

ERCIYES ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ





ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT: XVII

SAYI: 1

YIL: 2022

NİSAN - 2022

KAYSERİ

SAHİBİ (Owner)

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına

Prof. Dr. Yunus YOLDAŞ (Dekan V.)

SORUMLU MÜDÜR (Responsible Manager)

Fatma HAVUR (Fakülte Sekreteri)

<u>HABERLEŞME ADRESİ</u> ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ 38039 / MELİKGAZI- KAYSERİ	<u>TLF</u> : +90 352 438 06 61 +90 352 437 49 01 / 38000 <u>FAKS</u> : +90 352 438 06 62 <u>E-MAIL</u> : eruhukukdergisi@gmail.com <u>ISSN</u> : 1306-3839 <u>E-ISSN</u> : 2822-3012 <u>Basım Tarihi:</u> NİSAN 2022
--	--

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ULAKBİM tarafından taranan ve yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir;
Fakülteyi bağlamaz.

Dizgi ve Mizanpaj

Tezmer

Baskı

Tezmer kitap, MELİKGAZI/ KAYSERİ

AMAÇ

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hukuk alanında ve hukukla bağlantılı alanlarda özgün ve bilimsel çalışmalarla ulusal düzeyde literatüre katkıda bulunmayı amaçlar.

KAPSAM

Kamu hukuku ve özel hukuk alanında özgün ve bilimsel araştırma makaleleri, karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri, kitap incelemeleri ve çeviriler, dergimizin yayın kapsamına girmektedir.

YAZIM KURALLARI

1. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ERÜHFD) ULAKBİM tarafından taranan, Nisan ve Ekim sayısı olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir. Yayımlanması istenen çalışmaların Nisan sayısı için 31 Ocak; Ekim sayısı için 30 Temmuz tarihine kadar Fakültemize teslim edilmesi veya eruhukukdergisi@gmail.com mail adresine gönderilmesi gereklidir.

2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve mali hukuk alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi şarttır.

3. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde çalışmalara da yer verilmektedir. Çalışmalar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir çalışmada, metnin amacını en iyi ifade edecek şekilde, en az 100, en çok 200 kelimedenden oluşan özet bulunmalıdır. Özetler, Türkçe ve İngilizce, Almanca, Fransızca yabancı dillerinden herhangi biri ile hazırlanmış olmalıdır. Ayrıca çalışmanın her iki dilde başlığı ve beşer anahtar kelime de çalışmanın başına eklenerek gönderilmelidir. Yazarların, Orcid ID numaralarını, mail adreslerini, görev yaptıkları kurumları yazar bilgilerinin yer aldığı dipnotta göstermeleri gerekmektedir.

4. Yayınlanmak üzere gönderilen makalenin metin kısmında, Türkçe başlık 12 punto altında İngilizce başlık gelecek şekilde olmalı, Türkçe başlık dışında geri kalan kısım Times New Roman 11 punto, satır aralığı 1,15 olmalıdır. Dipnotlar metin altında Times New Roman karakterinde 9 punto, satır aralığı 1 olmalıdır. 0,6 asılı, paragraf sonrası 3 nk boşluk biçiminde yazılmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar kural olarak 40 sayfadan fazla olmamalıdır.

5. Yayınlanmak üzere gönderilecek çalışmalar Office 2000 ve üstü bir versiyonda yazılmış olarak dergiye gönderilmelidir. Word programındaki otomatik başlıklandırmalar kullanılmamalıdır.

6. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

7. Yazarların dergiye gönderdikleri çalışmaların şekli ve içerik yönünden denetimini yapmış oldukları ve bu şekliyle "yayıma" hazır verdikleri kabul edilir.

YAYIN POLİTİKASI

GENEL İLKELER

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ERÜHFD) ULAK-BİM tarafından taranan, Nisan ve Ekim sayısı olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergide, hakem incelemesinden geçen çalışmaların yanı sıra kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu çalışmalar hakem incelemesine sunulmaz. Bu nitelikteki çalışmaların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Komisyonu tarafından yapılır.

Dergide yayımlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir.

Dergimizde yayımlanan makalelerde araştırma ve yayın etiğine uyulması zorunludur.

Çalışmalar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm telif haklarını devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez.

Derginin basılı formatları, Hukuk Fakültesi kütüphanelerine ücretsiz olarak gönderilir.

DEĞERLENDİRME ve YAYIN SÜRECİ

Makalelerin Dergiye Teslimi: Dergimizde yayınlanması istenen çalışmaların Nisan ayında çıkan sayı için 31 Ocak; Ekim ayında çıkan sayı için 30 Temmuz tarihine kadar eruhukukdersisi@gmail.com e-mail adresine gönderilmesi gerekmektedir.

Ön İnceleme Aşaması: Dergi mailine iletilen çalışmalar, dergi yazım kurallarına uygunluğu açısından yayın komisyonunca ön incelemeye tabi tutulmaktadır. Editör kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılarak, yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar yazarına iade

edilir. Yedi günlük n inceleme sürecini olumlu Şekilde tamamlayan çalışmalar, makale konusu ile ilgili editöre iletilmektedir.

Hakem Atanma Süreci: n inceleme sürecini olumlu bir Şekilde tamamlayan makaleler ile ilgili hakem belirleme ve atama sürecine geçilir. Hakem belirleme ve atama süreci 60 gün içerisinde tamamlanır. alıŐmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı iki (kr) hakeme değerlendirme için gönderilir.

Hakem Değerlendirme Süreci: Hakemlere değerlendirme için 20 gün normal süre, 20 gün ek süre verilmektedir.

Hakemlerin “doğrudan (bu haliyle) yayınlanabilir” Şeklinde rapor verdiği çalışmalar dergimizce yayınlanmaktadır.

Hakemlerin “düzeltmelerden sonra yayınlanabilir” Şeklinde rapor verdiği çalışmalar için, yazar(lar)a değerlendirmeler iletilerek düzeltmelerin yapılması istenmektedir. Yazar(lar)a düzeltmelerin yapılması amacıyla 20 gün süre verilir.

Hakemlerden bir tanesinin “yayınlanamaz” Şeklinde rapor vermesi halinde, diğer hakemin yayınlanabilir raporu vermesi Şartıyla, alıŐma üçüncü bir hakeme gönderilmektedir.

Hakemlerin her ikisinin “yayınlanamaz” Şeklinde rapor vermesi halinde, çalışma yazara iade edilmekte ve yayın sürecinden çıkarılmaktadır.

Makale değerlendirme sürecinin makalenin gönderildiği sayıda tamamlanamaması halinde yazarlara e-posta yoluyla bilgi verilir. Yazarların bir sonraki sayı için sürece devam edilmesini kabul etmeleri halinde sonraki sayı için sürece devam edilir.

ETİK İLKELER

Yazarlara İlişkin İlkeler:

Yazarların gönderdikleri çalışmalar özgün olmalı, daha önce yayınlanmamış olmalıdır. Yazarlar, çalışmanın halihazırda başka bir dergide değerlendirme aşamasında olmadığını beyan etmelidir.

Çalışmada adı geçen tüm yazarlar, çalışmadaki deneysel tasarıma ve uygulanmasına ya da verilerin analizi ve yorumlanmasına katkıda bulunmuş olmalıdır.

Yazarların yayınlanan makalelerinde önemli bir hata olduğunu fark etmeleri halinde editör kurulunu bilgilendirmeleri gerekmektedir.

Yazarlar, Etik kurul onayı gerektiren çalışmalar için etik kurul onayını dergiye sunmalıdır. Araştırmada “Etik Kurul Onayı” alınması gerekli ise; Etik Kurul onayına ilişkin bilgiler (etik kurulun adı, onay belgesinin numarası ve tarihi) makalede belirtilmelidir.

Editörlere İlişkin İlkeler:

Dergi bünyesindeki görevli editörler ve editör yardımcıları, her türlü önyargıdan uzak, objektif ve tarafsız bir şekilde görevlerini yerine getirmekle mükelleftir.

Dergi bünyesindeki görevli editörler ve editör yardımcıları, görevlerinin gerektirdiği ölçüde gizlilik içerisinde hareket etmekle mükelleftir.

Dergi bünyesinde görevli editörler ve editör yardımcıları, dergi'ye ilişkin her türlü iş ve işlemde tam iş birliği içerisinde hareket eder. Dergi bünyesinde adil görev dağılımı yapılması iş birliğinin özünü oluşturmaktadır.

Hakemlere İlişkin İlkeler:

Bütün makaleler, çalışmanın bilimsel içeriği temel alınarak; yazarın cinsiyet, etnik köken, ırk, din, veya siyasi değerleri göz önünde bulundurulmaksızın, adil şekilde değerlendirilmelidir.

Hakem değerlendirme sürecinin gizliliğine saygı gösterilmeli; değerlendirilen esere ya da değerlendirme süreci ve sonrasına ilişkin bilgiler üçüncü kişilerle paylaşılmamalıdır.

Hakem değerlendirmeleri, düşmanca veya kişkırtıcı olmayacak ve küçümseyici kişisel yorumlar barındırmayacak biçimde, nesnel ve yapıcı olarak gerçekleştirilmelidir.

Değerlendirme süreci sırasında çıkar atışması gözlemlendiği takdirde, durum Editör kuruluna bildirilmelidir.

Hakem değerlendirmesi yoluyla elde edilen bilgi veya fikirler gizli tutulmalı ve kişisel avantaj için kullanılmamalıdır.

DANIŞMA KURULU (Advisory Board)

Prof. Dr. Şafak NARBAY

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Cem BAYGIN

Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Erdal ONAR

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KURULU (Editorial Board)

Prof. Dr. Şafak NARBAY – Sakarya Üniversitesi
Prof. Dr. Yücel OĞURLU – İstanbul Ticaret Üniversitesi
Prof. Dr. Ayhan DÖNER – Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Prof. Dr. Muzaffer ŞEKER – İstanbul Ticaret Üniversitesi
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA – Akdeniz Üniversitesi
Prof. Dr. Murat DOĞAN – Erciyes Üniversitesi
Prof. Dr. Cengiz GÜL – Erciyes Üniversitesi
Prof. Dr. Burak ADIGÜZEL – Erciyes Üniversitesi
Doç. Dr. Müzeyyen EROĞLU DURKAL – Erciyes Üniversitesi
Doç. Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Hulusi AKKAŞ – Erciyes Üniversitesi

BAŞ EDİTÖR (Editor in Chief)

Prof. Dr. Yunus YOLDAŞ

EDİTÖRLER (Editors)

Prof. Dr. Cengiz GÜL
Prof. Dr. Burak ADIGÜZEL
Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI
Doç. Dr. Müzeyyen EROĞLU DURKAL
Doç. Dr. Ahmet Hulusi AKKAŞ
Dr. Öğr. Üyesi Şükran AKGÜN

YABANCI DİL EDİTÖRLERİ (Language Editors)

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY
Dr. Öğr. Üyesi Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY
Dr. Öğr. Üyesi Harun Mirsad GÜNDAY

TEKNİK EDİTÖR (Technical Editor)

Dr. Öğr. Üyesi Mustafa UYANIK

EDİTÖR YARDIMCILARI (Editors Assist.)

Arş. Gör. Ayşe KARAKİMSELİ SEZGİN

Arş. Gör. Merve ÇAĞLAK MELEZ

Arş. Gör. Şüheda Nur APAYDIN

Arş. Gör. Alı YEŞİLYURT DURAN

Arş. Gör. Tuğçe YABA

Arş. Gör. Rumeysa İSPİR

Arş. Gör. Muhammed Esat EMEK

Arş. Gör. Numan DOĞAN

Arş. Gör. Alihan ÇELİK

İÇİNDEKİLER*

ÖZEL HUKUK

Dr. Öğr. Üyesi Nazım AKSOY

Barter Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Türk ve Rus Hukukundaki Yeri ve İkili İlişkiler Kapsamında Değerlendirilmesi 1

Zeynep Şeyma CEYLAN

Yargıtay Kararları Işığında Zina Sebebiyle Boşanmada Manevi Tazminat İstemi 49

KAMU HUKUKU

Doç. Dr. Uğur BAYILLIOĞLU

Deniz Seviyelerinin Yükselmesi Ve Esas Hatlar Üzerindeki Etkileri: Yeni Bir Türk-Yunan Uyuşmazlığına Doğru Mu? 97

Dr. Öğr. Üyesi Gündüz Alp ASLAN

Milletvekillerinin Vatan Hizmeti Yükümlülüğü 140

Dr. Öğr. Üyesi Abdullah ÖMERCİOĞLU

7318 Sayılı Kanun ile Eklenen Vergi Kaçakçılığı Suçları 167

Dr. Öğr. Üyesi Hatice TÜRKAY

Mültecilerin Korunmasında İnsancıl Hukukun Rolü 193

Arş. Gör. Arif Emre SÜMER

Türk Ceza Hukukunda Haksızlık Yanılgısı (TCK m. 30/4) 224

* Dergideki eser sıralamaları makale kabul tarihlerindeki akademik unvan ve soyisim alfabetik sırası esas alınarak yapılmaktadır.

CONTENTS

PRIVATE LAW

Assist. Prof. Dr. Nazım AKSOY

Legal Quality of Barter Contract, Place in Turkish and Russian Law and Evaluation in the Scope of Bilateral Relations..... 1

Zeynep Şeyma CEYLAN

Claims for Non-Pecuniary Damages in Divorce due to Adultery in the light of Supreme Court Judgments.....49

PUBLIC LAW

Assoc. Prof. Dr. Uğur BAYILLIOĞLU

Rising Sea Levels and Its Effects on Baselines: Towards a new Turkish-Greek Conflict?.....97

Assist. Prof. Dr. Gündüz Alp ASLAN

National Service Obligation Of Deputies 140

Assist. Prof. Dr. Abdullah ÖMERCİOĞLU

Tax Evasion Offenses Added with Law No 7318 167

Assist. Prof. Dr. Hatice TÜRKAY

The Role Of Humanitarian Law In The Protection Of Refugees..... 193

Res. Asst. Arif Emre SÜMER

Mistake of Unjustness in Turkish Criminal Law (Turkish Criminal Code art. 30/4)..... 224

***Özel Hukuk /
Private Law***

BARTER SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ, TÜRK VE RUS HUKUKUNDAKİ YERİ VE İKİLİ İLİŞKİLER KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

*Legal Quality of Barter Contract, Place in Turkish and Russian
Law and Evaluation in the Scope of Bilateral Relations*

*Dr. Öğr. Üyesi Nazım AKSOY**

ÖZET

Son yıllarda görüldüğü üzere, Türkiye’de ve diğer gelişmekte olan ülkelerde ekonomik krizlerin sayısı hayli artmıştır. Özellikle dalgalı döviz kuru rejimini benimsemiş bu ülkelerde ithalat ve ihracat işlemlerinde dövizle yapılan ödeme zorunluluğu mağduriyetlerin yaşanmasına sebep olmaktadır. Bu mağduriyetlerin bertaraf edilebilmesi için ticari hayatta alternatif ödeme yöntemlerinin bir çare olarak düşünülmesi gerekir. Alternatif yöntemler arasında ise bir borç ilişkisinde nakit ile ödeme yerine, tıpkı çok eski dönemlerde olduğu gibi, mal ve hizmetlerin diğer mal ve hizmetlerle mübadelesi yer edinebilir. Günümüzde mal mübadelesinin ticari ilişkilere sistematik olarak yansıtılması barter sözleşmeleri kapsamında nitelendirilmektedir. Dünya

* Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı,
E-posta: naksoy@mehmetakif.edu.tr,
ORCID ID: orcid.org/0000-0002-1835-7476 .

genelinde birçok ülkenin mevzuatında yer alan barter işlemleri Türk hukukunda yeterince ele alınmamıştır. Oysa yakın komşu olan ülkeler ile dövizle gerçekleştirilen ödemelerin yerine, yerli ürün ve hizmetlerle mübadelenin barter ile sağlanması gerekir. Bununla da ülke ekonomisine ciddi katkılar sağlanabileceği kanaatindeyiz. Rusya ile ticari ilişkilerde, mal ve hizmet mübadelelerinin dövizden ziyade barter işlemleri ile yapılması ticari hayatın önemli bir yükünü hafifletebilecektir. Bu bağlamda, çalışmada öncelikle barter işlemi ve bu işlemin hukuki niteliği ile ilgili bilgilere yer verilecektir. Ardından Türk mevzuatı bakımından yapılması gereken çalışmalara ve Rusya ile ticaretle barter sözleşmesinin uygulanabilirliği değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Barter, ithalat ve ihracat, Rusya, gelişmekte olan ülkeler, karşılıklı ticaret.

ABSTRACT

As seen in recent years in Turkey and other developing countries has increased considerably in the number of economic crisis. Especially in these countries that have adopted the floating exchange rate regime, the obligation to pay in foreign currency in import and export transactions causes grievances. In order to eliminate these grievances, alternative payment methods should be considered as a remedy in commercial life. Alternative methods include the exchange of goods and services with other goods and services instead of cash payment in a debt relationship, as in ancient times. Today, systematic reflection of the exchange of goods on commercial relations is qualified within the scope of barter contracts. Barter transactions included in the legislation of many countries around the world have not been adequately addressed in Turkish law. However, instead of payments made in foreign currency with neighboring countries, the exchange with local products and services should be provided with a barter. We believe that this can make a serious contribution to the national economy. Considering the commercial cycle with Russia, the exchange of goods and services through barter transactions rather than foreign currency

would alleviate a significant burden of commercial life. In this context, the study will primarily include information about the barter process and the legal nature of this transaction. Then, the work to be done in terms of Turkish legislation and the applicability of the barter agreement in trade with Russia will be evaluated.

Keywords: Barter, import and export, Russia, developing countries, countertrade.

GİRİŞ

Gelişmekte olan ülkelerin kendi sınırları dışında da olsa yaşanan küresel buhranlar ve ekonomik çalkantılardan etkilenmemeleri mümkün değildir. Ülkemizin de gelişen bir ülke olduğu gerçeğinden yola çıkılarak ABD ile AB ülkeleri veya Rusya ile ilişkilerinin her zaman stratejik önem arz ettiği söylenebilir. Zira bu ülkeler ile olan küçük ihtilafın bile ülke ekonomisine etkisi hissedilir bir şekilde olmaktadır. İç piyasada ani döviz yükselişi ile borsada yaşanan anlık ve yüksek kayıplar bu durumun en belirgin örneklerini oluşturmaktadır. Nitekim Rusya ile 2015 yılındaki uçak krizi sonucunda turizmde, özellikle yaz aylarında yaşanan sıkıntılar veya ABD ile 2018 yılında yaşanan rahip krizi sonucunda dövizdeki yüzde yüze varan artışlar ülke ekonomisine inkâr edilmeyecek derecede ciddi zararlar vermiştir. Keza bu tarz krizler konkordato başvurularında artışa, sektörel bazda iflaslara, zamlara ve faiz yükselişlerine neden olmuştur.

Dalgalı kur sistemini benimsemiş ve ihracata dayalı büyümeye doğru değişimi hedeflemekte olan ülkemizin şimdiki konumu itibarıyla ithalatının azımsamayacak seviyeye geldiği görülmektedir. Sonuç olarak, dış ticarete dayalı büyüme hedefini benimsemiş bir ülke olarak dış unsurlardan daha az etkilenmek ve ülkenin ekonomik istikrarının sürdürülebilmesini temin etmek amacıyla iktisadi ve hukuki anlamda alternatif çözüm arayışları zorunlu hale gelmiştir. Örneğin ülke içi ticari işlemlerde barter yoluyla yapılan mal ve hizmet mübadelesinin uluslararası alanda da etkin olarak kullanılması mümkün

müdür? Ülkemizin pek fazla döviz ihtiyacı duymadan dış ticaretini özellikle Rusya başta olmak üzere diğer komşu ülkelerle barter yoluyla gerçekleştirmesi ve kur dalgalanmalarından pek fazla etkilenmeden ekonominin yükseltilmesinin yolları var mıdır?

Bu bağlamda makalede alternatif yollar arayışı kapsamında dış ticarete barter'in bir çözüm yolu olarak uygulanabilirliği araştırılacak ve özellikle de Rusya ile olan ticari ilişkiler açısından değerlendirmeler yapılacaktır. Makalede başta barter işlemlerinin tanımı, unsurları, fonksiyonları ve tarafları konularında açıklamalar yapılacaktır. İkinci bölümde barter sözleşmesinin hukuki niteliği Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan benzer bazı isimli ve isimsiz sözleşme türleri ile mukayese edilerek açıklanmaya çalışılacaktır. Üçüncü bölümde barter'in uluslararası ticaret uygulamalarındaki yerine değinilecektir. Dördüncü bölümde Türk ve Rus hukukunda barter sözleşmesinin yeri ve yasal dayanağı her iki ülkenin mevzuatları çerçevesinde incelenecektir. Sonuç bölümünde barter sisteminin iki ülke açısından karşılıklı ticari ilişkilerde uygulanabilirliği bakımından hukuki bir engelin olup olmadığı, varsa, ne gibi bir çözüm üretilebileceği yönünde değerlendirme yapılarak muhtemel önerilere değinilecektir.

I. BARTER SÖZLEŞMESİ

A. Tanımı ve Tarihi Gelişimi

İngilizcede "takas" kelimesinin karşılığı olan barter, şirketlerin elindeki mal veya hizmetlerin, bir aracı şirket veya yapı üzerinden, satın alınan mal ve hizmet karşılığında, para yerine, değiş tokuşudur¹. Diğer bir ifadeyle, şirketlerin ihtiyaç duydukları mal ve hizmetlerin bir sistem veya yapı aracılığı ile nakit olmadan mübadelesidir².

¹ Çeşitli tanımlar için bkz **Teksen Ömer**, Barter İşlemlerinin Muhasebeleştirilmesi ve Vergilendirilmesinin Yeni Finansal Tekniklerle Karşılaştırılarak İncelenmesi: Bir Araştırma, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Isparta 2006, s. 4.

² **Koç, Emel**, Takas Büyümüş Barter Olmuş, <http://www.ankarabarasu.org.tr/sites/ankarabarasu/hgdmakale/2008-1/3.pdf> s. 30 vd. Erişim Tarihi 15 Şubat 2021; Bkz "Exchange (goods or services) for other goods or services without

Barter bir takas benzeri işlem olarak geçmişini paranın icadından önceki mal değiş-tokuşuna dayandırmasına rağmen, modern anlamdaki barter işlemlerinin doğuşunun yirminci yüzyılın başlarına dayanan savaşların akabinde yaşanan ekonomik krizler sonucundaki nakit sıkıntısı ile gerçekleştiği söylenebilir. Dünyada ilk olarak 1934 yılında İsviçre'de WIR (World International Reciprocal) adlı organizasyonla, 1940-1950'li yıllarda ise Avrupa ülkelerinin yine savaş sonrası problemlerine çözüm olarak Barter sistemi kurulmuştur. ABD'de de 1960'lı yıllardan bu yana uygulanan ve "Bölgesel Değişim Ticaret Birlikleri" (LETS: Local Exchange Trading System) şeklinde ortaya çıkan barter sistemi, 1980'li yıllardan sonra geniş çapta yayılmaya başlamıştır. Almanya'da ilk barter şirketi 1983 yılında Hamburg'da, Avusturya'da ise 1984 yılında Viyana'da kurulmuştur³.

Dışa kapalı ekonomiler olmalarına karşın, sosyalist ülkeler de kendi aralarındaki ticari ilişkilerde barter sistemini sık olarak kullanmaktaydı. Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin (SSCB) dağılmasından sonra Dünya ekonomilerinde yer edinen "mal-para" anlayışının yanı sıra "mal-mal" anlayışı Rusya'da 1990'ların başlarında ağırlık kazanmıştı. Özellikle de fiyatlar üzerinde Devlet kontrolünün kaldırılmasından sonra barter işlemleri yaygın kullanımıyla ortaya çıkmıştır. Nitekim 1995 yılında Rusya'da barter işlemlerinin bölgesel bütçedeki payı %40'lara ulaşmıştı⁴. Dünyada özellikle de gelişmiş ülkelerde, yaygın olarak çeşitli sektörlerde kullanılan barter sistemi, ülkemizde 1930'lardan görülmesiyle birlikte, sistemin çağdaş anlamda fiili olarak 1992 yılından itibaren aktif bir şekilde uygulandığı söylenebilir⁵.

using Money", <https://en.oxforddictionaries.com/definition/barter>, Erişim Tarihi: 15 Şubat 2021.

³ http://www.yatirimbarter.com.tr/barter-nedir,YT_5.html, Erişim Tarihi: 15 Ocak 2021.

⁴ **Макаров, Валерий ve Клейнер, Георгий**, Бартер в Российской Экономике: Особенности и Тенденции Переходного Периода (Rus ekonomisinde barter: Geçiş döneminin özellikleri ve eğilimleri) <http://www.cemi.rssi.ru/publication/preprint/wp96006t.php>, Erişim Tarihi: 20 Şubat 2021.

⁵ http://www.yatirimbarter.com.tr/barter-nedir,YT_5.html, Erişim Tarihi: 10 Ocak 2021.

B. Unsurları

Barter sözleşmesi hususunda Türk hukukunda ne 6102 sayılı TTK'da, ne 6098 sayılı TBK'da ne de diğer her hangi bir düzenlemede hüküm yer almaktadır. Bu bakımdan barter sözleşmesinin unsurlarından söz edilebilmesi için yukarıda verilen tanımlardan hareket edilmesi gerekeceği kanısındayız. Buna göre, bir işlemin barter sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için aşağıdaki unsurları içermesi gerekecektir:

- Çeşitli mal veya hizmet üreten üye şirketler olmalı;
- Bu şirketlerin ihtiyaçlarının birbirlerinden karşılanabilmesi için önceden bu konuda ön çalışma yapmış bir aracı şirket olmalı;
- Birbirlerine mal veya hizmet temin edecek şirketlerin ihtiyaçları doğrultusundaki değiş tokuşta her hangi bir nakit akışı söz konusu olmamalı;
- Şirketlerin mal ve hizmet talepleri bizzat iki şirket arasındaki karşılıklıktan kaynaklanmamalıdır.

Yukarıda sıralan unsurlar daha ayrıntılı olarak ele alındığında çalışmada da görüleceği üzere, barter'in, mal ve/veya hizmet mübadelesi şeklindeki karma kombine bir sözleşme olduğu anlaşılmaktadır⁶. Zira barter'da 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) yer alan sözleşme tanımına uygun olarak, karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanları söz konusudur ve bu irade beyanları alıcı, satıcı ve barter şirketi olmak üzere minimum 3 taraf arasında gerçekleşmektedir (TBK m. 1). Dolayısıyla ilk bakışta çok taraflı bir sözleşme olarak nitelendirilebilen barter, nihayetinde bir sözleşme olduğundan bünyesinde edim unsurunu barındırması gerekecektir. Sözleşmenin konusu

⁶ Aşağıda barter sözleşmesinin hukuki niteliğine değinileceğinden burada sadece barter'in bir sözleşme olduğu ve bu sözleşmenin çok taraflı bir sözleşme olduğu belirtilmekle yetinilmiştir. Bkz. aşa. s. 10 vd.

olan mal ve/veya hizmeti üreten üye şirket unsurunun da barter'in ana gövdesini oluşturduğunu söylemek mümkündür⁷.

Barter'den bahsedilmesi için şirketlerin bir araya gelmesi ve ihtiyaç duydukları mal ve/veya hizmetlerin teminine ilişkin bir aracı şirketin olması gerekir. Bu aracı şirkete barter şirketi denilmektedir. Barter sözleşmesi kapsamında işlemlerin tüm koordinasyonu bu aracı şirket sayesinde gerçekleşmektedir⁸.

Barter'in diğer bir unsuru mal ve hizmet mübadelesinde kural olarak nakit kullanımının söz konusu olmamasıdır. Zira barter ile, nakit sıkıntısı çeken firmaların satamadıkları mal veya hizmetlerin mübadelesi anlaşıldığından, nakit işe karıştırdığında söz konusu işlemin artık barter işlemi olmaktan ziyade normal bir alım-satım olarak nitelendirileceği kanaatindeyiz.

Barter'in son unsuru ise, şirketlerin aralarındaki mal ve/veya hizmet mübadelesinin birbirlerinin karşılığını oluşturmamasıdır. Barter'in takas veya tek başına trampadan ayrılan en büyük özelliği ve pratik hayatta uygulanmasının bu denli öneme sahibi olması ve yaygınlığı bu unsurunda saklıdır. Zira barter'da, bir şirketin başka şirketten malın temin edilmesi karşılığında, mutlak anlamda aynı şirketten para yerine başka bir mal veya hizmetin alınması şartı aranmamaktadır. Barter sisteminin esası da burada yatmaktadır. Aşağıda da görüleceği üzere, barter sistemine kayıtlı üye şirketlerin mal ve hizmet alım satımında alıcı şirket ile satıcı şirketin ürettiği mal veya hizmetleri her zaman birbirinin taleplerine uyması aranmamaktadır. Dolayısıyla satıcı şirketin alıcı şirketle girmiş olduğu borç ilişkisinde sattığı malın karşılığında mutlak anlamda alıcı şirketten bir şey almasına gerek kalmamaktadır. Bunun yerine barter şirketi barter sistemine kayıtlı başka bir üye şirketin mal veya hizmetlerini bu ilk satıcı şirketin ihti-

⁷ **Tekşen**, (n 1) 10, dn 25.

⁸ **Tekşen**, dn 23.

yaçları doğrultusunda temin etmeye çalışacaktır. Barter sisteminin ana mantığını da bu döngü oluşturmaktadır⁹.

C. Barter Sisteminin İşleyişi ve Sözleşme Tarafları

Barter sisteminin işleyişi bu sisteme üye olan şirketlerin arz ve talepleri ile gerçekleşmektedir. Zira şirketlerin bir araya gelerek oluşturduğu pazarda, birebir iki taraflı ve karşılıklı olan mal ve hizmet mübadelesi yerine, sistem içerisinde yer alan üyelerin kendi aralarında gerçekleşen çoklu mal veya hizmet mübadelesi söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla barter sisteminin her hangi bir üyesi, faaliyetlerini gerçekleştirmek için nakit kullanmadan ihtiyaç duyduğu mal ve hizmeti sisteme üye olan bir başka işletmeden satın alabilmektedir. Karşılığında ise, alışılmışın dışında, alınan mal ve hizmet bedelini, satışı gerçekleştiren üye işletmeye ödememektedir. Bunun yerine, alıcı üye işletme barter sistemine borçlanarak, bu borcunu yine sisteme üye olan diğer bir işletmeye kendi ürettiği mal ve hizmetiyle ödemektedir. Satıcı işletme ise satmış olduğu ürün karşılığında alacağını sisteme mal veya hizmet satan başka satıcıdan yine nakit kullanmadan mal veya hizmet satın alarak tahsil etmektedir. Barter şirketi bu mal ve hizmet mübadelesini organize ederek takibini yapmakta ve alıcı ile satıcının yaptığı işlemlerin hesabını tutarak aracılık işlemlerinden dolayı da kendi komisyonunu almaktadır¹⁰.

Barter sistemi içerisinde alıcı şirketin satın aldığı mal veya hizmetin karşılığında kendi üretimi veya başka şekilde temin ettiği mal veya hizmetin 9 ay (bazı barter şirketlerinde 12 ay) içinde bir şekilde satışını yapması gerekir. Aksi durumda alıcı üye şirket, barter şirkettinden satın almış olduğu mal ve hizmetin bedelini dövizle ödemekle

⁹ **Ануфриева Людмила**, *Международное частное право. Особенная часть* (Uluslararası özel hukuk. Özel hükümler) BEK Yayınları, Moskova 2002, s. 288; **Malitz, Phyllis**, The Business of Barter, *Journal Of Accountancy* <https://www.journalofaccountancy.com/issues/1998/mar/malitz.html>, Erişim Tarihi: 9 Mart 2021.

¹⁰ **Коç**, s. 32.

yükümlü tutulur¹¹. Bu durumda ise sistemin alıcıya bir nevi 9 aylık (bazen 12 aylık) kredi açmış olacağı doktrinde belirtilmiştir¹². Dolayısıyla alıcı firma bu süre zarfında bir satış gerçekleştirmemiş olsa bile diğer finans kuruluşlarından almış olacağı kredilerde faiz ve komisyon gibi ek külfetlerle karşılaşmasına karşılık, barter sisteminde alıcı üye şirketin oluşan kur farkından başka her hangi bir külfeti doğmayacaktır¹³. Kaldı ki, barter sisteminde bu süre zarfında alıcı üye şirketin kendi mal veya hizmetlerini de sistem içinde satma ihtimali olduğundan barter sisteminin bu durumu diğer kredi kuruluşlarına göre çok daha fonksiyonel olacaktır.

Barter sisteminin tarafları, en basit şekli ile, mal ve/veya hizmeti arz ve talep eden barter üyeleri ile barter'a aracılık etmeyi üstlenen barter organizatörüdür¹⁴. Diğer bir ifade ile barter işlemi, bir tarafta malı ve/veya hizmeti satmak isteyen satıcı üye, diğer tarafta mal veya hizmeti almak isteyen alıcı üye ve bu iki üyenin ortak pazarda buluşturmasını temin ederek koordinasyonu sağlayan barter şirketi arasında cereyan etmektedir. Bu bağlamda barter şirketi barter sistemin faydalanmaları için sisteme kayıtlı olan üyelerin bilgi akışını sağlamakla yükümlüdür¹⁵.

Bunların yanı sıra, barter sistemine üye olabilmek için şirketlerin belirli şartları taşıması gerekir. Barter organizatörünün aradığı şartları taşıyan şirketlerin üyelikleri kabul edilir. Bu kabul ile üye şirketler artık barter sisteminde (kulübünde) belirli usule tabi olarak ihtiyaç duyulan mal veya hizmet mübadelesinde bulunabilecektir. Bununla birlikte, uygulamada, barter sistemine her şirketin üyeliklerinin kabulü söz konusu değildir. Zira üyelik kararını belirleyen temel faktör,

¹¹ **Biyan, Özgür**, Barter İşlemlerinin Türk Vergi Hukuku Karşısındaki Durumu, *Vergi Sorunları Dergisi*, (253), dn. 9 <http://www.vergisorunlari.com.tr/makale/barter-islemlerinin-turk-vergi-hukuku-karsisindaki-durumu/2618>, Erişim Tarihi 24 Şubat 2021.

¹² **Biyan**, dn 9.

¹³ **Sürmen, Yusuf ve Kaya, Uğur**, Barter Muhasebe İşlemleri, *Vergi Dünyası*, (239), s. 131.

¹⁴ **Tekşen**, 27 vd.

¹⁵ **Biyan**, dn 7 ve 8.

barter sistemindeki arz talep dengesidir. Bu bağlamda, üyeliği kabul edilen şirkete bir “broker”¹⁶ atanmaktadır¹⁷. Üye şirketin sistemden taleplerinin karşılanması ve ürün veya hizmet satışını gerçekleştirebilmesi için kendisine bir “barter çeki” verilir¹⁸.

Türk hukukunda barter’la ilgili her hangi bir yasaklayıcı hüküm olmamasından dolayı, barter’a üye şirketlerin oldukça geniş bir yelpazede görülmesi mümkündür. Nitekim Türkiye’de bu konuda en çok karşılaşılan sektörlerin başında gayrimenkul, turizm, sigorta medya ve tekstil sektöründe faaliyet gösteren şirketler yer almaktadır. Bu sektörlerin müşteri portföyünde ise tanınmış oteller, marketler, spor kulüpleri, hastaneler, gazeteler, televizyon kanalları, üniversiteler, sigorta, tekstil, fuar, taşıma, inşaat, matbaa, emlak, temizlik, ayakkabı, patent, prodüksiyon, otomotiv, müşavir, elektronik şirketleri gibi kurumsal üyelerin yanı sıra sanatçı, manken, şarkıcılar da görülmektedir¹⁹.

II. BARTER SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak

Türk mevzuatında barter’ın tanımının yapılmamış olması sebebi ile, konuyla ilgili fikir yürütülebilmesi için bu sistemin işleyişinden hareket edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Barter, başta Türk Borçlar Kanunu (TBK) olmak üzere, diğer kanunlarda tanımlanan birçok sözleşme türlerinden ayrılmaktadır. Bununla birlikte, aşağıda da görüleceği üzere, barter bünyesinde isimli sözleşmelerden olan takas, trampa, alacağın temliki, borcun nakli, cari hesap, komisyonculuk, kefalet,

¹⁶ Broker, alım ve satım işlemlerine belli bir komisyon karşılığı aracılık eden, işlemleri kendi adına ancak taraf olduğu kişi veya kurumlar hesabına yapan işlemcilerle verilen isimdir. Alıcı ve satıcının bir araya gelmesini kolaylaştırarak alışverişini hızlandırır. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Broker>, Erişim Tarihi: 12 Ocak 2021.

¹⁷ **Özeroğlu, Ali İhsan**, Barter’ın Türk Finans Sektöründe Yeri ve Uygulanabilirliği, *International Journal of Economic and Administrative Studies*, 7 (13), s. 115, 117.

¹⁸ http://www.yatirimbarter.com.tr/barter-ceki-nedir,MD_3.html, Erişim Tarihi: 11 Ocak 2021.

¹⁹ **Özeroğlu**, s. 117.

vekâlet sözleşmeleri ile isimsiz olarak nitelendirilen bazı sözleşmelerin özelliklerini de taşıdığını düşünmekteyiz.

Bilindiği üzere, TBK'da benimsenmiş olan “*irade özgürlüğü*” ilkesi ile bunun sonucu olarak yine hukukumuzda yer edinen “*sınırlı sayıda olmama*” ilkesi uyarınca kişiler kendi aralarında diledikleri sözleşmeleri diledikleri şekilde ve kimseler ile serbest iradeleri ile yapabilmektedirler (TBK m. 26). Dolayısıyla Türk Borçlar Hukukunda borç ilişkisinin tarafları (alacaklı-borçlu) kendi özgür iradeleri ile eşitlik ilkesi çerçevesinde borç ilişkisi yaratabilirler. Sözleşme yapabilme, sözleşmenin tarafını seçme, sözleşme içeriğini düzenleme, sözleşme içeriğini değiştirme, sözleşmeyi feshetme/sonlandırma vb. irade serbestisi ilkesi kapsamında mümkündür²⁰. Ancak bu serbestliğin mutlak olmadığı da TBK'da vurgulanmıştır. Sözleşme serbestisi ilkesinin hukuka, kanuna, ahlaka, kamu düzenine aykırı olmayacak şekilde yorumlanması gerekir. İşte barter sözleşmelerinin esasını bu iki ilkenin oluşturduğunu söylemek mümkündür (TBK m. 27/1)²¹.

Bu bağlamda barter sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin açıklamalara geçebilmek için öncelikle bu sözleşmenin, bünyesinde barındırdığı ve yukarıda sıralanan sözleşme türleri ile karşılaştırmalı olarak ele alınması gerekir. Akabinde ise barter sözleşmesinin ne tür bir sözleşme olduğu konusunda daha net bir fikrin ortaya çıkacağı düşüncesindeyiz.

B. Takas ve Trampa

Bilindiği üzere borçlar hukukunda mal ile malın veya hizmet ile hizmetin özdeş olmaları kaydı ile takası mümkündür. Bu gibi durumlarda borcunun daha az olan tarafın borcu sona ermekte, geriye kalan kısım ise hala bir borç olarak devam etmektedir (TBK m. 143/1). Diğer bir ifade ile, takasla, taraflar arasında karşılıklı olan ve muacceli-

²⁰ Sözleşme serbestisi ilkesi ile ilgili bkz. **Erman, Hasan**, Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları, *İÜHFİM*, 38 (1-4), s. 601, 601-619.

²¹ Hükmün uygulanması ile ilgili geniş bilgi için bkz. **Yavuz, Nihat**, *Borçlar Hukuku El Kitabı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 6.

yet kesp etmiş bir borç ilişkisinin az olan kısmı tutarında sona erdirilmesi hedeflenmektedir (TBK m.139/1).

Hukuken geçerli bir takas sözleşmesinden söz edilebilmesi için bir miktar para veya özdeş mal veya hizmetler arasında değiş tokuşun olması gerekir. Zira TBK’da takas şu şekilde hükme bağlanmıştır: “*İki kişi, karşılıklı olarak bir miktar para veya özdeş diğer edimleri birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise her biri alacağını borcuyla takas edebilir.*” (TBK m. 139/1). Barter sözleşmelerinde mal ve hizmet değiş tokuşunun özdeş olmayan mallar arasında gerçekleşmesi kanunen yasaklanmadığı gibi, malın mal ile veya hizmetin hizmet ile değiş tokuşu şart değildir. Bunun yanı sıra, barter’da, bir malın bir hizmet ile değiş tokuşunu engelleyen her hangi bir hüküm yoktur. Ayrıca barter sözleşmelerinde karşılıklı iki muaccel borcun sona erdirilmesi her zaman için geçerli olmayabilmektedir. Zira barter’da, borçlar hukukuna hakim ilkelerden biri olan sözleşmelerde karşılıklılık ilkesi dahi şart olmadığı gibi, özdeş olmayan mal ve hizmet mübadeleleri de mümkündür. Dolayısı ile barter’in hukuki niteliği belirlenirken takas sözleşmesinin özelliklerine rastlanılmakla birlikte, takas sözleşmesi barter sistemini tek başına açıklayamaya yeterli değildir.

Bununla birlikte, özdeş olmayan malların değiş tokuşunun mümkün olduğu trampa sözleşmesi barter sözleşmesi ile kıyaslanabilir. Zira, bilindiği üzere trampa sözleşmesinde, takastan farklı olarak, değiş tokuşun özdeş mallar arasında gerçekleşmesi söz konusu olmayıp, değişik mal türlerinin mübadeleleri mümkündür. 22/4/1926 tarih ve 818 sayılı eski Borçlar Kanunu’n 232’nci maddesinde geçen trampa, 11/1/2011 tarih ve 6098 sayılı TBK’da “*Mal Değişim Sözleşmesi*” başlığı altına tanımlamıştır. Buna göre: “*Mal değişim sözleşmesi, taraflardan birinin diğer tarafa bir veya birden çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini, diğer tarafın da karşı edim olarak başka bir veya birden çok şeyin zilyetlik ve mülkiyetini devretmeyi üstlendiği sözleşmedir*” (TBK m. 282).

Bilindiği üzere barter sözleşmesini tanımlarken unsurları arasında yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, bir aracı şirketten bahsedilmiştir. Barter sisteminde talep eden ile arz eden bir aracı şirketin koordinasyon ağında bir araya gelmektedir²². Oysa trampa ancak karşılıklı “...karşı edim...” iki taraf arasında söz konusu olmaktadır²³. Her hangi bir aracı vs. kişi trampada söz konusu değildir. Ayrıca trampa sözleşmesinin tanımında sadece “...bir veya birden çok şeyin...” yani sadece şey/mal veya malların değişimi kastedilmiştir, hizmetler bu bağlamda nitelendirilmemiştir²⁴. Buradan hareketle, trampa sözleşmesinin de tek başına barter’in açıklamasında yeterli olmayacağı kanaatindeyiz.

Bununla birlikte, kişilerin ihtiyaç duydukları mal veya hizmetleri temin etmek için başvurdukları sözleşme türlerinden ilki, bugünkü satım sözleşmesinin de temelini teşkil eden trampa sözleşmesi olmuştur. Malın mal ile değiştirilmesini öngören ve ekonomik anlamda gerçek bir değiş tokuşun temel öğelerini kapsayan bu sözleşme türü, iki ekonomik birim arasında yardımcı bir parasal işlem ya da finansman imkânı bulunmaksızın, salt mal ve hizmet alışverişi ile sınırlı bulunmakta ve ivazların karşılıklılığı temel fikrine ve tarafların birbirlerine karşı ifa etmekle yükümlü oldukları edaların eşit ya da yakın değerde olmaları esasına dayanmaktadır²⁵.

²² **Tekşen**, s. 10, dn 23.

²³ Trampa sözleşmesi için bkz. **Zevkililer, Aydın**, *Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri*, 10. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2008, s. 45 vd; **Aral, Fahrettin ve Ayrancı, Hasan**, *Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri*, 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 48; **Tandoğan, Haluk**, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 3; **Gümüş, Mustafa Alper**, *Borçlar Hukuku - Özel Hükümler*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 239 vd; Trampa'nın iktisadi anlamı için bkz. **Öney, Ayhan**, *İktisadi ve Ticari Deyimler Sözlüğü*, Nadir Kitap, Ankara 1976, s. 368.

²⁴ “Şey” kavramı 4721 sayılı Türk Medeni kanunu'nda “mal” anlamında kullanılmıştır (TMK m. 683/1, 684/1, 685 vs.). Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Özlük, Betül**, *Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler*, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27 (1), s. 142 vd.

²⁵ **Küçük, Şaban**, Katma Değer Vergisinde Takas ve Trampa İşlemi, <http://www.vergi.tc/makaleDetay/SizdenGelenler/KATMA-DEGER-VERGISINDE-TAKAS-VE-TRAMPA-ISLEMI-/5e618240-ee56-4e92-8e7a-900db2969d2a>, Erişim Tarihi: 25 Ocak 2021.

Uygulamada barter sözleşmelerinin trampa esasına dayalı isimsiz sözleşme olarak nitelendirildiğine sık rastlanılmaktadır. Ancak trampa'nın hiç değilse temel unsurları ile yeniden ortaya çıkışı, ekonomilerde istikrarsızlığın kendini gösterdiği, paranın değerinin kendisinden beklenen fonksiyonları yerine getiremeyecek kadar dalgalandığı ve düştüğü, yüksek enflasyon oranlarının parayı güvenilmez bir ödeme aracı haline getirdiği dönemlerde olmuştur. Gerek uluslararası ticarete gerekse iç piyasalarda paranın maliyetinin yüksekliği, mal veya hizmet temin etmek isteyen kişileri, ödeme aracı olarak parayı kullanmak zorunda olmayacakları yeni bir değişim sistemi oluşturmaya yöneltmiştir. Böylelikle barter'ın klasik anlamda trampa olarak nitelendirilmeleri zor olsa da; "trampa benzeri sözleşmeler" olarak değerlendirilebilecek sözleşme türleri yeniden yaygınlaşmaya başlamıştır²⁶.

C. Alacağın Temliki ve Borcun Nakli

Bir borç ilişkisinde alacağın alacaklı tarafından bir başka şahsa devretmesine alacağın devri (temliki) denir²⁷. Kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir (TBK m. 183/1). Devir sözleşmesi alacağı devreden ile devralan arasında yapılır. Borçlunun katılmasına veya izin vermesine gerek yoktur. Çünkü borçlu için alacaklının kim olduğu fark etmemektedir, yeter ki temlik, borçlunun durumunu ağırlaştırmasın²⁸. Örneğin normalde alacaklı ile borçlu aynı şehirde iken, temlik edilen yeni alacaklının yurt dışında veya uzak bir yerde olması durumunda, özellikle de para borçlarında, borçlunun borcunu ödemek için alacaklının ikametgâhına gitmesi ödemeyi zor-

²⁶ Trampa konusunda geniş bilgi için bkz. **Balkır, Başak**, Mal Değişim Sözleşmesinde Satış Hükümlerinin Uygulanması, *KOSBED*, s. 129, 131.

²⁷ **Bilgili, Fatih ve Demirkapı, Ertan**, *Borçlar Hukuk Genel Hükümler*, 12. Bası, Dora yayınları, Bursa 2018, s. 199.

²⁸ **Bilgili ve Demirkapı**, s. 202.

laştıracaktır. Böyle bir durumda alacaklı borçlunun rızasını da almaktadır²⁹.

Alacağın devri sözleşmesinin yanı sıra, bir de TBK'daki terimi ile borcun üstlenilmesi sözleşmesi vardır (TBK m. 195-196). Borcun üstlenilmesi en kısa tanımı ile, borcun bir üçüncü kişiye (üstlenene) geçirilmesi ve böylece borçtan sorumlu kişinin değişmesidir³⁰. Borcun naklinde alacağın temlikinin tersi bir durum söz konusudur. Alacağın temlikinde temlik işlemi devredenle devralan arasında yapılıp ve bu işlemin geçerliği için borçlunun rızasına gerek yoktur. Temeldeki mantık ise, genellikle borçlunun borcunu kime ifa ettiğinin önemsiz olmasıdır. Oysa alacaklı borç ilişkisine girerken genellikle borçlunun şahsını göz önünde tutar. Onun kişisel yetenekleri, ifa gücü, ahlakı, güvenilir olup olmadığı borç ilişkisi kurulurken incelenir. Bu sebeple borçlunun değişmesi için alacaklının iznine ihtiyaç duyulur³¹.

Barter sözleşmelerinin hukuki niteliğinin bu iki sözleşme yönünden incelenmesinde yarar vardır. Bilindiği üzere barter'da bir şirket mal veya hizmeti aldıktan sonra aracı şirket olan barter şirketine borçlanmaktadır. Genellikle bu borçluluk süresi 9-12 ay olarak belirlenmektedir. Bu süre boyunca barter şirketi mal veya hizmeti satın alan borçlu şirkete bir nevi kredi sunmaktadır³². Yani mal veya hizmet alan şirket bu satım karşılığında her hangi bir nakit vs. ücret ödememektedir. Akabinde başka üçüncü bir şirket ilk alıcı şirketten bu 9-12 aylık süre içerisinde mal veya hizmet talebinde bulunduğu, ilk alıcı şirket üçüncü şirketin talebine uygun mal veya hizmet satarak, barter şirketinin kendisinden olan alacağını bu şekilde kapatmış ol-

²⁹ Alacağın temlikine "alacağın devri" veya "alacağın intikali" de denilmektedir. Konuyla ilgili farklı görüşler bkz. **Kocaman, Arif**, *Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1989, s. 6-7.

³⁰ **Bilgili ve Demirkapı**, s. 203.

³¹ **Yayla Ozanemre, Tolunay Hatice**, Borcun Naklinin Borca İlişkin Benzer Etkili Diğer Hukuki Kurumlar Karşısında Teorik Sınırları, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22 (3), s. 2927, 2929.

³² Benzer yönde bkz. **Bozkurt, Hüseyin**, Finansman Kaynakları ve Barter, https://www.muhasabenet.net/makale_huseyin_bozkurt_finansman%20kaynaklari%20ve%20barter.html, Erişim Tarihi: 13 Mart 2021.

maktadır. Bu durumda da bu sefer mal veya hizmet talebi olan bu son şirketin borcu ortaya çıkacak ve barter şirketine bu son şirket borçlanacaktır. Dolayısıyla, ilk satış yapan şirket malını veya hizmetini sattığı alıcı şirketten olan alacağını barter sisteminde aracı (barter) şirketine temlik (devir) etmiş olacaktır. Karşılığında ise sisteme kayıtlı bir başka şirketin mal veya hizmetini alabilecek ve son şirketin alacağı yine barter şirketine devredilmiş olacaktır. Nihayetinde ise bu alım-satımlar sonucu oluşan alacakların sistem içerisinde el değiştirilmesine müsaade edilmiş olunacaktır. Yani, sistem içindeki şirketlerin alacakları kendi içlerinde sürekli el değiştirmekte ve barter şirketine zımni olarak temlik edilmektedir³³.

Ayrıca burada barter şirketi açısından değil de alım yapan şirketler açısından duruma bakıldığında, bu şirketlerin borçlarının barter şirketine nakledildiği de görülmektedir. Diğer bir ifade ile barter şirketi arz ve talepte bulunan şirketlerin borçlarını da üstlenmektedir. Dolayısıyla bu bilgilerden yola çıkılarak denilebilir ki, barter sözleşmesi alacağın temliki ve borcun nakli sözleşmelerinin özelliklerini bünyesinde barındırmaktadır. Hemen belirtelim ki, borçların üstlenmesi sözleşmesinde alacaklının rızası aranmakla birlikte (TBK m. 196/2-3), barter sözleşmesinde sisteme girmekle bu rızanın “sözleşmenin kuralları” kapsamında zımni olarak verilmiş varsayılacağı kanaatindeyiz.

D. Cari Hesap Sözleşmesi

Cari hesap sözleşmeleri borcun yenileme suretiyle sona erme nedenleri arasında sayılmış ve TBK'nın 134'üncü madde hükmünde yer almıştır. Buna göre: “Çeşitli kalemlerin bir cari hesaba sadece kaydedilmiş olması, borcun yenilenmiş olduğu anlamına gelmez. Ancak, hesabın kesilmiş ve hesap sonucunun diğer tarafça kabul edilmiş olması durumunda, borç yenilenmiş olur. Kalemlerden birinin güvencesi varsa,

³³ Barter sisteminin süreci ve işeyişi konusunda daha geniş bilgi için bkz. **Saka, Nurdan**, Barter Sözleşmesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2017, s. 7, 14-16; **Tekşen**, s. 43.

aksi kararlaştırılmadıkça, hesap kesilip sonucun kabul edilmiş olması, güvenceyi sona erdirmez.” (TBK m. 134).

“Cari hesap” Türkçeleştirildiğinde “yürüyen hesap” anlamına gelmektedir³⁴. Cari hesap 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda (TTK) tanımlanmıştır. Buna göre, “(1) İki kişinin herhangi bir hukuki sebep veya ilişkiden doğan alacaklarını teker teker ve ayrı ayrı istemekten karşılıklı olarak vazgeçip bunları kalem kalem alacak ve borç şekline çevirerek hesabın kesilmesinden sonra çıkacak artan tutarı isteyebileceklerine ilişkin sözleşme cari hesap sözleşmesidir. (2) Bu sözleşme yazılı yapılmadıkça geçerli olmaz” (TTK m. 89). Günlük hayatta tacir sıfatını haiz olup olmadığına bakılmaksızın kişiler arasında borçlu-alacaklı ilişkisi sürekli iş ilişkisi şeklinde olabilmektedir. Tarafların bu iş ilişkisinden doğan alacakları tek tek istemesi her zaman pratik olmayabilmektedir. Bu sebeple karşılıklı olan alacakların genellikle kayıtları tutulur ve belirli vadeler (dönemler) sonunda bir bakiye çıkarılarak hesap kesilmektedir. Buna cari hesap sonu denir³⁵. Peki, bu cari hesap borç yenileme anlamına gelir mi?

TBK’da yer alan düzenlemeye göre çeşitli kalemlerin cari hesaba sadece kaydedilmiş olması, borcun yenilenmiş olduğu anlamına gelmeyeceği hükme bağlanmıştır (TBK m. 134/1). Yani cari hesap tek başına yenileme anlamını taşımayacaktır. Peki, bu durumda yenileme ne zaman söz konusu olacaktır? Söz konusu maddenin 2’nci fıkrasına göre, eğer, hesap kesildikten sonra hesap sonucu diğer tarafça kabul edilmişse, bu durumda, borç yenilenmiş olur (TBK m. 134/2). O halde, mahsup edilmiş hesap karşı tarafça da kabul edilirse yenileme söz konusu olur ve artık eski ilişki sona erer, yeni bir ilişki kurulmuş olur³⁶. Barter ile kıyas yapıldığında, sisteme üye iki şirketin karşılıklı alacaklarının olması durumunda cari hizmet sözleşmesine benzerlik arz etse de, barterda iki şirketin karşılıklı arz ve talepleri doğrultu-

³⁴ **Bucher, Eugen**, Yanlış Bir Bakiyenin Kabul Edilmesi: İhtilaf Sebepsiz Zenginleşme Hukukuna Göre mi Yoksa Sözleşme Hukukuna Göre mi Çözülür? *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi* (Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan), *Çev. Vedat Buz*, İstanbul 1995, (708), s. 67.

³⁵ **Aslan, Yılmaz**, *Ticaret Hukuku Dersleri*, 11. Bası, Bursa 2017, s. 39.

³⁶ **Aslan**, s. 38.

sunda alış verişin olması şart koşulmamaktadır. Dolayısı ile barter daha karmaşık bir yapı teşkil ettiğinden cari hesap sözleşmesinin de tek başına barter'i tanımlamak açısından yeterli olmadığını düşünüyoruz.

E. Komisyonculuk

Komisyon sözleşmesi “Alım veya satım komisyonculuğu” başlığı altında TBK'nın 532'nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre: “(1) Alım veya satım komisyonculuğu, komisyoncunun ücret karşılığında, kendi adına ve vekâlet verenin hesabına kıymetli evrak ve taşınırların alım veya satımını üstlendiği sözleşmedir. (2) Bu bölümdeki hükümler saklı kalmak üzere, komisyon sözleşmelerine vekâlet hükümleri uygulanır” hükmü yer almaktadır (TBK m. 532). Bu madde hükmünden de görüldüğü üzere, taşınmazlar ve hizmet alım satımları düzenlemenin kapsamı dışında tutulmuştur. Bununla birlikte, komisyonculuk sözleşmesinin işleyişi açısından vekâlet sözleşmesinin hükümlerine atıf yapılmıştır (TBK m. 532/2). TBK'nın 546'ncı maddesinde ise “Diğer komisyon işleri” başlığı altında 532'nci maddenin kapsam dışı kalan imâl işleri (üretim/hizmet) ve taşıma işleri konusunda özel hükümler saklı tutulmuştur. Buna göre: “(1) Malzemesi iş sahibi tarafından verilmek üzere imal edilecek taşınırlar hakkındaki komisyon işleri, eşya misli şeylerden olmasa da, alım ve satım komisyonculuğu hükmündedir. (2) Alım ve satım komisyonculuğu sayılmayan işleri, ücret karşılığında kendi adına ve vekâlet verenin hesabına üstlenen alım ve satım komisyoncusu ile komisyon işlerini kendisine meslek edinmeyip arada bir üstlenen tacir hakkında da bu bölüm hükümleri uygulanır. (3) Taşıma işleri komisyonculuğu hakkındaki özel hükümler saklıdır.” (TBK m. 546).

Taşıma işleri ise “Taşıma komisyonculuğu sözleşmesi” başlığı ile TTK'nın 917'nci maddesinde hükme bağlanmıştır. Buna göre: “(1) Taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesi ile komisyoncu eşya taşıtmayı üstlenir. Bu sözleşme ile gönderen, kararlaştırılan ücreti ödeme borcu altına girer. (2) Taşıma işleri komisyonculuğu bir ticari işletme faaliyetiştir. (3) Bu Kısımdaki özel hükümler saklı kalmak üzere, komisyoncu-

luk sözleşmesi ve eşyanın taşınmasına ait konularda taşıma sözleşmesine ilişkin hükümler taşıma işleri komisyonculuğuna da uygulanır.” Dolayısıyla iki ayrı kanun ve 3 ayrı maddede (TBK m. 532, 546 ve TTK m. 917) düzenlenen komisyonculuk ile ilgili hükümler kümülatif bir şekilde ele alınsa bile barter ile kıyaslandığında barter’i (taşınır taşınmaz mallar ile her türlü hizmetler, komisyonculukta kendi adına alması vs.³⁷) bir bütün olarak yansıtamadığı kanaatindeyiz.

F. Kefalet, Vekâlet, Temsil

Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır (TBK m. 581). Diğer bir ifade ile, bir kişinin (borçlunun) sözleşmeden doğan borcunu ödeyeceğini alacaklıya karşı garanti³⁸ ettiği sözleşmeler kefalet sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir³⁹.

Kefalet TBK’nın 581 ve devamı maddelerinde hüküm altına alınmıştır. Kefalet sözleşmesinde üçlü ilişki bulunmaktadır. Bu ilişkiler kefil, alacaklı ve asıl borçlu arasındadır. Burada kefil, kefalet sözleşmesi ile asıl borçlunun borcunun alacaklıya karşı ifa edilmemesi durumunda meydana gelebilecek ve kefalet sözleşmesinden kaynaklı her türlü zarardan şahsen sorumlu olacağını taahhüt etmektedir⁴⁰. Geçerlilik koşulu olarak kefalet sözleşmesi, yazılı şekle ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihinin belirtilmesine bağlanmıştır (TBK m. 583).

³⁷ **Tekşen**, s. 44.

³⁸ Garanti ve kefalet benzerlik gösterse de aynı nitelikte sözleşmeler değildir. Konuyla ilgili ayrıntı bilgi için bkz, **Ayhan, Alanur**, Garanti ve Kefalet Sözleşmesi, *Ankara Barosu Dergileri Hukuk Gündemi Dergisi Hukuk Gündemi Dergisi*, (1) s. 31, 32 vd.

³⁹ **Develioğlu, Hüseyin Murat**, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, Vedat kitapçılık, İstanbul 2009, s. 31.

⁴⁰ Kefaletle kefilin sorumluluğu türü ve konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. **Yavuz, Cevdet, Özen, Burak ve Acar, Faruk**, *Türk Borçlar Hukuku- Özel Hükümler*, Beta yayınları, İstanbul 2007, s. 824; **Zevkliler, Aydın ve Gökyayla, Emre**, *Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, Ankara 2010, s. 529.

Vekâlet sözleşmesi TBK'da, vekilin, vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşme olarak 502'nci maddede tanımlanmıştır (TBK m. 502/1). Bununla birlikte, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, iş görme sözleşmelerine de uygulanacağı sözleşme veya teamüllerin olması durumunda vekilin ücrete hak kazanacağı yine aynı maddede hükme bağlanmıştır (TBK m. 502/2). Dolayısıyla vekâlette ücretin, kurucu unsur olmadığı, bu bakımdan vekâlet sözleşmesinde ücret kararlaştırılmadığı ve teamüllerin de el vermediği durumlarda ücretsiz akdedilebileceği ve bu özelliği itibarıyla bazı durumlarda eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak nitelendirilebileceği doktrinde vurgulanmıştır⁴¹.

Bununla birlikte temsili vekâlet sözleşmesinden ayrı olarak incelemek gerekir. Zira, her ne kadar temsil yerine göre genel nitelikli vekâlet sözleşmesini de içinde barındırmışsa da, temsil, vekâletten de geniş bir kavramdır. Şöyle ki, her vekil bir temsilci iken, her temsilcinin bir vekil olmadığı gerçeğinden hareketle temsilin vekâletten daha geniş bir kurum olarak nitelendirilebileceği düşüncesindeyiz⁴².

Temsil kurumu ne TBK'da ne de TTK'da tanımlanmıştır. TBK'da temsilin sadece hüküm ve sonuçlarına yer verilmiştir (TBK m. 40 vd.). Temsil, en basit ifade ile, bir kimse tarafından temsilci sıfatıyla diğer bir kişi adına (temsil olunan) hukuki işlem yapması; temsil ilişkisi ise, temsil olunan ile temsil eden (temsilci) arasındaki hukuki ilişkidir⁴³. Temsil ilişkisinde hukuki işlemler her ne kadar temsilci ile üçüncü kişi arasında yapılırsa da, bu işlemde doğan hukuki sonuçlar, temsil olunanın adına ve hesabına doğmaktadır⁴⁴.

Bu bağlamda son olarak bağımsız tacir yardımcılarından olan simsarlık açısından barter sözleşmesinin değerlendirilmesi gerekir. Ka-

⁴¹ **Erkan, Vehbi Umut**, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Veren Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları', *AÜHFD*, 62 (2), s. 441, 443 dn. 3.

⁴² Doktrinde temsil, genel ve özel bir vekâlet olarak sınıflandırılmıştır. Bkz. **Tanrıver, Süha**, Genel Vekâlet (Temsil) Özel Vekâlet (Temsil) Ayırımı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan) 2 (1-2), s. 45, 45-50.

⁴³ **Oğuzman, M. Kemal ve Öz, Turgut**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2012, s. 164.

⁴⁴ **Nomer, Haluk**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 12. Bası, Beta yayınları, İstanbul 2012, s. 94; **Hatemi, Hüseyin ve Gökyayla Emre**, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 2. Bası, Vedat kitapçılık, İstanbul 2012, s. 100.

nunda simsarlık sözleşmesi, taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkânının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması hâlinde ücrete hak kazandığı sözleşme olarak tanımlanmıştır (TBK m. 520/1). Simsarlık sözleşmesinde de aksine bir hüküm olmadığı sürece kural olarak vekâlete ilişkin hükümler uygulanır (TBK m. 520/2)⁴⁵.

Barter açısından duruma bakıldığında, fazla detaylara inmeden yukarıdaki açıklamalarla da söylenebilir ki, vekâlet ve kefalet sözleşmelerinin unsurları barter sisteminin işleyişi kapsamında yer almaktadır. Zira barter'da sisteme üye şirketler barter şirketine vekâlet vermektedirler⁴⁶. Ayrıca barter sisteminde üye şirketlerin alacakları sistem içerisinde teminat altına alınmaktadır, yani barter şirketi satıcı şirketin mal veya hizmet karşılığında alacağına kefil olmaktadır. Barter ilişkisinde temsil ilişkisi de söz konusu olduğundan, simsarlık sözleşmesinden de net bir şekilde ayrıldığı kanaatindeyiz. Zira kanuni tanımından da anlaşılacağı üzere simsar sadece aracılık etmektedir. Temsil yetkisi simsarlara tanınmamıştır. Dolayısıyla simsar hiçbir tarafın temsilcisi değildir⁴⁷. Bununla birlikte barter ilişkisini sadece temsil olarak da nitelendirilmesi mümkün değildir. Zira temsil sadece bir yetki iken⁴⁸, barter ilişkisi sözleşmeye dayalı bir borç ilişkisi olarak nitelendirilmektedir.

G. İsimli – İsimsiz Sözleşmeler Bakımından Yapılan Ayırım

Bilindiği gibi, kanun koyucu tarafından bazı sözleşmeler TBK'nın Özel Borç İlişkileri Bölümü'nde bazıları ise farklı kanunlarda düzenlenmiştir. Kanunlarda düzenlenen sözleşmelere isimli sözleşmeler

⁴⁵ Konuya ilişkin geniş bilgi için bkz. **Aslan**, s. 96 vd.

⁴⁶ **Tekşen**, s. 43.

⁴⁷ Bkz. **Arkan, Sabih**, *Ticari İşletme Hukuku*, 23. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2017, s. 192 vd.

⁴⁸ Temsil yetkisi ve bu yetkinin kapsamı konusunda geniş bilgi için bkz. **Aydın, Gülşah Sinem**, *Borçlar Hukukunda Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması*, *TBB Dergisi*, (148), s. 236 vd.

denir⁴⁹. Birtakım sözleşmeler ise ne Borçlar Kanunu'nun Özel Borç İlişkileri bölümünde, ne de diğer kanunlarda düzenlenmiştir. Fakat yukarıda da belirtildiği gibi, TBK'nın 26'ncı maddesinde sınırları belirlenen sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflar özgür iradeleri ile kanunda düzenlenmemiş sözleşme türlerini oluşturabilmektedirler. Dolayısıyla, kanun koyucu tarafından tanımlanmamakla birlikte tarafların iradeleri ile ortaya çıkarılan bu tür sözleşmelere isimsiz sözleşmeler denilmektedir⁵⁰.

Bunun yanı sıra, öğretide bazı sözleşmelerin kanunda bahsedilmeleri ile birlikte, kanun koyucunun bu sözleşmeleri ayrı bir şekilde sözleşme olarak tanımlanmamasından dolayı bu sözleşmelerin de isimsiz sözleşmeler olarak nitelendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu sözleşmelere irtifak sözleşmesi, şerh sözleşmesi, vasiyeti tenfiz memuru sözleşmesi, ön sözleşmeler örnek olarak verilmiştir. Denilmiştir ki, bu sözleşmeler kanunda isim verilerek anılmalarına karşın, kanunun birtakım kurallarla bunların düzenlenmesinde bir sınıflandırmaya tabi tutulması gerekirken kanun koyucu tarafından tutulmadıklarından dolayı, bu tür sözleşmeler de isimsiz sözleşmeler olarak nitelendirilmelidir. Gerekçe olarak, kanun koyucunun bu isimsiz sözleşmeleri ya tanınamasından, ya da kanunlarda bunlara özel bir yer vermek istememesinden kaynaklanmakta olduğu ileri sürülmüştür⁵¹.

İsimsiz sözleşmeler kendi aralarında bileşik sözleşmeler (*contrats complex*), kendisine özgü sözleşmeler (*sui generis*) ve karma sözleşmeler (*contrats mixtes*) olarak ayrılmaktadırlar⁵². Bunlardan ilki

⁴⁹ **Oğuzman, M. Kemal ve Öz, Turgut**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2012, s. 44 vd.; **Tandoğan, Haluk**, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 2 vd.

⁵⁰ **Akyol, Şener**, *Borçlar Hukuku (Özel Borç ilişkileri)*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1984, s. 4; **Oğuzman ve Öz**, s. 45; **Tandoğan**, s. 9 vd.; **Hatemi, Hüseyin, Serozan, Rona ve Arpacı Abdülkadir**, *Borçlar Hukuku; Özel Bölüm*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 35 vd.

⁵¹ Bu yönde daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Oktay, Şaibe**, *İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması*, *İHFM*, 55 (1996), s. 264; **Feyzioğlu, Feyzi, Necmeddin**, *Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri*, 1, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları - Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, s. 5 vd.; **Tandoğan**, s. 13.

⁵² **Tandoğan**, s. 13 vd.; **Feyzioğlu**, s. 5; **Hatemi, Serozan ve Arpacı**, s. 41 vd.

olan birleşik sözleşmelerden kasıt, bağımsızlıklarını koruyan fakat geçerlilikleri ve varlıkları birbirlerine bağlı olan sözleşmelerin bir araya gelmesi şeklinde kurulan sözleşme birlikleridir. Burada sözleşmelerden her birinin bağımsızlığı korunmakta ve her bir sözleşme kendi hukuki normlarına tabi tutulmaktadır⁵³. Bileşik sözleşmelerde her sözleşme bağımsızlığını koruduğundan her bir sözleşme için kendisine ait kurallar uygulanabilecektir. Bunun yanı sıra, öğretide bu tür sözleşmelerin birlikte bir bütün oluşturduğu dikkate alındığında bunlara tarafların farazi iradeleri ve güven ilkesi çerçevesinde ilgili hükümlerin uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür⁵⁴.

İsimsiz sözleşmelerin ikinci türü kendisine özgü (sui generis) sözleşmelerdir. Bu sözleşme türü ile kastedilen, kanun tarafından ne kısmen, ne de tamamen düzenlenmiş unsurları bünyesinde bulunduran sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler hiçbir yerde düzenlenmediğinden ortaya çıkacak ihtilaflarda hangi hükümlerin uygulanacağı yönünde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Zira uygulamaya yönelik ihtiyaçlarından dolayı ortaya çıkmış bu tür sözleşmeler düzenlenmiş hiçbir sözleşme tipine uymamaktadırlar. Bu bağlamda bu tür sözleşmelere uygulanacak TBK'nın genel hükümlerinde her hangi bir tereddüt olmamakla birlikte, hangi özel hükümlerin uygulanacağı öğretide tartışılmıştır. Konuyla ilgili çeşitli görüşler ileri sürülmekle birlikte, hakim görüş somut bir olayda kendisine özgü boşlukların tarafların farazi iradeleri dikkate alınarak güven ilkesi çerçevesinde doldurulacağı yönündedir⁵⁵.

İsimsiz sözleşmelerin üçüncü türü olan karma sözleşmelerle, kanunun çeşitli sözleşme türleri için öngördüğü unsurların kanunun öngörmediği bir şekilde bir araya gelmesi ile oluşan sözleşme türleri kastedilmektedir. Öğretide karma sözleşmeler kendi bünyesinde başlıca dört alt ayırma tabi tutularak çifte tipli, kaynaşık, kendisine yabancı yan edimleri içeren sözleşmeler ve kombine alt sözleşmeler

⁵³ Geniş bilgi için bkz. **Tandoğan**, 75-76; **Akyol**, s. 7.

⁵⁴ **Oktay**, s. 293.

⁵⁵ Çeşitli görüşler konusunda detaylı bilgi için bkz. **Oktay**, s. 292 vd.

olarak ayrıldığı ileri sürülmüştür⁵⁶. Buna göre, çifte tipli karma sözleşmeler farklı türden iki asli edimi içeren sözleşmelerin kanunun öngörmediği tarzda birleştirilmesi olduğu ileri sürülmüştür. Diğer bir ifade ile, borçlanılan edim ve karşı edim değişik sözleşme türlerine ait olmaktadır. Örneğin arsa payı karşılığında kat yapımı. Kaynaşık sözleşme türünde ise, taraflardan birinin üstlenmiş olduğu edim farklı sözleşme türlerine ait unsurları iç içe kaynaştırdığı sözleşme olarak tanımlanmıştır. Örneğin daha yüksek fiyatı olan bir ürünün daha ucuz fiyata karşı tarafa satılması sonucunda değerinin üstündeki meblağın bağış olarak nitelendirilmesi durumu. Diğer bir karma sözleşme türü, kendisine yabancı yan edimleri içeren sözleşmeler olarak açıklanmıştır. Bu sözleşme türünde kanunda düzenlenen sözleşmeye ait asli edimlerinin yanı sıra taraflardan birinin yan edim olarak kullanılan unsurları içeren sözleşmelerdir. Örneğin trampa ilişkisinde daha düşük değerli ürünün sözleşmedeki denkleştirmeyi sağlamak amacı ile farklı bir değerle tamamlanması durumu. Kombine karma sözleşme türü ise birden çok edimli sözleşmeler olarak nitelendirilmiştir. Buna göre, taraflardan birinin asli edimi genellikle para ödeme olduğu, diğer tarafların ise kanunda belirtilen sözleşme türlerine ait birden fazla edim yükümlülüğünün olduğu sözleşme türü olarak tanımlanmıştır. Örnek olarak ise pansiyon otelcilik vs. verilmiştir⁵⁷.

H. Değerlendirme

Konumuz olan barter sözleşmesi açısından yukarıda yer alan isimli sözleşmelere ilişkin açıklamalar dikkate alındığında kanunda sayılan isimli sözleşmelerin hiçbirinin tam olarak barter sözleşmesini karşılamadığı ortadadır. İsimsiz sözleşmelere bakıldığında ise, karma sözleşmeler karşımıza çıkmaktadır. Barter sözleşmesinin hukuki niteliğinin belirlenmesi için isimsiz sözleşmelerin kendi aralarındaki alt ayırımı olan bileşik sözleşmeler, kendisine özgü ve karma sözleşmeler açısından durumun değerlendirilmesi gerekecektir. Barter sözleşmesi kanunda sayılan birden çok sözleşme topluluğundan oluştuğu, ancak

⁵⁶ Oktay, s. 274 vd.

⁵⁷ Detaylı bilgi için bkz. Saka, s. 29.

hiçbir sözleşmenin tek başına barter ilişkisini açıklamadığından yola çıkıldığında yukarıda verilen tanımlara bakmakta yarar vardır.

İsimsiz sözleşmelerden birleşik sözleşmelerde bağımsızlıklarını koruyan fakat geçerlilikleri ve varlıkları birbirlerine bağlı olan sözleşmelerin bir araya gelmesi şeklinde kurulan sözleşmede, özellikle sisteme üye satış yapan şirket ile alım yapan üye şirket arasında karşılıklı ilişki söz konusu olmadığı için her bir sözleşmenin ayrı ayrı kendi bünyesinde değerlendirilmesinin doğru olmayacağı düşünce-sindeyiz.

Karma sözleşmelerden kendisine özgü (sui generis) sözleşmeler, kanun tarafından ne kısmen, ne de tamamen düzenlenmiş unsurları bünyesinde bulunduran sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır. Barter sözleşmesi bünyesinde kanunda aslında tanımlanan alacağın temliki borcun nakli, vekalet vs. sözleşmeler yer almakla birlikte, kanunda tanımlanmayan bir şekilde uygulamadaki ihtiyaçlardan ortaya çıktığı görülmektedir. Dolayısıyla kısmi olarak kendine özgü sözleşme olarak nitelendirilmekte birlikte, kanunda sayılan sözleşmelerin birleşmesi söz konusu olduğu için barter sözleşmesinin tamamen kendine özgü bir sözleşme olarak nitelendirilmeyeceği kanaatindeyiz.

Son olarak ise isimsiz sözleşme türlerinden karma sözleşmeler açısından duruma bakmakta yarar vardır. Karma sözleşmelerin de dörde ayrıldığı yukarı ifade edilmiştir. Bu bağlamda yukarıda yer alan açıklamalara bakıldığında karma isimsiz sözleşmelerden çifte tipli, kaynaşık, kendisine yabancı yan edimleri içeren sözleşmelerin barter sözleşmesini açıklamaya tam olarak yeterli olmayacağını belirtmekte yarar vardır. Zira, çifte tipli karma sözleşmeler ile mukayese edildiğinde, farklı türden iki asli edimi içeren sözleşmelerin kanunun ön-görmediği tarzda birleştirilmesi durumunun söz konusu olmadığı görülecektir. Barter ilişkisinde üçüncü bir kişi olarak barter şirketi söz konusu olacağı için iki asli edim barter şirketinin de borç ilişki-sindeki yeri dikkate alındığında yetersiz kalacaktır.

Kaynaşık karma sözleşmeler açısından bakıldığında, taraflardan birinin üstlenmiş olduğu edim farklı sözleşme türlerine ait unsurları iç

içe kaynaştırdığı sözleşme olarak yine barter şirketinin edim yükümlülükleri açısından tam olarak uymamaktadır. Zira barter şirketinin üstlenmiş olduğu edim farklı sözleşme türlerine ait unsurları iç içe kaynaşmış gibi görünse de, aslında barter şirketinin aracılık etme edimi ile birlikte, barter sistemine üye kazandırmayı, sektörel ihtiyaçların tespiti, üye aidatların tahsili, sisteme borçlanan şirketlerin kredi çerçevesindeki durum değerlendirilmesi ve bunun gibi üyelerin de asli ve tali edimleri de dikkate alındığında kaynaşık sözleşme türlerinin de yakın olmakla birlikte yeterli olmadığı kanaatindeyiz.

Diğer bir karma sözleşme türü olan kendisine yabancı yan edimleri içeren sözleşmeler, kanunda düzenlenen sözleşmeye ait asli edimlerin yanı sıra, taraflardan birinin yan edim olarak kullanılan unsurları içeren sözleşmeler olarak tanımlanmıştır. Barter sözleşmesi açısından bakıldığında, bir önceki açıklamalara oranda daha çok barter sözleşmesine yansıttığı söylenebilir. Zira barter şirketinin sistem içindeki asli ve yan edimleri dikkate alındığında bu tür sözleşmeye daha çok benzemektedir. Ancak buradaki eksiklik kendisine yabancı olan yan edim hususudur. Barter ilişkisinde yerine getirilen edim yükümlülüklerinde ifa edilen sözleşmenin, örneğin alacağın temlik veya borcun nakli durumunda bu sözleşmelerde taraflardan birinin yan edimi değil, tam aksine, tarafların da asli edimleri söz konusu olmaktadır. Yani barter sistemine borçlanan tarafın borcunu mal ve hizmetle ödemesi yan edim olarak değil asli edim olarak ifade edilmektedir.

Son isimsiz karma sözleşme türü olarak kombine karma sözleşme türü gelmektedir. Bu tür sözleşmeler, yukarıda da ifade edildiği üzere, öğretilde birden çok edimli sözleşmeler olarak nitelendirilmiştir. Dolayısıyla taraflardan birinin asli edimi olarak genellikle para ödemenin karşılığında, diğer tarafların ise kanunda belirtilen sözleşme türlerine ait birden fazla edim yükümlülüğünün yerine getirildiği sözleşme türü olarak tanımlanmıştır. Barter şirketi ve sisteme kayıtlı üyeler açısından bakıldığında, gerçekten de her bir tarafın birden çok edimlerinin kombine edildiği bir durum ortaya çıkmaktadır. Yani sisteme kayıtlı üyelerin barter şirketi ile borç ilişkisinin temelinde, üye-

lik aidatlarının yanı sıra, diğer edimler de barter sözleşmesinin asli kurucu unsurları olarak söz konusu olmaktadır.

Bu bağlamda, barter sözleşmesinin kendine özgü bir sözleşme olması ile aynı zamanda karma sözleşme olarak algılanması ve kesin çizgilerle bir ayırımı tabi tutulması doğru olamayacaktır. Zira geniş anlamda karma sözleşmeler, kanunda düzenlenmiş veya düzenlenmemiş sözleşmelere ait unsurların karışımı olarak tanımlanmaktadır. Bu durumda, karma sözleşmeler ile kendisine özgü (sui generis) sözleşmeler arasındaki fark, bazı hallerde tamamen kaybolmaktadır⁵⁸. Ancak, barter sistemindeki koordinasyonu sağlayan barter şirketinin birden çok asli ediminin barter ilişkisinin kurulmasında kurucu unsur olma hususu dikkate alındığında, sadece son olarak açıklanan karma kombine sözleşme türünün barter üyelik sözleşmesine uyduğunu söylemek mümkündür. Türk kanun koyucusunun barter sözleşmesini düzenleyene kadar da bu şekilde değerlendirmenin doğru olacağı kanaatindeyiz⁵⁹.

III. BARTER SÖZLEŞMESİNİN ULUSLARARASI TİCARET UYGULAMALARINDAKİ YERİ

Çalışmamızın başında da belirtildiği üzere barter, dünyada 1930 yıllardan itibaren görülmesiyle birlikte, ülkemizde modern anlamda 30 yıldan bu yana uygulanan bir sistemdir. Bugün çeşitli ülkelerde ciddi bir endüstri sektörü anlamında yaygın olarak kullanılmanın yanı sıra, barter sistemiyle, özellikle medya, turizm, emlak, çeşitli sanayi kollarında birçok konuda gerek toptan gerek perakende olarak da ayrı ayrı hizmetler verilmektedir.

Günümüzde dünya barter ticareti, merkezi Amerika'da bulunan ve kısa adı IRTA (International Reciprocal Trade Association) olan Dünya Barter Birliği tarafından örgütlenmiştir. IRTA 31 Ağustos 1979 tarihinde, Amerika Birleşik Devletleri ve dünyadaki kurumsal Barter endüstrisini yönlendirmek ve bu alanda yapılan ticareti yüksek standartlar çerçevesinde büyütmek amacı ile kurulan, barter ticareti ile

⁵⁸ Oktay, s. 273 vd.

⁵⁹ Benzer bir değerlendirme için bkz. Saka, s. 28-29.

ilgili araştırmalar ve yönlendirmeler, databank hizmeti, güvenlik, uluslararası ticaret bağlantılarını sağlamak, teknik danışmanlık, yeni başlayan şirketleri kalkındırmak, endüstri ölçümlmeleri gibi faaliyetler yürütmekte ve bu alanda yayınlar yapan bir örgüttür⁶⁰.

