağı, iki gözü kör veya kolsuz olan veya bir ayağı bulunmayan veya bir kolu ve bir ayağı yok denecek derecede sakat olanlarla seyahate mâni derecede ateşli bir hastalıktan yatmakta bulunduğuna dair tıbbi raporu olanların sevke tabi tutulmayacağı istisnaen öngörülmüştür.

Varlık Vergisi Hakkında Kanun’da herhangi bir gruba ayrımcılık yapılmasına dair bir ifade bulunmamakla birlikte Kanun ağırlıklı olarak gayrimüslimlere uygulanmış ve üzerlerine terettüp eden vergileri ödemeyenler veya ödeyemeyenler Erzurum’un Aşkale ve Eskişehir’in Sivrihisar ilçelerine çalışmaya gönderilmiştir.^[16]

Komisyonlarda vergi mükelleflerinin listesinin hazırlanmasında isimlerin kenarına etnik ve dinî ayrımı gösteren işaretler kullanılmıştır. Bu bağlamda (M) Müslümanları, (G) gayrimüslimleri, (D) dönmeleri ve (E) ecnebileri, yabancıları göstermektedir.^[17]

Vergi yükünün önemli bir kısmının gayrimüslimler üzerinde olduğu varlık vergisinin vergilerin genelliği ve eşitliği ilkelerine ve ayrıca “*Kanunsuz vergi olmaz.*” ilkesine aykırı olduğu haklı olarak belirtilmiştir.^[18]

[15] 4305 Sayılı Varlık Vergisi Kanununun Çalışma Mecburiyetine Dair Hükümleri İhtiva Eden 12 ve 13 üncü Maddelerinin Tatbik Suretini Gösteren Talimatname Hakkında Kararname, Resmî Gazete, 12.1.1943, Sayı: 5302.

[16] Rıdvan AKAR, *Aşkale Yolcuları Varlık Vergisi ve Çalışma Kampları*, Doğan Kitap, 2009, İstanbul, s. 65, 95, 151.

[17] Faik ÖKTE, *Varlık Vergisi Faciası*, İstanbul, 1951, s. 71.

[18] Gökçen Uzer Çengelci, *Türkiye’de Olağan Dışı Dönemlerde Vergilendirme –Anayasal Vergilendirme İlkelerine Uygunluk Açısından Bir İrdeleme-*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 53.

Trabzon Milletvekili Faik Ahmet Barutçu anılarında Varlık Vergisi'nin görüldüğü Cumhuriyet Halk Partisinin grup toplantısının gizli oturumunda dönemin başbakanı Şükrü Saraçoğlu'nun konu hakkında şunları söylediğini aktarmaktadır: “*Bu kanun [Varlık Vergisi] aynı zamanda bir ihtilal kanunudur. Bize iktisadi istiklalimizi kazandıracak bir fırsat karşısındayız: Piyasamıza hâkim olan gayri Türk unsurları bu sayede bertaraf ederek Türk piyasasını Türk tüccarlarının ve Türklerin eline vereceğiz. İstanbul'daki gayrimenkullerin Türklere intikalini yine bu sayede temin edeceğiz. Gayrimenkullere tarh edilecek vergilerin ancak dörtte biri Türklere tahmil edilecektir. Valiliklere bu yolda hususi talimatlar verilecektir. (...) Türkler için vergi nispeti gayri Türklerin verecekleri verginin ancak ¼'i olacaktır. Kanunun ihtilal kokan tarafı budur. Ve bu gayri Türklerin iktisadi tefevvüklerini nihayete erdirmeyi emin edecek bir kanun olacaktır.*”^[19]

Niyazi Berkes Türkiye'nin, ancak İsrail'in kuruluşunu imzalayanların başında gelmekle Yahudiler nezdinde Varlık Vergisi ayıbını unutturabildiğini ifade etmiştir.^[20]

Belirtilen hukuki ve siyasi eleştirilerden dolayı Varlık Vergisi kamuoyunda yoğun bir şekilde tartışılmıştır. Ancak sadece II. Dünya Savaşı sırasında değil, 1921-1952 yıllarında birçok insanın altı lirayı ödeyemediği için yollarda çalıştırılması nedeniyle Varlık Vergisi bağlamında tek ezilen grubun gayrimüslimler olmadığı dile getirilmiştir.^[21] 23.11.1921 tarihli ve 542 sayılı Yol Mükellefiyeti Kanunu'na göre on sekiz yaşından altmış yaşına kadar olan erkeklerin senede altı ila on iki gün yollarda çalışmaları veya bunun karşılığını nakden ödemeleri öngörülmüştür.

[19] Faik Ahmet Barutçu, *Siyasi Hatıralar Millî Mücadeleden Demokrasiye*, 1. Cilt, 21. Yüzyıl Yayınları, Ankara, 2001, s. 594.

[20] Niyazi Berkes, *Unutulan Yıllar*, (Yayına haz. Ruşen Sezer), İletişim Yayınları, 7. Baskı, 2019, İstanbul, s. 243.

[21] Ramazan Gökbunar, Muzaffer Çandır, Ahmet Arslan, Pelin Mastar Özcan, “Varlık Vergisinin Türk Romanında Yansıması”, *Bilig*, S. 75, Yaz 2016, s. 235.

C. KARINCALARIN GÜNBATIMI'NİN ÖZETİ

Eserde; II. Dünya Savaşı sürecinde, gayrimüslim olduğu için askerliğini bayındırlık hizmetlerini ifa ederek gerçekleştiren Baret'in, askerlik dönüşü Varlık Vergisi Kanunu uyarınca mal ve mülklerini kaybeden ailesinde yaşanan tartışmalardan başlayarak ailesine ve topluma yabancılaşma süreci ele alınmaktadır. Kişinin ailesine ve topluma yabancılaşma sürecini işleyen eserde büyük ölçüde psikolojik öge ve göndermeler yer almakta; psikolojik ağırlıklı sosyal gerçekliğe odaklanılmaktadır. Bu bağlamda kitabın siyasi mülahazalardan uzak kaldığı söylenebilir. Romanda, 1945-1955 yıllarının İstanbul'u, Ermeni toplumunun sosyal ilişkileri ve çelişkileri, toplum ve ülkeye yaklaşımları ile genel psikolojik durumları üzerine önemli gönderme ve tahliller gözlemlenmektedir.

1. Askerlik Dönüşü Ailenin ve Sosyal Çevrenin Durumu

Roman, Baret'in askerlik hizmetinden İstanbul'daki evlerine dönmesiyle başlar. Annesinin karşıladığı Baret, uzun süre banyo yapamaması nedeniyle hemen annesinden kıyafet ve havlu isteyerek hamama gider. Evde Baret'in babası Diran ve kız kardeşi Hilda bulunmamaktadır. Diran işe, Hilda ise ekmek karnesi almaya gitmiştir. Kendileri en temel gıdaları bulmakta zorlanırken, mektuplardaki ifadelerden hareketle askerlerin beslenme yönünden sıkıntılarının olmadığını düşünen Anne Arus'un, oğluna en azından ekmek ve yiyecek yönünden gönlünün rahat olduğunu söylemesine Baret öfkelenir.

Hamam sonrası eve dönen Baret özlemine duyduğu evin kokusunu hisseder. Oğluna pırzola hazırlayan Arus, hayattan ve yokluktan devamlı şikâyet eder. Varlık Vergisi ödemesi sebebiyle Arus, devamlı olarak eşi Diran'ı suçlamakta, hatta Diran'ı Aşkale'ye gitmeyi istememesi nedeniyle bencil olarak nitelendirmektedir.

Yemek sonrası Arus, Baret'e dinlenmesi önerisinde bulunsa da Baret babasını görmek için dışarı çıkar. Babasını kahvede bulan Baret, onun boynuna sarılır. Bu arada çevredekilerin sıradan tebrikleri ve iyi dilekleri Baret'i rahatsız eder. Eve döndüğünde Baret kız kardeşiyle karşılaşır. Baret devamlı olarak evdeki muhabbetlerde sebebini anlayamadığı bir rahatsızlık hissetmekte ve yıllardır özlemine kurduğu aile ortamını bulamadığından büyük bir inkisar yaşamaktadır. Babası oğlunun askerden gelme şerefine aileye akşam yemeğinde şaraplı bir balık ziyafeti verir.