Bugün itibarıyla IRTA ABD, Kanada, İngiltere, Avustralya, Malezya, Hindistan, Tayland, Kuzey Kore, Japonya, Çin, Meksika, Brezilya, Arjantin, şili, Yeni Zelanda, Kolombiya, Türkiye, İtalya, Fransa, Belçika, Hollanda, Almanya, Rusya, Macaristan, Avusturya, Sri-Lanka ve İzlanda gibi otuza yakın ülkede temsil edilmektedir⁶¹. İfade etmek gerekir ki, IRTA'ya üyelik, barter sektörüne katkıda bulunmak isteyen tüm kurum veya bireylere açıktır⁶². Türkiye'de barter organizasyonları aktif olarak 1990'lı yıllarda başlamış olup, günümüze kadar faaliyetlerini sürdürmektedir⁶³.

Bunların yanı sıra, barter'dan bahsedilirken öncelikle karşılıklı ticarete değinmek gerektiği kanısındayız. Zira uluslararası barter uygulaması karşılıklı ticaret anlaşmaları şeklinde gerçekteşmektedir⁶⁴. Barter işlemlerinin uluslararası ticari uygulamalarda karşılıklı ticaretin (*counter trade*) iki kolundan sadece birini oluşturduğu yabancı literatürde belirtilmiştir. Buna göre, karşılıklı ticaret, barter işlemleri ve takas işlemleri (*compensation transaction/agreement*) olmak üzere iki ana bölüme ayrılmaktadır⁶⁵.

⁶⁰ Bkz. <https://www.irta.com/about/achievements/>, Erişim Tarihi: 22 Ocak 2021.

⁶¹ <https://www.irta.com/about/achievements/>, Erişim Tarihi: 22 Ocak 2021.

⁶² Konuyla ilgili detaylı bilgiler için bkz. <http://www.turkbarter.com/page/irta> ve <http://english.turkbarter.com/551.aspx> Erişim Tarihi: 25 Ocak 2021

⁶³ Türk Barter, Dünya Barter Birliği (IRTA) üyeliği ile birlikte Türkiye'den üye olan ilk Türk Barter girişimcisi oldu ve Türkiye'de ilk Barter şirketinin kuruculuğunu ve Yönetim Kurulu Başkanlığı'nı yürütülerek ülkemizde yeni bir finansal çözüm üreten iş dünyasına yepyeni bir soluk kazandırdı. 1997 yılında 8 Avrupa ülkesi ile birlikte Avrupa Barter Birliği'ne Kurucu Üye sıfatıyla katılarak Yönetim Kurulu Üyesi oldu. 1998 yılında Avrupa Barter Birliği Toplantısı'na ev sahipliği yaptı. Detaylı bilgi için bkz. <http://haberindeks.com/haber-merkezi/haber/turk-barter-international/tuerk-barter-yoenetim-kurulu-baskani-msirri-simsekin-doktora-tezi/25282>, Erişim Tarihi: 21 şubat 2021.

⁶⁴ Rusya ile Tayland kendi aralarında helikopter ihalesini barter sistemi ile gerçekteşirmiştir <https://www.barternewsweekly.com/2016/05/barter-trade-deal-russia-thailand/>, Erişim Tarihi: 21 şubat 2021.

⁶⁵ **Катасонов, Валентин**, 'Международная торговля без денег как альтернатива доллару' (Dolara alternatif olarak parasız uluslararası ticaret-3'üncü bölüm), <http://www.km.ru/economics/2014/05/15/istoriya-sssr/7400>

Barter’da malların nakit olmadan değiş tokuşunu ifade ederken, takas işlemlerinde nakit söz konusu olmaktadır. Buradaki nakdin sadece bir değer ölçüsü olarak değil, aynı zamanda bir dolaşım aracı olarak da anlaşılması gerekecektir. Ayrıca nakitle kastedilen döviz değil sadece milli paradır. Örneğin, A ülkesinin ihracatçısı B ülkesine mal ulaştırılmış ise teslim edilen mallar için, B ülkesindeki ulusal para birimi cinsinden banka hesabına malların bedeli yatırılır. İhracatçı, B ülkesindeki malların gelirinin % 100’ünü B ülkesindeki ulusal para birimi cinsinden gelirinden alır. Bu ödeme yöntemi ile ülkeler arasındaki emtia ve yatırım işlemlerinin gerçekleşmesine olanak sağlanmaktadır. Dolayısıyla A’nın B ülkesinden alacağı (ithal) edeceği malları yine B ülkesinin kendi parası ile ödemesi durumu olacağından dövizle alış verişe ihtiyaç kalmayacak ve kur farkı vs. ek maliyetlerden her iki taraf kurtulacaktır. İkincisi, A ülkesinin ihracatçısının B ülkesine yatırım malları (makine, teçhizat vs) ihraç ederek üretime yönelik bir girişim yaratması ve B ülkesindeki işletmenin A ülkesindeki ihracatçıya (yatırımcıya) karşı olan borcunu kapatmak için kurulan bu işletmenin ürettiği ürünlerin A ülkesine tedarik edilmesi kastedilmektedir. Ayrıca söz konusu işletmede üretilen malların A ülkesine tekrar geri satılma zorunluluğu da yoktur. Tam aksine üretilen ürünlerin üçüncü ülkelerin pazarlarına gönderilebilmesi de mümkün olmaktadır⁶⁶. Batı Avrupa’nın en ünlü barter sistem olan “Evrobarter” ağı Türkiye dâhil batı ve doğu Avrupa’nın yaklaşık 17.000’den fazla KOBİ üyesi olan ve bu sistemle çalışan bir ağıdır⁶⁷.

17-mezhdunarodnaya-torgovlya-bez-deneg-kak-alternativa-dollar, Erişim Tarihi: 3 Mart 2021.

⁶⁶ **Катасонов**, <http://www.km.ru/economics/2014/05/15/istoriya-sssr/740017-mezhdunarodnaya-torgovlya-bez-deneg-kak-alternativa-dollar>, Erişim Tarihi: 03 Mart 2021.

⁶⁷ **Катасонов**, <http://www.km.ru/economics/2014/05/15/istoriya-sssr/740017-mezhdunarodnaya-torgovlya-bez-deneg-kak-alternativa-dollar>, Erişim Tarihi: 03 Mart 2021.

IV. TÜRK VE RUS HUKUKUNDA BARTER SÖZLEŞMESİNİN YERİ VE YASAL DAYANAĞI

A. Türk Hukukunda

Türk ihraç ürünlerinin dış piyasalarda talep görmemesi ve Türkiye'nin yeni pazarlara girememesi ekonomik darboğaza girmesine neden olmuştur. Bu olumsuzlukları gidermek için, dış ticarete alacak ve borçların karşılıklı olarak değiş tokuşunu esas alan takas rejimine ait bazı düzenlemeler getirilmiştir. Bunlardan ilki 31 Mayıs 1932 yılında yayınlanan "*Takas Komisyonu Teşkiline Dair Kanun*" ile takasın resmi bir sistem haline getirilmesi zorunlu kılınmıştır. Takas komisyonu; 5 Ağustos 1939'da "*Takas Limited Şirketi*"nin kurulmasına kadar devam etmiştir. 31 Mayıs 1941 tarih ve 2/15843 sayılı kararname ile dış ülkelerle ticari ilişkilerde kliring, takas ve serbest dövizle ticaret olmak üzere üç tür ödeme şeklinin kabul edilmesinin ardından, bu şirket 29 Aralık 1945 yılında tasfiye edilmiştir⁶⁸.

1 Eylül 1958 tarih ve 4/10707 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe giren "*Dış Ticaret Rejimi*" ise; her ne şekilde ve ad altında olursa olsun, dış ticarete takasa bağlı muamele yapılamayacağını kesin şekilde hükme bağlamıştır. 17 Mayıs 1979 tarih ve 7/17493 sayılı "*Dış Satım Düzenleme Kararı*" ve 28 Aralık 1983 tarih ve 83/7540 sayılı "*İhracat Rejim Kararı*", takas ve bağlı muameleleri yasaklamıştır. Ancak 1990 yılında çıkarılan "*İhracat Rejimi Kararı*" ile takas ve bağlı muamele yasağı tamamen kaldırılmıştır⁶⁹.

⁶⁸ Geniş bilgi için bkz. **Alptürk, Ercan**, Barter İşlemlerinin Türkiye'de Gelişim Süreci, <https://www.xing.com/communities/posts/barter-islemlerinin-tuerkiyede-gelisim-suereci-1003591065>, Erişim Tarihi: 10 Ocak 2021; http://www.yatirimbarter.com.tr/barter-nedir,YT_5.html, Erişim Tarihi: 10 Ocak 2021.

⁶⁹ Türkiye'deki barter'la ilgili çalışmalar için bkz. **Uzun, Fedai**, Barter Sistemi ve Küçük ve Orta Boy İşletmelerde Uygulanabilirliği: Türkiye Örneği, Gazi Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s. 10 vd; **Uyan, Özgül**, İş Dünyası'nın Yeni Pusulası: Barter Sistemi, *Bakırköy Yenises Gazetesi*, (29), s. 10.

B. Rus Hukukunda

1. Genel Olarak

Rus hukukunda barter şu şekilde tanımlanmıştır: “*Bir malın fiyat olarak eşit olan başka bir malla değiş tokuşunu sağlayan, alım satımın para ile değil, karşılıklı tedarikin fiyat olarak eşit mallarla sağlanmasıdır*”⁷⁰. Görüldüğü üzere söz konusu tanımda sadece mal mübadelesinden bahsedilmektedir. Dolayısıyla bu tanımda hizmetlerin barter suretiyle mübadelesi öngörülmediğinden eksik olduğu kanaatindeyiz. Bu bağlamda diğer tanıma bakacak olursak: “*Barter anlaşması- Rusya Federasyonu’nun (RF) iç ticari hacminde olduğu gibi dış ticaretlete de değiş tokuşunun sağlandığı alım satımdan bağımsız bir şekilde, birçok niteliği bünyesinde barındıran bir anlaşmadır*”⁷¹. Tanımda mal ve hizmet ayırımı yapılmadan dış ticaretteki alım satımdan bağımsız bir şekilde kendine özgü bir sözleşme olarak daha isabetli bir tanım verildiği kanaatindeyiz.

Rusya’da barter tam anlamıyla 1990’lardan itibaren daha aktif olarak görülmeye başlanmıştır. Bunun en temel gerekçesi rekabetçi bir parasal sistemin eksikliği olmuştur. Barter’in yaygınlaşmasının ilk dönemlerinde vergiden kaçınmanın veya işletmelerin varlıkları konusunda dolandırıcılığın bir yolu olarak nitelendirilmesine karşın, uygulamanın zamanla artması ile barter algısı tamamen değişmiştir. Bu da işletmelerin barter’la işlemler yapması durumunda motivasyonlarının ve muhasebe verilerinin sistematik olarak artmasına yol açmıştır. Son zamanlarda ise barter, Rus ekonomisinde yer edinmiş birçok önemli ajans için profesyonel bir iş haline gelmiştir⁷².

⁷⁰ **Белов, Анатолий**, *Международное предпринимательское право: Практическое пособие* (Uluslararası Ticaret Hukuku: Uygulama Rehberi), Yustinform yayınları, Moskova 2001, s. 165.

⁷¹ **Болингер, Виктор**, *Внешнеторговый бартер (правовые аспекты)* (Dış ticari barter (yasal yönleri), Ural 1993, s. 10.

⁷² **Yakovlev, Andrey**, Barter in the Russian Economy: Classifications and Implications (Evidence From Case Study Analyses), *Post Communist Economies*, 12 (3), s. 279 vd.

Bununla birlikte, Türk mevzuatına kıyasla Rus mevzuatında özellikle de Sovyet sisteminin dağılmasından sonra barter ile ilgili birçok yasal düzenlemeler getirilmiştir. Dış ticarete barter işlemleri özel düzenlemeye tabidir. Söz konusu düzenlemeler aşağıdaki şekilde verilmiştir:

- 8 Aralık 2003 tarihli ve 164-FZ sayılı Federal Kanun "*Dış Ticaret Faaliyetlerinin Devlet Düzenlemesi Temelleri Hakkında Kanun*";

- Rusya Döviz ve İhracat Kontrol Servisi, RF Dış Ekonomik İlişkiler ve Ticaret Bakanlığı Rusya Devlet Gümrük Komitesi'nin 28.05.1997 tarihli ve 07-26/3226, 10-83/2007 ile 01-23/10035 sayılı Yönetmeliği "*RF'de Dış Ticarete Gerçekleştirilen Barter İşlemlerinin Kontrolü ve Muhasebeleştirilmesi ile İşin Performansının, Hizmetlerin Sunulmasının ve Maddi Formda İfade Edilen Entelektüel Faaliyetlerin Sonuçlarının Öngörülmesine İlişkin Yönetmelik*";

- Rusya Devlet Gümrük Komitesi'nin 11 Nisan 1997 tarihli ve 01-23 / 6678 sayılı Yönetmeliği, RF Dış Ekonomik İlişkiler ve Ticaret Bakanlığı 9 Nisan 1997 tarihli ve 10-83/1355 sayılı onayı, 2 Nisan 1997 tarihli ve 07-26/768 sayılı Rusya Döviz ve İhracat Kontrol Servisi Onayı: "*RF Gümrük Sınırında Malların Dolaşımını İçeren Dış Ticarete Barter İşlemlerinin Kontrolü ve Muhasebeleştirilmesine İlişkin Yönetmelik*".

- "*Döviz Ticareti Kontrolü ile Dış Ticarete Barter İşlemlerinin Yürütülmesi Kontrolünde Gümrük Makamları Tarafından Uygulanmasına Yönelik Metodik Öneriler*" (12 Temmuz 2007 tarihli ve 01-06 / 25927 sayılı Federal Gümrük Servisi Mektubu Ekleri);

- 31 Mayıs 2005 tarihli ve MM 6-03/450 sayılı Federal Vergi Servisi'nin Tavsiye Mektubu. "*Belarus Cumhuriyeti ile Anlaşmanın Bazı Konularda Uygulanmasına İlişkin Mektup*";

- 18 Ağustos 1996 tarihli ve 1209 sayılı RF Cumhurbaşkanı Kararnamesi ile bireysel barter işlemlerine öngörülen izinlerin verilmesi usulü: "*Dış Ticaret Barter İşlemlerinin Devlet Düzenlemesi Hakkında Karar*" (13 Mart 1997 tarihinde Rusya Dış Ekonomik İlişkiler Bakanlı-

ğı, 4 Mart 1997 tarihli ve 01-23/4663 sayılı Rusya Devlet Gümrük Komitesi, Rusya Döviz ve İhracat Kontrol Servisi 28 Şubat 1997 tarih ve 07-26/356 sayılı onayları).

- “*Barter İşlemlerinin Pasaportlarının Tescili ve Muhasebeleştirilmesi Usulü*” (Rusya Dış Ekonomik İlişkiler Bakanlığı, Rusya Devlet Gümrük Komitesi, Rusya Maliye Bakanlığı tarafından onaylanmıştır, 3 Aralık 1996 tarihli ve 10-83/3225, 01-23/21497, 01-14/197 sayılı onayları);”

Türk kanun koyucusuna yol gösterilmesi ve iki ülkenin ilişkilerin geliştirilmesine hukuki açıdan yasal zemin oluşturulması bakımından faydalı olabileceği düşüncesi ile yukarıda yer alan söz konusu düzenlemelerin ilgili bazı hükümleri aşağıda açıklanmıştır.

2. Dış Ticaret Faaliyetlerinin Devlet Düzenlemesinin Temelleri Hakkında Kanun⁷³

Rus mevzuatında başlıca kanunlar arasında yer alan ve dış ticaretin esasını oluşturan “*Dış Ticaret Faaliyetlerinin Devlet Düzenlemesinin Temelleri Hakkında Kanun*”un “*Barter İşlemlerin Devlet Tarafından Kontrolü*” başlığı ile barter söz konusu Kanun’un 10’uncu bölümünde hükme bağlanmıştır. Bu bölüm 43-45’inci maddelerden oluşmaktadır. Maddeler sırasıyla şu şekilde verilmiştir: “*Barter İşlemlerinde Yöntemler*”, “*Barter İşlemlerinin Gerçekleştirilmesinde ve Muhasebeleştirilmesinde Kontrol Usulü*” ve “*Barter İşlemlerinin Gerçekleştirilmesinin Özellikleri*”. Maddelerin her birinin incelenmesinde aşağıdaki sonuçlar çıkmaktadır. Şöyle ki;

- “*Barter İşlemlerinin Devlet Tarafından Kontrolü (m. 43): Dış ticari işlemlerde yasaklar ve sınırlamalar söz konusu olduğunda, bu tedbirler aynı zamanda mal, hizmet ve fikri haklar kapsamında yapılmış olan barter işlemlerini de kapsamaktadır. Rusya Federasyonu Hükümeti*

⁷³ 8 Aralık 2003 tarihli ve 164-FZ sayılı Federal Kanun <http://economy.gov.ru/minec/activity/sections/foreigneconomicactivity/fz164#>, Erişim Tarih: 18 Şubat 2021.

barter işlemlerini işbu Kanun'un 38'inci maddesinin 1'inci paragrafı kapsamında sınırlandırabilir”.

Dolayısıyla bu hükümlerden hareketle, ilk olarak, barter işlemlerinin dış ticari işlemler arasında sayıldığı ve aynı rejime tabi tutulduğu sonucu çıkmaktadır. İkinci olarak ise, barter işlemlerinin mal ve hizmet mübadelesinde kullanılmasının yanı sıra, fikri mülkiyet haklarının da barter işlemlerine konu oluşturabileceği anlaşılmaktadır.

-“Barter İşlemlerinin Gerçekleştirilmesi ve Muhasebeleştirilmesinde Kontrol (m. 44):

1. Dış ticarete barter işlemlerine konu olan mallar, hizmetler ve fikri mülkiyet eserlerinin mübadelesinde eşit değerdeki mal, hizmet, fikri mülkiyet eserlerinin alışverişinde bulunmasının yanı sıra ilgili tarafın kendi değerindeki farkı ödeme yükümlülüğünün getirilmesi şartıyla eşit olmayan malların, hizmetlerin, fikri mülkiyetlerin eserlerin de değişiminin yapılması mümkündür.

2. Barter işlemlerinin gerçekleştirilmesinde ve muhasebeleştirilmesinde denetim Rusya Federasyonu Hükümeti tarafından sağlanmaktadır. Dış ticarete barter işlemlerinde kısmı olarak parasal ve (veya) diğer ödeme araçlarından yararlanılması durumunda ise, bu işlemlerinin gerçekleştirilmesinde ve muhasebeleştirilmesindeki kontrol Rusya Federasyonu Hükümeti ile Merkez Bankası birlikte ilgili mevzuata uygun şekilde sağlanmaktadır.”

- “Dış Ticaret Barter İşlemlerinin Uygulanmasının Özellikleri (m. 45)

1. Yürürlükten kaldırılmıştır- 06.12.2011 tarih ve 409 sayılı - FZ Federal Kanunu değişikliği.

2. Dış ticaret barter işlemlerine giren ya da bu işlemleri temsilci sıfatıyla yetkilendirilen Rus vatandaşları, bu tür işlemler için kanunen belirlenen şartlar çerçevesinde, Rusya Federasyonu'na eşdeğer malların girişinin sağlanmasını, yabancılar aracılığı ile eşdeğer hizmetlerin verilebilmesini, eşdeğer işlerin yapılmasını, Rus vatandaşlarına bu hakların kullanılmasında, mal ticareti, hizmet verme, iş yapma, fikri mülkiyete

münhasır haklarını devretme veya fikri mülkiyetle ilgili belgelerle kullanma hakkını verme, ayrıca dış ticaret barter ettiği takdirde ödeme fonları alma ve ilgili fonları yetkili bankalara verme, işlemlerde kısmen nakit kullanımını ve (veya) diğer ödeme yöntemlerini içerir sair belgelerin bankacılık işlemlerinde kullanılmalarına imkân tanındığını teyit etmeleri gerekecektir.

Dış ticaret barter işlemlerinin yabancı bir kişinin yükümlülüklerini yerine getirmesi esnasında, bu tür bir dış ticaret takas işleminin Rusya Federasyonu'na ithal etmeyi içermeyen bir şekilde yapılması durumunda, bu mallar, Rusya Federasyonu ülkesi dışındaki bir Rus tarafından alındıktan sonra işbu maddenin 5'inci bölümünde belirtilen şartlarda uygulanmalıdır.

3-4. Yürürlükten kaldırılmıştır-06.12.2011 tarih ve 409 sayılı - FZ Federal Kanunu değişikliği.

5. Dış ticaret barter işlemleri yapılırken, Rusya Federasyonu toprakları dışındaki bu tür işlemlerde Rus kişilerin aldığı malları Rusya Federasyonu'na ithal etmeye gerek kalmadan, ancak aşağıdaki şartlarda Ruslar tarafından gerçekleştirilebilir:

1) Bu bölümün birinci fıkrasında belirtilen malların dış ticaret takas işleminin şartları çerçevesinde öngörülen belgelerle fiilen kabul edildiğinin teyidi;

2) Bu bölümün birinci fıkrasında belirtilen malların fiili alınma tarihinden itibaren en geç bir yıl içinde, Rus kişilerin, bu malların satışına ilişkin işlem şartları çerçevesinde belirtilen süre içinde satışlarını sağlamalı ve bu satışlarında elde edilen gelirlerin yetkili bankalardaki hesaplarına yatırılmasını sağlamalıdır.

6 - 7. Yürürlükten kaldırılmıştır 06.12.2011 tarih ve 409 sayılı - FZ Federal Kanunu değişikliği.”

3. Rus Dış Ticarete Barter İşlemlerine İlişkin Diğer Mevzuat Hükümleri (Kararnameler, Yönetmelikler, Mektuplar, Tedbirler, Öneriler vs.)

Bu düzenlemenin dışında barter'la ilgili Rus mevzuatında çeşitli kararnameler, yönetmelikler, mektuplar, tedbirler ve öneriler yer almaktadır. Her birinin etraflıca incelenmesi çalışmamızın sınırını aşacağından yukarıda yer alan söz konusu kanunun sadece konuyla ilgili hükümleri açıklanmıştır. Aşağıda ise çalışmanın sınırları da göz önünde bulundurularak Rus yasal düzenlemelere başlıklar ve içeriklerine ilişkin özet bazı bilgilere yer verilmiştir. Genel olarak barter'la ilgili mevzuata bakıldığında ayrı ayrı düzenlemeler olmakla birlikte benzer hükümlerle karşılaşılmaktadır. Tekrardan kaçınmak amacıyla söz konusu düzenlemeleri sadece genel hatlarla hükümlerine yer verilmiştir.

a. Rusya Döviz ve İhracat Kontrol Servisi, RF Dış Ekonomik İlişkiler ve Ticaret Bakanlığı Rusya Devlet Gümrük Komitesi'nin 28.05.1997 tarihli ve 07-26/3226, 10-83/2007 ile 01-23/10035 sayılı Yönetmeliği⁷⁴

Söz konusu düzenleme 4 bölüm ve 18 maddeden oluşmakta ve düzenlemede genel hükümler, Rusya Dış Ekonomik İlişkiler Bakanlığı'nın, barter işlemlerinin düzenlenmesi alanında düzenleyici faaliyetlerin gerekliliklerinin Ruslar tarafından yerine getirilmesi üzerindeki kontrolü, barter işlemlerinin yürütülmesinde Rusya Döviz ve İhracat Kontrol Servisi'nin kontrolü ve nihai hükümler yer almaktadır. Genel hükümlerle Rusya'da yapılan barter işlemlerinin 18.08.1996 tarihli ve 1209 sayılı RFCB Kararnamesi ve diğer mevzuat hükümlerinin yerine getirilmesine ilişkin genel kontrolün ilgili makamlar aracılığı ile sağlanacağı belirtilmiştir. İkinci ve üçüncü bölümde, barter işlemlerine ilişkin dokümanların düzenlenme usulü, Rusya Döviz ve İhracat Kont-

⁷⁴ "RF'de Dış Ticarete Gerçekleştirilen Barter İşlemlerinin Kontrolü ve Muhasebeleştirilmesi ile İşin Performansının, Hizmetlerin Sunulmasının ve Maddi Formda İfade Edilen Entelektüel Faaliyetlerin Sonuçlarının Öngörülmesine İlişkin Yönetmelik". 28 Mayıs 1997 No: 07-26/3226, 10-83/2007, 01-23/10035, <http://base.garant.ru/10300100/>, Erişim Tarihi: 19 Şubat 2021

rol Servisi ile RF Dış Ekonomik İlişkiler ve Ticaret Bakanlığı'nın denetimle ilgili görevlerine ilişkin detaylar bölümlere ayrılarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme nihai hükümlerle bitirilmiştir. Buna göre, Rusya Döviz ve İhracat Kontrol Servisi en az altı ayda bir Rusya Devlet Gümrük Komitesi'ne, RF topraklarında yapılan işlerin, hizmetlerin ve entelektüel faaliyetlerin sonuçlarını barter işlemlerinin durumu ve sonuçları hakkındaki analitik materyalleri sunduğu belirtilmiştir.

b. Rusya Devlet Gümrük Komitesi'nin 11 Nisan 1997 tarihli ve 01-23 / 6678 sayılı yönetmeliği, RF Dış Ekonomik İlişkiler ve Ticaret Bakanlığı 9 Nisan 1997 tarihli ve 10-83/1355 sayılı Onayı, 2 Nisan 1997 tarihli ve 07-26/768 sayılı Rusya Döviz ve İhracat Kontrol Servisi Onayı⁷⁵

Bir üstteki düzenlemeye benzer hükümler içeren söz konusu düzenleme 5 bölüm ve 27 maddeden oluşmaktadır. Buna göre düzenlemede sırasıyla genel hükümler, Rusya Dış Ekonomik İlişkiler Bakanlığı'nın, barter işlemlerinin düzenlenmesi alanında düzenleyici faaliyetlerin gerekliliklerinin Ruslar tarafından yerine getirilmesi üzerindeki kontrolü, Rusya Federasyonu gümrük makamlarının barter işlemlerinin yürütülmesi üzerindeki kontrolü, barter işlemlerinin yürütülmesinde Rusya Döviz ve İhracat Kontrol Servisi'nin kontrolü ve nihai hükümler yer almaktadır. Düzenlemenin her bir bölümünde ilgili makamların kontrol mekanizmaları ile ilgili detaylı bilgiler yer almıştır. Nihai hükümlerde ise Rusya Devlet Gümrük Komitesi, Rusya Ekonomik İşbirliği ve Rusya Dış Ekonomik İlişkiler Bakanlığı ile işbirliği içinde, en az altı ayda bir olmak üzere, RF Hükümeti'ne devletin analitik materyallerini ve RF gümrük sınırındaki malların hareketini içeren barter işlemlerinin uygulanmasına ilişkin izlenme sonuçlarını rapor etmesi gerektiği belirtilmektedir.

⁷⁵ "RF Gümrük Sınırında Malların Dolaşımını İçeren Dış Ticarete Barter İşlemlerinin Kontrolü ve Muhasebeleştirilmesine İlişkin Yönetmelik" 11 Nisan 1997 No: 01-23/6678, <http://base.garant.ru/11900721/>, Erişim Tarihi: 18 Ocak 2021.

c. “Döviz Ticareti Kontrolü İle Dış Ticarete Barter İşlemlerinin Yürütülmesi Kontrolünde Gümrük Makamları Tarafından Uygulanmasına Yönelik Metodik Öneriler”⁷⁶

RF gümrük ve döviz mevzuatının gümrük makamları tarafından düzgün bir şekilde uygulanmasını sağlamak ve ayrıca mesleki disiplini güçlendirmek ve yolsuzlukla mücadelede onaylanan kargo gümrük beyannamesi ile transit beyannamesi doldurma prosedürüne ilişkin talimatın getirilmesiyle bağlantılı olarak önleyici tedbirlerin alınmasını sağlamak amacıyla RF Gümrük Kanunu'nun 1'inci maddesinin 3'üncü fıkrası ve 26 Haziran 2006 tarih ve 459 sayılı Hükümet Kararı ile onaylanan Federal Gümrük İdaresi Yönetmeliği'nin 5.3.3'üncü ve 5.3.15'inci madde hükümlerine ilişkin Rusya Federasyonu Gümrük Hizmetleri'nin 11 Ağustos 2006 tarihli ve 762 sayılı "*Kargo Gümrük Beyannamesi ve Transit Beyanı Doldurma Prosedürüne İlişkin Talimatın Onayı*"na dayanarak dış ticaret barter işlemlerinin yürütülmesinin kontrolü ve izlenmesi gerekmektedir. Bu gerekçe ile çıkarılan söz konusu düzenlemede genel hükümler, RF gümrük bölgesinden ihraç edilen malların gümrük işlemleri sırasında döviz kontrolünün uygulanması, RF gümrük bölgesine ithal edilen malların gümrük işlemleri sırasında döviz kontrolünün uygulanması, malların gümrük işlemleri sırasında dış ticaret takas işlemlerinin yürütülmesinin kontrolü ve nihai hükümler yer almaktadır. Düzenlemenin sonunda ise gümrük işlemlerine tabi mallar için gerekli belgelerin listesi Ek olarak yer almaktadır⁷⁷.

d. 31 Mayıs 2005 tarihli ve MM 6-03/450 sayılı Federal Vergi Servisi'nin Tavsiye Mektubu- “Belarus Cumhuriyeti ile Anlaşmanın Bazı Konularda Uygulanmasına İlişkin Mektup”⁷⁸

⁷⁶ Bkz. 12 Temmuz 2007 No: 01-06/25927 <http://www.tks.ru/news/law/2007/07/24/0006/print>, Erişim Tarihi: 22 Ocak 2021.

⁷⁷ Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_39793/add8003b23a73e9d84ec06f9d8ba54fbb57d4abc/, Erişim Tarihi: 22 Ocak 2021.

⁷⁸ Bkz. 31 Mayıs 2005 No: MM-6-03/450 https://rulaws.ru/acts/Pismo-FNS-RF-ot-31.05.2005-N-MM-6-03_450/, Erişim Tarih: 24 Ocak 2021.

Söz konusu düzenlemede soru cevap şeklinde hükümler yer almaktadır. Toplamda ise 17 adet soru ve cevaplarından oluşmaktadır. Sorular genellikle Federal Vergi Servisi, Rusya Maliye Bakanlığı ile Rusya Federasyonu Hükümeti ile Belarus Cumhuriyeti Hükümeti arasında Anlaşma hükümlerinin, mal ihracatı ve ithalatı, iş yapma ve 15 Eylül 2004 tarihinde imzalanan ve onaylanan hizmetlerin verilmesi sırasında dolaylı vergilerin toplanması ilkelerine ilişkin hükümlerinin uygulanmasına ilişkin özel konular hakkında görüşleri içermektedir. Dolayısıyla 28 Aralık 2004 tarih ve 181 sayılı “Rusya Federasyonu ve Beyaz Rusya Cumhuriyeti Hükümetleri Arasında Yapılan Mal, Hizmet ve İşlemlerin İhracat ve İthalatından Doğan Dolaylı Vergilerin Toplanma İlkeleri Hakkında Anlaşmanın Onaylanmasına İlişkin Kanun”un iki devlet arasında vergi makamlarının vergi uygulamalarına ilişkin bilgilendirme ve uygulamaya yönelik temel ilkeler belirlenmiştir. Söz konusu düzenlemede yer alan 1’inci soru ve cevabı örnek olarak verilmiştir.

“Soru 1: Belarus Cumhuriyeti’nden mal ithal ederken vergi matrahının ne zaman ortaya çıkacağını belirlemek için bir işletmenin sabit varlıkları olarak kullanılması amaçlanan mallarda hangi tarih tescil tarihi olarak kabul edilir?”

Cevap: Anlaşmanın ayrılmaz bir parçası olan 1’inci Kısmı uyarınca, malları ithal ederken KDV ödemesi amacıyla, vergi matrahının belirleme anı ithal edilen malların tescil edildiği tarih olarak kabul edilir. İthal edilen malların muhasebeleştirilmesi için kabul tarihi, bu işlemlerin birincil muhasebe belgeleri bazında ilgili muhasebe hesaplarına yansımadır.

Dolayısıyla, daha sonra sabit kıymet olarak muhasebe için muhasebeleştirilecek malların vergi mükellefleri tarafından ithalat durumunda ve Hesap Planına uygun olarak, 31 Ekim 2000 tarih ve 94 sayılı Rusya Maliye Bakanlığı’nın “ Kuruluşların Mali ve Ekonomik Faaliyetlerinin Onaylandığı Kuruluşların Finansal ve Ekonomik Faaliyetlerinin Muhasebeleştirilmesi İçin Hesap Çizelgesi ve Kullanım Talimatları” 7’inci “Tesisat ekipmanı” ve 8’inci “Cari olmayan yatırımlar” ver-

gi matrahı, söz konusu malların değerinin, sabit varlık olarak görevlendirilme tarihinden bağımsız olarak yukarıdaki hesaplara yansımaları tarihinde belirlenir.”

e. 18 Ağustos 1996 tarihli ve 1209 sayılı RF Cumhurbaşkanı Kararnamesi ile bireysel barter işlemlerine öngörülen izinlerin verilmesi usulü: "Dış Ticaret Barter İşlemlerinin Devlet Düzenlemesi Hakkında Karar (DTBİDDHK)"⁷⁹.

Söz konusu düzenlemede genel hükümler, izin alınması için gerekli belgeler, dilekçelerin incelenmesi, kararların dilekçe sahibine bildirilmesi 4 ana başlıktan, her başlıkta ise 3-4 madde hükmünden oluşmaktadır. Örneğin 3'üncü maddesinde Rusya Dış Ekonomik İlişkiler Bakanlığı'na dilekçe ile yapılan başvurularda, başvurudan itibaren 21 iş günü içerisinde gerekli izinlerin verilmesi veya verilmemesi konusunda başvuru (dilekçe) sahibine dönüş yapılması gerektiğine ilişkin hükümler yer almaktadır (DTBİDDHK m. 3/1)⁸⁰.

f. Barter İşlemlerinin Pasaportlarının Tescili ve Muhasebeleştirilmesi Usulü⁸¹

Usule ilişkin hükümler içeren söz konusu düzenleme 7 bölümden ve 4 Ek oluşmaktadır. Bölümler aşağıdaki şekilde sıralanmıştır:

Bölüm 1. "Rusya Dış Ekonomik İlişkiler Bakanlığı Yetkili Ofisi Bilgileri"

Bölüm 2. "Rus tarafın bilgileri"

Bölüm 3. "Yabancı tarafın bilgileri"

Bölüm 4. "Sözleşmenin detayları ve koşulları"

⁷⁹ 13 Mart 1997 tarihinde Rusya Dış Ekonomik İlişkiler Bakanlığı, 4 Mart 1997 tarihli ve 01-23/4663 sayılı Rusya Devlet Gümrük Komitesi, Rusya Döviz ve İhracat Kontrol Servisi 28 Şubat 1997 tarihli ve 07-26/356 tarihli onay.

⁸⁰ Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. <http://base.garant.ru/10200995/>, Erişim Tarihi: 22 Ocak 2021.

⁸¹ Rusya Dış Ekonomik İlişkiler Bakanlığı, Rusya Devlet Gümrük Komitesi, Rusya Maliye Bakanlığı tarafından 3 Aralık 1996 tarihli ve 10-83/3225, 01-23/21497, 01-14/197 sayılı ile onay.

Bölüm 5. "Rusya Dış Ekonomik İlişkiler Bakanlığı Kararı"

Bölüm 6. "Yetkili kişilerin imzaları"

Bölüm 7. "Özel Notlar"⁸²

Ek'leri ise sırasıyla verilecek olursak: Ek 1 - Takas işleminin pasaportu; Ek 2 - Takas işleminin pasaportunun çıkarılmasına ilişkin kurallar; Ek 3 - Rusya Dış Ekonomik İlişkiler Bakanlığı'nda bir barter işlem pasaportunun tescili için örnek başvuru ve Ek 4 - Takas işlemi pasaportunun elektronik formu.

Bu Usuller, 18 Ağustos 1996 tarih ve 1209 sayılı "Dış Ticaret Barter İşlemlerinin Devlet Düzenlemesi Hakkında" RF Cumhurbaşkanı Kararnamesi ve 31 Ekim 1996 tarih ve 1300 sayılı "Dış Ticaret Barter İşlemlerinin Devletçe Düzenlemesi İçin Önlemler Hakkında" RF Hükümeti Kararı'nın hükümlerine uygun olarak belirlenmiştir. Usuller'de aynı zamanda Rusya Dış Ekonomik İlişkiler Bakanlığı'nca "Barter işleminin pasaportu" (Pasaport) belgesinin düzenlenmesi, yeniden düzenlenmesi ve ibrazı ile Rusya Dış Ekonomik İlişkileri Bakanlığı ile Rusya Devlet Gümrük Komitesi arasında bilgi alışverişi ve dış ticaret takas işlemlerini açıklanması ve kontrolüne ilişkin kuralları içermektedir.

SONUÇ

Ülkemizin jeopolitik konumu gereği uzun yıllardan bu yana süregelen stratejik hesaplar sonucunda ülkelerle ilişkiler belirginleşmektedir. Sınırlarda yaşanan gerginlikler istenmese de ülke ekonomisine ciddi boyutta etkilerini beraberinde getirmektedir. Bunun sonucu olarak ise Türkiye gibi gelişmekte olan ve dövizle bağımlı olan bir ülkenin iç ekonomik dengeleri, ithalat ve ihracat göstergeleri ülke aleyhine olacak şekilde değişmektedir. Zira uzun zaman süregelen sınır-daki gerginlikler dövizdeki çalkantıların artmasını sağlamakta bu durum da ekonomik verilerdeki açığın, dolayısıyla da ekonominin

⁸² Orijinal dildeki metin için bkz. <http://base.garant.ru/737760/#ixzz5re9n7ufG>, Erişim Tarihi: 22 Ocak 2021.

çöküşüne sebep olacak kadar ilerleme potansiyeline yol açabilmektedir. Bir tarafta ABD diğer tarafta Rusya'nın olması Türkiye'nin iki askeri güç ve ekonomilerin arasında kalmasından dolayı ülke ekonomisinin kontrolünü gün geçtikçe daha da zorlaştırmaktadır.

Bu bağlamda ülkemizin bulunduğu stratejik konumu gereği ekonominin ayakta tutulabilmesini teminen alternatif ticaret yollarının arayışı kaçınılmaz olmaktadır. Coğrafi olarak yakın ve stratejik komşumuz olan Rusya ile ise bağlarımızın sağlam hukuki ve ekonomik temellere oturtulması her iki ülke açısından faydalı olacağı kanaatindeyiz. Son yıllarda Rusya ile dostane ilişkilerin yaşanmasını fırsata çevirerek daha da güçlü bağların oluşturulması açısından ortak ekonomik ve hukuki kurumların tespit edilerek geliştirilmesi ikili ilişkiler açısından olumlu adımların atılması anlamında kaçılmaz olacağı kanaatindeyiz. Her iki ülkenin kendine özgü kurumların olduğu varsayıldığında ise ortak bir çalışmanın yürütülebilmesinin zorluğu içinde gerekli araştırmaların yapılması zaman alacaktır. Zira ülkelerin başvurdukları bu hukuki ve ekonomik kurumların hepsinin başarı sağladığı ve buna uygun olarak yürütüldüğü söylenemez. Bu açıdan nicelik değil de nitelik olarak başarı sağlamış olan kurumların ele alınmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz. İşte Rusya'da belli başlı başarı sağlamış, Türkiye'de ise daha tam olarak yer edinemeyen barter sistemi bu kurumlar arasında nitelendirildiğinden çalışmada bu konu seçilmiştir.

Çalışmada uluslararası ticarete önemli yer edinen barter sözleşmelerinin Türk ve Rus hukukundaki durumu mevzuatlar açısından ele alınmıştır. Konu ile ilgili Rus mevzuatında birden çok yasal çalışmaların yer aldığı ve uzun yıllardır devlet tarafından da desteklendiği anlaşılmaktadır. Nakit ödemelerin dışında bir ağ içerisinde mal ve hizmet mübadelesinin öngörüldüğü ve bu yönüyle satıcı ile alıcının (ithalatçı ve ihracatçının) ticari faaliyetlerini kolaylaştıran barter sistemine devlet tarafından desteğin önemi büyüktür. Türk hukukuna bakıldığında, konuyla ilgili neredeyse herhangi bir çalışmanın veya düzenlemenin yer almadığı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, devlet tarafından desteklenmeyen ve yasal zemini olmayan hukuki bir ortamda

barter sisteminin gelişmesinin zorluğu kaçınılmaz olacaktır. Zira yurt dışında, özellikle Rusya'da barter sisteminin geçmişinden günümüze kadar olan gelişim süreci incelediğinde, mevzuattaki güncellemelerin sürekli yapıldığı ve konuyla ilgili artık belirli aşamaya gelindiği görülmektedir.

Barter sistemiyle ve sözleşmesi ile ilgili Türkiye'de pek fazla akademik çalışma yapılmamıştır. Bununla birlikte barter sözleşmesi incelendiğinde, bünyesinde TBK ve TTK'da yer alan birden çok sözleşmenin unsurlarını taşıdığı görülmektedir. Çalışmada barter sözleşmesine benzerlik arz eden birden çok sözleşme ile çok fazla ayrıntıya girilmeden Türk hukukundaki yeri ve sözleşmenin hukuki niteliği açıklanmaya çalışılmıştır. Buna göre, barter sözleşmesi, hukuki nitelik itibarıyla karma kombine sözleşme olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Barter sözleşmesi ile çalışan sistemi, kural olarak hiçbir dövize veya nakde ihtiyaç duyulmadan mal veya hizmet mübadelesinin koordineli bir şekilde ağ içerisinde sağlayan alım satım sistemi olarak tanımlayabiliriz. Bu özelliğinden kaynaklı olarak Türkiye ve Rusya'nın yanı sıra Orta Asya ve Kafkaslar ile ticari ilişkilerin geliştirilmesi bakımından uluslararası barter sisteminin kurulması, söz konusu ülkelerin tümünün dış ticari hacminin artışına vesile olacağı düşünülmektedir.

Yukarıda da değinildiği üzere Rus mevzuatına bakıldığında, yasal zeminin hayli geliştiği anlaşılmaktadır. Türk kanun koyucusu tarafından benzer çalışmaların yapılması durumunda ülke ihracatçısı ve ithalatçısına da ciddi oranda katkı sağlanacağı kaçınılmaz olacaktır. Bununla birlikte Türk kanun koyucusu tarafından düzenleme yapılabilmesi için öncelikle Maliye Bakanlığı, Dış İlişkiler Bakanlığının yetki-lendireceği birim, Gümrük Bakanlığı ve ihracat İthalat Birliklerinin, TOBB, KOSGEB, TÜRK EXİMBANK gibi birkaç bakanlık ve ilgili kuruluşlar tarafından koordineli bir şekilde bir çatı altında birleşerek ortak bir çalışmanın yürütülmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bundan da önce konuyla ilgili özellikle Rus bilim adamlarının katılımları ile Türkiye'de konferans, panel ve seminerlerle konunun tüm boyutlarının bilimsel olarak ele alınmasının bir başlangıç olarak yapılmasının yararlı olacağı düşünülmektedir.

Söz konusu konferans, panel ve seminerler sonucunda yayınlanan görüşler ve bildirimler doğrultusunda oluşturulacak ilgili komisyonların çalışmaları yürütmelidir. Bu komisyonların bulguları sonucunda elde edilecek raporlar Türk kanun koyucusuna “Barter Kanunu” veya benzer yasal düzenleme getirilmesi yönünde belirleyici olabilecektir. Bu doğrultuda, tıpkı ihracat kredi sigortası programlarında 1990’lü yıllarda DAYINLARLI tarafından Türkiye’ye tanıtılan ve Türk Eximbank’ın ülke girişimcisine kazandırdığı sistemle ihracatlar konusunda destekte bulunduğu gibi, barter sözleşmeleri ile de, kamu veya özel sektörün dış ticari faaliyetleri çağdaş yasal zemininde nakde (döviz) ihtiyaç duyulmadan devlet desteği ile sürdürülebilme imkânına bu vesile ile kavuşulmuş olacağı kanaatindeyiz. Konuyla ilgili akademik çalışmaların ivedi olarak başlanması ve günümüzdeki teknolojik alt yapının da nimetlerinden yararlanılarak Türk kanun koyucusunun incelenmesine sunulmak üzere çağdaş bir barter düzenlemesinin taslağının çıkarılması gerektiği düşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

- Alptürk, Ercan**, Barter İşlemlerinin Türkiye’de Gelişim Süreci <https://www.xing.com/communities/posts/barter-islemlerinin-tuerkiyede-gelisim-suereci-1003591065>, Erişim Tarihi: 10 Ocak 2021.
- Akyol, Şener**, *Borçlar Hukuku (Özel Borç ilişkileri)*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1984.
- Ануфриева, Людмила**, *Международное частное право. Особенная часть (Uluslararası özel hukuk. Özel hükümler)*, Moskova 2002
- Aral, Fahrettin ve Ayrancı, Hasan**, *Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri*, 13. Bası, Yetkin yayınları, Ankara 2012.
- Arkan, Sabih**, *Ticari İşletme Hukuku*, 23. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayınları, Ankara 2017.
- Aslan, Yılmaz**, *Ticaret Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınları, Bursa 2017.
- Aydın, Gülşah Sinem**, Borçlar Hukukunda Temsil Yetkisinin Kötüye Kullanılması, *TBB Dergisi*, (148), s. 235-290.

- Ayhan, Alanur**, Garanti ve Kefalet Sözleşmesi, *Ankara Barosu Dergileri Hukuk Gündemi Dergisi Hukuk Gündemi Dergisi*, (1), s. 31-40.
- Balkır, Başak**, Mal Değişim Sözleşmesinde Satış Hükümlerinin Uygulanması, *KOSBED*, (28), s. 129-142.
- Белов, Анатолий**, *Международное предпринимательское право: Практическое пособие (Uluslararası Ticaret Hukuku: Uygulama Rehberi)*, Yustinform Yayınları, Moskova 2001.
- Bilgili, Fatih ve Demirkapı, Ertan**, *Borçlar Hukuk Genel Hükümler*, 12. Bası, Dora Yayınları, Bursa 2018.
- Biyan, Özgür**, Barter İşlemlerinin Türk Vergi Hukuku Karşısındaki Durumu, *Vergi Sorunları Dergisi* (253), <http://www.vergi-sorunlari.com.tr/makale/barter-islemlerinin-turk-vergi-hukuku-karsi-sindaki-durumu/2618>, Erişim Tarihi: 24 Şubat 2021.
- Болингер, Виктор**, *Внешнеторговый бартер (правовые аспекты)*, (Dış ticari barter (yasal yönleri)), Ural 1993.
- Bozkurt, Hüseyin**, Finansman Kaynakları ve Barter' https://www.muhasabenet.net/makale_huseyin_bozkurt_finansman%20kaynaklari%20ve%20barter.html, Erişim Tarihi: 13 Mart 2021.
- Bucher, Eugen**, Yanlış Bir Bakiyenin Kabul Edilmesi: İhtilaf Sebepsiz Zenginleşme Hukukuna Göre mi Yoksa Sözleşme Hukukuna Göre mi Çözülür?' İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi (Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan), Çev. Vedat Buz, (708), s. 66-89.
- Develioğlu, Hüseyin Murat**, *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.
- Gümüş, Mustafa Alper**, *Borçlar Hukuku – Özel Hükümler*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- Erkan, Vehbi Umut**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Vekâlet Sözleşmesinde Vekâlet Veren Ücret Ödeme Borcu Dışındaki Diğer Borçları, *AÜHFD*, 62 (2), s. 441-472.
- Erman, Hasan**, Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları, *İÜHFM*, 38 (1-4) s. 601-619.
- Feyzioğlu, Feyzi, Necmeddin**, *Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri*, 1, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları - Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978.
- Hatemi, Hüseyin ve Gökyayla, Emre**, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.

- Hatemi, Hüseyin, Serozan, Rona ve Arpacı Abdülkadir**, *Borçlar Hukuku; Özel Bölüm*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- Катасонов, Валентин**, Международная торговля без денег как альтернатива доллару (Dolara alternatif olarak parasız uluslararası ticaret) (3'üncü bölüm) <http://www.km.ru/economics/2014/05/15/istoriya-sssr/740017-mezhdunarodnaya-torgovlya-bez-deneg-kak-alternativa-dollar>, Erişim Tarihi: 3 Mart 2021.
- Küçük, Şaban**, 'Katma Değer Vergisinde Takas ve Trampa İşlemi, <http://www.vergi.tc/makaleDetay/SizdenGelenler/KATMA-DEGER-VERGISINDE-TAKAS-VE-TRAMPA-ISLEMI-/5e618240-ee56-4e92-8e7a-900db2969d2a>, Erişim Tarihi: 25 Ocak 2021.
- Kocaman, Arif**, Alacağın Temlikinin Benzer Üçlü İlişkiler Karşısındaki Teorik Sınırı Sorunu, BATİDER Yayınları, Ankara 1989.
- Koç, Emel**, Takas Büyümüş Barter Olmuş, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/hgdmakale/2008-1/3.pdf> s. 30-35 Erişim Tarihi 15 Şubat 2021
- Макаров, Валерий ve Клейнер, Георгий**, Бартер в российской экономике: особенности и тенденции переходного периода (Rus ekonomisinde barter: Geçiş döneminin özellikleri ve eğilimleri), <http://www.cemi.rssi.ru/publication/preprint/wp96006t.php>, Erişim Tarihi: 20 Şubat 2021.
- Malitz, Phyllis**, The Business of Barter' (1998) Journal Of Accountancy, <https://www.journalofaccountancy.com/issues/1998/mar/malitz.html>, Erişim Tarihi: 9 Mart 2021.
- Nomer, Haluk**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 12. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2012.
- Oğuzman, M. Kemal ve Öz, Turgut**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2012.
- Oktay, Saibe**, İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması, *İHFM*, 55 (1996), s. 263-296.
- Öney, Ayhan**, *İktisadi ve Ticari Deyimler Sözlüğü*, Nadirkitap, Ankara 1976.
- Özeroğlu, Ali İhsan**, Barter'ın Türk Finans Sektöründe Yeri ve Uygulanabilirliği, *International Journal of Economic and Administrative Studies*, 7 (13), s. 115-132.
- Özlük, Betül**, Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27 (1), s. 139-166.

- Sürmen, Yusuf ve Kaya, Uğur**, 'Barter Muhasebe İşlemleri', *Vergi Dünyası*, (239), s. 130-139.
- Tandoğan, Haluk**, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- Tanrıver, Süha**, Genel Vekâlet (Temsil) Özel Vekâlet (Temsil) Ayırımı, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan), 2 (1-2), s. 45-50.
- Tekşen, Ömer**, Barter İşlemlerinin Muhasebeleştirilmesi ve Vergilendirilmesinin Yeni Finansal Tekniklerle Karşılaştırılarak İncelenmesi: Bir Araştırma, SDÜ SBE, Doktora Tezi, Isparta 2006.
- Saka, Nurdan**, Barter Sözleşmesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2017.
- Uyan, Özgül**, İş Dünyası'nın Yeni Pusulası: Barter Sistemi, Bakırköy Yenises Gazetesi, (29).
- Uzun, Fedai**, Barter Sistemi ve Küçük ve Orta Boy İşletmelerde Uygulanabilirliği: Türkiye Örneği, GÜ SBE, YL Tezi, Ankara 2010.
- Yakovlev, Andrey**, Barter in the Russian Economy: Classifications and Implications, *Post Communist Economies*, 12 (3), s. 279-291.
- Yavuz, Cevdet, Özen, Burak ve Acar, Faruk**, *Türk Borçlar Hukuku- Özel Hükümler*, Beta Yayınları, İstanbul 2007.
- Yayla Ozanemre, Tolunay Hatice**, Borcun Naklinin Borca İlişkin Benzer Etkili Diğer Hukuki Kurumlar Karşısında Teorik Sınırları, *Marmara Üniversitesi HFHAD*, 22 (3), s. 2937-2958.
- Zevkliler, Aydın**, *Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri*, 10. Bası, Turhan Kitapevi, Ankara 2008.
- Zevkliler, Aydın ve Gökyayla, Emre**, *Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, Ankara 2010.
- <http://www.yatirimbarter.com.tr/barter-ceki-nedir,MD_3.html> Erişim Tarihi 24 Haziran 2020.
- <<https://www.irta.com/about/achievements/>> Erişim Tarihi 22 Ekim 2020
- <<http://www.turkbarter.com/page/irta>> Erişim Tarihi 21 Ekim 2020
- <<http://english.turkbarter.com/551.aspx>> Erişim Tarihi 21 Ekim 2020
- <<http://haberindeks.com/haber-merkezi/haber/turk-barter-international/tuerk-barter-yonetim-kurulu-baskani-msirri-simsekin-doktora-tezi/25282>> Erişim Tarihi 21 Ekim 2020

- <<https://www.barternewsweekly.com/2016/05/barter-trade-deal-russia-thailand/>> Erişim Tarihi 21 Ekim 2020
- <http://www.yatirimbarter.com.tr/barter-nedir,YT_5.html> Erişim Tarihi 10 Ağustos 2020
- Федеральный закон "Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности" N 164-ФЗ от 8 декабря 2003 года, <<http://economy.gov.ru/minec/activity/sections/foreigneconomicactivity/fz164#>, > Erişim Tarih 18 Eylül 2020
- <<http://base.garant.ru/10300100/>> Erişim Tarihi 18 Ağustos 2020
- <<http://base.garant.ru/11900721/>> Erişim Tarihi 18 Ekim 2020
- <http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_39793/add8003b23a73e9d84ec06f9d8ba54fbb57d4abc/> Erişim Tarihi 22 Ekim 2020
- <<http://www.tks.ru/news/law/2007/07/24/0006/print>> Erişim Tarihi 22 Ekim 2020
- <https://rulaws.ru/acts/Pismo-FNS-RF-ot-31.05.2005-N-MM-6-03_450/> Erişim Tarih 24 Ekim 2020
- <<http://base.garant.ru/10200995/>> Erişim Tarihi 22 Ekim 2020
- <<http://base.garant.ru/737760/#ixzz5re9n7ufG>> Erişim Tarihi 23 Ekim 2020
- <<http://base.garant.ru/737760/>> Erişim Tarihi 23 Ekim 2020
- "Exchange (goods or services) for other goods or services without using Money" (2020) <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/barter>> Erişim Tarihi 14 Ekim 2020.
- <<https://tr.wikipedia.org/wiki/Broker>> Erişim Tarihi 12 Temmuz 2020.

YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA ZİNA SEBEBİYLE BOŞANMADA MANEVİ TAZMİNAT İSTEMİ

*Claims for Non-Pecuniary Damages in Divorce due to Adultery in the light of
Supreme Court Judgments*

Zeynep Şeyma CEYLAN*

ÖZET

Evlilik devam ederken, eşlerden birinin evlilik dışı cinsel ilişkide bulunmasını ifade eden zina, Türk Medeni Kanunu'nda kusura dayalı, mutlak bir boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir (TMK 161). TMK 174/II uyarınca “Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir”. Zina fiili, yargı kararlarında ve doktrinde kişilik hakkına yönelik bir saldırı olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla zina fiili sebebiyle kişilik hakkı saldırıya uğrayan eş, zina yapan eşten manevi tazminat talep edebilir. Bununla birlikte aldatılan eş, 06.07.2018 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı uyarınca zinanın tarafı olan üçüncü kişiden manevi tazminat talep edemez (2017/5 E., 2018/7 K.). Bu çalışmada zina sebebiyle talep edilen manevi tazminata ilişkin özellikler arz eden durumlar ve bazı sorunlu hususlar Yargıtay kararları ışığında ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Zina, Boşanma, Manevi Zarar, Kişilik Hakkı, Sadakat Yükümlülüğü.

* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Programı Öğrencisi,
E-posta: zseymaceylan@gmail.com,
ORCID-ID: 0000-0002-8216-3123.

ABSTRACT

Adultery, which refers to nonmarital sexual intercourse by one of the spouses while the marriage is in progress, is regulated in the Turkish Civil Code as an absolute ground for divorce based on fault (TCC 161). According to TCC 174/II, “The party whose personal rights have been attacked due to the events leading to the divorce may request the payment of an appropriate amount of money as moral compensation from the other defective party”. The act of adultery is accepted as an attack on personal rights in judicial decisions and doctrine. Therefore, the spouse whose personal rights have been attacked due to the act of adultery may demand non-pecuniary damages from the adulterer. However, the deceived spouse cannot claim non-pecuniary damages from the third party of the adultery according to the Judgment of General Assembly on the Unification of Judgments of the Turkish Supreme Court dated 06.07.2018 (Docket No. 2017/5, Decision No. 2018/7). In this study, some problematic issues regarding the non-pecuniary damages claimed due to adultery are discussed in the light of the Supreme Court judgments.

Keywords: Adultery, Divorce, Non-Pecuniary Damages, Personal Rights, Obligation of Loyalty.

GİRİŞ

Sadakat yükümlülüğü, eşlerin evlilik birliğini sürdürürken gözetmeleri gereken en önemli yükümlülüklerden biridir. Sadakat yükümlülüğünün ağır bir ihlali olan zina; aldatılan taraf için güven sarsıcı, onur kırıcı ve evlilik birliğini sürdürmeyi engelleyici nitelikte bir eylemdir. Zina sebebiyle boşanma davası açılabileceği TMK 161 hükmünde açıkça düzenlenmiştir. Onur kırıcı ve güven sarsıcı bu eylem sebebiyle kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf manevi tazminat talebinde de bulunabilir (TMK 174/II). Bununla birlikte zina eylemine katılan evlilik birliği dışındaki üçüncü kişiden manevi tazminat talep edilmesinin mümkün olup olmayacağı konusunda açık bir hüküm yoktur. Açık bir hüküm olmaması sebebiyle yıllar içinde ortaya çıkan

çelişkili Yargıtay kararları ve doktrindeki farklı görüşler, büyük tartışmalara sebep olmuş ve nihayetinde içtihadın birleştirilmesi ihtiyacını doğurmuştur. Manevi tazminat konusunda TBK 58’de genel bir hüküm getiren kanun koyucunun TMK 174’te boşanma hali için özel nitelikte bir manevi tazminat hükmü öngörmesi de boşanmada manevi tazminat istemini özellikli kılmıştır.

Zina sebebiyle boşanmada manevi tazminat hususunu konu edindiğimiz bu çalışmada; ilk bölümde zina sebebiyle boşanma, ikinci bölümde boşanma sebebiyle talep edilen manevi tazminatın şartları ve zina sebebi özelinde görünümü, üçüncü bölümde zina sebebiyle manevi tazminat isteminde özellik arz eden durumlar ve son bölümde de zina sebebiyle manevi tazminat istemindeki güncel gelişmeler ele alınmıştır.

I. ZİNA SEBEBİYLE BOŞANMA

Tarafların veya yalnızca bir tarafın istemi üzerine evlilik birliğinin mahkeme kararı neticesinde sona erdirilmesi olarak tanımlanabilen boşanma¹, yalnızca Kanunda sınırlı sayıda öngörülen (*numerus clausus*) sebeplerden birine dayanılarak açılan dava sonunda söz konusu olabilir. Türk Medeni Kanunu’nda boşanma sebepleri m. 161- m. 166 aralığında, altı maddede düzenlenmiştir². Bu sebeplerden ilki

¹ Mustafa Dural, Tufan Öğüz, Mustafa Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, 16. Bası, İstanbul, 2021, s. 104; Turgut Akıntürk, Derya Ateş, **Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku**, 21. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 235; Mehmet Erdem, **Aile Hukuku**, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 100; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Aile Hukuku**, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 89-90; Serap Helvacı, “İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri”, **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İkinci Cilt**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2002, s. 1151-1169, s. 1156.

² Boşanma sebepleri doktrinde kabul edilen ayrıma göre genel boşanma sebepleri ve özel boşanma sebepleri olarak ikiye ayrılmaktadır. Buna göre zina (TMK 161), hayata kast pek kötü veya onur kırıcı davranış (TMK 162), suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (TMK 163), terk (TMK 164) ve akıl hastalığı (TMK 165) özel boşanma sebepleri; evlilik birliğinin temelinden sarsılması (TMK 166) genel boşanma sebebidir. Bkz. Dural, Öğüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 105; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 243; Helvacı, **a.g.m.**, s. 1156 vd.; Erdem, **a.g.e.**, s. 100; Bilge Öztan, **Aile Hukuku**, Turhan Kitabevi, 6. Bası, Ankara, 2015, s. 644. Eski Medeni Kanun (713 sayılı Türk Kanunu Medenisi) döneminde de bu ayrım aynı şekilde kabul edilmekteydi.

olarak düzenlenen zina, eşlerden birinin evlilik birliği devam ederken karşı cinsten bir kişi³ ile kendi isteğiyle⁴ cinsel ilişkide bulunması olarak tanımlanabilir⁵.

Bkz. Selahattin Sulhi Tekinay, **Türk Aile Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1971, s. 151.

- ³ Doktrinde genel olarak kabul edildiği üzere aynı cinsten kişi ile cinsel ilişki zina olarak değerlendirilmez. Bu yönde bkz. Dural, Ögüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 106; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 246; Helvacı, **a.g.m.**, s. 1157; Öztan, **a.g.e.**, s. 645; Zafer Zeytin, Ömer Ergün, **Türk Medeni Hukuku**, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 201; Ali İhsan Özüğür, **Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler- Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 95; Bilal Köseoğlu, Köksal Kocağa, **Aile Hukuku ve Uygulaması**, TBB Yayınları, Ankara, 2009, s. 33. Yargıtay'ın da bu görüşü destekler nitelikte kararları bulunmaktadır. Bkz. Yarg. 2. HD, E. 2014/17833, K. 2015/8438, T. 27/4/2015, "Zinanın varlığı için, eşlerden birinin karşı cinsten başka bir kimse ile cinsel ilişkide bulunması ... gerekir." Bu yönde bkz. Yarg. 2. HD, E. 2009/19858, K. 2010/3834, T. 02.03.2010 (Yargıtay Bilgi Bankası, Çevrimiçi), E.T. 11.02.22. Aynı cinsten kişi ile cinsel ilişki zina olarak değerlendirilmediği için boşanma sebebi olarak zinaya dayanılmaz. Ancak doktrinde kabul edildiği üzere bu durumda özel boşanma sebebi olarak haysiyetsiz hayat sürme sebebine, genel boşanma sebebi olarak evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayanılabilir. Bkz. Dural, Ögüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 106; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 246; Helvacı, **a.g.m.**, s. 1157; Badur, Ertem, **a.g.m.**, s. 106; Köseoğlu, Kocağa, **a.g.e.**, s. 34. Yargıtay'ın da eşcinsel ilişki durumunda evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayanılabileceğine hükmettiği bir kararı hakkında bkz. <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/yargitay-lezbiyen-iskiyi-bosanma-nedeni-saydi-5771143>, (Çevrimiçi), E.T. 11.02.22. Zina kavramının geniş yorumlanarak aynı cinsten kişilerin cinsel ilişkiye girmesinin de bu kapsamda sayılması gerektiği yönünde bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 92; Erdem, **a.g.e.**, s. 102; Ömer Uğur Gençcan, **Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 150; İsmail Dede, "Türk Boşanma Hukukuna Farklı Bir Yaklaşım: Zina ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Arasındaki Keskin Sınır", **MÜHF-HAD, Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU'na Armağan**, C. 23, S. 3, 2017, s. 643-664, s. 660 vd.; Hakkı Mert Doğu, "Eşin Aynı Cinsten Biriyle Yaşadığı Cinsel İlişkinin Bazı Boşanma Sebepleri Bakımından Değerlendirilmesi", **KTO-KUHFD**, C. 4, S.1, 2019, s. 85-94, s. 88 vd. Bununla birlikte Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, yakın tarihli bir kararında (E. 2016/6730, K. 2017/565, T. 17.01.2017), ilk derece mahkemesinin eşcinsel ilişkiyi zina kabul ederek boşanmaya hükmetmesini onamıştır. İlk derece mahkemesi, kararında (İzmir 16. Aile Mahkemesi, E. 2014/495, K. 2015/844, T. 17.12.2015), "... zina eylemi yönünden cinsel ilişkide bulunulan şahsın cinsiyetinin bir önem arz etmediği, bu hali ile davacı-birleşen dosya davalısının zina eylemi sübuta ermiş olmakla davalı birleşen dosya davacısı ...'un zina nedenine dayalı boşanma davasının kabulüne karar vermek gerekmiştir." demiştir. Kararın ilgili kısmı için bkz. <https://www.hukukihaber.net/zina-sebebiyle-bosanma-davasimakale,8981.html> (Çevrimiçi), E.T. 11.02.22. Eşcinsel ilişkinin zina veya haysiyetsiz hayat sürme olarak nitelendirilmesi, boşanmanın sonuçları bakımından önem arz eder. TMK 236/II hükmüne göre "Zina veya hayata kast nedeniyle boşanma hâlinde hâkim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uy-

Evlilik birliği içinde eşlerin birbirlerine karşı en önemli yükümlülüğü, sadakat yükümlülüğüdür. Sadakat yükümlülüğü, TMK 185/III'te "Eşler ... birbirine sadık kalmak ... zorundadırlar." denilerek açıkça belirtilmiştir⁶. Sadakat yükümlülüğünü de düzenleyen TMK 185 hükmü için doktrinde Dural, "evlilik birliğinin anayasası olarak nitelendi-

gun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir". Boşanmaya, haysiyetsiz hayat sürme sebebine dayalı olarak hükmedilmesi halinde TMK 236/II hükmü uygulama alanı bulmazken, zina sebebine dayalı olarak hükmedilmesi durumunda hâkim katılma alacağının azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir. Hükme ilişkin eleştiriler ve ayrıntılı açıklama için bkz. Şükran Şıpka, Ayça Özdoğan, **Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları**, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 460-461; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 347.

- 4 Eylemin zina sayılabilmesi için kişilerin kendi isteğiyle cinsel ilişkiye girmiş olmaları arandığından, tecavüz durumunda zina sebebine dayanılarak boşanma davası açılmaz. Bu yönde bkz. Dural, Ögüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 106; Erdem, **a.g.e.**, s. 102; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 93; Öztan, **a.g.e.**, s. 647; Cem Baygın, "Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlülüğü", **1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, II. Cilt**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 731-752, s. 738; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 246. Ayrıca bkz. Yarg. 2. HD, E. 2009/4578, K. 2010/6472, T. 5.4.2010. "Dava, zina (TMK.md.161) hukuki nedenine dayalıdır. Davalı, kendisinin zorla kaçırılıp alıkonulduğunu savunmuştur. Bu konuda açılan ve görülmekte olduğu anlaşılan ... 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 2008/457 esas sayılı dava dosyasının sonucu beklenmeden eksik araştırmayla karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır." (Yargıtay Bilgi Bankası, Çevrimiçi), E.T. 17.12.20.
- 5 Dural, Ögüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 105-106; Erdem, **a.g.e.**, s. 102; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 244; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 92; Öztan, **a.g.e.**, s. 645; Oğuz Ersöz, **Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 39 vd.
- 6 TMK 185/III'te düzenlenen sadakat yükümlülüğünün emredici bir norm olduğu ve aksinin taraflarca kararlaştırılmayacağı yönünde bkz. Emel Badur, Gamze Turan Başara, "Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi", **AÜHFĐ**, C. 65, S. 1, 2016, s. 101-136, s. 105. Bununla birlikte doktrinde Serozan bu yükümlülüğe bağlanan bir yaptırım olmaması sebebiyle, sadakat yükümünü "yumuşak" ve "eksik" bir yüküm olarak nitelendirmektedir. Bkz. Rona Serozan, "Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümüne Aykırılıktan Ötürü Tazminat Talebine Yer Olabilir Mi?", **İKÜHFĐ**, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan Özel Sayısı, C. 15, S.1, 2016, s. 451-458, s. 452; Rona Serozan, Başak Başoğlu, Berk Kapancı, "Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi", **İKÜHFĐ**, Prof. Dr. İlhan Ulsan'a Armağan, C. 15, S. 2, 2016, s. 531-560, s. 533. TMK 185'te düzenlenen hükümlerin yaptırımdan yoksun olmadığı yönünde bkz. Murat Doğan, "Türk Medenî Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler", **AÜHFĐ**, C. 52, Sa. 4, 2003, s. 93-129, s. 99. Bu hususta ayrıntılı açıklama ve değerlendirme "4. Zina Sebebiyle Manevi Tazminat İsteminde Güncel Gelişmeler" başlığı altında yapılacaktır.

rebileceğimiz temel norm” demektedir⁷. Bu anlamda sadakat yükümlülüğü TMK 2’de düzenleme alanı bulan dürüstlük kuralının evlilik birliğindeki görünüm biçimidir⁸. Zina, sadakat yükümlülüğüne dahil olan cinsel sadakatin en ağır ihlal biçimidir⁹. Sadakat yükümlülüğüne yönelen ağır bir ihlal olması sebebiyle zınayı suç olarak kabul eden hukuk sistemleri bulunmaktadır. Türk ceza hukukunda da 765 sayılı eski Ceza Kanunu’nda 440. madde ve devamı hükümlerinde zina eylemi suç olarak düzenlenmekteydi. Evli kadının zinası (eCK 440) ile evli erkeğin zinası (eCK 441) ayrı suçlar kabul edilerek ayrı hükümlere tabiydi. 23.09.1996, 1996/15 E., 1996/34 K. sayılı Anayasa Mahkemesi kararı¹⁰ ile evli erkeğin zinası (eCK 441), 23.06.1998 tarih, 1998/3 E., 1998/28 K. sayılı Anayasa Mahkemesi kararı¹¹ ile de evli kadının zinası (eCK 440), iptal edilmiştir¹². 5237 sayılı (yeni) Türk Ceza Kanunu’nda ise zina eylemi bir suç olarak düzenlenmemiştir.

⁷ Dural, Ögüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 165. Aynı yönde bkz. Doğan, **a.g.m.**, s. 98 vd.; Ersöz, **a.g.e.**, s. 33.

⁸ Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, 14. Bası, İstanbul, 2019, s. 161 vd.; Öztan, **a.g.e.**, s. 198-199; Badur, Turan Başara, **a.g.m.**, s. 104.

⁹ Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 245; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 92; Erdem, **a.g.e.**, s. 102; Badur, Turan Başara, **a.g.m.**, s. 106; Baygın, **a.g.m.**, s. 735. Bu yönde bkz. Yarg. 4. HD, E. 2014/1656, K. 2014/17564, T. 22/12/2014, “Eşler evlenmekle birbirlerine karşı cinsel anlamda sadakat yükümlülüğü altına girerler. (MK.185/III) Bu yükümlülüğün ihlali halinde diğer eş TMK 161 maddesine dayalı olarak zina nedenine dayalı boşanma davası açar ve bu davada MK 174/2 maddesinde düzenlenen manevi tazminat isteminde bulunabilir.” (Yargıtay Bilgi Bankası, Çevrimiçi), E.T. 17.12.20.

¹⁰ 22860 sayılı R.G., <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22860.pdf> , E.T. 28.11.20.

¹¹ 23638 sayılı R.G., <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23638.pdf> , E.T. 28.11.20.

¹² 765 sayılı eski Ceza Kanunu’nda evli kadının zinasının suç teşkil etmesi için zina fiilinin yalnızca bir kere gerçekleşmiş olması yeterliken evli erkeğin zinasının suç teşkil edebilmesi için süregelen bir ilişkinin (itiyadi zinanın) varlığı aranmaktaydı. Bu durumun Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülerek, evli erkeğin zinasının (eCK 441) suç olmaktan çıkarılması için yapılan ilk anayasal başvuru 1961 Anayasası dönemindeydi. Anayasa Mahkemesi, Pötürge Asliye Ceza Mahkemesi’nin 1967 tarihli başvurusu üzerine yaptığı değerlendirmesiyle 28/11/1968 Tarihli ve 1968/13 Esas, 1968/56 Karar sayılı kararında iptal isteminin reddine karar vermiştir (Karar için bkz. <https://normkararlarbilgi.bankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1968-56-nrm.pdf>, E.T. 04.02.2021). Sonrasında evli erkeğin zinası suçuna ilişkin olarak yine aynı gerekçeyle eşitlik ilkesine aykırılık nedeniyle yapılan başvuru neticesinde 1996 yılında Ana-

Kanun koyucu tarafından da zina, cinsel sadakate yönelik ağır bir ihlal olarak kabul edilmiş ve kusura dayalı mutlak bir boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir¹³. Mutlak bir boşanma nedeni olduğu için, zina eyleminin gerçekleşmiş olduğunun ispat edilmesi halinde hâkim tarafından başkaca bir sebep aranmadan boşanmaya hükmedilecektir¹⁴. Bu durumda evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığı araştırılmaz¹⁵.

Mutlak bir boşanma sebebi olarak zina sebebiyle boşanmaya karar verilebilmesi için eylemin cinsel birleşme seviyesinde olması gerekir. Bu anlamda yalnızca yakınlaşma veya flört olarak adlandırılan, cinsel ilişki seviyesine varmayan eylemler zina olarak kabul edilmez¹⁶; ancak sadakat yükümlülüğüne aykırı eylemler oldukları için

yasa Mahkemesi, eCK m. 441'in iptaline karar vermiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 23/9/1996 Tarih ve 1996/15 E., 1996/34 K. sayılı kararı, bkz. dn. 10.). Konuyla ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. İhsan Baştürk, "Türk Anayasa Yargısı Perspektifiyle Erkeğin Zinası Suçu", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 8(1) 2018, s. 27-46, s. 35 vd. Evli erkeğin zinasının suç olmaktan çıkarılması üzerine Kanun'da evli kadının zinasının suç olarak yer alması, eşitlik ilkesine aykırılığı derinleştirmiştir. Bunun üzerine eşitlik ilkesine aykırılık sebebiyle anayasal başvuruda bulunulmuştur. Bu hususta Anayasa Mahkemesi'nin 1998'te verdiği kararıyla eCK m. 440 da iptal edilmiştir (Anayasa Mahkemesi'nin 23.06.1998 tarih, 1998/3 E., 1998/28 K. sayılı kararı, bkz. dn. 11).

¹³ Boşanma konusunda kusurun kaldırılması ve tek bir boşanma sebebinin (evlilik birliğinin temelinden sarsılması) bulunması önerilerini içeren boşanmaya farklı bir yaklaşım için bkz. Haluk Burcuoğlu, "Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler", **İÜHF**, C. 48, S. 1-4, 1983, s. 113-140, s. 115 vd. Kusur ilkesinin getirdiği sorunlar için bkz. Saibe Oktay Özdemir, "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı", **Public and Private International Law Bulletin**, C. 35, S. 1, 2015, s. 29-46, s. 33 vd.

¹⁴ Eşlerin uzun süredir birbirlerinin zinasına ses çıkarmaması da bu duruma istisna teşkil etmemelidir. Sonradan eşlerden birinin zinaya dayalı boşanma davası açması durumunda -son eyleme yönelik bir af iradesi olmadıkça- başkaca sebep aranmadan boşanmaya hükmedilmesi gerekir.

¹⁵ Erdem, **a.g.e.**, s. 101; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 91; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 244; Zeytin, Ergün, **a.g.e.**, s. 201.

¹⁶ Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 245; Erdem, **a.g.e.**, s. 103; Özüğür, **a.g.e.**, s. 94. Yarg. 2. HD, E. 2011/17357, K. 2012/26603, T. 9.11.2012. "Toplanan delillere göre; davalı kadının barışmadan sonraki "Beşir" adlı kimseyle görüşmesinin ise zina aşamasına ulaşmadığı, bu davranışın güven sarsıcı davranış aşamasında kaldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, davacının Türk Medeni Kanunu'nun 161. maddesinde düzenlenen zina hukuki sebebine dayalı olarak açılmış davasının reddine karar verilmesi

açılacak boşanma davasında evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayanılabilir¹⁷.

İlişkiye teşebbüsün zina sayılıp sayılmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bazı yazarlar, “cinsel ilişki” kavramının dar yorumlanmaması gerektiğini; aksi halde zina sebebine dayanmanın çok güç olacağını belirtmektedir. Bu sebeple bu görüşteki yazarlar, henüz hazırlık aşamasında olunmasını da cinsel ilişki olarak kabul etmektedir¹⁸. Bununla birlikte ilişki gerçekleşmediği için ilişkiye teşebbüsün zina sayılamayacağını savunanlar da vardır¹⁹. Yargıtay da teşebbüs aşamasında görülmenin zinaya karine teşkil ettiğini kabul etmektedir²⁰. Kanaatimizce Yargıtay’ın yaklaşımı yerindedir. Aksi halde zina sebebine dayalı boşanmanın kapsamı oldukça daralır.

Zina sebebine dayanabilmek için eylemin cinsel ilişki seviyesine varması gerektiği kabul edilmekle²¹ birlikte, bu ilişkinin ispatı kolay olmamaktadır. Kişinin cinsel hayatının en mahrem alanı olması sebe-

gerekirken; yetersiz gerekçeyle kabulü de isabetsiz olmuş; bozmayı gerektirmiştir.” (Yargıtay Bilgi Bankası, Çevrimiçi), E.T. 28.11.20.

¹⁷ Dural, Ögüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 107; Erdem, **a.g.e.**, s. 101; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 93; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 244; Öztan, **a.g.e.**, s. 647; Özüğür, **a.g.e.**, s. 94; Zeytin, Ergün, **a.g.e.**, s. 201. Doktrinde kadının kocasının izni olmadan yapay dölleme yapması halinde zina sayılmayacağı belirtilmektedir. Bkz. Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 245; Gençcan, **a.g.e.**, s. 148; Yalçınkaya, Kaleli, **a.g.e.**, s. 630; Özüğür, **a.g.e.**, s. 94. Zina olarak kabul edilemeyeceği ancak onur kırıcı davranış olabileceği yönünde bkz. Kumru Kılıçoğlu Yılmaz, “Yapay Döllemede Soybağı Sorunu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 10, S. 104, s. 43-47, 2015, s. 46.

¹⁸ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 92-93; Gençcan, **a.g.e.**, s. 147; Özüğür, **a.g.e.**, s. 96.

¹⁹ Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 245; Namık Yalçınkaya, Şakir Kaleli, **Boşanma Hukuku, Cilt I**, Türk Hava Kurumu Basımevi, Ankara, 1987, s. 633; Ersöz, **a.g.m.**, s. 233.

²⁰ Yarg. 2. HD, E. 1993/7903, K. 1993/7941, T. 23.9.1993. “*Büyük bir gizlilik içinde oluşması doğal olan zina fiilinin tam bir görgüye dayanarak kanıtlanması pek nadir olmaktadır. Zina olayının varlığı bazı ip uçları, tavır ve davranışlardan çıkarılacak karinelerle kabul edilmelidir. Bu itibarla, zina için gerekli ortama girilmiş ancak elde olmayan nedenlerle eylemin tamamlanamamış olması, bir başka anlamla eylemin eksik kalkışma derecesinde kalması da zina sebebiyle boşanma için yeterlidir* (Y. 2. HD.’nin 20.9.1976 tarihli, 5323-6399 sayılı kararı). Maddi olayda, davalı bir başka erkekle yatak odasında yarı çıplak olarak yakalanmıştır. Belirlenen karine zina sebebiyle boşanma için yeterli bir nedendir.” (HukukTürk, Çevrimiçi), E.T. 16.1.21.

²¹ Cinsel ilişki seviyesine varmayan eylemler zina olarak kabul edilmez. Bkz. dn. 16 ve bu dipnota bağlı metin.

biyle delillere ulaşmak oldukça zordur. Bununla birlikte zina sebebine dayalı boşanmada her türlü delille ispat mümkün kabul edilmektedir²². Doktrinde bu deliller için; e-postalar, mektuplar, tanık ifadeleri, fotoğraflar, doğan çocuğun DNA testi sonucu gibi örnekler verilmiştir²³. Ancak kişinin fotoğrafı, ses kaydı, video kaydı veya günlüğü gibi delillere dayanılması konusunda delilin hukuka uygun olup olmadığına tespiti gerekir. Zira bu delillere dayanılması kişilik hakkını ihlal ediyorsa bu tür deliller hukuka aykırı olarak kabul edilir²⁴. Usul hukuku bakımından da hukuka aykırı kabul edilen delil ispatta dikkate alınmaz (HMK 189/II). Yargıtay'a göre de bu delillere dayanılarak zina sebepli boşanma davası açmak mümkün değildir. Buna göre dedektif tarafından çekilen fotoğraflar²⁵, eşin bilgisayarına casus program yüklenmesi yoluyla elde edilen deliller²⁶, eşin rızası dışında kaydedilen cd²⁷ gibi deliller hukuka aykırı oldukları için ispatta dikkate alınmazlar²⁸. Bununla birlikte sosyal medyada alenileştirilerek payla-

²² Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 246; Öztan, **a.g.e.**, s. 649; Gençcan, **a.g.e.**, s. 159; Yalçınkaya, Kaleli, **a.g.e.**, s. 639-641; Badur, Ertem, **a.g.m.**, s. 106; Özuğur, **a.g.e.**, s. 99.

²³ Öztan, **a.g.e.**, s. 649; Yalçınkaya, Kaleli, **a.g.e.**, s. 640-641; Badur, Ertem, **a.g.m.**, s. 106; Köseoğlu, Kocağa, **a.g.e.**, s. 34.

²⁴ Serap Helvacı, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 72.

²⁵ Dedektif tarafından çekilen fotoğrafların hukuka aykırı delil olacağı yönünde bkz. Yarg. 2. HD, E. 2018/1268, K. 2019/3978, T. 03.04.2019, "*Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle, davalı kadına yüklenen sadakat yükümlülüğüne aykırı davranış fiilinin ispatında kullanılan ve dedektif tarafından çekilen fotoğrafların hukuka aykırı delil niteliğinde olması sebebiyle kusur belirlenmesinde esas alınmayacağı, ...*" (Yargıtay Bilgi Bankası, Çevrimiçi), E.T. 17.12.20.

²⁶ Eşin bilgisayarına casus program yüklenmesi yoluyla elde edilen delilin hukuka aykırı olduğu yönünde bkz. Yarg. 2. HD, E. 2016/15763, K. 2018/4706, T. 09.04.2018, "*Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle davalı-karşı davacı kadına ait bir sosyal paylaşım sitesi hesabında yer alan görüşmelerin casus yazılım ile elde edildiğinin ve hukuka aykırı delil niteliğinde olan bu görüşmelerin kusur belirlenmesinde dikkate alınmayacağıının ...*" (Yargıtay Bilgi Bankası, Çevrimiçi), E.T. 17.12.20

²⁷ Yarg. 2. HD, E. 2018/5100, K. 2019/2582, T. 12.03.2019, "*... erkeğe yüklenen sadakat yükümlülüğüne aykırı davranış fiilinin ispatında kullanılan CD'nin hukuka aykırı delil niteliğinde olması sebebiyle davalı-karşı davacı erkeğe sadakat yükümlülüğüne aykırı davranış vakasının kusur olarak yüklenemeyeceği, ...*" (Yargıtay Bilgi Bankası, Çevrimiçi), E.T. 17.12.20.

²⁸ Dural, Öğüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 107.

şılan veya ortak konutta erişilebilir bir yerde bulundurulmuş fotoğraf, video, günlük hukuka uygun delil olarak kabul edilir²⁹.

İspat konusundaki zorluklar³⁰ sebebiyle Yargıtay zinaya dayalı boşanma davasında zinanın gerçekleşmesi bakımından bazı karineler kabul etmektedir. Buna göre birlikte tatile çıkmak³¹, aynı otel odasında kalmak³², düğün yapılması³³, cinsel ilişki yoluyla bulaşan bir hasta-

²⁹ Dural, Ögüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 107 vd. Bu yönde bkz. Yarg. HGK, E. 2002/617, K. 2002/648, T. 25.09.2002, "Ortak yaşanan evde bulundurulmuş not defterinin elde edilmesinde, hukuka aykırılık yoktur. Hukuka aykırı olarak elde edilen delilin değerlendirilmesi konusunda medeni usul hukukunda da geçerli olan dürüstlük kuralı esas alınarak karar verilmeli ve bu konuda her somut olayda değerlendirme yapılmalıdır. Bu konuda ihlal edilen kanun hükmü ile ispatlanmak istenen menfaat arasında amaca uygunluk hususu da esas alınmalıdır. Diğer taraftan gizli şekilde ele geçirilen tüm deliller hukuka aykırı delil olarak değerlendirilmemelidir. Örneğin, bir telefon görüşmesinde, telefondaki ses yükseltici veya ikinci bir dinleme aleti sayesinde tarafların söylediklerinin duyulması sonucu yapılan açıklamalar ve bu konudaki tanıklık geçerli olmalıdır. Kişilik hakkının ihlali sonucu elde edilen delilin kullanılmasına hakkı ihlal edilen kişi izin verirse bu delil mahkemece kullanılabilir." (HukukTürk, Çevrimiçi), E.T. 08.02.21.

³⁰ Zina eyleminin ispatlanamıyor olmasının, kadınları zina sebebine dayalı boşanma davası açmaktan caydırdığına ilişkin bir tespit için bkz. Ahmet Battal, **Boşanma Sebepleri- Bilimsel Araştırma Projesi Uygulama Sonuçları (Nihai Rapor)**, Eflatun Matbaacılık, İstanbul, 2008, s. 32.

³¹ Yarg. 2. HD, E. 2016/24076, K. 2018/10959, T. 15.10.18, "Zina sebebine dayalı olarak boşanmaya karar verilebilmesi için öncelikle; davalı eşin başka bir kişiyle cinsel ilişkiye girmesinin veya cinsel ilişkinin gerçekleştirildiğine pek muhtemel bakılan bir durum içine girdiğinin kanıtlanması gereklidir. Yapılan soruşturma ve toplanan delillerle; davalı erkeğin dava açılmadan önce başka bir kadınla birlikte birden fazla kez farklı otelerde tatil yaptıkları ve o kadınla birlikte aynı odada birlikte çekilmiş müstehcen fotoğraflarının bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu hale göre Türk Medeni Kanunu'nun 161'nci maddesinde yer alan boşanma sebebi gerçekleşmiştir. O halde; davacı kadının zina hukuksal sebebine dayalı (TMK m. 161) boşanma davasının kabul edilmesi gerekirken, yetersiz gerekçe ile reddine karar verilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir." (Yargıtay Bilgi Bankası, Çevrimiçi), E.T. 17.12.20.

³² Yarg. 2. HD, E. 2014/20635, K. 2015/9686, T. 11.5.2015, "Davalı-karşı davacı tarafından açılan karşı boşanma davası, öncelikle "zina" (TMK. m. 161), bunun kabul edilmemesi halinde "evlilik birliğinin temelinden sarsılması" (TMK. m. 166/1) sebebine dayandığına göre; sorun, davacı-karşı davalı (kadın)'ın gerçekleşen eyleminin "zina" olarak kabul edilip edilmeyeceğindedir. Mahkeme, kadının gerçekleşen bu eylemini "güven sarsıcı tutum ve davranış" olarak değerlendirmiştir. Oysa, evli bir kadının, teyzesinin oğlu da olsa otuz yaşında olan bir erkekle tatile gidip, aynı otelde kalması ve bu kişiyi bir kaç kere kocası evde yokken geceleyin müstehcen konuta alması zinaya delalet eder. Dosyadaki deliller karşısında kadının zinası gerçekleşmiştir. Öyleyse, karşı boşanma davasının "zina" (TMK. m. 161) sebebiyle ka-

lığa yakalanılması³⁴ durumlarında zina eyleminin gerçekleşmiş olduğu kabul edilir. Zinanın ispatı konusunda zina eden eşin ikrarı hâkimi bağlamaz³⁵ (TMK 184/b.3). Ancak ikrar hâkimin, zinanın gerçekleştiği yönündeki kanaatini kuvvetlendirebilir³⁶.

Zina sebebine dayanılarak boşanma davası açılabilmesi için zina eyleminin evlilik devam ederken gerçekleşmiş olması; dolayısıyla geçerli bir evlilik ilişkisinin bulunması gerekir³⁷. Bu anlamda eşin evlenmeden önceki cinsel ilişkilerinin sonradan öğrenilmesi sebebiyle zinaya dayalı boşanma davası açılmaz³⁸. Ancak koşulları varsa hata veya hile sebebiyle evliliğin iptali istenebilir (TMK 149-150)³⁹. Geçerli bir evlilik ilişkisinin bulunması konusunda evliliğin butlanla sakat olmasının bir önemi yoktur. Butlan kararı verilmeye kadarki süreçte evlilik geçerli bir evlilik gibi sonuç doğuracağından (TMK 156)⁴⁰ eşlerden birinin evlilik dışı cinsel ilişkisi zina olarak kabul edilir⁴¹. Bu-

bulü gerekirken, değerlendirmede yanılıgı sonucu Türk Medeni Kanunu'nun 166/1. maddesinden boşanma kararı verilmesi doğru olmamıştır." (Yargıtay Bilgi Bankası, Çevrimiçi), E.T. 17.12.20.

³³ Yarg. 2. HD, E. 2005 / 832, K. 2005 / 2668, T. 23.2.2005, "Davacı tanıklarının beyanlarından, davacı kadının daha önce açtığı davadan feragatından sonra davalı kocanın bir başka kadınla düğün yaparak evlendiği ve onunla birlikte yaşadığı anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanununun 161. madde koşulları oluşmuştur. Davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde reddi bozmayı gerektirmiştir." (HukukTürk, Çevrimiçi), E.T. 17.12.20.

³⁴ Gençcan, **a.g.e.**, s. 160.

³⁵ Dural, Öğüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 108; Erdem, **a.g.e.**, s. 105; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 247; Öztan, **a.g.e.**, s. 646; Helvacı, **a.g.m.**, s. 1157; Baygın, **a.g.m.**, s. 742.

³⁶ Dural, Öğüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 108; Erdem, **a.g.e.**, s. 105; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 247.

³⁷ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 93; Erdem, **a.g.e.**, s. 105; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 245; Helvacı, **a.g.m.**, s. 1157; Yalçınkaya, Kaleli, **a.g.e.**, s. 613; Gençcan, **a.g.e.**, s. 142; Özuğur, **a.g.e.**, s. 94; Ersöz, **a.g.m.**, s. 232.

³⁸ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 93; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 245; Yılmaz, Yıldırım, **a.g.e.**, s. 225.

³⁹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 93; Yılmaz, Yıldırım, **a.g.e.**, s. 225, dn. 68.

⁴⁰ TMK m. 156: "Batıl bir evlilik ancak hâkimin kararıyla sona erer. Mutlak butlan hâlinde bile evlenme, hâkimin kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurur."

⁴¹ Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 245; Dural, Öğüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 107; Helvacı, **a.g.m.**, s. 1157; Öztan, **a.g.e.**, s. 646; Yalçınkaya, Kaleli, **a.g.e.**, s. 613; Gençcan, **a.g.e.**, s. 143; Özuğur, **a.g.e.**, s. 95; Yılmaz, Yıldırım, **a.g.e.**, s. 225. Bununla birlikte bu durum evliliğin sona ermesi bakımından değil, ferî sonuçlar (maddi-manevi tazminat) bakımından anlam ifade edecektir. Bu yönde bkz. Erdem, **a.g.e.**, s. 105-106.

nunla birlikte evlenmenin yokluğu durumunda zinaya dayalı boşanma ve bu boşanmanın sonuçlarından bahsedilemez, zira evlilik yoktur/hiç var olmamıştır⁴².

Boşanma davası açılmış olması evlilik birliğini sona erdirmediği için bu süreçte gerçekleşen zina eylemi evlilik devam ederken gerçekleşmiş kabul edilir⁴³. Hatta boşanma kararı verilmiş olması dahi evlilik birliğini sona erdirmez, kararın kesinleşmesi gerekir⁴⁴. Aynı şekilde boşanma davasında ayrılığa hükmedilmesi halinde (TMK 170), birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde (TMK 197), gaiplik halinde (TMK 131) evlilik devam ettiği için evlilik dışı cinsel ilişki zinadır⁴⁵.

2. BOŞANMA SEBEBİYLE TALEP EDİLEN MANEVİ TAZMİNATIN ŞARTLARI VE ZİNA SEBEBİ ÖZELİNDE GÖRÜNÜMÜ

Kişilik hakkı ihlali sebebiyle zarar gören kişinin manevi tazminat talep edebileceği hususu TBK 58’de açıkça düzenlenmiştir. Buna göre “*Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir*”. TBK 58 ile manevi tazminat için genel bir hüküm getiren kanun koyucu, boşanma sebebiyle talep edilecek manevi tazminat için özel bir düzenleme öngörmüştür. TMK 174/II’ye göre “*Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir*”. Bu hüküm uyarınca istenecek manevi

⁴² Öztan, **a.g.e.**, s. 646; Yalçinkaya, Kaleli, **a.g.e.**, s. 613; Gençcan, **a.g.e.**, s. 142-143; Ersöz, **a.g.e.**, s. 66; Ersöz, **a.g.m.**, s. 232.

⁴³ “*Yapılan yargılama ve toplanan delillerden, mahkemenin de kabulünde olduğu üzere davacı-davalı erkeğin, ilk boşanma davası açıldıktan sonraki fiili ayrılık döneminde, Eda isimli kişi ile birlikte aynı hanede yaşamaya başladığı sabittir. Gerçekleşen bu durum karşısında başka bir kadınla karı-koca gibi fiili birlikteliği olan erkeğin zina eyleminin gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Öyleyse, kadının zinaya dayalı boşanma davasının, erkeğin sübut bulan zinası sebebiyle (TMK m. 161) kabulü gerekirken, delillerin takdirinde hataya düşülerek yazılı şekilde reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.*” Yarg. 2. HD, E. 2020/1606, K. 2020/5481, T. 09.11.2020, (Yargıtay Bilgi bankası, Çevrimiçi), E.T. 09.11.2021.

⁴⁴ Kılıçoğlu, **Aile**, s. 93; Erdem, **a.g.e.**, s. 105; Özüğür, **a.g.e.**, s. 95.

⁴⁵ Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 245; Erdem, **a.g.e.**, s. 105; Dural, Öğüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 107; Helvacı, **a.g.m.**, s. 1157; Öztan, **a.g.e.**, s. 647; Yalçinkaya, Kaleli, **a.g.e.**, s. 614; Gençcan, **a.g.e.**, s. 143-144; Özüğür, **a.g.e.**, s. 95; Yılmaz, Yıldırım, **a.g.e.**, s. 225.

tazminatın şartları boşanmanın gerçekleşmiş olması, davalının kusurlu olması, kişilik hakkının saldırıya uğramış olması, boşanmaya neden olan olay ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması ve manevi tazminatın bir miktar para olması olarak sayılabilir.

2.1. Boşanmaya Karar Verilmiş Olması

TMK 174/II kapsamında manevi tazminat talebinde bulunabilmek için boşanmanın gerçekleşmiş olmasının gerekip gerekmediği konusu önem arz etmektedir. Hükmün lafzı “*Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden*” şeklinde olduğu için doktrinde bazı yazarlarca muhakkak boşanmanın gerçekleşmiş olmasının gerektiği savunulmuştur⁴⁶. Zira TMK 174/II uyarınca talep edilebilen manevi tazminat, boşanmaya bağlanan özel bir sonuçtur. Nitekim TMK 161/III, “*Affeden tarafın dava hakkı yoktur*” hükmünü içerdiği için affeden tarafın yalnızca boşanma davası değil, boşanmaya bağlı diğer davaları da açma hakkını kaybettiğini kabul etmek gerekir. Bu görüşe göre TMK 174/II uyarınca manevi tazminata hükmedilebilmesi için TMK 161/III hükmü uyarınca eşin affedilmeyip boşanma davası açılmış olması da yeterli değildir. Bu anlamda boşanma davası açılmış olsa da hâkim boşanmaya hükmetmeyip ayrılık kararı vermişse yine TMK 174/II uygulama alanı bulmaz⁴⁷. Bununla birlikte doktrinde, TMK 174/II hükmünün boşanmanın doğrudan bir sonucu olarak düzenlenmediğini, boşanma gerçekleşmeden de manevi tazminat istenebileceğini kabul eden bir görüş de vardır⁴⁸. Kanaatimizce TMK 174/II hükmü ile düzenlenen manevi tazminat, boşanmanın özel bir sonucudur. Hükmün “*Boşanmada tazminat ve nafaka*” üst başlığı altında, boşanma hükümlerinden sonra düzenlenmesi de boşanmaya bağlanan bir sonuç olduğu izlenimi vermektedir. Dolayısıyla TMK 174/II kapsamında manevi

⁴⁶ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 131; Ebru Ceylan, **Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları**, Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 98-99; Bilge Öztan, Hatice Tolunay Ozanemre Yayla, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 22.3.2017 Tarih, 2017/4-1334 Esas ve 2017/545 Karar Sayılı Kararı Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım”, **ABD**, 2017/3, s. 197-225, s. 216 vd.

⁴⁷ Öztan, Ozanemre Yayla, **a.g.m.**, s. 215.

⁴⁸ Bilgehan Çetiner, “Aldatılan Eş Manevi Tazminat Talep Edebilir Mi?”, **İKÜHFD**, C. 15, S. 2, 2016, s. 513-528, s. 516.

tazminata hükmedilebilmesi için boşanmaya karar verilmiş olması gerekir.

2.2. Davalının Kusurlu Olması

Boşanma sebebiyle manevi tazminat talep edebilmek için davalı tarafın kusurunun bulunması gerekir⁴⁹. Bu anlamda manevi tazminatın zina veya terk gibi kusura dayanan boşanma sebeplerinde söz konusu olduğunu söylemek mümkündür. Zina eden eşin kusurlu sayılabilmesi için zina eylemini bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiş olması yeterlidir⁵⁰. Bununla birlikte doktrinde hayat ve beden bütünlüğüne yönelik tehdit sebebiyle cinsel ilişkide bulunma durumunda eylemin zina sayılmayacağı belirtilmiştir⁵¹. Zira eylem, “çok ciddi ve ağır bir zorlama” üzerine gerçekleşmiştir⁵².

Davalı eşin kusurlu olması gerekmele birlikte kusurun ağır olması gerekmez⁵³, davalının kusurlu olması yeterlidir. Eski Medeni Kanun’da boşanmada manevi tazminat hususunu düzenleyen m. 143/II, TMK 174/II’ den farklı olarak tazminat talep eden eşin kusursuz olmasını aramaktaydı ancak davalının kusurunun olup olmamasına ilişkin bir hüküm bulunmamaktaydı⁵⁴. Bu anlamda kanun koyucunun önemli bir değişikliğe gittiği söylenebilir. Yeni hükme göre mane-

⁴⁹ Erdem, **a.g.e.**, s. 195; Dural, Ögüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 154; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 131; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 299; Ceylan, **a.g.e.**, s. 99; Hasan Petek, “Terke Dayalı Boşanmada Manevi Tazminat”, **DEÜHFD**, C. 12, S. 2, 2010, s. 43-78, s. 55.

⁵⁰ Kişinin cinsel ilişki yaşadığı kimsenin eşi olmadığını fark edememesi durumunda (şahısta hata) zina kastı olmadığı ve bu sebeple kusurlu olmayacağı yönünde bkz. Ersöz, **a.g.e.**, s. 83.

⁵¹ Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 246; Gençcan, **a.g.e.**, s. 154; Yalçınkaya, Kaleli, **a.g.e.**, s. 636; Özüğür, **a.g.e.**, s. 95; Ersöz, **a.g.m.**, s. 233. Bununla birlikte malvarlığına yönelik tehdit sonucu cinsel ilişkiye girilmesi zinadır. Bkz. Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 246; Gençcan, **a.g.e.**, s. 154; Yalçınkaya, Kaleli, **a.g.e.**, s. 637; Ersöz, **a.g.m.**, s. 233.

⁵² Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 246.

⁵³ Dural, Ögüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 154; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 129; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 299; Arzu Genç Arıdemir, **Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 226.

⁵⁴ eMK 143/f.2: “Bundan başka boşanmaya sebebiyet vermiş olan hadiseler **kabahatsiz** karı veya kocanın şahsi menfaatlerini ağır bir surette haleldar etmiş ise, hâkim manevi tazminat namıyla muayyen bir meblağ dahi hükmedebilir.”

vi tazminat talebi için davacı eşin kusursuz olması gerekmez⁵⁵. Davalı eş kusurlu ise davacı eşin kişilik hakkının saldırıya uğraması yeterlidir⁵⁶. Nitekim hükmün maddi tazminatı düzenleyen ilk fıkrasında (TMK 174/I) maddi tazminat talep edecek davacı eşin kusursuz veya daha az kusurlu olması gerektiği açıkça belirtilmişken, manevi tazminatı düzenleyen ikinci fıkrada davacı eşin kusuruna/kusursuzluğuna hiç değinilmemiştir. İlk fıkrada davacının kusuruna ilişkin bir düzenleme varken ikinci fıkrada davacının kusurundan/kusursuzluğundan bahsedilmemiş olması⁵⁷, kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu izlenimi vermektedir. Bu anlamda eşit düzeyde kusurlu olan davacı-

⁵⁵ Bu yönde bkz. Yarg. HGK, E. 2010/2-751, K. 2011/96, T. 13/4/2011 “743 sayılı Kanunda yer alan davacının kusursuz olması şartı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunundan çıkarılmış, davalının kusurlu olması yeterli görülmüştür.” (Yargıtay Bilgi Bankası, Çevrimiçi), E.T. 04.02.2022.

⁵⁶ TMK m. 174/f.2 gerekçesinde bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: “Maddenin ikinci fıkrası boşanma nedeniyle manevî tazminatı düzenlemektedir. Yürürlükteki maddeden farklı olarak davacının kusursuz olması şartı yasadan çıkarılmış, davalının kusurlu olması yeterli görülmüştür. Davalının kusurlu olması şartının arandığı her olayda, davacının kusursuz olması gerekeceğinden böyle bir koşulun maddede yer almasına gerek görülmemiştir. Davacının da boşanmada kusurunun bulunması genel hükümler gereğince Borçlar Kanunu’nun 42nci madde (TBK m. 50) ve devamı hükümlerinin uygulanması sonucu tazminattan indirim ya da tazminata hiç hükmetmeme sebebi sayılacaktır.” Bkz. https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_1.pdf (Çevrimiçi), E.T. 20.01.21. Gerekçenin tatmin edici olmadığını belirten Kılıçoğlu, hükmü eleştirerek hükmün tamamen kaldırılmasını ve boşanma sonucunda istenen manevi tazminatın da İsviçre Hukukundaki gibi genel hükümlere tabi olmasını önermektedir. Bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 130. Gerekçede geçen “Davalının kusurlu olması şartının arandığı her olayda, davacının kusursuz olması gerekeceğinden” ifadesi doktrinde eleştirilmiştir. Zira davalının kusurlu olduğu her olayda davacının kusursuz olması gerekmez; daha az veya eşit düzeyde kusurlu da olabilir. Davacının kusuru daha fazla olsa dahi manevi tazminat talep etme imkanının bulunması gerektiği yönünde bkz. Petek, **a.g.m.**, s. 57, dn. 32. Bununla birlikte doktrinde Dural/ Öğüz/ Gümüş, gerekçedeki bu ifadenin davacının kusursuz olmasını değil davalıya göre daha az kusurlu olmasını düzenlediğini belirtmektedir. Yazar(lar)a göre davacının kusuru belirlenen tazminatta, TBK 52’ye göre bir indirim sebebi sayılacaktır. Bkz. Dural, Öğüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 154-155.

⁵⁷ Davacının kusurundan/kusursuzluğundan bahsedilmemiş olmasının bir eksiklik olarak değerlendirilmemesi gerektiği yönünde bkz. Ömer Arbek, “Boşanmanın Mali Sonuçları”, **AÜHFD**, C. LIV, 2005, S. 1, s. 115-163, s. 136; Nafiye Yücedağ, “Yargıtay Kararları Işığında Kusurun Boşanmanın Mali Sonuçlarına Etkisi”, **Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt II: Aile Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 287-315, s. 289.

nın da manevi tazminat talep edebileceği düşünülebilir. Bununla birlikte eşit düzeyde -veya daha fazla- kusurlu olan davacı lehine manevi tazminata hükmedilmesi mümkün değildir⁵⁸. TMK 174/II hükmünün gerekçesinde bu duruma işaret edilmiş ve davacının kusurunun, belirlenen tazminatta TBK 52'ye göre indirim veya tazminata hükmedilmeme sebebi olacağı belirtilmiştir⁵⁹. Davacının kusursuz olması gerekmemekle birlikte kusurunun, oluşan zararlar karşı tarafın kusurlu fiili arasındaki illiyet bağına kesecek yoğunlukta olmamalıdır⁶⁰. Aksi halde davacı lehine manevi tazminata hükmedilmesi mümkün olmaz.

2.3. Kişilik Hakkının Saldırıya Uğramış Olması

Hükümde açıkça ifade edildiği üzere manevi tazminat talep edilebilmesi için davacı eşin kişilik hakkı saldırıya uğramış olmalıdır. Hüküm yalnızca saldırıya uğramayı aramış; saldırının ağır olması gerektiğini veya saldırı sonucunda kişilik hakkının zedelenmiş olması gerektiğini belirtmemiştir⁶¹. Kişilik hakkına yönelen saldırının ağır

⁵⁸ Dural, Öğüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 154-155. TMK 174/II hükmünün yorumundan, eşit kusur halinde tarafların manevi tazminat talep edemeyeceği sonucuna varılması gerektiği yönünde bkz. Yücedağ, **a.g.m.**, s. 289.

⁵⁹ https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_1.pdf (Çevrimiçi), E.T. 20.01.22. Dolayısıyla eşit kusurlu kabul edilmeleri halinde manevi tazminata hükmedilmeyecektir. Bkz. Yarg. HGK, E. 2017/2647, K. 2021/1161, T. 05.10.2021, "Gerçekleşen bu kusurlu davranışlar karşılaştırıldığında tarafların kusurlarının birbirine denk olduğundan bahisle, eşit kusurlu sayılmayacakları, boşanmaya sebep olan olaylarda kadının ağır, erkeğin ise az kusurlu olduğu hususu tartışmasızdır. Hâl böyle olunca tarafların eşit kusurlu olduğunun kabulü ile dosya kapsamına uygun düşmeyen bu kusur belirlemesine bağlı olarak ... erkek eşin tazminat taleplerinin reddine karar verilmesi açıklanan yasal düzenleme ve ilkelere uygun değildir." (Yargıtay Bilgi Bankası, Çevrimiçi), E.T. 04.02.2022.

⁶⁰ Davacının kusurunun davalının kusurundan daha fazla olması halinde illiyet bağının kesileceği yönünde bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 130; Ceylan, **a.g.e.**, s. 100; Yücedağ, **a.g.m.**, s. 289; Arbek, **a.g.m.**, s. 136.

⁶¹ Erdem, **a.g.e.**, s. 194; Ceylan, **a.g.e.**, s. 96; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 131; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 299. Bununla birlikte doktrinde bazı yazarlarca boşanmaya dayalı manevi tazminat talebinde bulunabilmek için kişilik hakkının zedelenmiş olması gerektiği belirtilmiştir. Bu yönde bkz. Dural, Öğüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 154; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 299.

olması aranmaz⁶². Ancak saldırının ağırlığı tazminatın miktarını takdir ederken hâkimin göz önünde bulunduracağı hususlardan biridir⁶³.

Kanaatimizce zina sebebine dayalı boşanmada, kişilik hakkına yönelen saldırının kabulü gerekir⁶⁴. Zina, sadakat yükümlülüğünün ağır bir ihlali olması sebebiyle güven duygusunu zedelediği gibi aldatılan kişi için kandırılmış olma sebebiyle küçük düşürücü de bir eylemdir. Ayrıca zina kişinin duygusal varlığını da ihlal eden bir eylemdir.

⁶² Yargıtay da ihlalin ağır olmasına gerek olmadığını içtihat etmektedir. Bkz. Yarg. HGK, E. 2010/2-751, K. 2011/96, T. 13/4/2011; “*Kişisel değerler maddi ve manevi değerleri kapsar. Kişinin yaşam ve sağlığı gibi maddi değerler ile onur, saygınlık, özgürlükler, özel yaşam gibi manevi değerler kişisel değerler olarak kabul edilmektedir. 743 sayılı Kanun uyarınca manevi tazminat istemi için kusursuz eşin kişisel değerlerinin zedelenmesi ağır surette olmalıydı. 4721 sayılı Kanun ile ‘şahsi menfaatleri ağır bir surette haleldar olma’ deyimi ‘kişilik hakkı saldırıya uğrayan’ şeklinde değişmekle artık manevi tazminat istenebilmesi için kusursuz ya da az kusurlu eşin kişisel değerlerinin zedelenmesi şartı aranmakta olup; kişisel değerlerin zedelenmesinin ağır surette olması zorunlu değildir.*” (Yargıtay Bilgi Bankası, Çevrimiçi), E.T. 04.02.2022.

⁶³ Bu yönde bkz. Erdem, **a.g.e.**, s. 194; Ceylan, **a.g.e.**, s. 96. Kişilik hakkı zedelemesinin ağır olmasına gerek olmamakla birlikte manevi tazminatı haklı gösterecek derecede olması gerektiği yönünde bkz. Dural, Ögüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 155.

⁶⁴ Yargıtay da zina eylemini kişilik hakkına yönelen bir saldırı olarak kabul etmektedir. Zina eylemini anlaşmalı boşanma gerçekleştiikten sonra öğrenen tarafın manevi tazminat talep edebileceği yönünde bkz. Yarg. HGK, E. 2017/2493, K. 2021/108, T. 18.02.2021; “*... davacının bu tarihten sonra evlilik birliği içinde dünyaya gelen çocuğun kendisinden olmadığını öğrenerek 01.02.2008 tarihinde davalı ve küçük aleyhine soy bağının reddi talebini ileri sürdüğü, bu davanın yargılaması devam ederken 26.09.2008 tarihinde davalı aleyhine eldeki manevi tazminat istemli davayı açtığı, eldeki davanın yargılama aşamasında soy bağının reddi davasının sonucunun bekletici mesele yapıldığı, yargılama sonucunda davacının küçüğün babası olmadığı tespit edilerek davacının nüfusundan terkinine karar verildiği, kararın 05.02.2010 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır. O hâlde; boşanma kararının kesinleşmesinden sonra varlığı anlaşılan vakiyaya dayalı olarak açılan ... dava TBK’nın genel hükümleri uyarınca haksız eylemden kaynaklanan manevi tazminat istemine ilişkindir. Nitekim davacı da haksız fiil nedenine dayalı olarak tazminat talep etmiş olup, tazminat istemini yasal süresi içerisinde ileri sürmüştür. Bu hâlde; mahkemece yapılması gereken iş, boşanmanın ferî niteliğinde bulunmayan manevi tazminat istemini genel hükümlere göre asliye hukuk mahkemesi sıfatıyla inceleyerek sonucu uyarınca bir karar vermekten ibarettir.*” (Yargıtay Bilgi Bankası, Çevrimiçi), E.T. 04.02.2022.

2.4. Tazminatın Miktarı ve Şekli

TMK 174/II hükmünün açık ifadesi uyarınca boşanma sebebiyle talep edilen manevi tazminat, yalnızca bir miktar para olabilir. Dolayısıyla hâkim, bir miktar paranın ödenmesi yerine TBK 58/II'de manevi tazminat için öngörülen diğer giderim biçimlerine hükmedemez⁶⁵. Manevi tazminatın miktarı hâkim tarafından belirlenir. Hâkim bu belirlemeyi yaparken, tarafların kusurlarını, boşanmaya neden olan olayın özelliklerini, ihlalin ağırlığını, tarafların kişisel ve ekonomik durumlarını göz önünde bulundurur⁶⁶. Manevi tazminat miktarını belirlerken hâkimin takdir yetkisi (TMK 4) bulunmakla beraber, bu yetki sınırsız değildir. Manevi tazminat, zenginleşme aracı haline gelmemelidir⁶⁷.

⁶⁵ Erdem, **a.g.e.**, s. 196; Ceylan, **a.g.e.**, s. 103; Dural, Öğüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 155; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 301; Petek, **a.g.m.**, s. 58.

⁶⁶ Erdem, **a.g.e.**, s. 196; Ceylan, **a.g.e.**, s. 100-101; Petek, **a.g.m.**, s. 58. Bu yönde bkz. Yarg. HGK E. 2017/1324, K. 2020/470, T. 24.6.2020. “... Kişilik hakları hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kimse manevi tazminat ödetilmesini isteyebilir. Yargıç, manevi tazminatın tutarını belirlerken, saldırı oluşturan eylem ve olayın özelliği yanında tarafların kusur oranını, sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate almalıdır. Tutarın belirlenmesinde her olaya göre değişebilecek özel durum ve koşulların bulunacağı da gözetilerek takdir hakkını etkileyecek nedenleri karar yerinde nesnel (objektif) olarak göstermelidir. Çünkü yasanın takdir hakkı verdiği durumlarda yargıçın, hukuk ve adalete uygun (hak ve nasfletle) karar vereceği Medeni Yasa'nın 4. maddesinde belirtilmiştir.” (Yargıtay Bilgi Bankası, Çevrimiçi), E.T. 04.02.2022; Yargıtay'ın paranın alım gücünün de dikkate alınması gerektiğini içtihat ettiği kararları bulunmaktadır. Bkz. Yarg. 2. HD E. 2020/41, K. 2020/3238, T. 23.6.2020. “Tarafların tespit edilen ekonomik ve sosyal durumları, boşanmaya yol açan olaylardaki **kusur dereceleri, paranın alım gücü, kişilik haklarına yapılan saldırı ile ihlâl edilen mevcut ve beklenen menfaat dikkate alındığında** davacı kadın yararına takdir edilen maddi ve manevi tazminat azdır. Türk Medeni Kanunu'nun 4. maddesindeki hakkaniyet ilkesi ile Türk Borçlar Kanunu'nun 50 ve 51. maddesi hükmü dikkate alınarak daha uygun miktarda maddi (TMK m. 174/1) ve manevi (TMK m. 174/2) tazminat takdiridir gerekir. Bu yönler gözetilmeden hüküm tesisi doğru bulunmamıştır.” (Yargıtay Bilgi Bankası, Çevrimiçi), E.T. 04.02.2021.

⁶⁷ Yarg. 2. HD, E. 2017/6199, K. 2019/781, T. 11.2.2019. “Boşanmada manevi tazminatın amacı, boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan tarafın, bozulan ruhsal dengesini telafi etmek, manevi değerlerindeki eksilmeyi karşılamaktır. Onun için, kişilik haklarını ihlal eden fiille, tazminat miktarı arasında makul bir oranın bulunması gerekir. Bir tarafın zenginleşmesine yol açacak sonuçlar doğurur miktarda manevi tazminat takdiri, müesseseyi amacından saptırır. Hâkim, tazminat miktarını saptarken, bir yandan kişilik hakları zedelenen

Hâkimin belirlediği manevi tazminat miktarı tek seferde (defaten) ödenir, irat biçiminde ödenmesine karar verilemez (TMK 176/II). TBK 58 uyarınca söz konusu olan manevi tazminat bakımından böyle bir düzenleme öngörülmediği için kanun koyucunun boşanma sebebiyle manevi tazminatta genel hükümlerde öngörülmeyen bir düzenleme getirerek tazminat alacaklısını koruduğu söylenebilir⁶⁸. Manevi tazminatın boşanma davası ile birlikte istenebilmesi mümkün olduğu gibi daha sonra açılacak bir dava ile istenmesi de mümkündür⁶⁹. TMK 178 uyarınca “*Evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar*”. Dolayısıyla bir yıllık zamanaşımı süresine riayet etmek kaydıyla boşanma davasından sonra ayrı bir dava ile manevi tazminat talebinde bulunulabilir.

2.5. Uygun İlliyet Bağının Bulunması

Boşanmaya sebep olan olay ile uğranılan manevi zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. TMK 174 hükmünde açıkça belirtilmese dahi haksız fiil sorumluluğunun kurulabilmesi ve makul bir sınır içinde tutulabilmesi için uygun illiyet bağının bulunması zorunlu bir unsur olduğundan⁷⁰, boşanmaya sebep olan olayın zararı doğurmaya elverişli olması gerekir (TBK 49). Manevi tazminat talebinde bulunan eş, davalı eşin kusurlu hareketlerinin boşanmaya ne-

tarafın, ekonomik ve sosyal durumunu ve boşanmada kusuru bulunup bulunmadığını ve varsa kusur derecesini, fiilin ağırlığını; öbür yandan da kişilik haklarına saldırıda bulunanın kusur derecesini, ekonomik ve sosyal durumunu göz önünde bulundurmak zorundadır.” (Yargıtay Bilgi Bankası, Çevrimiçi), E.T. 04.02.2021.

⁶⁸ 1988 yılında 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde, 743 sayılı eski Medeni Kanun’a (Türk Kanunu Medenisi) göre boşanma halinde ödenecek manevi tazminatın irat şeklinde ödenmesi mümkündü. 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile manevi tazminata irat şeklinde hükmedilemeyeceği düzenlemesi getirilmiştir. Değişiklik sonrasında 4721 sayılı (yeni) Türk Medeni Kanunu hazırlanırken hüküm değişiklikten sonraki haliyle korunmuştur. Ayrıntılı açıklama için bkz. Ceylan, **a.g.e.**, s. 103.

⁶⁹ Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 301; Ceylan, **a.g.e.**, s. 101.

⁷⁰ Yeşim M. Atamer, **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması- Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1996, s. 33; Fikret Eren, **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağ Teorisi**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s. 1.

den olduğunu ispatlarsa uygun illiyet bağı kurulmuş olur⁷¹. Bu anlamda zina sebebiyle boşanmada zina eyleminin gerçekleştirilmiş olması kusurlu hareketle boşanmaya sebep olacağından, zinanın eyleminin ispatı illiyet bağının varlığı için yeterli olur.

3. ZİNA SEBEBİYLE MANEVİ TAZMİNAT İSTEMİNDE ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLAR

3.1. Boşanma Olmaksızın Zina Sebebiyle Manevi Tazminat Talep Edilmesi

TMK 174/II kapsamında manevi tazminat talebinde bulunabilmek için boşanmanın gerçekleşmiş olmasının gerekip gerekmediği konusunu yukarıda ele aldık⁷². Bu tartışma bakımından TMK 174/II'de öngörülen manevi tazminatın boşanma durumuna bağlanan özel bir sonuç olduğunu söylemek mümkündür. Bu sebeple boşanmaya hükmedilmedikçe TMK 174/II kapsamında manevi tazminat talebinde bulunulması mümkün değildir. Bununla birlikte boşanma davası açmayan eşin, eşinin zinası sebebiyle bir manevi zarara uğradığından bahisle evlilik devam ederken manevi tazminat davası açıp açamayacağı hususu bağımsız bir sorun olarak karşımıza çıkar. Bu durumda kişilik hakkını zedeleyen zina olgusunun ispatlanması koşuluyla teorik olarak TMK 24-25 ve TBK 58 kapsamında manevi tazminat davasının açılabilmesi söylenebilir⁷³. Nitekim TBK 174/II'ye de dayanılmadığı için boşanma davası açmayarak eşini zımnen affeden tarafın dava hakkı olmadığından bahisle TMK 161/III engeline takıldığı da söylenemez. Ancak evlilik birliği devam ederken bir eşin kişilik hakkının saldırıya uğraması sebebiyle diğer eşten manevi tazminat talep etmesi, birliğin mutluluğunun sağlanması bakımından tutarsız bir davranış olur⁷⁴. TMK 185/II uyarınca "*Eşler, bu birliğin mutluluğunu*

⁷¹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 132; Ceylan, **a.g.e.**, s. 100.

⁷² Bkz. 2.1. Boşanmaya Karar Verilmiş Olması.

⁷³ Eşin sadakatsizliğine karşı haksız fiil temeline dayalı önleyici kaçınma, durdurma veya tazminat davası açılmayacağı yönünde bkz. Serozan, **Evlilik**, s. 453.

⁷⁴ Boşanma olmadıkça manevi tazminat talep edilemeyeceği yönünde bkz. Dural, Öğüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 166; Etem Saba Özmen, Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, "Evlilik

elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler”. Eşler birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamakla yükümlü oldukları için teorik olarak manevi tazminat talep edilmesi mümkün olmakla birlikte, evlilik birliği devam ederken manevi tazminat talebinde bulunulması evlilik birliğini sarsabilir ve birlik içinde huzursuzluk yaratabilir⁷⁵.

Zina sebebiyle TBK 58 kapsamında manevi tazminat talep edildiğinde TMK 174/II'ye dayanılmadığı için TMK 161/III engelinin sözü konusu olmadığı söylenebilir de doktrinde Serozan, boşanma davası açmayıp aldatan eşini zımnen affeden kişinin haksız fiil temelli dava açmasının TMK 2 anlamında dürüstlük kuralına aykırı olacağını ve hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğini söylemektedir⁷⁶. Bu nok-

Kişiyile Birlikte Olan Kadına/Erkeğe Yöneltilen Manevi Tazminat Talebi ve Özellikle Konuya İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine Düşünceler”, **MÜHF-HAD, Cevdet Yavuz'a Armağan**, C. 22, S.3, 2016, s. 2361- 2376, s. 2366; Öztan, Ozanemre Yayla, **a.g.m.**, s. 216 vd.

⁷⁵ Boşanma davası açılmadan TBK 58 (eBK 49) hükmüne dayanılarak manevi tazminat talep edilebileceği yönünde bkz. Yarg. 2. HD., 2007/4578 E., 2008/4928 K., T. 09.04.2008; Yarg. 4. HD. 2011/7058 E. 2012/8739 K., T. 17.05.2012, (Yargıtay Bilgi Bankası, Çevrimiçi), E.T. 08.02.21. Bazı Yargıtay kararlarında boşanma davası açılmadan manevi tazminat talep edebileceğini belirten karşı oy kalmış görüşlere de vardır. Karşı Oy Yazısı için bkz. “Eşler nikah sözleşmesi yapmakla birbirlerine karşı cinsel anlamda sadakat yükümlülüğü altına girerler (M.K. 185/ III). Bu yükümlülüğün ihlali halinde sadakat yükümlülüğünü ihlal eden eşe karşı aldatılan eş manevi tazminat talep edebilir. Bu tür bir eylem TMK’ da boşanma nedeni olarak öngörüldüğünden aldatılan eş bunu boşanma sebebi sayabilir ve boşanmaya göre M.K. 174/2 ile manevi tazminat isteyebilir. Ancak aldatılan eş böyle bir eylem dolayısıyla boşanmaya zorlanamaz. Diğer ifadeyle aldatılan eş boşanma nedeni yapmaksızın kişisel saldırıların ihlal edildiği gerekçesiyle aldatan eşe karşı manevi tazminat talebinde bulunabilir.” Yarg. 4. HD, 2014/1656 E., 2014/17564 K., T. 22.12.14. (Yargıtay Bilgi Bankası, Çevrimiçi), E.T. 08.02.21.

⁷⁶ Serozan, **Evlilik**, s. 453. Aynı yönde Yargıtay Karşı Oy Yazısı için bkz. Yarg. 4. HD, 2014/1656 E., 2014/17564 K., T. 22.12.14; Yarg. 4. HD, E. 2015/2158, K. 2015/6693, T. 26.05.2015. “Eşler evlenmekle birbirlerine karşı cinsel anlamda sadakat yükümlülüğü altına girerler. (TMK.185/3) Bu yükümlülüğün ihlali halinde diğer eş TMK 161. maddesine göre zina sebebiyle boşanma davası açar ve bu davada TMK’nın 174/2. maddesi gereğince manevi tazminat isteminde bulunabilir. Böyle bir boşanma davası açarak eşinden tazminat alan eşin manevi zararı karşılanmış demektir. Boşanma davası açmayan eş, sadakat yükümlülüğüne uymayan eşini affetmiş demektir. Affeden eş TMK 161/son maddesine göre manevi tazminat isteminde bulunamaz.” (Yargıtay Bilgi Bankası, Çevrimiçi), E.T. 18.12.20.

tada eşin dava açmamış olmasının af olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususu ele alınması gereken bir husustur.

TMK 161/III hükmüne göre, zina eden eşini affeden tarafın dava hakkı yoktur. Af bir duygu açıklamasıdır⁷⁷ ve duygu açıklamasına kanun koyucunun sonuç bağladığı istisnai hallerden biridir⁷⁸. Af açıklaması herhangi bir şekilde tabi değildir, açık veya örtülü olabilir⁷⁹. Örneğin zina eyleminden sonra birlikte tatile çıkmışsa zina eden eşin örtülü olarak affedildiği kabul edilmelidir⁸⁰. Yargıtay, zina sonrasında eşlerin birlikte başka bir yere taşınarak evliliği sürdürmelerini af ola-

⁷⁷ Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 86; Turhan Esener, **Borçlar Hukuku-I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1969, s. 7; Gökhan Antalya, Murat Topuz, **Marmara Hukuk Yorumu, Medeni Hukuk- Cilt: I**, Ed: Gökhan Antalya, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 237; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 94; Badur, Ertem, **a.g.m.**, s. 106. Affın varması gerekli bir irade açıklaması olduğu yönünde bkz. Erdem, **a.g.e.**, s. 106; Helvacı, **a.g.m.**, s. 1159.

⁷⁸ Sözlük anlamıyla af; bir suçun, kusurun veya hatanın bağışlanmasıdır. Dolayısıyla affın söz konusu olması için önce kusurlu eylemin gerçekleşmesi gerekir. Kusurlu eylemden önce affetmek değil rıza göstermek mümkündür. Bununla birlikte zina eylemine rıza gösterilmesinin de af kapsamında olup olmadığı tartışma konusu olmuştur. İsviçre Medeni Hukuk sisteminde genel-özel boşanma sebepleri ayrımı kaldırılmadan önceki düzenlemede zina boşanma sebebi olarak düzenlenmekteydi ve 1907 tarihli eski İsviçre Medeni Kanunu'nun 137. maddesinde zina eylemine rıza gösterilmesi ihtimali değerlendirilerek zinaya rıza gösteren eşin boşanma davası açma hakkı olmadığı düzenlenmişti. (Ayrıntılı açıklama için bkz. Walter Bühler, Karl Spühler, **Berner Kommentar- Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II: Das Familienrecht**, 1. Abteilung: Das Eherecht, 1. Teilband, 2. Hälfte: Die Ehescheidung, Art. 137-158 ZGB, Stämpfli Verlag, Bern, 1980, s. 41, N. 95 vd.) Ancak 1926 tarihli 713 sayılı Türk Kanunu Medeni'sine bu hüküm alınmamıştır. Doktrinde de zina eylemine önceden rıza gösterme ahlaka aykırı kabul edilmiş ve af kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir (Bkz. Dural, Ögüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 109; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 248; Erdem, **a.g.e.**, s. 106; Gençcan, **a.g.e.**, s. 167). Nitekim mehzaz kanunda bulunmasına rağmen kanun koyucu tarafından bu konuda bir düzenleme yapılmamış olması, önceden verilen rızanın af kapsamında değerlendirilemeyeceği kanaati yaratmaktadır. Bu sebeple zinaya önceden rıza gösteren eş affetmiş sayılmaz, zinaya dayalı boşanma davası açabilir. Bununla birlikte eşini zinaya teşvik eden eşin zinaya dayalı boşanma davası açması hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğinden mümkün değildir. Bu yönde bkz. Dural, Ögüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 109; Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 248; Öztan, **a.g.e.**, s. 652-653; Baygın, **a.g.m.**, s. 740.

⁷⁹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 94; Dural, Ögüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 109; Helvacı, **a.g.m.**, s. 1159; Gençcan, **a.g.e.**, s. 166.

⁸⁰ Helvacı, **a.g.m.**, s. 1159; Gençcan, **a.g.e.**, s. 166.

rak değerlendirmektedir⁸¹. Doktrinde bu yaklaşım eleştirilmiştir⁸². Kanaatimizce de zina eylemi sonrası birlikte yaşamının bir süre sürdürülmesi affin gerçekleştiğinin kabulü bakımından tek başına yeterli değildir. Zira kişi ekonomik veya sosyal gerekçelerden ötürü eşyle birlikteliğini sürdürme zorunluğunda kalmış olabilir.

TMK 161/II' de öngörülen altı ay ve beş yıllık hak düşürücü süreler içinde boşanma davasının açılmamış olması boşanma hakkını düşürür. Bu anlamda hak düşürücü süreler dava açılmadan geçirildiğinde⁸³ zımnen affin gerçekleştiği kabul edilirse, sonradan manevi tazminat talep edilmesi TMK 2 hükmü uyarınca dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder⁸⁴. Zira affedilen olaylar sebebiyle sonradan manevi tazminat talep edilmesi hakkın kötüye kullanılmasıdır⁸⁵. Bununla bir-

⁸¹ Yarg. 2. HD, E. 2009/19942, K. 2010/21140, T. 15.12.2010 “*Davacı-davalı (koca) tarafından açılan boşanma davası, münhasıran zina (TMK.md.161) sebebine dayanmaktadır. Dinlenen davacı tanıklarının beyanlarındaki hadiseler 2005 ve 2006 yıllarına aittir. Bu olaylardan sonra tarafların başka bir yere taşındıkları ve evlilik birliğinin uzunca bir süre devam ettiği, davalı-davacı kadının en son 03.06.2008 tarihinde ortak konuttan ayrılıp, önceki evliliğinden olma çocuğunun yanında kalmaya başladığı toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Davacı-davalının, eşinin kendisi evde yokken bir başka erkeği eve aldığını bildiği halde, bu olaylardan sonra evlilik birliğini devam ettirmiş olması af niteliğindedir. Affeden tarafın dava hakkı yoktur (TMK.md.161/son). Bundan sonra birliğin devam ettiği süre zarfında davalı-davacı (kadın) ın zina eyleminin temadi ettiğine ilişkin bir delil ve tanık beyanı da bulunmamaktadır. Öyleyse zina sebebine dayanan boşanma davasının reddi gerekirken, isteğin kabulü doğru bulunmamıştır.*” (Yargıtay Bilgi Bankası, Çevrimiçi), E.T. 18.12.20.

⁸² Dural, Öğüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 109; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 95; Erdem, **a.g.e.**, s. 106.

⁸³ Dava açma süreleri geçmeden önce eşin boşanma davası açmadan haksız fiil temelli dava açarak manevi tazminat talebinde bulunması da ihtimal dahilindedir. Bu durumda henüz süreler geçmediği için affin gerçekleştiğinden de bahsedilemez. Aynı şekilde değerlendirmesi gereken bir diğer husus zina eyleminin beş yıllık hak düşürücü süre geçtikten sonra öğrenilmiş olmasıdır. Bu durumda TMK 161 hükmüne dayalı boşanma davası açılmaz. Ancak kişilik hakları ihlal edilen eşin manevi tazminat talep edebilmesi gerekir.

⁸⁴ Serozan, **Evlilik**, s. 453.

⁸⁵ Yarg. HGK, E. 2008/571, K. 2008/561, T. 24.09.2008, “*Affedilen olaylar nedeniyle manevi tazminata hükmedilemez.*” (Yargıtay Bilgi Bankası, Çevrimiçi), E.T. 08.02.22. Affeden tarafın manevi tazminat talep edememesi, manevi tazminat kurumunun amacının ne olarak kabul edildiğiyle de yakından ilgilidir. Manevi tazminatın amacının tatmin veya cezalandırma olduğunun kabulü halinde, affeden tarafın artık amacına ulaştığı ve manevi tazminat talebine yer olmadığı kabul edilmelidir. Manevi tazminatın amacı konusundaki görüşler için bkz. Arıdemir, **a.g.e.**, s. 7 vd.; Caner Taşatan, “Manevi Tazminat İsteminin Devrine Getirilen Ya-

likte doktrinde *Badur/ Turan Başara*, zina fiili affedilse bile, affin aynı fiil sebebiyle ortaya çıkan manevi tazminat hakkından da feragat edildiği anlamına gelmediğini savunmaktadır⁸⁶. Bu görüşe göre evlilik birliğinin huzurunu bozan eşin fiili TBK 49 kapsamında hukuka aykırıdır ve aldatılan eş “*sadakat yükümlülüğünü ihlâl eden eşe karşı, boşanma davâsı açmaksızın, yani evlilik birliği devam ederken, TBK’nun 58. maddesi gereğince manevî tazminat talebinde*” bulunabilir⁸⁷. Kanaatimizce affin gerçekleştiği kabul edildiğinde artık manevi tazminat istemine yer olmamalıdır.

3.2. Karşılıklı Zina Durumunda Manevi Tazminat

Her iki eşin de zina yapması durumunda her iki eş de kusurludur, her iki eş de zinaya dayalı boşanma davası açabilir ve manevi tazminat talep edebilir. Ancak karşılıklı zina halinde bir takas gerekçesi ileri sürülemez⁸⁸, yani diğer eşin de zina etmiş olması davayı düşürmez. Yargıtay’a göre karşılıklı olarak zina eden taraflardan birinin diğerinden önce zina eyleminde bulunmuş olması daha kusurlu sayılmasını gerektirmez⁸⁹. Kanaatimizce de sadakat yükümünün sınırını diğer

sal Sınırlamanın Yerindeliği”, **Sorumluluk Hukuku- Seminerler 2016**, Ed.: Başak Baysal, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 471-485, s. 477 vd.

⁸⁶ Badur, Turan Başara, **a.g.m.**, s. 122.

⁸⁷ Badur, Turan Başara, **a.g.m.**, s. 123- 124. Bu konuda Yargıtay’ın dikkat çekici bir kararı için bkz. Yarg. 4. HD. 2011/7058 E. 2012/8739 K., T. 17.05.2012, “*Dosya kapsamından; davalı eşin başka bir kadınla beraber yaşadığı, hatta ondan çocuk sahibi olduğu anlaşılmaktadır. Bu konu taraflar arasında da ihtilaflı değildir. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu 185. maddesinde mevcut olan eşlerin evlilik birliği devam ettiği sürece bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak, birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorunda olduklarına dair düzenleme ve bunun aynı zamanda sosyal ve ahlaki bir görev de olduğu dikkate alındığında davalının bu davranışı davacı eşin kişilik haklarına saldırı teşkil etmekte olup, mahkemece uygun bir miktarda manevi tazminata hükmetmek gerekirken mevcut bir boşanma davası bulunmadığı gerekçesiyle talebin reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir.*” (HukukTürk, Çevrimiçi), E.T. 07.02.22.

⁸⁸ Akıntürk, Ateş, **a.g.e.**, s. 247; Öztan, **a.g.e.**, s. 650; Baygın, **a.g.m.**, s. 743; Gençcan, **a.g.e.**, s. 155.

⁸⁹ Yarg. 4. HD, E. 1975/9250, 1975 / 9503, T. 22.12.1975, “*Tarafların başkalarıyla zina ettikleri hususunda uyumsuzluk yoktur. Aile birliğinin böylesine tahrip edici bu tutum ve davranışlarının ortak hayatı temelinden sarstığı söz götürmez. Kusur kıyaslaması yapıldığında, birisini diğerinden üstün tutmak mümkün değildir. Birini*

eşin sadakati belirlememelidir. Bu sebeple, zina eden eşine karşılık olarak zina eden kişi de kusurlu harekette bulunmuş olur. Her iki eş de kusurlu olduğu için her iki eş de manevi tazminat talep edebilir⁹⁰.

Yargıtay'ın karşılıklı zina haline rağmen karşı dava açmayan tarafın hakkını gözeterek her iki tarafın eşit kusurlu olduğuna ve bu sebeple manevi tazminata yer olmayacağına hükmettiği bir kararı bulunmaktadır⁹¹. Kanaatimizce Yargıtay'ın bu kararı isabetli değildir. Eşinin zinasına rağmen boşanma davası açmayan taraf eşini affetmiştir, evliliği sürdürme niyetindedir. Zira kendi zinasına sonuç bağlanarak evliliğin sona ermesini isteyemez. Nitekim kanuni düzenlemeye göre de "*eşlerden biri zina ederse, diğer eş boşanma davası açabilir*" (TMK 161/1). Dolayısıyla dava hakkı zina eden eşe değil, diğer eşe aittir. Bu sebeple kendisinin kusurlu hareketine dayanılarak açılan davada, affettiği zina eylemine ilişkin delil sunarak tazminata hükme-

önce zinaya başlaması da herhalde öbüründen fazla kusurlu olduğunu kabul etmek için bir gerekçe değildir. Çünkü; kusur önce veya sonra bir davranışta bulunmakla değil, davranışın niteliği ile ölçülür. Olayda iki tarafı da toplumun hiçbir bakımından hoş görmeyeceği açık sadakatsizlik içindir. Bu bakımdan birlik çekilmez hale gelmiştir. Öyle ise boşanmaya karar verilmesi zorunlu iken davanın reddedilmesi usul ve kanuna aykırıdır." (HukukTürk, Çevrimiçi), E.T. 17.1.21. Mehoz 1907 tarihli eski İsviçre Medeni Kanunu m. 137'de düzenlenen zina sebebi bakımından karşı. Bühler, Spühler, **a.g.e.**, s. 52, N. 125.

⁹⁰ Her iki eş de kusurlu olmakla birlikte eşit derecede kusurlu olmaları zorunlu değildir. Kusur dağılımı her somut olayda hâkim tarafından değerlendirilerek tespit edilir. Eşit kusur durumunda tazminata hükmedilmez. Yargıtay da tarafların eşit kusurlu olduğu hallerde manevi tazminata yer olmayacağını içtihat etmektedir (Bkz. dn 58). Her iki eş de zina etmişse manevi tazminata hükmedilemeyeceği yönünde bkz. Baygın, **a.g.m.**, s. 747; Yücedağ, **a.g.m.**, s. 294.

⁹¹ Yarg. 2. HD, E. 2011/12930, K. 2012/22444, T. 25.09.2012, "*Toplanan delillerden; davalı kocanın zina eylemine karşın, davacı kadının da evlilik henüz sona ermeden Fethi isimli şahıs ile sadakatsiz davranışlar içerisine girdiği, birbirlerine karşı sadakatsiz davranan tarafların eşit derecede kusurlu olduğu anlaşılmaktadır. Eşit kusurlu eş yararına manevi tazminata hükmedilemez (TMK.md.174/2). Bu yön nazara alınmadan davacı yararına manevi tazminata hükmedilmesi doğru olmamıştır.*", Karşı Oy: "... Değerli çoğunluğun davalı erkek eş tarafından açılan bir boşanma davası da bulunmadığı halde mutlak ve özel bir boşanma davası olan zina sebebiyle boşanma davasında, davacının kusurlarını tartışıp hele hele bu tartışma sonucu hakkında hiçbir dava açılmayan, davacı eşi eşit kusurlu duruma düşürmesi boşanma maddi ve usul hukuku ile bağdaşmaz..." (HukukTürk, Çevrimiçi), E.T. 17.1.21.

dilmemesini talep eden eşin⁹² eylemi, kanaatimizce TMK 2 hükmü kapsamında dürüstlük kuralına aykırıdır.

3.3. Zina Sebebiyle Boşanma Davası Devam Ederken Eşlerden Birinin Ölümünün Manevi Tazminat İstemine Etkisi

Manevi tazminat istemli boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümünün manevi tazminat istemine etkisinin nasıl olacağı konusunda kanun koyucu bir düzenleme öngörmemiştir. Bununla birlikte istisnai bir hükümlerle, boşanmaya kusuruyla sebebiyet veren eşin, dava devam ederken ölen diğer eşi mirasçı olamaması hususunda düzenleme getirilmiştir. TMK 181/II hükmü uyarınca boşanma davası devam ederken, ölen eşin mirasçılarından birisinin davaya devam etmesi ve diğer eşin kusurunun ispatlanması hâlinde kusurlu eş mirasçılık hakkını kaybedecektir. Hükmün gerekçesinde de bu durum “... özellikle zina, hayata kast, pek kötü davranış, haysiyetsiz hayat sürme sebeplerinden biriyle açılan boşanma davasında, davacının ölümü halinde, bu eylemlerde bulunan kusurlu davalı eşin buna rağmen mirasçı olabilmesi konusunda haksız ve adaletsiz sonuçların doğmasına da neden olabilecektir, işte bu haksız durumların önlenmesi amacıyla düzenleme getirilmiştir.” denilerek belirtilmiştir⁹³.

Zinaya dayalı boşanma davası devam ederken aldatılan eşin ölmesi halinde mirasçıların davaya devam ederek kusur sebebiyle manevi tazminat talep edip edememesinin bir sorun haline gelmesi, boşanma haline özgü bir manevi tazminat düzenlemesi getirilmesindedir. Esasen TMK 174/II hükmü sebebiyle manevi tazminat talep edilmesi münhasıran boşanma hükmüne bağlanmış bir sonuçtur. Bu sebeple boşanma hükmü olmadıkça uygulama alanı bulamaz. Ancak TMK 25/IV hükmü “Manevî tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş

⁹² Zina eyleminin affından sonra evlilik birliğini temelinden sarsan olaylar gerçekleşmişse, evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle dava açılabilir.

⁹³ https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_1.pdf (Çevrimiçi), E.T. 20.1.21.

olmadıkça mirasçılara geçmez." düzenlemesini getirmektedir⁹⁴. Hükümün mefhum-u muhalifinden mirasbırakan tarafından ileri sürülen manevi tazminat isteminin mirasçılara geçeceği anlaşılmaktadır⁹⁵. Bu halde kişilik hakkı zedelendiği iddiasıyla manevi tazminat talebinde bulunan eşin ölmesi durumunda, -mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olan- manevi tazminat isteminin mirasçılara geçeceği kabul edilmelidir⁹⁶. Zira böylesi bir durumda mirasçıların devam edeceği dava boşanma davasından ayrılmış bir manevi tazminat davasıdır. Nitekim aynı şekilde benzer bir sorun olan kusurlu eşin mirasçılık hakkını kaybında, TMK 181/II uyarınca mirasçıların devam edeceği dava bir boşanma davası değildir; sağ kalan eşin kusurunun tespitine yönelik bir davadır⁹⁷. Doktrinde *Şıpka*, mirasçıların devam edebileceği bu davanın, davalının kusurunu ve mirasçı olamayacağını tespit eden

⁹⁴ Manevi tazminat isteminin devrine ilişkin görüşler ve ayrıntılı açıklama için bkz. Taşatan, **a.g.m.**, s. 473 vd.

⁹⁵ Mirasbırakan tarafından ileri sürülen manevi tazminat istemi malvarlığına ilişkin bir talep olduğu için davaya mirasçıların devam etmesi mümkündür. Bkz. Yarg. 10. HD, 2020/7328 E., 2021/8992 K., T. 24.06.2021; Yarg. 3. HD, 2021/3987 E., 2021/11402 K., T. 15.11.2021; Yarg. 17. HD, 2017/4417 E, 2019/9676 K., T. 21.10.2019; "Yalnız ölen tarafı ilgilendirmeyen, yani mirasçıları da ilgilendiren, mirasçıların malvarlığı haklarını etkileyen davalar tarafın ölümü ile konusuz kalmaz. Bu davalara ölen tarafın mirasçılarına karşı veya mirasçıları tarafından devam edilir. Mirasçıları ilgilendiren davalar, ölen tarafın mirasçılarına geçen alacakları; hakları ve mallarına ilişkin davalardır. Bu halde, ölen tarafın mirasçıları, davayı mecburi dava arkadaşı olarak hep birlikte takip ederler. Dava devam ederken davacı ölürse, davacının mirasçıları, davayı mecburi dava arkadaşı olarak hep birlikte takip ederler. Davalı ölürse davayı davalının mirasçılarının hepsine karşı birlikte devam ettirilir. ... Açıklanan hukuki ve maddi vakıalar karşısında mahkemece; ... davacının malvarlığına ilişkin olan tazminat haklarının mirasçılarına geçtiği gözetilerek, davacının yasal mirasçılarının davaya dahil edilmesi ile taraf teşkilinin sağlanması ve yargılamaya bu şekilde devam edilmesi, davaya konu maddi ve manevi tazminatların da davaya dahil edilen mirasçılar adına hüküm altına alınması gerekirken, eksik inceleme ve yanılığın değerlendirilmeyle, ölü kişi lehine hüküm tesisini bozmayı gerektirmiştir." (Yargıtay Bilgi Bankası, Çevrimiçi), E.T. 08.02.22.

⁹⁶ Köseoğlu, Kocağa, **a.g.e.**, s. 334.

⁹⁷ Mustafa Dural, "Boşanma Davası Devam Ederken Eşlerden Birinin Ölümünün Diğer Eşin Miras Hakkı Yönünden Sonuçları", **Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri- Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu (26-27 Haziran 2008)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, ss. 149-152, s. 150.

yenilik doğurucu davaya dönüştüğünü söylemektedir⁹⁸. Bu sebeple kanaatimizce zinaya dayalı açılan boşanma davasında boşanmanın yanı sıra manevi tazminat talebinde de bulunulmuş ancak boşanma davası hükme bağlanmadan davacı eş ölmüşse, mirasçılarının yalnızca miras hususunda değil manevi tazminat bakımından da davaya devam edebileceklerinin kabul edilmesi gerekir⁹⁹. Aksinin kabulü halinde kişilik hakkı saldırıya uğrayan ve TBK 58 kapsamında manevi tazminat talep eden kişinin manevi tazminat istemi mirasçılara geçerken, aldatıldığı için kişilik hakkı zedelenen kişinin TMK 174/II'ye dayanan manevi tazminat isteminin boşanma gerçekleşmediği için mirasçılara geçmemesi söz konusu olur. Bu durum manevi tazminat talebine ilişkin genel hüküm- özel hüküm ayrımı oluşmasından kaynaklanacağı için, haksız sonuçların doğmasına sebep olabilir.

Zina sebebine dayalı boşanma davasında davacı (aldatılan) eş değil de davalı (aldatan) eş ölürse davacı eşin manevi tazminat talebini TMK 174/II'ye dayanarak mirasçılara yöneltmesi hususunda da aynı sonuca varmak gerekir. Yargıtay, kusurlu davranışıyla kişilik hakkını ihlal eden kişi ölse ve kişi ölmeden dava açılmış olmasa bile, mirasçılara manevi tazminat talepli dava açılabilmesinin mümkün olacağını kabul etmektedir¹⁰⁰. Bu anlamda davalı eşin ölümü durumunda da

⁹⁸ Şıpka, Özdoğan, **a.g.e.**, s. 522. Dava sonucunda verilen kararın yenilik doğuran bir karar olarak nitelendirilip nitelendirilmemesinin etkileri konusunda bkz. Dural, **a.g.m.**, s. 150-151.

⁹⁹ Boşanma davasında mirasçılarının manevi tazminat bakımından davaya devam edebilecekleri yönünde bkz. Köseoğlu, Kocaağa, **a.g.e.**, s. 334.

¹⁰⁰ Yarg. 4. HD, E. 2014/16776, K. 2015/12848, T. 11.11.2015, "*Haksız eylem, 818 Sayılı (6091 Sayılı) Borçlar Kanunu uyarınca borcun kaynaklarından biridir. Haksız fiilden kaynaklanan borç, haksız eylemin vuku tarihinden itibaren doğar. Haksız eylemi gerçekleştiren bu borçtan tüm malvarlığıyla sorumludur. Ölenin malvarlığı tüm hak ve borçlarıyla mirasçılara geçer. Dolayısıyla, anılan borçtan mirası reddetmeyen mirasçılar da sorumludurlar. Şu durumda, davalıların murisinin haksız eylem işleyip işlemediği belirlenerek; işlemişse mirasçılarının uygun bir manevi tazminata mahkum edilmeleri gerekirken, yanlışlı gerekleşen mirasçılar hakkındaki davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş; hükmün, bu nedenle bozulması gerekmiştir.*"

davacının manevi tazminat talebi bakımından davalının mirasçılarında davaya karşı davayı sürdürebilmesi gerekir¹⁰¹.

4. ZINA SEBEBİYLE MANEVİ TAZMİNAT İSTEMİNDE GÜNCEL GELİŞMELER

Zina sebebiyle kişilik hakkı saldırıya uğrayan eşin, zina eyleminde bulunan eşten manevi tazminat talep edebileceği TMK 174/II hükmü gereğince tartışmasızdır. Bununla birlikte zina eyleminde bulunan diğer tarafın (evlilik birliği dışındaki üçüncü kişinin) manevi tazminat talebinin muhatabı olup olamayacağı hususu hem yargı kararlarındaki farklı uygulamalar hem doktrindeki görüş ayrılıkları sebebiyle çok tartışılan bir konu olmuştur. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 06/07/2018 Tarihli ve E. 2017/5, K. 2018/7 Sayılı Kararı bu hususa son noktayı koyana dek bu husustaki tartışmalar özellikle sadakat yükümlülüğünün sınırları, aldatma fiili sebebiyle kişilik hakkının zedelenip zedelenmediği ve aldatan üçüncü kişinin fiilinin ahlaka aykırı fiille zarar verme sayılıp sayılmayacağı konularında toplanmaktadır.

4.1. Aldatılan Eşin Üçüncü Kişiden Manevi Tazminat Talep Edip Edemeyeceği Konusunda Yargıtay'ın Yaklaşımı ve Doktrin-deki Görüşler

4.1.1. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 24.3.2010 tarihli kararı

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 24.3.2010 tarihli kararında zina da bulunan üçüncü kişinin aldatan eşin sadakatsizlik eylemine katıldığını ve bu sebeple aldatan eşle birlikte müteselsilen sorumlu olması gerektiğini içtihat etmesi¹⁰² üzerine sadakat yükümlülüğü ve

¹⁰¹ Köseoğlu, Kocaağa, a.g.e., s. 334.

¹⁰² "... esasen dava dışı eşin, evlilik birliğinin gerektirdiği sadakat yükümü bulunmakla birlikte; onun evli olduğunu bilen ve **buna rağmen onunla ilişkiye giren davalı kadının da dava dışı kocanın sadakatsizlik eylemine katıldığına ve her ikisinin de bu haksız eylemlerinden birlikte ve müteselsilen sorumlu olduklarında kuşku bulunmamaktadır.** O halde olayda, Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinde düzenlenen birden fazla şahsın; müşterek kusurlarıyla bir zarara yol açmala-

kapsamının ne olduğu hususu doktrin için önemli bir gündem maddesi olmuştur¹⁰³. Eşin sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışla zina yapmış olması onur kırıcı bir eylem olarak diğer eş üzerinde manevi zarara sebebiyet verir ve bu zararın tazmini gerekir. Ancak doktrinde eleştirildiği üzere, eşe yöneltilen manevi tazminat talebinin kanuni dayanağı TMK 185/III değil TMK 174/II'dir. TMK 185/III'te düzenlenen sadakat yükümlülüğüne kanun koyucu tarafından doğrudan bağlanan tek yaptırım TMK 195 hükmünde düzenlenen evlilik birliğinin korunmasının hâkimden talep edilebilmesi ve bu yolla hâkimin müdahalesidir¹⁰⁴. Hâkimin müdahalesini talep hakkı veren TMK 195 hükmü Türk Medeni Kanunu'nun Aile Hukuku Kitabı'nda düzenlenmesinin yanı sıra tamamen aile hukukuna özgü bir koruma biçimidir. Nitekim evlilik birliğinin sona ermiş olması halinde bu normun korumayı amaçladığı hal de sona ermiş olur. Bununla birlikte TMK 185/III kapsamında söz konusu olan sadakat yükümlülüğü yalnızca evlilik birliğine dahil olan eşler arasındadır¹⁰⁵. Bu halde üçüncü kişinin fiilinin sadakat yükümlülüğünü ihlal etmesinden bahsedilemez. Bu sebeple Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 24.3.2010 tarihli kararında¹⁰⁶ belirtilen üçüncü kişinin aldatan eşin sadakatsizlik eylemine katıldığı yönündeki ifadelerine katılmak mümkün değildir¹⁰⁷.

rı, diğer bir deyimle, tam teselsül hali mevcut olup, davalı doğan zarardan, davacının eşi ile birlikte müteselsilen sorumludur.” Bkz. Yarg. HGK, E. 2010/4-129, K. 2010/173, T. 24.3.2010 (Kazancı, Çevrimiçi), E.T. 27.11.20.

¹⁰³ Sadakat yükümlülüğünün kapsamı konusunda bkz. Baygın, **a.g.m.**, s. 731 vd.; Serozan, **Evlilik**, s. 452-453; Öztan, Ozanemre Yayla, **a.g.m.**, s. 206; Çetiner, **a.g.m.**, s. 516 vd.; Öztan, **a.g.e.**, s. 198-199; Özmen, Vardar Hamamcıoğlu, **a.g.m.** s. 2365; Erdem, **a.g.e.**, s. 198.

¹⁰⁴ Serozan, **Evlilik**, s. 452-453; Doğan, **a.g.m.**, s. 99; Öztan, Ozanemre Yayla, **a.g.m.**, s. 206; Çetiner, **a.g.m.**, s. 523.

¹⁰⁵ Serozan, **Evlilik**, s. 452-453; Öztan, Ozanemre Yayla, **a.g.m.**, s. 206; Çetiner, **a.g.m.**, s. 516; Özmen, Vardar Hamamcıoğlu, **a.g.m.** s. 2365; Erdem, **a.g.e.**, s. 198.

¹⁰⁶ Aynı gerekçe ile üçüncü kişinin sadakatsizlik eylemine iştirak ettiği yönünde daha yakın tarihli bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı için bkz. Yarg. HGK, E. 2017/4-1334, K. 2017/545 T. 22.3.2017 (Kazancı, Çevrimiçi), E.T. 27.11.20.

¹⁰⁷ Bu yönde bkz. Çetiner, **a.g.m.**, s. 516; Özmen, Vardar Hamamcıoğlu, **a.g.m.** s. 2365. Zina yapan eşle zinaya katılan üçüncü kişinin müteselsilen sorumlu tutulması gerektiği yönünde bkz. Baygın, **a.g.m.**, s. 749.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca verilen bu karar üzerine takip eden yıllarda 4. Hukuk Dairesi'nin, zina eylemine katılan üçüncü kişiden manevi tazminat talep edilebileceğine hükmettiği kararları olmuştur¹⁰⁸. Bu kararlarda dikkat çeken nokta birden fazla karşı oy ile farklı hususlara itiraz edilmesidir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin, 2014/1656 E., 2014/17564 K. ve 22.12.2014 tarihli kararında bulunan ilk karşı oy bizim de katıldığımız ve yukarıda izah ettiğimiz sadakat yükümlülüğünün yalnızca eşler arasında söz konusu olduğuna ilişkindir. İkinci karşı oy yazısı ise aile değerlerine yoğun bir saldırı gerçekleştirmiş olması sebebiyle üçüncü kişiden manevi tazminat talep edilebileceği ancak aldatan eş ile üçüncü kişinin müteselsil sorumlu tutulamayacağına yöneliktir¹⁰⁹. İkinci karşı oy yazısında belirtilen “*aile değerlerine saldırı*” hususu da doktrinde ele alınmış ve evlilik birliği/aile kavramlarının kişilik hakkı/değeri kapsamında olup olmadığı ile üçüncü kişinin haksız fiil sebebiyle sorumlu tutulup tutulamayacağı sorgulanmıştır. Kişilik hakkı, kişiliği oluşturan maddi-manevi bütün değerleri kapsamı içine alan çerçeve bir haktır¹¹⁰. Özellikleri bakımından ise kişilik hakkı devredilemeyen, vazgeçilemeyen ve kişiye sıkı surette bağlı mutlak (herkese karşı ileri sürülebilen) bir haktır¹¹¹. Kişilik değerlerine örnek olarak doktrinde kişinin vücut bütünlüğü, ruh sağlığı, cinsel dokunulmazlığı, ismi, sesi, fotoğrafı,

¹⁰⁸ Bkz. Yarg. 4. HD, 2014/1656 E., 2014/17564 K., T. 22.12.2014. (Yargıtay Bilgi Bankası, Çevrimiçi), E.T. 17.12.20.

¹⁰⁹ Bkz. Yarg. 4. HD, 2014/1656 E., 2014/17564 K., T. 22.12.2014, Karşı Oy Yazısı. “*Çoğunluk görüşünün benimsediği aldatan eş ve üçüncü kişinin eylemlerinden doğan tazminat sorumluluğunun müteselsil sorumluluk kapsamında kalması belirttiğimiz noktalar itibariyle de olanaksızdır. Çünkü müteselsil sorumlulukta birden çok hukuksal durum ve eylemin aynı zararı doğurması ve yasal olarak da bunun müteselsil olduğunun belirlenmesiyle söz konusu olur. Örneğin çoğunluk görüşünün örneklediği 2918 sayılı kanundan doğan sorumluluktan kayıt maliki, sigorta şirketi ve şoförün müteselsilen sorumlu olması hali yasal olarak öngörülmüş bir müteselsil sorumluluk halidir.*” (Yargıtay Bilgi Bankası, Çevrimiçi), E.T. 17.12.20.

¹¹⁰ Helvacı, **a.g.e.** s. 41; Rona Serozan, “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, **İÜMHAD**, C.11, S. 14, 1977, s. 93-112, s. 93; Hasan İşgüzar, “Kişilik Hakkının İhlâli Nedeniyle Manevî Tazminat Davasının Şartları”, **ABD**, Y. 47, S. 1990/6, s. 855-876, s. 857.

¹¹¹ Helvacı, **a.g.e.**, s. 46 vd.; Serozan, **Kişilik**, s. 94 vd.; İhsan Erdoğan, A. Dilşad Keskin, **Türk Medeni Hukuku- Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku**, 2. Bası, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019, s. 272-273.

ekonomik faaliyet özgürlüğü, ölmüş yakınlarının anısı gibi değerler sayılmıştır. Ancak bu sayılanlar yalnızca birer örnektir, bu konuda sınırlı sayı (*numerus clausus*) ilkesi geçerli değildir¹¹². Çerçeve bir hak olması sebebiyle evlilik birliği kavramının kişilik hakkı çerçevesine dahil edilip edilemeyeceği yine doktrin ve yargı kararlarıyla belirlenecek bir husustur. Bu konuda Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 11.6.2015 Tarihli Kararı dikkat çekicidir.

4.1.2. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 11.6.2015 Tarihli Kararı

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 2015 yılına kadarki kararlarında, 2010 yılında Hukuk Genel Kurulunca verilen karar doğrultusunda üçüncü kişinin aldatan eşin sadakatsizliğine iştirak ettiğine hükmediyordu. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 11.6.2015 Tarihli Kararında Kanun'da üçüncü kişinin eylemi bakımından bir düzenleme bulunmaması sebebiyle üçüncü kişinin sorumlu tutulamayacağına ve evli kişiyle birlikte olma eyleminin kişilik değerlerine yönelik bir saldırı olmadığına hükmetmiştir¹¹³. 4. Hukuk Dairesi bu kararda “*davalının doğrudan*

¹¹² İşgüzar, **a.g.m.**, s. 857; Çetiner, **a.g.m.**, s. 517.

¹¹³ “Yukarıda incelenen yasa maddeleri uyarınca, davacının dava dışı eşinin TMK.nın evlenmeyle eşe yüklediği ödevler arasında bulunan sadakat yükümlülüğünü ihlali nedeniyle, Yasanın 185. ve 174. maddeleri uyarınca boşanma sebebi ve istek halinde manevi tazminatı gerektirir nitelikte olduğu kuşkusuzdur. TMK. daki düzenleme, dava dışı eşin evlenme ile kurulan aile birliğinin tarafı olması sıfatından kaynaklanmaktadır. Zira dava dışı eş kendi iradesi ile bu birliğin tarafı olmayı kabul etmiş ve yasanın kendisine tanıdığı hak ve yükümlülükler altına girmiştir. Davalının eyleminin manevi tazminatı gerektirip gerektirmeyeceğine gelince, davalının doğrudan davacının bedensel veya ruhsal bütünlüğüne yönelik hukuka aykırı bir fiilde bulunduğundan söz edilemez. Söz konusu Yasada yükümlülüğünü ihlal eden eşin eylemini birlikte gerçekleştirdiği kişiler yönünden herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Dava konusu eylemin gerçekleştiği tarih itibarıyla yürürlükte bulunan 818 sayılı BK.nun müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerinin de uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Zira, söz konusu Yasanın 50. maddesinde haksız fiil nedeniyle müteselsilen sorumluluğuna gidilebilecekler gösterilmiştir. Yukarıda açıklanan yasal duruma göre, davalı zararın meydana gelmesinden asli olarak sorumlu tutulamaz. Yine yasa hükmünün aradığı anlamda iştirak hali de söz konusu olamaz. Zira iştiraken işlenebilir bir eylemin varlığının kabul edilebilmesi için, eylemin müstakilen ve asli olarak da işlenebilir olması gerekir. Ayrıca haksız fiil sorumluluğunu, geniş ve belirsiz bir kavram olan sadakat yükümlülüğünü ihlal etmeye iştirak çerçevesinde değerlendirmek, bu sorumluluğu belirsiz hale getirecektir. Açıklanan nedenlerle, BK.49 (TBK.58) maddesine göre, davalının eylemi, davacının kişilik değerlerine saldırı oluşturacak nitelikte bir eylem olarak kabul edilemez.” Bkz. Yarg. 4.

davacının bedensel veya ruhsal bütünlüğüne yönelik hukuka aykırı bir fiilde bulunduğundan” söz edilemeyeceğini belirtmektedir.

Doktrinde de üçüncü kişinin eyleminin kişilik değerlerine yönelik bir saldırı teşkil edip etmediği ele alınmıştır. Bu hususta ele alınması gereken birden fazla nokta vardır. Öncelikli olarak tartışılan husus evlilik birliği kavramının mutlak olarak korunması gereken bir kişilik hakkı değeri olup olmadığıdır. Bazı yazarlar evlilik birliği/aile kavramının bir kişilik hakkı değeri olduğunu kabul ederken¹¹⁴, bazı yazarlar kişilik hakkı değeri olarak kabul edilemeyeceğini savunmuşlardır¹¹⁵. Bununla birlikte evlilik birliğinin kişilik hakkı değeri olduğunu kabul eden yazarların bir kısmı aldatılan eşin üçüncü kişiden manevi tazminat talep edemeyeceğini kabul etmektedirler. Zira evlilik birliği devam ederken yani boşanma gerçekleşmeden eşe karşı bile manevi tazminat talebinde bulunulamaz ki üçüncü kişiye yönelik bir manevi tazminat talebi olsun¹¹⁶.

Serozan, evlilik birliğinin nasıl korunacağını Aile Hukuku kapsamında tahdidi olarak öngörülüğünü, bu çerçevenin çatlatılmayacağını söylemektedir¹¹⁷. Bu görüşe göre Aile Hukuku kapsamındaki koruma haksız fiil temelli bir dava açılmasını mümkün kılmaz. Kaldı ki fiil hem aldatan eş hem de üçüncü kişi yönünden değerlendirildiğinde bu fiilin bireyin başkalarıyla kişisel ilişki kurma özgürlüğü kapsamında kalacağını, bu sebeple sınırlandırılmayacağını kabul etmek gerekir¹¹⁸. Zira bireyin başkalarıyla kişisel ilişki kurma özgürlüğü anayasal güvence altındadır¹¹⁹.

HD, E. 2014/8510, K. 2015/7762, T. 11.6.2015. (Yargıtay Bilgi Bankası, Çevrimiçi), E.T. 17.12.20.

¹¹⁴ Dural, Öğüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 166; Özmen, Vardar Hamamcıoğlu, **a.g.m.**, s. 2365; İşgüzar, **a.g.m.**, 858; Baygın, **a.g.m.**, s. 749.

¹¹⁵ Çetiner, **a.g.m.**, s. 524.

¹¹⁶ Dural, Öğüz, Gümüş, **a.g.e.**, s. 166; Özmen, Vardar Hamamcıoğlu, **a.g.m.**, s. 2365 vd.

¹¹⁷ Serozan, **Evlilik**, s. 453 vd. Aynı yönde bkz. Öztan, Ozanemre Yayla, **a.g.m.**, s. 206.

¹¹⁸ Serozan, **Evlilik**, s. 453 vd.; Öztan, Ozanemre Yayla, **a.g.m.**, s. 206.

¹¹⁹ Anayasa m. 17: “I. Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı
M. 17- Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünü-

Evlilik birliği kavramının kişilik hakkı değeri olarak kabul edilemeyeceğini ifade eden Çetiner, kişinin duygusal varlığının kişilik hakkı değeri olarak kabul edilebileceğini ve bu durumda TMK 25- TBK 58 hükümleri kapsamında üçüncü kişiden manevi tazminat talep edilebileceğini belirtmektedir¹²⁰. Kişinin duygusal varlığı kişilik hakkının bir parçası olarak sosyal hayatını şekillendiren bir unsurdur. Evlilik ile eşler arasında oluşan ilişki yoğun bir duygusal etkileşimi de beraberinde getirerek kişinin duygusal varlığının bir parçası olur. Duygusal varlığa yönelik ihlalin kişilik hakkı ihlali yaratacak seviyede olması halinde ise manevi tazminat talebinin söz konusu olması mümkündür¹²¹. Kanaatimizce de her ne kadar evlilik birliği kavramı bir kişilik hakkı değeri olarak kabul edilemez ise de duygusal varlığa yönelik ihlalin kişilik hakkı ihlali yaratacak seviyede olması mümkündür. Evliliğin kurulmasıyla eşler arasında oluşan duygusal etkileşim kişinin kurduğu diğer ilişkilerden daha yoğundur ve kişinin duygusal varlığını etkilemektedir. Zinaya katılan üçüncü kişinin eylemi kişinin duygusal varlığına yönelik bir saldırı teşkil eder. Duygusal varlığa yönelik bu saldırının kişilik hakkı ihlaline sebep olması durumunda ise aldatılan eşin üçüncü kişiden manevi tazminat talebinde bulunması mümkün olmalıdır.