Evde Diran sürekli olarak Varlık Vergisi nedeniyle ailenin düştüğü hâlden sorumlu tutulmaktadır. Anne Arus ve kızı Hilda birlikte Diran'ı suçlamakta ve bu durum da Baret'i fevkalade rahatsız etmektedir. İlk gecenin sabahında duyduğu, anne ve babası arasındaki konuşma Baret'i sonsuz bir şaşkınlık içinde heykel gibi taşlaştırmıştır. Arus, Baret'in dönmesinden sonra Diran'ın geçim derdini üzerinden atmak isteyeceğinden endişelendiği için konuşmalar daha da sertleşmiştir. Annenin babayı sürekli aşağılaması ve suçlaması eserle ilgili bir incelemede “*kitabın en iç karartıcı, insana en çok huzursuzluk veren kısmı*” olarak nitelendirilmiştir. Varlık Vergisi ile birlikte aile üyeleri birbirlerine olan sevgi ve saygıyı kaybetmiştir.^[22]

Yaşananlara Baret'in ilk tepkisi geri çekilmek, evi terk edip kaçma ve kimseye görünmemek isteği olur. Ancak cebinde beş kuruşu olmayan birisi için bu yapılabilecek bir şey değildir. Kahvaltıda Arus ve Hilda ile bir araya gelen Baret'i, Arus'un o ana kadar işitmediği babası hakkındaki sözleri aklını karıştırmaktaydı. Baret'in iç dünyasında yaşanan buhranı sadece askerlikte yaşadıklarına bağlamak doğru olmasa gerektir.^[23]

Anne Arus, Baret'e dayısı Suren'e gitmesini sürekli telkin etmektedir. Suren, II. Dünya Savaşı sürecinde Varlık Vergisi'nden de etkilenmeyerek zengin olanlardandır. Ancak Baret dayısına değil, Büyükkada'daki amcası Dırtad'a gider. Dırtad Büyükkada'da ormanın içinde büyük bir ahşap evde tek başına yaşamaktadır. Amcanın karşılaması sıcak olsa da evin yıkık dökük hâli ve amcanın gevezeliği hayal ettiği şeyleri hissettiremez Baret'e. Dırtad konuşkan biri olup konudan konuya atlar ve işten ayrılıp yurt dışına gitmek zorunda kalması hakkında şunları söyler: “*Niye bırakıp gittim gene? Türkiye Türklerindir, dediler. Bana da sen Türk değilsin, dediler. Ne işim vardı burada?*”^[24] Özellikle evin önceki cıvıl cıvıl hâli ile ilgili anılar Baret'in zihninde canlanır. Uzun bir sohbet sonrası Dırtad yeğenini sahile götürüp arkadaşlarına takdim eder ve Baret'e balık ısmarlar.

[22] Baykal, 2014, s. 4.

[23] Ceren Aktaş, “*Zaven Biberyan'ın Babam Aşkale'ye Gitmedi Romanı Üzerine Analiz*”, s. 4, <https://www.academia.edu> (Erişim Tarihi: 16.3.2020).

[24] Biberyan, 2019, s. 57.

Sonraki günlerde Baret askerlik arkadaşlarının selam ve mektuplarını ailelerine ulaştırır. Döndükten sonra sinemaya ilk gittiğinde sevgilisi Alis'i görür, ona olan eski ve şimdiki duygularını irdeler ve fark ettiği değişimin acısını şöyle dile getirir: “*Tekrar şarkılar dünyasına dönmek istiyordu hiç olmazsa. Şarkılar her şeyi, hayatın dönemlerini, olaylarını belirlerdi. Her bir şarkı bir anıyı getiriyordu beraberinde.*”^[25] Baret, Alis'ten de karşılık görmemiştir.

Askerlik dönüşü farklı bir Kadıköy, masalsi bir semt düşleyen Baret hayal kırıklığına uğramıştır. Artık ne Kadıköy eski Kadıköy'dür, ne ailesi eski ailesidir ne de sevgilisi Alis eski Alis'tir. O askerdeyken köprülerin altından çok sular akmıştır. Mutlu olmak yerine ağır bir can sıkıntısı içerisinde bunalmakta, ümitsizlik içinde belirsiz bir kinle bir şeyleri kırıp dökmek ve alıp başını uzaklara gitmek istemektedir.

2. İş Arama Girişimleri

Diran, karısının akrabası Suren'i ziyaret eder. Bu ziyaretin Arus'un baskısıyla Baret'e iş bulmak için yapıldığı anlaşılmaktadır. Toplumda tacir olarak saygın bir yeri olan ancak Varlık Vergisi ile varlığını kaybeden Diran istemeye istemeye Suren'e gitmiştir. Birkaç yıl öncesinin muhtaç ve sonradan görme kişiliğine bir anlamda el açmak Diran'a ağır gelmektedir. Suren de esasında Diran'a saygıda kusur etmemekle birlikte sonradan görmeliği ve zenginliğini gösterme isteği her tavrından fışkırmaktadır. Diran görüşmede Baret'in geldiğini ve iş aradığını zorlukla söyleyebilir Suren'e. Diran, Suren tarafından Varlık Vergisi'nin tamamını vererek evini ve ailesini ihmal etmekle ve korkaklıkla suçlanır. Suren'in bir sokak satıcısından aldığı iki kilo kirazı zorla Diran'a vererek evine götürmesini istemesi Suren'in sonradan görmeliği ve şahsiyetini ortaya koyması bakımından oldukça trajiktir: “*Evet, Suren bunca yıl, bir gün Müsü Diran'ın eline iki kilo kiraz verip 'Kibirlenme de şunu çocuklarına götür, sevinsinler.' diyebilmenin hayaliyle yaşamıştı.*”^[26] Oğlunun hatırı için kendisini kirazı almak zorunda hisseden ve büyük bir zillete katlanan Diran, gözyaşı ve ıstırapla eve döner.

Suren, Baret'i beklenin aksine sıcak karşılar. Ancak hoş beşten sonra Suren hem Baret'i hem de ailesini doğrudan iğnelemeye ve eleştirmeye başlar.

[25] Biberyan, 2019, s. 71.

[26] Biberyan, 2019, s. 82.

Baret'in muhallebi çocuğu olduğunu, okumanın bu devirde işe yaramadığını ileri sürer. Suren, işleri iyi olmasına ve çok para kazanmasına rağmen ülkeyle ilgili yaklaşımı, paraya odaklanma dışında Dırtad'a benzemektedir: “*Senin memleketin değil oğlum. Sana, sen bu memleketin insanı değilsin diyorlar. Kendi memleketin olsa oku, eğitim al, bilgin ol, memur, profesör ol. Çöpçü yapmıyorlar adamı, çöpçü! Paran yoksa hiçbir şeyin yoktur. ... Sen bizden değilsin, sen yabancısın, senin hakkın yok... İnsanda heves kalmıyor.*”^[27] Baret bastırılmış öfke ve sıkıntı içerisinde “*Kimseye verecek bir şeyi olmayan biri olmak, kendisinden hiç kimsenin bir şey beklemediği biri olmak ne demektir?*”^[28]

Suren, yanında çalışması için Baret'e öneride bulunmuşsa da Baret bu teklifi geri çevirir. Baret'in olumsuz cevabı evde şaşkınlıkla karşılanır. Ardından Arus ile Diran arasında bilindik tartışmalar yaşanır ve Diran üst kattaki kimsenin gitmediği bakımsız odasına sığınmak zorunda kalır.