Üçüncü kişinin eyleminin TBK 49/II kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olup olmayacağı hususu da doktrinde ele alınmıştır. Hükme göre “zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fülle başkasına kasten zarar veren de bu zararı

lüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz. (Değişik: 7/5/2004-5170/3 md.; 16/4/2017-6771/16 md.) Meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.”

¹²⁰ Çetiner, **a.g.m.**, s. 523 vd. Benzer bir yaklaşım için bkz. Badur, Turan Başara, **a.g.m.**, s. 115-116.

¹²¹ Çetiner, bu konuda duygusal alanın “doğrudan ve kalıcı biçimde” zedelenmesi halinde hukuken önem arz eden bir ihlalden bahsedilebileceğini belirtmektedir. Bkz. Çetiner, **a.g.m.**, s. 525.

gidermekle yükümlüdür". Bu hüküm uyarınca sorumluluğun kurulmasında mutlak bir hak ihlali aranmamakla birlikte ahlaka aykırı fiille verilen zararın kasten verilmiş olması gerekir. Bu hükümde ifade edilen ahlakın bireysel bir ahlak değil¹²², sosyal ve genel ahlak olduğu belirtilmiştir¹²³. Dolayısıyla ahlaka aykırılık somut olaya göre değil, toplumun güncel görüşü doğrultusunda mutlak ahlaki değerlere göre belirlenir¹²⁴.

TBK 49/II uyarınca sorumluluğun doğabilmesi için zarar verenin kastının olması gerekir. Bu hükümde söz konusu olan kastın, genel kast değil mutlak belirli bir sonucu amaçlayan özel bir kast olduğuna dikkat edilmelidir¹²⁵. Üçüncü kişinin katıldığı zina eyleminde TBK 49/II hükmünün uygulanabilmesi için üçüncü kişinin kastının aldatılan eşe yönelen özel bir zarar verme kastı olması gerekir. Bu anlamda üçüncü kişinin aldatılan eşe yönelen zarar verme kastı olmadan yalnızca zinada bulunduğu kişinin evli olduğunu bilmesi yeterli değildir. Bu sebeple doktrinde, üçüncü kişinin zinasının, sırf aldatılan eşe zarar verme kastı ile gerçekleştirilmediği sürece bu hükmün kapsamına dahil edilemeyeceği savunulmuştur¹²⁶. Özel kast, haksız fiilin kusur unsurunun en yoğun hali olarak bilme ve zararı özellikle istemeyi barındırdığı için, üçüncü kişinin aldatılan eşe yönelmiş bir zarar verme arzusu bulunmadıkça yalnızca evli olduğunu bildiği kişiyle birlikte olması TBK 49/II hükmüne uygulama alanı sağlamaz.

¹²² Ahlak kurallarının değişkenliği hususunda bkz. Hüseyin Hatemi, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları: Özellikle BK. 65 Kuralı**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, s. 108 vd.

¹²³ Eren, **Borçlar Genel**, s. 622; Kadir Berk Kapanıcı, **Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kastten Verilen Zararın Tazmini (TBK 49 II)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 14; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 460; Özmen, Vardar Hamamcıoğlu, **a.g.m.**, s. 2367.

¹²⁴ Eren, **Borçlar Genel**, s. 622; Kapanıcı, **a.g.e.**, s. 14-15; Özmen, Vardar Hamamcıoğlu, **a.g.m.**, s. 2367.

¹²⁵ Kapanıcı, **a.g.e.**, s. 28.

¹²⁶ Erdem, **a.g.e.**, s. 199; Özmen, Vardar Hamamcıoğlu, **a.g.m.**, s. 2370.

4.2. 06.07.2018 Tarihli Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 06/07/2018 Tarihli ve E. 2017/5, K. 2018/7 Sayılı Kararı¹²⁷, yargı kararlarında ve doktrinde süregelen bu tartışmaya son noktayı koymuştur. Bu uzun kararın gerekçesinde ele alınan bazı önemli noktaları aktarmakta fayda görüyoruz.

a. Sadakat Yükümlülüğü

“Yasal dayanağını TMK’nın 185. maddesinin 3. fıkrasından alan eşler arasındaki sadakat yükümlülüğü, evlilik birliğinin taraflarını oluşturan eşlerin birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri nispi bir hak olup, eşler bu yükümlülüğün ihlal edilmemesini ancak birbirinden talep edebilirler. Bu doğrultuda aile hukukunda evlilik birliğinin devamı sırasında eşlerden birinin sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışına karşı diğer eşin başvurabileceği çeşitli hukuki yollar ve uygulanacak yaptırımlar düzenlenmiştir. Bu yaptırımlardan biri olan ve TMK’nın 174. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemeye göre “Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir”. Bu madde gereğince manevi tazminat sadece kusurlu olan diğer eşten ve ancak boşanma davası ile birlikte istenebilir. Bir kimsenin eşi tarafından aldatılmamayı isteme hakkı şeklinde herkese karşı ileri sürebileceği mutlak bir kişilik hakkı yasalarda yer almadığından, aldatma eylemine katılan üçüncü kişinin aldatılan eşin bir mutlak hakkını ihlal etmesi söz konusu değildir. Başka bir anlatımla, evlilik birliğinin tarafı olmayan ve dolayısıyla sadakat yükümlülüğü bulunmayan üçüncü kişinin eşler arasındaki evlilik sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükle re uyma zorunluluğu bulunmamaktadır.”

¹²⁷ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/12/20181208-24.pdf> , E.T. 28.11.2020.

TMK 185/III'te düzenlenen sadakat yükümlülüğünün nispi bir yükümlülük olarak yalnızca eşlerin birbirlerine karşı bu yükümlülük altında olduklarını ve bu yükümlülüğü yalnızca evlilik birliği içindeki eşlerin ihlal edebileceğini yukarıda belirtmiştik. Bu sebeple kararın sadakat yükümlülüğüne ilişkin değerlendirmelerine katılmaktayız.

b. TBK 49/I

“TBK'nın 49. maddesinin 1. fıkrasına göre haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için diğer koşulların yanı sıra zarara sebep olan fiilin hukuka aykırı olması aranmaktadır. Bu bakımdan öncelikle evli bir kişiyle evli olduğunu bilerek birlikte olan üçüncü kişinin eyleminde hukuka aykırılık unsurunun bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşebilmesi için hukukumuzda benimsenen objektif hukuka aykırılık teorisine göre, bir özel koruma normunun veya herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir hakkın ihlal edilmiş olması gerekir. Anayasa Mahkemesi'nce verilen iptal kararları ve daha sonra Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından yeni bir düzenleme yapılmaması neticesinde 765 sayılı TCK'dan zina suçunun çıkarılması ve 5237 sayılı TCK da suç olarak düzenlenmemesinin yanı sıra Medeni Hukuk alanında da evli bir kişiyle birlikte olmayı yasaklayan bir hukuk kuralına rastlanmaması karşısında, üçüncü kişinin aldatılan eşe karşı bu nedenle sorumlu olduğunu düzenleyen herhangi bir norm bulunmamaktadır. Bu durumda üçüncü kişinin eyleminin herhangi bir koruma normunu ihlal ettiği söylenemeyeceğinden bu yönden hukuka aykırı kabul edilmesine olanak bulunmamaktadır. Dolayısıyla hukuka aykırılık koşulu gerçekleşmeyen bir eylem nedeniyle TBK'nın 49. maddesinin 1. fıkrası gereğince haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olmadığı açıktır.”

Temel fonksiyonu sorumluluğun sınırlandırılması olan hukuka aykırılık unsuru, tazmini gereken zararları makul bir çerçevede tutmayı sağlar¹²⁸. Objektif hukuka aykırılık teorisinin kabulü halinde kararda da belirtildiği gibi *“bir özel koruma normunun veya herkese*

¹²⁸ Gökçe Kurtulan, “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru”, **MÜHF-HAD**, 2017, C. 23, S. 1, s. 465-503, s. 467.

karşı ileri sürülebilen mutlak bir hakkın” ihlal edilmiş olması gerekir. Üçüncü kişinin evli biriyle zina etmesi konusunda özel koruma normu bulunmamaktadır. Bununla birlikte zina fiili aldatılan eş bakımından duygusal varlığa bir saldırı yaratarak kişilik hakkı ihlaline yani bir mutlak hakkın ihlaline (TMK 24/25) vücut verebilir. Bu sebeple kararın TBK 49/I hakkındaki bu değerlendirmesine katılmamaktayız.

c. TBK 49/II

“TBK’nın 49. maddesinin 2. fıkrası zarara sebep olan fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlâka aykırı bir fiille kasten başkasına zarar veren kişinin de haksız fiil sorumluluğunu kabul etmiştir. Evli bir kişiyle birlikte olan üçüncü kişinin eyleminin ahlâka aykırı olduğunu söylemek mümkündür ancak üçüncü kişinin TBK’nın 49. maddesinin 2. fıkrasına göre tazminatla sorumlu olduğunu kabul edebilmek için birlikte olduğu kişinin evli olduğunu bilmesine rağmen bu fiili işlemi yeterli değildir. Çünkü TBK’nın 49. maddesinin 2. fıkrası, aynı maddenin 1. fıkrasındaki düzenlemeden farklı olarak ahlâka aykırı fiilin kasten zarar verme amacıyla işlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 41. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “bilerek” sözcüğünün yerine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 49. maddesinin 2. fıkrasında “kasten” sözcüğü kullanılmıştır. Kusurun en ağır derecesi olan kast, failin zarara neden olan sonucu bilmesinin yanında bu sonucu isteyerek eylemini gerçekleştirmesini ifade eder. Bu durumda kanun koyucunun maddenin yeniden düzenlenmesi sırasında ahlâka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kişinin sonucu bilmesini yeterli görmediği, aynı zamanda istemesini de gerekli gördüğü yorumunu yapmak mümkündür. Bu bakımdan, evli olduğunu bilerek bir kişiyle birlikte olan üçüncü kişinin eylemi, evlilik birliğine karşı göstermesi gereken özen ve saygıyı göstermemiş olması nedeniyle tek başına TBK’nın 49/2. maddesine göre sorumluluğunu gerektirmez. Ayrıca üçüncü kişinin aldatma eylemine katılmasının, aldatan eşe karşı duyduğu duygusal yakınlıktan kaynaklanması veya eylemin para karşılığı gerçekleşmesi de olasıdır. Bu durumlarda da/eylem ahlâka aykırı kabul edilse bile aldatılan eşe kasten zarar verme amacı taşıdığını söylemek

her zaman mümkün değildir. Kanunda belirtildiği anlamda kasten zarar verme amacının gerçekleşmesi için üçüncü kişinin ahlâka aykırı bu fiili, salt birlikte olduğu kişinin eşine zarar verme kastıyla işlemiş olması gerekmektedir. Evli kişiyle birlikte olan üçüncü kişinin sırf diğer eşe zarar verme kastıyla hareket ettiğinden bahsedilemediği taktirde, artık üçüncü kişinin bu fiili TBK 49/2 ye göre tazminatı gerektirmeyecektir. Başka bir anlatımla evli olduğunu bildikleri bir kişiyle ilişkiye giren tüm üçüncü kişilerin aldatılan eşe zarar vermeyi bilerek ve isteyerek hareket ettiklerine dair bir ön kabul yerinde değildir. Zira evli olduğunu bildiği bir kişiyle ilişkiye giren üçüncü kişi, aldatılan eşin zarara uğrayacağını biliyor ve doğrudan doğruya bu sonucun gerçekleşmesini istememekle birlikte; gerçekleşmesini göze alıyorsa, ihtimali kastla hareket etmiş kabul edilir (Badur/Turan Başara, s. 126)."

Yukarıda da izah ettiğimiz üzere TBK 49/II hükmünün uygulama alanı bulabilmesi için üçüncü kişinin aldatılan eşe yönelen özel bir zarar verme kastının olması gerekir. Bu anlamda zina eylemine katılan üçüncü kişinin zinada bulunduğu şahsın evli olduğunu bilmesi yeterli olmaz, ayrıca aldatılan eşe zarar verme isteği bulunması gerekir. Çoğu olayda zarar verme arzusunun eksik olması TBK 49/II bakımından kast unsurunu eksik kılar. Bu sebeple zinada üçüncü kişinin eylemiyle ahlaka aykırılık sebebiyle hukuki sorumluluğun doğması söz konusu değildir.

d. Kişilik Hakkı İhlali

"Bunun yanında, içtihadı birleştirme konusu açısından belirleyici olması nedeniyle değerlendirilmesi gereken başka bir husus ise TMK'nın 24. ve 25. maddelerinde düzenlenen kişilik hakkına ilişkin hükümlerdir. Öncelikle belirtilmelidir ki, evlilik birliği ve evlilik hayatının kişiye toplum nezdinde sağladığı statü, eşlerin kişilik haklarının bir parçası olmayıp, eşlerin birbirleri üzerinde herhangi bir kişilik hakkı da bulunmamaktadır. Aile hukukunda evlilik birliğine ilişkin kurallara aykırı olan her davranışın veya her boşanma nedeninin diğer eşin kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği söylenemez. Nitekim TMK'nın 174. maddesi, boşanmaya sebep olan olayların ancak diğer eşin kişilik haklarına sal-

dırı oluşturması durumunda manevi tazminata hükmedebileceğini düzenlemiştir. Bir kişiye sırf evlilik bağı ile bağlı olmanın, evli kişilerin şahıs varlıklarına dâhil bağımsız bir kişilik değerı yarattığını kabul etmek ise, sınırlı sayıdaki bazı değerleri korumayı amaçlayan temel koruma normlarının, kişilik hakları üzerinden genişlemesi sonucunu doğurur. Gerçekten de, evlilik statüsünü, mutlak bazı haklara da dayanak hâle getirmek; aile hukuku aćısından sadakat yükümlülüğünün nispi liğini, haksız fiil hukuku aćısından ise “eři tarafından sadakatsizliğe uğratılmama (!)” gibi bir temel koruma normunun bulunmayışını, kişilik hakları üzerinden dolanmak demektir (Demirciođlu, s. 710). Eřlerden biri yalnızca diğer eşten sadakat yükümlülüğüne uygun davranmasını talep edebilir. çnc kişinin sadakat yükümlülüğünün bulunmaması nedeniyle, evli eřle birlikte olan üçüncü kişinin bu davranışının diğer eřin kişilik haklarına doğrudan bir saldırı niteliğinde olduğu söylenemez.”

Evlilik birliği kavramının bir kişilik hakkı unsuru/değerı olmadığı ve eşlerin kişilik haklarının parçası olmadığı noktasında karara katılmaktayız. Bununla birlikte karar bakımından değerlendirmeye alınmayan bir husus olarak kişinin duygusal varlığının kişilik hakkı değerı olduğu kanaatindeyiz. Bu anlamda kişinin duygusal varlığına yönelen saldırılar sebebiyle TMK 24 – TBK 58 kapsamında manevi tazminat talep edebilmesi gerekir ki bu durum temel koruma normunu dolanmak değildir.

SONUÇ

Zina sebebiyle boşanmada manevi tazminat hususunu konu edindiğimiz bu çalışmada; ilk bölümde zina sebebiyle boşanma, ikinci bölümde boşanma sebebiyle talep edilen manevi tazminatın şartları ve zina sebebi özelinde görünümü, üçüncü bölümde zina sebebiyle manevi tazminat isteminde özellik arz eden durumlar ve son bölümde zina sebebiyle manevi tazminat istemindeki güncel gelişmeler ele alınmıştır.

Türk Medeni Kanunu'nda mutlak bir boşanma sebebi olarak düzenlenen zina, eşlerden birinin evlilik birliği devam ederken evlilik dışı bir kişi ile kendi isteğiyle cinsel ilişkide bulunmasıdır. Zina eylemi aldatan eş tarafından cinsel sadakat yükümüne (TMK 185/III) yönelik ağır bir ihlaldir. Bu ihlale kanun koyucu tarafından boşanma (TMK 161) ve manevi tazminat (TMK 174/II) sonuçları bağlanmıştır. Zina, mutlak bir boşanma sebebi olduğu için yalnızca zina eyleminin ispatı boşanma için yeterlidir. Zina eden taraf kusurlu olduğu ve kişilik hakkını ihlal ettiği için zina olgusunun ispatı halinde TMK 174/II uyarınca kendisinden manevi tazminat talep edilebilir. Bu hüküm uyarınca istenecek manevi tazminatın şartları; boşanmanın gerçekleşmiş olması, davalının kusurlu olması, kişilik hakkının saldırıya uğramış olması, boşanmaya neden olan olay ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması olarak sayılabilir. Hükmedilecek manevi tazminat ise TMK 174/II uyarınca yalnızca bir miktar para olabilir. Bu şartların sağlanması halinde aldatılan eşin zina yapan eşten manevi tazminat talep etmesi mümkündür. Karşılıklı zina halinde her iki eş de kusurlu olarak diğer eşin kişilik hakkını ihlal ettiği için manevi tazminat talebinde bulunabilir. Bununla birlikte eşit kusur durumunda manevi tazminata hükmedilemez. Kusur dağılımını somut olay bakımından hâkim değerlendirecektir.

Boşanma şartı gerçekleşmeden, kişilik hakkı zedelenen eşin TBK 58 kapsamında manevi tazminat talebinde bulunması teorik olarak mümkün olmakla birlikte evlilik birliği devam ederken manevi tazminat talebinde bulunulması evlilik birliğini sarsabilir ve birlik içinde huzursuzluk yaratabilir. Ayrıca TMK 161/III'te öngörülen hak düşürücü süreler geçtiği ve boşanma davası açılmadığı halde manevi tazminat talebinde bulunulması TMK 2'de düzenlenen dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder.

TBK 58 hükmüyle kişilik hakkı ihlali halinde manevi tazminat talep edilebileceğini öngören kanun koyucunun, boşanmaya neden olan olaylar sebebiyle kişilik hakkı ihlali halinde manevi tazminat talep edilebileceğini TMK 174/II ile düzenlemesi esasen TBK 58 hükmünün tekrarı niteliğindedir. TMK 174/II düzenlemesi olmasa da TBK 58 ile

manevi tazminat talep edilebilecekken, boşanma sonucunda hâkimin manevi tazminata hükmetmesinin önemine vurgu için getirilen bu düzenleme bazı karışıklıklara da sebebiyet verebilir. Örneğin, zina sebebiyle boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümü halinde boşanma davasında talep edilen manevi tazminatın akıbetinin ne olacağı açık değildir. TMK 174/II ile manevi tazminat talebinde bulunulması boşanmaya bağlanan bir sonuç olarak kabul edildiği için boşanmaya hükmedilmeden eşlerden biri ölürse manevi tazminata hükmedilemeyeceği sonucu çıkmaktadır. Halbuki TMK 25/IV hükmünün mefhum-u muhalifinden mirasbırakan tarafından ileri sürülen manevi tazminat isteminin mirasçılara geçeceği anlaşılmaktadır. Bu halde kişilik hakkı saldırıya uğrayan ve TBK 58 kapsamında manevi tazminat talep eden kişinin manevi tazminat istemi mirasçılarına geçerken, aldatıldığı için kişilik hakkı zedelenen kişinin TMK 174/II'ye dayanan manevi tazminat istemi boşanma gerçekleşmediği için mirasçılara geçmeyecektir. Bu anlamda haksız sonuçlara sebebiyet verilmemesi için boşanma davası ile talep edilmiş olsa da eşlerden birinin ölümü halinde manevi tazminat istemi ayrı bir dava olarak değerlendirilmelidir.

TMK 174/II ile aldatılan eş, zina yapan eşten şartların sağlanması halinde manevi tazminat talep edebilir. Bununla birlikte zinaya katılan üçüncü kişiden manevi tazminat talebi konusunda bir hüküm yoktur. Bu hususta son on yıldır hem yargı kararlarındaki çelişkiler hem de doktrinde süregelen tartışmalar içtihadın birleştirilmesini gerekli kılmıştır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 6.7.2018 tarihli kararıyla aldatılan eşin üçüncü kişiden manevi tazminat talep edemeyeceğini içtihat etmiş ve bu konuya nihai noktayı koymuştur. Bununla birlikte bu içtihada yönelik eleştirilerin söz konusu olabileceği kanaatindeyiz. Zinaya katılan üçüncü kişinin eylemi sadakat yükümlülüğünü (TMK 185/III) ihlal etmez. Zira sadakat yükümlülüğü yalnızca eşler arasında söz konusu olabilir. Üçüncü kişinin eylemi, sadakat yükümlülüğünü ihlal etmemekle birlikte kişilik hakkı ihlali oluşturabilir. Burada ihlal edilen kişilik hakkı değeri evlilik birliği veya eşlerin birbirlerine olan bağlılığı değildir. Zira eşler birbirlerinin

kişilik haklarının bir parçası olarak kabul edilemezler. Bununla birlikte zina eylemi aldatılan kişinin duygusal varlığına yönelik bir saldırı mahiyetindedir. Evliliğin kurulmasıyla eşler arasında oluşan duygusal etkileşim kişinin kurduğu diğer ilişkilerden daha yoğundur ve kişinin duygusal varlığını etkilemektedir. Zina eylemiyle hem aldatan eş hem de üçüncü kişi, aldatılan eşin duygusal varlığına yönelik bir saldırıda bulunmaktadır. Bu saldırı sebebiyle oluşan kişilik hakkı ihlalinin yani mutlak hak ihlalinin tazmini, zina eylemine katılan üçüncü kişinin manevi tazminat ödemesiyle sağlanmalıdır.

KAYNAKÇA

Akıntürk, Turgut/ Ateş, Derya, Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, 21. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Antalya, Gökhan/ Topuz, Murat, Marmara Hukuk Yorumu, Medeni Hukuk- Cilt: I, Ed: Gökhan Antalya, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Arbek, Ömer, “Boşanmanın Mali Sonuçları”, AÜHFD, C. LIV, 2005, S. 1, s. 115-163.

Atamer, Yeşim M., Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması- Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1996.

Badur, Emel/ Ertem, Burcu, “Kadına Yönelik Evlilik İçi Şiddetin Hukuki Boyutları- Ceza Kanunu, Medeni Kanun ve Ailenin Korunmasına Dair Kanun Kapsamında Bir İnceleme”, TBB Dergisi, s. 65, 2006, s. 89-118.

Badur, Emel/ Turan Başara, Gamze, “Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi”, AÜHFD, C. 65, S. 1, 2016, s. 101-136.

Baştürk, İhsan, “Türk Anayasa Yargısı Perspektifiyle Erkeğin Zinası Suçu”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(1) 2018, s. 27-46.

Burcuoğlu, Haluk, “Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler”, İÜHF, C. 48, S. 1-4, 1983, s. 113-140.

Bühler, Walter/ Spühler, Karl, Berner Kommentar- Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II: Das Familienrecht, 1.

Abteilung: Das Eherecht, 1. Teilband, 2. Hälfte: Die Ehescheidung, Art. 137-158 ZGB, Stämpfli Verlag, Bern, 1980.

Ceylan, Ebru, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.

Çetiner, Bilgehan, “Aldatılan Eş Manevi Tazminat Talep Edebilir Mi?”, İKÜHFD, Prof. Dr. İlhan Ulusan’a Armağan, Cilt I, C. 15, S. 2, 2016, s. 513-528.

Dede, İsmail, “Türk Boşanma Hukukuna Farklı Bir Yaklaşım: Zina ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Arasındaki Keskin Sınır”, MÜHF-HAD, Prof. Dr. Bülent TAHİROĞLU'na Armağan, C. 23, S. 3, 2017, s. 643-664.

Doğan, Murat, “Türk Medenî Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, AÜHFD, C. 52, Sa. 4, 2003, s. 93-129.

Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan/ Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, 14. Bası, İstanbul, 2019.

Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan/ Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, 16. Bası, İstanbul, 2021. (Anılış: a.g.e.)

Dural, Mustafa, “Boşanma Davası Devam Ederken Eşlerden Birinin Ölümünün Diğer Eşin Miras Hakkı Yönünden Sonuçları”, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri- Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu (26-27 Haziran 2008), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 149-152.

Erdem, Mehmet, Aile Hukuku, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Erdoğan, İhsan/ Keskin, A. Dilşad, Türk Medeni Hukuku- Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 2. Bası, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, 2017. (Anılış: Borçlar Genel)

Eren, Fikret, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975.

Ersöz, Oğuz, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenen Boşanma Sebeplerine Genel Bakış”, TJSS, C.3, S.5, 2019, s. 230-247.

Ersöz, Oğuz, Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

- Esener, Turhan**, Borçlar Hukuku-I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1969.
- Genç Arıdemir, Arzu**, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- Gençcan, Ömer Uğur**, Boşanma, Tazminat ve Nafaka Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- Hatemi, Hüseyin**, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları: Özellikle BK. 65 Kuralı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976.
- Helvacı, Serap**, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- Helvacı, Serap**, “İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İkinci Cilt, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2002, s. 1151-1169.
- İşgüzar, Hasan**, “Kişilik Hakkının İhlâli Nedeniyle Manevî Tazminat Davasının Şartları”, ABD, Y. 47, S. 1990/6, s. 855-876.
- Kapancı, Kadir Berk**, Ahlaka Aykırı Bir Fiille Kasten Verilen Zararın Tazmini (TBK 49 II), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.**, Aile Hukuku, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- Kılıçoğlu Yılmaz, Kumru**, “Yapay Döllenmede Soybağı Sorunu”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 10, S. 104, 2015, s. 43-47.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- Köseoğlu, Bilal/Kocağa, Köksal**, Aile Hukuku ve Uygulaması, TBB Yayınları, Ankara, 2009.
- Kurtulan, Gökçe**, “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru”, MÜHF-HAD, 2017, C. 23, S. 1, s. 465-503.
- Oktay Özdemir, Saibe**, “Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı”, Public and Private International Law Bulletin, C. 35, S. 1, 2015, s. 29-46.
- Özmen, Etem Saba/ Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah**, “Evli Kişiyle Birlikte Olan Kadına/Erkeğe Yöneltilen Manevi Tazminat Talebi ve Özellikle Konuya İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine Düşünceler”, MÜHF-HAD, Cevdet Yavuz’a Armağan, C. 22, S.3, 2016, s. 2361 - 2376.
- Öztan, Bilge/ Ozanemre Yayla, Hatice Tolunay**, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 22.3.2017 Tarih, 2017/4-1334 Esas ve

2017/545 Karar Sayılı Kararı Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım”, ABD, 2017/3, s. 197-225.

Özüğür, Ali İhsan, Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler- Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

Petek, Hasan, “Terke Dayalı Boşanmada Manevi Tazminat”, DEÜHFD, C. 12, S. 2, 2010, s. 43-78.

Serozan, Rona, “Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümüne Aykırılıktan Ötürü Tazminat Talebine Yer Olabilir Mi?”, İKÜHFD, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan Özel Sayısı, C. 15, S.1, 2016, s. 451-458. (Anılış: Evlilik)

Serozan, Rona, “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, İÜMHAD, C.11, S. 14, 1977, s. 93-112. (Anılış: Kişilik)

Serozan, Rona/ Başoğlu, Başak/ Kapancı, Berk, “Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi”, İKÜHFD, Prof. Dr. İlhan Ulusan'a Armağan, C. 15, S. 2, 2016, s. 531-560.

Şipka, Şükran/ Özdoğan, Ayça, Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Taşatan, Caner, “Manevi Tazminat İsteminin Devrine Getirilen Yasal Sınırlamanın Yerindeliği”, Sorumluluk Hukuku- Seminerler 2016, Ed.: Başak Baysal, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 471-485.

Tekinay, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1971.

Yalçınkaya, Namık/ Kaleli, Şakir, Boşanma Hukuku, Cilt I, Türk Hava Kurumu Basımevi, Ankara, 1987.

Yılmaz, Süleyman/ Yıldırım, Abdulkerim, Medeni Hukuk-I, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

Yücedağ, Nafiye, “Yargıtay Kararları Işığında Kusurun Boşanmanın Mali Sonuçlarına Etkisi”, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt II: Aile Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 287-315.

Zeytin, Zafer/ Ergün, Ömer, Türk Medeni Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

<https://karararama.yargitay.gov.tr/> (Yargıtay Bilgi Bankası)

<https://www.kazanci.com.tr/> (Kazancı)

<https://www.hukukturk.com/> (HukukTürk)

<https://www.swisslex.ch/de/>

<https://www.hukukihaber.net/zina-sebebiyle-bosanma-davasi-makale,8981.html>

<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/yargitay-lezbiyen-iliskiyi-bosanma-nedeni-saydi-5771143>

Kamu Hukuku /
Public Law

DENİZ SEVİYELERİNİN YÜKSELMESİ VE ESAS HATLAR ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ: YENİ BİR TÜRK- YUNAN UYUŞMAZLIĞINA DOĞRU MU?

*Rising Sea Levels and Its Effects on Baselines: Towards a new
Turkish–Greek Conflict?*

Doç. Dr. Uğur BAYILLIOĞLU*

*Kaptan Nemo: "... dengeler değiştiğinde ortaya çıkan sonuçların önüne geçemeyiz. Beşeri kanunlara meydan okuyabiliriz, fakat doğa kanunlarına direnemeyiz."*¹

ÖZET

İklim değişikliği bir gerçektir ve bir kısım etkilerini hâlihazırda göstermektedir. İleride etkilerinin daha fazla ve yoğun şekilde tecelli edeceği, bilimsel verilerle ortaya koyulmaktadır. Bu etkiler, insanlığın yaşam biçimi ve kültürü üzerinde derin izler bırakacaktır. Kültürün bir unsuru olan hukukun da böyle bir etkiden muaf olacağı düşünülemez. Küresel ısınmanın neden olduğu deniz seviyesi yükselmesinin uluslararası hukuk açısından doğuracağı sonuçlar, kendini, özellikle

* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
E-posta: ugurbayil@cankaya.edu.tr.
ORCID ID: 0000-0002-8601-7908.

Makale Geliş Tarihi: 07.01.2022
Makale Kabul Tarihi: 08.03.2022

¹ Jules Verne, **Denizler Altında Yirmi Bin Fersah**, Berna Günen, (çev.), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2019, s. 434.

esas hatlar ve deniz alanlarının dış sınırları konusunda hissettirecektir. Nitekim uluslararası toplumda, bu konuda çalışmalar yürütülmektedir. Yine belli bazı devlet uygulamaları ve mevcut kuralların yorumuyla bu fenomene cevap verme yönünde çabalar bulunmaktadır. Dolayısıyla hâlihazırda bu konuda bir kural oluşum aşamasındadır. Yunanistan-GKRY ikilisinin konuya karşı çekingen tutumu dikkat çekicidir ve temel endişeleri mevcut deniz hukuku kurallarında yapılacak değişikliklerdir. Daha ziyade küçük ada devletleri bağlamında meseleye yaklaşan Türkiye'nin tutumu ise henüz, netleşmemiştir. Türkiye bu konuda hukuki bir strateji geliştirmeli; tutum ve davranışlarında dikkatli olmalıdır. Zira bu fenomenin, Türk-Yunan uyuşmazlıklarına yönelik, özellikle adalar bağlamında önemli etkileri olacaktır. Şüphesiz bu, doğrudan bugünün değil geleceğin bir sorunudur. Fakat bugünden, en azından teorik düzlemde konuyla ilgilenmek veya hiç olmazsa böyle bir tartışma olduğunu bilmek, hazırlanmak açısından gereklidir.

Anahtar Kelimeler: Deniz seviyesi yükselmesi, esas hatlar, deniz alanlarının dış sınırları, Türk-Yunan uyuşmazlıkları, adaların statüsü.

ABSTRACT

Climate change is a reality and some of its effects have already been seen. It is demonstrated by scientific data that its effects will be manifested more and more intensely in the future. These changes in the climate will deeply affect the way of life and culture of humanity. It is unthinkable that law, which is an element of culture, will be immune from such an effect. The consequences of rising sea level, caused by global warming in terms of international law will make itself felt especially on the baselines and outer limits of maritime areas. Thus, international community do carry out studies on the issue. There are also efforts to respond to this phenomenon with certain state practices and interpretation of existing rules. Therefore, a rule on this issue is currently in the process of formation. The timid attitude of the Greece-Greek Cypriot Administration towards the issue is

remarkable and their main concern is the change to be made in the existing maritime law rules. The attitude of Turkey, which approaches the issue more in the context of small island states, has not yet been clarified. Turkey should develop a legal strategy in this regard and be careful in its attitudes and behaviors. Because this phenomenon will have important effects on Turkish-Greek conflicts, especially in the context of the islands. Undoubtedly, this is a question of the future, not directly of today. But from today, it is necessary to deal with the subject at least on a theoretical level, or to know that there is such a discussion, in terms of preparation.

Key Words: Rising sea level, baselines, outer limits of the maritime areas, Turkish-Greek conflicts, status of islands.

GİRİŞ

Küresel ısınma, iklimi değiştirmektedir. İklim değişikliği, karbon-dioksit, metan ve diazot monoksit olarak nitelenen sera gazları kaynaklı olup, söz konusu gazların dünyayı sarması neticesi ısı dışarı kaçmamakta ve böylece iklim değişmektedir.² Sera gazlarının neden olduğu küresel ısınmanın bir sonucu da deniz seviyelerinin yükselmesidir. Zira kriyosfer olarak adlandırılan deniz buzları ve buzullarını da kapsayan kar ve buz çökeltilerinde, özellikle Arktik, Grönland ve Antarktika buzullarında erimeler gerçekleşmektedir.³ Yine 19. yüzyıldan itibaren devam eden okyanus ısınmasının, sularda yarattığı genleşmeyle bir önceki yüzyılda deniz seviyeleri yükselmesinde etkili olduğu belirtilmiş ve bu bağlamda okyanus asitlenmesinin arttığı ve üst katmanlarda oksijen kaybı yaşandığı vurgulanmıştır.⁴

Deniz seviyelerinin ne kadar yükselebileceği konusunda çeşitli bilimsel tahminler bulunmaktadır. Bu konudaki en güncel ve kapsamlı

² M. Levent Kurnaz, "Küresel İklim Krizi", **Bilim ve Teknik**, Kasım, 2021, Sayı: 648, s. 15.

³ Fatma Nur Akın, "Küresel İklim Değişikliği Hakkında En Çok Merak Edilenler", **Bilim ve Teknik**, Kasım, 2021, Sayı: 648, s. 31. Ayrıca bkz: Kurnaz, s. 20.

⁴ Akın, s. 30.

çalışmalardan biri, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun (UHK) kurduğu Çalışma Grubu'nun ilk raporunda yer almaktadır.⁵ Raporda, yapılan bilimsel değerlendirme ve hesaplamalarla 2100 yılına kadar ortalama olarak deniz seviyesindeki yükselmenin farklı senaryolara göre 26–98 cm ile 0.61–1.10 metre arasında gerçekleşmesi yönünde tahminler aktarılmıştır.⁶ 680 milyon insanın alçak sahil bölgelerinde, dünya nüfusunun yüzde 28'inin sahillerde, bunlardan yüzde 11'inin 10 metreden daha alçak sahil şeritlerinde ve 65 milyon insanın da gelişmekte olan küçük ada devletlerinde yaşadığı düşünüldüğünde,⁷ deniz seviyesi yükselmesinin, çok ciddi insani ve siyasi soruna yol açacağı görülecektir. Muhtemelen mevcut uluslararası hukuk kuralları bu sorunlara karşı çare üretmekte zorlanacaktır.

İklim değişikliğine bağlı deniz seviyesi yükselmesinin, uluslararası hukuk açısından doğuracağı sorunlardan, bu hukuk dalının önemli bir kolu olan deniz hukuku da nasibini alacaktır. Zira esas hatlar ve deniz alanları üzerindeki hak sahipliği ile bu alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin konular, deniz seviyesi yükselmesinden etkilenecektir. Çalışmada deniz seviyelerinin yükselmesi nedeniyle esas hatların dolaşması/sabitlenmesi meselesi odak alınmış; bu bağlamda, hem deniz alanlarının dış sınırı, yani genişlik, hem de sınırlandırma üzerindeki muhtemel hukuki etkiler üzerinde durulmuştur. Yine Türkiye, Yunanistan ve Güney Kıbrıs Rum Kesimi'nin (GKRY) başlangıç tutumları incelenmiş; yaklaşım ve endişeleri ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Buna paralel olarak Ege ve Doğu Akdeniz'e ilişkin Türk–Yunan uyumsuzlukları anlamında, adaların Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Söz-

⁵ Rapor metni için bkz: Sea-level rise in relation to international law: First issues paper by Bogdan Aurescu and Nilüfer Oral, Co-Chairs of the Study Group on sea-level rise in relation to international law International Law Commission Seventy-second session Geneva, 27 April–5 June and 6 July–7 August 2020, A/CN.4/740, 28 February 2020, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/053/91/PDF/N2005391.pdf?OpenElement>, (Erişim tarihi: 5.10.2021).

⁶ Ibid., para. 29–30.

⁷ Ibid., para. 30.

leşmesi'nin (BMDHS)⁸ 121. maddesi çerçevesindeki statüleri hakkında gündeme gelebilecek sorunlara özellikle dikkat çekilmiştir.

I) TARTIŞMANIN ODAK NOKTASI: SEYYAR ESAS HAT-SABİTLENMİŞ ESAS HAT İKİLEMİ

A) Uluslararası Hukuk Derneği'nin Önerisi ve Mevcut Hukuktaki Durum

İklim değişikliğinin deniz hukukuna yönelik en derin etkisi, söz konusu hukuk dalının temel bir müessesesi olan esas hatların durumuna yönelik olacaktır. Zira deniz alanlarının başlangıç noktasını esas hatlar oluşturur.⁹ Dolayısıyla deniz seviyesindeki yükselme, esas hatları ve buna bağlı olarak deniz alanlarının iç sınırını karaya doğru çekecektir. Aynı zamanda esas nokta olarak kullanılan adaların da su altında kalmasına neden olabilecektir. Bu da doğal olarak deniz alanlarının dış sınırlarının karaya doğru kayması anlamına gelecektir. Bu ihtimalde esas hat seyyar hale gelecek ve seviye değişimine göre deniz alanlarının iç ve dış sınırları da değişecektir.¹⁰

Bu konuda, Uluslararası Hukuk Derneği (UHD) tarafından kurulan ve deniz seviyesi yükselmesini inceleyen komitenin, 2018'deki Sydney Konferansı'nda sunduğu rapor önem arz etmektedir.¹¹ Komite

⁸ Çalışma boyunca BMDHS'ye yapılan atıflarda şu çeviri esas alınmıştır: M. Aydoğan Özman (çev.), **Birleşmiş Milletler Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi**, İstanbul Deniz Ticaret Odası, İstanbul, 1984.

⁹ Esas hatlar için genel olarak bkz: Uğur Bayıllıoğlu, **Uluslararası Hukuk Açısından Ege Karasuları Sınırlandırması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 1-7 ve eşlik eden dipnotlar.

¹⁰ Bu ihtimaller ve seyyar esas hat uygulaması için genel olarak bkz: Sarra Sefrioui: "Adapting to Sea Level Rise: A Law of the Sea Perspective", Gemma Andreone (ed.), **The Future of the Law of the Sea, Bridging Gaps Between National, Individual and Common Interests**, Springer Open, 2017, s. 10 vd.

¹¹ Rapor metni için bkz: International Law Association, Sydney Conference (2018), International Law and Sea Level Rise, https://www.ila-hq.org/images/ILA/DraftReports/DraftReport_SeaLevelRise.pdf, (Erişim tarihi: 19.11.2021).

UHD konuyu 2008'den beri gündeminde tutmaktadır ve söz konusu raporda atfı yapıldığı gibi 2012'de bir başka komitesi aracılığıyla rapor hazırlamıştır. UHD'nin önceki faaliyetleri için bkz: A/CN.4/740, para. 35-36; Nilüfer Oral, "International Law as an Adaptation Measure to Sea-Level Rise and Its Impacts on Islands and

raporda, bir deniz alanının BMDHS'ye göre belirlenen esas hatları ve dış sınırlarının, deniz seviyesi değişikliğinin sahil şeridinin coğrafi gerçekliğini etkilemesi durumunda bile yeniden hesaplanması gerekmediği yönünde tavsiyede bulunulmuştur.¹² Aynı yorum, mahkeme kararlarıyla sınırlandırılan deniz alanları için de geçerli kılınmıştır.¹³

Komite, *de lege ferende* olarak, biri mevcut esas hatların diğer ise mevcut dış sınırların muhafazasını öngören iki yaklaşım önermiştir.¹⁴ Buna aşağıda bazı uygulamalarına değineceğimiz gibi sabitleme veya dondurma denmektedir. Müzakerelerinin, henüz iklim değişikliğinin gündemde olmadığı bir dönemde yapılmış olması nedeniyle BMDHS'de bu konuda bir düzenleme yoktur.¹⁵ Zira 1970'ler itibarıyla sahil şeritlerinde önemli bir küresel gerileme olabileceğinin öngörülemediği vurgulanmıştır.¹⁶ Sabitleme veya dondurma yaklaşımı, 1990'lardan itibaren doktrin tarafından ileri sürülmektedir.¹⁷ Peki, BMDHS'de bu konuda ne gibi düzenlemeler bulunmaktadır?

Caron, esas hat sabitlemesinin BMDHS'de sadece 7/2. madde çerçevesinde dotalara; dış sınır dondurmasının da BMDHS'nin 76/9. maddesi çerçevesinde kıta sahanlığına hasredildiğini vurgulamıştır. Yazara göre, BMDHS'de sadece 7/2. madde dışındaki durumlarda, münhasır ekonomik bölgenin, bitişik bölgenin ve karasularının dış sınırları, başlangıç noktasını oluşturan esas hatlar ile hareket edecekleri için seyyar bir nitelik arz etmektedir.¹⁸

BMDHS'nin, 7/2. maddesine göre:

Offshore Features", Special Issue: Climate Change and the LOSC" **International Journal of Marine and Coastal Law**, Vol: 34, 2019, s. 426-428.

¹² Sydney Conference (2018), s. 19,

¹³ Ibid., s. 24-25. Ayrıca konferansta, komitenin bu tespitleri onaylanmıştır. Bkz: A/CN.4/740, para. 36 (119 no'lu dipnot) ve 113.

¹⁴ Sydney Conference (2018), s. 12.

¹⁵ Sefrioui, s. 17; Oral, s. 426.

¹⁶ David D. Caron, "When Law Makes Climate Changes Worst: Rethinking the Law of Baselines in Light of a Rising Sea Level", **Ecology Law Quarterly**, Vol: 17, 1990, s. , 635-636.

¹⁷ Sefrioui, s. 17.

¹⁸ Caron, s. 634-635. Aynı yönde, Sefrioui, s. 16-17.

“Bir deltanın mevcudiyeti ve diğer doğal özellikler sebebiyle sahilin son derece değişken olduğu bölgelerde, uygun noktalar en düşük cezir çizgisi boyunca seçilebilir; en düşük cezir çizgisinin daha sonra yükselmesi halinde dahi, bu düz esas hatlar, işbu Sözleşmeye uygun olarak sahildar devlet tarafından değiştirilmedikçe yürürlükte kalacaktır.”

Demek ki bu nevi bir sahilde, bir defa uygun noktalar düz esas hatla birleştirildikten sonra, en düşük cezir hattı sonradan yükselse dahi, değiştirilmeyebilecektir. Böylece, esas hattın sabitlenmesi yönünde sahildar devlete açık bir hak verilmiştir.¹⁹

BMDHS'nin, 76/9. maddesi ise şu düzenlemeyi getirmiştir: “Sahildar devlet, kıta sahanlığının dış sınırını kalıcı bir şekilde belirten haritaları ve jeodezik veriler de dahil olmak üzere, ilgili bilgileri, Birleşmiş Milletler Teşkilatı Genel Sekreterine tevdi edecektir...”

Düzenleme, kıta sahanlığı için dış sınırın dondurulması yönünde bir hak verildiği intibayı uyandırmaktadır ki burada, ekonomik nedenlerin göz önünde tutulduğu söylenebilir.²⁰ Caron'un belirtilen tespitine atıf yapan UHK Çalışma Grubu Raporu'na göre bu düzenleme, kıta sahanlığının dış sınırlarını tanımlayan teknik veri ve bilgilerin tevdiinden sonra, bu tanımın kalıcı olduğu ve başka bir tanımla değiştirilemeyeceği anlamına gelir. UHK Çalışma Grubu bu kapsamda, BMDHS'de karasuları, takımadada suları ve münhasır ekonomik bölge ile ilgili olarak da esas hatların ve sınırların harita veya coğrafi koordinatlarının listeleriyle beyanına imkân veren mevcut düzenlemelerin, söz konusu deniz alanlarının sınırlarının kalıcılığını sağlamadığını ayrıca ve açıkça vurgulamıştır.²¹

¹⁹ Özman bu düzenlemeyi, deltalar yanında, doğal şartlar nedeniyle sahilin değişken olduğu yörelerdeki durum olarak incelemiş ve deniz seviyesi yükselmeleri için aşırı ve sık yağan muson yağmurları örneğini vermiştir. Bkz: Aydoğan Özman, **Deniz Hukuku I: Kaynaklar, Kişiler, Nesnelere, Ulusal Deniz Alanları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 238-239.

²⁰ Nitekim Caron'a göre Bernard H. Oxman, "kalıcı" kelimesinin metne ithalini, kıta sahanlığına yapılan yatırımlar nedeniyle bilinçli bir tercihe bağlamıştır. Caron, 1990, s. 635.

²¹ A/CN.4/740, para. 72.

Görüldüğü gibi BMDHS'de tüm deniz alanları için esas hatların sabitlemesi veya dış sınırların dondurulması konusunda genel bir dayanak bulunmamaktadır.

B) Uluslararası Yargı ve Hakemlik Kararlarında Meselenin Ele Alınış Tarzı

1) Esas Hattı Denizden Başlatan ve Sabitleyen Kararlar

Uluslararası mahkemelerin bazı kararlarındaki tespit ve uygulamalar, doktrin tarafından esas hat sabitlemesi için örnek olarak dile getirilmiştir.²² Bunlardan ilki, Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) Nikaragua–Honduras kararıdır. UAD, taraflar arasındaki kara hududunun bitiş, deniz sınırının başlangıç noktasını oluşturan Coco Nehri'nin jeomorfolojisine ilişkin yaptığı inceleme neticesinde, aktif bir morfo-dinamizm gösteren nehrin, tortusunun biriktiği ağız kısmında, adalar ve sığıklar oluştuğunu belirtmiş ve nehrin ağzının sürekli şekil değiştirdiğini vurgulamıştır.²³ Söz konusu değişen koşullar nedeniyle UAD, Coco Nehri'nin ağzındaki adalar üzerindeki egemenlik yetkisi konusunda herhangi bir tespitte bulunmamıştır.²⁴ Deniz alanlarının sınırlandırmasında ise mesele, deniz sınırının başlangıç noktası üzerinde odaklanmıştır. Divan, Honduras'ın tevdi ettiği listede yer alan ve Karma Komisyonun 1962'de Coco Nehri'nin talvegi olarak belirlediği koordinatlardaki bir noktanın, artık nehrin ağzında bulunmaması nedeniyle esas nokta olarak kullanılmayacağını belirtmiştir.²⁵ Divan, sabit esas noktaların belirlenmesindeki bu zorluğun, Coco Nehri'nin ağzında oluşan adacıklar üzerindeki egemenlik ve Atlantik sahilinde sınır çizilmesine ilişkin 1906 Tahkim Kararı'nın yorumlanması ve uygulanması açısından da devam ettiğini vurgulamıştır.²⁶ Dolayısıyla Divan, bu şartlarda, sınırlandırma için esas noktaların tespit edilme-

²² Mesela bkz: Sefrioui, s. 17; A/CN.4/740, para. 104, 228 no'lu dipnot.

²³ Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgment, I.C.J. Reports 2007, para. 31–32.

²⁴ Ibid., para. 145.

²⁵ Ibid., para. 278.

²⁶ Ibid., para. 279.

sinin mümkün olmadığını belirtmiştir.²⁷ Netice olarak Divan, Karma Komisyonun belirlediği noktadan itibaren, 3 millik mesafede, karasuları sınırını başlatmıştır. Bu uygulamaya dayanak olarak, kara hududunun bitiş noktasının belirsiz olduğu durumlarda, sınırlandırmanın denizde belirli bir mesafede başlamasına yönelik emsaller bulunduğunu belirtip, Gine-Gine Bissau tahkimini referans vermiştir.²⁸

Söz konusu uyuşmazlığın ilgili bölümü şu şekilde tasvir edilebilir: Fransa ile Portekiz arasındaki 12 Mayıs 1886 tarihli Antlaşma'nın I. maddesinde, Cajet Nehri'nin talvegi, sınır olarak öngörülmüştür.²⁹ Hakemlik Mahkemesi, söz konusu Antlaşma'nın deniz sınırı çizmediği tespitini yapmakla beraber,³⁰ deniz alanları sınırlandırması için Antlaşma'nın güney yönünde çizdiği sınırı esas almanın hakkaniyete uygun olacağını belirtmiştir.³¹ Böylece Hakemlik Mahkemesi yine Cajet Nehri'nin talvegini esas alma yönünde bir tutum belirlemiştir. Fakat Hakemlik Mahkemesi Cajet Nehri'nin talveginin, yıllar içinde değişime maruz kalabilme ihtimalini gözeterek; talvegi oluşturan hattın, 15°06'30" batı boylamı ile kesiştiği noktadan itibaren deniz alanları sınırlandırma hattını başlatmıştır.³² Böylece bir taraftan deniz sınırının başlangıç noktası, kara hududunun bittiği yer değil, buraya belirli bir uzaklıktaki bir deniz alanı olmuş; diğer taraftan söz konusu başlangıç noktası sabitlemiştir.

Şu halde Gine-Gine Bissau tahkiminde esas hattın sabitlemesi, değişime ayak uydurma çabasının bir ürünüken; Nikaragua-Honduras davasında, sınırlandırma için sabit esas noktaların tespit edilememesinden kaynaklanmıştır. Yine de her iki uygulama aynı sonuca çıkmış; deniz sınırı karadan değil denizden başlatılmış ve üstelik denizde sabitlemiştir.

²⁷ Ibid., para. 280.

²⁸ Ibid., para. 311.

²⁹ Bkz: "Arbitration Tribunal for the Delimitation of the Maritime Boundary between Guinea and Guinea-Bissau Award of 14 February 1985", **International Legal Materials**, Vol: 25, No: 2, 1986, para. 45.

³⁰ Ibid., para. 86.

³¹ Ibid., para. 111 (a).

³² Ibid., para. 129.

2) Sahilin Mevcut Coğrafi Yapısına Göre Esas Hattı Sabitleyen Kararlar:

Bu konuda, Romanya–Ukrayna kararında, UAD'nin yaptığı tespitler önem arz etmektedir. UAD, sınırlandırmanın ilk aşamasının geometrik yapısının, sahil coğrafyasının sınırlandırma esnasındaki fiziki bir gerçeklik olarak tanımladığı noktaların, esas nokta olarak kullanılmasına yol açtığı görüşünü bildirmiştir. UAD'ye göre bu coğrafi gerçeklik, yalnızca jeodinamik ve deniz hareketlerinin ürettiği fiziki unsurlarla beraber diğer maddi faktörleri de kapsamaktadır.³³ Demek ki UAD'ye göre sahilin sınırlandırma esnasındaki fiziki gerçekliğine göre esas noktalar belirlenecektir ve deniz hareketleri de (dolayısıyla seviye yükselmesi de) *inter alia*, söz konusu coğrafi gereklığe neden olan bir etkidir. Hatta UAD'nin, Sulina Seti'nin karaya bakan ucunu geçici ortay hattın başlangıç noktası olarak belirlerken dayandığı gerekçeler, sabit bir nokta arz etmesi ve bu noktada arazinin, doğal deniz kuvvetleri kaynaklı sahil şeridindeki değişikliklerden korunmasıdır.³⁴ Görüldüğü gibi UAD, *inter alia*, sahil şeridindeki değişikliklerden etkilenmemeyi, esas nokta seçmek için bir neden saymıştır. Bu tespitler UAD'nin geçici eşit uzaklık çizgisi, hakça bir sonuca ulaşmak için geçici eşit uzaklık çizgisinin ayarlanması veya düzeltilmesini gerektiren ilgili şartlar bulunup bulunmadığını tespit ve orantılılık testinden oluşan üç aşama yaklaşımının³⁵ ilk aşamasına ilişkindir. Sonraki aşamalarda da bunlardan kaynaklı bir değişiklik yapılmamıştır.

Hakemlik Mahkemesi, Bangladeş–Hindistan tahkiminde ise daha katı bir tutumla, ikinci aşama açısından, iklim değişikliğinden kaynaklananlar da dâhil olmak üzere sahil hattında gelecekte gerçekleşecek değişikliklerin, geçici eşit uzaklık çizgisinin ayarlanmasında dikkate alınamayacağını vurgulamıştır.³⁶ Hakemlik Mahkemesi öncelikle Rai-

³³ Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), Judgment, ICJ Reports, 2009, para. 131.

³⁴ Ibid., para. 139–140.

³⁵ Bkz: Ibid., para. 115–122.

³⁶ In the Matter of the Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration – between – The People's Republic of Bangladesh – and – The Republic of India, Award, 7 July

mangal ve Haribhanga halici sahilinin değişkenliğini ve Bangladeş'in ilgili sahilinin istikrarsızlığını tespit etmiş; sahillerin arz ettiği bu özelliği, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığının sınırlandırılmasında geçici eşit uzaklık çizgisinin ayarlanmasını haklı kılacak bir ilgili şart olarak değerlendirmemiştir. Hakemlik Mahkemesi, bu tespitiyle UAD'nin yukarıda aktardığımız kararındaki tespitiyle ters düşmediğini, zira o kararda, sahilin değişkenliğinin, yalnızca esas noktaların oluşturulmasının mümkün olup olmadığına göre değerlendirildiğini belirtmiştir. Sınırlandırmada sadece mevcut jeofizik koşulların önemli olduğunu vurgulayan Hakemlik Mahkemesi, iklim değişikliğinin deniz ortamı üzerindeki etkisine ilişkin doğal evrimin, özellikle devletlerin sahil cepheleri açısından belirsizlik ve öngörülemezliğine dikkat çekmiştir.³⁷

Hakemlik Mahkemesi'nin sınırlandırmada üçüncü aşamaya ilişkin bu tespitinden, şu sonuçları çıkarmak mümkündür. İlk olarak UAD'nin Nikaragua-Honduras kararından farkı, söz konusu kararda deniz sınırını başlatmak için esas nokta arayışı mevcutken, sahilin değişken ve istikrarsız yapısının, geçici eşit uzaklık çizgisinin değiştirilmesi için bir neden teşkil etmediğinin vurgulanmasıdır. Dolayısıyla geçici eşit uzaklık çizgisi, mevcut sahil şeridinde ve coğrafi duruma dayanarak tayin edilmiştir.³⁸ Böylece gelecekte suların yükselmesi halinde, kararla ortaya konulan ve karar zamanındaki coğrafi gerçekliği yansıtan sınırlandırma hattı değişmeyecektir.

Hakemlik Mahkemesi'nin diğer bazı tespitleri, bu yorumu haklı çıkarmaktadır. Şöyle ki:

Hakemlik Mahkemesi, görevinin, 1947'deki coğrafi özellikleri ve sahil şeridini belirlemek değil; karasularını, münhasır ekonomik bölgeyi ve kıta sahanlığını *de novo* sınırlandırmak olduğunu vurgulamış-

2014, pcacases.com/web/sendAttach/383, para. 399, (Erişim tarihi: 23.11.2021).

³⁷ Ibid., para. 399.

³⁸ Zira Hakemlik Mahkemesi'nin belirttiği gibi her ne kadar bunun tercih edilebilirliği konusunda farklılıkları olsa da her iki taraf da uygun esas noktaların seçilmesinin mümkün olduğu görüşündedir. Ibid., para. 220.

tır. Bunun sonucunda da Mahkeme, sınırlandırma zamanındaki, yani hükmün verildiği tarihteki esas noktaları belirlemesi gerektiğini ifade etmiştir.³⁹ Bangladeş, bu noktada, Bengal Körfezi açısından, iklim değişikliği ve deniz seviyesinin yükselmesi kaynaklı sahil şeridindeki istikrarsızlığı vurgulamış ve gerek kendisi gerek Hindistan tarafından seçilen esas noktaların zaman içinde sular altında kalma ihtimalini ileri sürmüştür.⁴⁰ Fakat Hakemlik Mahkemesi'ne göre bu argüman konuyla ilgisizdir. Zira mesele, tarafların sahillerinin ne zaman iklim değişikliğinden etkilenip etkilenmeyeceği değil, sahil şeridinde yer alan ve sahilin genel yönünü yansıtan esas noktaların seçiminin, mevcut durumda ve hâlihazırda mümkün olup olmadığıdır.⁴¹

UHK Çalışma Grubu Raporu'nda bu tespitin, sınırlandırma uyumsuzluğuna ilişkin bir kararda dikkate alınabilecek olanın, sınırlandırmanın mahkeme tarafından gerçekleştirildiği esnada sahadaki gerçek olduğu, yani, deniz seviyesinin yükselmesinin sahili etkiledikten sonraki gerçek durum olduğu, yoksa deniz seviyesinin yükselmesinden önceki sahil gerçekliğine dayanan iddialar olmadığı anlamına gelebileceği vurgulanmıştır.⁴²

Nitekim Hakemlik Mahkemesi, Romanya-Ukrayna kararına atıf yapmak suretiyle sınırlandırma esnasındaki fiziki gerçeklikle iştigal ettiğini ve bu bağlamda sahil şeridinin gelecekteki değişkenliği sorununu ele almasına gerek olmadığını belirtmiştir.⁴³

Şu halde Hakemlik Mahkemesi'ne göre sınırlandırmada, karar tarihindeki deniz seviyesi esas alınacaktır. Deniz seviyesi daha sonra yükselse bile kararla çizilen sınırlandırma hattı değişmeyecektir. Mesela 2027 yılında deniz seviyesi yükselirse, yine kararda öngörülen sınırlandırma hattı geçerli olacaktır. Fakat mesela Hakemlik Mahkemesi sınırlandırmayı 2027'de bir kez daha yaparsa, bu defa da o es-

³⁹ Ibid., para. 212.

⁴⁰ Ibid., para. 213.

⁴¹ Ibid., para. 214. Hakemlik Mahkemesi bu tespitin ardından, yukarıda değinilen Romanya-Ukrayna kararına atıf yapmıştır. Ibid., para. 214.

⁴² A/CN.4/740, para. 140.

⁴³ Bangladesh-India, para. 215.

nadaki deniz seviyesini esas alacaktır. Demek ki Hakemlik Mahkemesi, sabit bir esas hat sisteminin gerekliliğini ortaya koymuş ve bu gerekliliği sınırların istikrarı ile gerekçelendirmiştir.⁴⁴

Gerçekten de Hakemlik Mahkemesi, devletler arasında uzun vadede barışçıl bir ilişki sağlamak için kara sınırları gibi deniz sınırlarının da istikrarlı ve kesin olması gerektiğini belirtmiş ve UAD'nin Preah Vihear Tapınağı kararına atıf yapmıştır.⁴⁵ Söz konusu kararda UAD, iki devlet aralarında bir sınır oluşturduğunda, asli hedeflerden birinin istikrar ve kesinlik elde etmek olduğunu belirtmiştir.⁴⁶ Hakemlik Mahkemesi aynı değerlendirmenin deniz sınırlarına da uygulanacağını vurgulamıştır.⁴⁷ Her ne kadar Hakemlik Mahkemesi atıf yapmasa da doktrinde ve UHK Çalışma Grubu Raporu'nda atıf yapıldığı gibi⁴⁸ Ege Kıta Sahanlığı kararında UAD, deniz sınırları ile kara sınırlarını aynı amaca bağlamıştır. UAD, uyuşmazlığın, tarafların kıta sahanlığı alanlarının belirlenmesine ilişkin olduğunu, bu nedenle, iki komşu devletin egemenlik yetkilerinin bulunduğu yerde kesin çizgiler çizmek suretiyle sınır oluşturmak gerektiğini belirtmiş ve ister kara sınırı ister kıta sahanlığı sınırı olsun, bunların kaçınılmaz olarak aynı istikrar ve süreklilik unsurunu içermesi gerektiğinin altını çizmiştir.⁴⁹

Görüldüğü gibi kara sınırları gibi deniz sınırları için de istikrarın gerekli olduğu tespitini yapan Hakemlik Mahkemesi, açıkça, iklim değişikliğinin veya olası etkilerinin, antlaşmalarla ve uluslararası yargı yoluyla oluşturulan deniz sınırlarına halel getirmeyeceğini vurgulamıştır.⁵⁰

Hakemlik Mahkemesi istikrarlı ve kesin sınırın önemine bir diğer gerekçe olarak da kıta sahanlığı kaynaklarının araştırılması ve işletilmesi ile yatırım meselesini vermiştir. Hakemlik Mahkemesi'ne göre

⁴⁴ A/CN.4/740, para. 204.

⁴⁵ Bangladesh-India, para. 216.

⁴⁶ "Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962: I.C.J. Reports 1962, s. 34.

⁴⁷ Bangladesh-India, para. 216.

⁴⁸ Sefrioui, s. 18; A/CN.4/740, para. 118

⁴⁹ Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1978, para. 85.

⁵⁰ Bangladesh-India, para. 217.

sahildar devletlerin egemenlik hakları ve dolayısıyla aralarındaki deniz sınırları, kalkınma ve yatırıma izin verecek şekilde kesin olarak belirlenmelidir; yoksa belirlenen deniz sınırında değişiklik olasılığı, sınırlandırmanın bu özel amacına aykırı olacaktır.⁵¹

Hakemlik Mahkemesi deniz sınırlarında istikrar ve kesinliğin sağlanması açısından teknolojik gelişmelerin önemine değinip, bu konuda yol göstermiştir. Hakemlik Mahkemesi'ne göre geçmişte denizde sınırların belirlenmesi için daimi sahil özelliklerine bel bağlanırken, artık uydu seyrişer sistemleri sayesinde sınırlandırma tarihinde kullanılan gerçek fiziki özelliklere başvurmadan, herhangi bir jeodezik noktanın kolayca bulunabileceğini belirtmiştir.⁵²

Demek ki artık Hakemlik Mahkemesi'ne göre sınır tespiti için (başlangıç ve bitiş noktaları anlamında), sahil özelliklerinin önemi, pratikte arka planda kalmıştır. Hakemlik Mahkemesi'nin bu tespitinde teknolojik açıdan doğruluk payı fazlasıyla mevcuttur. Zira bugün dünya üzerindeki herhangi bir konum, bırakın gelişmiş GPRS cihazlarını, herkesin elindeki telefonlarla bile birkaç metre sapmayla tespit edilebilmektedir. Fakat bu pratik durumun, mevcut hukuk bakımından bir etkisi bulunduğu şüphelidir. Yani sorun, deniz alanlarının başlangıcını, yani esas hatları, karadan koparmanın mümkün olup olmadığıdır ki bu husus aşağıda incelenecektir.

Bu incelemeye geçmeden önce mevcut yargı kararları açısından şu tespiti yaparak meseleyi bağlamakta fayda mevcuttur: İncelenen her iki karar grubunun da odak noktası, esas hatların sabitlenmesidir. İlk grupta bu sabitleme, denizde; ikinci grupta ise sahilin o anki fiziki şartlarına göre karada yapılmıştır. İkisi de coğrafi olayların deniz seviyelerine etkisi neticesinde değişebilir. Mesela denizde sabitlenenler, suların çekilmesiyle kara halini alabilir. Şüphesiz küresel iklim değişikliğinin mevcut gidişatına uygun olmayan bu durum, teorik açıdan yapılan bir tespitten ibarettir. Küresel ısınmanın verilerine uygun olan ve gelecekte gerçekleşmesi kuvvetle muhtemel olan ise deniz

⁵¹ Ibid., para. 218.

⁵² Ibid., para. 219.

seviyelerinin yükselmesidir. Bunun neticesi, karada sabitlenen esas hatlar, su altında kalacaktır. Böylece bugünkü coğrafi sahil şeridinin fiziki özelliklerine göre tespit edilen esas hat, yine sabit niteliği gereği, artık denizde sabitlenmiş olacaktır. Şüphesiz esas hatların sabitlenmesi, deniz alanları sınırlarının istikrarı açısından gereklidir. Peki, mevcut uluslararası hukuk kuralları buna ne diyecektir?

II) SABİTLENMİŞ ESAS HAT ÖNÜNDEKİ HUKUKİ BİR ENGEL: “KARA DENİZE HÜKMEDER” İLKESİ

Esas hat sabitlemesi neticesi ileride esas hattı oluşturan kara parçası su altında kalınca sınırın değişmemesi, mevcut uluslararası hukukta nasıl açıklanabilir? Burada gündeme, “kara denize hükmeder” ilkesi gelmektedir. Nitekim sınırların istikrarına duyulan ihtiyacın, temel hukuki ilkelerle çatışabileceği, bunlardan birinin de söz konusu ilke olduğu ifade edilmiştir.⁵³

UAD, 1969 Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği kararında, açıkça karanın denize hükmettiğini ve bir devletin deniz alanları üzerinde kullanabileceği yetkilerin yasal kaynağının kara olduğunu belirtmiştir.⁵⁴ Söz konusu ilkenin, UAD içtihadında, tutarlı bir şekilde tüm deniz alanlarına uygulandığı ve devletin uluslararası hukuka göre denizde sahip olduğu haklarını belirlemek için kara egemenliğinin başlangıç noktası olması gerektiği hususunun şüpheyeye yer bırakmayacak şekilde ortaya konduğu belirtilmiştir.⁵⁵ Hakemlik Mahkemesi, Bangladeş-Hindistan tahkiminde verdiği kararında, deniz alanı sınırlandırmalarında, ilgili sahilin tespiti için ilk olarak “kara denize hükmeder” ilkesinin mantık gereği olduğunu ve dolayısıyla uygulamada, bir devletin sahilinin herhangi bir bölümünün ilgi düzeyinin, o sahil tarafından oluşturulan

⁵³ Vincent P. Cogliati-Bantz, “Sea-level Rise and Coastal States’ Maritime Entitlements: A Cautious Approach”, **The Journal of Territorial and Maritime Studies**, Vol: 7, No: 1 (Winter/Spring 2020), s. 97.

⁵⁴ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, para. 96.

⁵⁵ Bing Bing Jia, “The Principle of the Domination of the Land over the Sea: A Historical Perspective on the Adaptability of the Law of the Sea to New Challenges”, **German Yearbook of International Law**, Vol: 57, 2014, s. 75. İlkenin gelişim tarihçesi, ilgili UAD kararları ve ayrıntılı değerlendirmeler için bkz: Ibid., s. 63-93.

projeksiyonların tanımlanmasına bağlı olduğunu belirterek ilkeyi ve ilgili sahilin tespitindeki önemini veciz bir şekilde açıklamıştır.⁵⁶ Hal böyle olunca deniz alanlarının başlangıç noktasını teşkil eden esas hatların da karadan itibaren çizilmesi gerekmektedir. Peki, sular yükselince ve eski fiziki şartlara göre tespit edilen esas hatlar su altında kalınca durum ne olacaktır? Bu noktada Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı kararındaki tespite atıf yapan Oral, deniz seviyesinin yükselmesinden kaynaklanan arazi kaybıyla, deniz alanları üzerindeki hakların sona erip ermeyeceği sorusunu sormuştur.⁵⁷ Soru önemlidir ve bünyesinde haklılık payı bulundurmaktadır. Zira BMDHS’de başlangıç noktası olarak sahil coğrafyasına dayanan esas hatların kabul edilmesinin nedeni kesinlik ve istikrar sağlamak olup, deniz seviyesinin yükselmesi, aksine bu açıdan belirsizlik oluşturacaktır.⁵⁸ Dolayısıyla mevcut hukuk (kara denize hükmeder) ile bu doğal sürecin sonuçlarını bağdaştırabilecek, ileriye yönelik bir çözüm üretilmesi gereği açıktır.

Bu açıdan Caron’un ilkeyi yorumu ve sabit esas hatları ilkeyle bağdaştıran görüşü, teorik açıdan oldukça kayda değerdir. Yazar öncelikle sabitlenmiş esas hat sistemi karşısında, eğer bir devletin denizdeki hakları kara arazisinden doğuyorsa, sahilin geri çekilmesi veya bir adanın tamamen kaybolması durumunda, bu hakların nasıl aynen sürdürülüp muhafaza edilebileceğini sormuştur.⁵⁹ Görüldüğü gibi soru, esasında “kara deniz hükmeder” ilkesine yönelik bir arayışın ifadesidir. Yazar buna en sade şekilde, sabitlenmiş esas hatların, ilkeye aykırı olmayacağını zira hiçbir devletin hâlihazırda sahip olduğu deniz alanlarından daha fazlasını elde edemeyeceği cevabını vermiştir.⁶⁰ Yazar bu paradigmayı, III. Deniz Hukuku Konferansı’nda, denizlerde paylaşımın, devletlerin ve uluslararası toplumun çıkarları-

⁵⁶ Bangladesh–India, para. 279.

⁵⁷ Oral, s. 425–426.

⁵⁸ Davor Vidas, “Sea-Level Rise and International Law: At the Convergence of Two Epochs”, **Climate Law**, Vol: 4, 2014, s. 74.

⁵⁹ David D. Caron, “Climate Change, Sea Level Rise and the Coming Uncertainty in Ocean Boundaries: A Proposal to Avoid Conflict”, **Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes, and the Law of the Sea**, Seoung–Yong Hong and Jon M. Van Dyke (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden–Boston, 2009, s. 16.

⁶⁰ Ibid., s. 16.

nı dengeleyecek şekilde yapıldığı ve esas hat sabitlemesinin bu paylaşımı bozmayacağı argümanı ile berkitmiştir.⁶¹

Nihai olarak karanın deniz üzerindeki yetkilerin kaynağı olduğu ilkesinin, esas hatların nispeten sabit olduğu varsayımına dayandığını belirten yazar, doğanın değişmezliğine ilişkin bu varsayımın geçersiz olduğunu ve doğa müzakere etmeyi reddettiği için hukukun uyum sağlaması gerektiğini belirtmiştir.⁶² Bir *de lege ferenda* ifadesi olan bu görüşlere karşı, şu soru sorulmalıdır. Peki, doğanın değişkenliğine, deniz seviyesinin yükselmesine uyum nasıl sağlanacaktır? Bir başka şekilde soru şu hali almaktadır: Hukukun esas hatların sabitlenmesi yönünde gelişmesi, doğanın değişkenliğine uyum mudur? Değişimin temel kural haline geldiği, doğa kanunlarının değişim yönünde evrildiği bir gelecekte, sabitleme geçerli olabilecek midir? Vidas, değişimin kalıcı hale gelmesi halinde, sabitleme yaklaşımının sorunu çözmeyeceğini, jeolojik dönemlere atıf yaparak ifade etmiştir. Yazar, Holosen Çağı'nın "donmuş" bir kuralının, Antroposen Çağı'nın sürekli değişen koşulları altında sonsuza kadar sürmesini beklemenin geçerliliğini sorguladıktan sonra, temel soruyu şu şekilde formüle etmiştir: "Dünya Antroposen Çağı'na giriyorsa, uluslararası hukuk Holosen Çağı'nda mı kalacaktır?"⁶³ Dolayısıyla yazara göre yeni döneme uygun yeni hukuki vecizelerin gelişmesi gerekmektedir.⁶⁴ Ezcümle, nasıl "kara denize hükmeder" ilkesi bugün iklim değişikliği nedeniyle ihtiyacı karşılamıyorsa, esas hat sabitlemesi de yarın yine iklim değişikliği nedeniyle ihtiyacı karşılamayacak hale gelebilecek ve yeni kuralların doğumu gerekebilecektir. Dolayısıyla burada gündeme gelen soru, bu değişimin işaretlerinin hâlihazırda mevcut olup olmadığıdır. Bunun için de devlet uygulamalarına değinmek gerekir. Fakat peşinen cevabın hayır olduğunu söylemek gerekir.

⁶¹ Ibid., s. 16.

⁶² Ibid., s. 17.

⁶³ Vidas, s. 83. Holosen, hâlihazırda dünyanın içinde bulunduğu ve çevresel istikrarın geçerli olduğu bir jeolojik çağ iken Antroposen, belirsizlik ve istikrarsızlık ile karakterize edilen bir çağdır. Bkz: Ibid., s. 80 ve eşlik eden dipnotlar.

⁶⁴ Ibid., s. 83.

III) SABİTLEME KONUSUNDAKİ UYGULAMA VE DÜŞÜNCELERİN MEVCUT HUKUKA ETKİ(SİZLİK)LERİ MESELESİ

Mevcut hukukta esas hatların sabitlenmesi yönünde kesin bir dayanak bulunamaması, uluslararası hukukun farklı kural ve ilkeleri çerçevesinde bir arayışa neden olmuştur. Bu arayışın ilk ifadesi örf ve adet hukuku bağlamıdır. Bu anlamda, UHD'nin yukarıda belirtilen ve deniz seviyesi değişikliğinin sahil şeridi coğrafyasını etkilemesi durumunda bile esas hatların ve dış sınırlarının yeniden hesaplanması gerekmediği yönündeki tavsiyesi önem kazanmaktadır. Zira UHD'nin, UAD Statüsü 38/1. madde bağlamında yardımcı şekli kaynak niteliğine dikkat çekilmiş ve örf ve adet hukukunun evrim sürecinde UHD'nin desteğinin bölgesel devlet uygulamaları ile beraber önemli bir katkı olarak görülebileceği vurgulanmıştır.⁶⁵ Nitekim UHD Komitesinin 2018'deki Sydney Konferansı'nda sunduğu raporda, Pasifik adalarında bölgesel bir devlet uygulamasının geliştiğine dair *prima facie* işaretlemlerin bulunduğu tespiti yapılmış ve raporda yer alan tavsiyelerin, Birleşmiş Milletlerin (BM) siyasi organları tarafından tartışılıp onaylanması halinde, *opinio juris* oluşmasına katkıda bulunabileceği vurgulanmıştır.⁶⁶

Gerçekten de son zamanlarda, Pasifik Okyanusu'nda bulunan ada devletlerinin, esas hatları ve deniz alanlarının dış sınırlarını sabitleyen bildirimler yaptıkları görülmektedir. Aynı zamanda başta Pasifik Adaları Forumu olmak üzere diğer bölgesel örgütlenmeler de aynı anlayışı ifade eden tutumlar içindedir.⁶⁷ Pasifik devletlerinin uygulamalarına ilaveten, sabitleme yönünde iki yaklaşımın altı çizilmiştir. İlki, Kıta Sahanlığı Sınırları Komisyonu'nun tavsiyesi üzerine belirlenen dış kıta sahanlığının kesin ve bağlayıcı olduğunu öngören BMDHS'nin 76/8. maddesindeki düzenlemenin sabitleme yönünde kullanılmasıdır. Diğeri ise bazı devletlerin, hukuki açıdan normal esas

⁶⁵ Clive Schofield–David Freestone, “Islands Awash Amidst Rising Seas: Sea Level Rise and Insular Status under the Law of the Sea”, **The International Journal of Marine and Coastal Law**, Vol: 34, 2019, s. 404.

⁶⁶ Sydney Conference (2018), s. 18.

⁶⁷ Bkz: Schofield–Freestone, s. 403–407; Cogliati–Bantz, s. 94; A/CN.4/740, para. 86 ve 102.

hatlarını, sahil şeridinde meydana gelen fiziki değişikliklerden bağımsız deniz haritalarına dayandırmalarıdır.⁶⁸

Burada gündeme gelen soru, bu uygulamaların bir örf ve adet kuralı oluşturup oluşturmadığıdır. Bir örf ve adet kuralının oluşumu için istikrarlı, yeknesak, genel bir uygulama (maddi unsur) ve bu uygulamanın hukuken zorunlu olduğu inancı ile yapılması (manevi unsur, *opinio juris*) gerekir.⁶⁹ Şu halde mesele, söz konusu uygulamaların, bu iki şartı karşılayıp karşılamadığı üzerine odaklanmaktadır.

UHK Çalışma Grubu Raporu'nda yapılan nihai değerlendirme, geline aşamada, esas hatların ve deniz alanlarının dış sınırlarının sabitlenmesi konusunda bölgesel veya genel bir örf ve adet hukuku kuralının ortaya çıkması hakkında kesin bir sonuca varmak için erken olduğu yönündedir. Rapora göre örf ve adet hukukunun maddi unsurunun oluşumu için gerekli devlet uygulamaları, en azından Pasifik ve Güney Pasifik bölgelerinde mevcuttur. Fakat her ne kadar ilgili devletlerin uygulamalarında hukuki istikrar ve güvenlik gerekçesiyle genel bir tutuma sahip oldukları bu anlamda bir gösterge teşkil etse de *opinio juris*'in varlığı henüz o kadar açık değildir.⁷⁰

Kaldı ki bu konuda oluşacak örf ve adet kuralı BMDHS'yi değiştireceğine göre tutarlı bir uygulama ve *opinio juris*in tanımlama eşliği çok yüksek olacaktır.⁷¹ Zira hiç yoktan bir kural yaratmakla, mevcut ve hâlihazırda geniş bir kabul ve uygulama alanına mazhar bir kuralın değiştirilmesi arasında (üstelik değişiklik, mevcut BMDHS kurallarının ihlali suretiyle gerçekleşecektir) örf ve adet hukukunun kurucu unsurları açısından ciddi bir fark olması gerektiği işin mahiyeti icabıdır. Dolayısıyla gelecekte esas hatların sabitlenmesi yönünde, örf ve adet hukuku, beklenen yardımı yapmayabilir.

⁶⁸ Schofield-Freestone, s. 407 ve eşlik eden dipnotlar.

⁶⁹ Bkz: Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap**, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, s. 209-212; Emre Öktem, **Uluslararası Teamül Hukuku**, Beta, İstanbul, 2013, s. 49-207.

⁷⁰ A/CN.4/740, para. 104-i. Benzer görüş için bkz: Cogliati-Bantz, s. 94

⁷¹ Ibid., s. 99.

Esas hatların sabitlenmesi ve dış sınırların buna bağlı olarak dondurulması konusunda gündeme getirilen bir diğer görüş, *rebus sic stantibus* ilkesine dayandırılmıştır. Antlaşma şartlarında esaslı değişiklikler olarak Türkçeye çevrilebilecek söz konusu ilke, bir antlaşmanın yapılışı esnasında mevcut olan ve antlaşmanın yapılmasını etkileyen şartlarda sonradan meydana gelen değişikliklerin, o antlaşmanın sona erdirilmesi için bir gerekçe teşkil etmesini ifade etmektedir.⁷² Söz konusu ilke 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin⁷³ (VAHS) 62. maddesinde düzenlenmiştir.

UHD Komitesinin 2018'deki Sydney Konferansı'nda sunduğu raporda, deniz alanı sınırlandırma antlaşmaları için söz konusu ilke gündeme getirilmiştir.⁷⁴ Buradaki temel tartışma konusu, ilkenin istisnalarından birisi olarak VAHS'nin 62/2-a maddesinde yer alan, sınır çizen antlaşmalar için ilkeye başvurulamayacağı düzenlemesidir. Komite, sadece karasuları sınırlarının istisna kapsamına girdiğini, bu nedenle diğer deniz yetki alanları sınırları açısından meselenin tartışmaya açık tutulduğunu belirtmiştir.⁷⁵ UHK Çalışma Grubu Raporu'nda da komitenin bu tespitine atıf yapılmış ve yukarıda da değinilen Ege Kıta Sahanlığı kararı ile Bangladeş-Hindistan tahkiminde, kara sınırı ile deniz sınırlarını istikrar ve kesinlik çerçevesinde aynı amaca bağlı tutan tespitler aktarılmıştır.⁷⁶ Özellikle Ege Kıta Sahanlığı kararında UAD'nin kıta sahanlığı sınırının da şartların esaslı şekilde değişmesi kuralından hariç olduğu yönündeki tespiti önem arz etmektedir.⁷⁷ Böylece deniz seviyesinin yükselmesi nedeniyle, şartların esaslı şekilde değiştiği gerekçesiyle mevcut bir sınırlandırma antlaş-

⁷² Pazarıcı, s. 197.

⁷³ Metin için bkz: Aslan Gündüz, **Milletlerarası Hukuk: Konu Anlatımı, Temel Belgeler, Örnek Kararlar**, Reşat Volkan Günel (ed.), 6. Baskı, Beta, İstanbul, 2003, s. 66-87.

⁷⁴ Bkz: Sydney Conference (2018), s. 19-21.

⁷⁵ Ibid., para. 20.

⁷⁶ Bkz: A/CN.4/740, para. 114-120.

⁷⁷ Aegean Sea Continental Shelf, para. 85.

masında değişiklik talep etmek, mevcut hukuk açısından geçerli olmayacaktır.⁷⁸

UHD Komitesinin 2018'deki Sydney Konferansı'nda sunduğu raporda, BMDHS metninin, güncel yorumu bağlamında, VAHS'nin 31/3. maddesinde yer alan, özellikle müteakip uygulamayı düzenleyen b bendi gündeme getirilmiştir.⁷⁹ Bu şekilde, BMDHS'nin yorumlanmasıyla ilgili olarak tarafların mutabakatını sağlayan müteakip bir uygulama geliştiği meselesi tartışma konusu yapılmaktadır. Böylece esas hatları sabitleyen uygulamaların, BMDHS'nin yorumu konusunda bir mutabakat ortaya koyan müteakip uygulamalar olarak düşünülmesi yönünde bir görüş ortaya çıkmıştır. Teorik açıdan yorum yoluyla bir antlaşmanın günün şartlarına uyarlanması ve bu şekilde değiştirici uygulama neticesi yeni bir örf ve adet kuralının oluşması mümkün olmakla beraber bunun için çok sayıda uygulama örneği gerekmektedir.⁸⁰ Lâkin gelinen aşamada bu nevi bir uygulamanın tanımlanmasının mümkün olmadığı vurgulanmıştır.⁸¹ Nitekim UHK Çalışma Grubu Raporu'nda bu konuya değinilmediği anlaşılmaktadır.

Ezcümle, esas hatların sabitlenmesi yönündeki uygulamalar, uluslararası hukukun kaynak teorisi çerçevesinde, antlaşmalar hukuku veya örf ve adet hukuku bağlamında mevcut kurallarda bir değişiklik yapacak hukuki yeterliliğe henüz sahip değildir.