İç sıkıntısından ve evde yaşanan sorunlardan Büyükkada'daki amcası Dırtad'a gitmekte bulur çareyi Baret. Aslında çalışmak değil, özgür olmak istemektedir: Herhangi bir şeye mecbur olmamak ve herhangi bir sorumluluk hissetmemek. Ancak Dırtad “*Dikkat et, bizim toplum filozofları sevmez, karıncaları sever.*” diye onu uyarır.^[29] Dırtad'ın hayat felsefesi farklıdır ve günü gününe yaşamayı hayatında prensip edinmiştir. Yaşam tarzının Baret'in ailesi tarafından beğenilmediğini ve kendisinin “*serseri*” olarak nitelendirildiğini bilmektedir. Dırtad'ın hayat prensibi şudur: “*Hayatın tadı her saat çatlayacak kadar yemek yemek değildir ki. Acı tatlı, insanın başından geçen her şey, bunlardır hayatın tadı. Tatlı veya acı, insanın başından ne kadar çok şey geçerse o kadar çok tat almış demektir yaşamdan.*”^[30] Dırtad devamlı çalışma kaygısını şu şekilde eleştirmektedir: “*Karıncaları hep mükemmel örnek diye gösteriyorlar. İnsanı karıncaya dönüştürmek istiyorlar. ... Dört kişinin keyfi ve bin sene sonraki arkeoloğun zevki için karınca olmak ve serzenilmesin diye de Tanrı böyle istedi demişiz.*”^[31]

[27] Biberyan, 2019, s. 86-87.

[28] Biberyan, 2019, s. 88.

[29] Biberyan, 2019, s. 112.

[30] Biberyan, 2019, s. 113.

[31] Biberyan, 2019, s. 114-115.

Baret, Dırtad'dan ayrıldıktan dört gün sonra bir mektup alır ve amcasına gider. Amcası çalışmış olduğu şirkette bir tanıdığını arayarak Baret'e iş ayarlamıştır.

3. Sigorta Şirketinde

Baret, sigorta şirketinde çalışmaya başlar ve genel olarak dikte edilenleri yazıya geçirme işiyle uğraşmaktadır. Türkçe ve Fransızca metinlerin kaleme alınmasında son derece başarılıdır. Ancak kendisini yalnız hissetmektedir. Çok geçmeden Baret, seviyesine uygun ve daha yoğun bir birime alınır. Yeni birim eskisine oranla daha hareketlidir ve bu birimde en azından Baret iş arkadaşlarıyla iletişim hâlinindedir.

Baret'in çalışmaya başlamasını ailesi sevinçle karşılar. İlk maaşla birlikte verilen erzak yardımı ve Baret'in ailesinin sevdiği şeylerden alması şaşkınlıkla karşılanır. Yine Arus ve Hilda; alınanları, Diran'ın görmesi hâlinde eve bir şey almayacağı gerekçesiyle saklarlar.

Baret, aynı birimde çalıştığı ve doğallığını beğendiği Tonietta'ya yakınlık hisseder. Birkaç defa Tonietta ile birlikte bir şeyler yapmaya girişse de iletişim kurmada başarılı olamaz ve gerekli cesareti gösteremez. Babasının da ölümü üzerine tüm hayalleri sarsılır ve evi terk ettikten sonra ailesi ile iletişim kurmamak amacıyla sigorta şirketindeki işten de ayrıldığı anlaşılır.

Baret bir gün Taksim'e doğru giderken asker arkadaşlarından Çamur ile karşılaşır. Çamur, Baret'i ortak asker arkadaşları olan Haybeden'in meyhanesine götürür. Askerlik günlerini yâd eden arkadaşlar hoşça vakit geçirirler ve aynı zamanda sarhoş da olurlar. Çamur, Baret'i kerhaneye de götürür.

4. Diran'ın Ölümü

Yaşı ilerlemiş olan Diran hasta olup evdeki odasında yatmaktadır. Arus ve Hilda, Diran'ın yine numara yaptığını ve Baret'in eve ekmek getirmesini bahane ederek çalışmamak için evde kaldığını düşünmektedirler. Baret'in babasına doktor çağırma girişimine Arus karşı çıkar; ona göre "*Bencil insana bir şey olmaz.*"^[32] Diran da artık yaşlılığı benimsemiş ve Baret ile bir konuşmasında gözlemini paylaşmıştır: "*İnsan iş aradığında yaşlanmış*

[32] Biberyan, 2019, s. 205.

olduğunu anlıyor. Kimse istemiyor, kibarca başlarından savıyorlar.”^[33] Hasta hâlinde bile Diran parasını saklamakta itham edilir. Evinde sofasındaki tartışmaya tanık olan Baret Arus’u susturamayacağını anlayınca çareyi oradan uzaklaşmakta bulur.

Bir gün Diran eve dönerken çamura düşer; biri kendisine yardım eder ve evine kadar eşlik eder. Odasına çıkarılan Diran’a çay getiren Arus, Diran’ın öldüğünü anlar. Suren, Diran için şatafatlı bir cenaze töreni düzenlenmesini sağlar; Ermenice ve Türkçe gazetelerde taziye ilanı yayınlatır. Arus, Hilda ve Suren için ölene üzmekten ziyade, sanki bir sosyal etkinlik gibi cenaze merasiminin sorunsuz şekilde tamamlanması, ele güne rezil olunmaması daha fazla önem arz etmektedir. Cenaze merasimi Suren’in de müdahalesiyle adeta bir gösterişe dönüşür.

Diran’ın ölümü üzerine önceden Diran’a yüklenen Arus ve Hilda, Baret’in deyimiyile birbirlerini yemeye başlarlar. Bir vesileyle Arus’un mücevherleri olduğunu söylemesi Baret’i fevkalade şaşırtır ve Dırtad’ın mücevher sebebiyle eşinden ayrılması konusunu birden hatırlar. Babasının ölmesi sonrası Baret iyice boşluğa düşer. Evde artık anne ve ablasına katlanamaz. Annesinin isteği üzerine babasından kalan evrakları inceler. Evraklarda Diran’ın tüm harcamalarının akışını görür. Hesaplardan 1943’teki Varlık Vergisi sonrası bir giriş bulunmamaktadır. En önemli giriş 1500 TL olup bu miktar da kendisinin askerden döndüğü sıralarda bitmek üzeredir. Diran adeta parası da bitince ölmüştür. Sağlık harcamalarından babasının müzmin bir hastalığı olduğundan şüphelenir. Sabahleyin erkenden uğradığı doktordan babasının kalp hastalığının olduğunu öğrenince evdeki özel eşyalarını alarak evden kaçarcasına ayrılır.

5. İnşaat İşi ve Yalnız Yaşamak!

Baret, evden kaçtıktan sonra inşaat işinde bedenen çalışmaya başlar. Sonrasında ise hesap işlerinden anlaması nedeniyle büro işlerinde görevlendirilir. Bu arada askerlik arkadaşlarının yardımıyla Rum bir ailenin yanında kiraladığı odada kalmaktadır.

İnşaat işinde Keçeli denen patronu Ermeni olup işçilerin emekleri üzerinden iyi para kazanmaktadır. İşçiler haklarını koruma konusunda girişimde bulunurlarsa da toplu hareket etme noktasında uzlaşma sağlanamaz. II.

[33] Biberyan, 2019, s. 208.

Dünya Savaşı sonrası dönemdir; Demokrat Parti kurulmuştur: Partililer Keçeli'den partilerine katılmasını talep ederler. Keçeli talebi nazikçe reddeder ve partililer gittikten sonra siyasete girme konusundaki endişesini Baret'e tavsiye şeklinde anlatır: *"Ben tongaya basar mıyım? Bunlardan biri mutlaka hükümetin adamıdır. Gizli. Mahsus göndermişlerdir. ... Uzun yaşamak istiyorsan siyasete bulaşmayacaksın. ... Halkçılar uyur mu ulan! Bunca senedir memleket idare etmişler. Hepsi de İttihatçı, hinoğlubin. İnsan elindeki başkasına verir mi? ... Lokma kimin ağzında onunnan dost olursun, ısırmaz seni. Birinin tarafını tutmadın mı daha değerli olursun."*^[34]

Yatalak ev sahibesinin kızı Lula ile Baret arasında yakınlaşma olur. Ancak Lula hamile kalma korkusuna kapılır. Baret'in sözleri Lula'yı yatıştırılmaz. Esasında Baret de Lula hakkındaki görüşlerinde gelgitler yaşamaktadır. Bazen Lula'yı eşi olarak düşünmekte ve bu yönde hayaller kurmakta, birden bu düşünceden hızla vazgeçip farklı mecralara dalmaktadır. Lula endişesinde haklı çıkar; hamileliği kesinleşince Baret'e çok korktuğunu söylemektedir. Baret, Lula'nın korkusunu pek de dikkate almamaktadır. Doktora götürüp çocuğu düşürme talebine de Lula sıcak bakmaz. Lula'nın hamilelikten kaynaklanan korkularına dayanamayan Baret evi terk etmeye ve Lula ile dışarıda görüşmeye karar verir. İlk başlarda birkaç defa görüşme gerçekleşirse de bu görüşmeler devam etmez. Baret evden ayrıldıktan sonra işi de bırakır.

Baret bu sefer gizemli kişiliği ve ilişkileri olan Mastori'nin kahvehanesinin üst katlarındaki bir odaya yerleşir. Bu yeni düzen de yine Çamur ve Haybeden'in yardımıyla gerçekleşmiştir. Bir gün Haybeden'in mekânına uğradığında hamileliğine kocakarı ilaçları ile son vermeye çalışan Lula'nın öldüğünü öğrenir. Baret arkadaşlarına bir şey söyleyemez ve kendisini içkiye verir. Ertesi gün amcası Dırtad gelir ve kendisini Büyükkada'ya davet ederse de Baret daveti geri çevirir. Dırtad ancak nerede olduğundan kendisini haberdar etme sözü karşılığında yanından ayrılır.

6. On Yıl Sonra

On yıl sonra Baret annesinin mektubu üzerine İstanbul'a döner. On yıl süresince Baret'in güneydoğuda olduğu anlaşılacakla birlikte ne yaptığı konusunda bilgi verilmemekte ve bu husus gizemli bırakılmaktadır. Baret, amcası Dırtad'a verdiği sözü utmuştur. Nitekim Baret'in adresi ölümünden sonra

[34] Biberyan, 2019, s. 332.

Dırtad'ın evinde bulunabilmiştir. Arus ve Hilda başka bir yere taşınmıştır. Arus, iyice yaşlanmış ve unutkan hâle gelmiştir. Arus ile Hilda'nın arası iyice açılmış, iki taraf da karşısındakini düşman olarak görmeye başlamıştır.

Dırtad, evinde hayatını kaybetmiş, ancak beş gün sonra öldüğü anlaşılmıştır. Mirasını yeğenine bıraktığından Arus, mektupla Baret'i çağırır. Baret, Büyükada'ya gittiğinde etrafın kalabalıklaştığını görür ve kendisini yabancı gibi hisseder. Ahşap eve vardığında evin kilitli olduğunu görür ve evin bahçesinde bir gecekondu fark eder. Ayrıca bir gecekondu inşaatının da devam ediyor olması karşısında, karşılaştığı kadına “*Siz burayı istila etmişsiniz.*” demekten kendini alamaz.^[35] Evi dolaşır; mahzundur; hatıraları canlanır. Hüzünlendiğinden fazla kalmak istemez Büyükada'da ve vapurla ayrılır oradan. Vapurun penceresinden ahşap eve bakarken zihninden şu düşünceler geçmektedir: “*Bilmeyenler, tepeleri kaplayan bu koyu yeşil örtünün ne kadar canlı bir dünya olduğunu hayal bile edemezdi.*”^[36]

Bir gün Baret, Haybeden'in meyhanesine gittiğinde meyhanenin kapandığını ve Haybeden'in oto yedek parçası işi yaptığını öğrenir. Haybeden'in iş yerinde Çamur ile de görüşür. Artık Çamur'la arasında uçurumlar vardır. Haybeden ve Çamur, Suren'in işlerini yapmaktadır ve ekonomik durumları gayet iyidir. Baret burada Haybeden'e önemli bir itirafta bulunur ve Lula'yı kendisinin öldürdüğünü söyler.

Baret dayısı Suren'e de uğrar. Suren artık tam bir iş adamı olmuştur ve politikayla da iştigal etmektedir. Görüşme pek de samimi bir ortamda geçmez; doğrudan konuya girerler ve miras konusu açılır. Suren, Dırtad'ın vasiyetnamesinin geçerli olmadığını ve tüm mirasın Dırtad'ın çocuklarına kaldığını söyler. Baret de zaten mirası istemediğini söyleyerek Suren'in ofisinden ayrılır.

7. Felaket Beklentisi

1955 yılında “*Kıbrıs Sorunu*” ortaya çıkar. Kıbrıs Sorunu'nun Ermenilere etkisinin olup olmayacağı da Ermeniler arasında tartışılmaktadır. Arus, Kıbrıs Sorunu'nun eninde sonunda kendi başlarına patlayacağını ve son kalan mal varlıklarının da ellerinden alınacağı korkusunu izhar eder. Bu vesileyle

[35] Biberyan, 2019, s. 442.

[36] Biberyan, 2019, s. 445.

felaket ve sonrasına dair düşüncesini şu şekilde ifade eder: “Yıllardan beri böyle gelmiş, böyle gider. İnsan denen yaratık alışmıştır, ama her yıkımdan sonra da inşa etmediği görülmemiştir.”^[37] Baret benzer düşünceleri daha sonra Haybeden’den de işitecektir.

Tüm bu görüşmelerde insanların felaket beklentisi ve korkusu içinde olmaları Baret’i şaşırtır. Nitekim kendisi de felaket düşüncesine dalmakta gecikmez:

“Dün varlık, bugün Kıbrıs, yarın başka bir şey. Ama mutlaka ‘başımıza patlayacak’ bir ‘felaket’. ‘Altından bir şeyler çıkacak’ bir şey. Onu rahatsız eden şeydi, dinledikçe sıkılıyor, bu genel psikoz, küllenmiş bazı anıları yeniden canlandırıyor. Bütün o seneler boyunca Ermeni olmanın ne anlama geldiğini unutmuştu şüphesiz. Şimdi hatırlamaya ve ilk sarsıntıyı atlatır atlatmaz, bunun ne anlama geldiğini anlamaya başlıyordu. İstemeden, yine Ermeni kimliğine bürünüyordu. Bu ona yeni bir rahatsızlık veriyordu ve bu durumdan hoşlanmıyordu. ‘Ermeni olmamanın’ daha iyi olduğunu fark ediyordu. Ama Ermeni olmamak imkânsızdı.”^[38]

Eser genel olarak büyük ölçüde siyasete ve siyasetçilere mesafeli ve güvensiz; siyasi değerlendirmelerden ise uzak durmaktadır. Karakterlerin çoğunun Ermeni olmasına rağmen Ermenilik vurgusu yaygın değildir, bununla birlikte değinilen yerlerde de güçlü mesajlar verilmektedir.

Felaket beklentisi içerisindeki Ermeni toplumuyla ilgili işlerin nasıl yürütüldüğü hakkında özeleştiri de yapılır:

“Bizim toplum, formasyon sahibi politikacılardan hoşlanmamıştır. Onun için de bizim millet işleri hep bakkal hesabıyla yürütmüştür. / Köyden gelmiş, çarşı esnafı olmuş, para yapmış. / Eh, gitgide İstanbullu kalmıyor İstanbul’da. Bu Bizans’ın gerçek ve son çöküşü olacak.”^[39]

Baret her gün daha fazla kendini kaybolmuş ve endişeli hissetmektedir. Etraf kendine yabancı gelmektedir. Evde de Arus ile Hilda’nın kavgaları artık çekilmez hâle gelmiştir. Arus iyice bunadığından devamlı Hilda’yı suçlamaktadır. Hilda da artık bu duruma dayanamamaktadır.