Şüphesiz uluslararası toplum, sahip olduğu organları eliyle konuyu incelemeye devam etmektedir. Özellikle BM bünyesinde yapılan çalışmalarda, devletler tarafından ortaya konan görüş, anlayış ve tutumlar, ileride bu konuda oluşacak kuralların ilk proteinini oluştur-

⁷⁸ Benzer görüşler için bkz: Sefrioui, s. 19-20; Stuart Kaye, "The Law of the Sea Convention and Sea Level Rise after the South China Sea Arbitration", **International Law Studies Series. US Naval War College**, Vol: 93, 2017, s. 438. Cogliati-Bantz, s. 97-98. Kaye, ilaveten deniz seviyesi yükselmesinin VAHS'nin 62/1-a ve b maddelerindeki diğer şartları da karşılamadığı fikrindedir. Bkz: Kaye, s. 439-440.

⁷⁹ Bkz: Sydney Conference (2018), s. 18-19.

⁸⁰ Öktem, s. 345-346.

⁸¹ Cogliati-Bantz, s. 94-95.

maktadır. Bu açıdan UHK'nin 2020 Raporu'na⁸² yansıyan tespitler iyi bir örnek sunmaktadır. Raporda, devletlerin, deniz seviyesi yükselmesinin insan hayatı, geçim kaynakları ve ekonomi üzerindeki etkisi ve tatlı su ve gıdaya erişimi engelleme gibi yarattığı çeşitli zorluklara vurgu yaptıkları belirtilmiştir.⁸³ Bazı devletler, BMDHS çerçevesinde belirlenen deniz alanlarının, deniz seviyesinin yükselmesi sonucundan etkilenmemesi ve bu suretle, mevcut esas hatlardan kaynaklanan deniz alanları ve hakların muhafazası hedefine yönelik desteği açıklamıştır.⁸⁴ Bu çerçevede, devletlerin, deniz seviyesi yükselmesi karşısında hukuki istikrarın, güvenliğin, kesinliğin ve öngörülebilirliğin korunmasına yönelik endişeleri dile getirdikleri ve mevcut esas hatları ve deniz alanlarını muhafaza için aldıkları çeşitli önlemler konusunda bilgi verdikleri kaydedilmiştir.⁸⁵ Genel Kurulun 15 Aralık 2020 tarihli kararında⁸⁶ da UHK'nin diğerleri yanında deniz seviyelerinin yükselmesi meselesine ilişkin çalışmalarına yönelik destek açıkça görülmektedir.

Şurası tartışmasızdır ki deniz seviyesi yükselmesinin önlenemesi halinde bu konuda bir kuralın ortaya çıkması fiziki gerçekliğin dayattığı bir zorunluluktur ve mutlaka gerçekleşecektir. Bu kural bir örf ve adet hukuku olabileceği gibi antlaşma da olabilir. Gerçekten de BM bünyesinde yapılan çalışmalar neticesi zamanla bu konuda bir örf ve adet kuralı doğabileceği gibi BMDHS'yi değiştiren veya 7. maddeye bir hüküm ekleyen düzenlemeler de gerçekleşebilir.

Kanımızca burada gündeme gelen soru, söz konusu sorunun ve sorunun çözümüne ilişkin yukarıda değinilen çalışmaların, Türk-

⁸² Metin için bkz: Report of the International Law Commission on the work of its seventy-second session (2020), International Law Commission Seventy-second session Geneva, 26 April–4 June and 5 July–6 August 2021, A/CN.4/734/Add.1, 3 February 2021, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/027/85/PDF/N2102785.pdf?OpenElement>, (Erişim tarihi: 5.10.2021).

⁸³ Ibid., para. 8.

⁸⁴ Ibid., para. 9.

⁸⁵ Ibid., para. 10.

⁸⁶ Bkz: A/RES/75/135, para. 5 ve 7, <https://undocs.org/en/A/RES/75/135>, (Erişim tarihi: 5.10.2021).

Yunan uyuşmazlıklarına yönelik etkisi ve tarafların tutumlarının ne olduğudur.

IV) TÜRKİYE, YUNANİSTAN VE GKRY’NİN TUTUMLARI VE SORUNUN TÜRK-YUNAN UYUŞMAZLIKLARINA MUHTEMEL ETKİSİ

A)Türkiye, Yunanistan ve GKRY’nin Başlangıç Tutumları

Türkiye ve Yunanistan’ın (ve GKRY’nin) konu hakkındaki tutum ve davranışları hem uluslararası toplum açısından hem de kendileri açısından Ege ve Doğu Akdeniz uyuşmazlıkları bağlamında sonuç doğurma kapasitesine sahiptir. Gerçekten de Türkiye ve Yunanistan, uluslararası toplumun üyeleri olarak tutum ve davranışları ile bir uluslararası hukuk kuralının, mesela bir örf ve adet kuralının oluşmasına katkıda bulunma yetkisini haizdir. Şüphesiz tarafların benimseyecekleri tutum ve davranışlarda, Ege ve Doğu Akdeniz uyuşmazlıklarının gözetileceği ve bu uyuşmazlıklara ilişkin tezlerine hanel gelmesine azami dikkat gösterileceği açıktır. Tarafların başlangıç tutumlarına baktığımız zaman şu tablo karşımıza çıkmaktadır:

UHK Çalışma Grubu Raporu’nda, 2018 Genel Kurul görüşmelerinde Türkiye’nin, deniz seviyesi yükselmesi konusunun UHK’nin uzun dönem çalışma programına dahil için lehe tavır takındığı, hatta konuya ilgi gösterdiği belirtilmiştir.⁸⁷ Gerçekten de Türk temsilcinin 24 Ekim 2018 tarihli Altıncı Komite toplantısında yaptığı konuşma bunu ortaya koymaktadır.⁸⁸ Türk temsilci, deniz seviyesi yükselmesinin küresel ısınma ile ilişkisi, devlet olma, insan hareketliliği, insan hakları, coğrafi koşullar ile kara ve deniz sınırları gibi çeşitli alanlardaki boyutlarına dikkat çekmiştir. Fakat Türk temsilci, konuya fazlaca genel bir yaklaşımın, verimsiz sonuçlar ve siyasi hassasiyetler

⁸⁷ A/CN.4/740, para. 9.

⁸⁸ Konuşma metni için bkz: General Assembly, Seventy-third session, Sixth Committee, Summary record of the 22nd meeting, A/C.6/73/SR.22, 3 December 2018, para. 24–27, <https://undocs.org/en/A/C.6/73/SR.22>, (Erişim tarihi: 5.10.2019). Bu konuşma metnine, A/CN.4/740, para. 9, 10 no’lu dipnot vasıtasıyla ulaşılmıştır.

doğurabileceği endişesini dile getirmiştir. Bunu önlemek için en uygun seçeneğin ivedilik arz eden çevresel sorun ve sonuçlara odaklanmak olduğunu belirtmiştir. Deniz seviyesinin yükselmesinin sonuçları, mevcut çevre hukuku kurallarının değiştirilmesi ve yenilerinin kabul edilmesi yoluyla ele alınmalıdır. Türk temsilciye göre UHK'nin bu bağlamdaki çalışması, daha fazla düzenleyici çaba için itici bir güç olacaktır.⁸⁹

Türkiye'nin kara ve deniz sınırları vurgusu ve devlet olma kriterlerine atfı, deniz hukuku bağlamlıdır. Fakat konuya yaklaşımı ivedilik arz eden çevre sorunlarına hasretmesi, küresel ısınmanın önlenmesi ve dolayısıyla deniz seviyesi yükselmesinin önlenmesi konusuyla sınırlı bir tedbir ve kurallaşma talebini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla bu tespitlerden, Türkiye'nin deniz alanları ve sınırlandırma açısından normatif düzenleme arayışında olduğu sonucu çıkmaz.

UHK Çalışma Grubu Raporu'nda, 2019 Genel Kurul görüşmelerinde Türkiye'nin, deniz seviyesi yükselmesi konusunun UHK'nin cari çalışma programına dâhil etme kararına destek veren devletlerden biri olduğu vurgulanmıştır.⁹⁰ Gerçekten de Türk temsilci 1 Kasım 2019 tarihli Altıncı Komite toplantısında yaptığı konuşmada⁹¹ bu desteği vurguladıktan sonra, deniz seviyesi yükselmesini, birçok devleti, özellikle küçük ada devletlerini ve alçak sahil şeridinde sahip devletleri etkileyecek acil bir sorun olarak tanımlamıştır.⁹² Böylece Türkiye, özellikle küçük ada devletlerini ve alçak sahil şeridinde sahip devletleri öne çıkararak deniz hukuku bağlamlı bir tespit yapmış olmaktadır. Yine Türkiye'nin Küçük Ada Devletleri İttifakı ve Pasifik Adaları Forumu gibi örgütlenmelerle beraber, birtakım etkinlikler düzenlediği

⁸⁹ A/C.6/73/SR.22, para. 26.

⁹⁰ A/CN.4/740, para. 19.

⁹¹ Konuşma metni için bkz: General Assembly, Seventy-third session, Sixth Committee, Summary record of the 29th meeting, A/C.6/74/SR.29, 26 November 2019, para. 148-151, <https://undocs.org/en/A/C.6/74/SR.29>, (Erişim tarihi: 5.10.2021). Bu konuşma metnine, A/CN.4/740, para. 19, 59 no'lu dipnot vasıtasıyla ulaşılmıştır.

⁹² A/C.6/74/SR.29, para. 151.

belirtilmiştir.⁹³ Görüldüğü gibi Türkiye, küçük ada devletleri ile hareket etmekte ve deniz hukuku bağlamı sorunları, şimdilik daha ziyade onlar açısından gündeme getirmektedir.

UHK Çalışma Grubu Raporu'nda, 2018 Genel Kurul görüşmelerinde Yunanistan ve GKRY'nin, deniz seviyesi yükselmesi konusunun UHK'nin uzun dönem çalışma programına dahilüne muhalefet eden dört devletten ikisi oldukları belirtilmiştir.⁹⁴ Gerçekten de Yunan temsilcinin 23 Ekim 2018 tarihli Altıncı Komite toplantısında yaptığı konuşmada⁹⁵ altını çizdiği hususlar, bu muhalefetin gerekçelerini ortaya koymaktadır.

Yunan temsilci, devlet uygulamaları eksikliğinin *de lege ferenda* uygulama başlatma riskine dikkat çekmiştir. Ayrıca devlet uygulamalarının yetersiz ve hâlihazırda gelişmekte olmasını, deniz seviyesi yükselmesi konusunun kodifikasyona hazır olmamasına gerekçe göstermiştir. Yunan temsilci, Yunan heyetinin deniz seviyesi yükselmesinin fiili ve hukuki sonuçlarının farkında olmakla birlikte, UHK'nin konuyu değerlendirmesini bir süre ertelemenin iyi olacağını düşündüğünü belirtmiştir. Yunan temsilciye göre eğer UHK konuyu ele alacaksa, BMDHS'nin bütünlüğü yanında, deniz alanlarına ilişkin hakların, deniz alanı sınırlarının ve sınırlandırma antlaşmalarının istikrarını muhafaza etmelidir.⁹⁶

Görüldüğü gibi Yunanistan, bu konudaki devlet uygulamalarını yetersiz bulmaktadır ve BMDHS'nin değişmemesi ve mevcut deniz alanı sınırlarının ve sınırlandırma antlaşmalarının devam etmesi gerektiği anlayışındadır.

⁹³ A/CN.4/740, para. 25.

⁹⁴ Ibid., para. 9.

⁹⁵ Konuşma metni için bkz: General Assembly, Seventy-third session, Sixth Committee, Summary record of the 21st meeting, A/C.6/73/SR.21, 26 November 2018, para. 59-68, <https://undocs.org/en/A/C.6/73/SR.21>, (Erişim tarihi: 5.10.2021). Bu konuşma metnine, A/CN.4/740, para. 9, 11 no'lu dipnot vasıtasıyla ulaşılmıştır.

⁹⁶ A/C.6/73/SR.21, para. 68.

GKRY temsilcisi ise 24 Ekim 2018 tarihli Altıncı Komite toplantısında Yunanistan'la benzer görüşler ifade etmiştir.⁹⁷ GKRY temsilcisinin öncelikle usulî tespitlerine değinmek gerekirse, UHK'nin Altıncı Komiteye danışmadan izlediği yöntemi eleştirdiği ve ortada UHD Raporu varken bir de çalışma grubu kurulmasını ve konuyu incelemesini kıt kaynakların israfı olarak değerlendirdiği görülmektedir.⁹⁸

GKRY temsilcisinin esasa ilişkin tespitleri ise GKRY'nin soruna karşı hazırlandığını, devlet uygulamalarına ağırlık verilmesi ve fakat BMDHS'nin değiştirilmemesi gerektiğini savunduğunu göstermektedir. Gerçekten de GKRY temsilcisi iklim değişikliği ve görünür etkilerinin, yükselen deniz seviyeleri nedeniyle sahil şeridinde ciddi bozulma ve taşkın yaşanması beklenen Kıbrıs için önem taşıdığını belirtmiştir.⁹⁹ Deniz seviyesindeki yükselmenin, olumsuz etkilerinin giderek artacağı ve bu nedenle hukuki sonuçlarının netleştirilmesi gerektiğini belirten GKRY temsilcisi, UHK'nin izlemesi gereken yöntemin, deniz seviyesindeki yükselmenin hukuki etkilerini, devlet uygulamaları temelinde kapsayıcı bir şekilde incelemek olduğunu vurgulamıştır.¹⁰⁰ Yapılacak çalışmalarda BMDHS'nin lafzına ve ruhuna tam olarak saygı gösterilmesinin her şeyden önemli olduğunu vurgulayan GKRY temsilcisi, BMDHS'yi değiştirme veya göz ardı etme girişimlerinin olumsuz sonuçlar doğuracağını altını çizmiştir.¹⁰¹

UHK Çalışma Grubu Raporu'nda, 2019 Genel Kurul görüşmelerinde Yunanistan'ın deniz seviyesi yükselmesi konusunun UHK'nin uzun dönem çalışma programına duhulü için sergilediği muhalefete devam ettiği, GKRY'nin muhalefetinin ise 2018'e nazaran nüanslar arz

⁹⁷ Konuşma metni için bkz: General Assembly, Seventy-third session, Sixth Committee, Summary record of the 23rd meeting, A/C.6/73/SR.23, 14 November 2018, para. 43–51, <https://undocs.org/en/A/C.6/73/SR.23>, (Erişim tarihi: 5.10.2021). Bu konuşma metnine, A/CN.4/740, para. 9, 11 no'lu dipnot vasıtasıyla ulaşılmıştır.

⁹⁸ A/C.6/73/SR.23, para. 49.

⁹⁹ Ibid., para. 48.

¹⁰⁰ Ibid., para. 49.

¹⁰¹ Ibid., para. 50.

ettiği belirtilmiştir.¹⁰² Yunan temsilci 1 Kasım 2019 tarihli Altıncı Komite toplantısında yaptığı konuşmada¹⁰³ uluslararası toplumun, yükselen deniz seviyelerinin hukuki ve diğer konulardaki sonuçlarını tam olarak kavrayabilmesi için ilave bilimsel ve akademik çalışmalara ihtiyaç olduğunu belirtmiştir. Yunan temsilci açıkça, devlet uygulamaları ve genel kabul görmüş kuralların eksikliği nedeniyle konunun kodifikasyon için hazır olmadığını vurgulamıştır.¹⁰⁴ Yunan temsilci UHK çalışmalarında bu konuda sorunlar doğabileceği ihtimaline binaen, söz konusu çalışmalarla BMDHS'nin bütünlüğünün bozulmaması uyarısını yapmıştır.¹⁰⁵

GKRY temsilcisi de 5 Kasım 2019 tarihli Altıncı Komite toplantısında yaptığı konuşmada,¹⁰⁶ konuyla ilgili herhangi bir çalışmanın sonucunun BMDHS'ye uygun olması gerektiğini ve Sözleşme'yi değiştirmeye yönelik herhangi bir girişimin olumsuz sonuçları olacağını vurgulamıştır. GKRY temsilcisi, UHK'nin kodifikasyon açısından yetkisinin bulunmadığı tespitini yapmış ve Komisyonu bu konudaki devlet uygulamalarının yetersizliği konusunda uarmıştır. GKRY Temsilcisi, Çalışma Grubu'nun yükselen deniz seviyelerinin devlet olma ve göç üzerindeki potansiyel etkileri üzerinde çalışma kararına yönelik desteği ifade etmiştir.¹⁰⁷ UHK Çalışma Grubu Raporu'nda nüans olarak değerlendirilen bu son tespittir. Bu nüans, GKRY'nin UHK çalışmalarına yönelik kısmi desteğini ortaya koyduğu gibi esas hatlar ve deniz alanları bağlamli çalışmalarına yönelik muhalefetinin devam ettiğini

¹⁰² A/CN.4/740, para. 19.

¹⁰³ Konuşma metni için bkz: General Assembly, Seventy-third session, Sixth Committee, Summary record of the 28th meeting, A/C.6/74/SR.28, 29 November 2019, para. 49–58, <https://undocs.org/en/A/C.6/74/SR.28>, (Erişim tarihi: 5.10.2021). Bu konuşma metnine, A/CN.4/740, para. 19, 62 no'lu dipnot vasıtasıyla ulaşılmıştır.

¹⁰⁴ A/C.6/74/SR.28, para. 56.

¹⁰⁵ Ibid., para. 57.

¹⁰⁶ Konuşma metni için bkz: General Assembly, Seventy-third session, Sixth Committee, Summary record of the 30th meeting, A/C.6/74/SR.30, 9 December 2019, para. 96–102, <https://undocs.org/en/A/C.6/74/SR.30>, (Erişim tarihi: 5.10.2021). Bu konuşma metnine, A/CN.4/740, para. 19, 63 no'lu dipnot vasıtasıyla ulaşılmıştır.

¹⁰⁷ A/C.6/74/SR.30, para. 102.

de gösterir. Demek ki GKRY, çalışmalara rızasını, devlet olma kriterleri ve göç konusuna hasretmiştir.

Şu halde Yunanistan–GKRY ikilisi, meselenin fiili ve hukuki anlamda henüz olgunlaşmadığı, esas hatların sabitlenmesi ve dış sınırların dondurulması konusundaki devlet uygulamalarının normatif bir düzenleme için yetersiz olduğu anlayışındadır. Bu anlayış, esas itibarıyla devlet uygulamalarının da BMDHS'ye aykırı olmayacak şekilde ortaya çıkıp, netleşmesi isteğini göstermektedir. Zira her iki devlet açısından da BMDHS'nin korunması ve Sözleşme'de bir değişiklik yapılmaması temel amaç olarak belirlemektedir. Kanımızca bunun temel nedeni, BMDHS'nin değişmesi halinde, BMDHS'ye dayandırmak suretiyle hak olarak takdim ettikleri, Ege ve Akdeniz'deki deniz alanlarına yönelik aşırı iddialarına hanel geleceği endişesidir.

Türkiye ise şimdilik daha ziyade küçük ada devletlerini ve tutumlarını destekleyen bir anlayış içindedir. Yine normatif bir düzenlemeyi de deniz hukuku değil, çevre hukuku bağlamında bir şekilde ileri sürmüştür. Türkiye'nin henüz deniz alanları ve sınırlandırma konusunda açık bir tespiti bulunmamaktadır. Bu açıdan elini kapalı tuttuğu söylenebilir.

Deniz seviyesi yükselmesinin Ege ve Akdeniz'i de etkileyeceği açıktır. Bu etkiyi bir örnek üzerinden vermek, kıyaslama yapmak için uygun olacaktır. Dünya'nın 1,5 derece ısınması halinde, 40 yıl içinde İstanbul'un sahil haritasının değişeceği, üç derecelik ısınma halinde ise deniz sularının sahillerden iki kilometre kadar içeri gireceği aktarılmıştır. İklim bilimcilerin, sera gazı emisyonunun bugün azaltılmaya başlanıp, 2050'de sınırlandığı en iyimser senaryoda bile 1,5 derece hedefini tutturmanın neredeyse imkansız olduğu, emisyon artışının 2050'ye kadar sürdüğü kötümser senaryoda ise sıcaklık artışının 2060'lara gelindiğinde üç dereceyi bulmuş olacağı yönündeki tahminleri aslında durumu özetlemektedir. Zira 1,5 derecelik en iyimser senaryoda bile İstanbul'da yere ve semte göre değişen şekilde, 250 met-

reden iki kilometreye kadar deniz seviyesi yükselmesi gerçekleşecektir.¹⁰⁸

Bu senaryolar, Ege ve Akdeniz için de bölge bölge farklılık arz etmekle beraber geçerlidir. Özellikle konu adalar meselesi açısından incelemeye değer niteliktedir. Zira yükselmeye bağlı olarak Yunanistan egemenliğindeki bazı kayaların su altında kalma veya adaların kaya statüsüne gelme ihtimali mevcuttur. Böylece hem esas noktalar hem de esas hatlar açısından bir değişim gündeme gelebilir. Aynı durum Türkiye'ye ait ada ve kayalar için de geçerlidir. Lakin Yunanistan'a ait adaların fazlalığı, değişen ebatları ve konumları karşısında seviye yükselmesinin asıl Yunan esas nokta ve esas hatlarını etkileyeceği açıktır. Buna bağlı olarak Ege ve Akdeniz'de Yunanistan'ın sahip olacağı deniz alanları ve Türkiye ile yapılacak sınırlandırma faaliyetleri de etkilenecektir. Şüphesiz deniz seviyesi yükselmesi, aynı zamanda her iki devletin anakaralarındaki esas nokta ve esas hatları da etkileyecektir. Fakat Ege ve Doğu Akdeniz uyuşmazlıklarında temel sorun, esas itibarıyla Yunanistan'a ait adalardan kaynaklandığı için burada inceleme sadece adalara hasredilmiştir.

Bu inceleme faaliyeti, aynı zamanda deniz seviyesi yükselmesi hakkında adalar bağlamında tartışılan konuları da genel olarak ifade etme imkânı verecektir.

B) Deniz Seviyesi Yükselme Sorununun Adaların Durumuna Etkileri Meselesi

Deniz seviyesi yükselmesinin adaların durumuna etkisini değerlendirebilmek için öncelikle incelenmesi gereken düzenleme, BMDHS'nin adaların statü ve rejimini düzenleyen 121. maddesidir. Buna göre:

“Bir ada, sularla çevrili olan ve sular yükseldiğinde su üstünde kalan, doğal olarak meydana gelmiş kara parçasıdır.

¹⁰⁸ “İstanbul için kâbus senaryosu: Deniz sahilleri yutacak”, <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/istanbul-icin-kabus-senaryosu-deniz-sahilleri-yutacak-41916701>, (Erişim tarihi: 14.10.2021).

3. paragraf hükümleri saklı kalmak üzere, bir adanın karasularının, bitişik bölgesinin, münhasır ekonomik bölgesinin ve kıta sahanlığının sınırlandırılması, işbu Sözleşmenin diğer kara parçalarına uygulanabilir hükümlerine uygun olarak yapılır.

İnsanların oturmasına elverişli olmayan veya kendilerine özgü ekonomik bir yaşamı bulunmayan kayalıkların münhasır ekonomik bölgeleri veya kıta sahanlıkları olmayacaktır.”

Adaların sahip olacakları deniz alanlarını düzenleyen maddenin 3. paragrafına göre eğer maddenin 1. paragrafı çerçevesinde, sularla çevrili olan ve sular yükseldiğinde su üstünde kalan, doğal olarak meydana gelmiş kara parçası niteliğindeki bir ada, insanların oturmasına elverişli değilse veya kendine has ekonomik bir yaşamı bulunmuyorsa, kaya statüsündedir. Söz konusu düzenlemede, kaya statüsüne bağlanan hukuki sonuç ise münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı hakkına sahip olmamaktır. Fakat eğer bir ada, maddenin 3. paragrafındaki şartları karşılıyorsa, kaya statüsünde nitelendirilmeyecek ve münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı hakkına sahip olacağı gibi söz konusu deniz yetki alanlarının sınırlandırılmasında, anakaralarla aynı hükümlere tabi şekilde değerlendirilecektir. Ayrıca bu düzenlemeden çıkan, bir diğer sonuç, maddenin 1. paragrafındaki şartları taşıyan tüm adaların, iç suları ve karasuları haklarının bulunduğu şeklindedir.¹⁰⁹

Deniz seviyesinde meydana gelecek yükselmenin, adaların fiziki durumunu ve sahillerini etkileyeceği, bir kısmını sular altında bırakacağı açıktır. Peki, ortaya çıkacak bu fiziki gerçeklik, adaların statüsünü etkileyecek midir? Bu konuda Filipinler ile Çin arasında Güney Çin Denizi tahkiminde yapılan tespitler yol göstericidir.¹¹⁰ Kararda esas

¹⁰⁹ Bu paragraf daha önceki bir çalışmamızdan alınmıştır: Bkz: Uğur Bayillioğlu, “Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi’nin 121. Maddesinin Doğu Akdeniz’de Etkisi: Meis, Karaada ve Fener Adası’nın Statüsüne İlişkin Bir Değerlendirme”, **Ankara Hacı Bayram Veli Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XXIII, Sayı: 2, 2019, s. 188.

¹¹⁰ Karar metni için bkz: PCA Case No: 2013-19, In The Matter Of The South China Sea Arbitration –before – An Arbitral Tribunal Constituted Under Annex VII To The 1982 United Nations Convention On The Law Of The Sea, –between– The Republic Of The Philippines –and– The People’s Republic Of China, Award, 12

olarak üzerinde durulan nokta, BMDHS'nin 121/3. maddesinde öngörülen şartlar çerçevesinde adaların statüsünü tespittir. Hakemlik Mahkemesi, BMDHS'nin 121/3. maddesindeki şartları taşıyan ve dolayısıyla BMDHS'nin 121/2. maddesi çerçevesinde anakaralarla aynı hükümlere tabi olan adaları tam yetkili ada, söz konusu şartları taşımayan yapıları ise kaya olarak ifade eden bir terminoloji benimsemiştir ki¹¹¹ biz de bu kullanıma sadık kaldık. Karara ilişkin yapılan genel bir değerlendirmede, Hakemlik Mahkemesi'nin BMDHS'nin 121/3. maddesinde yer alan şartlar açısından yüksek bir standart belirlediği¹¹² ve fakat gelişmekte olan küçük ada devletlerinin ihtiyaçları açısından da hassasiyet ortaya koyduğu belirtilmiştir.¹¹³ Burada esas nokta ve esas hat sabitlemesi açısından gündeme gelen tespit ise kararın, konumuz itibariyle can alıcı noktasını oluşturmaktadır.

Bu bağlamda Hakemlik Mahkemesi, bir adanın kapasitesine ilişkin en muteber delilin, tarihteki kullanımını olduğunu; tarihi kayıtların, bir adada hiç sabit bir topluluğun yerleştiğini ortaya koymaması halinde bunun, söz konusu adanın doğal şartları itibariyle insan yerleşimine elverişli olmadığını gösterdiğini belirtmiştir. Hakemlik Mahkemesi'ne göre esas olan adanın diğer etkenlerden arı, gerçek kapasitesidir. Bu bağlamda, savaş, kirlilik ve çevresel zararlar uzun bir süre nüfus azalmasına neden olabilir; fakat bu, adanın doğal hali itibariyle insan yerleşimine elverişsiz olduğunu göstermez. Fakat bu etkenlerin bulunmaması halinde, tarihte hiç yerleşilmemiş bir ada, insan yerleşimine elverişli olarak değerlendirilemez.¹¹⁴

July 2016, <https://pcacases.com/web/sendAttach/2086>, (Erişim tarihi: 17.12.2021). Karar hakkında tespit ve değerlendirmeler için bkz: Uğur Bayilloğlu, "Güney Çin Denizi Tahkiminde Hakemlik Mahkemesi'nin İnsanlığın Ortak Mirası ve Diğer Devletlerin Deniz Alanlarına Sağladığı Koruma: Ada Statüsünün Sınırlanması", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 130, 2017, s. 419-456.

¹¹¹ The South China Sea Arbitration, para. 280.

¹¹² Kaye, s. 430; Schofield-Freestone, s. 413.

¹¹³ Ibid., s. 413. Küçük ada devletlerin lehine olarak değerlendirilen tespitler için bkz: Ibid., s. 410-411. Ayrıca bkz: Bayilloğlu, 2017, s. 438.

¹¹⁴ The South China Sea Arbitration, para. 549. Ayrıca bkz: Bayilloğlu, 2019, s. 208. Hakemlik Mahkemesi bu tespiti, insanları ancak hayatta tutmanın nerde bitip, yerleşik bir insan topluluğuna elverişlilik kapasitesinin nerede başladığı konusundaki eşik sorununa çözüm olarak ortaya koymuştur. Ibid., s. 207-208.

Hakemlik Mahkemesi'nin geçmiş yerleşim ve ekonomik faaliyetler ile savaş, kirlilik ve çevresel zararlara vurgu yapan bu tespiti, UHK Çalışma Grubu Raporu'nda, inceleme konusu açısından önemli adedilmiştir.¹¹⁵ Raporda, Kaye'ye atıf yapılarak altı çizilen sonuç, adanın yaşanabilir olup olmadığı hususunun, insan müdahalesi ile değil, doğal haliyle değerlendirilmesi gereğidir.¹¹⁶ Aslında doğal hale vurgu yapan bu tespit, Hakemlik Mahkemesi'nin daha önce yaptığı, bir cezir yüksekliği veya adanın statüsünü tayin için bunların doğal halleriyle değerlendirilmesi gerektiği, insan eliyle yapılan modifikasyonların bu statüyü etkilemeyeceği yönündeki genel tespiti tamamlayan bir nitelik arz etmektedir.¹¹⁷

Buradaki insan müdahalesi kavramı, doğanın dengesinin insan eliyle bozulması olarak anlaşılır ve deniz seviyesi yükselmesinin de insan faaliyetlerinden kaynaklı olduğu değerlendirilmesi yapılırsa; bu durumda ortaya çıkacak değişikliğin, adanın statüsünü etkilememesi gerekir.¹¹⁸ Yine de adanın doğal hali itibariyle yapılacak değerlendirmenin, nihayetinde insan yerleşimini sürdürüp sürdüremeyeceğine bağlı olabileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda, savaş veya kirlilik uzun sürse bile geçici nitelikteyken, deniz seviyesindeki yükselmenin kalıcı olma olasılığının fazlalığına dikkat çekilmiştir.¹¹⁹ Aslında zaten seviye yükselmesinin kalıcı olacağı anlayışıyla bu tespitin yapıldığı düşünülünce, yapılan itirazın, belki daha ziyade deniz seviyesi yükselmesi neticesi esas noktanın su altında kalması halinde daha geçerli olabileceği düşünülebilir. Yine de anlayış, suların yükselmesinden önceki doğal hal şeklinde ortaya koyulmaktadır. Nitekim Kaye'ye göre Hakemlik Mahkemesi'nin bu tespiti ile üzerinde geçmişte yaşanabilir bir ada mevcut olduğu sürece, hâlihazırda bu ada yaşanabilir olmaktan çıkmış olsa da söz konusu ada, münhasır ekonomik bölge veya kıta

¹¹⁵ A/CN.4/740, para. 202.

¹¹⁶ Kaye, s. 431; A/CN.4/740, para. 203.

¹¹⁷ The South China Sea Arbitration, para. 305. Ayrıca bkz: Bayillioğlu, 2017, s. 432-433.

¹¹⁸ Kaye, s. 431; A/CN.4/740, para. 203.

¹¹⁹ Cogliati-Bantz, s. 91.

sahanlığı hakkına sahip olmaya devam edecektir.¹²⁰ Böylece eğer seviye yükselmesi neticesi ortada “bir şey” kalmışsa, “o şey”, önceki doğal haliyle değerlendirilecektir. Hatta yazar, BMDHS’nin, karardaki şekilde yorumlanması halinde, deniz yükselmesi meselesiyle başa çıkabileceğini belirterek, Hakemlik Mahkemesi tespitinin önemini genele yaymıştır.¹²¹ Dolayısıyla bugün tam yetkili olan bir adanın statüsü, sular yükseldiği zaman, tamamen su altında kalmadığı sürece, değişmeyecektir. Lakin bugün kaya veya tam yetkili ada statüsü arz eden bir yapı, ileride su altında kalınca, bu değerlendirme yapılamayacaktır. Fakat UHK Çalışma Grubu Raporu’nda doğal nedenlerle fiziki değişikliklere uğrayan adaların yeniden sınıflandırılmasına ilişkin devlet uygulamalarında ve doktrin görüşlerinde birlik olmadığı vurgulanmıştır.¹²² Bu hüküm esas alınırca, bunun tersinin de geçerliliği açıktır. O halde, doğal nedenlerle fiziki değişikliklere uğrayan adaların yeniden sınıflandırılmamasına ilişkin de devlet uygulamalarında bir yeknesaklık ve doktrinde bir fikir birliği olmadığı söylenebilecektir. Dolayısıyla bugün için deniz seviyesi yükselmesi neticesi su altında kalacak bir adanın statü kaybına uğrayacağını söylemek, uluslararası hukuka aykırı olmayacaktır.

Bu noktada gündeme, insan müdahalesi ile adanın statüsünü muhafaza etme meselesi gelmektedir. Oral, insan eliyle yapılan setler vasıtasıyla mevcut sahil alanlarının muhafazasına yönelik bir uluslararası desteğin varlığına işaret etmiştir. Böylece doğal bir yapıya yapay unsurlar eklenmek suretiyle ada statüsünün korunmasının amaçlandığı ve buna dayanak olarak da Hakemlik Mahkemesi’nin bahse konu tespitinin öne çıkarıldığı görülmektedir.¹²³

Ege ve Doğu Akdeniz’de med-cezir o kadar etkili olmadığı için cezir yüksekliği meselesi temel gündem maddesi değildir. Lakin ileride, deniz seviyesi yükselmesiyle etkili olabilmesi mümkünse de bu

¹²⁰ Kaye, s. 443.

¹²¹ Ibid., s. 444-445.

¹²² A/CN.4/740, para. 218 (a).

¹²³ Oral, s. 438-439. Bir adanın yapay adaya dönüşmesi konusunda doktrinin çeşitli örnekler üzerinden yaptığı tartışmalar için bkz: A/CN.4/740, para. 215.

konuda bir veriye ulaşamadık. Dolayısıyla meseleye BMDHS'nin 121/2. ve 3. maddeleri çerçevesinde, tam yetkili ada-kaya ayrımı açısından bakarsak, Hakemlik Mahkemesi tespitleri bağlamında yukarıdaki açıklamalardan çıkan sonuç, esas nokta kaybı dışında, deniz seviyesi yükselse bile bugün tam yetkili ada statüsündeki bir yapının yarın da aynı statüyü haiz olacağı yönündedir. Fakat bir kaya (veya tam yetkili bir ada), su altında kalırsa artık esas nokta olarak kabul edilemeyecektir. Zira bu ihtimalde ortada, esas nokta vazifesi icra edecek bir kara parçası kalmayacaktır.

Lakin burada da Oral'ın dikkat çektiği mühendislik ürünü setler vasıtasıyla, mevcut statünün korunmasına yönelik faaliyetlerin geçerliliği meselesi gündeme gelecektir. Bu da Yunanistan'ın hâlihazırda icra ettiği birtakım ıssız adalar üzerindeki iskân faaliyetiyle beraber, Türkiye ile Yunanistan arasında yeni bir uyuşmazlık konusunun doğabileceği anlamına gelmektedir. Üstelik bu husus, Yunanistan tarafından kötüye kullanılmaya oldukça açıktır. Zira Yunanistan hâlihazırda nasıl adalar üzerindeki iskân faaliyetiyle bunların statüsünü yükseltmek ve/veya egemenlik uyuşmazlığı bağlamında sonuçlar elde etmek için Türkiye aleyhine faaliyetler içindeyse¹²⁴ yarın da esas hat ve esas noktaları korumak iddiasıyla bu gibi girişimler yapacaktır. Hatta bu girişimler neticesi öyle bir durum ortaya çıkabilir ki BMDHS'nin 121/3. maddesi bağlamında statü elde etme çabasıyla statü kaybını önleme girişimleri birbirine karışabilir ve içinden çıkılmayan hukuki bir karmaşa yaratılabilir. Böylece zaten son derece karmaşık olan Ege ve Doğu Akdeniz sınırlandırma sorunları, izbarço düğümüne dönüşebilir.

Nitekim Yunan doktrininde bu konuda bazı görüşler de ileri sürülmüştür. Alexopoulos, bir adacık veya kayanın su altında kalma sürecindeyken, bunu su üstünde tutmak amacıyla yapılan faaliyetlerin

¹²⁴ Söz konusu iskân faaliyetlerini egemenlik bağlamı değerlendirilen görüş için bkz: Ali Kurumahmut, "Ege'de Egemenliği Tartışmalı Adalar Sorununun Ortaya Çıkışı", **Ege'de Temel Sorun: Egemenliği Tartışmalı Adalar**, Ali Kurumahmut (Yayına Hazırlayan), Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1998, s. 10-11. Meis, Karaada ve Fener Adası özelinde BMDHS'nin 121/3. maddesi çerçevesinde değerlendiren görüş için bkz: Bayilloğlu, 2019.

uluslararası hukuka uygun olup olmadığını sormuş ve Zürafa Kayası örneğini vermiştir. Yazar, deniz korozyonu ile karşı karşıya bulunan Zürafa Kayası'nı su üstünde tutmak için hemen yakınında bulunan iki kayanın dayanak olarak kullanılabilmesini belirtmiştir.¹²⁵ Bu, konu henüz etkili şekilde gündem değilken yapılan bir tespittir ve mesele- nin ne kadar risk taşıdığına ve boyutlanabileceğinin akademik dü- zeydeki bir göstergesidir. Zira her şeyden önce Zürafa Kayası'nın en önemli yönü, egemenliğinin tartışmalı olmasıdır.¹²⁶ Yine konumu iti- bariyle sınırlandırmada ve BMDHS'nin 121. maddesi çerçevesindeki statüsü de son derece önemlidir.

Henüz deniz seviye yükselmesinin etkili olmadığı bir dönemde, sadece aşınma nedeniyle su altında kalma riski taşıyan adaların varlığı ve Yunanlıların bunu öngörüp gündeme getirmesi, ilerisi için bir uyarıdır. Gerçekten de yukarıda verilen tahminler çerçevesinde deniz seviyelerinin yükselmesiyle daha başka adaların da bu duruma gelebi- leceği ve Yunanistan'ın bunlara dayanarak uluslararası hukuku zorla- yan aşırı iddia ve girişimlerde bulunacağı açıktır. Dolayısıyla Türki- ye'nin şimdiden meseleye en azından teorik düzeyde hazırlanmasında ve konu hakkındaki *opinio juris*ine delalet edecek tutum ve davranış- larına son derece dikkat etmesinde fayda bulunmaktadır.

Tam yetkili ada statüsü ve üzerindeki esas hatlar itibariyle mev- cut durumdaki fiziki gerçeklik, deniz seviyesi yükselmesinden etki- lenmeyeceğine göre, o halde Ege ve Doğu Akdeniz adaları için de bu- günkü değerlendirmeler geçerlidir. Şüphesiz Hakemlik Mahkeme- si'nin bu yorumu neticesi, bir nevi esas hat sabitlemesi de gerçekleş-mektedir. Fakat kaya statüsü kaybı için bunu söylemek bugün için zordur veya en azından bu yapıyı su üstünde tutmak için yapılacak insani faaliyetin kabulüne bağlıdır. Dolayısıyla BMDHS'nin 121/2. ve 3. maddeleri çerçevesinde bugün Ege ve Doğu Akdeniz'deki bir tam

¹²⁵ Aristotelis B. Alexopoulos, "The Legal Regime of Uninhabited Islets and Rocks in International Law: The Case of Greek Seas", **Revue Hellenique de Droit Inter- national**, Vol: 56, 2003, s. 150.

¹²⁶ Egemenlik devrine konu olmadıkları değerlendirilen adalar ve harita için bkz: Ali Kurumahmut-Sertaç Hami Başeren, **Ege'de Gri Bölgeler: Unutul(may)an Türk Adaları**, Türk Tarih Kurumu, 2004, s. 59-60 ve 104 no'lu dipnot ve ek 5.

yetkili bir ada, tamamen su altında kalmadıkça, arazisi küçülse bile kaya statüsüne inmeyecek ve yarın da tam yetkili bir ada sıfatına mazhar olacaktır. Yalnız, tüm bu tespitlerin, Hakemlik Mahkemesi'nin meseleye yaklaşımı çerçevesinde yapıldığını ve halen geçerli olan bir uluslararası hukuk kuralını ifade etmediğini; ayrıca esasen Hakemlik Mahkemesi'nin temel inceleme konusunun da deniz seviyesi yükselmesi olmadığını hatırlatmakta fayda vardır.

Bu hatırlatmadan sonra şu soru mutlaka sorulmalıdır. Peki, bugünkü durum ne zamandır? Bugün müdür, bir yıl sonra mıdır, yoksa dün müdür? Önceki durum için ne zaman esas alınacaktır? Nitekim Oral, zaman sınırlaması meselesini, Hakemlik Mahkemesi'nin analizindeki bir eksiklik olarak vermiştir.¹²⁷ Bu soruyu soran Cogliati-Bantz da *status quo antea* bu aşamada en istikrarlı ve kabul edilebilir çözüm olduğu konusundaki şüpheyi dile getirmiş ve özellikle deniz alanları üzerindeki hak sahipliğini, sahil şeridinden koparmanın ortaya koyacağı sakıncalara vurgu yapmıştır. Yazara göre bu durumda, bizzat denizin kendisi, deniz üzerindeki hakların kaynağı haline gelecektir ve bu da denizin işgal edilemez olduğu için sahiplenemeyeceği yönündeki Grotiusçu yaklaşımı, modern teknolojiyle bertaraf edecektir.¹²⁸ Zira ortada bir kara parçası mevcut olmadan veya eskisi gibi bir ebatta arzi-endam etmeden, gelişen teknolojik vasıtalar sayesinde, eski esas hatlar (belki esas noktalar) ve dış sınırlar muhafaza ve kimi zaman ihya edilecektir. Görüldüğü gibi hukuki açmaz çok boyutludur.

Burada Grotius vurgusunun çağrıştırdığı husus, “uluslararası hukukun babasının” denizlerin doğal durumlar nedeniyle işgal edilemeyeceği için egemenlik konusu olamayacağı yönündeki tespitlerini, “açık denizlerin serbestliği ilkesini” savunmak için ortaya atmış olmasıdır. Bu argüman, çok açık şekilde dini, siyasi, sınıfsal, ticari ve ekonomik zorlamalara dayanmaktadır ki bunda, kendisinin Doğu Hindistan Kumpanyası'nın avukatı olması ve Protestan kimliği temel etken-

¹²⁷ Oral, s. 432.

¹²⁸ Cogliati-Bantz, s. 100.

lerdir.¹²⁹ Bilindiği gibi “açık denizlerin serbestliği ilkesi”, bugün uluslararası hukukun temel ilkelerinden biridir ve uluslararası toplumun gelişiminde yeni bir dönemin şafağını simgeler. Demek ki dini, siyasi, sınıfsal, ticari ve ekonomik etken ve zorlamalar, yeni bir toplumsal dönemi, hukukuyla beraber yaratmıştır. Buna karşılık, doğanın zorlamasının, hukukuyla beraber başka bir toplumsal dönem yaratmayacağı savunmak, pek makul bir bakış açısı olmayabilir. Temel mesele, bu değişime hazırlanmaktır.

SONUÇ

Görüldüğü gibi henüz uluslararası hukukta deniz seviyesi yükselmesine bağlı sorunlara çözüm içeren bir kural bulunmamaktadır. Uluslararası toplumda, mevcut uluslararası hukuk kuralları ve bunların yorumuyla sonuca ulaşmaya yönelik çabalar sarf edildiği gibi yeni kurallar yaratılması yönünde düşünce ve çalışmalar da bulunmaktadır. Gerek mevcudun yorumu gerek yeni kurallara yönelik çabalar, bugün hukuki açıdan ihtiyaca cevap verecek niteliğe ulaşmamıştır. Bunları, ileride gerçekleşecek teşri faaliyetin maddi hazırlık çalışmaları olarak görmek gerekir. Gerçekten de bugün, konuyla ilgili bir uluslararası hukuk kuralı, oluşum süreci içindedir. Uluslararası toplumda bu yönde bir ihtiyaç vardır ve bu ihtiyaca göre zamanla ve tedricen, devletler tarafından mutlaka yeni bir kural yaratılacaktır. Zira uluslararası toplumun deniz seviyesi yükselmesini önleyememesi halinde buna bağlı sorunlara cevap verecek bir kural yaratmaması, uluslararası hukukun bütünlüğünü bozabilecek büyük bir boşluk oluşturacağı gibi devletler arası uyuşmazlıkları tetikleyecektir.

Deniz seviyesi yükselmesinin Ege ve Akdeniz’e ilişkin Türk-Yunan uyuşmazlıklarını etkileyeceği açıktır. Tarafların bu erken aşamada henüz ortaya çıkan başlangıç tutumlarına bakınca şu sonuçlar vurgulanabilir:

¹²⁹ Grotius’un görüşleri ve etkileri hakkında tespitler için bkz: Özman, 2006, s. 24-25.

Yunanistan–GKRY ikilisinin bu konudaki çalışma ve devlet uygulamalarına çekingenlikle yaklaştığı görülmektedir. Söz konusu devletlerin bu tutumlarının altında, BMDHS'nin bir kez delinip, üzerinde örf ve adet hukuku kaynaklı bir gedik açılmasıyla gerisinin geleceği ve lehlerine değerlendirdikleri düzenlemelerden mahrum kalacakları endişesi yatmaktadır.

Türkiye'nin de sınırlandırma hukuku bağlamı açık bir tespiti yoktur. Türkiye'nin daha ziyade kendisiyle ve Türk–Yunan sorunlarıyla ilgisiz olan küçük ada devletleri çerçevesinde meseleye yaklaştığı görülmektedir.

Demek ki Türkiye ve Yunanistan yeni bir uyuşmazlık istememekte ve zaten sonuç ve etkilerini ileride gösterecek olan bu sorunu geleceğe ötelemektedir. Gerçekten de mevcut durumda bile sınırlandırma uyuşmazlıklarını çözemeyen bu iki devletin henüz tam bir kurullaşmanın olmadığı bir ortamda, deniz seviyesi yükselmesine karşılık vermeleri beklenemez. Dolayısıyla her iki devletin de henüz hazır olmamaları nedeniyle beklemede kaldıkları söylenebilir. Fakat her ikisi de er ya da geç gerçekleşmesi kuvvetle muhtemel olan bu fenomene yönelik pozisyon almak zorunda kalacaktır. Özellikle insan eliyle yapılan mühendislik becerisi setlerle mevcut adaları su üzerinde tutma ve BMDHS'nin 121. maddesi anlamında statülerini muhafaza konusu, yeni bir uyuşmazlık yaratmaya adaydır. Egemenlik ve sınırlandırma uyuşmazlıklarına etkisi nedeniyle bu konunun çok fazla tartışma doğuracağı şimdiden söylenebilir.

Yine yakın gelecekte, Türkiye ve Yunanistan'ın bugünkü esas nokta ve esas hatlara dayanarak Ege ve Doğu Akdeniz'de sınırlandırma antlaşmaları yapma ihtimalinde de yüzyılın sonu için öngörülen yükselme senaryolarının gerçekleşmesi, söz konusu antlaşma ve sınırların geçerliliği açısından uyuşmazlık çıkarma potansiyelini içermektedir.

Eldeki çalışma konuya ancak bir giriş nitelik ve hacmindedir. Konunun özellikle pozitif bilimler tarafından teknik değerlendirmelerle incelenmeye devam etmesi ve deniz seviyesinin Türkiye ve Yunanistan

tan'ın (ve aynı zamanda Kıbrıs Adası'nın) hangi sahillerinde ne kadar yükseleceğine ilişkin daha net verilerin ortaya koyulması gerekir. Türkiye, bu verileri esas alarak geleceğe yönelik planlamalar yapmalı, kendi çıkarı açısından en uygun yol veya çözümü belirlemelidir. Akabinde, bu belirlemeye dayanarak, kendi lehine sonuçlar doğuracak bir hukuki strateji geliştirmesi gerekir. Bu hukuki strateji, bugünden başlayıp uzak geleceğe yönelecektir. Söz konusu stratejinin temeli, Türkiye'nin konuya ilişkin tutum ve davranışlarını düzenlemek olacaktır ki Türkiye'nin bugünden itibaren konuyla ilgili tutum ve davranışlarına azami dikkat göstermesi gerekir. Zira bugün sergilenen davranışlar yarın nasıl davranılması gerektiğinin normatif öncülüdür. Dolayısıyla Türkiye'nin ileride Yunanistan'ın icra edeceği muhtemel keyfi ve aşırı uygulamalara yasallık sağlayacak; Yunanistan lehine bir *opinio juris* varlığına delalet edecek tutum ve davranışlardan kaçınması hayati önemi haizdir.

KAYNAKÇA

- Akın, Fatma Nur, "Küresel İklim Değişikliği Hakkında En Çok Merak Edilenler", **Bilim ve Teknik**, Kasım, 2021, Sayı: 648, s. 27-38.
- Alexopoulos, Aristotelis B., "The Legal Regime of Uninhabited Islets and Rocks in International Law: The Case of Greek Seas", **Revue Hellenique de Droit International**, Vol: 56, 2003, s. 131-151.
- Bayıllıoğlu, Uğur, **Uluslararası Hukuk Açısından Ege Karasuları Sınırlandırması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- Bayıllıoğlu, Uğur, "Güney Çin Denizi Tahkiminde Hakemlik Mahkemesi'nin İnsanlığın Ortak Mirası ve Diğer Devletlerin Deniz Alanlarına Sağladığı Koruma: Ada Statüsünün Sınırlanması", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 130, 2017, s. 419-456.
- Bayıllıoğlu, Uğur, "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin 121. Maddesinin Doğu Akdeniz'de Etkisi: Meis, Karaada ve Fener Adası'nın Statüsüne İlişkin Bir Değerlendirme", **Ankara Hacı Bayram Veli Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XXIII, Sayı: 2, 2019, s. 186-223.
- Caron, David D., "When Law Makes Climate Changes Worst: Rethinking the Law of Baselines in Light of a Rising Sea Level", **Ecology Law Quarterly**, Vol: 17, 1990, s. 621-653.

- Caron, David D., "Climate Change, Sea Level Rise and the Coming Uncertainty in Ocean Boundaries: A Proposal to Avoid Conflict", **Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes, and the Law of the Sea**, Hong, Seoung-Yong and Van Dyke, Jon M. (eds.), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2009, s. 1-17.
- Cogliati-Bantz, Vincent P., "Sea-level Rise and Coastal States' Maritime Entitlements: A Cautious Approach", **The Journal of Territorial and Maritime Studies**, Vol: 7, No: 1 (Winter/Spring 2020), s. 86-110.
- Gündüz, Aslan, **Milletlerarası Hukuk: Konu Anlatımı, Temel Belgeler, Örnek Kararlar**, Günel, Reşat Volkan (ed.), 6. Baskı, Beta, İstanbul, 2003.
- Jia, Bing Bing, "The Principle of the Domination of the Land over the Sea: A Historical Perspective on the Adaptability of the Law of the Sea to New Challenges", **German Yearbook of International Law**, Vol: 57, 2014, s. 63-93.
- Kaye, Stuart, "The Law of the Sea Convention and Sea Level Rise after the South China Sea Arbitration", **International Law Studies Series. US Naval War College**, Vol: 93, 2017, s. 423-445.
- Kurnaz, M. Levent, "Küresel İklim Krizi", **Bilim ve Teknik**, Kasım, 2021, Sayı: 648, s. 12-23.
- Kurumahmut, Ali, "Ege'de Egemenliği Tartışmalı Adalar Sorununun Ortaya Çıkışı", **Ege'de Temel Sorun: Egemenliği Tartışmalı Adalar**, Kurumahmut, Ali (Yayına Hazırlayan), Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1998, s. 1-32.
- Kurumahmut, Ali-Başeren, Sertaç Hami, **Ege'de Gri Bölgeler: Unutul(may)an Türk Adaları**, Türk Tarih Kurumu, 2004.
- Oral, Nilüfer, "International Law as an Adaptation Measure to Sea-Level Rise and Its Impacts on Islands and Offshore Features", Special Issue: Climate Change and the LOSC" **International Journal of Marine and Coastal Law**, Vol: 34, 2019, s. 415-439.
- Öktem, Emre, **Uluslararası Teamül Hukuku**, Beta, İstanbul, 2013.
- Özman, M. Aydoğan (çev.), **Birleşmiş Milletler Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi**, İstanbul Deniz Ticaret Odası, İstanbul, 1984.
- Özman, Aydoğan, **Deniz Hukuku I: Kaynaklar, Kişiler, Nesnelere, Ulusal Deniz Alanları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- Pazarıcı, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap**, Gözden Geçirilmiş 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001.

- Sefrioui, Sarra, "Adapting to Sea Level Rise: A Law of the Sea Perspective", Andreone, Gemma (ed.), **The Future of the Law of the Sea, Bridging Gaps Between National, Individual and Common Interests**, Springer Open, 2017, s. 3–22.
- Schofield, Clive–Freestone, David, "Islands Awash Amidst Rising Seas: Sea Level Rise and Insular Status under the Law of the Sea", **The International Journal of Marine and Coastal Law**, Vol: 34, 2019, s. 391–414.
- Verne, Jules, **Denizler Altında Yirmi Bin Fersah**, Berna Günen, (çev.), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2019.
- Vidas, Davor, "Sea-Level Rise and International Law: At the Convergence of Two Epochs", **Climate Law**, Vol: 4, 2014, s. 70–84.

Uluslararası Yargı ve Hakemlik Kararları:

- "Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962: I.C.J. Reports 1962.
- North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969.
- Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1978.
- "Arbitration Tribunal for the Delimitation of the Maritime Boundary between Guinea and Guinea-Bissau Award of 14 February 1985", **International Legal Materials**, Vol: 25, No: 2, 1986, s. 252–305.
- Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras), Judgment, I.C.J. Reports 2007.
- Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), Judgment, ICJ Reports, 2009.
- In the Matter of the Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration – between – The People's Republic of Bangladesh – and – The Republic of India, Award, 7 July 2014, pcacases.com/web/sendAttach/383, (Erişim tarihi: 23.11.2021).
- PCA Case No: 2013–19, In The Matter Of The South China Sea Arbitration –before – An Arbitral Tribunal Constituted Under Annex VII To The 1982 United Nations Convention On The Law Of The Sea, –between– The Republic Of The Philippines –and– The People's Republic Of China, Award, 12 July 2016, <https://pcacases.com/web/sendAttach/2086>, (Erişim tarihi: 17.12.2021).

Raporlar ve BM Belgeleri

Sea-level rise in relation to international law: First issues paper by Bogdan Aurescu and Nilüfer Oral, Co-Chairs of the Study Group on sea-level rise in relation to international law International Law Commission Seventy-second session Geneva, 27 April–5 June and 6 July–7 August 2020, A/CN.4/740, 28 February 2020, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/053/91/PDF/N2005391.pdf?OpenElement>, (Erişim tarihi: 5.10.2021).

International Law Association, Sydney Conference (2018), International Law and Sea Level Rise, https://www.ila-hq.org/images/ILA/DraftReports/DraftReport_SeaLevelRise.pdf, (Erişim tarihi: 19.11.2021).

Report of the International Law Commission on the work of its seventy-second session (2020), International Law Commission Seventy-second session Geneva, 26 April–4 June and 5 July–6 August 2021, A/CN.4/734/Add.1, 3 February 2021, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/027/85/PDF/N2102785.pdf?OpenElement>, (Erişim tarihi: 5.10.2021).

A/RES/75/135, <https://undocs.org/en/A/RES/75/135>, (Erişim tarihi: 5.10.2021).

General Assembly, Seventy-third session, Sixth Committee, Summary record of the 23rd meeting, A/C.6/73/SR.23, 14 November 2018, <https://undocs.org/en/A/C.6/73/SR.23>, (Erişim tarihi: 5.10.2021).

General Assembly, Seventy-third session, Sixth Committee, Summary record of the 21st meeting, A/C.6/73/SR.21, 26 November 2018, <https://undocs.org/en/A/C.6/73/SR.21>, (Erişim tarihi: 5.10.2021).

General Assembly, Seventy-third session, Sixth Committee, Summary record of the 22nd meeting, A/C.6/73/SR.22, 3 December 2018, <https://undocs.org/en/A/C.6/73/SR.22>, (Erişim tarihi: 5.10.2021).

General Assembly, Seventy-third session, Sixth Committee, Summary record of the 29th meeting, A/C.6/74/SR.29, 26 November 2019, <https://undocs.org/en/A/C.6/74/SR.29>, (Erişim tarihi: 5.10.2021).

General Assembly, Seventy-third session, Sixth Committee, Summary record of the 28th meeting, A/C.6/74/SR.28, 29 November 2019,

*Deniz Seviyelerinin Yükselmesi ve Esas Hatlar Üzerindeki Etkileri:
Yeni Bir Türk-Yunan Uyuşmazlığına Doğru Mu?*

<https://undocs.org/en/A/C.6/74/SR.28>, (Erişim tarihi: 5.10.2021).

General Assembly, Seventy-third session, Sixth Committee, Summary record of the 30th meeting, A/C.6/74/SR.30, 9 December 2019, <https://undocs.org/en/A/C.6/74/SR.30>, (Erişim tarihi: 5.10.2021).

Çevrimiçi Basın:

“İstanbul için kâbus senaryosu: Deniz sahilleri yutacak”, <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/istanbul-icin-kabus-senar-yosu-deniz-sahilleri-yutacak-41916701>, (Erişim tarihi: 14.10.2021).

MİLLETVEKİLLERİNİN VATAN HİZMETİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ

National Service Obligation Of Deputies

*Dr. Öğr. Üyesi Gündüz Alp Aslan**

ÖZET

2017 Anayasa değişikliğiyle seçilme yaşı onsekize indirilmiştir. Seçilme yaşının indirilmesine paralel olarak “*yükümlü olduğu askerlik hizmetini yapmamış olanlar*”ın milletvekili seçilememesine ilişkin koşul da “*askerlikle ilişkili olanlar*” şekline dönüştürülmüştür. Değişiklik sayesinde henüz askerliğini yapmamış kimseler milletvekili seçilebilmiştir. Fakat, henüz askerliğini yapmamış milletvekillerinin 7179 sayılı Askeralma Kanununun tanıdığı bedelli askerlik hakkından yararlanarak vatan hizmeti yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılmak üzere kışlaya teslim olmaları yeni bir tartışmaya yol açmıştır. Anayasa değişikliğinin gerekçesinde “*askerlikle ilişkili olanlar*”a ilişkin bir açıklama yer almamaktadır. Şu hâlde “*askerlikle ilişkili olanlar*”ın belirlenmesinde askerlik mevzuatının esas alınması gerekecektir. Askerlik mevzuatı kapsamında vatan hizmeti yükümlüsü milletvekillerinin “*askerlikle ilişkili olma*” durumu farklılık arz edecek ve yapılacak işlemler de bu farklılığa göre değişecektir.

Anahtar Kelimeler: Milletvekili seçilme yeterliliği, vatan hizmeti yükümlülüğü, askerlik, 2017 Anayasa değişikliği, 7179 sayılı Askeralma Kanunu.

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı,
E-posta: gaaslan@erciyes.edu.tr,
ORCID: 0000-0002-3523-7425.

ABSTRACT

With the 2017 Constitutional amendment, the voting age was reduced to eighteen. Parallel to the lowering of the election age, the condition for not being able to be elected as a deputy for “*those who have not done their obligatory military service*” has also been changed to “*those who are related to military service*”. Thanks to the amendment, those who have not yet done their military service can be elected as members of parliament. However, deputies who have not done their military service yet, have taken the advantage of the paid military service granted by the Military Recruitment Law No. 7179 and surrendered to the barracks for fulfilling their patriotic service obligation, which led to a new discussion. In the justification of the constitutional amendment, there is no explanation regarding “*those who are related to military service*”. In that case, it will be necessary to take the military regulations as a basis in the determination of “*those who are related to military service*”. Within the scope of military regulations, the status of “*being related to military service*” of the deputies who are under national service obligation will differ and the actions to be taken will also change according to this difference.

Keywords: Eligibility to be a deputy, national service obligation, military service, 2017 Constitutional Amendment, Military Recruitment Law No. 7179.

GİRİŞ

1982 Anayasasının 76ncı maddesinin ilk hâli milletvekili seçilme yaşını otuz olarak belirlemiş ve yükümlü olduğu askerlik hizmetini yapmamış olanların milletvekili seçilemeyeceğini düzenlemişti. Her ne kadar Anayasanın 72nci maddesi vatan hizmetini her Türkün hakkı ve ödevi olarak tanımlasa ve Silahlı Kuvvetler ile kamu kurumlarında yerine getirilebileceğini düzenlese de uygulamada o dönem yürürlükte olan 1111 sayılı Askerlik Kanunu ve 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu çerçevesinde vatan hiz-

meti sadece askerlik hizmetini kapsamaktaydı¹. Dolayısıyla, milletvekili seçilme yeterliliğini etkileyen askerlik hizmeti yükümlüsü olmak, sadece askerlikten kanunen muaf tutulmamış erkek vatandaşlar bakımından söz konusu olmaktadır². Anayasanın yoruma olanak tanımayacak açıklıktaki düzenlemesi nedeniyle askerlik hizmeti yükümlüsü olup da kanunun izin verdiği herhangi bir sebeple bu hizmeti erteletmiş olan kimseler de milletvekili seçilememekteydi³.

2006 Anayasa değişikliği ile milletvekili seçilme yaşı yirmibeşe indirilirken, yükümlü olduğu askerlik hizmetini yapmamış olanların seçilme engeli aynen korunmuştu. Askerlik hizmetinin milletvekili adaylık başvurusu tarihi itibarıyla yapılmış olmasının aranması nedeniyle, özünde iyi niyetle yapılan düzenleme fiilen otuz yaş altı milletvekili sayısının TBMM yaş ortalamasını etkileyecek kadar fazla olmasını engellemiştir. Nitekim askerlik mevzuatı kapsamında bir yükümlünün yirmiiki yaşından önce askerlik hizmetini tamamlaması olanaksızdır⁴. Yükümlünün yükseköğrenim görmesi durumunda askerlik hizmetini tamamlayabileceği en erken yaş yirmidördü bulmaktaydı⁵.

¹ Düzenlemenin açık olmadığı yönündeki eleştiri için bkz. Ali Rıza Okur, "Muvazzaf Askerlik ve Bedelli Askerliğin Hukuki Sonuçları Açısından Karşılaştırılması", Sicil: İş Hukuku Dergisi, Yıl 7, S. 25, 2012, s. 15-16.

² Kuşkusuz yasama organı vatan hizmetinin kapsamını uygun gördüğü şekilde kanunla düzenleyebilir. Yasama organının takdir yetkisi vatan hizmetinin nasıl yerine getirileceği ile yerine getirilmiş sayılacağını içermektedir (1982 AY m. 72). Anayasa Mahkemesinin eşitlik ilkesi yorumu çerçevesinde düşünüldüğünde, aynı hukuki durumda bulunanlar arasında ayırım yapılmadığı müddetçe getirilecek düzenlemeler anayasaya aykırı olmayacaktır. Öyleyse vatan hizmetinin barış zamanında sadece erkeklere yüklenmesi veya vatan hizmetinin farklı şekillerde yerine getirilmesi ile getirilmiş sayılmasının düzenlenmesi mümkündür (Aynı yönde bkz. AYMK E. 2012/15 K. 2012/105, kt.: 05.07.2012, RG: 13.10.2012/28440).

³ YSKK 2001/169; Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku, Mimosza Yayınları, 2007, s. 201.

⁴ Askerlik çağı yirmi yaşında başlamakta ve erken sevk dilekçesi verilip Millî Savunma Bakanlığınca uygun görülmediği müddetçe yükümlü yaklaşık bir sene sonra askerlik hizmetini yerine getirmeye başlamaktaydı. Bu durumdaki bir yükümlünün askerlik hizmet süresi onsekiz ay olup, Bakanlar Kurulu kararıyla zaman içinde onbeş ve son olarak oniki aya kadar düşürülmüştü (1111 sayılı Askerlik Kanunu m. 2, m. 5).

⁵ Yükseköğrenim gören yükümlünün askerlik hizmeti öğrenciliği süresince tecil edilmekte ve mezuniyet ya da yasal öğrenim süresinin dolması sonrası yukarıda belirtilen süreç söz konusu olmaktadır. Ancak, lisans derecesine sahip olup ye-

2017 Anayasa değişikliğiyle hem seçilme yaşı onsekize indirilmiş hem de “*yükümlü olduğu askerlik hizmetini yapmamış olanlar*” ibaresi “*askerlikle ilişkisi olanlar*” şeklinde değiştirilmiştir⁶. Siyasette arzu edilen etkiyi hemen gerçekleştirememiş olsa da değişiklik ilk bakışta olumludur⁷. Bu değişiklik sayesinde askerlik hizmetini henüz yerine getirmemiş erkek Türk vatandaşları milletvekili seçilebilmiştir. Ancak, askerlik hizmetini yerine getirmemiş milletvekillerinin 7179 sayılı Askeralma Kanunu kapsamında bedelli askerlikten faydalanmaları, milletvekili seçilme yeterliliği hakkında yeni bir tartışmayı başlatmıştır. Bedelli askerlikten faydalanmak için askerlik hizmeti yükümlüsünün isteği, belirlenen bedeli ödemesi ve bir aylık temel askerlik eğitimini tamamlaması gerekmektedir⁸. Hâliyle bedelli askerlikten faydalanan kişilerin “*askerlikle ilişkisi olanlar*” kategorisine girdiği, hatta askerlik hizmetinin yerine getirilmiş sayılması sonucu karşısında ilişkisi de aşan bir statüye kavuştuğu kuşkusuzdur. Bu statünün doğal sonucu milletvekili seçilme yeterliliğinin kaybıdır⁹. Seçilme yeterliliğinin kaybını değerlendirecek mercii kaybın niteliğine göre değişmektedir. Seçimlerden önce var olan ancak seçimlerden sonra ortaya çıkan nedenleri Yüksek Seçim Kurulu¹⁰, seçimlerden sonra ortaya

dek subay adayı olarak ayrılmamış yükümlünün bu sürelerin yarısı kadar askerlik yapma olanağı bulunmaktaydı (1111 sayılı Askerlik Kanunu m. 5).

- ⁶ Aynı değişiklik milletvekili seçilemeyecek olanları düzenleyen 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 11nci maddesinin c bendinde de yapılmıştır.
- ⁷ 24 Haziran 2018 seçimleri sonucunda oluşan 27. Dönem TBMM üyelerinden sadece sekizinin otuz yaş altında yer aldığı YSK tarafından ilan edilmiştir (<https://ysk.gov.tr/doc/dosyalar/docs/24Haziran2018/2018CBMV-MVYas.pdf> (e.t.: 20.05.2021)). 2017 Anayasa değişikliği süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzhan Bekir Keskin, “‘Türk’ün Erkler Ayrılığıyla İmtihanı’: Bir Anayasal Gelenekten Söz Edilebilir mi?”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 7, S. 13, 2018, s. 157-231.
- ⁸ 7179 sayılı Askeralma Kanunu m. 9.
- ⁹ Milletvekili seçilme yeterliliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gökalp İzmir, “Milletvekilliği Seçilme Yeterliliği ve Bu Sıfatın Kazanılması”, *Yasama Dergisi*, S. 18, 2011, s. 51-116; Hüseyin Şık, “1982 Anayasası’nda Milletvekili Seçilme Yeterliliği ve Mukayeseli Hukuktaki Durum”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 1, 2013, s. 351-400.
- ¹⁰ Yüksek Seçim Kurulunun kuruluş ve işleyişi hakkında güncel değerlendirmeler için bkz. Deniz Polat Akgün, “7062 Sayılı Yüksek Seçim Kurulu’nun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Üzerine Değerlendirmeler”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, S. 1, Haziran 2018, s. 371-386.

çıkan nedenleri ise Türkiye Büyük Millet Meclisi değerlendirecektir. İşte burada “askerlikle ilişkisi olanlar” kategorisinin tespit edilmesi, milletvekillerinin vatan hizmeti yükümlülüğünün incelenmesinin ilk adımı olarak karşımıza çıkmaktadır. Ne var ki ne Anayasa değişikliğinin ne de Milletvekili Seçimi Kanununun gerekçesinde “askerlikle ilişkisi olanlar” konusunda bir açıklık bulunmamaktadır¹¹. Anayasa değişikliğinin ilgili maddesinin TBMM Genel Kurul görüşmeleri esnasında da bu mesele hiç tartışılmamıştır¹².

Halk arasında “vatan hizmeti” olarak adlandırılan süreç askerliğin “muvazzaflık” dönemini anlatmaktadır¹³. Önceki düzenlemede yer alan “yükümlü olduğu askerlik hizmetini yapmamış olanlar” ibaresinin de “yapmak” fiiline yer vermesi nedeniyle “muvazzaflık” dönemiyle ilişkilendirilmesi pekâlâ mümkündür. Fakat yeni düzenlemedeki “askerlikle ilişkisi olanlar” ibaresi böyle açık bir yoruma izin vermemektedir. Ayrıca, “askerlikle ilişkisi olanlar” kategorisinin belirlenmesinde Yüksek Seçim Kurulunun takdir yetkisi de bulunmamaktadır. Askerlikle ilgili işlemler askerlik şubeleri eliyle Millî Savunma Bakanlığı tarafından yürütüldüğünden, askerlik şubeleri ile Millî Savunma Bakanlığının kayıt ve işlemleri esas alınacaktır¹⁴. Seçim kurullarının askerlikle ilgili kayıt ve işlemleri incelemesi ve bunlar hakkında karar vermesi olanaksızdır. Askerlikle ilgili kayıt ve işlemler seçim kurullarınca olduğu gibi benimsenmelidir¹⁵.

Yaşanan tartışmalar üzerine, 18 Şubat 2021 tarihinde TBMM’de kabul edilen ve 5 Mart 2021 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanan

¹¹ Anayasa değişikliğinin gerekçesi için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasi-yi/donem26/yil01/ss447.pdf>, s. 10-12 (e.t.: 20.05.2021).

¹² TBMM Tutanak Dergisi, 55. Birleşim, D. 26, C. 31, YY. 2, 11.01.2017, s. 584 vd.

¹³ Arzu Arslan Ertürk, “7146 Sayılı Kanunla Yapılan Yeni Bedelli Askerlik Düzenlemesi ve Düşündürdükleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı), C. 25, S. 2, 2019, s. 756; Mehmet Şükrü Yıldız, “7179 Sayılı Kanun ile Sürekli Hale Getirilen Bedelli Askerlik Düzenlemesinin İş Hukukuna Yansımaları”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 2021, s. 198.

¹⁴ Levent Gönenç, Türkiye’de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 206.

¹⁵ YSKK 1961/381. Ayrıca bkz. YSKK 2005/181.

7281 sayılı Kanunun 40ncı maddesiyle 7179 sayılı Askeralma Kanununun Erteleme başlıklı 20nci maddesine 7nci fıkra olarak TBMM üyelerinin askerliklerinin üyelik sıfatlarının sona erdiği tarihe kadar erteleneceğine ilişkin hüküm eklenmiştir. Sorunu çözmek amacıyla getirilen hüküm, henüz askerlik hizmetini yerine getirmemiş milletvekillerini “*askerlikle ilişkisi olanlar*” kategorisine bir adım daha yaklaştırmış gözükmektedir. Askerlikle ilişkisi olmayan kimselerin askerlik hizmet yükümlülüklerini erteleme olanağından faydalanması tabiatıyla mümkün değildir.

7179 sayılı Askeralma Kanununda yapılan değişiklikle ortaya çıkan bu durumu değerlendirmek amacıyla, çalışmamızda öncelikle vatan hizmetinin yegâne yerine getirilmesi şekli olan askerlik hizmeti yükümlülüğünün kapsamı ele alınacak, sonrasında askerlikle ilişik olanlar tespit edilmeye çalışılacaktır. Böylece milletvekillerinin vatan hizmeti yükümlüsü olup olamayacakları ve yükümlülüklerinin kapsamı belirlenmeye çalışılacaktır. Son olarak vatan hizmeti yükümlülüğünün milletvekilliğine etkisi incelenecektir.

I. GENEL OLARAK VATAN HİZMETİ YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1982 Anayasasının 72nci maddesi vatan hizmetinin kanunla düzenlenmesini öngörmüştür. Vatan hizmetini düzenleyen güncel kanun 7179 sayılı Askeralma Kanunudur. Mevcut mevzuat çerçevesinde vatan hizmetinin askerlik hizmeti dışında yerine getirilmesi olanaksızdır. 7179 sayılı Kanun uyarınca Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı her erkek askerlik hizmetini yapmaya mecburdur¹⁶. Başka bir deyişle, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı her erkek askerlik hizmeti yükümlüsüdür. Askerlik hizmeti erkeklere yüklendiğinden, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı kadınlar askerlik hizmeti yükümlüsü olamazlar. Askerlik hizmeti yedek subay, yedek astsubay, erbaş ve er olarak bizzat yerine getirilebilir¹⁷ veya kanunda düzenlenen şartlar sağlandığında yerine getirilmiş sayılabilir. Bunlar dışında, yapılacak sağlık muayenesi neticesinde “*askerliğe elverişli değildir*” kararlı sağlık kurulu ra-

¹⁶ 7179 sayılı Askeralma Kanunu m. 4/1.

¹⁷ 7179 sayılı Askeralma Kanunu m. 4/2.

poru alan yükümlüler Millî Savunma Bakanlığının onayını müteakip silahaltına alınmaz; dolayısıyla askerlik hizmeti yükümlüsü statüsünden çıkabilirler¹⁸ veya yine kanunda düzenlenen şartları sağlayanlar askerlikten muaf tutulabilirler¹⁹.

7179 sayılı Kanunda belirlenmiş askerlik hizmetini yerine getirme hâlleri ilk bakışta bedelli askerlik, dövizle askerlik ya da istisnai olarak belirli meslek gruplarına tanınmış imkânlardır. Bedelli askerlik, askerlik yükümlülerinden istekli olanların, belirlenen bedeli süresi içinde ödemesi ve bir aylık temel askerlik eğitimini tamamlaması neticesinde yükümlü oldukları askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılmasıdır²⁰. Dövizle askerlik, Türkiye Cumhuriyeti tarafından tanınmış yabancı ülkelerde; iltica başvurusu dışında elde ettikleri çalışma iznini de ihtiva eden oturma izni veya doğrudan çalışma iznine sahip olarak işçi, işveren veya bir meslek ya da sanat mensubu sıfatını haiz olanlar ile bir iş sözleşmesine bağlı olarak yabancı bandıralı gemilerde gemi adamı sertifikasında yazılı mesleğini en az üç yıl süreyle fiilen icra eden askerlik yükümlülerinden ya da yurt dışında ikamet eden ve çok vatandaşlık hakkına sahip olanlar ile yurt dışında doğup yurt dışında ikamet eden ve süresiz ikamet iznine sahip olanlardan en az üç yıl süre ile fiilen yabancı ülkelerde bulunan askerlik yükümlülerinden istekli olanların, bedelli askerlik için belirlenen bedeli döviz cinsinden ödemesi ve Milli Savunma Bakanlığınca verilecek uzaktan eğitimi almaları neticesinde yükümlü oldukları askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılmasıdır²¹.

Belirli meslek gruplarına tanınmış istisna, öğretmenler, Emniyet, Jandarma, Sahil Güvenlik mensupları ile tabipler için söz konusudur. Millî Eğitim Bakanlığının ihtiyaç göstermesi ve Millî Savunma Bakanlığının uygun görmesi üzerine, yedek subay adayı olarak silahaltına alınacaklardan, Millî Eğitim Bakanlığı tarafından öğretmenlik

¹⁸ 7179 sayılı Askeralma Kanunu m. 15/6, m. 16.

¹⁹ Önceki düzenleme olan "yükümlü olduğu askerlik hizmetini yapmamış olanlar" kategorisinin kapsamı için bkz. YSKK 2001/169.

²⁰ 7179 sayılı Askeralma Kanunu m. 9/1.

²¹ 7179 sayılı Askeralma Kanunu m. 39/1-2.

mesleğini fiilen icra edenler arasından bildirilenler, temel askerlik eğitimini takiben Millî Eğitim Bakanlığı emrine verilebilir ve askerlik hizmetini bu suretle yerine getirmiş sayılabilirler²². Emniyet Hizmetleri sınıfına mensup personel kamu görevinden sayılmayacak hâller dışında on yıllık hizmet süresini doldurduklarında askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılırlar²³. Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı kadrolarında görevli muvazzaf ve sözleşmeli subay veya astsubaylar ile uzman erbaş ve sözleşmeli erbaş ve erlerin hizmette geçirdikleri süreler, görevlerinden ayrıldıktan ve ilişkileri kesildikten sonra kısmen veya tamamen askerlik yükümlülüğünden sayılmaktadır²⁴. Benzer biçimde askeri okullardan ayrılanların öğrencilik sürelerinin üçte biri askerlik hizmetinde geçirilmiş sayılmaktadır²⁵. Millî Savunma Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığınca her celp ve/veya atama döneminde müştereken belirlenen yer ve miktarda yedek subay adayı olarak silahaltına alınacak tabipler temel askerlik eğitimini takiben Devlet hizmeti yükümlülüğünü yapmak üzere Sağlık Bakanlığı emrine verilir ve bunlardan usulüne uygun olarak Devlet hizmeti yükümlülüğünü yerine getirdikleri Sağlık Bakanlığınca Millî Savunma Bakanlığına bildirilenler askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılır²⁶.

Bunlara ek olarak, Türk vatandaşlığını sonradan kazananlardan gelmiş oldukları ülkelerde askerlik yaptıklarını veya askerlik hizmetini yerine getirmiş sayıldıklarını belgeleyenler ile vatandaşlığa alındıkları yıl 22 ve daha büyük yaşta olanlar²⁷; Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti kanunlarına göre zorunlu askerlik hizmetini yerine getirdiklerini belgelendiren Türk vatandaşları²⁸ 7179 sayılı Askeralma Kanununun öngördüğü askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılırlar.

²² 7179 sayılı Askeralma Kanunu m. 10/1.

²³ 7179 sayılı Askeralma Kanunu m. 11/2.

²⁴ 7179 sayılı Askeralma Kanunu m. 12/2-3-4, m. 46/1, m. 48/1.

²⁵ 7179 sayılı Askeralma Kanunu m. 46/1.

²⁶ 7179 sayılı Askeralma Kanunu m. 13/1.

²⁷ 7179 sayılı Askeralma Kanunu m. 43/1.

²⁸ 7179 sayılı Askeralma Kanunu m. 44.

Askerlik hizmeti yükümlülüğünün kapsamını genel olarak belirlerken dikkat edilmesi gereken son kategori askerlikten muaf tutulanlardır. Askerlik hizmetini yerine getirmekte iken ölen, hakkında gaiplik kararı verilen, maluliyet aylığı bağlanmasını gerektirecek biçimde malul olanlar ile terhis edildikten sonra askerlik hizmetinin sebep ve tesiri ile hayatını kaybettiği mahkeme kararı ile sabit olanların bir kardeşi istekli olmadığı müddetçe askerlik hizmetine alınmaz veya askerlik hizmetinde ise terhis edilir²⁹. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamında hayatını kaybedenlerden askerlik hizmetini yerine getirmekte olan yükümlüler ile 3713 sayılı Kanunun 21nci maddesinin 1nci fıkrasının j bendi kapsamında terör eyleminin ortaya çıkarılması, etkilerinin azaltılması veya bertaraf edilmesinin sağlanmasında yardımcı ve faydalı olan sivillerin kendilerinden olma çocuklarının ve aynı anne ve babadan olma kardeşlerinin tamamı; 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemi ile bu eylemin devamı niteliğindeki eylemlere, görevi olmadığı hâlde mukavemet ederken şehit olanların kendinden olma erkek çocukları ile aynı anne ve babadan kardeşlerinin tamamı; güvenlik korucuları dâhil kamu görevlilerinin kendilerinden olma çocuklarının tamamı ile aynı anne ve babadan olma kardeşlerinden biri istekleri olmadığı müddetçe askerlik hizmetine alınmaz veya askerlik hizmetinde ise terhis edilir³⁰. İki ülkeden birinde yapılan askerlik hizmetinin sayılmasına dair ikili anlaşmalar kapsamına giren yükümlüler ile barışta, olağanüstü hâl veya seferberlik hâllerinde veya savaşta, askerliğini henüz yapmadan, Milli Güvenlik Kurulunca gerekli görülen sahalarda Bakanlığın teklifi üzerine Cumhurbaşkanınca özel olarak görevlendirilen gönüllüler, Cumhurbaşkanınca belirlenen şartlara uydukları takdirde askerlikten muaf tutulabilir³¹.

²⁹ 7179 sayılı Askeralma Kanunu m. 42/1.

³⁰ 7179 sayılı Askeralma Kanunu m. 42/2.

³¹ 7179 sayılı Askeralma Kanunu m. 45.

II. ASKERLİKLE İLİŞİĞİ OLMANIN KAPSAMI

Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre “*ilişik*” olma bir “*ilgi, bağlılık, ilişki, münasebet*” göstermektedir³². Askerlik hizmeti söz konusu olduğunda, “*ilişigi olma*” durumu öncelikle askerlik hizmetini yerine getirebilecek veya getirmiş sayılacak statüde olmayı anlatır. Nitekim askerlik hizmetini 7179 sayılı Kanun hükümleri gereğince yerine getirmek veya yerine getirmiş sayılmak zorunda olan erkek Türk vatandaşı yükümlüdür³³ meğerki “*askerliğe elverişli değildir*” raporu ya da 7179 sayılı Askeralma Kanununda sayılan diğer hâller sebebiyle askerlik hizmetinden muaf tutulsunlar. Ancak, “*askerlikle ilişigi olma*” statüsü askerlik hizmetinin bizzat yerine getirilmesi ya da getirilmiş sayılması ile sınırlı değildir.