[37] Biberyan, 2019, s. 477.

[38] Biberyan, 2019, s. 479.

[39] Biberyan, 2019, s. 480.

Bir gece gürültüye uyandığında Arus'un konuşmadığını ve Hilda'nın annesinin baş ucunda olduğunu görür. Doktorun ve Hilda'nın tüm gayretlerine rağmen felç geçiren Arus'un durumunda önemli bir düzelme olmaz ve birkaç gün sonra Arus hayata gözlerini yumar.

Baret artık tek başınadır. Bir yelkenli gümüşservi içinden Marmara'ya açılmaktadır. Baret, hayalle gerçek arası gittikçe artan bir uğultu ile uyanır. Uğultu ve sesler hayal değil, gerçektir. Ardından gökyüzüne doğru bir yangın kırmızılığı dalgalanır ve Kadıköy'ün üzerinden duman yükselir. Gittikçe artan ateş kümeleri karanlığa gömülüp yok olmaktadır. Yarımada batmakta ve görünen her şey kaybolmaktadır. Yeryüzünde ne varsa yerin dibine gömülmektedir. Ve yelkenli görünmez olup gider.

Eser felaket beklentisinin maalesef gerçekleşmesiyle sona erer. Felaket elbet 6-7 Eylül 1955 olaylarıdır. O tarihlerde "Atatürk'ün Selanik'teki evine bomba konuldu." denilerek halk galeyana getirilmiş, İstanbul'da bulunan Rum ve Ermenilerin evleri, iş yerleri yağmalanıp ateşe verilmiştir.

D. ORTAK KÜLTÜREL UNSURLAR

Yüzyıllardır birlikte yaşayan toplumlar arasında ortak kültürel unsurların olması kaçınılmazdır. Eserde de aşağıda belirtilenlerle sınırlı olmamak üzere çok sayıda ortak kültürel unsur bulunmaktadır. Ancak eserin psikolojik yönünün güçlü olması kültürel unsurların diğer unsurlardan göreceli olarak daha az yer almasına sebebiyet vermiştir.

1. Ermenice Metinde Yer Alan Türkçe Kelimeler

Toplumların arasında ortak anlam dünyasının benimsenmesi veya benzer düşünüş şekillerinin oluşmasında ortak kelimelerin mevcudiyeti önem arz etmektedir. Eser Ermenice yazılmış olmasına rağmen eserin aslında da çok sayıda Türkçe kelimenin kullanıldığı ve bunların Türkçe tercümede ilk geçtiği yerde italik olarak belirtildiği yayıncı tarafından eserin başında ifade edilmiştir.^[40] Kullanılan kelimelerin bazıları şunlardır: Bekçi, karne, nafia, pırzola, divan, tül, ampul, kunduracı, tornacı, eskici, paspas, sultan, hey gidi, piyasa, minyon, edepsiz, aferin, amele taburu, kalk borusu, pekmez, muhallebi, eleman, varlık, zıkkım, curcuna, aşk olsun, bebek, büfe, gazoz,

[40] Biberyan, 2019, Yayıncının Notu (Sayfa numarasının olmadığı sayfa olup parmak hesabıyla eserin ikinci sayfasıdır.

sade, şans, oğlum, işte, keyif, işkembeci, zart zurt, pişkin, sürünmek, canım, batırmak, çöpçü, bey, uşak, tecil, boş ver, döner, pilav, salata, teleferik, çapkınlık, şirket, lokum, kazık, tatlı su, çorbacı, zevzek, torpil, kabadayı, papara, inzibat, efendi evladı, nankör, meteliksiz, tellak, becermek, gâvur, dertli, sepet, ocak, hinoğluhin, mahsus, manga, han, erkân, değme diplomat...

Biberyan eserinde farklı dillerden istifade ederek dilsel kodların çoğulluğunun gündelik norm olduğu toplumsal koşullara yeniden hayat vermektedir.^[41]

2. Ataerkil Bakış Açısı ve Namus Algısı

Eserde namus algısı ile ilgili yaklaşımların Türk toplumu ile benzerlik taşıdığı görülmektedir. Namus anlayışı dışında bazı konular hakkında da ataerkil bakış açısı dikkat çekmektedir.

Anne Arus'un Hilda'yı överken kullandığı şu cümleler, rahat bir şekilde Türkler tarafından da kullanılmaktadır. Ancak namus algısını günümüz koşullarına göre değil de 1940 ve 1950'li yıllara göre değerlendirmek uygun olacaktır: "*Hayatında hiç eline erkek eli değmedi. Şimdi böyle namuslu kız nerede?*"^[42]

Kız çocuklarının namus algısı son derece katı iken erkek çocuklarında aile ve arkadaş çevresinin iki farklı bakış açısı bulunmaktadır. Baret'in düşünce dünyasında ailesi özellikle annesi kendisinin ilk cinsel birlikteliğine şöyle kızmaktadır: "*Kötü kadınlara giderek mi erkek olacaksın? Biri görse, duysa ne der? Sana en zengin ailelerden kız alabiliriz.*"^[43] Esasında bu bakış açısı da ahlaki bakımdan sorunludur. Bununla birlikte arkadaş çevresinin konuya bakışı, kız çocukları için namus olarak nitelendirilen şeyin erkekliğin alametlerinden olduğu şeklindedir. Bu durum yine Baret'in düşünce dünyasında şu şekilde geçmektedir: "*Abi, gerçekten ilk mi? Ne biçim erkeksin ulan? Ulan Haybeden, kız oğlan kızmış bu be!*"^[44]

Ataerkil zihniyet Baret'in olaylara bakış açısından roman boyunca gözlemlenebilmektedir. Arus'un, Diran'ın ölümü sonrası Diran'ın çocuklarının

[41] Georgelin, 2016, s. 128.

[42] Biberyan, 2019, s. 159.

[43] Biberyan, 2019, s. 202.

[44] Biberyan, 2019, s. 202.

hakkını başkasına yedirdiğini söylemesi ve diğer bir deyişle kendisini aldatıldığını ima etmesi üzerine Baret'in düşünceleri de ataerkil bakış açısını yansıtmaktadır: “*Tam tersine, değişik bir hayranlık, gizli bir takdir vardı kalbinin derinliklerinde ve belli belirsiz bir kıskançlık.*”^[45] Baret'in Lula'ya “*orospu*” demesi de bu bakış açısının açık bir tezahürüdür.^[46]

Namus anlayışının bekârete indirgenmesi ve özellikle bundan fakir aile çocuklarının etkilenmesi dikkat çekicidir. Lula'nın Baret'e “*Benim gibilerin drahoması yok. Sadece bu işte. Eğer bunu da kaybedersek, kim alır bizi?*”^[47] şeklinde düşüncelerini ifade etmesi de namus anlayışındaki ataerkil bakış açısını göstermektedir.

Lula, Baret ile Taksim'deki görüşmelerinde hava çok soğuk olmasına rağmen onun sıcak bir mekâna gitme önerisini “*başkaları tarafından görülür*” kaygısıyla kabul etmemektedir. Bu durum bireysel ahlakın gelişmemesinin ve toplum ne der anlayışa göre hareket etmenin açık bir göstergesidir.

Ataerkil bakış açısı kadınlarda da yer etmiştir. Baret annesine mirasın Dırtad'ın çocuklarına kaldığını ve vasiyetnamenin geçerli olmadığını söylediğinde Arus işin böyle olmasında kabahatli olarak Suren'i bulur ve bir zamanlar öve öve bitiremediği Suren'i ataerkil bir bakış açısıyla şu şekilde eleştirir:

“*Suren çıldırmış, herkes söylüyor, pis adam, o yaşta. O domuz gibi hâliyle... Mundar. Canı cehenneme. Aynaya da bakmıyor! Rahmetli baban için söylemediğini bırakmamıştı, hep kıskançlığından. O zaman kendi öyle bir şey yapabilir miydi? Kim bakardı yüzüne? Şimdi, doğrusu, Diran böyle bir şey yapmış değildi. Ailesi aile, çocukları çocuk idi. Yapsa ne olurdu?*”^[48] Arus Hilda ile bir tartışmasında Diran'a atıfla “*Ne olacak, her erkek yapar o kadarını.*” demiş olup bu durum ataerkil bakış açısını içselleştirdiğini açık bir şekilde göstermektedir.^[49] Ancak kızına geldiği zaman kriter ve dolayısıyla değerlendirmeler de değişmektedir. Hilda, Arus'tan bu bağlamda şöyle

[45] Biberyan, 2019, s. 231.