Askerlik hizmeti yükümlülüğü Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı her erkeğe yüklenmiş olsa da “*askerlikle ilişigi olma*” statüsüne doğumla girilmemekte ve ölene kadar da bu statüde kalınmamaktadır. Askerlik hizmeti yükümlülüğü için askerlik çağında bulunulması şarttır³⁴. Askerlik çağı, nüfus kayıtlarına göre her erkeğin 20 yaşına girdiği yılın ocak ayının birinci gününden başlayan ve 41 yaşına girdiği yılın ocak ayının birinci gününde biten süredir³⁵. Ancak, bu süre içinde askerlik hizmetinin yerine getirilmesi ya da getirilmiş sayılmasıyla da “*askerlikle ilişigi olma*” statüsünden çıkılmamakta; askerlik çağının sonuna kadar “*ilişik*” sürmektedir. Çünkü askerlik çağı, “*yoklama*”, “*muvazafılık*” ve “*yedeklik*” olmak üzere üç döneme ayrılmaktadır³⁶. Yoklama dönemi, askerlik çağının başlangıcından muvazafılık hizmetinin başlangıç tarihine kadar geçen süredir³⁷. Muvazafılık dönemi, yükümlünün sevk belgesinde yazılı sevk tarihi ile başlayıp terhis tari-

³² bkz. <https://sozluk.gov.tr>

³³ 7179 sayılı Askeralma Kanunu m. 3/1-jj.

³⁴ Laçın, askerlikle ilişigin onsekiz yaşını dolduran erkekler bakımından söz konusu olacağını düşünmektedir (Özgür Laçın, Türk Anayasalarında Milletvekilliği Sıfatının Kazanılması ve Kaybedilmesi, Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2017, s. 56).

³⁵ 7179 sayılı Askeralma Kanunu m. 3/1-a.

³⁶ 7179 sayılı Askeralma Kanunu m. 5/1.

³⁷ 7179 sayılı Askeralma Kanunu m. 3/1-ii.

hine kadar geçen süredir³⁸. Yedeklik dönemi, muvazzaflık döneminin bitiminden askerlik çağının sonuna kadar olan süredir³⁹. Başka bir deyişle, askerlik hizmeti yükümlüsü, askerlik çağının başından sonuna kadar “*askerlikle ilişiği olma*” durumunda kalmaktadır. Üstelik, 7179 sayılı Askeralma Kanununda düzenlenen şekillerde muvazzaflık hizmeti yerine getirilmediği veya yerine getirilmiş sayılmadığı müddetçe askerlik çağı dışına da çıkılamamaktadır⁴⁰.

7179 sayılı Askeralma Kanununda “*ilişik*” kavramı arandığında, tek bir fıkra haricinde hep “*ilişik kesme*” biçiminde olumsuz anlamda kullanıldığı görölmektedir. Bunlar görevden ilişik kesme, öğrencilikten ilişik kesme, askerlikten ilişik kesme gibi var olan bir hukuki statünün sonlandırılmasına yöneliktir. İlgili Kanunun 36ncı maddesinin 2nci fıkrasında ise hakkında bir yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilenlerden askerlikle ilişiği olanların tahliyelerinde cezaevi idarelerince on beş günlük süre içerisinde askerlik şubesine müracaat edeceklerinin tebliğ edileceği, tebliğ belgesinin askerlik şubesine gönderileceği ve askerlik şubesinin tanyacağı süre içerisinde gelmeyenlerin bakaya sayılacağı düzenlenmektedir. Anılan fıkranın uygulanabilmesi için suçun askerlik hizmetine başlamadan önce veya askerlikleri sırasında işlenmesi gerekmektedir⁴¹. Fakat, bu hüküm “*askerlikle ilişiği olma*” statüsünün sadece muvazzaflık dönemini kapsadığını göstermemektedir. Yedeklik döneminde seferberlik ve savaş hâlinde silahlaltına alınacak yükümlülerin devam eden ve biten adli kovuşturmalarında uygulanacak esaslar Kanunda ayrıca düzenlenmiřtir⁴². Barış şartlarında tatbikat ve eğitim için kısmen veya tamamen çağrılacak yedeklik dönemindeki yükümlülerin erteleme usul ve esasları ise Cumhurbaşkanlığınca çıkarılan yönetmelik ile belirlenecektir⁴³. Dolayısıyla, sadece muvazzaflık dönemine ilişkin bir hükümden hareketle “*askerlikle ilişiği olma*” statüsü belirlenmemektedir.

³⁸ 7179 sayılı Askeralma Kanunu m. 3/1-p.

³⁹ 7179 sayılı Askeralma Kanunu m. 3/1-gg.

⁴⁰ 7179 sayılı Askeralma Kanunu m. 5/11

⁴¹ 7179 sayılı Askeralma Kanunu m. 36/1.

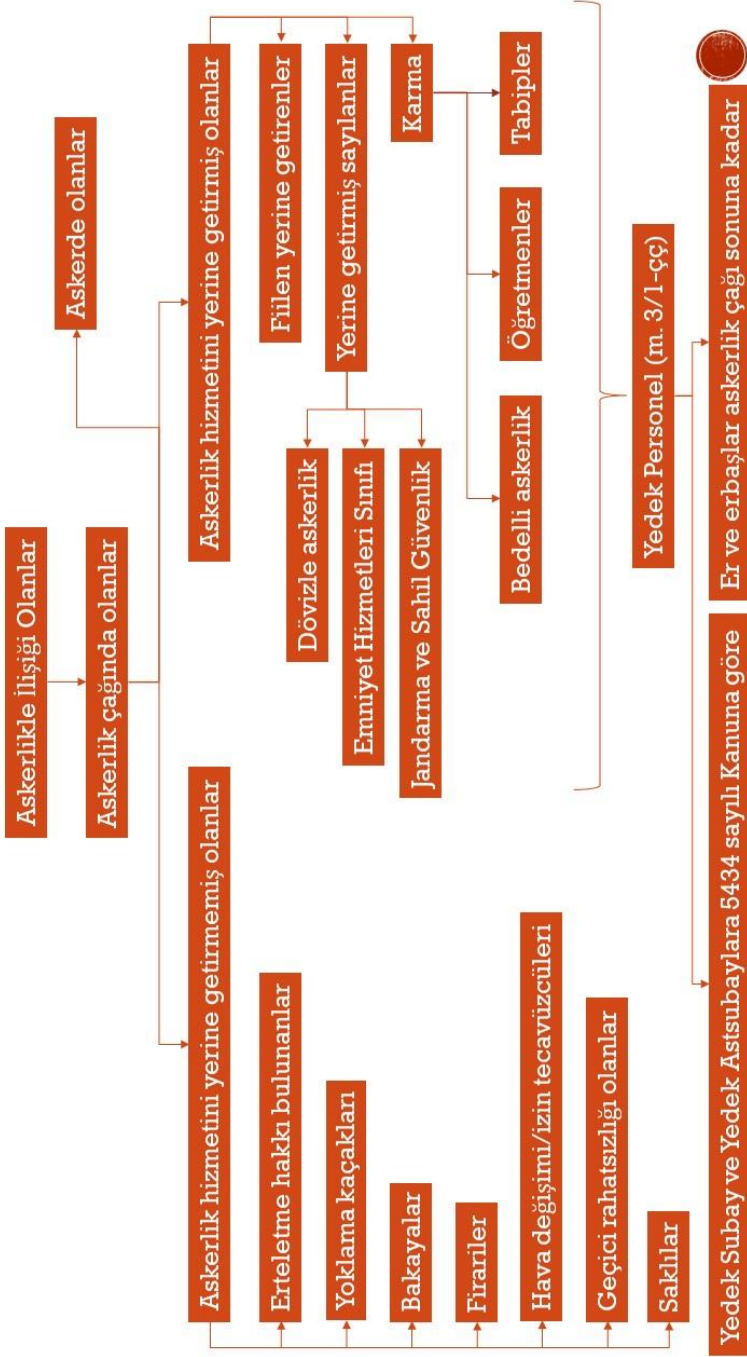
⁴² 7179 sayılı Askeralma Kanunu m. 55.

⁴³ 7179 sayılı Askeralma Kanunu m. 57.

7179 sayılı Kanunun uygulanması için çıkartılmış Askeralma Yönetmeliği, Kanun çerçevesinde yaptığımız yukarıdaki yorumu destekler niteliktedir. Nitekim, yönetmelik askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılmak için kanun hükümlerine göre fiilî askerlik hizmeti ile herhangi bir ilişkisi kalmamış olmayı aramaktadır⁴⁴. Bilindiği üzere askerlik çağı boyunca yükümlünün askerlik hizmetini muvazzaf veya yedek olarak yerine getirme ihtimali bulunmaktadır. Yorumumuzu destekleyen başka bir hüküm Askeralma Yönetmeliğinin 47nci maddesidir. “Lisans ve daha aşağı seviyedeki öğrenci ertelemeleri” başlıklı maddenin 10ncu fıkrası uyarınca bu seviyedeki öğrenim kurumlarıncaya kayıt hakkı kazandığı bildirilen yükümlülerin askerlik durumları Millî Savunma Bakanlığınca talep eden kurumlarla paylaşılmaktadır. Askerlikle ilişkisi olmayan yükümlülerin kayıtları askerlik durum belgesi aranmaksızın yapılmaktadır. Öyleyse “*askerlikle ilişkisi olma*” statüsü askerlik çağına girilmesiyle söz konusu olmaktadır. Buna paralel olarak askerlikle ilişkisi olanlar okul idarelerince askerlik şubelerine yönlendirilecektir. Zaten anılan fıkranın son cümlesi “*kayıt tarihinde henüz askerlik çağına girmemiş olanlardan askerlik durum belgesi talep edilmez*” demek suretiyle “*askerlikle ilişkisi olma*” statüsünün “*askerlik çağı*” ile bağınsarsılmaz biçimde kurmaktadır.

Buraya kadar ele aldığımız hükümler sayesinde “*askerlikle ilişkisi olanlar*”ın kategorik olarak bir tabloyla gösterilmesi mümkündür.

⁴⁴ Askeralma Yönetmeliği m. 4/1-ç.



“Askerlikle ilişkisi olmayanlar” ise ölümler, gaip, yedeklik süresi dolanlar, askerliğe elverişli olmayanlar ve askerlikten muaf tutulanlardır.

Milletvekillerinin de askerlik çağında buldukları müddetçe vatan hizmeti yükümlüsü ve dolayısıyla “askerlikle ilişkisi olma” durumunda yer alabilecekleri anlaşılmaktadır.

III. VATAN HİZMETİ YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN MİLLETVEKİLLİĞİNE ETKİSİ

1982 Anayasasının “Milletvekili seçilme yeterliliği” başlığını taşıyan 76ncı maddesinin ikinci fıkrası uyarınca “askerlikle ilişkisi olanlar” milletvekili seçilememektedir. Öyleyse, milletvekili adayları, adaylık başvuru tarihi itibarıyla “askerlikle ilişkisi olma” statüsünde yer almamalıdır. Bu statüyü askerlik çağıyla irtibatlandırınca milletvekili adaylarının başvuru tarihinde askerlik çağında olmamaları gerekecektir. Askerliğin herhangi bir sebeple ertelenmiş olması da sonucu değiştirmeyecektir⁴⁵. Erkek Türk vatandaşları, askerliğe elverişli olmadıkları veya askerlikten muaf tutulmadıkları sürece, askerlik çağı içinde milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olamayacaklardır.

Milletvekili seçilme yeterliliğinin Yüksek Seçim Kurulu tarafından incelenmesi zaman içerisinde farklı görünüm arz etmiştir. Esasen, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun 130ncü maddesi uyarınca, Yüksek Seçim Kurulunun seçilme yeterliliğine ilişkin itirazları 3 günlük olağan veya 7 günlük olağanüstü itiraz süresinde incelemesi olanaklıdır. Adaylığın kesinleşmesinden sonra, adayın Türk olmadığına, yaşının kanunda gösterilenden küçük olduğuna, okur-yazar olmadığı veya seçilme yeterliliğini kaybettiren bir mahkûmiyeti bulunduğu ilişkin iddialar dışındaki neden-

⁴⁵ Gözler, milletvekili seçilme yeterliliğinin varlığı bakımından askerlik çağına girmemiş olmaya yer verirken; herhangi bir sebeple askerliğin erteletilmesini de aynı nitelikte görmektedir (Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 460). Daha önce de belirtildiği üzere, askerlikle ilişkisi olmayan kimselerin askerlik hizmetini erteletme haklarını kullanması, askerlik mevzuatı çerçevesinde mümkün değildir.

lerle adaylara itiraz olunamamaktadır⁴⁶. Yüksek Seçim Kurulu, önce-leri konuyu mahalli idare seçimlerindeki adaylık bağlamında ele almış ve itirazın süresinde yapılıp yapılmadığını incelemiştir⁴⁷. Sonrasında “tam kanunsuzluk” ilkesi çerçevesinde mahalli idare seçimlerindeki adaylığa ilişkin itirazları süresi geçse bile incelemiştir⁴⁸. Son olarak 298 sayılı Kanunda yer alan nedenler yanında 1982 Anayasasının 76ncı ve Geçici 16ncı maddelerinde yer alan nedenleri de göz önüne almaya başlamıştır⁴⁹.

Milletvekili seçimlerine yönelik itirazın ilk kez değerlendirildiği 1988 yılında, milletvekilliğinin seçimden önce var olan veya seçimden sonra ortaya çıkan bir nedenle düşmesine TBMM tarafından karar verileceği gerekçesiyle itiraz reddedilmiştir⁵⁰. Zamanla içtihadını de-ğiştiren Yüksek Seçim Kurulu, “yükümlü olduğu askerlik hizmetini yapmamış olanlar” şartının bulunduğu 1994 yılında, askerlik hizmeti- ni yapmamış olanların seçim tutanağını olağan ve olağanüstü itiraz sürelerine bakmadan ve seçim sonuçlarının kesinleşmesini de dikkate almadan incelemiş, “tam kanunsuzluk” ilkesini uygulayarak iptal et-miştir⁵¹. 1996 yılında “tam kanunsuzluk” hâllerinde milletvekili seçim tutanağını iptal edebileceğini belirterek içtihadını sürdürmüş, fakat itiraza konu milletvekili seçim tutanağını iptal etmemiştir⁵². 1999 yılında verdiği iki karar ile milletvekili seçilme yeterliliği konusundaki içtihadına son şeklini vermiştir. Buna göre, milletvekili seçilme yeter-liliğini etkileyen durum seçimden önce gerçekleşmiş ama seçimden

⁴⁶ 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun m. 130/4.

⁴⁷ YSKK 1964/1188; YSKK 1967/85.

⁴⁸ YSKK 1969/52; YSKK 1971/19; YSKK 1972/194; YSKK 1975/489; YSKK 1983/555.

⁴⁹ YSKK 1984/1404. Ayrıca bkz. Ahmet Hulusi Akkaş, Bir Güvenlik Tedbiri Türü Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 85 vd.

⁵⁰ YSKK 1988/311. Kararın eleştirisi için bkz. Erdal Onar, “1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi”, Anayasa Yargısı, C. 14, 1997, s. 437-438.

⁵¹ YSKK 1994/1559. Aynı yönde bkz. YSKK 1996/221. Ayrıca bkz. Muzaffer Hatipoğlu – Ali Parlar, Seçim Kanunları ve Seçim Suçları, Yayın Matbaacılık, Ankara, 2004, s. 4.

⁵² YSKK 1996/71.

sonra ortaya çıkmışsa, olağan veya olağanüstü sürelerin geçip geçmediğine bakılmaksızın konu Yüksek Seçim Kurulunca incelenebilecek ve gerekli görülürse milletvekili seçim tutanağı iptal edilebilecektir⁵³. Fakat, seçilme yeterliliğini etkileyen durum seçimden sonra gerçekleşmiş ve yine seçimden sonra ortaya çıkmışsa, burada tutanağın iptali değil milletvekilliğinin TBMM kararıyla düşürülmesi söz konusu olacaktır⁵⁴. Doğal olarak bu süreçte yetki TBMM’dedir⁵⁵. Yüksek Seçim Kurulunun “*tam kanunsuzluk*” içtihadından saptığını gösterir bir ilke kararı henüz bulunmamaktadır⁵⁶.

Buraya kadar anlatılanlar çerçevesinde vatan hizmetinin milletvekilliğine etkisini “*askerlik çağı öncesi*” ve “*askerlik çağı içinde*” olmak üzere iki kategoride değerlendirilmesinin gerektiği anlaşılmaktadır. Askerlik çağı dışına çıkanlar bakımından ilişik olma söz konusu değildir. “*Askerlik çağı içinde*” kategorisi de kendi içinde “*askerliği erteletenler*”, “*askerliği yapanlar veya yapmış sayılanlar*” ve “*yedekler*” olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

A. ASKERLİK ÇAĞI ÖNCESİ

Onsekiz yaşını doldurmuş ve seçimin yapıldığı yıl içerisinde yirmi yaşına girmeyecek olan milletvekili adayları bakımından “*askerlikle ilişkisi olma*” statüsü seçimler sırasında mevcut bulunmayacağından Yüksek Seçim Kurulu tarafından yapılacak bir işlem yoktur. Seçimlerin yapıldığı yıldan sonra oluşacak “*askerlikle ilişkisi olma*” statüsünü ise TBMM değerlendirecektir⁵⁷.

⁵³ YSKK 1999/371.

⁵⁴ Milletvekilliğinin yasama dönemi bitmeden ve diğer milletvekillerinin yasama meclisi üyelikleri henüz sürerken herhangi bir sebeple sona ermesine ilişkin tüm hâller “*milletvekilliğinin düşmesi*” olarak adlandırılabilir. Nitekim 1982 Anayasasında düzenlenen hükmün başlığı da “*milletvekilliğinin düşmesi*”dir (Ayrıntılı bilgi için bkz. Onar (1997): s. 387-388). Aksi yönde görüş için bkz. Cengiz Gül – Muhammed Yavuz, “Seçilmeye Engel Bir Suçtan Kesin Hüküm Giyme Nedeniyle Milletvekilliğinin Sona Ermesi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2009, s. 75.

⁵⁵ YSKK 1999/1585. Ayrıca bkz. Gönenç (2008): s. 91-94.

⁵⁶ “Tam kanunsuzluk” içtihadını sürdüren güncel ilke kararları için bkz. YSKK 2004/2564; YSKK 2006/320.

⁵⁷ Bu durum askerlik çağı içinde incelenmiştir.

B. ASKERLİK ÇAĞI İÇİNDE

Seçimin yapıldığı yıl içerisinde askerlik çağına girecek veya hâlihazırda askerlik çağında bulunan kimseler bakımından “*askerlikle ilişkisi olma*” statüsü mevcuttur. Yüksek Seçim Kurulu bu statüdeki kimselerin adaylık başvurularını kabul etmemelidir. Bu statüdeki kimseler aday olup seçilseler bile Yüksek Seçim Kurulunun “*tam kanunsuzluk*” içtihadı çerçevesinde her zaman hukuki durumlarının değerlendirilebilir ve milletvekili seçim tutanakları iptal edilebilir.

1982 Anayasasının 79ncü maddesi uyarınca milletvekillerinin seçilmeden önce seçilmeye engel bir durumu bulunup bulunmadığını incelemek Yüksek Seçim Kurulunun görev ve yetkisindedir. Milletvekili seçilme yeterliliğine ilişkin bir hâlin TBMM tarafından incelenmesi, 1954 yılında kaldırılan seçim tutanaklarının TBMM tarafından denetlenmesi usulünün yeniden ihdası anlamına gelecektir. 1982 Anayasasının 67nci maddesinin ikinci fıkrası ile 79ncü maddesine göre seçimler yargı yönetim ve denetimi altında yapılacağı için seçim sürecine ilişkin konuların TBMM tarafından değerlendirilmesi zaten olanaksızdır⁵⁸.

1. Askerliği Erteleyenler

Seçildiği yıl askerlik çağında olmayan milletvekilinin askerlik çağına girdikten sonra 7179 sayılı Kanundaki herhangi bir nedenle erteleme hakkını kullanması durumunda ne Yüksek Seçim Kurulunun ne de TBMM'nin yapacağı bir işlem bulunmamaktadır. Fakat, bir sonraki seçimlerde adaylık için başvurması durumunda Yüksek Seçim Kurulunun adaylık başvurusunu kabul etmemesi gerekecektir.

2. Askerliği Yapanlar veya Yapmış Sayılanlar

Askerlik çağına seçimlerin yapıldığı yıldan sonraki yıl girmiş milletvekilinin, yasama dönemi bitmeden bizzat askere gitmesi veya bedelli askerlik gibi yerine getirmiş sayılma yollarından birini tercih etmesi durumunda, “*askerlikle ilişkisi olma*” statüsünün TBMM tarafın-

⁵⁸ Aynı yönde bkz. Onar (1997): s. 437-438.

dan değerlendirilmesi gerekecektir. Bu durumdaki milletvekili için “milletvekilliğiyle bağdaşmayan bir görev veya hizmeti sürdürmekte ısrar” ile “devamsızlık” olmak üzere iki hâl akla gelebilir. Milletvekilliğiyle bağdaşmayan iş kavramı kuvvetler ayrılığının gereğidir. Bu sayede milletvekillerinin yürütme organına karşı bağılılığının en alt düzeyde tutulması amaçlanmıştır⁵⁹. Yürütmeye denk bir güç oluşturacak, yürütmeyi denetleyecek yasamanın bir üyesinin yürütme emrine girmesi düşünülemez⁶⁰.

Milletvekilliğiyle bağdaşmayan işler 1982 Anayasasının 82nci maddesinde sayılmıştır⁶¹. Milletvekilleri merkezi veya yerel yönetim idarelerinde görev alamazlar. Devletten destek gören vakıf ve derneklere, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sendikalar ve bunların üst kuruluşlarının ve katıldıkları teşebbüs veya ortaklıkların yönetim ve denetim kurullarında bulunamazlar. Görev almaları yasaklanan kurum ve kuruluşların herhangi bir taahhüt işini doğrudan veya dolaylı olarak kabul edemezler. Yürütme organının teklif, inha, atama veya onamasına bağlı herhangi bir işle de görevlendirilmezler. Yine aynı maddenin son fıkrası uyarınca milletvekilliğiyle bağdaşmayan diğer işler kanunla düzenlenecektir. Anılan fıkra uyarınca çıkartılan 3069 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliği ile Bağdaşmayan İşler Hakkında Kanun Anayasanın 82nci maddesinin 1nci fıkrasındaki düzenlemeye aynen yer verdikten sonra; ilgili fıkarda zikredilen kurum ve kuruluşlarda alınamayacak görevleri somutlaştırmıştır. Milletvekilleri, söz konusu kurum ve kuruluşlarda ücret karşılığı iş takipçiliği, komisyonculuk, müşavirlik yapamayacak; genel sekreter, sekreter veya benzeri herhangi bir nam altında hiçbir yönetim görevi alamayacaktır⁶². Ayrıca, devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlar ile zimmet, ihtilas, irtikap, kaçakçılık ve döviz suçları gibi Devletin maddi

⁵⁹ Onar (1997): s. 440.

⁶⁰ Mümtaz Soysal, 100 Soruda: Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 204.

⁶¹ Milletvekilliğiyle bağdaşmayan işler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Reyhan Ayaz, “Milletvekilliği ile Bağdaşmayan İşler ve TBMM Başkanlığının Konuya Bakış Açısı”, Yasama Dergisi, S. 41, 2020, s. 107-133

⁶² 3069 sayılı Kanun m. 3, m. 4/1.

çıkarlarıyla ilgili davalarda Devlet aleyhine vekil olamayacak; serbest mesleklerini icrada, ferdi işletmelerini idarede milletvekilliği unvanlarını kullanamayacaklardır⁶³. İstisnai olarak yabancı bir devlet veya milletlerarası bir kuruluş tarafından verilen idari ve siyasi, ücretli herhangi bir işi veya görevi TBMM kararıyla uygun bulunursa kabul edebileceklerdir⁶⁴. Milletvekili seçilmeden önce milletvekilliğiyle bağdaşmayan bir işle iştigal eden milletvekilinin mevcut durumunu 3069 sayılı Kanuna uygun hâle getirmesi için milletvekili seçildikten sonra 6 aylık bir süresi bulunmaktadır⁶⁵.

Gerek Anayasa gerekse 3069 sayılı Kanun hükümleri arasında vatan hizmetinin yegâne yerine getirilme şekli olan ve yükümlü olarak yerine getirilen askerlik hizmeti yer almamaktadır. Her ne kadar 1982 Anayasasının 82nci maddesinin ikinci fıkrası ile 3069 sayılı Kanunun 2nci maddesinin ikinci fıkrası “*yürütme organının teklif, inha, atama veya onamasına bağlı Resmî veya özel herhangi bir işle görevlendirilemezler*” hükmünü içerse de askerlik hizmetini bu kapsama sokmak güçtür. Burada kast edilen “işler”, kurul üyeliği, büyükelçilik, uluslararası kuruluşlarda daimî temsilcilik, bakanlık, valilik gibi doğrudan yürütme organının kararına bağlı ve maddi kazanç yaratacak işlerdir. Örneğin, 1982 Anayasasının 106nci maddesinin dördüncü fıkrası Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan olarak atanan milletvekilinin milletvekilliğinin düşeceğini ayrıca düzenlemiştir. Yürütmenin askerlik hizmeti yoluyla milletvekiline etkide bulunabilmesi ihtimali de hayli düşüktür. “*Askerlikle ilişiği olma*” statüsünü ortadan kaldırıp seçilme yeterliliğini kazandırmasa bile, askerlik hizmetinin 7179 sayılı Kanunun 20nci maddesinin yedinci fıkrası kapsamında milletvekili tarafından erteletebilmesi olanaklıdır. Şu hâlde geriye işletilebilecek tek yol olarak devamsızlık hükümleri kalmaktadır.

1982 Anayasasının 84ncü maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca Meclis çalışmalarına özürsüz veya izinsiz olarak bir ay içerisinde toplam beş birleşim günü katılmayan milletvekilinin milletvekilliği düşü-

⁶³ 3069 sayılı Kanun m. 3.

⁶⁴ 3069 sayılı Kanun m. 4/2.

⁶⁵ 3069 sayılı Kanun m. 6.

rülebilecektir. Burada ilk dikkat edilmesi gereken husus bir ay içinde beş birleşim devamsızlık yapılması gerektiğidir. Devamsızlık yapılan birleşimlerin birbirini takip etmesi gerekmemektedir. Milletvekilinin aynı ay içerisinde beş farklı birleşime katılmaması yeterlidir. Askerliğin bizzat yerine getirilmesi durumunda bir ay içinde beş birleşim devamsızlık yapılması mümkün gözükmemektedir. Ancak, bedelli askerlik gibi bir aylık temel eğitimin yer aldığı uygulamada, kışlada geçirilmesi gereken sürenin TBMM'nin tatilde olduğu veya çalışmalarına ara verdiği süreye denk getirilmesi suretiyle devamsızlık için gereken bir ay içinde beş birleşime katılmama şartı aşılabılır. Hatta dövizle askerlik gibi uzaktan eğitimin uygulandığı seçenekte hiç devamsızlık da yapılmayabilir. Üstelik, söz konusu düzenleme devamsızlığın “izinsiz” olma şartını aradığından, milletvekilinin usulüne göre izin alması durumunda da devamsızlık hükümleri işletilemeyecektir. Milletvekili on güne kadar doğrudan TBMM Başkanına yazıyla başvurarak; on günden uzun izinler içinse Başkanlık Divanının sunuşları arasında yer alacak konuya ilişkin teklifin TBMM Genel Kurulu tarafından görüşmesiz ve işaretle oyuyla kabulü üzerine izin alabilmektedir⁶⁶. Sadece bu suretle alınan izinler aralıksız iki ay veya fazlasına tekabül etmekteyse, milletvekiline ödenek ve yolluklarının verilebilmesi için ayrıca TBMM Genel Kurulunun karar alması gerekecektir⁶⁷. Öyleyse, devamsızlık, usulüne göre izin almadan bizzat veya bedelli askerlik gibi kışlada sürekli bulunulmasını gerektiren biçimde askere giden ve bir ay içinde de beş birleşime katılmayan milletvekili için söz konusu olacaktır.

Milletvekilinin askerlik sebebiyle izinsiz devamsızlık yapması milletvekilliğinin kendiliğinden düşmesine yol açmamaktadır. İzinsiz devamsızlık TBMM Başkanlık Divanınca tespit edilecek ve milletvekilliğinin bu sebeple düşmesi TBMM Genel Kurulunun oyuna sunulacaktır. TBMM Genel Kurulunun üye tamsayısının salt çoğunluğuyla karar

⁶⁶ TBMM İçtüzüğü m. 151/2, m. 151/3.

⁶⁷ TBMM İçtüzüğü m. 154.

vermesi hâlinde milletvekilliği düşmüş sayılacaktır⁶⁸. Burada Başkanlık Divanının durumu tespit etmesi arandığından, izinsiz devamsızlık yapan milletvekili hakkında TBMM Başkanının takdir yetkisi bulunmamaktadır. Konunun mutlaka Başkanlık Divanında görüşülmesi gerekir. Esasen Başkanlık Divanının da yapacağı izinsiz devamsızlığı tespitten ibarettir. Milletvekili erteletme hakkı olmasına rağmen bileerek ve isteyerek askere gitmiş olacağı için ortada özür sayılacak bir durum bulunmamaktadır. Her ne kadar Anayasa hükmünde yer almasa da TBMM İçtüzüğü gereği, izinsiz devamsızlık tespit edildiğinde Başkanlık Divanı konuyu Anayasa ve Adalet Komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyona havale edecektir⁶⁹. Karma Komisyon yasama dokunulmazlığının kaldırılması hükümlerine göre milletvekilinin devamsızlığını inceleyecek ve bir rapor hazırlayacaktır⁷⁰. Yasama dokunulmazlığındaki usul uygulanacağı için Karma Komisyonunda bir Hazırlık Komisyonu kurulması gerekse de ne Hazırlık Komisyonunun ne de Karma Komisyonun izinsiz devamsızlığı tespit etmek dışında yapabileceği bir şey yoktur. Milletvekilinin, eğer izinli olduğunu iddia ediyorsa, bunu Genel Kuruldan önce kanıtlama olanağı vardır⁷¹. Milletvekili izinli alarak askere gittiğini ispat edemiyorsa, ortada özür gibi yoruma açık bir konu bulunmadığından gerek Hazırlık Komisyonu gerekse Karma Komisyon milletvekilliğinin düşmesi yönünde raporlar hazırlamak zorundadır. Karma Komisyon raporu milletvekilliğinin düşmesi yönünde olsa bile son karar TBMM Genel Kurulu tarafından verileceği için Genel Kurul raporu üye tamsayısının salt çoğunluğu ve üzerinde bir oyla kabul ederse milletvekilliği düşmüş sayılacaktır. Eğer Genel Kurulda kabul oyları üye tamsayısının salt çoğunluğuna ulaşamaz veya ret oyları çoğunlukta olursa, milletvekilliği düş-

⁶⁸ 1982 AY m. 84/4. Milletvekilliğinin devamsızlık sebebiyle düşmesindeki yeter sayı hakkında bkz. Ali Erdem Doğanoglu, "Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda Toplantı ve Karar Yeter Sayısı", Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, C. II, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 391, Ankara, 2013, s. 1447.

⁶⁹ TBMM İçtüzüğü m. 138/1.

⁷⁰ TBMM İçtüzüğü m. 138/2.

⁷¹ TBMM İçtüzüğü m. 138/3.

meyecektir. Milletvekilinin askerlik sebebiyle izinsiz yaptığı devam-sızlığı meşru görebilecek yegâne makam TBMM Genel Kuruludur⁷².

Askerlik sebebiyle izinsiz devamsızlık yaptığı gerekçesiyle milletvekilliği TBMM Genel Kurulu tarafından düşürülen milletvekili, 1982 Anayasasının 85nci maddesi uyarınca, düşme kararının alındığı tarihten başlayarak yedi gün içerisinde, kararın Anayasaya veya İctüzüğe aykırılığı iddiasıyla iptali için Anayasa Mahkemesine başvurabilir⁷³. Başka bir milletvekilinin de düşme kararı hakkında Anayasa Mahkemesine başvurması mümkündür. İptal istemi onbeş gün içerisinde kesin karara bağlanacaktır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin onbeş gün içinde karar vermemesi, karar verme yetkisinin kalkacağı anlamına gelmemektedir. Burada işin özel niteliği gereği mümkün olan en kısa süre içerisinde çözümlenmesi amaçlanmıştır⁷⁴. Bu kararın denetiminde milletvekilinin izinsiz olup olmadığı yanında TBMM Genel Kurulunun düşmeye üye tamsayısının salt çoğunluğuyla karar verip vermediği ile TBMM İctüzüğünün devamsızlık nedeniyle milletvekilliğinin düşürülmesinde uygulanacak usule ilişkin hükümlerine uyulup uyulmadığı incelenebilecektir⁷⁵. Anayasa Mahkemesinin izinsiz devamsızlık sebebiyle milletvekilliğinin düşmesi hakkındaki

⁷² Devamsızlık için ayrıca bkz. Onar (1997): s. 451-454.

⁷³ Yedi günlük iptal isteminde bulunma süresi düşme kararının alındığı gün başlamaktadır. Burada karara konu milletvekilinin kararın verildiği oturumda hazır bulunmayabileceği gerekçesiyle sürenin Resmî Gazetede yayımdan itibaren başlatılması daha isabetli bulunmuştur (Onar (1997): s. 463). Her ne kadar Resmî Gazete'de Yayımlanacak Türkiye Büyük Millet Meclisi Kararları; Meclisin Yaptığı Seçimlerin Sonuçları; Başkanlık Divan Kararları Hakkında Yönetmeliğin 3ncü maddesinin o fıkrası düşme kararlarının Resmi Gazetede yayımlanacağını düzenlese de; iletişim olanaklarının hayli geliştiği günümüzde milletvekilliği düşen milletvekilinin bu karardan aynı gün içinde haberdar olmaması pek rastlanabilecek bir durum değildir. Bu sebeple sürenin kararın alındığı günden başlamasında bir sakınca görmüyoruz. Anayasa Mahkemesi de 1982 Anayasasındaki hükümle benzer hüküm içeren 1961 Anayasası döneminde, aynı olayla ilgili verdiği iki kararda sürenin Resmî Gazetede yayımdan itibaren değil Genel Kurulda karar alınmasından itibaren başlayacağını altını çizmiştir (AYMK E. 1967/25, K. 1967/25, k.t.: 03.08.1967, RG: 28.10.1967/12737; AYM E. 1967/26, K. 1967/26, k.t.: 12.09.1967, RG: 08.11.1967/12745).

⁷⁴ AYM E. 1968/58, K. 1968/53, k.t.: 14.11.1968, RG: 17.12.1968/13079.

⁷⁵ Şekil bakımından denetimde kanunlar için öngörülen sınırlamalar parlamento kararları için geçerli değildir.

TBMM Genel Kurulu kararını iptal etmesi hâlinde, daha önce milletvekilliği düşmüş kimse, Anayasa Mahkemesi kararının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte milletvekili sıfatını yeniden kazanmış olacaktır⁷⁶. Günümüze kadar devamsızlık nedeniyle yasama meclisi üyeliği düşürülenlerin yaptıkları başvurulardan olumlu sonuçlanan çıkmamıştır⁷⁷.

3. Yedekler

Askerlik hizmetini bizzat yerine getiren veya yerine getirmiş sayılanların “*askerlikle ilişiği olma*” statüsünde yedeklik dönemi sonuna kadar bulunduğunu daha önce belirlemiştik. Yedeklik hizmeti yedeklik döneminde bulunanların ihtiyaç duyulduğunda askere alınarak yerine getirecekleri bir tür askerlik hizmetidir⁷⁸. Her ne kadar milletvekillerinin askerlikleri üyelik sıfatlarının sona erdiği tarihe kadar ertelense de⁷⁹; bu düzenleme askerliğin sadece “*yoklama*” ve “*muvazafalık*” dönemlerini kapsamaktadır. “*Yedeklik*” dönemi 7179 sayılı Kanunun Onikinci Bölümünde ayrıca düzenlenmiştir. “*Yedeklik*” döneminde yer alanların yedeklik hizmetlerinin ertelenmesine ilişkin usul ve esaslar da Cumhurbaşkanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenecektir⁸⁰. Bu kapsamda henüz çıkartılan bir yönetmelik yoktur. Ancak, önceki kanuna dayanan Yedek Personel Erteleme Yönetmeliği bulunmaktadır⁸¹. Anılan yönetmeliğe göre milletvekillerinin yedeklik

⁷⁶ Doktrinde düşme kararına karşı Anayasa Mahkemesine iptal başvurusunda bulunulması hâlinde, başvuru sonuçlanıncaya kadar düşme kararının yürürlüğe girmeyeceği ileri sürülmüştür (Şeref Gözübüyük, Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 1997, s. 180-181). Düşmeye ilişkin alınan TBMM kararının yürürlüğe girmesi için Resmî Gazetede yayım gibi başkaca bir şart aranmadığından ve başvuru süresinin de kararın verildiği günden itibaren başlaması nedeniyle bu görüşe katılmıyoruz (Aynı yönde bkz. Onar (1997): s. 463).

⁷⁷ Hamit Eşen, “Parlamento Hukukunda Milletvekilliğinin Sona Ermesi”, Yasama Dergisi, S. 19, 2011, s. 53. Milletvekilliğinin düşmesine itiraz sonucunda Anayasa Mahkemesinin verdiği güncel kararlar için bkz. <https://anayasa.gov.tr/tr/kararlar/yasama-dokunulmazligi-ve-milletvekilliginin-dusmesi/> (e.t.: 20.05.2021).

⁷⁸ 7179 sayılı Kanun m. 3/1-ğğ.

⁷⁹ 7179 sayılı Kanun m. 20/7.

⁸⁰ 7179 sayılı Kanun m. 57.

⁸¹ BK: 23.08.2010, No: 2010/912, RG: 07.10.2010/27722.

hizmeti milletvekillikleri sürdüğü müddetçe ertelenebilmektedir⁸². Elbette bu düzenleme askerliğini yapmış milletvekillerinin “*askerlikle ilişiği olma*” statüsünden çıktığı değil aksine “*yedeklik*” döneminde dahi askerlikle hâlâ ilişik kaldıklarını göstermektedir. Eğer ilişik olmasaydı, yedeklik hizmetinin ertelenmesi de gerekmeyecektir. Ayrıca, yaş sınırı içinde kalan yani askerlik çağında bulunan yedeklerin yedeklik hizmetinden muaf tutulması da olanaklı deđildir⁸³.

Mevcut düzenlemelerden anlaşıldığı kadarıyla “*yedeklik*” statüsü korunduğu müddetçe milletvekili sečilme yeterliliği sağlanamayacağından, milletvekili adayları olan kimselerin yükümlü oldukları muvazaf askerlik hizmetini yapmış olmaları yanında adaylık için başvuracakları sečilimin yapılacağı yıl itibarıyla 41 ve daha yüksek bir yaşta olmaları da gerekecektir. Bu çerçevede henüz askerlik çağı dışına çıkmamış yedeklik dönemindeki kimselerin milletvekili adaylık başvurusunun kabul edilmemesi gerekecektir. Ayrıca, “*tam kanunsuzluk*” içtihadı kapsamında her zaman hukuki durumlarının Yüksek Sečil Kurulunca değerlendirilip milletvekili sečil tutanaklarının iptal edilmesi de söz konusu olabilecektir. Esasen yedeklik döneminde yer alan milletvekilleri için TBMM’nin yapabileceği bir işlem yoktur. Fakat milletvekilinin yedeklik hizmetine çağırılması ve bu çağrıya uyarak yedeklik hizmetine gitmesi durumunda “*devamsızlık*” hükümlerinin uygulanacağı düşünülebilir. Ne var ki, milletvekillerinin yedeklik hizmeti erteleme Yedek Personel Erteleme Yönetmeliđi gereği ilgilinin başvurusuna gerek kalmadan, başka bir deyişle otomatik olarak yapıldığından bu ihtimalin gerçekleşmesi neredeyse imkânsızdır.

SONUÇ

Askerlik mevzuatı çerçevesinde “*askerlik çağı*” içinde yer alan her yükümlü ile yedek personel “*askerlikle ilişiği olma*” statüsüne girmektedir. Başka bir deyişle, milletvekillerinin de vatan hizmeti yükümlüsü olarak “*askerlikle ilişiği olma*” statüsü söz konusu olabilir. Milletvekilliğinin askerliği ve yedekliği erteleme sebebi olarak sayılması asker-

⁸² Yedek Personel Erteleme Yönetmeliği m. 4/1-b-1.

⁸³ Yedek Personel Erteleme Yönetmeliği m. 4/1-b.

likle ilişik olmayı ortadan kaldırmamaktadır. Bu durum ise milletvekili seçilme yeterliliğini doğrudan etkilemektedir. Kuşkusuz, “*yükümlü olduğu askerlik hizmetini yapmamış olanlar*” şartını kaldıran anayasa koyucunun arzusu “*askerlik çağı*”ndaki yükümlüler ile yedek personelin milletvekili seçilememesi değildir. Ancak, seçilme yaşını onsekize indiren anayasa koyucu, “*askerlikle ilişkisi olanlar*” konusunda iradesini açıkça ortaya koymamıştır. Anayasa değişikliğinin gerekçesinde “*askerlikle ilişkisi olma*” statüsünün içeriğine ışık tutacak bir bilgi yer almamaktadır. Hatta değişikliğin TBMM Genel Kurul görüşmelerinde “*onsekiz yaş*” vurgulanırken, “*askerlikle ilişkisi olanlar*”dan hiç bahsedilmemiştir. Başa dönersek, “*askerlikle ilişkisi olma*” statüsünün belirlenmesinde askerlik mevzuatı esas alınmak zorundadır.

“*Askerlikle ilişkisi olanlar*”ın askerlik mevzuatı çerçevesinde belirlenmesi zorunluluğu anayasa koyucunun seçilme yaşını onsekize düşürmesi ile çelişir gözükmektedir. Bu çelişkinin ortadan kaldırılması için “*askerlikle ilişkisi olanlar*” kavramının yapılacak bir anayasa değişikliğiyle milletvekili seçilme yeterliliğinden çıkarılması gerekir. 7179 sayılı Askeralma Kanununda milletvekilliğinin askerliği erteleme sebebi olarak sayılmış olması tek başına yeterlidir. Eğer bu güvence yasama organı üyelerini yürütmeye karşı korumak için yeterli görülüyorsa, söz konusu hüküm aynen Anayasaya alınabilir. Yedeklik için de Yönetmelikteki düzenlemenin 7179 sayılı Askeralma Kanununa konulması düşünülebilir.

KAYNAKÇA

A. Basılı Kaynaklar

- AKKAŞ, Ahmet Hulusi (2021) Bir Güvenlik Tedbiri Türü Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma, Adalet Yayınevi, Ankara.
- ARSLAN ERTÜRK, Arzu (2019) “7146 Sayılı Kanunla Yapılan Yeni Bedelli Askerlik Düzenlemesi ve Düşündürdükleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı), C. 25, S. 2.
- ATAR, Yavuz (2007) Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları.

- AYAZ, Reyhan (2020) “Milletvekilliği ile Bağdaşmayan İşler ve TBMM Başkanlığının Konuya Bakış Açısı”, Yasama Dergisi, S. 41.
- DOĞANOĞLU, Ali Erdem (2013) “Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda Toplantı ve Karar Yeter Sayısı”, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, C. II, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 391, Ankara.
- EŞEN, Hamit (2011) “Parlamento Hukukunda Milletvekilliğinin Sona Ermesi”, Yasama Dergisi, S. 19.
- GÖNENÇ, Levent (2008) Türkiye’de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları, Adalet Yayınevi, Ankara.
- GÖZLER, Kemal (2019) Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref (1997) Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara.
- GÜL, Cengiz - YAVUZ, Muhammed (2009) “Seçilmeye Engel Bir Suçtan Kesin Hüküm Giyme Nedeniyle Milletvekilliğinin Sona Ermesi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2.
- HATİPOĞLU, Muzaffer - PARLAR, Ali (2004) Seçim Kanunları ve Seçim Suçları, Yayın Matbaacılık, Ankara.
- İZMİR, Gökalp (2011) “Milletvekilliği Seçilme Yeterliliği ve Bu Sıfatın Kazanılması”, Yasama Dergisi, S. 18.
- KESKİN, Oğuzhan Bekir (2018) ““Türk’ün Erkek Ayrılığıyla İmtihani”: Bir Anayasal Gelenekten Söz Edilebilir mi?”, Anayasa Hukuku Dergisi, C. 7, S. 13.
- LAÇİN, Özgür (2017) Türk Anayasalarında Milletvekilliği Sıfatının Kazanılması ve Kaybedilmesi, Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul.
- OKUR, Ali Rıza (2012) “Muvazzaf Askerlik ve Bedelli Askerliğin Hukuki Sonuçları Açısından Karşılaştırılması”, Sicil: İş Hukuku Dergisi, Yıl 7, S. 25.
- ONAR, Erdal (1997) “1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi”, Anayasa Yargısı, C. 14.
- POLAT AKGÜN, Deniz (2018) “7062 Sayılı Yüksek Seçim Kurulu'nun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Üzerine Değerlendirmeler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1.
- SOYSAL, Mümtaz (1997) 100 Soruda: Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, İstanbul.
- ŞIK, Hüseyin (2013) “1982 Anayasası’nda Milletvekili Seçilme Yeterliliği ve Mukayeseli Hukuktaki Durum”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1.

YILDIZ, Mehmet Şükrü (2021) “7179 Sayılı Kanun ile Sürekli Hale Getirilen Bedelli Askerlik Düzenlemesinin İş Hukukuna Yansımaları”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1.

B. İnternet Kaynakları

<https://anayasa.gov.tr/tr/kararlar/yasama-dokunulmazligi-ve-millet-vekilliginin-dusmesi/> (e.t.: 20.05.2021)

<https://sozluk.gov.tr> (e.t.: 20.05.2021)

<https://ysk.gov.tr/doc/dosyalar/docs/24Haziran2018/2018CBMV-MVYas.pdf> (e.t.: 20.05.2021)

<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss447.pdf> (e.t.: 20.05.2021)

7318 SAYILI KANUN İLE EKLENEN VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇLARI

Tax Evasion Offenses Added with Law No 7318

Dr. Öğr. Üyesi Abdullah Ömercioğlu*

ÖZET

Vergi suçları, devletin mali alandaki egemenliğinin korunması maksadıyla hürriyeti tahdit edici cezalar ile müeyyidelendirilen kamu düzenini bozucu nitelikteki ağır ihlallerdir. Uygulamada bu suçlar arasında en çok işleneni ve mükellefler tarafından bilineni vergi kaçakçılığı suçudur. 29 Nisan 2021 tarihli ve 7318 sayılı *Vergi Usul Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun* ile 213 sayılı Vergi Usul Kanununun vergi kaçakçılığı suçunu düzenleyen 359. maddesine eklenen (ç) bendinin, yeni kaçakçılık fiilleri ihdas etmiş olması sebebiyle incelenmesi önem taşımaktadır. Bu çalışma, bahsedilen bendi suçun unsurları kapsamında açıklamayı amaçlamaktadır. Bunun için öncelikle suçun konusunu oluşturan ödeme kaydedici cihaz kavramı açıklanmıştır. Bu yönüyle, yeni eklenen bent içerisinde sayılan fiiller; “ödeme kaydedici cihaz mührünü kaldırmak, donanım veya yazılımını değiştirmek”, “ödeme kaydedici cihaza veya ilgili sistemlerine müdahale ederek, gerçekleştirilen satışlara ait bilgilerin kayıt altına alınmasını engellemek”, “cihazda kayıt altına alınan bilgileri değiştirmek veya silmek” ve “elektronik ortamda iletilmesi gere-

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı,
E-Posta: a.omercioglu@gmail.com,
ORCID: 0000-0002-7577-4356

ken belge, bilgi veya verilerin iletilmesini önlemek veya gerçeğe aykırı iletilmesini sağlamak” şeklinde dört grup altında toplanmıştır. Bu fiillerden “ödeme kaydedici cihaza veya ilgili sistemlerine müdahale ederek, gerçekleştirilen satışlara ait bilgilerin kayıt altına alınmasını engellemek” fiilinin neticeli olduğu değerlendirilmiştir. Ayrıca yeni eklenen bende ilişkin mütalaa şartında vergi incelemesinin sonuçlanması şartının öngörülmediği hususu açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Vergi Suçları, 7318 Sayılı Kanun, Vergi Kaçakçılığı, Ödeme Kaydedici Cihaz, Mütalaa.

ABSTRACT

Tax offenses which sentenced to imprisonment to protect the state’s financial sovereignty are serious violations that disrupt public order. In practice, the most committed and known of these offenses by taxpayers is tax evasion. It is important to examine the subclause (ç) added to Article 359 of the Tax Procedure Law No. 213, which regulates the offense of tax evasion, since it has created new evasion acts by the Law Amending the Tax Procedure Law and Some Laws No. 7318 of 29 April 2021. This study aims to explain the mentioned clause within the scope of the elements of the offense. First of all, the concept of a payment recorder device, the subject of the crime, is explained. Then the acts counted in the newly added clause, grouped under four groups as “unseal the payment recorder device, change its hardware or software”, “to prevent the recording of the information of the sales made by interfering with the payment recorder device or its related systems”, “change or delete information stored on the device” and “to prevent the transmission of documents, information or data that should be transmitted electronically or to ensure that they are transmitted untrue”. This paper evaluates that the act of “to prevent the recording of the information of the sales made by interfering with the payment recording device or its related systems” is an ensuing offense. In addition, this article explained that the opinion con-

dition regarding the newly added clause does not link to the tax examination conclusion.

Keywords: Tax Offenses, Law No 7318, Tax Evasion, Payment Recorder Device, Opinion.

GİRİŞ

Vergileme yetkisi, devletlerin egemenlik alametlerinden biri olarak kabul edilir. Bununla birlikte kamu harcamalarının finansmanında ve dolayısıyla devletin devamlılığında da vergilerin önemi ortaya çıkmaktadır. Devletler, bu önemi karşısında vergilendirme ile ilgili kuralların işlerliğini artırmak ve bu alandaki menfaatlerini koruma altına almak amacıyla cezalandırma yetkisine başvurmaktadır. Bu açıdan meydana gelebilecek ihlallerin hukuki açıdan kabahat veya suç olarak nitelendirilmesi, verilecek cezanın türünü de ortaya çıkarmaktadır.

Kamu düzenini bozan ağır nitelikli eylemler kanun koyucunun ni-telemesiyle suç olarak düzenlenmektedir. Vergi suçları da temel olarak Vergi Usul Kanunu (VUK) içerisinde düzenlenmiş olmakla birlikte, soruşturması ve kovuşturması ceza muhakemesine bağlanmış, hürriyeti tahdit edici ceza gerektiren ağır ihlaller şeklinde ortaya konulmuştur. VUK içerisinde sayılan vergi suçlarından biri olarak vergi kaçakçılığı suçu, yaptırım bakımından en ağır ihlali oluşturması ve hem uygulamada daha çok karşılaşılmaması hem de öğretide daha kapsamlı olarak incelenmesi bakımından öne çıkmaktadır.

Kaçakçılık tabiri 213 sayılı VUK'un ilk halinde "*mükellef veya sorumlu tarafından kasten vergi ziyasına sebebiyet verilmesi*" şeklinde tanımlanmış; daha sonra 1998 tarihli 4369 sayılı Kanun ile kaçakçılık ibaresi, "*vergi ziyası*" şeklinde değiştirilmiştir. Bununla birlikte VUK'un ilk halinde "*Hileli Vergi Suçu*" olarak düzenlenen suç tipi, 1980 tarihli 2365 sayılı Kanun ile ilga edilmiş ve bu suçun cezasının düzenlendiği 359. madde ise "*Kaçakçılıkta Hapis ve Meslekten Men Cezası*" şeklinde değiştirilmiştir. Yapılan değişiklik üzerine, vergi ziyası meydana geti-

rilmesine bağlanan bir vergi suçu ihdas edilmiştir. Daha sonra bu madde 4369 sayılı Kanun ile günümüzde de kullanıldığı şekliyle, “Kaçakçılık Suçları ve Cezaları” başlığında yeniden düzenlenmiş ve vergi ziyandan ayrılmıştır. Vergi ziyanının düzenlendiği madde başlığı ise “vergi ziyai suçu ve cezası” olarak değiştirilmiştir. Bu sayede vergi ziyai suçu ve vergi kaçakçılığı suçu olarak, kabahat-suç ayrımı kabul edilmeden önceki temeller ortaya konmuştur. Daha sonra ise 2008 tarihli 5728 sayılı Kanun ile “vergi ziyai cezası” şeklindeki günümüzde kullanıldığı hali düzenlenmiştir.

Yukarıda özetlenen süreç içinde bahse konu kabahat ve suç tipleri için kullanılan ifadelerin çokça değişikliğe uğraması, yanlış anlaşıl-maya yol açabilmektedir. Şöyle ki kaçakçılık ifadesi sözlükte “kaçırma işi” olarak tanımlanmaktadır. Bu bakımdan kanımızca vergi ziyai kabahati için kanunun ilk halinde kullanılan kaçakçılık terimi, bu ifadeyi daha doğru yansıtmaktadır. Kanun koyucunun vergi ziyai kabahatini para cezasının yanında hapis cezası ile de koruma altına alma iradesinin sonucu olarak 1980 yılında vergi ziyasına bağlanan kaçakçılık suçu terimi, 1998 yılında yapılan düzenleme ile aynı isimle korunmasına rağmen vergi ziyai şartının kaldırılması sebebiyle vergi kaçırma ile vergi kaçakçılığı kavramlarının karıştırılmasına neden olmuştur. Kaldı ki günümüzde vergi kaçakçılığı suçu, vergi kaybı meydana gelmesi gerekmez, başka bir ifadeyle vergi kaçırılmasına gerek olmaksızın, failin VUK m. 359’da yazılı fiilleri işlemesiyle oluşan bir suç tipidir.

29 Nisan 2021 tarihli ve 7318 sayılı Vergi Usul Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 213 sayılı Vergi Usul Kanununun vergi kaçakçılığı suçunu düzenleyen 359. maddesine (ç) bendi eklenmiş ve bu bent ile ilgili olarak yeni bir mütalaa usulü kabul edilmiştir. Eklenen bent ile yeni kaçakçılık fiillerinin oluşturulması, bu fiillerin unsurlarının ortaya konulması ve değerlendirilmesi ihtiyacını doğurmuştur.

Çalışmada vergi kaçakçılığı suçu, 7318 sayılı kanun ile eklenen bent kapsamında incelenecektir. Bu açıdan, diğer bentlerde sayılan

fiillere ayrıca değinilmeyecek olup sadece yeni eklenen bent içerisinde sayılan fiiller dikkate alınacaktır. Bu husus, suçun unsurları (kanuni unsur, maddi unsur, manevi unsur ve yaptırım) dâhilinde ele alınacak ve özellikle maddi unsurun açıklanmasına önem verilecektir. Zira suçu oluşturan hareketler belirlenirken, maddenin lafzına uygun bir şekilde tasniflendirilmesi ve diğer vergi kaçakçılığı fiillerinden ayrılan ya da bu fiillere benzeyen unsurlarını ortaya koymak amacı izlenmiştir. Ayrıca bu madde ile ilintili olmak üzere yeni eklenen mütalaa şartının özelliklerine de, diğer bentler için düzenlenen mütalaa usulü ile karşılaştırılarak değinilecektir.

I. YENİ VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇU FİİLLERİ

29 Nisan 2021 tarihli ve 7318 sayılı “Vergi Usul Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile vergi kaçakçılığı suçunun düzenlendiği VUK’un 359. maddesine (ç) bendi eklenmiştir. Bu bent ile daha önce üç grup altında düzenlenen vergi kaçakçılığı suçlarına yeni bir grup daha ilave edilerek dört farklı suç tipi oluşturulmuştur¹.

A. Suçun Kanuni Unsuru

VUK’un m. 359/ç bendine göre; “*Hazine ve Maliye Bakanlığınca yetkilendirilmediği halde, ödeme kaydedici cihaz mührünü kaldıran, donanım veya yazılımını değiştiren veya yetkilendirilmiş olsun ya da olmasın ödeme kaydedici cihazın hafıza birimlerine, elektronik devre elemanlarına veya harici donanım veya yazılımlarla olan bağlantı sistemine ya da kayıt dışı satışın önlenmesi için kurulan elektronik kontrol ve denetim sistemleri veya ilgili diğer sistemlere fiziksel veya bilişim yoluyla müdahale ederek; gerçekleştirilen satışlara ait mali belge veya bilgilerin cihazda kayıt altına alınmasını engelleyen, cihazda kayıt altına alınan bilgileri değiştiren veya silen, ödeme kaydedici cihaz veya*

¹ VUK’un m. 359/a bendinin 1 ve 2. alt bentlere ayrılarak düzenlenmiş olması sebebiyle bunların da iki ayrı suç tipi oluşturduğuna ilişkin görüşler için bkz. Doğan Şenyüz, **Vergi Ceza Hukuku**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017, s. 406-415; Süheyl Donay, **Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları**, Beta, İstanbul, 2008, s. 126-142.

bağlantılı diğer donanım ve sistemler ya da kayıt dışı satışın önlenmesi için kurulan elektronik kontrol ve denetim sistemleri veya ilgili diğer sistemler tarafından Hazine ve Maliye Bakanlığı veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarına elektronik ortamda iletilmesi gereken belge, bilgi veya verilerin iletilmesini önleyen veya bunların gerçeğe uygun olmayan şekilde iletilmesine sebebiyet verenler üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

7318 sayılı kanunun genel gerekçesi incelendiğinde “(ç) fıkrası ile akaryakıt piyasasındaki kayıt dışılık ile etkin bir şekilde mücadele edilmesi ve belge düzenlenmemesi suretiyle birim fiyat üzerinden yapılan haksız rekabetin önüne geçilmesi amacıyla” düzenleme yapıldığı görülmektedir. Madde gerekçesinde ise “vergi güvenliğinin sağlanması, kayıt dışı ekonomi ve vergi kaçakçılığı ile etkin bir şekilde mücadele edilmesi amaçlarıyla” düzenleme yapıldığı ifade edilmektedir.

B. Suçun Maddi Unsuru

VUK’un 359. maddesine eklenen (ç) bendinin maddi unsurları; suçun konusu, fail ve mağdur, hareket, netice ve illiyet bağı olarak ifade edilen suçun objektif unsurlarıdır².

1. Suçun Konusu: Ödeme Kaydedici Cihaz

Suçun konusu, suçun etkilerinin üzerinde gerçekleştiği kişi veya nesne olarak ifade edilmektedir³. Suçun mutlaka bir konusu vardır⁴. Bu bakımdan VUK m. 359/ç bendindeki suçun maddi konusunu *ödeme kaydedici cihazlar* oluşturmaktadır.

Ödeme kaydedici cihaza ilişkin VUK içerisinde hükümler olmakla birlikte, temel olarak 1984 tarihli ve 3100 sayılı “Katma Değer Vergisi Mükelleflerinin Ödeme Kaydedici Cihazları Kullanmaları Mecburiyeti Hakkında Kanun” ile düzenlemeler yapılmıştır.

² İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 179 vd.

³ Zeki Hafızoğulları / Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, US-A Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 208.

⁴ Özgenç, s. 219.

3100 sayılı kanununun 2. maddesinde “*ödeme kaydedici cihazlar, bu Kanunla ve Hazine ve Maliye Bakanlığınca⁵ belirlenen şartları taşıyan elektronik yazar kasalar, yazıcı tertibatı bulunan elektronik teraziler veya elektronik terminaller gibi cihazlardır.*” şeklinde tanımlanmıştır. Kanun 1. maddesiyle; satışı yapılan malları aynen veya işlendikten sonra satışını yapanlar dışındaki kimselere satan veya aynı kimselere hizmet veren birinci ve ikinci sınıf tüccarların ödeme kaydedici cihaz kullanmalarını zorunlu tutmuştur. Ayrıca Hazine ve Maliye Bakanlığına çeşitli konularda düzenleme yapma yetkisi tanınmış olup; bu çerçevede ödeme kaydedici cihazlar ile ilgili Gelir İdaresi Başkanlığı (GİB) genel tebliğler yayınlamaktadır.

GİB’in 2013 tarihli ve 426 sıra no.lu VUK Genel Tebliğinde; Yeni Nesil Ödeme Kaydedici Cihazların (YN ÖKC) kullanılma mecburiyeti ve onaylanmasına dair usul ve esaslar düzenlenmiştir. Tebliğde yeni nesil ödeme kaydedici cihazlar; “Basit/Bilgisayar Bağlantılı” ve “EFT-POS” özellikli cihazlar olarak iki gruba ayrılmış ve akaryakıt pompalarına bağlanan, sinema giriş bileti ve yolcu taşıma bileti düzenleyen ödeme kaydedici cihazlar da bu Tebliğ kapsamına alınmıştır.

2016 yılında teknolojik gelişmelere uygun olarak güncellenen ödeme kaydedici cihazlar, yeni nesil ödeme kaydedici cihaz olarak adlandırılmıştır. GİB’in yayınladığı “Yeni Nesil Ödeme Kaydedici Cihaz Rehberi” ile bunların, bünyesinde banka POS’u (*Point of Sales Terminal*) da barındıran bütünselik yazarkasalar olduğu açıklanmıştır.

YN ÖKC’lerin; bünyesinde banka POS’u barındıran “EFT-POS Özellikli YN ÖKC’ler” ve bünyesinde banka POS’u barındırmayıp hariçten POS cihazı bağlanabilen “Basit/Bilgisayar Bağlantılı YN ÖKC’ler” olmak üzere iki türü bulunmaktadır.

Konuyla ilgili 2017 tarihli ve 483 sıra no.lu VUK Genel Tebliğine göre; YN ÖKC’lerde satış işleminin cihazda başlatılıp cihazda sonlan-

⁵ Kanunda “Maliye ve Gümrük Bakanlığı” olarak düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmesiyle birlikte 2018 yılında 1 No.lu “Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” ile Hazine ve Maliye Bakanlığı kurulmuş; gümrük işleri ise Ticaret Bakanlığının görev kapsamına alınmıştır.

dırılması, günlük kapanış (Z) raporları bilgilerinin otomatik olarak GİB Bilgi Sistemine iletilmiş olması gerekmektedir. Bu sebeple perakende mal ve hizmet satışlarında kullanılan ilgili harici yazılım ve donanımların da YN ÖKC'ler ile eşleştirilerek birlikte çalışmasının sağlanması gerekmektedir.

Son olarak, 2021 tarihli ve 527 sıra no.lu VUK Genel Tebliği ile akaryakıt istasyonlarındaki pompa ünitelerine bağlanma zorunluluğu bulunan ödeme kaydedici cihazların (EN Pompa ÖKC), elektronik ortamda anlık veri aktarımı yapabilen, güvenlik seviyesi yükseltilmiş “Yeni Nesil Akaryakıt Pompa Ödeme Kaydedici Cihazlara (YN Pompa ÖKC)” dönüştürülmesine; bu cihazlardan gerçekleştirilen satışlara ait mali bilgileri elektronik ortamda bildirim zorunluluğuna ve YN Pompa ÖKC bilgilerinin takip edilmesi, saklanması, işlenmesi gibi hizmetleri gerçekleştirmek üzere “Akaryakıt Pompa Ödeme Kaydedici Cihazlar Terminal Servis Merkezleri”nin yetkilendirilmesine ve çalışmalarına ilişkin usul ve esaslara yer verilmiştir.

VUK'un m. 127/1-b bendine göre; “3100 Sayılı Kanun kapsamına girip ödeme kaydedici cihaz kullanmak mecburiyetinde olanların bu mecburiyete uyup uymadıklarını, bu cihazları belli edilmiş esaslara göre kullanıp kullanmadıklarını ve günlük hasılatı tespit etmek” maksadıyla yoklama denetimi yapılmaktadır.

2. Suçun Faili ve Mağduru

Suçun ödeme kaydedici cihazlara ilişkin ihlallerle ilgili olması bakımından yeni bent ile sayılan fiillerin failinin genel olarak ödeme kaydedici cihaz kullanma zorunluluğu olan mükellefler/kişiler olması gerektiği düşünülebilir. Ancak fiillerin mahiyeti göz önüne alındığında, diğer vergi kaçakçılığı fiillerinde de olduğu gibi⁶, mükellef olsun veya olmasın herkes tarafından işlenebileceği kabul edilmelidir. Başka bir ifadeyle özgü suç değildir.

⁶ Turgut Candan, **Vergi Suçları ve Cezaları**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2010, s. 368.

Kanun koyucu yeni bent ile özel bir mağdur belirlememiştir. Bu bakımdan vergi kaçakçılığı suçunun genelinde olduğu gibi mağdur, suç ile korunan hukuki değerın sahibi olacaktır⁷. Tüm suçlar açısından genel mağdurun devlet olması ve yukarıda da belirtildiği üzere vergi suçlarının düzenlenmesinde korunan hukuki menfaatin devletin mali menfaati olması sebebiyle mağdur genel anlamda devlettir. Bununla birlikte suç ile korunan hukuki menfaatin doğrudan sahibi olmayan ancak bu suçtan zarar görmesi sebebiyle menfaati ihlal edildiği kabul edilen kişi olarak vergi idaresi ve hazine gösterilebilmektedir⁸. İl özel idareleri ile belediyelere verilen yetki dâhilinde kalan vergiler bakımından bunların da mağdur olabilecekleri ileri sürülebilmekle birlikte; korunan hukuki değerın sahibinin devlet ve kamu olması nedeniyle bunlar sadece suçtan zarar gören olarak kabul edilmelidir⁹.

3. Hareket

Öğretide ve uygulamada 359. maddede düzenlenen her grubun ayrı bir suç tipi olarak kabul edildiği ifade edilmektedir¹⁰. Bu bakımdan tek suç esaslı geçerli olup fiillerin aynı bent (grup) içinde kalması şartıyla hangi fiil işlenirse işlensin tek bir suç işlenmiş kabul edilir¹¹. Suç hem bentler arasında hem de bentlerin kendi içinde çeşitlendirilen fiiller açısından seçimlik hareketlidir¹². Ancak bu halde de vergilendirme döneminin aşılması zorunludur¹³. Başka bir ifadeyle,

⁷ Hafızoğulları ve Özen, s. 200.

⁸ Ercan Sarıcaoğlu, **Vergi Suç ve Kabahatleri Bakımından Yorum ve İspat**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 171.

⁹ Onur Özcan, **Vergi Suçları**, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2015, s. 132, 133.

¹⁰ Şenyüz, 2017, s. 402.

¹¹ Nihat Edizdoğan / Metin Taş / Ali Çelikkaya, **Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2007, s. 41; Hüsametdin Uğur / Mert Elilib, **Vergi Suçları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 241-248.

¹² Şükrü Kızılot / Zuhâl Kızılot, **Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura İhtilafları**, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 521.

¹³ Yargıtay CGK, E.2002/28, K.2002/179; "ayrı dönemlerde işlenen suçlar müstakil ayrı suçları oluşturmaktadır." Yargıtay 11. CD, E.2017/8539, K.2021/481; "Aynı takvim yılı içinde farklı vergilendirme döneminde birden fazla sahte fatura kullanma eyleminin zincirleme suç oluşturduğu..." Yargıtay 11. CD, E.2019/5505, K.2021/260; "Aynı takvim yılı içinde farklı vergilendirme dönemlerinde birden faz-

farklı vergilendirme dönemlerine ait ihlaller aynı bende ilişkin olsa dahi ayrı suç olarak değerlendirilir.

Tek suç esaslı VUK m. 359/ç için de geçerli olacaktır. Bu bakımdan (ç) bendi, başlı başına ayrı bir vergi suçu tipi olarak kabul edilmelidir. Diğer bentlerde olduğu gibi, fiillerin (ç) bendi (4. grup) içinde kalması şartıyla hangi fiil işlenirse işlensin tek bir suç işlenmiş kabul edilecektir. Fail aynı vergilendirme dönemi içinde kalmak kaydıyla bentte sayılan fiillerden herhangi birini kaç defa işlerse işlesin aynı suçu işleme iradesini sergilemiş olacaktır. Anlaşılacağı üzere bu suç da seçimlik hareketlidir.

VUK m. 359/ç bendinde düzenlenen hareketler, maddenin yazım şekline uygun olarak aşağıda belirtildiği gibi bir ayrıma tabi tutulabilir:

a. Ödeme Kaydedici Cihaz Mührünü Kaldırmak, Donanım veya Yazılımını Değiştirmek

VUK'un m. 359/ç bendi ile kabul edilen ilk seçimlik hareket; Hazine ve Maliye Bakanlığınca yetkilendirilmediği halde, ödeme kaydedici cihaz mührünü kaldırmak¹⁴, donanım veya yazılımını değiştirmektir.

la fatura kullanılması halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği..." değerlendirilmiştir.

¹⁴ Hüküm kabul edilmeden önce verilen bir kararda, ödeme kaydedici cihaz mührünün kaldırılması fiili TCK m. 203 "mühür bozma" suçu açısından incelenmiştir. İlgili Yargıtay kararında; "mühür bozma suçunun konusunun, kanun veya yetkili makamların emri uyarınca bir şeyin olduğu gibi korunması veya üzerinde değişiklik yapılmaması için konulan mühür olduğu, özel şirketlere mühürleme yetkisi verildiğine ve buna aykırı davranışlar hakkında TCK'nin 203. maddesi hükümlerinin uygulanacağına ilişkin bir hükme yer verilmediği gibi ödeme kaydedici cihazlarda bulunan ve bakanlık mührü olarak adlandırılan mühürler, cihazlar imal edilirken üretilen cihazın usulüne uygun olarak işlemleri kaydettiğini göstermek amacıyla konulmuş olup açıklayıcı mahiyette olması ve mühürlerin cihazlara konulması işlemleri bu cihazları onarma yetkisi olan şirketlerin bir ilgisinin bulunmaması, dolayısıyla kullanılan ödeme kaydedici cihazın bakanlık mühürlerinin bozulması şeklinde gerçekleşen eylemin, mühür bozma suçunu oluşturmayacağı" değerlendirilmiştir. Yargıtay 11. CD, E.2017/3967, K.2021/1763.

3100 sayılı kanunun mükerrer m. 8/1 bendinde cihazların satışa sunulmadan önce Bakanlığın özel mührü ile mühürleneceği düzenlenmiştir. Aynı kanunun m. 9/1 bendinde de üretici veya ithalatçı kişi veya kuruluşlar tarafından kurulan servislerde bakım ve onarım işlerini yapacak teknik görevlilere Bakanlık tarafından özel mühür verileceği düzenlenmiştir. Ayrıca kaydedici cihazların bakım ve onarımlarını da sadece kendilerine yetki belgesi verilen kimseler (ÖKC TSM - *Trusted Service Manager*) yapabilmektedir. Bununla birlikte, 483 sıra no.lu VUK Genel Tebliği m. 8/1'e göre; EFT-POS cihazlarına ilişkin saha servislik hizmetlerinin (tamir, bakım, yazılım güncellenmesi vb. hizmetler) EFT-POS cihazının ait olduğu banka vb. kuruluşlar tarafından da gerçekleştirilmesi mümkün bulunmaktadır.

Bu hükümler değerlendirildiğinde; ödeme kaydedici cihazların mühür kaldırma ile donanım ve yazılım değiştirme işlerinin sadece yetkilendirilen kimseler tarafından yapılabileceği açıktır. Mühürleme işlemlerinde Hazine ve Maliye Bakanlığının belirlediği esaslara uygun olarak yetkili kişi/kuruluşların dışında işlem yapılması mümkün olmamaktadır. Kanun hükmü mührün kaldırılmasından bahsetmektedir. Dolayısıyla yetkisiz kişi tarafından bu cihazlara mühür konması bu suçu oluşturmayacaktır. Ancak yetkisiz kişilerin usulüne göre konmuş olan mührü kaldırmaları halinde bu suç oluşacaktır.

Donanım ve yazılım ile ilgili güncellemeler, bakım ve onarım gibi işlemler, saha servislik hizmeti olarak adlandırılmış ve gene Hazine ve Maliye Bakanlığının belirlediği esaslara uygun olarak yetkili kişi/kuruluşların dışında işlem yapılamayacağı esası kabul edilmiştir. Bunlarla ilgili donanım veya yazılımların yetkilendirilmemiş kişiler tarafından değiştirilmesi halinde bu suç oluşacaktır.

b. Ödeme Kaydedici Cihaza veya İlgili Sistemlerine Müdahale Ederek; Gerçekleştirilen Satışlara Ait Bilgilerin Kayıt Altına Alınmasını Engellemek

VUK'un m. 359/ç bendi ile kabul edilen ikinci seçimlik hareket; yetkilendirilmiş olsun ya da olmasın ödeme kaydedici cihazın hafıza birimlerine, elektronik devre elemanlarına veya harici donanım veya

yazılımlarla olan bağlantı sistemine ya da kayıt dışı satışın önlenmesi için kurulan elektronik kontrol ve denetim sistemleri veya ilgili diğer sistemlere fiziksel veya bilişim yoluyla müdahale ederek; gerçekleştirilen satışlara ait mali belge¹⁵ veya bilgilerin cihazda kayıt altına alınmasını engellemek olarak belirlenmiştir.

İlk fiilde de açıklandığı üzere, ödeme kaydedici cihaz ile ilgili müdahaleler ancak ÖKC TSM ve EFT-POS cihazlarıyla ilgili olarak da ayrıca yetkilendirilmiş olanlar tarafından yapılabilmektedir. Ancak burada yapılabilecek olan müdahaleler, sistemin doğru ve gerçeğe uygun şekilde işlemesi için gerekli olan müdahalelerle sınırlı olmalıdır. Başka bir ifadeyle, işin gereklerine ve mevzuata uygun şekilde donanım takılması, yazılım güncellenmesi, bozulan cihazın tamir edilmesi gibi haklı müdahaleler suç oluşturmaz.

Kanun müdahalelerin hangi unsurlara yapılabileceğini de belirtmiştir. Bu bakımdan müdahale, ödeme kaydedici cihazın hafıza birimlerine yapılabilir. Hafıza birimi; cihazın verilerinin depolandığı bellek donanımdır¹⁶. Müdahalenin elektronik devre elemanlarına veya ödeme kaydedici cihazın dışındaki donanım veya yazılımlarla olan bağlantı sistemine yapılması da ihlal oluşturabilecektir. Bununla birlikte kayıt dışı satışın önlenmesi için kurulan elektronik kontrol ve denetim sistemleri veya ödeme kaydedici cihazın ilgili diğer sistemlerine yapılan müdahaleler de ihlal oluşturabilecektir. Tüm bu müdahaleler fiziksel olarak cihaza zarar vermek veya aksamını bozacak devre elemanları eklemek gibi hareketlerle yapılabileceği gibi yazılım sistemini bozan, değiştiren hareketlerle bilişim yoluyla da yapılabilir. Bu bakımdan müdahale fiilinin kendi içinde serbest hareketli olduğu söylenebilir.

¹⁵ Mali belge kavramı VUK'a ilk defa bu bent ile kullanılmıştır. VUK'ta mükelleflerin kullanması zorunlu olan belgeler; fatura, sevki irsaliyesi, perakende satış vesikaları, gider pusulası, müstahsil makbuzu, serbest meslek makbuzu, ücret bordrosu, taşıma ve otel işletmelerine ait belgeler, muhabere evrakı, bono, poliçe, çek, senet, diğer vesikalar ve elektronik ortamlarda düzenlenen belgeler olarak sayılmıştır. Hatice Ela, **Vergi ve Ceza Hukukunda Sahte Belge ve Yanıltıcı Belge**, Seçkin, Ankara, 2021, s. 147.

¹⁶ Tugay Arat / Nesip Ergül, **Temel Bilgisayar Eğitimi**, Eğitim Yayınevi, Konya, 2019, s. 23.

Bununla birlikte, kanun bu fiil için bir netice aramıştır. Bu netice, gerçekleştirilen satışlara ait mali belge veya bilgilerin cihazda kayıt altına alınmasını engellemektir. Bu sebeple, neticeye sebep olmayan müdahaleler cezalandırılmaz. Başka bir ifadeyle, ödeme kaydedici cihaza yapılan haksız müdahaleler, cihazın kayıt özelliğini ortadan kaldırmadığı müddetçe bu suçu oluşturmayacaktır. Bu durumun aradaki illiyet bağıını da kaldıracağı açıktır. Şöyle ki, yapılan müdahalenin neticeyi meydana getirmeye elverişsiz olması, başka bir ifadeyle kaydın engellenmesinin sebebinin müdahaleden bağımsız olması halinde bu suç oluşmayacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki yapılan müdahalenin donanım veya yazılım sisteminde meydana getirilen bir değişikliğe dayanması ve bu fiilin Bakanlık tarafından yetkilendirilmeyen kişilerce yapılması halinde ilk incelenen fiilden dolayı suç oluşabilecektir.

c. Cihazda Kayıt Altına Alınan Bilgileri Değiştirmek veya Silmek

VUK'un m. 359/ç bendi ile kabul edilen üçüncü seçimlik hareket; cihazda kayıt altına alınan bilgileri değiştirmek veya silmektir. Cihazda kaydı yapılan bilgiler mahiyeti gereği elektronik kayıt olmaktadır. VUK'un mükerrer m. 242/2 bendinde "*Elektronik kayıt, elektronik ortamda tutulan ve elektronik defter ve belgeleri oluşturan, elektronik yöntemlerle erişimi ve işlenmesi mümkün olan en küçük bilgi ögesini ifade eder*" şeklinde tanımlanmıştır.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere öncelikle bilgilerin cihaz içerisine kaydının yapılmış olması gerekmektedir. Satış işlemleri, daha önce de değinildiği üzere, gün sonunda alınacak olan günlük kapanış (Z) raporlarıyla mali değer kazanmaktadır. Dolayısıyla gerçek ekonomik ilişkiyi yansıtan yazı ve rakamların bu cihaz içerisine kaydedilmiş olan kayıtlarında değişiklik yapılması ya da bu kayıtların kısmen dahi olsa silinmesi bu suçu oluşturacaktır.

d. Elektronik Ortamda İletilmesi Gereken Belge, Bilgi veya Verilerin İletilmesini Önlemek veya Gerçeğe Aykırı İletilmesini Sağlamak

VUK'un m. 359/ç bendi ile kabul edilen dördüncü seçimlik hareket; ödeme kaydedici cihaz veya bağlantılı diğer donanım ve sistemler ya da kayıt dışı satışın önlenmesi için kurulan elektronik kontrol ve denetim sistemleri veya ilgili diğer sistemler tarafından Hazine ve Maliye Bakanlığı veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarına elektronik ortamda iletilmesi gereken belge, bilgi veya verilerin iletilmesini önlemek veya bunların gerçeğe uygun olmayan şekilde iletilmesine sebebiyet vermektir.

VUK'un mükerrer m. 242/2 bendinde elektronik belge ve kayıtların oluşturulması, kaydedilmesi, iletilmesi, muhafazası ve ibrazı, bilgi aktarımında uyulacak format ve standartlar ile uygulamaya ilişkin usul ve esasları tespit etme yetkisi temel olarak Hazine ve Maliye Bakanlığına verilmiştir.

483 sıra no.lu VUK Genel Tebliği m. 4/1'e göre; ödeme kaydedici cihazlardan düzenlenen günlük kapanış (Z) raporlarına ait mali bilgilerin a) ÖKC TSM Merkezleri üzerinden, b) GİB'den e-Arşiv hizmetleri konusunda izin alan özel entegratörlerin bilgi işlem sistemleri aracılığıyla e-Arşiv uygulaması üzerinden, c) GİB tarafından internet vergi dairesi üzerinden oluşturulan elektronik bildirim portalları üzerinden, olmak üzere üç yöntemden birini seçerek GİB'e elektronik ortamda bildirilmesi gerekmektedir. Tebliğin 13. maddesine göre; bu yöntemlerden biri ile mali bilgileri GİB'e iletme zorunluluğu getirilen mükellefler, bunların içeriğinde yer verdikleri mali bilgilerin doğruluğundan sorumludurlar; bu bilgilerin iletilmemesi veya eksik ya da yanlış bildirildiğinin tespiti hallerinde mükelleflere özel usulsüzlük cezası kesilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Kanun bu harekette elektronik ortamda Bakanlığa veya diğer kamu kurum ve kuruluşlarına iletilmesi gereken belge, bilgi veya verilerin iletilmemesini önlemeyi veya gerçeğe aykırı iletilmesini suç olarak kabul etmiştir. Burada değerlendirilebilecek konulardan birincisi

failin belirlenmesi ile ilgilidir. İlgili belge, bilgi ve verilerin iletilmesi mükellefin bir ödevi olarak düzenlenmiş olmakla birlikte suçun failinin sadece mükellef olabileceği ileri sürülebilir. Ancak suç failinin bu belge, bilgi ve verilerin iletimini “önlemek” olarak düzenlenmiş olması sebebiyle mükellef dışında bir kişinin de bu eylemi gerçekleştirmesi mümkün olabilecektir.

Değerlendirilmesi gereken ikinci konu, usulün dışında bir iletimin yapılmasının suçun oluşumu açısından bir önemi olup olmayacağı sorunudur. Yukarıda açıklanan iletim usulleri veya getirilecek gereklilikler idari bir zorunluluk olup, ana kaynağını VUK’un mükerrer 242. maddesindeki düzenlemeden almaktadır. Dolayısıyla kanımızca bu usullerin dışında iletimin yapılması hukuken geçerli olmayacaktır. Kanun da ilgili sistemler ifadesi ile bu sistemlerin belirlenmesi ve değiştirilmesi ile ilgili verilen yetkiyi hatırlatmaktadır. Belirlenen usullere göre veri aktarımını engelleyen -örneğin cihazın internet bağlantısının bilerek ve istenerek kapatılması gibi- elverişli her türlü hareketle bu suç işlenebilecektir.

Bununla birlikte cihaza kaydedilen belge, bilgi veya verilerin gerçek mahiyeti yansıtmayacak şekilde iletilmesi de suç olarak kabul edilmiştir. Burada failin kayıtları iletilmeden önce değiştirmesi ve bu sayede gerçeği yansıtmayan değişmiş kayıtları iletmekten ziyade gerçek işlemlerin iletilmesi esnasında yapılacak değişiklikler anlaşılmalıdır. Başka bir ifadeyle, failin cihazda kayıt altına alınan bilgileri değiştirmek yerine doğru bilgileri iletirken değiştirmesi gerekmektedir. Kaldı ki cihazdaki kayıtların değiştirilmesi halinde yukarıda açıklanan üçüncü seçimlik hareketin işlendiği kabul edilmelidir.

4. Netice

Genel olarak vergi kaçakçılığı suçu netice açısından, m. 359/a bendinde düzenlenen “defterlere kaydı gereken hesap ve işlemleri vergi matrahının azalması sonucunu doğuracak şekilde tamamen veya kısmen başka defter, belge veya diğer kayıt ortamlarına kaydet-

mek” (çift defter tutmak) fiili¹⁷ dışında salt hareket suçu, şekli suç veya zarar tehlikesi suçu olarak düzenlenmiştir¹⁸. Bununla birlikte yeni eklenen bent içerisinde sayılan ikinci seçimli hareketin de neticeli bir suç olduğu ifade edilebilir.