[46] Biberyan, 2019, s. 280.

[47] Biberyan, 2019, s. 304.

[48] Biberyan, 2019, s. 473.

[49] Biberyan, 2019, s. 500.

şikâyet etmektedir: “*Sen bir erkekle konuşmamı bile istemedin. Namuslu olmalıydım!*”^[50]

Benzer şekilde ataerkil zihniyet Baret’in Lula ile ilişkilerinde dikkat çekmektedir. Lula’nın hamile kalması, endişe ve korkuları ile neticede hayatının kaybiyla sonlanan süreçte Baret’in sorumluluk almaması ve çok sonraları sadece vicdan azabı duyması bu konudaki bakış açısını açık bir şekilde göstermektedir. Taraflardan biri müştereken sorumlu oldukları bir eylemin sonucunu hayatı ile öderken, diğer taraf yıllar sonra adeta günah çıkararak bir vicdan azabıyla kurtulmaya çalışmaktadır.

3. Kız Çocuklarının Evlenmeleri İçin Belli Bir Dönemin Geçirilmemesi

Günümüzde her ne kadar kız çocuklarının evlenmeleri için belli bir dönemin geçirilmemesi yönündeki anlayışta kadınların üniversite okumaları ve çalışmaları sebebiyle değişiklik olmuşsa da esasında Türk toplumunda kız çocuklarının belli bir dönemden önce evlenmesi gerektiği ve bu dönemi geçirenlerin “*evde kalmış*” olarak nitelendirildiği bilinmektedir. Arus devamlı Hilda’nın evlenme yaşının geçmekte olduğundan ve ekonomik durumlarının iyi olmaması nedeniyle Hilda’nın evliliğe cesaret edemediğine değinmektedir: “*Ablanın yaşı geçiyor. Çok endişeleniyorum. Ne olacak bu kızın geleceği?*”^[51] Evlenmemenin kız çocukları bakımından iyi bir şey olmadığına devamlı vurgu yapılması ve evlenmeyen kız çocuklarına “*erkek*” nitelendirilmesinde bulunulması da kız çocuklarının evlenmeleri için belli bir dönemi geçirmemeleri gerektiğine dair vurguyu açıkça göstermektedir. Dırtad’ın bir konuşmasında evlenmemiş halasından bahsederken “*Erkek gibi kariydi*”^[52] nitelendirmesinde bulunması da bu bakış açısını göstermektedir.

Örneklerden de anlaşılacağı üzere Ermeni toplumunda da evlenmeyen kızlara “*evde kalmış*”, “*kız kurusu*” muamelesi yapılmakta ve kadının konumu evlenmek ve çocuk yapmaya indirgenmektedir.^[53]

[50] Biberyan, 2019, s. 501.

[51] Biberyan, 2019, s. 159.

[52] Biberyan, 2019, s. 243.

[53] Aktaş, age., s. 6.

4. Cenazede Siyah Kıyafet Giyme ve Taziye

Günümüzde cenaze törenlerinde ve cenaze evinde siyah giyilmesi genellikle tercih edilmektedir. Eski Türklerde de matem elbisesi olarak siyah renk tercih edilmiştir.^[54] Osmanlı klasik döneminde de Türk şiirinden hareketle siyah rengin tercih edildiği anlaşılmaktadır.^[55] Ancak siyah kıyafet giyme geleneğinin geçmişi hakkında net bir şey söylemek mümkün gözükmemekle birlikte 1892’de çıkarılan bir ferman ile güvenlik gerekçesiyle kadınların siyah çarşaf giymesi yasaklanmıştır. Söz konusu fermanda Hıristiyan kadınların matem giysilerine benzeyen siyah çarşaf giydikleri ve bütün bunların İslam’a da uymadığı belirtilmiştir.^[56] Buradan geçmişte Müslüman kadınlar arasında cenazelerde siyah kıyafet giyme kültürünün olmadığı ve matem elbiselerinin Hıristiyan kadınlar tarafından tercih edildiği çıkarılabilir. Muhtemelen zamanın geçmesi ve küresel kültürün dünyadaki hâkim inanın yani Hıristiyanlığın bazı örf adetlerini benimsetmesi sebebiyle cenazelerde siyah kıyafetin tercih edilmesi mümkün gözükmektedir.

Baret, Diran’ın ölümünde Arus ve Hilda’yı, siyahlara bürünmüş şekilde gördüğünde ölüm hadisesinin olduğunu anlar. Hilda da Zımaro’nun siyah renkli kıyafetler getirmesini memnuniyetle karşılar: “*Siyah çorap yok. İnsanlar gelecek, rezil olacağız. ... Neyse ki Zımaro, siyah nesi varsa toplayıp getirmiş. Sağ olsun.*”^[57] Ayrıca Dırtad’ın siyah takım giymesine rağmen kahverengi ayakkabı giymesini Arus eleştirmiştir.

Türk kültüründe ölünün ardından taziyede bulunulması ve bunun belli bir süre devam etmesi önem arz etmektedir. Diran’ın ölümü üzerine de akraba, komşu ve tanıdıklar taziyelerini iletmişlerdir.

[54] Behiye Asude Özcan, “Türk ve Slav Kültüründe Siyah Renk”, *Akademik Tarih ve Düşünce Dergisi*, 2018, C. 5, S. 18, s. 275.

[55] M. Esat Harmancı, “Klasik Türk Şiirinde Matem Şekilleri”, *Osmanlı Araştırmaları*, XXVI, (Prof.Dr. Mehmed Çavuşoğlu’na Armağan-II), 2005, İstanbul, s. 332, 338-339.

[56] François Georgeon, *II. Abdülhamid*, İletişim Yayınları, 5. Baskı, 2018, İstanbul, s. 458.

[57] Biberyan, 2019, s. 220.

5. Kendini Feda Etme Kültürü

Türk kültüründe kendini feda etme önemli bir yer tutmakta ve onurlu bir hareket olarak değerlendirilmektedir. Özellikle ailede anne ve babanın ailesi için elinden gelen tüm gayreti göstermesi ve gerektiğinde kendini feda bile etmesi anlayışı önem arz etmektedir. Eserde Diran'ın Arus tarafından eleştirildiği noktalarda Baret'in iç dünyasında şu sorgulamaları yaşamaktadır:

"...Aileni düşünmedin. Onların rahatını, sosyal durumunu, keyfini düşünmek, onların mutluluğu için kendini feda etmek zorundaydın. Ülkesi için kendisini feda eden bir asker gibi. Neden feda eder insan kendini?"^[58]

Bu bağlamda yazar okuyucuyu kendisi gibi düşünmeye zorlamamakta ve kendi algısı çerçevesinde konuyu sorgulama ve anlama özgürlüğüyle baş başa bırakmaktadır. Nitekim bu özellik yazarın en güçlü yanı olarak nitelendirilmiştir.^[59]

Arus, Diran'ı kendini feda etmemekle suçlarken, suçlanan Diran'ın ölümünden sonra suçlayan Arus'un mücevherleri olduğunun öğrenilmesi şaşkınlıkla karşılaşılır. Çünkü baba/kocadan olmayacak fedakârlıklar bekleyen anne/eş, sıradan fedakârlıktan bulunmaktan bile kaçınmıştır. Arus'un Diran'ın ölümünden sonra mücevherlerinin ortaya çıkması, Dırtad'ın eşinden mücevher nedeniyle ayrılması ve Baret'in de Lula'ya evlendiği kişiye ihtiyacı olması hâlinde mücevherlerini verip vermeyeceğini sorması, kadınların fedakârlığı ile ilgili son derece şüpheli ve güvensiz bir bakış açısını ortaya koymaktadır.