Yukarıda da açıklandığı üzere; yetkilendirilmiş olunsun ya da olunmasın ödeme kaydedici cihaza veya ilgili sistemlerine müdahale ederek, gerçekleştirilen satışlara ait bilgilerin kayıt altına alınmasının engellenmesi halinde suç oluşacaktır. Bu bakımdan müdahale fiilinin neticesi, gerçekleştirilen satışlara ait bilgilerin kayıt altına alınmasının engellenmesidir. Yeni bent içerisinde sayılan diğer fiiller ise salt hareket suçu, şekli suç veya zarar tehlikesi suçu olarak düzenlenmiştir.

5. İlliyet Bağı

İlliyet bağı, salt hareket suçlarında önem taşımamakta; ancak neticeli suçlar açısından değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁹. Genel olarak vergi kaçakçılığı suçunda m. 359/a bendinde düzenlenen çift defter tutma fiili neticeli bir fiil olduğu için, bu fiil ile matrahta azalma neticesi arasında nedensellik ilişkisinin olması aranmaktadır²⁰.

Yeni eklenen bent içerisinde sayılan ikinci seçimli hareketin de neticeli bir suç olarak kabul edilmesi sebebiyle illiyet bağının bu fiil açısından da aranması gerekecektir. Dolayısıyla cihaza veya ilgili sistemlerine yapılan müdahalenin cezalandırılabilmesi için, bu fiil ile gerçekleştirilen satışlara ait bilgilerin kayıt altına alınmasının engellenmesi neticesi arasında nedensellik ilişkisinin olması gerekmektedir.

¹⁷ Çift defter tutma fiilinde kanunen aranan netice matrahta azalma meydana getirilmesidir. Vergi matrahındaki azalma genellikle ortaya vergi kaybı çıkarmakla birlikte her zaman aynı durumu oluşturmamaktadır. Şenyüz, 2017, s. 423; Kızılot / Kızılot, s. 544.

¹⁸ Şenyüz, 2017, s. 422.

¹⁹ Veli Özer Özbek / Koray Doğan ve Pinar Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 233.

²⁰ Mustafa Özen, **Vergi Suçları ve Kabahatleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 67.

C. Suçun Manevi Unsuru

Suçun manevi unsuru, TCK'nin genel hükümlerinin geçerliliğini düzenleyen m. 5 ile suçun oluşumunu kastın varlığına bağlayan m. 21/1 ve taksirli halin ayrıca düzenlenmediği durumlarda cezalandırılmayacağına ilişkin m. 22 hükümleri uyarınca sadece kasttır²¹. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir (TCK m.21/1). Dolayısıyla failin cezalandırılabilmesi için maddede sayılan hukuka aykırı fiilleri bilerek ve isteyerek işlemesi gerekmektedir.

TCK, kastı derecelendirerek faile verilecek cezanın azaltılması açısından düzenlemede bulunmuştur. Bu bakımdan; kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kastın varlığından bahsedilir ve ceza, kanunun öngördüğü şekilde azaltılır (TCK m. 21/2). Olası kast, kastın isteme unsuru üzerinde meydana gelir ve fail neticeyi istemesine rağmen neticeyi göze alarak suçu işler²². Buna karşılık failin, işlediği suçun maddi unsurlarının tamamını düşünüp öngörmesi halinde ise doğrudan kast söz konusu olmaktadır²³.

Suç tanımında “bilerek” gibi bir ifadeye yer verilmiş olmasının da kastın derecesi bakımından önem taşıdığı değerlendirilmektedir²⁴. Bu husus özel kast olarak da adlandırılmakta ve failin belirli bir amaçla hareket ettiğini ortaya koymaktadır. Bu şekilde madde metninde özellikle belirtilen bilme unsurunun, suçun işlenişini doğrudan kastın tespitine bağladığı; bu sebeple de suçun olası kastla işlenemeyeceği ifade edilmektedir²⁵. Buna karşılık failin, suçu objektif unsurlarını bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi hali ise genel kast olarak adlandırılmaktadır²⁶.

²¹ M. Kamil Mutluer / N. Nilay Dayanç Kuzeyli, **Vergi Ceza Hukuku**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2019, s. 137.

²² Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 268.

²³ Özgenç, s. 252.

²⁴ Şenyüz, 2017, s. 425.

²⁵ Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 275.

²⁶ Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 262.

Vergi kaçakçılığı suçunun fiillerinin yapıları gereği, bilmeden ve istemeden işlenmesinin pek mümkün olmadığı değerlendirilmektedir²⁷. Ancak ceza mahkemesi, vergi kaçakçılığı suçunun oluşup oluşmadığını değerlendirirken manevi unsurun kast şeklinde tezahür edip etmediğini ortaya koymak mecburiyetindedir. Bu belirleme fiilin işlenişindeki amaç ve plan dâhilinde yapılacaktır²⁸.

Vergi kaçakçılığı suçunun düzenlendiği m. 359 hükümleri değerlendirildiğinde; suçun manevi unsurunun sadece kast şeklinde oluşabileceği görülmektedir²⁹. Olası kast – doğrudan kast ayrımında; kasten işlenebilen suçların kural olarak her iki kast derecesinde de işlenebileceği değerlendirildiğinde, suçun oluşumu açısından bir önem taşımadığı görülecektir. Nitekim vergi kaçakçılığı suçu, kasten işlenebilen bir suç olarak, hem olası kastla hem de doğrudan kastla işlenebilir. Bu ayrım, kastın varlığının tespiti halinde suçun oluşumunu etkilememekte; sadece cezasında yapılacak olan azalmayı etkilemektedir.

Öte yandan, genel kast – özel kast ayrımında; m. 359/c bendinde düzenlenen “Bakanlık ile anlaşması olmayanların bastığı belgelerin bilerek kullanılması” fiilinin işlenişinde özel kast aranmıştır³⁰. Bu durum, bahsedilen fiilin cezalandırılabilmesi için doğrudan kastın varlığının tespit edilmesini gerektirmektedir. Ancak maddede, bu fiil dışında özel kast arandığına ilişkin bir ifade mevcut değildir. VUK m. 359/ç ile düzenlenen fiillerde de kanun koyucunun özel kast arandığı, madde metninin lafzından açıkça ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple m. 359/ç bendindeki suç fiilleri, tüm kast dereceleri ile işlenebilecektir.

D. Suçun Yaptırımı

VUK m. 359/ç’de belirtilen fiilleri işleyenler 3 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Kanun koyucunun bu fiilleri

²⁷ Kızılot / Kızılot, s. 526; Şenyüz, 2017, s. 424.

²⁸ Şenyüz, 2017, s. 424.

²⁹ Yusuf Karakoç, **Vergi Ceza Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 326; Kızılot / Kızılot, s. 525; Donay, s. 99.

³⁰ Şenyüz, 2017, s. 425.

VUK m. 359/b'de sayılan ve aynı cezayı öngören kaçakçılık fiilleri ile benzer ağırlıkta gördüğü söylenebilir.

II. YARGILAMA KOŞULU

Vergi kaçakçılığı suçunun yargılaması, diğer suç tiplerinde olduğu gibi, ceza yargılaması esaslarına göre, başka bir ifadeyle Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) hükümlerine göre yapılacaktır³¹. Bu bakımdan Cumhuriyet Savcısının suçun işlendiğini öğrenmesi (CMK m. 160) üzerine başlatacağı soruşturma evresi ve ceza mahkemesi tarafından iddianamenin kabulü ile başlayan kovuşturma evresi (CMK m. 175) yürütülecektir.

Bu evrelerde uyulacak olan genel hükümlerin yanında vergi kaçakçılığı suçunun cezalandırılmasında kabul edilen özel usul VUK'un 367. maddesinde düzenlenmiştir³². Maddeye göre; inceleme sırasında vergi kaçakçılığı fiillerinden birini işlediği tespit edilenler hakkında düzenlenecek olan ilgili rapor değerlendirme komisyonu mütalaa alınmadan Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi gerekmektedir. Mütalaa alınmadan davanın açılması kovuşturma evresine ilişkin yargılama şartını ihlal edecektir³³.

VUK'un 367. maddesi ile düzenlenen bu "mütalaa şartı" uygulamada³⁴ ve öğretide muhakeme/dava şartı olarak nitelendirilmektedir³⁵. Mütalaa şartının düzenlenme amacı, vergilendirme işlemlerinin teknik bir boyuta sahip olması dolayısıyla uzman görüşüne ihtiyaç

³¹ Donay, s. 13.

³² Karakoç, s. 331.

³³ Doğan Şenyüz, "Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalâa /Görüş", **İzmir Barosu Dergisi**, Y. 81, Sa. 2, 2016, s. 18.

³⁴ Yargıtay 11. CD, E.2017/9912, K.2021/3920; "usulüne uygun şekilde mütalaa verilip verilmeyeceği sorularak sonucuna göre karar verilmesi gerekir." Yargıtay 11. CD, E.2020/1934, K. 2021/215; "usulüne uygun şekilde mütalaa alınıp dava şartı yerine getirildikten sonra yargılamaya devamla hüküm kurulması gerektiğinin..." Yargıtay 11. CD, E.2019/5117, K.2021/1572; "mütalaa'nın varlığının kabulü ile dava şartının başlangıçta gerçekleştiği..." değerlendirilmiştir.

³⁵ Donay, s. 72; Hüsamettin Uğur, "Vergi Suçlarında Kovuşturma Şartı Olarak Mütalaa (VUK m. 367)", **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 8, Sa.88, 2013, s. 34; Mehmet Taştan, **Vergi Kaçakçılığı Suçları**, Adalet Yayınevi, Konya, 2015, s. 16.

duyulması ve bu yolla mükelleflerin haksız müdahalelerden korunacağı düşüncesine dayandırılmaktadır³⁶.

Ayrıca Cumhuriyet Başsavcılığı da vergi kaçakçılığı suçunun işlendiği izlenimini veren bir hali herhangi bir şekilde öğrendiği takdirde hemen ilgili vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep etmek zorundadır (VUK m. 367/2).

İki durumda da kamu davasının açılması, inceleme neticesinin Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilmesine bağlanmıştır.

Burada değerlendirilmesi gereken konular; inceleme raporu, vergi suçu raporu ve mütalaa kavramıdır. Vergi incelemesi, VUK'un 134 ve devamı maddelerine göre yapılan bir vergi denetim müessesesidir³⁷. İnceleme yapmaya yetkili olanlar öngörülen usule göre yapacakları inceleme sonuçlarını "vergi inceleme raporu" ile tespit ederler. Bununla birlikte yapılan incelemelerde vergi kaçakçılığı suçunun işlendiğine dair bir tespitle bulunulursa uygulamada "vergi suçu raporu" olarak adlandırılan bir rapor daha düzenlenmektedir³⁸. VUK m. 140/6 uyarınca; Vergi Müfettişleri ile Vergi Müfettiş Yardımcıları tarafından düzenlenen vergi inceleme raporları ilgili vergi dairesine gönderilmeden önce kıdemli Vergi Müfettişlerinden oluşturulan rapor değerlendirme komisyonları tarafından değerlendirilir. Diğer vergi inceleme elemanlarının düzenleyeceği vergi inceleme raporları ise GİB merkez ve taşra birimlerinde oluşturulacak rapor değerlendirme komisyonları tarafından değerlendirilir.

Bu hükümler VUK'un 367. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde hem inceleme elemanlarının suç fiilini tespiti halinde düzenleyecekleri raporlar hem de doğrudan Cumhuriyet savcısının talebi üzerine başlanan inceleme sonucunda düzenlenecek raporlar, ilgili rapor değerlendirme kurulunun değerlendirmesine sunulacaktır. Bu

³⁶ Mümin Güngör, "Vergi Kaçakçılığı Suçunun Takip Usulü", **TAAD**, Y. 11, Sa. 44, 2020, s. 279.

³⁷ Başar Soydan, **Türk Vergi Hukukunda Vergi İncelemesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

³⁸ Bekir Baykara, "Vergi Suçu Raporu ve Vergi Ceza Muhakemesindeki Yeri", **Vergi Dünyası**, Y. 23, Sa. 273, 2004, s. 14.

kurulun değerlendirmesi mütalaa olarak kabul edilmektedir. Mütalaa'nın her suç ve fail açısından ayrıca düzenlenmesi gerekmektedir³⁹.

Genel kuralları yukarıda açıklanan mütalaa şartı, 7318 sayılı kanun ile (ç) bendi açısından esnetilmiştir.

VUK m. 367'ye eklenen 4. fıkra ile; *“359. maddenin (ç) fıkrasında yazılı suçların işlendiğinin inceleme sırasında tespiti halinde incelemenin tamamlanması beklenmeksizin, sair suretlerle öğrenilmesi halinde ise incelemeye başlanmaksızın Vergi Müfettişleri ve Vergi Müfettiş Yardımcıları tarafından bu tespitlere ilişkin rapor düzenlenir ve rapor değerlendirme komisyonunun mütalaaıyla birlikte keyfiyet Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilir. Kamu davasının açılması için incelemenin tamamlanması şartı aranmaz.”* hükmü kabul edilmiştir.

Maddeye göre; (ç) bendinde sayılan vergi kaçakçılığı fiillerinin vergi incelemesi esnasında öğrenilmesi halinde inceleme sonuçlanmadan derhal rapor hazırlanacak ve değerlendirme komisyonuna bildirilecektir. Rapor değerlendirme komisyonu da hazırlayacağı mütalaa'yı Cumhuriyet Başsavcılığına bildirecektir.

Öte yandan, Cumhuriyet savcısının bu suçun işlendiği izlenimini veren bir hali herhangi bir şekilde öğrendiği takdirde, hemen ilgili vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep etmek zorunluluğu olup olmadığı açık değildir. Kanımızca bu halde Cumhuriyet savcısının inceleme talep etme zorunluluğu olmamakla birlikte suçun işlendiğine ilişkin izlenim edindiğinden bahisle ilgili vergi idaresine bildirim yaparak yukarıda açıklanan usulle rapor değerlendirme komisyonunun mütalaa'sını talep etmesi gerekecektir. Nitekim madde metninden de anlaşılacağı üzere mütalaa'nın bildirilmesi zorunlu görünmektedir.

³⁹ Yargıtay 11. CD, E.2017/11484, K.2021/2892; *“bu suçla ilgili verilen mütalaa bulunmadığı, sahte belge düzenleme ve sahte belge kullanma eylemlerinin birbirinden bağımsız ve ayrı suçları oluşturduğu...”* Yargıtay 11. CD, E.2017/14860, K.2021/1100; *“mütalaa'ya aykırı olarak “sahte fatura düzenleme” suçundan kamu davası açıldığı, ancak bu suçla ilgili verilen mütalaa bulunmadığı...”* değerlendirilmiştir.

Bu bakımdan (ç) bendindeki fiiller için mütalaa şartının kaldırılmadığı açıktır. Ancak diğer vergi kaçakçılığı suçlarında olduğu gibi kamu davasının açılması, inceleme neticesinin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesine bağlanmamıştır. Dolayısıyla incelemeye başlansın veya başlanmasın, ilgili mütalaa, kamu davasının açılabilmesi için yeterli olacaktır. Başka bir ifadeyle, kanımızca mütalaa muhakeme şartı olmaya devam etmekte ancak (ç) bendine ilişkin mütalaa, inceleme sonucuna bağlanmamaktadır. Böylelikle inceleme tamamlanmaksızın veya hiç yapılmaksızın mütalaa düzenlemesi usulü tanınmıştır.

III. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Vergi kaçakçılığı suçu, devletin mali menfaatlerinin korunması maksadıyla VUK içerisinde düzenlenmiş olan 359. maddedeki hareketlerin vergi ziyaından bağımsız olarak meydana getirilmesiyle işlenebilen ve ihlali halinde hapis cezası ile koruma altına alınmış olan bir suç tipidir. Mahiyeti ve kapsamı çeşitli düzenlemelerle değişmiş olmasına karşın en son 1998 tarihli 4369 sayılı Kanun ile günümüzdeki halini temel olarak almıştır. Bundan sonra 2009 yılında 5904 sayılı kanun ile (a) bendinin cezasının alt sınırı artırılmış, bu düzenleme haricinde bir değişiklik günümüze kadar yapılmamıştır. En son 29 Nisan 2021 tarihinde 7318 sayılı kanun ile önemli bir ekleme yapılmış ve yeni bir bent (ç) içerisinde ayrı bir vergi kaçakçılığı suçu düzenlenmiştir.

7318 sayılı kanunun geneli değerlendirildiğinde akaryakıt piyasasına ilişkin düzenlemelerin ağırlık taşıdığı söylenebilir. Kaldı ki kanunun genel gerekçesinde de bu husus ifade edilmiş ve VUK içerisinde yapılan değişikliklerin tamamının akaryakıt piyasası ile ilişkisine değinilmiştir.

Düzenlenen yeni suç fiilleri ile güdülen esas amaç, kaçak alınan akaryakıtın gizlenmesini engellemektir. Bununla birlikte, alınan ve/veya satılan akaryakıtla ilişkin fatura vb. belgelerin düzenlenmesi suretiyle akaryakıt kaynaklı olarak ödenmesi gereken vergilerin ziyaa uğratılmasının önlenmesinin hedeflendiği de belirtilmiştir. An-

cak tabii ki, yapılan düzenleme ile genel gerekçedeki gibi bir suç tanımlaması yapılmadığı için maddenin uygulaması esas amacını aşmaktadır.

VUK'un 359. maddesine eklenen (ç) bendi ile getirilen hareketlerin maddi konusunu ödeme kaydedici cihazlar oluşturmaktadır. Bunlar kanunda, Bakanlık tarafından belirlenen şartları taşıyan elektronik yazar kasalar, yazıcı tertibatı bulunan elektronik teraziler veya elektronik terminaller olarak tanımlanmıştır. Bu bakımdan belirlenmiş şartları taşımayan cihazların kullanılması mümkün olmayacak; kullanıldığı takdirde ise kanundaki fiillerin işlenmesi bu suçu oluşturmayacaktır.

Bu fiillere ilişkin uygulamaların, başka bir ifadeyle ödeme kaydedici cihazlar ile bunların taşınması gereken şartların tebliğ ile düzenlenmiş olmasının, suçların kanuniliği ilkesi ile çeliştiği ileri sürülebilir. Ancak kanımızca teknolojik değişiklikler ve gelişmeler ile yeni ekonomik durumların ortaya çıkmasının hızı karşısında uygulamaya ilişkin kuralların kanun ile düzenlenmesi, bu suçun güncelliğini ortadan kaldıracaktır. Bu açıdan kanunilik ilkesinin, maddede belirlenmiş olan objektif unsurlar dâhilinde değerlendirilmesi daha isabetli olacaktır. Nitekim tebliğ ile yeni bir ödeme kaydedici cihaz türü kullanma zorunluluğunun getirilmesi, bu ödeme kaydedici cihaz üzerinde suçun işlenemeyeceği anlamına gelmemektedir. Bu sebeple tebliğ ile uygulamaya ilişkin yapılan düzenlemelerin kanunilik ilkesinden sapma oluşturmayacağı değerlendirilmiştir.

Suçun objektif unsurlarından kasıt, suçun tipikliğinin maddi unsurları olmaktadır. Bu açıdan özellikle suç ile ilgili hareket ve neticelerin belirlenmesi önem taşımaktadır. VUK'un m. 359/ç bendindeki hareketlerin mühür kaldırmak, donanım veya yazılımı değiştirmek; sistemlere müdahale ederek, kayıt alınmasını engellemek; kaydedilen bilgileri değiştirmek veya silmek; iletilmesi gereken bilgilerin iletilmesini önlemek veya gerçeğe aykırı iletilmesini sağlamak şeklinde icrai nitelikte oldukları değerlendirilmiştir. Bu fiillerden sistemlere müdahale ederek, kayıt alınmasını engellemek fiili neticeli olarak de-

đerlendirilmiřtir. Dolayısıyla kayıt almayı engellemeyen müdahalelerin bu suçu oluşturmayacağı kabul edilmelidir. Ancak tabii ki yapılan müdahale ile donanım veya yazılımın değiştirilmesi fiilinın işlenmesi söz konusu olabilecek; bu da tek suç esasđ gereğince cezalandırma aadıısından bir önem arz etmeyecektir.

Son tahlilde, kanun koyucunun gelişen teknoloji ve ödeme yöntemleri neticesinde meydana gelebilecek yeni ihlal yöntemlerinden birini daha engelleme ihtiyacı duyduğu; bu sebeple de devlet hazinesini korumak maksadıyla haklı olarak vergi kaçıkcılığı suçunun kapsamını genişlettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak bu yerine getirilirken, mütalaa şartının yumuşatılması tartışma yaratabilecektir. Bu bakımdan mütalaanın vergi incelemesi sonuçlanmaksızın hazırlanması, derinlemesine araştışma yapılmadan iddianamenin hazırlanması sonucunu doğurabilecektir.

KAYNAKÇA

- Arat, Tugay / Ergöl, Nesip. **Temel Bilgisayar Eğitimi**, Eğitim Yayınevi, Konya, 2019.
- Baykara, Bekir. "Vergi Suçu Raporu ve Vergi Ceza Muhakemesindeki Yeri", **Vergi Dünyası**, Y. 23, Sa. 273, 2004, s. 7-16.
- Candan, Turgut. **Vergi Suçları ve Cezaları**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2010.
- Donay, Süheyl. **Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları**, Beta, İstanbul, 2008.
- Edizdoğan, Nihat / Taş, Metin / Çelikkaya, Ali. **Vergi Ceza ve Yargılama Hukuku**, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, 2007.
- Ela, Hatice. **Vergi ve Ceza Hukukunda Sahte Belge ve Yanılıtcı Belge**, Seçkin, Ankara, 2021.
- Güngör, Mümin. "Vergi Kaçıkcılığı Suçunun Takip Usulü", **TAAD**, Y. 11, Sa. 44, 2020, s. 269-299.
- Hafızoğulları, Zeki / Özen, Muharrem. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükmeler**, US-A Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Karakoç, Yusuf. **Vergi Ceza Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

- Kızılot, Şükrü / Kızılot, Zuhâl. **Kaçakçılık Suçları ve Naylon Fatura İhtilafları**, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2011.
- Mutluer, M. Kamil / Dayanç Kuzeyli, N. Nilay. **Vergi Ceza Hukuku**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2019.
- Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Özcan, Onur. **Vergi Suçları**. Seçkin Yayınları, İstanbul, 2015.
- Özen, Mustafa. **Vergi Suçları ve Kabahatleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Özgenç, İzzet. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Sarıcaoğlu, Ercan. **Vergi Suç ve Kabahatleri Bakımından Yorum ve İspat**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Soydan, Başar. **Türk Vergi Hukukunda Vergi İncelemesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Şenyüz, Doğan. "Vergi Kaçakçılığı Suçunda Dava Şartı Olarak Mütalâa /Görüş", **İzmir Barosu Dergisi**, Y. 81, Sa. 2, 2016, s. 13-50.
- Şenyüz, Doğan. **Vergi Ceza Hukuku**, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017.
- Taştan, Mehmet. **Vergi Kaçakçılığı Suçları**, Adalet Yayınevi, Konya, 2015.
- Uğur, Hüsamettin / Elibol, Mert. **Vergi Suçları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- Uğur, Hüsamettin. "Vergi Suçlarında Kovuşturma Şartı Olarak Mütalâa (VUK m. 367)", **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 8, Sa.88, 2013, s. 34-43.
- Yeni Nesil Ödeme Kaydedici Cihaz Rehberi, <https://asmmmo.org.tr/userfiles/others/files/Mvzt/Gh/16/YNOKCR.pdf>, Erişim T. 14.06.2021.

YARARLANILAN YARGI KARARLARI

- Yargıtay 11. CD, E.2017/11484, K.2021/2892.
- Yargıtay 11. CD, E.2017/14860, K.2021/1100.
- Yargıtay 11. CD, E.2017/3967, K.2021/1763.
- Yargıtay 11. CD, E.2017/8539, K.2021/481.
- Yargıtay 11. CD, E.2017/9912, K.2021/3920.
- Yargıtay 11. CD, E.2019/5117, K.2021/1572.
- Yargıtay 11. CD, E.2019/5505, K.2021/260.
- Yargıtay 11. CD, E.2020/1934, K. 2021/215.

Yargıtay CGK, E.2002/28, K.2002/179.

YARARLANILAN MEVZUAT

- 1961 tarihli ve 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu.
- 1980 tarihli ve 2365 Sayılı 4/1/1961 Gün ve 218 Sayılı Vergi Usul Kanununda Değişiklik Yapılmasına ilişkin Kanun.
- 1984 tarihli ve 3100 Sayılı Katma Değer Vergisi Mükelleflerinin Ödeme Kaydedici Cihazları Kullanmaları Mecburiyeti Hakkında Kanun.
- 1998 tarihli ve 4369 sayılı Vergi Usul Kanunu, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Gelir Vergisi Kanunu, Kurumlar Vergisi Kanunu, Katma Değer Vergisi Kanunu, Gider Vergileri Kanunu, Emlak Vergisi Kanunu, Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu, Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu, Damga Vergisi Kanunu, Harçlar Kanunu, 3505 Sayılı Kanun, Katma Değer Vergisi Mükelleflerinin Ödeme Kaydedici Cihazları Kullanmaları Mecburiyeti Hakkında Kanun, Belediye Gelirleri Kanunu, 1318 ve 4208 Sayılı Kanunlar ile 178 Sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve 190 Sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.
- 2004 tarihli ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu.
- 2004 tarihli ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu.
- 2008 tarihli ve 5728 Sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.
- 2013 tarihli ve 426 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği.
- 2017 tarihli ve 483 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği.
- 2018 tarihli ve 1 No.lu Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi.
- 2021 tarihli ve 527 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği.
- 2021 tarihli ve 7318 Sayılı Vergi Usul Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

MÜLTECİLERİN KORUNMASINDA İNSANCIL HUKUKUN ROLÜ*

The Role Of Humanitarian Law In The Protection Of Refugees

*Dr. Öğr. Üyesi Hatice TÜRKAY***

ÖZET

20. yüzyılda mülteciler dünya için ciddi bir sorun olmuş ve bunun temel nedenini yaşanan silahlı çatışmalar oluşturmuştur. Bu durum mülteci statüsü kazanarak Mülteci Hukuku kapsamında korunan kişilerin yanı sıra mülteci statüsü elde edemeyen bir insan topluluğunu da ortaya çıkarmış ve bu kişilerin nasıl korunabileceği sorusu gündeme gelmiştir. Silahlı bir çatışmanın ortasında kalan kişilerin korunmasında başvurulabilecek kaynaklardan biri İnsancıl Hukuktur. Ancak insancıl hukukun bu kişileri etkin bir şekilde koruyup koruyamayacağı tartışmalıdır. Zira insancıl hukuk mültecileri ancak korunan kişi kategorilerinden biri olması durumunda koruma altına almaktadır. Bu sınırlı bir koruma olsa da insancıl hukuk mülteci statüsünün korunmasında aranan zulüm kavramının yorumlanmasında da başvurulabilecek bir kaynaktır.

Anahtar Kelimeler: Mülteci, Sığınmacı, Uluslararası Koruma, İnsancıl Hukuk, İnsan hakları Hukuku

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı tarafından 23-24 Eylül 2021 tarihinde düzenlenen "Uluslararası Hukukun Güncel Sorunları Konferansı"nda tarafımca yapılan sunumun tam metnidir.

** Atatürk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Erzurum
E-mail: hatice.geyik@atauni.edu.tr
Orcid: 0000-0003-1076-8008

ABSTRACT

In the 20th century, refugees have been a serious problem for the world and the main reason for this has been the armed conflicts. This situation caused the emergence of a group of people who could not obtain refugee status as well as those who were protected under the Refugee Law by gaining refugee status, and the question of how the former could be protected came to the fore. Humanitarian Law is one of the resources that can be utilized to protect people caught in the middle of an armed conflict. However, it is controversial whether humanitarian law can effectively protect these people. Because humanitarian law protects refugees only if they are one of the protected person categories. Although this is a limited protection, humanitarian law is also a resource that can be used to interpret the concept of persecution sought in the protection of refugee status.

Keywords: Refugee, Asylum seeker, International Protection, Humanitarian Law, Human Rights Law

GİRİŞ

Silahlı çatışmalar ortaya çıktığı ilk günden beri insanlar için ciddi tehlikeler yaratmış ve tarih boyunca insanlar bu tehlikeleri önleme, önleyemiyorsa bile en azından azaltma amacıyla hareket etmiştir. Bu kapsamda önceleri örf adet kuralı olarak ortaya çıkan insancıl hukuk kuralları devletlerce yazılı düzenlemelere dönüştürülmüştür. Silahlı çatışmalar çatışmanın içinde bulunan kişileri birçok bakımdan olumsuz etkilemektedir. Bunlardan biri de kişilerin yerinden edilmesidir. Zira silahlı çatışmalarla yerinden edilme arasında mecburi bir bağ vardır¹. Birleşmiş Milletler (BM)'in görüşü de bu yöndedir. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK)'nin 9 Aralık 2020'da yayınlanan raporuna göre, 2020 yılının sonu itibariyle top-

¹ **JACQUES Mélanie**, *Armed Conflict and Displacement*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, s. 1; **ERTUĞRUL Ümmühan Elçin**, "Silahlı Çatışmadan Kaçanların (Yerinden Edilenlerin) Uluslararası Hukukta Korunması", *Ankara Barosu Dergisi*, 2017/1, s. 155.

lamda 82,4 milyon insan yerinden edilmiştir². Bunun en temel sebebi ise son yıllarda farklı bölgelerde yaşanan silahlı çatışmalardır³.

Yerinden edilen kişiler genellikle Mülteciler Hukuku kapsamında koruma altına alınır. Ancak bu koruma bazı şartlara bağlıdır. 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi⁴ 1. maddesinde mülteci statüsü tanınması için kişinin ülkesi dışında bulunması, ülkesinin korumasından yararlanamaması veya yararlanmak istememesi veya ülkesine dönememesi veya dönmek istememesi, haklı zulüm korkusu duyması ve haklı zulüm korkusunun ırk, din, tabiiyet, belirli bir sosyal gruba mensubiyet veya siyasi düşünceleri sebebiyle ortaya çıkması şeklinde dört şart saymıştır. Dolayısıyla kişi bu şartları sağlaması durumunda şayet mülteci statüsü kazanmayı engelleyen bir durumu da yoksa mülteci olarak kabul edilecektir. Ancak 1951 Sözleşmesi mültecilerin korunması bakımından nispeten başarılı bir girişim olsa da, uluslararası korumaya ihtiyacı olan herkesi koruyabilen veya mülteci tanımına uyan kişilerin tüm haklarını koruma altına alan bir düzenleme değildir⁵. Bu nedenle mülteci tanımında verilen şartları sağlamayan veya şartları sağlasa bile yine aynı sözleşmede sayılan mülteci statüsü tanınmasını engelleyen bir durumu bulunan kişi bu korumaya sahip olamayacaktır. Üstelik özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında mülteci hukukunun bireysel mültecileri değil, kitlesel akınları düzenlemesi ve yaşanan birçok mülteci krizi bu hukuk sahasıyla devletlerin mülteci politikaları arasında ciddi bir gerilime sebep olmuş ve bu durum mülteci hukukunun kişilerin korunması hususunda bazı noktalarda yetersiz kalmasına zemin hazır-

² <https://www.unhcr.org/refugee-statistics/> (15.10.2021).

³ **HOLZER Vanessa**, "Persecution and the Nexus to a Refugee Convention Ground in Non-International Armed Conflict", *Refuge from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law*, (Ed. David James CANTOR / Jean-François DURIEUX), Brill Nijhoff Publishing, Boston, 2014, s. 101.

⁴ <https://www.unhcr.org/search?query=1951%20Geneva%20Convention%20Relating%20to%20the%20Status%20of%20Refugees> (26.10.2021).

⁵ **JAQUEMENT Stephane**, "Expanding Refugee Protection through International Humanitarian Law", *Refuge from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law*, (Ed. David James CANTOR / Jean-François DURIEUX), Vol:2, Brill Nijkoff Publishing, Boston, 2014, s. 79.

lamıştır⁶. Mülteci hukuku düzenlemeleri özellikle mülteci krizlerinin siyasi boyutunu göz ardı etmesi bakımından eleştirilmiştir⁷. Bu durumda ilgili kişinin korunması için farklı hukuk sahaları araştırılmalıdır. Bu noktada akla ilgili devletin iç hukuku, insan hakları hukuku, silahlı bir çatışma söz konusu ise insancıl hukuk gibi alanlar gelir.

Çalışmada silahlı çatışmalar nedeniyle yerinden edilen ve mülteci statüsü taşıyan veya bu statüye sahip olmayan kişilerin insancıl hukuk kapsamında korunup korunamayacağı incelenecek, şayet insancıl hukuk bu tip bir koruma sağlıyorsa bunun hangi durumlarda devreye gireceği ve bu kişileri hangi kapsamda koruyacağı ele alınacaktır.

I. MÜLTECİ KAVRAMI

Mülteci kavramı Arapça “iltica” kelimesinden türemiştir. İlticanın sözlük anlamı güvenilir bir yere sığınmadır. Terim olarak ise bir kişinin vatandaşı olduğu ülkede yaşanan siyasi olaylar nedeniyle ülkesini isteyerek veya zorla terk etmesini ifade eder⁸. Eski bir kavram olan sığınma ilk zamanlarda özellikle kutsal alanlara kaçmakla ortaya çıkmış, hukuki bir kavram olarak algılanması daha geç olmuştur. Sığınmanın kişinin çaresizliğinden kaynaklanması ve yabancı olduğu bir devletten yardım araması bu kavramın uluslararası alanda incelenmesini gerektirmiştir⁹. Bu kapsamda mülteciyi genel bir ifadeyle kişisel veya dış etkenler nedeniyle içinde bulunduğu çaresiz durumdan kurtulmak adına kaçan bir kişi olarak tanımlamak mümkündür. Bu kaçışın birçok farklı sebebi olabilir. Yapılan baskı, yaşamına ve özgürlüğüne yönelik tehdit, savaş, iç karışıklık, doğal afet gibi. Bu kişilerin

⁶ **FIELDMAN Ilana**, “Difficult Distinctions: Refugee Law, Humanitarian Practice and Political Identification in Gaza”, *Cultural Anthropology*, Vol:22, Iss: 1, 2007, s. 139; **KNEEBONE Susan**, “Introduction: Refugees and Asylum Seekers in the International Context”, *Refugees, Asylum Seekers on the Rule of Law, Comparative Perspectives*, (Ed. Susan Kneebone), Cambridge University Press, Cambridge, 2009, s. 3.

⁷ **FIELDMAN**, s. 139.

⁸ **ASAR Aydoğan**, *Yabancılar Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 279.

⁹ **ÖZTÜRK Neva**, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 48-49.

korunması gerekliliği mültecilik hâlinin hukuki bir statüye dönüşmesini sağlamış, ancak mülteci statüsü yukarıda sayılan sebeplerin bir kısmını kapsamına almamıştır¹⁰. Özellikle yaşanan dünya savaşlarının bir sonucu olan kitlesel göç ve bu kapsamda Avrupa'daki göç hareketleri mülteci statüsünün temelinde bir zulüm korkusunun varlığını gerekli kılmıştır¹¹.

Farklı sebeplere dayansa da birçok dönemde görülen mülteci grupları ilk kez 1648 tarihli *Westphalia* Andlaşması'ndan otuz yıldan daha uzun bir zaman sonra 1685 yılında Fransa'dan kaçan Fransız Protestanların Avrupa'da koruma altına alınmasıyla ortaya çıkmıştır. Ancak bu dönemde bir mülteci tanımı yapılmadığı gibi ortak bir düzenleme de ortaya çıkmamıştır. Bu durum bu süreçte her devletin sıklıkla değişen farklı uygulamalarda bulunmasına yol açmıştır. Milletler Cemiyeti döneminde özellikle yaşanan savaşların etkisiyle mültecilerin korunması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda 1920 yılında Mülteciler Yüksek Komiserliği kurulmuş, özellikle silahlı çatışmanın sebep olduğu bu tip kişilere yardım edilmiştir. Bu dönemde ilk döneme göre daha düzenli bir uygulama bulursa da geniş kapsamlı ve oturmuş bir sistem kurulamamıştır¹².

Birleşmiş Milletler döneminde ise mülteci kavramı ilk kez tanımı yapılmamış olsa da, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 14. maddesinde "sığınma hakkı"na yer verilmesi ile gündeme gelmiştir¹³. İlgili madde, zulüm karşısında herkesin başka ülkelerde sığınma talebinde bulunma ve bu olanaktan yararlanma hakkına sahip olduğunu ifade etmiştir. Bu düzenleme kişiler için sığınmayı bir hak olarak düzenleyerek esasında sığınma talep edilen devlet için bu konuda bir yükümlülük doğurmaktadır. Ancak devletlerin egemenliklerine olan bağlılığı nedeniyle sığınma talebinin kabulü hususunda serbest karar vermek istemesi, bu konunun daha açık bir şekilde düzenlen-

¹⁰ ÖZTÜRK, s. 71.

¹¹ ÇİÇEKLİ Bülent, Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 39; ÖZTÜRK, s. 72.

¹² ÖZTÜRK, s. 73-76.

¹³ ÇİÇEKLİ, s.40-41; KNEEBONE, s. 9; ÖZTÜRK, s. 80-82.

mesini sağlamıştır. BMMYK'nin Statüsü ile mülteci kavramı herhangi bir zaman ve coğrafya ile sınırlandırılmadan tanımlanmıştır. Bu tanım evrensel bir nitelik taşıması bakımından oldukça önemlidir. Statü mültecileri şu şekilde tanımlamıştır:

“İrki, dini, tabiiyeti veya siyasi düşüncesi yüzünden haklı zulüm korkusu altında olması nedeniyle tabiiyetinde bulunduğu ya da herhangi bir tabiiyeti yoksa önceden mutaden ikamet ettiği ülke dışında bulunan ve bu korku nedeniyle taabiyetinde bulunduğu devletin ya da herhangi bir tabiiyeti yoksa önceden mutaden ikamet ettiği ülke devletinin korumasından yararlanmak istemeyen diğer kişiler”.

Mültecilere ilişkin diğer bir önemli belge ise 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi ve 1967 tarihli Protokolü'dür. II. Dünya Savaşı sonrasında yapılan sözleşmede savaş sonrasında 1,25 milyon mültecinin ortaya çıkması nedeniyle Avrupa'da oluşan krizi çözmeye amacıyla hareket edilmiştir¹⁴. Mülteci Hukukunun temel belgesi olan söz konusu sözleşme ve protokol¹⁵, BMMYK Statüsü'nde verilen mülteci tanımında sayılan “ırk, din, tabiiyet ve siyasi düşünce” şeklindeki dört sebebe “belirli bir sosyal gruba mensubiyet”i de eklemiştir¹⁶. Böylece sözleşme mülteciyi şu şekilde tanımlamıştır.

“İrki, dini, tabiiyeti, belirli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri nedeniyle zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden mutaden ikamet ettiği ülke dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen şahıs”.

¹⁴ KNEEBONE, s. 5.

¹⁵ HATHAWAY James C., The Rights of Refugees under International Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, s. 154; ODMAN M. Tefvik, “Mülteci Hukukunda Uluslararası Düzenlemeler ve Uluslararası Standartlar”, Türk Mülteci Hukuku ve Uygulamadaki Gelişmeler, İstanbul Barosu Yayınları, 2004, s. 17.

¹⁶ ASAR, s. 282.

Sözleşmenin verdiği bu net tanım, mülteci hukuku için büyük bir öneme sahiptir. Zira sözleşme sadece bireysel bir mülteci tanımı vermemiş, aynı zamanda mülteci statüsünün insan haklarının korunması bakımından bir araç olduğunu da ortaya koymuştur¹⁷. Bazı küçük farklarla benzer tanımlar 1974 tarihli Afrika Birliği Örgütü Sözleşmesi, 1966 tarihli Mültecilere Karşı Muameleye İlişkin İlkeler, 1994 tarihli Arap Ülkelerinde Mültecilerin Durumunu Düzenleyen Arap Sözleşmesi gibi uluslararası düzenlemelerde ve birçok devletin iç hukukunda yapılmıştır¹⁸.

A. MÜLTECİ STATÜSÜ

Bir kişinin verilen tanım gereğince mülteci statüsüne sahip olması yetkili makamlarca durumun tespit ve tescil edilmesi ile mümkün hâle gelir. Kişi mülteci statüsü tanındığı zaman bu şartların oluştuğu andan itibaren fiilen mülteci statüsü elde etmiş olur. Başka bir ifadeyle, kişiye mülteci statüsü tanınması kurucu değil, açıklayıcı bir niteliktedir. İncelemenin nasıl yapılacağı ise her ülkenin kendi usulüne bağlıdır. Bu konuda uygulanacak ölçütler bakımından temel kaynak 1951 Cenevre Sözleşmesi ve 1967 tarihli Protokolü'dür¹⁹.

Bu düzenlemelere göre mülteci statüsü kazanmanın şartları, verilen tanım gereğince menşei ülke dışında bulunma, bu ülkenin korumasından yararlanamama veya yararlanmak istememe veya ülkesine dönememe veya dönmek istememe, bu durumun dayandığı haklı zulüm korkusu ve zulüm korkusunun ırk, din, tabiiyet, belirli bir sosyal gruba mensubiyet veya siyasi düşünceye dayanmasıdır.

1. Ülke Dışında Bulunma

Kişinin mülteci statüsü kazanmasının ilk koşulu vatandaşı olduğu ülke dışında bulunmasıdır. Şayet kişi vatansız ise mutad olarak ikamet

¹⁷ **KNEEBONE**, s. 5-6.

¹⁸ **ÖZTÜRK**, s. 96-97; **TANERİ Gökhan**, Uluslararası Hukukta Mülteci ve Sığınmacıların Geri Gönderilmemesi (Non-refoulement) İlkesi, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012, s. 20-21.

¹⁹ **ÇİÇEKLİ**, s. 51-52; **ÖZTÜRK**, s. 82.

ettiği ülkenin dışında olması gerekir²⁰. Birden fazla ülkenin vatandaşlığına sahip kişinin ise mülteci statüsü kazanabilmesi için bu ülkelerden hiç birinin korumasından yararlanma imkânı olmamalıdır²¹. Ülke dışında bulunma şartı sadece ülkesinden kaçmış kişileri ifade etmez, kişi ülkesinden yasal olarak ayrılmış ancak şartlar değişmiş ve ülkesine dönmek istememişse de bu şart sağlanmış olur²².

2. Ülkenin Korumasından Yararlanamama veya Yararlanmak İstememe veya Ülkesine Dönememe veya Dönmek İstememe

Mülteci statüsü tanınması kişiye uluslararası bir koruma getireceğinden kişinin menşei ülke koruması altında bulunmaması gerekir. Zira bu koruma menşei ülkenin koruması yerine ikame edilen bir korumadır²³. Bu durum, uyrukluk sahibi kişiler için ülke korumasından yararlanamama veya yararlanmak istememe şeklinde olurken, vatansızlar için mutata ikamet bulduğu ülkeye dönememe veya dönmek istememe şeklinde ortaya çıkar. Kişinin vatandaşı olduğu ülkenin korumasından yararlanamaması iradesi dışında farklı sebeplere bağlıdır. Savaş, iç karışıklık gibi durumların dışında hükümetin kişiyi bu korumadan yoksun bırakması da mümkündür. Kişinin bu korumadan yararlanmak istememesi ise ilgilinin iradesine bağlıdır. Ancak bunun mülteci statüsü kazanmanın bir şartı olabilmesi için haklı bir sebebe dayanması gerekir. Vatansızlar için ise mutata ikamet bulduğu ülkeye dönememe irade dışı farklı sebeplere dayanırken, kendi isteğiyle dönmemesinin zulüm korkusu nedeniyle olması mümkündür²⁴. Bu zulüm korkusunun da aynı şekilde haklı bir sebebe dayanması şarttır.

²⁰ Sözleşmede yer verilen tanım, sözleşmenin sadece uyrukluk sahibi kişileri değil, vatansızları da göz önünde bulundurduğunu gösterir.

²¹ **ÇİÇEKLİ**, s. 62; **DOĞAN Vahit**, Türk Yabancılar Hukuku, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 143; **ÖZTÜRK**, s. 199.

²² **ÇİÇEKLİ**, s. 62; **HATHAWAY**, s. 171; **ODMAN**, s. 20-24.

²³ **DOĞAN**, s. 144; **ÖZTÜRK**, s. 66.

²⁴ **ÇİÇEKLİ**, s. 63.

3. Haklı Zulüm Korkusu

Haklı zulüm korkusu, “*korku*” yönüyle subjektif durumların değerlendirilmesini gerektirirken, “*haklı*” yönüyle objektif koşulların incelenmesini gerektirir²⁵. Bu nedenle korku kısmını incelerken başvuru sahibinin kişiliği, ailevi durumu, ırkı, dini ve kişisel deneyimleri göz önünde bulundurulmalıdır. Haklı kısmına ilişkin incelemede ise başvuru sahibinin korkusunun nedeni araştırılmalı ve bu korkunun zulümden kaynaklanan haklı bir nitelik taşıyıp taşımadığına ilişkin bir değerlendirme yapılmalıdır²⁶. Bu bakımdan yapılacak değerlendirmede “*zulüm*” kavramı temel unsur oluşturur²⁷. Ancak sözleşmede zulüm kavramı tanımlanmamıştır²⁸.

Tanım verilmemesi bir eksiklik olabileceği gibi kavramı dondurmama amacıyla da yapılmış olabilir. Bu nedenle zulüm kavramının her somut durumda ayrıca incelenmesi doğru olacaktır. Zira her başvuru sahibinin somut durumu, tecrübeleri, yaşadığı olaylar, kişisel özellikleri gibi birçok farklı unsur bir fiilin zulüm olarak görülmesini gerektirebilir. Ayrıca her ülkenin bu sebepleri kendi hukuk anlayışı çerçevesinde yorumlaması da mümkün olduğundan bir ülke için söz konusu sebep mülteci statüsü tanınması için yeterli iken, başka bir ülke için yeterli kabul edilmeyebilir²⁹. Ancak yine de zulüm kavramının “*aşırı derecede ağır bir durum*” olması gerektiği söylenebilir³⁰.

1951 tarihli sözleşmenin 33. maddesi gereğince ırk, din, tabiiyet, belirli bir sosyal gruba mensubiyet veya siyasi düşünceler nedeniyle kişinin yaşam ve özgürlüklerine yönelik tehditler, ciddi insan hakları ihlalleri, sistematik bir şekilde işlenen maddi ve manevi saldırılar

²⁵ **ÇİÇEKLİ**, s. 52-53; **ODMAN**, s. 26; **ÖZTÜRK**, s. 208.

²⁶ **ÇİÇEKLİ**, s. 52-53.

²⁷ **ERTUĞRUL**, s. 165; **HOLZER**, s. 109; **ÖZTÜRK**, s. 224.

²⁸ **ERTUĞRUL**, s. 165; **ÖZTÜRK**, s. 224.

²⁹ **DOĞAN**, s. 144.

³⁰ **ÖZTÜRK**, s. 225.

zulüm olarak kabul edilebilir³¹. Zulüm kabul edilen fiillerin kaynağı devlet olabileceği gibi devlet dışı aktörler de olabilir³².

4. Zulüm Korkusunun Irk, Din, Tabiiyet, Belirli Bir Sosyal Gruba Mensubiyet veya Siyasi Düşünceye Dayanması³³

Yukarıda sözü edilen zulüm korkusunun haklı bir nedene dayanmasını ifade eden bu şart mülteci statüsü kazanmanın son şartıdır. Bu nedenle mülteci statüsü kazanmak için başvuran kişinin zulüm korkusunun ırk, din, tabiiyet, belirli bir sosyal gruba mensubiyet veya siyasi düşünceleri nedeniyle ortaya çıkması gerekir. Böylece kişi sahip olduğu ırkı veya tabiiyeti nedeniyle bir ayrıma tabi olabilir. Bu kapsamda kişinin etnik kökeni temel alınabileceği gibi, tabiiyet bakımından da bunun sadece vatandaşlık bağıını ifade etmediği için etnik köken veya belirli bir dil grubuna ait olması da zulmün sebebi olabilir³⁴. Bir dine mensup olduğu veya herhangi bir dine inanmadığı için ibadet etme, dini öğrenme ve öğretme gibi haklar açısından yasaklara veya ayrımlara maruz kalmış olabilir. Belirli bir toplumsal gruba mensubiyet kavramı net olarak tanımlanmamış olsa da BMMYK'nin hazırladığı El Kitabı'nda mensubiyetin benzer geçmişe, benzer özelliklere ve benzer sosyal statüye sahip insanları içerdiği belirtilmiştir³⁵. Bu özelliklere kişilerin kendisini ayrı bir grup olarak görmesi ve toplum tarafından da böyle algılanması da eklenmelidir. Bu nedenle cinsiyet, aşiret, aile, meslek gibi sebeplerle ayrı bir toplumsal grup içinde bulunan kişilerin bu gerekçelerle zulme uğramış olabileceği söylenebilir. Ancak kişinin sadece farklı bir toplumsal gruba dâhil olması doğrudan mülteci statüsü tanınmasını gerektirmez. Bu nedenle zulme varan bir ayrıma tabi olması gerekir³⁶.

³¹ ÇİÇEKLİ, s. 54; ODMAN, s. 29-30.

³² ÇİÇEKLİ, s. 54; ÖZTÜRK, s. 232-233.

³³ Yukarıda ele alınan haklı zulüm korkusunun haklılığı belirli durumlara bağlı olarak ortaya çıkar. Bu nedenle esasında bu şartı, ayrı bir şart olarak değil de üçüncü şartın bir unsuru olarak değerlendirmek daha doğru olur.

³⁴ ODMAN, s. 36.

³⁵ UNHCR, El Kitabı, para. 77. (<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=55fa66404> (8.2.2022)).

³⁶ ÇİÇEKLİ, s. 57.

Yine başvuru sahibinin hükümetle farklı siyasi görüşlere sahip olması tek başına mülteci statüsü tanınmasını gerektirmese de kişinin farklı siyasi düşünceleri nedeniyle zulme uğrama tehdidi altında bulunması bu şartın oluşmasını sağlayacaktır. Bu kapsamda kişinin siyasi düşüncelerini yetkili makamların bilmesi ve bunu hoş görmemesi gerekir³⁷. Kişiye yönelik bir kovuşturma başlatılması durumunda ise kovuşturmanın kişinin siyasi düşünceleri nedeniyle mi yoksa bu düşüncelere bağlı olarak gerçekleştirdiği eylemler nedeniyle mi başladığının tespit edilmesi gerekir. Şayet kişi yaptığı eylem nedeniyle bir kovuşturmaya uğramış ve istenen ceza ülkenin genel hukuk düzenine aykırı değilse kovuşturma korkusu tek başına mülteci statüsü tanınmasını sağlamaz³⁸. Sayılan bu beş sebep önemli olsa da sözleşmenin yapılması üzerinden 70 yıl gibi uzun bir zaman geçmiş, bu süreçte dünya insan yaşamını tehdit eden birçok farklı unsurla tanışmıştır. Bu nedenle sözleşmenin işlevini yitirmemesi için gerekçe listesinin ihtiyaca göre güncellenmesi gerekir³⁹.

Sözü edilen dört şartı sağlaması durumunda, kişi mülteci statüsü elde edebilir. Ancak bazı durumlarda kişi bu şartları sağlasa da mülteci statüsü kazanamaz. Bu kişilerin ilki, 1951 Cenevre Sözleşmesi md. 1 (D) gereğince BMMYK dışında BM'nin herhangi bir organı veya kuruluşundan hala yardım ve koruma gören kişilerdir. Bunların ikincisi ise aynı sözleşmenin md. 1 (E)'deki düzenlemesi gereğince uluslararası korumaya ihtiyacı olmadığı düşünülen kişilerdir. Bunlar bir ülkede vatandaşlık elde etmese de yerleşmiş bulunan ve büyük ölçüde oranın vatandaşları ile aynı haklara sahip olan ve sınır dışı edilmeye karşı güvence altında bulunan kişilerdir⁴⁰.

1951 Cenevre Sözleşmesi md. 1(F)'de ise mülteci statüsü kazanamayacak başka bir gruba yer vermiştir. Buna göre barışa karşı suç, savaş suçu veya insanlığa karşı suç gibi suçları düzenleyen uluslararası belgelerde tanımlanan bir suç işlediğine, sığınmadan önce sığındığı

³⁷ ÇİÇEKLİ, s. 61; ODMAN, s. 38.

³⁸ ÇİÇEKLİ, s. 54-62; ODMAN, s. 39.

³⁹ ASAR, s. 282-283.

⁴⁰ ÇİÇEKLİ, s. 64-65.

ülke dışında ağır siyasi olmayan bir suç işlediğine ve BM'nin amaç ve ilkelerine aykırı bir suç işlediğine⁴¹ dair ciddi kanaat olanlar da mülteci statüsü kazanamayacaktır.

B. MÜLTECİ STATÜSÜNÜN SONA ERMESİ

Yukarıda incelenen şartların oluşması durumunda elde edilen mülteci statüsü 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin 1 (C) maddesinde sınırlı olarak sayılan durumlarda sona erer. Bu durumlardan ilk grubu mültecinin iradesi ile sona ermeye sebep olan hâller oluşturur. Buna göre, mülteci vatandaşı olduğu ülkenin korumasından kendi isteği ile yararlanırsa, vatandaşlığı kaybettikten sonra yeniden kazanırsa, yeni bir vatandaşlık kazanarak o ülkenin korumasını elde ederse veya zulümden korktuğu için terk ettiği ülkeye kendi isteği ile yerleşirse mülteci statüsü sona erer. Sınırlı sona erme sebeplerinin ikinci grubu ise menşei ülkedeki koşulların değişmesidir. Dolayısıyla kişinin zulme uğrama korkusuyla terk ettiği ülkesinde yaşanan değişiklikler bu durumu sona erdirecek nitelikte ise, diğer bir ifadeyle kişinin mülteci olmasına yol açan durumlar sona ermişse mülteci statüsü de sona erer. Ancak bunun için yapılacak değerlendirmede köklü ve kalıcı bir değişikliğin varlığı aranacaktır⁴².

II. İNSANCIL HUKUK

A. KUVVET KULLANIMININ YASAKLANMASI

Devletler uzun bir süre kuvvet kullanmayı hukuka uygun görmüş ve bu süreçte kuvvet kullanımını haklı savaş doktrini ile açıklanmaya çalışılmıştır. Ancak Roma'da ortaya çıkan bu doktrin bir süre sonra

⁴¹ BM'nin amaç ve ilkelerine aykırı eylemlerin suç teşkil etmesi gerektiğine dair bir düzenleme bulunmasa da genel görüş bu eylemlerin suç oluşturması gerektiği yönündedir. **ÇİÇEKLİ**, s. 70.

⁴² **ÇİÇEKLİ**, s. 74; **DOĞAN**, s. 162. Esasında sözleşme II. Dünya savaşı sonrasında mültecilerin korunması ve yeni bir ülkeye yerleştirilmesi üzerinde dururken, Soğuk Savaş sonrasında bu hususta bir değişikliğe gitmiş ve sorunun ortadan kalkması için kalıcı çözümler aramıştır. Neticede kalıcı bir çözüm olarak mültecinin ülkesine dönebilmesi düşünülmüş ve buna ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. **KNEEBONE**, s. 17.

etkisini yitirmiştir⁴³. Dolayısıyla devletler bir süre daha kuvvet kullanımını kendilerine bir hak olarak görmüş, sonrasında bu doktrin Hippo Piskoposu *Saint Augustin* tarafından “*Tanrı’nın Şehri*” adlı kitabında yeniden ele alınmıştır⁴⁴. Ancak Hristiyanlığın kabulü ile güçlenen Kilise’nin gücünü yitirmesiyle haklı savaş doktrini yeniden etkisini kaybetmiş ve devletler kuvvet kullanımını egemen olmanın bir sonucu olarak görmeye başlamıştır⁴⁵. Bu durum 19. yüzyılda *Henry Dunant*’ın “*Bir Solferino Hatırası*” adlı eserini yayımlamasına kadar devam etmiş⁴⁶, bunun neticesinde 1864 tarihli Savaş Alanında Yaralıların Durumunun İyileştirilmesi Sözleşmesi imzalanmıştır⁴⁷. 19. yüzyılın ikinci yarısı itibarıyla de kuvvet kullanımının sınırlandırılması fikri güçlenmiş ve bu kapsamda Milletler Cemiyeti Misakı, Ren Misakı, *Locorno* Andlaşması, *Briand-Kellog* Misakı ve kuvvet kullanımının evrensel düzeyde yasaklayan BM Sözleşmesi yapılmıştır.

BM Sözleşmesi md. 2/4’te kuvvet kullanımını “*Teşkilatın üyeleri, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasi bağımsızlığa karşı, gerek Birleşmiş Milletler’in amaçları ile telif edilemeyecek herhangi bir biçimde kuvvet kullanma*

⁴³ **ÖRNEK Serdar**, Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı 1991 ve 2003 Irak Harekâtları, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 23; **REÇBER Sercan**, İnsancıl Müdahale ve Koruma Sorumluluğu, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 12.

⁴⁴ **SBEARER Ivan**, “A Revival of Just War Theory”, *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines*, (Ed. Micheal Schmitt / Jelena Pejic), Boston, 2007, s. 4-5.

⁴⁵ **BOZKURT Enver / POYRAZ Yasin / ERDAL Selcen**, Devletler Hukuku, 10. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 337; **MERAY Seha L.**, Devletler Hukukuna Giriş, C.2, 1. Baskı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1962, 391; **SUR Melda**, Uluslararası Hukukun Esasları, 13. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s. 292.

⁴⁶ **ACER Yücel / KAYA İbrahim**, Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 386; **ALBAYRAK Gökhan**, “İnsancıl Hukukun Temel İlkeleri ve Bu İlkelerin Tarihsel Gelişim Safhaları”, *Uluslararası İnsancıl Hukuk*, (Ed. Fatma Taşdemir / Gökhan Albayrak), Ankara, 2018, s. 29; **DÜLGER Kenan**, Devletlerin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğu, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s. 2; **ÖKTEM Emre**, Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları, 2. Baskı, Derin Yayınları, İstanbul, 2011, s. 68; **TÜTÜNCÜ Ayşe Nur**, İnsancıl Hukuka Giriş, 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2006, s. 5.

⁴⁷ **BATUR YAMANER Melike**, Silahlı Çatışmalarda Sivilleri Korunması, 1. Baskı, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2007, s. 14-15.

tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmaktan kaçınırlar” ifade-siyle yasaklamıştır. Ancak BM mutlak bir yasak getirmemiş bazı istisnai durumlar öngörmüştür.

B. İNSANCIL HUKUK KURALLARI

1. İnsancıl Hukuk Kavramı ve İnsancıl Hukukun Uygulama Alanı

İnsan hakları ve mülteci hukuku gibi alanlardan daha önce örf adet kuralı olarak ortaya çıkan ve 20. yüzyılda yapılan anlaşmalarla da yazılı hâle getirilen insancıl hukuk kuralları, 17. yüzyıl itibarıyla Hugo Grotius’un “Savaş ve Barış Hukuku (*De jure belli ac pacis*)” adlı eseri ile sistemleştirilmiştir⁴⁸. İnsancıl hukuk silahlı çatışmaları insaniyleştirmeyi amaçlayan ve bu kapsamda silahlı çatışma dışında kalan kişileri korumaya yönelik kurallar bütünüdür. İnsancıl hukuk kuralları söz konusu amaca ulaşma adına birtakım savaş araç ve yöntemlerinin kullanılmasını sınırlandırmakta, bir kısmını ise tamamen yasaklamaktadır. 1864 tarihli Savaş Alanında Yaralıların Durumunun İyileştirilmesi Sözleşmesi ile uluslararası hukukun alanına giren insancıl hukukun, temel belgeleri 1907 *La Haye* Sözleşmeleri, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Cenevre Sözleşmeleri’ne ek iki protokoldür⁴⁹.

İnsancıl hukuk temelde uluslararası silahlı çatışmalarda uygulama alanı bulmaktadır. Uluslararası silahlı çatışmalar, devletlerarası silahlı çatışmalar ve uluslararasılaşmış silahlı çatışmalardan oluşur⁵⁰. Uluslararasılaşmış silahlı çatışmalar ise esasında bir devlet ülkesinde gerçekleştiğinden iç silahlı çatışma niteliğindedir. Fakat iki durumda bu tip çatışmaların uluslararası silahlı çatışma olarak kabul edildiği görülmektedir. Bu durumların ilki ilgili devletin ayaklanan güçlere

⁴⁸ SUR, s. 297.

⁴⁹ ERTUĞRUL Ümmühan Elçin, Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukukunda Bireysel Statüler, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 21; SHAW Malcolm, International Law, 7 th Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, s. 848.

⁵⁰ ERTUĞRUL, Uluslararası Silahlı..., s. 42.

savaşan statüsü tanınmasıdır. İkincisi ise yabancı devletlerin iç silahlı çatışmaya dâhil olmasıdır⁵¹.

İnsancıl hukukun temel belgeleri de esasında uluslararası silahlı çatışmaları düzenlemiştir. Ancak Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesi ve Ek II No'lu Protokol uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmaları da insancıl hukukun alanına dâhil etmiştir. Yine de bu durumlara uygulanacak insancıl hukuk kuralları sözü edilen düzenlemelerle sınırlıdır. Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalar anılan protokolün 1/1 maddesinde *“Bir Yüksek Akit Tarafın ülkesinde bu Tarafın silahlı kuvvetleri ile sorumlu bir komutanın yönetiminde ülkesinin bir bölümünde sürekli ve düzenli askeri harekât yürütmeye izin verecek ve bu Protokol'ü uygulayacak düzeyde denetim sağlayan ayrılıkçı silahlı kuvvetler ya da örgütlenmiş silahlı gruplar arasında geçen silahlı çatışmalar”* şeklinde tanımlanmıştır.

Tanıma göre uluslararası nitelikte olmayan bir silahlı çatışmanın insancıl hukuk kurallarına tabi olması için aranan bazı şartlar vardır. Bunlar silahlı çatışmanın hükümet ile ayaklanan örgütlenmiş bir grup arasında geçmesi, şiddetin belirli bir yoğunluğa ulaşması, ayaklanan grubun belirli bir askeri örgütlenmeye sahip olması ve ülke üzerinde belirli bir alanın kontrolünü ele geçirmiş olmasıdır. Protokol aynı maddenin 2. fıkrasında ise silahlı çatışma olarak değerlendirilmeyen sokak hareketleri, ayrı ayrı ve öngörülmeleyen bir biçimdeki şiddet eylemleri ve benzeri öteki eylemler gibi iç gerginlikler ve iç karışıklıkları kapsamı dışında bıraktığını belirtmiştir. Bunlara ek olarak BM tarafından yürütülen barışı zorla uygulama harekâtları da insancıl hukukun uygulama alanındadır⁵².

⁵¹ **ERTUĞRUL**, Uluslararası Silahlı..., s. 42; **PAZARCI Hüseyin**, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, 19. Baskı, Ankara, 2020, s. 540; **STEWART James G.**, “Towards a Single Definition of Armed Conflict in International Humanitarian Law: A Critique of Internationalized Armed Conflict”, The Peter A Allard School of Law Allard Research Commons, Vol: 85, No: 850, s. 315.

⁵² **PAZARCI**, s. 151; **TAŞDEMİR Fatma**, Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 74.

2. İnsancıl Hukukun Kaynakları

İnsancıl hukuk uluslararası hukukun bir alanıdır. Dolayısıyla anlaşmalar, örf adet kuralları, hukukun genel ilkeleri, doktrin ve yargı kararları insancıl hukukun da kaynaklarını oluşturur. Bu kaynakların ortaya çıkardığı bazı ilkeler de insancıl hukukta etkin bir şekilde uygulanır.

İnsancıl hukuka hâkim olan bu ilkeler, çatışmada kullanılan araçların seçiminde sınırsız olmama, gereksiz acıya sebep olmama, askeri gereklilik, orantılılık, ayırım gözetme, sadakat, tarafsızlık, çevrenin korunması ve zehir veya zehirleyici silahların yasaklanması ilkeleridir. Bu ilkeler birçok düzenlemede yer bulduğu gibi Uluslararası Adalet Divanı'nın 1996 tarihli Nükleer Silahlara İlişkin Danışma Görüşü⁵³'nde de sayılmıştır.

Örf adet kuralına dönüşen bu ilkelerden çatışmada kullanılan araçların seçiminde sınırsız olmama ilkesi, çatışma tarafının istediği her silahı kullanma hakkı olmadığını, özellikle sivil-askeri hedef ayırımı yapamayan araçların kullanılmasının insancıl hukuka aykırı olduğunu ifade eder. Gereksiz acıya sebep olmama ilkesi gereksiz acıya sebep olan silah ve yöntemlerin kullanılmasını yasaklamaktadır. Bu kapsamda geniş çaplı ölüm ve yaralanmalara sebep olan silah ve yöntemlerin gereksiz acıya sebep olduğu kabul edilir. Askeri gereklilik ilkesi kullanılan silah ve yöntemlerin askeri ihtiyaçlara göre belirlenmesini amaçlar. Orantılılık ilkesi, askeri amaç ile insani değerler arasında denge kurmaya çalışan, bu kapsamda askeri amaca ulaşma bakımından çekilecek acıyı ve verilecek zararı orantısız bir biçimde arttıran silah ve yöntemlere başvurulmasını yasaklayan bir ilkedir. Ayırım gözetme ilkesi sivil-askeri hedef ayırımını ifade eder. Bu nedenle sivillere yönelik saldırıları yasaklar. Zira kural olarak siviller meşru askeri hedefler değildir. Sadakat ilkesi silahlı çatışma ortamında bile korunması gereken bazı ahlaki değerlerin zarar görmemesini amaçla-

⁵³ The International Court of Justice, Advisory Opinion, 8 July 1996, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf> (1.10.2021).

arak bazı yöntemlerin kullanılmasını yasaklar. Tarafsızlık ilkesi silahlı çatışmanın tarafı olmayan devletlerin korunmasını amaçlar. Çevrenin korunması ilkesi çevreyi hem silah olarak kullanmak adına yapılacak eylemlerden hem de kullanılan silah ve yöntemlerin vereceği zararlardan korumak adına bazı fiilleri yasaklar. Son olarak zehir ve zehirleyici silahların yasaklanması ilkesi ise asli veya münhasır etkisi zehirleme olan silahların kullanılmasını insancıl hukuka aykırı bulur⁵⁴.

İnsancıl hukukun bir diğer kaynağı da *Martens* Kaydıdır. 1907 *La Haya* Kara Savaşı Kuralları Sözleşmesi⁵⁵'nde yer verilen bu ilke gereğince;

“Yüksek Akit Taraflar, savaş yasalarını tamamlanıncaya kadar, kendilerince kabul edilen andlaşma hükümlerinin kapsamadığı durumlarda, toplulukların ve savaşanların uygar uluslar arasında geçerli olan uygulamalardan, insanlık yasalarından ve kamu vicdanının gereklerinden kaynaklandığı biçimiyle uluslararası hukukun ilkelerinin etkisi ve koruması altında bulduklarını saptamayı uygun bulmaktadır”. Bu nedenle oluşacak boşluk durumunda *Martens* Kaydı'na başvurulacaktır.

Bahsedilen tüm kuralların koruduğu kişi grupları ise temelde çatışmanın mağdurlarıdır. Bunlar hasta ve yaralılar, deniz kazazedeleri, savaş tutsakları, siviller, sağlık ve din görevlileridir.

III. MÜLTECİLER VE İNSANCIL HUKUK

Son yıllarda özellikle artan silahlı çatışmalar insanların ülkesini terk etmesine ve başka ülkelere sığınma talep etmesine sebep olan başka bir unsur olmuş, hatta en fazla mülteci ortaya çıkaran durumlar Suriye, Afganistan, Myanmar, Güney Sudan, Somali gibi ülkelerde devam eden silahlı çatışmalar olmuştur. Bu tip silahlı çatışmalar sivillere

⁵⁴ **BAGHERI Saeed**, Uluslararası İnsancıl Hukuk ve Nükleer Silahlar, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 30-39; **PAZARCI**, s. 631-638; **UÇAR Azime Ayça**, Uluslararası Hukuk Kuralları Çerçevesinde Nükleer Silah Kullanımı, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 12-19.

⁵⁵ <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/195> (20.9.2021).

yönelik yaşanan ihlaller nedeniyle sıklıkla onların evlerini, son çare olarak da ülkelerini terk etmelerine sebep olmaktadır. BMMYK de 20. yüzyılda yaşanan mülteci sorununun temel sebebi olarak silahlı çatışmaları görmekte ve insancıl hukuk ihlalleri nedeniyle ülkesini terk edenlerin mülteci statüsünün belirlenmesinde bu durumun dikkate alınması gerektiğini kabul etmektedir⁵⁶. Ancak mülteci tanımında silahlı çatışmalar doğrudan bir sebep olarak düzenlenmediği için silahlı çatışma durumunda yerinden edilen kişilerin korunması hususu netlik kazanmamıştır. Bunun bir nedeni de devletlerin silahlı çatışmalar neticesinde oluşan büyük mülteci hareketlerini karşılama konusunda isteksiz davranmasıdır⁵⁷.

Bu durum esasında birbirinden ayrı iki hukuk alanı olan mülteciler hukuku ile insancıl hukukun mecburi bir etkileşim içine girmesine neden olmuştur. Ancak bu alanlar hukukun ayrı iki sahasını oluştursa da ikisi de benzer değerleri paylaşmakta, temelde kişiyi vatandaş olmadığı devlete karşı korumayı amaçlamakta ve neticede insan haklarının korunması amacına hizmet etmektedir. Bu nedenle zaman zaman aynı anda devreye girmekte ve aynı olaylara uygulanma ihtimalleri ortaya çıkmaktadır. Bu durum uluslararası hukuk kurallarının eş zamanlı olarak uygulanmasının bir sonucudur. Bu nedenle iki hukuk sahası arasındaki ilişkiyi ele almak mültecilerin korunması bakımından önemli hâle gelmiştir.

Daha önce ifade edildiği gibi mülteci hukuku “mülteci” olarak tanımlanan kişilerin korunmasını amaçlayan ve bu kapsamda başta 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve Protokolü olmak üzere farklı düzenlemelerde yer bulan kurallar bütünüdür. Bu kurallar her zaman uygulanacak niteliktedir. İnsancıl hukuk ise silahlı çatışma dönemlerinde devreye giren, bu sürecin insanileştirilmesi amacına hizmet eden kurallardan oluşur. Ülkesinde yaşanan silahlı çatışmalar nede-

⁵⁶ UNHCR Executive Committee, Conclusion No. 80 (L), 1999, para. a, <http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c6ec/general-conclusion-international-protection.html> (7.9.2021); UN General Assembly, Not on International Protection, 2 July 2003, A/AC.96/975, para. 53, <http://www.refworld.org/docid/3f1feb6d4.html> (7.9.2021).

⁵⁷ **JAQUEMENT**, s. 82-83.

niyle ülkesini terk eden ve farklı bir ülkeden sığınma talep eden kişiler mülteci statüsü kazanmak için gerekli olan şartları sağlamaları durumunda hem mülteci hukuku kapsamında korunacak hem de silahlı çatışmalar süresince insancıl hukukun koruması altında olacaktır⁵⁸. Başka bir ifadeyle ilgili kişi mülteci hukukunun sağladığı korumanın sağlanmaması veya yetersiz kalması durumunda silahlı bir çatışma süreci içerisinde ise insancıl hukukun koruması altında olabilecektir⁵⁹. Ancak bunun için insancıl hukukun koruduğu kişilerden olması ve insancıl hukukun uygulanması gereken bir durum içinde bulunması gerekir. Zira mülteciler insancıl hukukun koruma altına aldığı belirli gruplardan biri değildir. Ancak o gruplardan birine dâhil olması durumunda bu korumadan yararlanacağı için insancıl hukuk bu kişilere sınırlı bir koruma sağlayacaktır⁶⁰. Ayrıca insancıl hukuk çatışan devlet veya devlet dışı unsurlar arasında uygulandığından tarafsız bir devlette bulunan kişi bu korumadan yararlanamaz⁶¹. Dolayısıyla insancıl hukuk mülteciler için mutlak şekilde uygulanmaz. Ancak belirli şartlarda koruma getirir. Bu koruma da sınırlı niteliklidir. Yine de silahlı çatışmalarda mültecileri mülteci hukukunun yetersiz kaldığı durumlarda koruyan ek kurallar ve yerinden edilen kişileri koruyacak temel kurallar insancıl hukuka aittir.

Daha önce ifade edildiği üzere mülteci statüsünün tanınmasında “haklı” kısmında objektif şartlar aranır. Bu şartlar barış zamanında insan hakları hukuku göz önünde bulundurularak tespit edilebilirken, savaş zamanında insancıl hukuka başvurulmalıdır⁶². Bu kapsamda

⁵⁸ **JAQUEMENT**, s. 80.

⁵⁹ **TOPAL Ahmet Hamdi**, Mülteci Hukuku ve Silahlı Çatışma Kaynaklı Sığınmacılar, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 170.

⁶⁰ Bu durum iki hukuk alanının düzenleme alanını düşününce normaldir. Zira insancıl hukuk düşman devletin fiillerinden muharip devletin vatandaşlarını koruma amacı güderken, mülteciler hukuku tam aksine kişiye kendi devletinin baskılarından korumayı amaçlar. Bu nedenle insancıl hukukun mültecilere uygulanması sınırlıdır. **TOPAL**, s. 186-187.

⁶¹ **JACQUES**, s. 158.

⁶² **HOLZER**, s. 102. Zulüm temelinde ciddi insan hakları ihlallerini içeren durumları kapsar ve insan hakları hukuku barış ve savaş zamanlarından uygulandığından zulmü bu kapsamda tespit etmek herhangi bir sorun teşkil etmez. Ancak insancıl

insancıl hukuk, mülteciler için ilk olarak mülteci statüsü tanımının yorumlanmasında kullanılabilir⁶³. Tanımda aranan “*haklı zulüm korkusu*” şartının oluşması bakımından başvurulabilecek, “*zulüm*” kavramının yorumlanması bu kapsamdadır. Zira insancıl hukuka yönelen ihlaller bu konuda göz önünde bulundurulabilecek niteliktedir. Bu tür ihlaller tek başına mülteci statüsü tanınması sonucunu doğurmasa da özellikle zulüm şartının gerçekleşmesi bakımından bir veri olarak kullanılabilir⁶⁴.

BMMYK'nin El Kitabının 164. paragrafında da “*Uluslararası ya da ulusal silahlı çatışmalar sonucunda menşei ülkelerini terk etmek zorunda kalan kimseler, normalde, 1951 Sözleşmesi ve 1967 Protokolüne göre mülteci sayılmazlar*” şeklinde bir açıklama bulunduğundan, doktrinde baskın görüş iç savaşlarda yaşanan zulmün çatışmanın bir sonucu olması nedeniyle bu kişilere mülteci hukukunun değil, insancıl hukukun uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, mülteci statüsü için aranan zulmün bireysel nitelikli olması gerekir, silahlı çatışma sonucunda oluşan zulüm ise genel niteliklidir. Bu nedenle yaşanan insancıl hukuk ihlalleri mutlaka zulüm olarak değerlendirilmemeli, ancak zulüm kavramının yorumlanmasında başvurulabilmelidir. İnsancıl hukuka yönelik ihlaller ırk, din, tabiiyet, farklı bir sosyal gruba mensubiyet veya siyasi düşünceler nedeniyle ortaya çıkmış ve ayırım temelli ise zulüm olarak değerlendirilebilir⁶⁵. Başka bir ifadeyle şayet diğer şartlar sağlanıyorsa bu yöndeki ihlaller somut olaya göre zulüm olarak kabul edilebilmelidir.

Diğer bir görüş ise zulmün silahlı çatışma neticesinde ortaya çıkmasının bir önemi olmadığını, korunan grup ile ciddi zarar arasında bir bağlantı bulunmasının yeterli olduğunu savunur⁶⁶. Bu görüş mülteci tanımında sözü edilen zulmün hangi olaylar neticesinde ger-

hukuk kuralları sadece savaş zamanında uygulandığından zulüm kavramının içeriği ve dolayısıyla mülteci tanımı daraltılabilir. **HOLZER**, s. 110.

⁶³ **HOLZER**, s. 102.

⁶⁴ **TOPAL**, s. 170.

⁶⁵ **JACQUES**, s. 157-158.

⁶⁶ **ERTUĞRUL**, s. 166-167, 176.

çekleŖeceđinin düzenlenmemiŖ olması nedeniyle kısmen doğrudur. Önemli olan ırk, din, tabiiyet, belirli bir sosyal gruba mensubiyet veya siyasi düşünceler nedeniyle kiŖinin zulme uğramıŖ olmasıdır. Bu zulme hangi fiillerin sebep olduğu, fiillerin barıŖ veya silahlı çatıŖma döneminde ortaya çıkması önemli değildir. Ancak bu durum silahlı çatıŖmalara her aykırılığın illiyet bağı sebebiyle doğrudan zulüm olarak değerlendirilmesi gerektiği anlamına gelmez, aykırılığın sayılan beŖ sebepten kaynaklanması ve ayırım temelli yapılması gerekliliği devam eder.

İnsancıl hukuka yönelik ihlallerin her durumda mutlaka zulüm olarak değerlendirilememesi, özellikle devlet kaynaklı zulüm oluŖturan fiillerde fiil ile devlet arasındaki bağın ve zulüm teŖkil eden fiilin ilgili kiŖiye doğrudan yönelip yönelmediğinin tespitinin güçlüğu nedeniyle⁶⁷. Ancak daha önce de ifade edildiği gibi mutlak bir zulüm nedeni olarak görülme de bu tip ihlaller zulüm kavramının yorumunda bir veri olarak kullanılabilir.

BMMYK, bombardıman, okul ve hastanelerin askerileŖtirilmesi, ev baskınları, zorla tahliye, cinsel Ŗiddet gibi fiillerin zulüm olarak değerlendirilebileceğini kabul etmiŖtir. Bu durumda öldürücü nitelikte kuvvet kullanımı, iŖkence, zorla askere alma, kimyasal silah kullanma gibi fiillerin de belirli bir yoğunluğu ulaŖması durumunda zulüm olarak kabul edilmesi gerektiği söylenebilir⁶⁸.

İnsancıl hukuk bunun dıŖında özellikle silahlı çatıŖma nedeniyle sığınmacı durumunda bulunan ancak mülteci statüsü kazanamamıŖ kiŖilerin de korunması aadından başvurulabilecek, bu bakımdan oluŖacak boŖluđu doldurabilecek niteliktedir. Ŗayet bu kiŖiler insancıl hukukun koruduğu kiŖi kategorileri arasında bulunuyorsa, mülteci hukuku uygulanamayacağından insancıl hukuk kuralları çerçevesinde korunmaya alıŖılacaktır⁶⁹.

⁶⁷ ÖZTÜRK, s. 248.

⁶⁸ TOPAL, s. 174.

⁶⁹ HOLZER, s. 102; TOPAL, s. 174.

İnsancıl hukukun mültecilere uygulanacak kuralları ise genellikle sivillerin korunmasına yönelik hükümlerdir. Bu nedenle çatışmalara doğrudan katılmayan kişiler sivil olarak kabul edilecek ve insani muamele görecektir. Bu kapsamda sivil niteliği taşıyan bu kişiler, 1949 Savaş Sırasında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi, 1977 tarihli Ek I No'lu Protokol, 1977 tarihli Ek II No'lu Protokol ve Cenevre Sözleşmeleri ortak 3. madde ile korunacaktır⁷⁰.

Sivillerin korunmasında ortak 3. madde, sivillerin öldürme, yaralama, rehin alma, işkence, zalimane, aşağılayıcı ve küçük düşürücü muamelelere karşı korunmasını ve adil bir yargılama olmadan mahkumiyete çarptırılmamasını düzenlemiştir. 1949 tarihli sözleşme sivillerin kalkan olarak kullanılmasını, toplu olarak cezalandırılmasını, korkutma veya terörize etmeye yönelik eylemlere tabi tutulmasını, sivillere karşı gerçekleştirilecek yağma ve misillemeye karşı korunmasını sağlamak adına bu fiilleri yasaklamış, ayrıca mültecilerin yerleşebileceği tarafsız bölgelerin kurulması ve ayrı kalan ailelerin birleştirilmesi konularını düzenlemiştir. Ek I No'lu Protokol özellikle sivil ve askeri hedef ayrımını ele almış, sivillerin askeri eylemlerin hedefi olamayacağını düzenlemiştir. Ek II No'lu Protokol ise sivillerin uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda da korunmasına yönelik düzenlemeleri genişletmiş ve sivil nüfusun yer değiştirmesine ilişkin bir hüküm getirmiştir. Bu hükme göre, sivil nüfusun yer değiştirmesine ilişkin emir ancak sivillerin güvenliğinin sağlanması veya askeri gerekliliklerin zorunlu kılması ve bütün önlemlerin tatmin edici şekilde alınması ile verilebilir⁷¹. Böylece insancıl hukuk sivillerin silahlı çatışmalarda zorla yerinden edilmesini yasaklamanın yanında sivillerin korunmasına yönelik hükümler de getirerek doğrudan veya dolay-

⁷⁰ **ACER / KAYA**, s. 364-365; **HENCKAERTS Jean-Mare / DOSWALD-BECK Louise** (Çev. Emre Öktem ve diğerleri)Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku, C.1: Kurallar, 1. Baskı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2005, s. 87-95; **PAZARCI**, s. 604; **SHAW**, s. 854-855.

⁷¹ **ÇİÇEKLİ**, s. 33.

lı olarak sivillerin yerinden edilmesini önlemeyi, en azından azaltmayı amaçlar⁷².

A. ULUSLARARASI SİLAHLI ÇATIŞMALARDA MÜLTECİLERİN DURUMU

Uluslararası silahlı çatışmalar daha önce ifade edildiği gibi devletlerarası silahlı çatışmalar veya uluslararasılaşmış silahlı çatışmalar şeklinde ortaya çıkan silahlı çatışmalardır. İnsancıl hukuk kuralları temelde taraflarının devletler olduğu silahlı çatışmaları düzenlemektedir. Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara ise ancak bazı sınırlı düzenlemeleri uygulama eğilimindedir.