6. Hamama Gitme

Günümüzde artık unutulmuşsa da bir zamanlar hamama gitme ve temizlenme Türk kültüründe önemli bir yer tutmaktadır. Hâlihazırda bile tarihi şehirlerde hamamların yaygınlığı da bunu açık bir şekilde göstermektedir. Baret'in de banyo yapma imkânlarının sınırlı olduğu askerlik dönüşü ilk yapmak istediği şey hamama gitmek olmuştur. Kerhaneye gittikten sonra da temizlenmek için güçlü bir şekilde hamama gitme isteği duyması da Ermeni toplumunda da hamama gitme kültürünün mevcut olduğunu göstermektedir. Tabi bunu söylerken o günün şartlarında her evde banyo bulunmama

[58] Biberyan, 2019, s. 78.

[59] BAykal, 2014, s. 8.

ihtimali ve banyo varsa da her zaman sıcak su olmaması ihtimalini de göz ardı etmemek gerekmektedir.

7. Aşura Geleneği ve Bayramda Çocuklara Harçlık Verme

Kökene semavi dinlere dayanan aşura geleneği Türk toplumunda Osmanlı Devleti'nden bu yana mevcuttur. Hicri takvime göre Muharrem ayının onuncu gününde; Hz. Adem'in tövbesinin kabul edilmesi, Hz. Yunus'un balığın karnından çıkarılması, Hz. Musa'nın Firavun'un zulmünde kurtulması gibi önemli olayların meydana geldiği ifade edilmektedir. Ayrıca Muharrem'in onunda Hz. Muhammed'in torunu Hz. Hüseyin'in şehit edilmesi sebebiyle aşura günü zulme karşı çıkma ve Hz. Hüseyin'in şehadeti için matem günü olarak da önem taşımaktadır.^[60]

Eserden Ermeni toplumunda da aşura geleneğinin olduğu anlaşılmaktadır. Baret babasının ölümünden sonra tüm gelir ve giderlerin yer aldığı defteri incelerken Noel'e hazırlık olarak aralığın yirmi beşinde yapılan harcamada “*anaşabur*” (aşura) kelimesine rastlar. Bu kelime Baret'in iç dünyasında koca bir pencere açmış ve Baret rahatladığını hissetmiştir.^[61] Lula'nın evinde kalırken geçirdiği Noel'de Lula, Baret'e aşura getirmiştir.^[62]

Türk toplumunda Ramazan ayında mani ve ilahi söylenmesi ve bunları söyleyenlere zaman zaman harçlık verilmesi bugün büyük ölçüde unutulsa da mevcut gelenekler arasında yer almaktadır. Bayramlarda çocuklara yaygın olarak harçlık verilmektedir. Noel akşamında çocuklar kapı kapı dolaşıp ilahi söylemiş ve çocuklara harçlık verilmiştir. Baret de Lula'nın evinde kalmaktayken çocuklar evin önüne gelip ilahi söylemeleri üzerine onlara harçlık vermiştir.^[63] Bu da farklı toplumlarda sevinç ve kutlama günlerinde dinî veya millî şarkı söylenmesinin ve söyleyenlere harçlık verilmesinin ortak bir kültürel özellik olduğunu göstermektedir.

Yukarıda belirtilenler dışında yaşlı kadınların beyaz yaşmak takması, aile bireylerinin uzun bir ayrılıktan sonra birbirlerine sarılmaları ve birbirlerini

[60] Yusuf Şevki Yavuz, “Aşura”, *İslam Ansiklopedisi*, <https://islamansiklopedisi.org.tr/asura> (Erişim Tarihi: 12.4.2020)

[61] Biberyan, 2019, s. 254.

[62] Biberyan, 2019, s. 293

[63] Biberyan, 2019, s. 296.

öpmeleri, eski ve yırtık kıyafetlerle sokağa çıkılmaması hassasiyeti,^[64] askere gidenlerin anne, baba ve diğer yakınlarını üzmemek ve kaygılandırmamak için hâllerinden memnun görünmeleri ve şikâyet etmemeleri^[65], yakınlara selam gönderme^[66], kahve içme, bürokraside amirlerin çok küçük bir hata da olsa düzeltme zevkinden kendilerini mahrum bırakmaması^[67], haksızlığa karşı çıkılması bireysel olarak kabul edilmesine rağmen ortak hareket edilmesi konusunda kimseye güvenilemeyeceği anlayışı^[68] ve gözün aydın ziyaretinde bulunma gibi ortak kültürel unsurlar bulunmaktadır.

[64] Biberyan, 2019, s. 15, 16.

[65] Biberyan, 2019, s. 18.

[66] Biberyan, 2019, s. 21, 62, 184.

[67] Biberyan, 2019, s. 153.

[68] Biberyan, 2019, s. 269.

SONUÇ

Eserde insanı saran ve etkileyen farklı bir gerçeklik algısı bulunmaktadır. Gerçeklikler, doğrular ve yönelimler okuyucuya dikte edilmez. Okuyucu gerçekliği algılamasında kendi kendine olup hiçbir zorlama hissiyle karşılaşmaz. Gerçekliğin bir parçası olan çirkinlik abartılmamakta ancak durum okurun önüne konulmaktadır.^[69] Eserde yazıldığı dönemin Türkçe edebi örneklerinde, örneğin Orhan Kemal'in çalışmalarında bulunabilecek atmosferin var olduğuna ve iki yazar arasında benzerlikler olduğu dikkat çekmektedir. Biberyan gibi Orhan Kemal de sürgünde Lübnan'da bulunmuştur ve ikisi de insanların başkalarına zarar vermeden mutlu ve dolu dolu yaşama imkânına sahip oldukları görüşündedir.^[70]

Yazar, eseri kaleme alırken peşin hükümlerle hareket etmemiş, gerçeğin ortaya konulmasına odaklanmıştır. Yazarın eseri yazarken her şeyi çözmemesi, böyle bir iddiasının bulunmaması, insanı analiz etmesi ve bunu göstermeye çalışması yazma sürecini de anlamının bir parçası olarak gördüğünün göstergesidir.^[71]

Yazarın gerçekliğe odaklanmasının doğal sonucu olarak “*Ermeniliği*” veya “*Türklüğü*” metnin tasarımcısı yapmaması ortaya insanın çıkmasını sağlamıştır.^[72] Bunun doğal sonucu olarak Ermeni toplumunu homojen bir yapı olarak ele almamış; Ermeni toplumundaki iç çekişmeleri, özeleştirileri, sınıfsal çatışmaları ve aile içi çekişmeleri başarılı bir şekilde resmetmiştir.

Ailenin ve bireylerinin Varlık Vergisi sebebiyle yaşamış olduğu dram başarılı bir şekilde ele alınmıştır. Olağanüstü koşullarda mazur görülebilen tedbirler toplumun geneli dışındakileri normal bireylerden daha fazla etkilemekte ve onları ümitsizliğe sevk etmektedir. Bu durumda öngörülen tedbirin ayrımcı şekilde sadece toplumun belirli kesimlerine uygulanması ve özellikle dürüst kişiler bakımından bu tedbirlerin yaşamı sürdürmeyi son

[69] Gül Dirican, “Bu kitabı kolay unutmazsınız!”, 23 Şubat 1999, <https://www.milliyet.com.tr/pembenar/bu-kitabi-kolay-unutmazsiniz-5256242> (Erişim Tarihi: 7.3.2020).

[70] Georgelin, 2016, s. 128.

[71] Irmak Zileli, “Okuyacağınız ayna gibi bir roman”, 3 Ağustos 2012, <http://www.radikal.com.tr/kitap/okuyacaginiz-ayna-gibi-bir-roman-1096142/> (Erişim Tarihi: 7.3.2020).

[72] Zileli, 2012.

derece zorlaştırması durumu da eklendiğinden travmanın boyutu daha iyi bir şekilde anlaşılabilir. Bu anlamda eserde “*tutunamayan*”^[73] bir aile ile bir gencin travması anlatılmaktadır.

Baret’in melankolisi ve isyanı çerçevesinde çevresi ile insanlara yabancılaşması psikolojik bakımdan ele alınmıştır. Temaların farklılaşması ve ruhsal tahliller Biberyan’ı değerli kılmaktadır.

Eser psikolojik yönü ağır basan bir roman niteliğinde olduğundan karakterlerin sayısı fazla değildir. Çoğu karakter de Baret’in ailesindekilerden oluşmaktadır. Karakterler yazarın gerçeklik algısı doğrultusunda analiz edilmiştir.

Türk ve Ermeni toplumlarındaki ortak kültürel unsurlar da eserde yer almaktadır. Bunlardan en dikkat çekici olanı Ermeni toplumundaki ataerkil / erkek egemen bakış açısıdır. Özellikle kadın karakterlerde hemen hemen hiçbir olumlu karaktere yer verilmemesi de bu anlayışın bariz tezahürlerindedir. Eserin Ermenicesinde de Türkçe kelimelere yer verilmesi, kız çocuklarının belirli bir yaşa kadar evlenmesi gerekmesi gibi çok sayıda ortak kültürel öge eserde yer almaktadır.

Tasvir ve tahlillerin işlevselliği ve yerindeliği eserin başarılı yönlerinden sayılabilir. Anlatımdaki doğallık ve derinlik, dönem gerçekliğinin birey ve aile merkeze alınarak güçlü bir fon olarak yansıtılması da göze çarpmaktadır.

Türk toplumunun içinde ama kendisine ait ıstırap ve umutlarıyla yaşayan insanların dünyasına dair içeriden, gerçekçi ve çarpıcı tespitler sunan roman, ‘iyi okur’lar için zengin bir malzeme sunmaktadır.

[73] Yetvart Danzikyan, “Karıncaların -bitmeyen- günbatımı ya da ‘tutunamayan’ bir Ermeni ailenin hikâyesi”, 11 Mart 2019, <https://artigercek.com/yazarlar/yetvartdanzikyan/karincalarin-bitmeyen-gunbatimi-ya-da-tutunamayan-bir-ermeni-ailenin-hikayesi> (Erişim Tarihi: 16.3.2020).

KAYNAKÇA

- Akar, Rıdvan, *Aşkale Yolcuları Varlık Vergisi ve Çalışma Kampları*, Doğan Kitap, 2009, İstanbul.
- Aktaş, Ceren, “Zaven Biberyan’ın Babam Aşkale’ye Gitmedi Romanı Üzerine Analiz”, <https://www.academia.edu> (Erişim Tarihi: 16.3.2020).
- Barutçu, Faik Ahmet, *Siyasi Hatıralar Milli Mücadeleden Demokrasiye*, Cilt 1, 21. Yüzyıl Yayınları, Ankara, 2001.
- Baykal Aybike, *Babam Aşkale’ye Gitmedi Kitap İncelemesi*, İstanbul, 2014 (lisans ödevi) s. 7, https://www.academia.edu/17283783/Babam_A%C5%9Fkaleye_Gitmedi_Kitap_%C4%B0ncelemesi (Erişim Tarihi: 16.3.2020).
- Berkes, Niyazi, *Unutulan Yıllar*, (Yayına haz. Ruşen Sezer), İletişim Yayınları, 7. Baskı, 2019, İstanbul.
- Biberyan, Zaven, *Karıncaların Günbatımı*, (Çev. Silvart Malhasyan), Aras Yayıncılık, İkinci Baskı, 2019, İstanbul.
- Çengelci, Gökçen Uzer, *Türkiye’de Olağan Dışı Dönemlerde Vergilendirme –Anayasal Vergilendirme İlkelerine Uygunluk Açısından Bir İrdeleme-*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Vergi Hukuku) Anabilim Dalı, Ankara, 2010. (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)
- Danzikyan, Yetvart, “Karıncaların -bitmeyen- günbatımı ya da ‘tutunamayan’ bir Ermeni ailenin hikâyesi”, 11 Mart 2019, <https://artigercek.com/yazarlar/yetvartdanzikyan/karincalarin-bitmeyen-gunbatimi-ya-da-tutunamayan-bir-ermeni-ailenin-hikayesi> (Erişim Tarihi: 16.3.2020).
- Dirican, Gül, “Bu kitabı kolay unutmazsınız!”, 23 Şubat 1999, <https://www.milliyet.com.tr/pembenar/bu-kitabi-kolay-unutmazsiniz-5256242> (Erişim Tarihi: 7.3.2020).
- Georgelin, Herve, “Karıncalar Gibi Huzur Kaçıran: Zaven Biberyan”, (Çev. Ezgi Bilgin), *Şerh Şiir ve Eleştiri Dergisi*, 2016, s. 3-4.
- Georgeon, François, *II. Abdülhamid*, İletişim Yayınları, 5. Baskı, 2018, İstanbul.

- Gökbunar, Ramazan; Çandır, Muzaffer; Arslan, Ahmet; Özcan, Pelin Master, “Varlık Vergisinin Türk Romanında Yansıması” *Bilig*, S. 75, Yaz 2016.
- Harmancı, M. Esat, “Klasik Türk Şiirinde Matem Şekilleri”, *Osmanlı Araştırmaları*, XXVI, (Prof. Dr. Mehmed Çavuşoğlu’na Armağan-II), 2005, İstanbul.
- Koptaş, Rober, “Çöpe Attıysanız Bir Şey Kaybetmezsiniz”, 28 Mart 2019, <https://hyetert.org/2019/03/28/cope-attiysaniz-bir-sey-kaybetmezseniz/> (Erişim Tarihi: 7.3.2020).
- Koptaş, Rober, “Biberyan’a Bir Yer Lütfen”, 21 Şubat 2019, <https://t24.com.tr/k24/yazi/karincalarin-gunbatimi,2170> (Erişim Tarihi: 7.3.2020).
- Millas, Herkül, *Türk Romanı ve “Öteki” Ulusal Kimlikte Yunan İmajı*, Sabancı Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2000.
- Ökte, Faik, *Varlık Vergisi Faciası*, İstanbul, 1951.
- Özcan, Behiye Asude, “Türk ve Slav Kültüründe Siyah Renk”, *Akademik Tarih ve Düşünce Dergisi*, 2018, C. 5 S. 18.
- Toker, Hülya Göğercin (2008), “Zaven Biberyan’ın ‘Baban Aşkale’ye Gitmedi’ Adlı Romanında Varlık Vergisi Kanunu ve Devrimsiz Gündelik Hayatlar”, *İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi*, S. 27 (Güz).
- Türkeş, A. Ömer, “Umutsuzluğun Romanı”, 29 Haziran 2017, <https://www.hurriyet.com.tr/kitap-sanat/umutsuzlugun-romani-40504441> (Erişim Tarihi: 16.3.2020).
- Varlık Vergisi Hakkında Kanun, Resmî Gazete, 12.11.1942, Sayı: 5255.
- Zileli, Irmak, “Okuyacağınız ayna gibi bir roman”, 3 Ağustos 2012, <http://www.radikal.com.tr/kitap/okuyacaginiz-ayna-gibi-bir-roman-1096142/> (Erişim Tarihi: 7.3.2020).
- Yavuz, Yusuf Şevki, “Aşura”, *İslam Ansiklopedisi*, <https://islamansiklopedisi.org.tr/asura> (Erişim Tarihi: 12.4.2020).
- 4305 Sayılı Varlık Vergisi Kanununun Çalışma Mecburiyetine Dair Hükümleri İhtiva Eden 12 ve 13 üncü Maddelerinin Tatbik Suretini Gösteren Talimatname Hakkında Kararname, Resmî Gazete, 12.1.1943, Sayı: 5302.