Devletlerarasında geçen silahlı çatışmalarda veya uluslararasılaşmış silahlı çatışma olarak adlandırılan devletin ayaklanan gruba savaştan statüsü tanınması veya yabancı devletin ayaklanan grup yanında silahlı çatışmaya müdahil olması durumlarında insancıl hukuk kuralları tam olarak uygulanır. Dolayısıyla bu çatışmalarda insancıl hukuk hasta ve yaralıları, deniz kazazedelerini, sivilleri, sağlık ve din personelini koruma altına alır. Mülteciler sayılan gruplardan biri olmasa da, özellikle sivil gruba dâhil olarak onlara ilişkin hükümlerden yararlanabilir. Siviller, askeri operasyonlarda bulunmayan ve devletin silahlı kuvvetlerine dâhil olmayan kişiler ile doğrudan silahlı çatışmalara katılan ancak savaştan statüsü için gereken şartları sağlamayan ya da savaş tutsağı imtiyazlarına sahip olmayan kişiler olarak tanımlanabilir⁷³. Mülteciler genellikle sivillere yönelik hükümlere tabi tutulsa da şartlarını taşıdıkları takdirde hasta, yaralı, deniz kazazedesi, sağlık ve din personeli kategorilerinin de sahip olduğu korumadan yararlanmaları mümkün görünmektedir. Zira bu kişi kategorileri koruma altına alınırken vatandaşlığa yönelik herhangi bir ifade kullanılmamıştır⁷⁴.

⁷² JACQUES, s. 156; TOPAL, s. 188.

⁷³ ERTUĞRUL, s. 169.

⁷⁴ TOPAL, s. 198.

IV numaralı Cenevre Sözleşmesi⁷⁵ 4. maddesinde korunan kişiler olarak çatışmanın bir tarafının ya da işgalci gücün eline geçen ve onların vatandaşı olmayan kişileri saymıştır. Bu madde vatandaş olmama şartını taşımak zorunda olan mültecileri kapsamına alan bir düzenlemedir. Şayet ilgili devlet I No'lu Ek Protokol'e taraf olursa mülteciler sivillere tanınan genel korumanın yanında düzenlemenin bu maddesi kapsamında da korunacaktır. Ancak tarafsız veya müttefik bir devletin vatandaşları bu korumadan yararlanamayacaktır. Bu sözleşme mültecileri sadece sivillere yönelik hükümler kapsamında korumaz, doğrudan mültecilere ilişkin olan 44. maddesi savaş yüzünden yerinden edilen mültecileri keyfi muamelelere karşı koruyan tek hükümdür⁷⁶.

Sözleşme 45/4. maddesinde de mülteci hukukunun temel bir ilkesi olan geri göndermeme ilkesini düzenlemiştir. İlgili maddeye göre sözleşme ile korunan kişiler siyasi düşünceleri veya dini inançları nedeniyle takip ve zulme uğramaktan korkabileceği bir ülkeye zorla gönderilemez. 49. maddede ise her türlü zorla nakil ve sınır dışı etme yasaklanmış, ancak sivil halkın güvenliği ve mücbir askeri gereklilikler şeklinde iki istisnaya yer verilmiştir.

Sözleşme'nin "*Mülteciler ve Vatansızlar*" kenar başlıklı 73. maddesi ise mülteci ve vatansızları açıkça korunan kişilerden kabul etmiş ve bu kişilerin durumlarını "*Muhasamat başlamadan önce ilgili tarafların kabul ettiği konuya ilişkin uluslararası belgelerle veya sığınılan ya da ikamet edilen devletin mevzuatı kapsamında vatansız veya mülteci olarak kabul edilen kişiler, IV No'lu Sözleşme'nin I. ve III. Bölümleri anlamında, her hâlükarda ve herhangi bir aleyhte ayırım gözetilmeksizin korunan kişi olacaklardır*" ifadeleriyle dile getirmiştir. Bu madde sayesinde, mülteciler sivil olarak yararlandıkları II. Bölümde yer alan korumalara ek olarak korunan kişi kategorilerinin faydalandığı I. ve III. Bölümde yer verilen korumalardan da yararlanabilecektir. Ancak

⁷⁵ http://www.madde14.org/index.php?title=Harp_Zaman%C4%B1nda_Sivillerin_Korunmas%C4%B1na_%C4%B0li%C5%9F_kin_1949_Cenevre_S%C3%B6zle%C5%9Fmesi (25.9.2021).

⁷⁶ **TOPAL**, s. 191.

mültecilerin sözü edilen bölümlerdeki korumalardan faydalanabilmesi için tarafların kabul ettiği uluslararası belgelerle veya sığınılan ya da ikamet edilen ülkenin iç hukuku kapsamında mülteci olarak kabul edilmesi ve bu kabulün taraflar arasında düşmanlık başlamadan ortaya çıkması şarttır⁷⁷.

Son olarak 1949 Cenevre Sözleşmeleri ve I No'lu Ek Protokol, korunan kişi kategorilerinde olmayan kişiler için temel teminatları 75. maddede düzenlemiş ve oluşabilecek boşlukları en azından temel teminatlarla doldurmayı amaçlamıştır⁷⁸. Bu maddeye göre, tanınan korumalardan istifade edemeyen kişiler her durumda insanca muamele görecektir, ırk, renk, cinsiyet, dil, din veya inanç, siyasi ya da diğer kanaatler, milli veya sosyal köken, varlık, doğum veya diğer statüler ya da benzer ölçütlerden dolayı ayrıma uğramadan temel teminatlardan yararlanacaktır. Bu kişilerin şahıslarına, şereflerine, inançlarına ve ibadetlerine saygı gösterilecektir.

B. ULUSLARARASI NİTELİKTE OLMAYAN SİLAHLI ÇATIŞMALARDA MÜLTECİLERİN DURUMU

İç silahlı çatışmalar nedeniyle ülke içerisinde yerinden edilen kişilerin durumu mülteci veya sığınma arayan kişilerden farklıdır. Bu kişiler için zaman zaman “ülkesel mülteci” kavramı kullanılsa da⁷⁹, bu doğru bir tercih değildir. Zira bu kişiler mülteci olmanın temel şartı olan ülke dışında bulunmayı sağlamaz. Ülke içinde yerinden edilen kişi kavramı daha doğru bir kullanımdır. Bu nedenle bu kişiler mülteci hukuku kapsamında bir koruma bulamaz. Bu kişilerin korunmaları kural olarak iç işlerine müdahale etmeme ilkesinin bir sonucu olarak ilgili devletin iç hukuku kapsamındadır. Ancak bu kişilerin insan haklarına ilişkin uluslararası andlaşmalar ve insancıl hukuk kapsamında da korunabilmesi mümkündür⁸⁰. Zira uluslararası nitelikte olmayan

⁷⁷ **TOPAL**, s. 200-201.

⁷⁸ **TOPAL**, s. 202.

⁷⁹ **EKŞİ Nuray**, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s. 191.

⁸⁰ **TANERİ**, s. 41.

silahlı çatışma sürecinde insancıl hukukun bazı kuralları ve insan hakları hukuku uygulanmaya devam eder⁸¹.

Bir ülke içerisinde cereyan eden iç silahlı çatışmaların diğer tarafı silahlı gruplardır. Silahlı gruplar devletleri bağlayan 1951 Cenevre Sözleşmesi kapsamında bir yükümlülük altında olmadığından bu tip çatışmalarda yerinden olan kişileri koruyacak hukuk insancıl hukuk olacaktır. Zira insancıl hukuk sadece devletler değil, devlet dışı aktörler için de bağlayıcı niteliktedir. Bu nedenle uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda kişiler temelde insancıl hukukun koruması altında olacaktır⁸². Ancak bu tip silahlı çatışmalarda insancıl hukukun tüm düzenlemelerinin uygulanmadığı unutulmamalıdır.

Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalara uygulanacak kurallar Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesi ve II No'lu Ek Protokol'dür. Bu düzenlemelerden sadece II No'lu Ek Protokol'ün 17. maddesi doğrudan ülke içinde yerinden edilenlere ilişkindir. Söz konusu madde, sivillerin güvenliği veya askeri güvenlik gerektirmedikçe sivil halkın yerinden edilmesini yasaklamıştır. Ayrıca bu nedenlerle yer değişikliği gerektiğinde de sivil halk için uygun barınma, sağlık, güvenlik ve beslenme şartlarının sağlanmasını öngörmüştür. Ülke içinde yerinden edilen kişiler sivil niteliği taşımaları durumunda sivillere getirilen korumadan yararlanacağından ilgili düzenlemelerin sivillere ilişkin hükümleri onlara da uygulanacaktır.

Ortak 3. madde gereğince uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda asgari bir koruma sağlanması gerekir. Bu kapsamda silahlarını teslim eden silahlı kuvvetler mensuplarıyla hastalık, yaralanma, tutukluluk veya diğer herhangi bir sebeple çatışma dışı kalan kimseler, muhasamata doğrudan doğruya iştirak etmeyenler (ülke içinde yerinden edilen kişiler bu kapsamda değerlendirilir) ırk, renk, din veya itikat, cinsiyet, doğum, servet veya bunlara benzer diğer herhangi bir kıstasa dayanan bir ayrıma tabi tutulmadan insani muamele görecektir. Ancak bu hüküm sınırlı bir koruma getirir. Zira sadece

⁸¹ **ERTUĞRUL**, s. 164.

⁸² **TOPAL**, s. 203.

karşı tarafın vatandaşlığında bulunan kişileri koruma kapsamına alır. Ancak II No'lu Ek Protokol hem korumayı genişletmiş hem de vatandaşlığına bakılmaksızın silahlı çatışmadan etkilenen herkesi kapsamına almıştır. Bu nedenle protokolün getirdiği korumadan sivil niteliği taşıyan tüm ülke içinde yerinden edilenler yararlanabilir⁸³.

SONUÇ

Yüzyıllardır yaşanan silahlı çatışmalar birçok insanın ülkesini terk ederek başka ülkelere sığınmasına veya ülke içerisinde yer değiştirmesine neden olmuştur. 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi ile başka ülkelere gitmek zorunda kalan kişiler bazı şartları sağlamaları durumunda “mülteci” olarak kabul edilerek koruma altına alınmıştır. Ancak ülkesini terk etmek zorunda kalan herkes bu statüyü elde edemediği gibi ülke içerisinde yer değiştirenler her ne kadar “ülkesel mülteci” adıyla anılsa da bu korumadan yararlanamaz. Mülteci statüsü elde edemeyen bu kişilerin korunması gerektiği ise açıktır. Bu nedenle anılan kişilerin başka ne tür bir korumadan yararlandırılabilceği önemli bir sorudur.

Silahlı çatışmalar nedeniyle yerinden edilen kişiler için koruma sağlayacak kuralların başında bu süreçte uygulanan insancıl hukuk ve her dönemde koruma sağlayan insan hakları hukuku gelmektedir. Uluslararası silahlı bir çatışmada şartları taşıyan kişiler mülteci statüsünün getirdiği korumanın yanında bu korumanın yetersiz kaldığı veya mülteci hukukunun askıya alındığı durumlarda insancıl hukuk kuralları sayesinde koruma bulacaktır. Ancak insancıl hukukun korunması mültecilerin korunan kişi kategorilerinden birine dâhil olması durumunda mümkündür. Mülteciler genellikle sivil olarak bu korumadan yararlanabilmektedir. 1951 Cenevre Sözleşmesi 9. maddesi mülteci hukukunun savaş zamanında da uygulanacağını öngördüğünden bu iki hukuk alanına ait kuralların aynı anda uygulama bulacağı açıktır. Bu durum anılan kurallar arasında bir çatışma yaşanması ihtimalini doğurmaktadır. Bir çatışma yaşanması durumunda sorun

⁸³ **TOPAL**, s. 205-209.

kişinin lehine çözülecek, mülteci en iyi koruma sağlayan hükümden yararlanacaktır. Bu durum 1951 Cenevre Sözleşmesi'nin 5. maddesinde de teyit edilmiştir.

Ülke içinde yaşanan bir iç çatışma durumunda ise kişiler genelde ülke içerisinde yer değiştirmektedir. Ülkesi dışında bulunmayan bu kişiler mülteci statüsü kazanamaz. Bu nedenle söz konusu kişiler iç hukukun koruması kapsamındadır. Ancak uluslararası nitelikte olmayan bu tip silahlı çatışmalara insancıl hukukun tüm hükümleri uygulanmasa da Cenevre Sözleşmeleri'nin ortak 3. maddesi ve 1977 tarihli Ek II No'lu Protokol'ün hükümleri de bu kişileri koruyacaktır.

İnsan hakları hukuku da hem uluslararası hem de uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda yerinden edilen kişileri koruyacak diğer bir hukuk sahasıdır. Ancak yerinden edilen kişilerin korunması için temel çözüm buna sebep olan durumların ortadan kaldırılmasıdır. Bu her durum için mümkün olmasa da silahlı çatışmalar kaynaklı yerinden edilmeler için mümkündür. Çözüm sorunların silahlı çatışma aşamasına gelmeden BM'nin de yardımıyla çözülmeye çalışılması, aksi bir durumda ise insancıl hukukun yerinden edilmeye ilişkin hükümlerine ve insan haklarına ilişkin düzenlemelere uygun hareket edilmesidir. Silahlı çatışmaların ortaya çıkmaması ise BM Sözleşmesi md. 2/4'te düzenlenen kuvvet kullanma yasağının mutlak bir şekilde uygulanması ve özellikle suiistimale açık bir istisna olan meşru müdafaa'nın sınırlarının netleştirilmesi ve bu hükme aykırı hareket edenler için ağır bir yaptırım öngörülmesi ile mümkündür. Ağır yaptırımın ise kuvvet kullanma içermemesi, zira yeni bir silahlı çatışmanın yerinden edilen yeni kişiler doğuracağı ifade edilmelidir.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

- ACER Yücel / KAYA İbrahim**, Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- ALBAYRAK Gökhan**, “İnsancıl Hukukun Temel İlkeleri ve Bu İlkelerin Tarihsel Gelişim Safhaları”, Uluslararası İnsancıl Hukuk, (Ed. Fatma Taşdemir / Gökhan Albayrak), Ankara, 2018, s. 15-35.
- ASAR Aydoğan**, Yabancılar Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- BAGHERI Saeed**, Uluslararası İnsancıl Hukuk ve Nükleer Silahlar, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- BATUR YAMANER Melike**, Silahlı Çatışmalarda Sivilleri Korunması, 1. Baskı, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2007.
- BOZKURT Enver / POYRAZ Yasin / ERDAL Selcen**, Devletler Hukuku, 10. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- ÇİÇEKLi Bülent**, Uluslararası Hukukta Mülteciler ve Sığınmacılar, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- DOĞAN Vahit**, Türk Yabancılar Hukuku, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- DÜLGER Kenan**, Devletlerin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğu, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.
- EKŞİ Nuray**, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.
- ERTUĞRUL Ümmühan Elçin**, Uluslararası Silahlı Çatışmalar Hukukunda Bireysel Statüler, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2017 (Uluslararası Silahlı).
- ERTUĞRUL Ümmühan Elçin**, “Silahlı Çatışmadan Kaçanların (Yerinden Edilenlerin) Uluslararası Hukukta Korunması”, Ankara Barosu Dergisi, 2017/1, s. 152-180.
- FIELDMAN Ilana**, “Difficult Distinctions: Refugee Law, Humanitarian Practice and Political Identification in Gaza”, Cultural Anthropology, Vol:22, Iss: 1, 2007, s. 129-169.
- HATHAWAY James C.**, The Rights of Refugees under International Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

- HENCKAERTS Jean-Mare / DOSWALD-BECK Louise** (Çev. Emre Öktem ve diğerleri) Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku, C.1: Kurallar, 1. Baskı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 2005.
- HOLZER Vanessa**, "Persecution and the Nexus to a Refugee Convention Ground in Non-International Armed Conflict", *Refuge from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law*, (Ed. David James CANTOR / Jean-François DURIEUX), Brill Nijhoff Publishing, Boston, 2014, s. 101-128.
- JACQUES Mélanie**, *Armed Conflict and Displacement*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- JAQUEMENT Stephane**, "Expanding Refugee Protection through International Humanitarian Law", *Refuge from Inhumanity? War Refugees and International Humanitarian Law*, (Ed. David James CANTOR / Jean-François DURIEUX), Vol:2, Brill Nijhoff Publishing, Boston, 2014, s. 79-98.
- KNEEBONE Susan**, "Introduction: Refugees and Asylum Seekers in the International Context", *Refugees, Asylum Seekers on the Rule of Law, Comparative Perspectives*, (Ed. Susan Kneebone), Cambridge University Press, Cambridge, 2009, s. 1-32.
- MERAY Seha L.**, *Devletler Hukukuna Giriş*, C.2, 1. Baskı, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1962.
- ODMAN M. Tevfik**, "Mülteci Hukukunda Uluslararası Düzenlemeler ve Uluslararası Standartlar", *Türk Mülteci Hukuku ve Uygulamadaki Gelişmeler*, İstanbul Barosu Yayınları, 2004, s. 11-51.
- ÖKTEM Emre**, *Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları*, 2. Baskı, Derin Yayınları, İstanbul, 2011.
- ÖRNEK Serdar**, *Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı 1991 ve 2003 Irak Harekâtları*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- ÖZTÜRK Neva**, *Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- PAZARCI Hüseyin**, *Uluslararası Hukuk*, 19. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.
- REÇBER Sercan**, *İnsancıl Müdahale ve Koruma Sorumluluğu*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.
- SBEARER Ivan**, "A Revival of Just War Theory", *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines*, (Ed. Micheal Schmitt / Jelena Pejic), Boston, 2007, s. 1-21.

- SHAW Malcolm**, International Law, 7 th Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- STEWART James G.**, "Towards a Single Definition of Armed Conflict in International Humanitarian Law: A Critique of Internationalized Armed Conflict", The Peter A Allard School of Law Allard Research Commons, Vol: 85, No: 850, s. 313-350.
- SUR Melda**, Uluslararası Hukukun Esasları,13. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.
- TANERİ Gökhan**, Uluslararası Hukukta Mülteci ve Sığınmacıların Geri Gönderilmemesi (Non-refoulement) İlkesi, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2012.
- TAŞDEMİR Fatma**, Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- TOPAL Ahmet Hamdi**, Mülteci Hukuku ve Silahlı Çatışma Kaynaklı Sığınmacılar, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019.
- TÜTÜNCÜ Ayşe Nur**, İnsancıl Hukuka Giriş, 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2006.
- UÇAR Azime Ayça**, Uluslararası Hukuk Kuralları Çerçevesinde Nükleer Silah Kullanımı, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- UNHCR, El Kitabı.

Sözleşmeler, Kararlar ve Raporlar

- UNHCR Executive Committee, Conclusion No. 80 (L), 1999, para. a, <http://www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c6ec/general-conclusion-international-protection.html> (7.9.2021); UN General Assembly, Not on International Protection, 2 July 2003, A/AC.96/975, para. 53, <http://www.refworld.org/docid/3f1feb6d4.html> (7.9.2021).
- <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/195> (20.9.2021).
- The International Court of Justice, Advisory Opinion, 8 July 1996, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf> (1.10.2021).
- <https://www.unhcr.org/refugee-statistics/> (15.10.2021).
- <https://www.unhcr.org/search?query=1951%20Geneva%20Convention%20Relating%20to%20the%20Status%20of%20Refugees> (26.10.2021).

TÜRK CEZA HUKUKUNDA HAKSIZLIK YANILGISI (TCK m. 30/4)

*Mistake of Unjustness in Turkish Criminal Law
(Turkish Criminal Code art. 30/4)*

Arş. Gör. Arif Emre SÜMER*

ÖZET

Cezalandırma yoluna gidilebilmesi için suç işleyen kişinin haksızlık bilincine sahip olmasının gerekliliği, kusur ilkesinin bir sonucudur. Haksızlık bilinci, suç işleyen kişinin, işlediği fiilin hukuk düzeni ile çatışma hâlinde olduğunu bilmesidir. Algılama yeteneğine sahip olan kişinin kural olarak haksızlık bilincine de sahip olduğu kabul edilmektedir. Bazı durumlarda fail, fiilin hukuk düzeni tarafından tasvip edildiği hususunda hataya düşebilmektedir. Burada suçun maddi unsurları üzerinde bir hata söz konusu olmayıp, fiili hukuka aykırı kılın hukuk normu üzerinde hataya düşülmektedir. TCK m. 30/4, söz konusu hatanın kaçınılmaz olduğu durumları “haksızlık yanılığı” adı altında kusurluluğu kaldıran bir sebep olarak düzenlemiştir. Bu çalışmada, son derece sınırlı hâllerde uygulama kabiliyetini haiz olan haksızlık yanılığı kurumu ana hatlarıyla incelenmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Haksızlık yanılığı, Kaçınılmaz hata, Kaçınılabilir hata, Kusurluluk, Kusurluluğu etkileyen sebepler.

* Arş. Gör., İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı,
E-posta: arifemre.sumer@bakircay.edu.tr,
ORCID: 0000-0001-7382-4922.

ABSTRACT

For a person to be punished, that person must be awareness of injustice. This is a consequence of the flaw principle. Awareness of injustice is the fact that the guilty knows that his act is in conflict with the legal order. It is accepted that the person who has the ability to perceive also has the awareness of injustice as a rule. In some cases, the offender may make a mistake that his act is not approved by the legal order. Here, there is no error on the material elements of the offense , but on the legal norm that makes the act illegal. TCK m. 30/4 has regulated the situations in which the said error is inevitable as a reason that eliminates the defectiveness under the name of “mistake of unjustness”. In this study, it will be tried to analyze the mistake of unjustness, which has the ability to be applied in extremely limited situations, with the main lines.

Key Words: Mistake of unjustness, Inevitable mistake, Avoidable mistake, Defectiveness, Reasons affecting the defectiveness.

GİRİŞ

Çağdaş ceza hukukunda kusur ilkesinin benimsenmiş olması sebebiyle, cezalandırma yoluna gidilebilmesinin şartlarından biri de, suç işleyen kişinin haksızlık bilincine sahip olmasıdır. Haksızlık bilinci, işlenen fiilin hukuk düzeni tarafından tasvip edilmediğinin bilincinde olunmasını ifade eder¹. Kural olarak algılama yeteneğine sahip olan kişinin, haksızlık bilincine de sahip olduğu belirtilmektedir². Bu sebeple kanun koyucu, haksızlık bilincini hükme bağlamak yerine, bunun istisnasını oluşturan haksızlık yanılgısını TCK m. 30/4’te düzenleme yoluna gitmiştir. Haksızlık yanılgısı, kişinin işlediği fiilin

¹ SÖZÜER, Adem, “Hukuki Hata”, **Yargıtay Dergisi**, C. 21, S. 4, 1995, s. 474; ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. bs., Ankara, Seçkin, 2020, s. 491; KARAKURT, Ahu, “Türk Ceza Kanunu’nda Hata,” **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 10, 2009, s. 141.

² AKBULUT, Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. bs., Ankara, Adalet, 2019, s. 546.

hukuk düzeni ile çatışma hâlinde olduğunu bilmemesidir. Burada kişi suçun maddi unsurlarında değil, o suçu hukuka aykırı hâle getiren normun varlığında hataya düşmektedir. İşlenen fiilin hukuka aykırılığı noktasında hataya düşülmesi, kusurluluğu azaltmakta ya da tamamen ortadan kaldırmaktadır. Kusurluluğu azaltan hata kaçınılabılır hata iken, kusurluluğu kaldıran hata kaçınılmaz hatadır. TCK, kaçınılmaz hatanın varlığını, failin kusurluluğunun ortadan kalkacak olması sebebiyle bir cezasızlık hâli olarak öngörmüş, failin kaçınılabılır bir hata içinde bulunması durumunda ise, ceza sorumluluğunun nasıl tayin edileceğine ilişkin bağımsız bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bu çalışmada; haksızlık yanılığı kurumunun hukuki niteliği, kaçınılmaz hata kavramı ve bu hata türünün nasıl tespit edileceği ile ilgili hususlar analiz edilecek, bu kurumun TCK'nın diğer bazı hükümleri ile ilişkisi ortaya konulmaya çalışılacaktır.

I. CEZA HUKUKUNDA YANILMA (HATA) KAVRAMI VE YANILMAYA BAĞLANAN SONUÇLAR

Hata kavramı sözlükte; *“istemeyerek ve bilmeyerek yapılan yanlış, kusur, yanılma, yanılığı”* şeklinde tarif edilmektedir³. Ceza hukuku kapsamında hata kavramı ise en genel anlamıyla; fail tarafından, gerçeğin bilinmemesi ya da eksik bilinmesi sonucunda yanlış hüküm verilmesini ifade eder⁴. Hata sonucunda failin iradesi ile ortaya çıkan netice arasında bir uyumsuzluk bulunmaktadır⁵.

³ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr/>, (E.T.: 8.11.2021); Bu kavram hukuk sözlüklerinde de kelime anlamına paralel olarak, *“gerçeğe uygun olmama durumu”* ya da *“yanılma”* şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz., YILMAZ, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 10. bs., Ankara, Yetkin, 2011, s. 523; ALPDÜNDAR, Remzi, **Hukuk Sözlüğü**, 1. bs., İstanbul, Arpaz, 1977, s. 126.

⁴ DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II**, 14. bs., İstanbul, Der, 2019, s. 551; DEMİREL, Hakkı, “Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 3-4, 1955, s. 94; ŞENOL, Cem, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Suçun Maddi ve Manevi Unsurlarında Hata (TCK m. 30/1-2)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 13, S. 38, s. 118; İÇEL, Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. bs., İstanbul, Beta, 2014, s. 427.

⁵ DÖNMEZER/ERMAN, **Cilt II**, s. 551; YAVUZ, Hakan A., “Türk Ceza Hukukunda Haksızlık Hatası (TCK m. 30/4) (Teoride ve Güncel Yargıtay Uygulamasında),”

Ceza hukukunda hata, fiili hata-hukuki hata ya da tipiklikte hata-haksızlık yanılgısı gibi çeşitli ayrımlar altında ele alınmaktadır⁶. Öğretilde, fiili hata-hukuki hata ayrımının klasik ceza hukuku öğretisi taraftarlarınca benimsendiği ve günümüzde artık etkisini yitirdiği belirtilmektedir⁷. Hata kavramına ilişkin tipiklikte hata-haksızlık yanılgısı ayrımı ise fiili hata-hukuki hata ayrımına getirilen eleştiriler üzerine inşa edilmiştir. Buna göre; fiili hata-hukuki hata ayrımında yalnızca suçun “deskriptif” maddi unsurlarında hata kabul edilmiş iken, bu ayrımında suçun hem “deskriptif” hem de “normatif” unsurlarında düşülen hata kastı ortadan kaldırmaktadır. Bu ayrımın diğer ayrımdan ayrıldığı ikinci esaslı nokta ise haksızlık yanılgısının kastı değil kusuru kaldırdığı hususudur⁸.

Tipiklik hatasında, failin işlediği fiilin suç oluşturduğu noktasında bir hatası bulunmamakla birlikte, suçun maddi unsurlarında bir yanılma söz konusudur⁹. Haksızlık yanılgısında ise fail, işlediği fiilin suç oluşturduğunu bilmemekte ya da hukuk kuralını yanlış yorumlaması neticesinde bu sonuca varmaktadır¹⁰. Dolayısıyla, tipiklik hatası suçun maddi yapısı ile ilgili iken, haksızlık yanılgısı fiilin hukuka aykırılığına ilişkindir¹¹.

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 12, S. 46, 2021, s. 203; SARIGÜL, Ali Tanju, “Ceza Hukukunda Hata Kavramı ve Suçun Maddi Unsurlarında Hatanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 2, 2019, s. 666.

⁶ EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, M. Emin, **Ceza Hukuku Genel Hükmeler**, 14. bs., Ankara, Seçkin, 1997, s. 118; DEĞİRMENCİ, Olgun, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 110, 2014, s. 130; ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, M. Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 15. bs., Ankara, Seçkin, 2016, s. 286.

⁷ ŞENOL, s. 123; KARAKURT, s. 112; SARIGÜL, **Maddi Unsurlar**, s. 672.

⁸ ŞENOL, s. 124; SARIGÜL, **Maddi Unsurlar**, s. 672.

⁹ KEYMAN, Selahattin, “Tipiklik ve Ceza Hukuku”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 37, S. 1, 1980, s. 98.

¹⁰ SOYER GÜLEÇ, Sesim, “Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı (TCK m. 30/4)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 1, 2008, s. 61; DEMİREL, s. 101-102; HEINRICH, Bernd, **Ceza Hukuku Genel Kısım-II**, ed. Yener Ünver, Ankara, Adalet, 2015, s. 132.

¹¹ SOYER GÜLEÇ, s. 62; YAVUZ, s. 203; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 464.

Hata hükümlerinin düzenlendiği TCK m. 30'da¹², doğrudan tipiklik hatası-haksızlık yanılması ayırımına yer verilmemekle birlikte, hata hâlinin hukuki sonucu esas alınarak, bu ayırımı temeline alan kastı kaldıran hata ve kusurluluğu kaldıran hata şeklinde bir ayırımı gidilmektedir¹³. Suçun maddi unsurlarında hata (TCK m.30/1), suçun nitelikli unsurlarında hata (TCK m. 30/2), hukuka uygunluk sebeplerinin maddi unsurlarında hata (TCK m. 30/3) kastı kaldıran hata olarak; kusurluluğu etkileyen sebeplerin maddi unsurlarında hata (TCK m. 30/3) ve fiilin haksızlık oluşturduğuna ilişkin kaçınılmaz hata, yani haksızlık yanılması (TCK m. 30/4), kusurluluğu kaldıran hata olarak düzenlenmiştir¹⁴. Bu çalışmada yalnızca haksızlık yanılması incelenecek, diğer hata türlerine haksızlık yanılması ile farklarını ortaya koyma durumu haricinde değinilmeyecektir.

II. HAKSIZLIK YANILGISI

A. Genel Olarak

Kusur ilkesinin benimsendiği bir ceza hukuku sisteminde bir kimsenin cezalandırılabilmesi için, kişinin işlediği fiilinin hukuk düzeni tarafından tasvip edilmediğini bilmesi gerekir. Fiilinin hukuka

¹² TCK m.30: "(1) Fiilin icrası sırasında suçun kanunî tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır. (2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. (3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. (4) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz."

¹³ ŞEN, Ersan/AKPINAR, Selvacan "Ceza Hukukunda Hata", **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 16, S. 180, 2021, s. 1560; YAVUZ, s. 205; ŞENOL, s. 124; SARIGÜL, **Maddi Unsurlar**, s. 673.

¹⁴ SOYER GÜLEÇ, s. 62; DEĞİRMENCİ, s. 136; TCK m. 30/3'te hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata ile kusurluluğu etkileyen sebeplerin maddi unsurlarında hatanın ayırım yapılmaksızın birlikte düzenlenmesi öğretide eleştirilmekle birlikte, bu iki hata türünün birbirinden farklı olduğu ve hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kastı, diğerinin ise kusurluluğu ortadan kaldırdığı hususunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Bkz., DÜLGER, Murat V./ÖZKAN, Onur/BAKDUR, Merve, "Ceza Hukukunda Hata ve Hataya Bağlanan Sonuçlar" **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C. 12, S. 45, 2021, s. 30.

aykırı olduğu hususunda hataya düşen kişinin kusurluluğundan bahsedilemeyeceği için, cezalandırılması da kusur ilkesine aykırı olacaktır¹⁵. Bu sebeple, kusur ilkesini benimseyen ceza kanunları, sırf bir hukuk kuralını hatası sebebiyle bilmediği için bir kimsenin cezalandırılmasını engellemek maksadıyla haksızlık yanılgısı düzenlemesine yer vermektedir¹⁶. Nitekim bir ceza kanununda haksızlık yanılgısına yer verilip verilmemesi, o kanunun kusur ilkesini benimseyip benimsemediğinin en büyük göstergesidir¹⁷.

Türk Ceza Hukuku sisteminde haksızlık yanılgısı kurumuna, TCK'nın "Hata" başlıklı 30. maddesinin dördüncü fıkrasında yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme şu hükmü içermektedir: "*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.*" Bu kurala göre fail, işlediği fiilin hukuka aykırılığı hususunda kaçınılmaz bir hataya düşmüş ise bu hatasından yararlanacak, kusurluluğu ortadan kalktığı için hakkında cezaya hükmedil-

¹⁵ MERAKLI, Serkan, **Ceza Hukukunda Kusur**, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2020, s. 174; DEĞİRMENCİ, s. 140; KARAKURT, s. 314; ERMAN, Sahir, "Hukuki Bilmeme", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 12, S. 2-3, 1946, s. 510; MAHMUTOĞLU, F. Selami, "TBMM Adalet Komisyonunda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş", **Türk Ceza Kanunu Reformu-İkinci Kitap**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, Şen, 2004, s. 361.

¹⁶ Haksızlık yanılgısı müessesesine ceza kanunlarında yer verilmesine ilişkin karşılaştırmalı hukukta üç sistem bulunmaktadır. Bunlardan ilkinde, haksızlık yanılgısı kurumu ile ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz kuralına ceza kanunlarında yer verilmemektedir. İkinci sistemi benimseyen ülkelerde haksızlık yanılgısının mazeret sayılamayacağı kanunda açıkça düzenlenmektedir. Son sistemde ise haksızlık yanılgısı kurumuna yer veren ülkeler bulunmaktadır. Bkz. PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer, **5237 Sayılı TCK'da Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler**, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2010, s. 251-252; Örneğin, haksızlık yanılgısı kurumu Fransız Ceza Kanunu'nun 122-3 maddesinde "*Kaçınamayacağı bir hukuk üzerine bir hata sebebiyle hukuka uygun olduğuna inanarak bir fiili icra ettiğini gerçekleştiren kişinin ceza sorumluluğu yoktur*" denilmek suretiyle düzenlenmiştir. Bkz., ÇETİNKAYA, M. Buhari, "Fransız Ceza Hukukunda Haksızlık Hatası", **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 1, 2021, s. 14; Benzer şekilde Avusturya Ceza Kanunu'nun 9 ve 34. maddelerinde de haksızlık yanılgısı kurumu düzenlenmiştir. Bkz., ERBAŞ, Rahime, "Haksızlık Hatasının Kaçınılabilir Olduğunu Gösteren Ölçütlerin Kanunda Öngörülmesi: Avusturya Ceza Kanunu Örneği", **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 14, S. 40, 2019, s. 379.

¹⁷ SÖZÜER, Adem, "Türk Ceza Hukuku Reformu Dünü Bugünü ve Yarını", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C. 21, 2019, s. 3046.

mesi olanaklı olmayacaktır. Hükümden de anlaşılacağı üzere haksızlık yanılığının gündeme gelmesi, kişinin hukuk kuralını ancak kaçınılmaz bir hatası sebebiyle bilmediği durumlarda mümkün olacaktır. Bu sebeple söz konusu kuralın oldukça sınırlı bir uygulama alanına sahip olduğu belirtilebilir.

Haksızlık yanılığının 5237 sayılı TCK'da düzenlendiği ilk yer farklıydı. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için, haksızlık yanılığının 765 Sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK'da düzenleniş şekilleri ayrı ayrı ele alınacak, bu karşılaştırmanın ardından ilgili kurum tüm yönleri ile incelenmeye çalışılacaktır.

B. Haksızlık Yanılığının 765 Sayılı TCK'daki Düzenleniş Şekli

Öğretide yasaklılık hatası¹⁸, hukuki hata¹⁹, haksızlık hatası²⁰, kural üzerinde hata²¹, haksızlık bilincinin bulunmaması gibi farklı isimlerle de ifade edilen haksızlık yanılığısı kurumu, 765 sayılı TCK'nın 44. maddesinde düzenlenmekteydi. 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan alınan söz konusu madde "*Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*" hükmünü içermekteydi²². Hükümden de anlaşılacağı üzere 765 sayılı TCK döneminde "*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*" kuralı istisnaya yer verilmeksizin mutlak şekilde uygulanmakta, kişinin işle-

¹⁸ AKBULUT, **Genel Hükümler**, s. 605; ERMAN, R. Barış, "Yanıılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi", İstanbul Üniversitesi SBE, **Yayımlanmamış Doktora Tezi**, 2006, s. 122.

¹⁹ SÖZÜER, **Hukuki Hata**, s. 466; HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 22. bs., Ankara, Adalet, 2019, s. 467; DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Bs., Ankara, Seçkin, 2021, s. 448; GÜNDÜZ, Nurcan, "Türk Ceza Hukukunda Hukuki Hata", **Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan**, Cilt 1, Ankara, Ankara Üniversitesi, 2015, s. 489; AKDAĞ, Hale, **Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran ve Azaltan Nedenler**, 1. bs., Ankara, Adalet, 2020, s. 228; BİRTEK, Fatih, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler**, 6. bs., Ankara, Adalet, 2018, s. 336.

²⁰ YAVUZ, s. 201; ÇETİNKAYA, s. 13.

²¹ TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 19. bs., Ankara, Savaş, 2013, s. 238.

²² ERSOY, Yüksel, "Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hatanın Hukuki-Psikolojik Anlamı", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 22, S. 4, 1967, s. 249.

diği fiilin hukuka aykırılığı noktasında hataya düşmesine herhangi bir sonuç bağlanmamaktaydı²³.

“*Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralının temeli Roma Hukukuna dayanmakla birlikte²⁴ bu kural Roma Hukukunda ilke olarak uygulanmamış, yalnızca yöresel birtakım normların bilinmemesi mazeret olarak kabul edilmemiştir²⁵. Bu kural esas olarak objektif ceza sorumluluğu anlayışının kabul edildiği Kilise Hukukunda geniş bir uygulama alanı bulmuştur.²⁶

765 sayılı TCK döneminde söz konusu kuralın benimsenmesi pratik mecburiyete dayandırılmaktaydı. Zira böyle bir kuralın kabul edilmemesi durumunda, suç işleyen kişilerin kanunları bilip bilmediklerinin her somut olayda araştırılmasının gerekeceği ve bu durumun cezalandırmayı çok zorlaştıracağı için toplum barışının sağlanmasını

²³ EREM, Faruk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt: I Genel Hükümler**, 8. bs., Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1968, s. 102; SOKULLU-AKINCI, Füsün, “Ceza Hukukunda Kusurluluk”, **Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler**, Beta, İstanbul, 1998, s. 100; TANER, Tahir, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, 3. bs., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1953, s. 388; ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: II-III**, 2. bs., İstanbul, Beta, 1992, s. 332; GÜNDÜZ, s. 531; SÖZÜER, **Hukuki Hata**, s. 489; GÜNGÖR, Devrim, “Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 68, 2007, s. 148; ERSOY, Yüksel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 1. bs., Ankara, İmaj, 2002, s. 112; EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 119.

²⁴ TÜRKÖĞLU, H. Gökçe, **Roma Hukukunda Suç ve Ceza**, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2017, s. 216; HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. bs., Ankara, US-A, 2012, s. 317; SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. bs., Ankara, Yetkin, 2014, s. 459; APAYDIN, Cengiz, **Ceza Hukukunda Kusurluluk**, 1. bs., Ankara, Seçkin, 2018, s. 80.

²⁵ KARAKURT, s. 134.

²⁶ DEMİRBAŞ, s. 448; KARAKURT, s. 134-135; İslam Ceza Hukukunda da kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralı bulunmakla birlikte bu kural mutlak şekilde uygulanmamakta, bu hukuk sisteminde bilmeme ve hatta genel olarak cehalet dahi mazeret sebebi olarak kabul edilmektedir. İslam Ceza Hukukunda haksızlık yanılgısı kurumu hakkında detaylı bilgi için bkz., AYDIN, Hakkı, “İslam ve Türk Ceza Hukukunda Hukuki Bilmeme (Cehalet)”, **Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, S. 1, 1996, s. 29-64; Öğretide *Avcı*, İslam ülkelerinde yaşayan insanların, had ve kısas suçlarının yasak olduğunu bilmedikleri yönündeki mazeretlerinin kabul edilemeyeceğini belirtirken, tazir suçları bakımından bunun mümkün olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, İslam Ceza Hukukunda da suç işleyen kişinin haksızlık yanılgısından yararlanabilmesi için hatasının kaçınılmaz olması gerekmektedir. Bkz., AVCI, Mustafa, **Osmanlı Ceza Hukuku I- Genel Hükümler**, 3. bs., Ankara, Adalet, 2018, s. 158-160.

da olumsuz sonuçlara yol açacağı belirtilmekteydi²⁷. Yine bu dönemde öğreti tarafından, “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralının mutlak şekilde uygulanmasının adaletsizliklere yol açtığı savunulmaktaydı²⁸. Nitekim Yargıtay da bu dönemde vermiş olduğu bazı kararlarında, kuralın sert şekilde uygulanmasının yol açacağı adaletsizlikleri gidermek amacıyla, failin işlediği fiilin hukuka aykırılığı noktasında düştüğü kaçınılmaz hatayı mazeret olarak kabul etmiştir²⁹. Ancak

²⁷ MAHMUTOĞLU, Fatih S./ÜNVER, Yener, “Kanunu Bilmemek Mazeret Sayılmaz Kuralı Üzerine”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 72, S. 4-5-6, 1998, s. 377; TANER, s. 169; GERÇEKER, Hasan, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu- Cilt I*, 5. bs., Ankara, Seçkin, s. 138; EREM, s. 104; TOROSLU, s. 241; Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz kuralının hukuki esasını açıklayan üç görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki olan karine görüşüne göre, hukuk düzeninde ülkede yaşayan herkesin kanunları bildiği karinesi vardır. Faraziye görüşü, ülkede yaşayan herkesin kanunları bildiğini varsaymaktadır. Görev/ödev görüşüne göre ise, bir ülkede yaşayan herkes, o ülkenin kanunlarını bilme yükümlülüğü altındadır. Karine görüşünün kabulü hâlinde ceza sorumluluğundan kurtulmak mümkün iken, faraziye ve görev görüşüne göre kuralın aksini ispat mümkün değildir. Hukuku bilmemek mazeret sayılmaz kuralının hukuki dayanağını açıklamaya çalışan son görüş ise bu kuralın sosyal bir zorunluluktan kaynaklandığını belirtmektedir. Nitekim aksi bir kabul cezalandırmayı çok zorlaştıracaktır. Bu son görüşün diğer üç ana görüş ile doğrudan ilgili olduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple bazı yazarlar bu görüşü ayrı bir grup hâlinde incelememektedir. Bu görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz., ERMAN, *Hukuki Bilmeme*, s. 518-524; DEMİRBAŞ, s. 449, KARAKURT, s. 135-136.

²⁸ EREM, s. 103; TOROSLU, s. 241; SOYASLAN, s. 460; SOKULLU-AKINCI, s. 100; ERSOY, *Genel Hükümler*, s. 113; EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 128; APAYDIN, Cengiz, “Ceza Hukukunda Hukuki Hata”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 12, S. 133, 2017, s. 37; SZABO, I, “Kimsenin Kanunu Bilmediği Kabul Olunamaz Kuralının Günümüzdeki Yeri”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, çev. Köksal Bayraktar, C. 3, S. 4, 1969, s. 282-284; Bir görüşe göre 5237 sayılı TCK m. 30/4’te haksızlık yanılıgısı hükmüne yer verilmesinin sebebi de 4. madde ile getirilen “ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” kuralının mutlak olarak uygulanmaması gerektiğine ilişkin eleştirileri bertaraf etmektedir. APAYDIN, *Hukuki Hata*, s. 37.

²⁹ SÖZÜER, *Hukuki Hata*, s. 489; ÖNDER, s. 332; GÜNDÜZ, s. 532; KARAKURT, s. 138-139; “*İktisadi mahiyette bulunan, kömürün izinsiz başkasına devredilmesi suçuna henüz Türkçe bilmeyen ve konuşmayan bir şahsın yaşağı bilmemesi sebebiyle suça iştiraki de bahis konusu olamaz.*” YCGK., 10.10.1952, E. 2004/941, K. 2004/942. Bkz., APAYDIN, *Hukuki Hata*, s. 42; Yargıtay bu kararlarının çoğunda, failin kanunu bilmemesini kastı ortadan kaldıran bir sebep olarak değerlendirmiştir. Bkz., DEMİRBAŞ, s. 454; YAVUZ, s. 216; ÖZGENÇ, s. 493; “*Seçim bittikten sonra muhafazası lazım gelen oy pusulalarını saniğın yakmasının, lüzum kalmadığı yolundaki kanaatinden ileri geldiğini müdafaaten beyan etmesine göre; bu müdafaa hilafında kastı cürmü takip ettiği hakkındaki sübut delilleri gösterilmeksizin mahkumiyet kararı verilmesi...*” Yarg. 3. CD., T. 18.1.1951, 10370/234.

öğretideki yazarlar, söz konusu katı kuralın ortaya çıkardığı olumsuz sonuçların yalnızca Yargıtay içtihatları ile giderilemeyeceğini, “haksızlık yanılgısı” kurumunun kanuni güvenceye kavuşturulması gerektiğini ifade etmekteydiler³⁰.

C. 5237 Sayılı TCK’da Haksızlık Yanılgısı

1. Genel Olarak

Haksızlık yanılgısı kurumuna 5237 sayılı TCK’nın ilk hâlinde, “*ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralının düzenlendiği 4. maddenin ikinci fıkrasında yer verilmişti³¹. Bu düzenleme “*Ancak sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz*” hükmünü içermektedir. Öğretide bu hükmün, hem haksızlık yanılgısı müessesesinin özülle bağdaşmaması hem de maddi unsurlarda hata hükümleri ile karıştırılabilmeye müsait bir açıklama içermesi gerekçeleriyle, hatalı ve sakıncalı bir şekilde düzenlendiği belirtilmekteydi³². 29.06.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanun ile TCK’nın 4. maddesinin ikinci fıkrasının ilga edilmesi ile bu kurum, 30. maddenin dördüncü fıkrasında “*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz*” şeklinde düzenlenmiştir. Hükmün hem yeni ifadesi-

³⁰ ÖNDER, s. 332; GÜNDÜZ, s. 532.

³¹ Görüleceği üzere 765 sayılı TCK, yalnızca ceza kanunlarının değil, yürürlükte bulunan bütün kanunların fail tarafından bilinmemesinin mazeret olarak ileri sürüleceğini öngörmekte iken; 5237 sayılı TCK, bu meseleyi daha dar açıdan ele alarak, ceza kanunları dışındaki kanunların bilinmemesinin mazeret olarak kabul edileceğini açıkça düzenlemiştir. YAŞAR, Osman/GÖKCAN, H. Tahsin/ARTUÇ, Mustafa, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu-1. Cilt**, 2. bs., Ankara, Adalet, 2014, s. 121; YAVUZ, s. 207; SOYER GÜLEÇ, s. 66; KARAKURT, s. 138. Bununla birlikte, haksızlık yanılgısı kurumunun 5237 sayılı TCK ile kabul edilmesi ile beraber söz konusu farklılığın bir önem ifade etmediği söylenebilir. Bu hususa aşağıda değinilecektir.

³² ARTUK, M. Emin/ÇINAR, Ali Rıza, “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, **Türk Ceza Kanunu Reformu-İkinci Kitap**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, Şen, 2004, s. 76; ÜNVER, Yener, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kusurluluk”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 1, 2006, s. 38.

nin hem de haksızlık yanılığının kusurla ilgili olması sebebiyle düzenlendiği yerin daha isabetli olduğu ifade edilmektedir³³.

Öğretide yeni düzenleme ile Alman Ceza Kanunu'nun 17. maddesindeki hükme benzer bir formül getirildiği belirtilmektedir³⁴. Alman Ceza Kanunu'nun ilgili hükmü şu şekildedir: "*Fail fiili işlediği sırada hukuka aykırı olmayan bir şekilde hareket ettiği görüşünde ve bu yanılma kaçınılmaz ise kusursuz hareket etmektedir.*"³⁵ Görüleceği üzere Alman Ceza Kanunu'nun 17. maddesindeki hüküm ile TCK m. 30/4'te yer verilen düzenlemenin hem lafzi açıdan hem de hukuki içerik bakımından oldukça yakın olduğu anlaşılmaktadır. Her iki kanun da haksızlık yanılığını kusurluluğun içinde değerlendirmiş, haksızlık yanılığının varlığı hâlinde failin kusurluluğunun ortadan kalkacağını hükme bağlamıştır. Haksızlık yanılığı ile kusurluluk arasındaki

³³ ÖZBEK, V. Özer/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. bs., Ankara, Seçkin, 2019, s. 434; ÜNVER, s. 39; MERAN, Necati, "Türk Ceza Kanununda Yasak Hatası," **Terazi Hukuk Dergisi**, S. 32, 2009, s. 71; Öte yandan, öğretilerde hükmün düzenleniş yerinin sorun yaratmaya uygun olduğunu belirten yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlardan *Gündüz'e* göre, haksızlık yanılığının varlığı hâlinde kastın mı yoksa kusurluluğun mu ortadan kalkacağı meselesi tartışılmadan, bu kurumun maddi unsurlarda hatayı düzenleyen TCK m. 30'un içinde düzenlenmesinde isabet bulunmamaktadır. Yazar ayrıca, fiilin hukuka aykırılığı ile haksızlık teşkil ettiği hususlarında hataya düşmenin aynı anlama gelmediğini, Alman Ceza Kanunu'ndaki değişikliklerin Türk kanun koyucusu tarafından tam olarak anlaşılmadığını, dolayısıyla TCK düzenlemesinin bu yönü ile de sakıncalı olduğunu belirtmektedir. GÜNDÜZ, s. 536 vd.; Hükmün düzenleniş yerinden yola çıkılarak haksızlık yanılığının kusur ile bağlantısının kurulamayacağını, haksızlık yanılığı kurumunun terminolojik açıdan hatalı bir yerde ve eksik bir açıklama ile düzenlendiğini savunan başka bir görüş için bkz., MERAKLI, s. 434-435; Öğretilerde *Donay* da haksızlık yanılığı kurumunu ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz kuralının istisnası olarak kabul ettiği için, bu düzenlemenin eski yerinin daha isabetli olduğunu savunmaktadır. Bkz., DONAY, Süheyl, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, 1. bs., Beta, İstanbul, 2007, s. 49; Öğretilerde *Hafizoğulları/Özen* de haksızlık yanılığının varlığı hâlinde failin kastının mı yoksa kusurluluğunun mu kalkacağını tartışılması yapılmadan, hükme fiili hatayı düzenleyen TCK m.30'da yer verilmesinin hatalı olduğunu belirtmektedir. Bkz., HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 317.

³⁴ DEMİRBAŞ, s. 451; APAYDIN, **Hukuki Hata**, s. 34; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 253; ŞENOL, s. 118; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 434; Haksızlık yanılığı kurumunun düzenlendiği diğer ülke kanunları hakkında bilgi için bkz., SÖZÜER, **Hukuki Hata**, s. 486-488.

³⁵ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 434; Ayrıca bkz., SÖZÜER, **Hukuki Hata**, s. 487: "*Yasak hatası: Şayet fail, fiilin icrası sırasında hukuka aykırı hareket etme bilincine sahip değilse ve bu hatasından kaçınılabiliyorsa, kusurlu hareket etmiş olmaz.*"

ilişkiye aşağıda değinilecektir. İki kanunun da haksızlık yanılgısının varlığı için aradığı bir diğer ortak unsur, failin hatasının kaçınılmaz olması gerektiğine ilişkindir.

Haksızlık yanılgısında fail, fiili bilerek ve isteyerek işlemekte, ancak fiilinin hukuka aykırı olmadığını yani meşru olduğunu düşünmektedir³⁶. Diğer bir deyişle fail, fiilinin hukuka aykırı olduğu bilincini taşımamakta, bu hususta hataya düşmektedir³⁷. Haksızlık yanılgısına TCK m. 30'da "Hata" başlığı altında yer verilmesinin sebeplerinden biri de budur³⁸.

2. Kusurun Bir Unsuru Olarak "Haksızlık Bilinci"

Kusur ilkesinin kabul edildiği bir ceza hukuku sisteminde, bir kimsenin cezalandırılabilmesi için mutlaka "kusurlu" bulunması gerekmektedir³⁹. Kusurluluğun, kusur yeteneği ve haksızlık bilinci olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır. Kişinin cezalandırılabilmesi için işlediği fiilinin haksızlık teşkil ettiğinin, yani hukuk düzeni tarafından tasvip edilemez olduğunun bilincinde olunmasına haksızlık bilinci denmektedir⁴⁰. Kusurluluğun diğer unsuru olan kusur yeteneği ise algılama ve irade yeteneğinden oluşur. Algılama yeteneği, fiilin hukuki anlam ve sonucunu anlayabilecek durumda olmayı belirtirken; irade

³⁶ ARTUK, M. Emin/GÖKÇEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. bs., Ankara, Adalet, 2020, s. 654-655; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. bs., Ankara, Seçkin, 2021, s. 368; GÜNDÜZ, s. 497; AKBULUT, **Genel Hükümler**, s. 605; APAYDIN, s. 36; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 434; DEMİRBAŞ, s. 448; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 319-320.

³⁷ YERDELEN, Erdal, "Ceza Hukukunda Yorum Hatası (Der Subsumtionsirrtum)", **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 25, 2014, s. 79; DÜLGER/ÖZKAN/BAKDUR, s. 251; ÇETİNTÜRK, Ekrem/TÖNGÜR, Ali Rıza, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 1. bs., Ankara, Adalet, 2020, s. 271.

³⁸ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 434.

³⁹ ERSOY, Uğur, "Türk ve Alman Ceza Hukuku Sistemlerinde Kusur Prensibinin Kapsamı ve Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının Kusur Prensibi İle Bağdaştırılabilirliği", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 109, 2013, s. 206; BAYINDIR, Sinan, **Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı**, 1. bs., İstanbul, Oniki Levha, 2018, s. 5; APAYDIN, **Kusurluluk**, s. 41.

⁴⁰ ÖZGENÇ, s. 491; KARAKURT, s. 141; SÖZÜER, **Hukuki Hata**, s. 473-474; DÜLGER/ÖZKAN/BAKDUR, s. 251; ŞEN/AKPINAR, s. 1565; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 285; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 900.

yeteneği, kişinin davranışlarını yönlendirme yeteneği olarak ifade edilmektedir⁴¹.

Haksızlık bilinci ile algılama yeteneği arasında çok yakın bir ilişki bulunmaktadır. Algılama yeteneğine sahip olan bir kimsenin, kural olarak haksızlık bilincine de sahip olduğu kabul edilmektedir⁴². Nitekim algılama yeteneğine sahip olan kişi, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayabilecek ve dolayısıyla da fiili hukuka aykırı ise bunu bilebilecek durumdadır. Kişi, bu yeteneğe sahip olmasına rağmen suç işlediği için kusurlu bulunmakta ve cezalandırılmaktadır. Algılama yeteneği bulunmayan bir kimsenin haksızlık bilincine de sahip olmadığı söylenebilecekse de haksızlık bilinci bulunmayan bir kişinin her zaman için algılama yeteneğinin de bulunmadığını kabul etmek olanaklı değildir⁴³. Örneğin, bir akıl hastasının hem algılama yeteneği hem de haksızlık bilinci bulunmamakla birlikte, kusur yeteneğine sahip bir kişinin, münhasıran işlediği bir fiilden dolayı haksızlık bilinci bulunmayabilir. Başka bir deyişle yetişkin ve psikolojik ve fiziksel gelişimini tamamlamış bir kişi algılama yeteneğine sahip olmakla birlikte, işlediği fiilin hukuken tasvip edilemez olduğu hususunda hataya düştüğü için haksızlık bilincine sahip olmayabilir.

⁴¹ GÖKTÜRK, Neslihan, **Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi**, 1. bs., Ankara, Seçkin, 2016, s. 26; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 244; TURABİ, Selami, "Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 101, 2012, s. 271; AKBULUT, **Genel Hükümler**, s. 545-546; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 354; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 314-316; ÖZEN, Mustafa, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri**, 4. bs., Ankara, Adalet, 2019, s. 444-445; DEMİRBAŞ, s. 365-366; BAYINDIR, s. 8; APAYDIN, **Kusurluluk**, s. 49.

⁴² AKBULUT, **Genel Hükümler**, s. 546.

⁴³ GÖKTÜRK, **Haksızlık Yanılgısı**, s. 36; DÜLGER/ÖZKAN/BAKDUR, s. 252: Yazarlar, haksızlık bilincine sahip olmayan kişinin, kusur ilkesinin temelinde olan iyiy-le kötüyü ayırdıktan sonra, iradesini kınanabilir davranış yönünde kullanma bilincine sahip olmadığını ifade ederek, haksızlık bilincinin kusurun irade yeteneği ile ilgili olduğunu belirtmektedir. Kanaatimizce, haksızlık bilinci bulunmayan kişi, fiilin hukuka aykırılığını anlayabilecek durumda olmasına rağmen hataya düşerek bu hususu anlayamadığı için, haksızlık bilinci algılama yeteneği ile daha yakın ilişki içerisindedir. Ancak haksızlık bilinci bulunmayan kişinin, iradesini kınanabilir davranış yönünde kullanma yeteneği de bulunmayacağı için yazarların bu tespiti de isabetlidir.

Haksızlık bilincinin varlığı için kişinin işlediği fiilin kanunlarda suç olarak düzenlenmiş olduğunu veya hangi madde uyarınca cezalandırılacağını bilmesine gerek yoktur⁴⁴. Bunun yanında, özellikle Alman Hukukunda hâkim olan görüşe göre fiilin ahlaka aykırı olduğunun bilinmesi de haksızlık bilincinin varlığı için yeterli değildir⁴⁵. Nitekim her ahlaka aykırı davranış hukuk normlarını ihlal etmediği gibi, bir toplumda ahlaka aykırı davranışların kapsamı da zamanla değişebilmektedir⁴⁶. Ancak, failin işlediği fiilin ahlaka aykırı olduğu hususundaki bilincinin, fiilin hukuka aykırılığı noktasında düşülen hatanın kaçınılmaz olup olmadığı değerlendirmesi yapılırken göz önünde bulundurulmasında herhangi bir engel yoktur⁴⁷.

Failin bir fiil ile birden fazla suç işlemesi hâlinde, bu suçlardan biri bakımından haksızlık bilincine sahip iken diğeri bakımından haksızlık bilincine sahip olmaması mümkündür. Haksızlık bilincinin bölünüp bölünemeyeceği meselesi bağlamında tartışılan bu hususta, failin daha az cezayı gerektirse bile yalnızca haksızlık bilincine sahip olduğu suçtan dolayı cezalandırılması gerektiği savunulmaktadır⁴⁸. Nitekim kusur, tipikliği gerçekleşen suçun kusurudur ve ona doğrudan bağlıdır⁴⁹. Bu sebeple her suç bakımından kusurun bulunup bulunmadığı ayrıca araştırılmalıdır.

Haksızlık yanılgısı kurumunun temelinde bulunan haksızlık bilincinin hukuki esasını açıklayan iki görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerin hareket noktası, haksızlık bilincinin kast sahasında mı yoksa kusur

⁴⁴ SOYASLAN, s. 461; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 655; ÖZGENÇ, s. 491; SÖZÜER, **Hukuki Hata**, s. 480; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 369; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 900; DÜLGER/ÖZKAN/BAKDUR, s. 251; KARAKURT, s. 141; AKBULUT, **Genel Hükümler**, s. 606; BABA, Yasemin, "Haksızlık İçeriğindeki Azlığın Cezalandırma Üzerindeki Etkisi", İstanbul Üniversitesi SBE, **Yayımlanmamış Doktora Tezi**, 2017, s. 18; SARIGÜL, **Maddi Unsurlar**, s. 673.

⁴⁵ SOYER GÜLEÇ, s. 74-75; KARAKURT, s. 141; DEMİRBAŞ, s. 453: Yazarın verdiği bir örneğe göre; akıl hastası ile cinsel ilişkiye giren bir kişi, fiilin ahlaka aykırı olduğunu bilmekle birlikte, hukuk tarafından yasaklandığını bilmemesi hâlinde haksızlık bilinci olmadan hareket etmiştir.

⁴⁶ SÖZÜER, **Hukuki Hata**, s. 479.

⁴⁷ KARAKURT, s. 141.

⁴⁸ SÖZÜER, **Hukuki Hata**, s. 480; KARAKURT, s. 142.

⁴⁹ DÜLGER/ÖZKAN/BAKDUR, s. 252.

sahasında mı bulunması gerektiğine ilişkindir⁵⁰. Kast teorisine göre, hatanın bu türü kastı ortadan kaldırmaktadır. Nitekim haksızlık bilinci kastın bir unsurudur ve fail tarafından bilinmesi gerekir⁵¹. Bu görüşün kabulü hâlinde, failin kastının ortadan kalkacak olması sebebiyle, suçun maddi unsurlarında hata ile hukuka aykırılığı hususunda hatanın kast üzerindeki etkisi ve sonuçları aynı olacaktır⁵². Filinin hukuka aykırılığı hususunda taksiri sebebiyle hataya düşen failin, söz konusu fiilin taksirli hâlinin kanunda düzenlenmiş olması hâlinde cezalandırılması mümkün olacaktır⁵³.

Bugün öğretinin çoğunluğu tarafından kabul edilen kusur teorisi ise, haksızlık bilincini kusurun bir unsuru olarak kabul etmektedir. Bu teoriye göre haksızlık yanılığsı kastın dışında değerlendirilir⁵⁴. Bu

⁵⁰ BABA, s. 18; KARAKURT, s. 144-145; AKDAĞ, s. 234.

⁵¹ SÖZÜER, **Hukuki Hata**, s. 474; MERAKLI, s. 211; YERDELEN, s. 80; GÜNGÖR, s. 151; GÖKTÜRK, **Haksızlık Yanılığsı**, s. 2-13; ŞEN/AKPINAR, s. 1566; APAYDIN, **Kusurluluk**, s.89; AKDAĞ, s. 234-235.

⁵² SÖZÜER, **Hukuki Hata**, s. 475; TAN, Mehmet, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler**, 1. bs., Ankara, Seçkin, 2011, s. 1170.

⁵³ SÖZÜER, **Hukuki Hata**, s. 475; YERDELEN, s. 80; Kast teorisi hakkında detaylı bilgi için bkz., GÜNDÜZ, s. 516-522; APAYDIN, **Kusurluluk**, s. 89.

⁵⁴ Bununla birlikte öğretide bir görüş, suç tipinde hukuka aykırılık unsuruna yer verilen hâllerde haksızlık bilincinin kastın kapsamı içinde olacağı ve bu sebeple ilgili suçlar bakımından haksızlık yanılığsından bahsedilemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. AKBULUT, Berrin, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği", **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 14, S. 40, 2019, s. 282. Bu konuda diğer bir görüş ise, suç tipinde hukuka aykırılık unsuruna yer verilen durumların da haksızlık bilinci kapsamında ele alınabileceği ve bu hususta düşünülen hatada haksızlık yanılığsı kurumunun uygulanabileceğini ifade etmektedir. Bkz. GÖKTÜRK, Neslihan, "Suçun Yasal Tanımında Yer Alan 'Hukuka Aykırılık' İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1, 2016, s. 427 vd. Yargıtay ise bu konuda öğretideki ilk görüşe paralel olarak, suçun kanuni tanımında hukuka aykırılık unsuruna yer verilen durumlarda, haksızlık bilincinin kast kapsamında değerlendirileceğini belirtmektedir: "5237 Sayılı Kanunda bazı suç tanımlarında 'hukuka aykırı olarak', 'hukuka aykırı başka bir davranışla', 'hukuka aykırı diğer davranışlarla', 'hukuka aykırı yolla', 'hukuka aykırı yollarla' gibi ifadelere yer verilmiştir. Suçun unsurlarından birisi olması hasebiyle 'hukuka aykırılık' kavramına madde metninde ayrıca yer verilmesiyle, failin olayda haksızlık bilinciyle hareket etmesi gerektiği vurgulanmaktadır", YCGK. T. 21.03.2017, E. 2014/14-468, K. 2017/181, AKBULUT, **Rıza**, s. 283. Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (TCK m. 109), Organ veya doku ticareti (TCK m. 91), Eğitim ve öğretim hakkının engellenmesi (TCK m. 112) ve Kamu hizmetlerinden yararlanma hakkının engellenmesi (TCK m. 113) gibi suçlarda hukuka aykırılık unsuruna suçun kanuni tanımında yer verilmiştir. Kanaatimizce de bu gibi suçlarda hukuka aykırı-

husus, failin kusurluluk değerlendirmesi ile ilgilidir⁵⁵. Fail suçun unsurlarını bilmekte ve kasten hareket etmekte, ancak fiilin hukuk düzeninde meşru sayıldığı hususunda hataya düşmektedir⁵⁶.

3. Haksızlık Yanılgısının Hukuki Niteliği

TCK, haksızlık bilincinin esasını açıklayan yukarıdaki görüşlerden kusur teorisini benimsemiştir. Gerçekten de haksızlık yanılgısının düzenlendiği hüküm incelendiğinde, TCK'nın kastı kusurun bir unsuru olarak görmediği, haksızlık yanılgısını kusurluluk bağlamında ele aldığı görülmektedir.⁵⁷ TCK'nın da kusur teorisi esasına göre düzenlediği haksızlık yanılgısının varlığı hâlinde kusurluluk ortadan kalkacağı için tam cezasızlık hâli gündeme gelecektir⁵⁸. Ancak önemle belirtilmelidir ki bu cezasızlık hâlinin varlığı için söz konusu hatanın kaçınılmaz olması gerekmektedir. Tüm bu söylenenlerden anlaşılacağı

rılık olgusu suçun bir unsuru hâline geldiğinden, bu hususta düşülen hata kast kapsamında değerlendirilmelidir.

⁵⁵ ÖZGENÇ, s. 492; AKBULUT, **Genel Hükümler**, s. 609; GÜNDÜZ, s. 523; GÖKTÜRK, **Haksızlık Yanılgısı**, s. 13-21; ŞEN/AKPINAR, s. 1566.

⁵⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 368; DEMİRBAŞ, s. 452; SÖZÜER, **Hukuki Hata**, s. 477; YERDELEN, s. 80; GÜNGÖR, s. 153.

⁵⁷ KARAKURT, s. 145; APAYDIN, **Kusurluluk**, s. 97; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 295; TAN, s. 1175; SOYER GÜLEÇ, s. 70; Bu husus kanun gerekçesinde de şu cümlelerle açıkça ortaya konulmuştur: "30 uncu maddeye dördüncü fıkra olarak eklenen bu hükümlerle, kişinin islediği fiilden dolayı kusurlu ve sorumlu tutulabilmesi için, bu fiilin bir haksızlık oluşturduğunu bilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre, kişi, islediği fiilin hukukten kabul görmez bir davranış olduğunun bilincinde olmalıdır. Kişinin, islediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmesine rağmen, bunun kanunda suç olarak tanımlandığını bilmemesinin bir önemi bulunmamaktadır. Ceza hukuku bakımından sorumluluk için önemli olan, islenen fiilin haksızlık oluşturduğunun bilinmesidir. Ancak, islediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususundaki hatasının kaçınılmaz olması hâlinde, kişi kusurlu sayılamaz. Hatanın kaçınılmaz olduğunun belirlenmesinde ise, kişinin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre koşulları göz önünde bulundurulur. Hatanın kaçınılmaz olması durumunda kişi kusurlu sayılacak ve bu husus, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır."; Haksızlık yanılgısının varlığı hâlinde suçun manevi unsurunun ortadan kalkacak olması sebebiyle fail hakkında cezaya hükmedilemeyeceğini belirten azınlık görüş için bkz., PARLAR/HATİPOĞLU, s. 264.

⁵⁸ ZAFER, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. bs., İstanbul, Beta, 2019, s. 464; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 296; AKDAĞ, s. 235; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 368; Ancak hâlen öğretilerde ve Yargıtay kararlarında kast teorisinin kabul edildiğinin izlerine rastlanmaktadır.

üzere TCK, haksızlık yanılığını kusurluluğu ortadan kaldıran bir sebep olarak düzenlemiştir⁵⁹.

D. Haksızlık Yanılığının Uygulanma Şartı: Kaçınılmaz Hatanın Varlığı

1. Kaçınılmaz Hata Kavramı ve Kaçınılmaz Hatanın Tespiti

Kişinin kusurluluğunun ortadan kalktığından bahsedilebilmesi için haksızlık yanılığının kaçınılmaz olması gerekmektedir. Eğer bu hata kaçınılabilir bir hata ise kişi kusurlu davranmış olacak, dolayısıyla da cezalandırılacaktır⁶⁰. Hatanın kaçınılmaz bir hata olduğunun tespiti hâlinde ise, kişi kusurlu addedilemeyeceğinden cezalandırıl-

⁵⁹ Nitekim bu husus, TCK m. 30/4'te değişiklik yapan kanunun gerekçesinde de "Ancak, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususundaki hatasının kaçınılmaz olması halinde, kişi kusurlu sayılmaz" demek suretiyle açıkça belirtilmiştir. GÜNDÜZ, s. 524; Bununla birlikte Yargıtay birçok kararında hatalı bir yaklaşımla, haksızlık yanılığının suçun manevi unsurunun, yani kastın yokluğu ile çözmeye çalışmaktadır. Örnek karar için bkz., ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, 656: "Kararın gerekçe kısmında, sanıkların suç işleme kastıyla hareket etmedikleri, nedenleri gösterilerek kabul edildiği halde, devamında "daha doğrusu TCK'nın 30/4. maddesinde düzenlendiği üzere gerçekleştirdikleri eylemin suç olduğunu çocukların daha iyi bir şekilde bakılmalarını sağlamak amacı ile iyi niyet ile hareket etmek suretiyle hataya düştükleri" denilmek suretiyle çelişkiye düşülüp, hatanın kaçınılmaz olup olmadığı da tartışılmadan yazılı şekilde sanıklar hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi..." Yarg. 11. CD., T. 01.07.2013, E. 2011/1224, K. 2013/11010; Resmî belgede sahtecilik suçunun oluşturduğu temyiz incelemesine konu başka bir olayda, Yargıtay yine hatalı bir yaklaşımla manevi unsurun yokluğu sebebiyle sanık hakkında beraat kararına hükmetmiştir: "Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 30.03.1992 gün ve 80-98 sayılı ve 19.04.2005 gün ve 221-38 sayılı kararlarında ayrıntılı biçimde açıklandığı üzere belgede sahtecilik suçlarında mağdurların rızası hukuka uygunluk nedeni sayılmaz ise de failde belgede sahtekârlıkta bulunmak kastına etki yapabileceği, somut olayda sanığın, bonoda keşideci olarak gözükken M.ne, onun adına teminat amaçlı senet düzenleyeceğini söylediğini ve M.nin de ne yaparsan yap demesi üzerine M. yerine imza atarak senedi düzenlediğini savunması, M.nin bu savunmayı doğrular şekilde sanığın kendisinden senet istediğini ancak kendisinin kabul etmemesi üzerine sanığın senin adına senet düzenleyip veririm borcu da kendim öderim demesi üzerine ne yaparsan yap dediğini, daha sonra sanığın kendisine senedi düzenleyerek verdiğini söylediğini ancak kendisinin bir şey yapmadığını beyan etmesi karşısında, sanığın suçta konu senedi verilen rıza doğrultusunda düzenlenmesi şeklinde oluşan eylemde suçun manevi unsuru itibarıyla oluşmadığı ve beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi...", Yarg. 11. CD., T. 01.11.2013, E. 2012/27872, K. 2013/15817, YAVUZ, s. 247.

⁶⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 370; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 901.

ması yoluna gidilemeyecektir⁶¹. Burada belirtilmelidir ki, kişinin işlediği fiilin haksızlık teşkil ettiği hususundaki bilgisinin azalmasından bahsedilemez. Yani bir fiilin haksızlık teşkil edip etmediğini fiili işleyen kişi ya biliyor ya bilmiyordur. Kişi, fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilmiyor ise, bu durumda söz konusu hatasının kaçınılmaz olup olmadığına bakılacaktır⁶². Kişinin, fiilin kanunlarda suç olarak düzenlenmiş olduğunu bilmesine gerek yoktur⁶³. Fiilin hukuk düzeni tarafından tasvip edilmediğinin bilinmesi hâlinde kaçınılmaz hatadan bahsedilemeyecektir⁶⁴.

Haksızlık yanılgısı, görünüş şekillerine göre öğretide “doğrudan haksızlık yanılgısı” ve “dolaylı haksızlık yanılgısı” olarak ikiye ayrılmaktadır⁶⁵. Bu ayrım haksızlık yanılgısının gerçekleşme biçimlerinin anlaşılması bakımından oldukça yararlıdır. Bu ayrıma göre, kişinin yerine getirdiği fiilin hukuk düzenine aykırı olmadığını düşünmesi, fiilini yasaklayan bir normun olduğunu bilmemesi ya da bilmesine rağmen normu yanlış yorumlayarak kendi fiiline uygulanmayacağını

⁶¹ “Buna göre fail, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmüşse, diğer bir ifadeyle, eyleminin hukuka aykırı olmadığı, haksızlık oluşturmadığı, meşru olduğu düşüncesiyle hareket etmişse ve bu yanılgısı içinde bulunduğu şartlar bakımından kaçınılmaz nitelikte ise artık cezalandırılmayacaktır.”, YCGK., T. 11.02.2014, E. 2013/436, K. 2014/67, <https://legalbank.net/>.

⁶² ÖZGENÇ, s. 494; YERDELEN, s. 80.

⁶³ ÖZGENÇ, s. 491; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 655; SÖZÜER, **Hukuki Hata**, s. 480; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 296; AKDAĞ, s. 231; BİRTEK, s. 345-346.

⁶⁴ 1997 tarihli TCK Hükümet Tasarısında kaçınılmaz hatanın ancak fiilin resmi devlet kuruluşlarının beyanlarına veya yorumlarına uyarak işlenmesi hâlinde gündeme gelebileceği düzenlenmişti. Haksızlık hatasının tatbikini oldukça sınırlandıran ve yorum problemlerine yol açma ihtimali olan bu hükme 5237 sayılı TCK’da yer verilmemesinin isabetli olduğu savunulmaktadır. Bkz., ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 435.

⁶⁵ Öğretide mefruz (hayali) suç olarak ifade edilen; failin, gerçekte kanunda var olmayan bir unsuru var zannetmesi hâlinde de haksızlık yanılgısından bahsedilebilir. Failin burada da ceza sorumluluğu gündeme gelmeyecektir. Örneğin; failin reşit olan kişiler arasında gerçekleşen evlilik dışı cinsel birlikteliklerin suç teşkil ettiğini zannetmesi ve bu fiili işlemi durumunda ceza sorumluluğu bulunmamaktadır. DEMİRBAŞ, s. 448; Mefruz suçun varlığı durumunda suç teşkil etmeyen bir fiilden dolayı failin, salt tehlikelilik hâli dolayısıyla cezalandırılması gerektiği pozitivistler tarafından savunulsa da böyle bir kabulün çağdaş ceza hukukunda mümkün olmadığı tereddütten uzaktır. KARAKURT, s. 143.

düşünmesi “doğrudan haksızlık yanılması” olarak ifade edilmektedir⁶⁶. Buradan anlaşılacağı üzere, kanunu yanlış yorumlama hâli de haksızlık yanılması içerisinde değerlendirilmektedir⁶⁷. Örneğin, yaşadığı toplumsal çevrenin koşulları itibariyle evlenme yaşını bilmeyen kişilerin dini nikah ile birliktelik kurup, bilahare çocuk sahibi olduklarında TCK m. 104’te düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından haksızlık yanılması gündeme gelebilir⁶⁸. Ayrıca, failin, suçun daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hâlleri ile daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hâllerinin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşmesi durumunda da haksızlık yanılığının gündeme gelmesi mümkündür.

Diğer yandan kişinin yerine getirdiği fiilin hukuk düzeni tarafından yasaklandığını bilmesine rağmen, davranışını hukuka uygun hâle getiren bir sebebin olduğunu düşünmesi “dolaylı haksızlık yanılması” olarak ifade edilmektedir⁶⁹. Hatanın bu türünün öğretilde “izin hatası” şeklinde isimlendirildiğine de rastlanmaktadır⁷⁰. Burada kişi fiilinin, ya gerçekte olmayan bir hukuka uygunluk nedenini oluşturduğunu düşünmekte, ya da mevcut bir hukuka uygunluk nedeninin kapsamında kaldığını zannetmektedir⁷¹. Fail burada genellikle, ilgili hukuka uygunluk nedeninin kapsamının daha geniş olduğunu düşünmektedir⁷². Failin, başkalarının çocukları üzerinde tedip ve terbiye

⁶⁶ SÖZÜER, **Hukuki Hata**, s. 481; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 655; AK-BULUT, **Genel Hükümler**, s. 606; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 368; GÜNGÖR, s. 136; GÜNDÜZ, s. 504; Öğretilde haksızlık yanılığının bu türünün, ceza hukukunun “çekişirdeğini” oluşturan suç tiplerinden ziyade, daha çok özel ceza kanunlarında düzenlenen suçlarda gündeme gelme ihtimalinin olduğu ifade edilmektedir. Bkz., YERDELEN, s. 81.

⁶⁷ DEMİRBAŞ, s. 449; APAYDIN, **Hukuki Hata**, s. 37; KARAKURT, s. 144.

⁶⁸ KARAKURT, s. 144.

⁶⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 369; SÖZÜER, **Hukuki Hata**, s. 481; KARAKURT, s. 144; GÜNGÖR, s. 136; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 656.

⁷⁰ ERMAN, **Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, s. 278.

⁷¹ SÖZÜER, **Hukuki Hata**, s. 478; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 369; GÜNDÜZ, s. 504; YERDELEN, s. 81; SARIGÜL, Ali Tanju, “Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata (TCK m.30/3)”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 24, S. 3, 2020, s. 335.

⁷² YERDELEN, s. 82; Öğretilde verilen bir örneğe göre, mesleğe yeni başlayan bir hekimin Türk hukukunda ötenazinin yasaklı bir eylem olduğunu bilmeyip aman-

hakkının olduğunu zannetmesi üzerine suç teşkil eden birtakım eylemlerde bulunması hâli bu duruma örnek olarak gösterilebilir⁷³.

Haksızlık yanılgısının çok nadir de olsa gündeme gelme ihtimalinin bulunduğu başka bir durum ise failin hukuk normunun geçerli olup olmadığı hususunda yanılmasıdır. Burada fail yasaklayıcı normun varlığını bilmekte, ancak bu normun temel insan haklarına veya belirli bir hukuk ilkesine aykırı olduğundan bahisle geçerliliğinin olmadığını düşünmektedir⁷⁴. Burada fail aslında geçerli olmadığı hâlde normun geçersizliğini ileri sürebilecek bir noktaya dayanmalı ve bu husus hukuk düzeni tarafından da biliniyor olmalıdır⁷⁵. Bu şartların birlikte gerçekleşmesi hâlinde haksızlık yanılgısının gündeme gelmesi

sız acılar çeken bir hastanın yaşam desteğine son vermesi hâlinde, hukuka uygunluk nedeninin varlığında hataya düşülmüş olunacaktır. Bkz., SARIGÜL, **Hukuka Uygunluk Nedenleri**, s. 335. Kanaatimizce bu örnekte haksızlık yanılgısının gündeme gelmesi mümkün görünmemektedir.

⁷³ AKBULUT, **Genel Hükümler**, s. 607; Failin evlendiği eşini dövmesi ve bu fiilini hukuka uygun hâle getiren bir sebebin olduğundan bahisle ceza almayacağını düşünmesi, haksızlık yanılgısının bu türüne örnek olarak gösterilebilir. Örnek için bkz., DÜLGER/ÖZKAN/BAKDUR, s. 253; Öğretide *Ergüne/Demirel*, özgürlüğü kısıtlanan ve müteaddit defa cinsel saldırıya maruz kalan kişinin bu eylemleri gerçekleştiren kişiyi uykusu sırasında öldürmesinin, dolaylı haksızlık yanılgısına örnek teşkil edebileceğini belirtmektedir. Yazarlara göre böyle olaylarda failin, kendisine müteaddit defa cinsel saldırıda bulunan kişiyi bu eylemlerin devam etmediği bir zamanda, ancak devam edeceği düşüncesi ile öldürmesinin meşru savunma hukuka uygunluk nedeni kapsamında kaldığı hususunda kaçınılmaz bir hataya düşmesi mümkündür. Detaylı bilgi için bkz., ERGÜNE, Elif/DEMİREL, Muhammed, “Müteaddit Defa Cinsel Saldırı Suçunun Mağduru Olan Kadının ‘Muhemel Cinsel Saldırıya’ Binaen Faili Öldürmesine İlişkin ‘Birbiriyle Çelişen’ İki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Türkan Rado’nun Anısına Armağan**, İstanbul, Oniki Levha, 2020, s. 723-737.

⁷⁴ YERDELEN, s. 82; ZAFER, s. 465.

⁷⁵ YERDELEN, s. 82; Alman Ceza Hukukunda “*der Subsumtionsirrtum*” olarak isimlendirilen ve Türkçeye bazı yazarlar tarafından “altlama hatası” olarak çevrilen hata türü de haksızlık yanılgısıyla oldukça yakından ilişkilidir. Öğretide Çınar tarafından “*Suç olayındaki somut bir olguyu kanuni tipteki soyut maddi bir unsura, bu unsuru isabetsiz olarak dar yorumladığı için yanlış altlayan failin, gerçekleştirdiği fiili bu sebeple ilgili kanuni tip tarafından kapsanmayan bir hareket olarak görmesi*” şeklinde tanımlanan altlama hatasında da failin haksızlık bilincine sahip olmadığı ifade edilmektedir. Fail bu hatası sebebiyle, işlediği fiilin haksızlık teşkil ettiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşmüş ise bu durumun haksızlık yanılgısı kuralları bağlamında ele alınacağı belirtilmektedir. Bu hata türü hakkında detaylı bilgi için bkz., ÇINAR, İsmail, “Altlama Hatası’nın (Der Subsumtionsirrtum) Kavramsal ve Hukuki Anlamı”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, C. 6, S. 2, 2021, s. 79-128.

düşük bir ihtimalle de olsa mümkündür⁷⁶. Ancak söz konusu kanunun bilinebilir durumda olduğu ve işlenen fiilin hukuka aykırı olduğunun fail tarafından bilindiği durumlarda kaçınılmaz hatadan bahsedilemeyecektir⁷⁷. Böylece kurumun istismar edilmesinin önüne geçilebilir⁷⁸.

Çözümü oldukça zor olan kaçınılmaz hatanın nasıl tespit edileceği meselesine ilişkin bir belirlemeye TCK'da yer verilmemiştir⁷⁹. Bu ek-

⁷⁶ Haksızlık yanılığının bu hâline çok benzeyen başka bir durum ise normun hukuki geçerliliği üzerinde ciddi tartışmaların ve failin normun geçersiz olduğuna yönelik kuvvetli bir inancının olması durumudur. Haksızlık yanılığının bu türünde olay tartışmalıdır ve normun geçersizliği muhtemel görülmektedir. Alman Hukukunda bu durumun varlığı hâlinde failin söz konusu davranıştan kendisini uzak tutması gerektiği, aksi durumda haksızlık yanılığından yararlanamayacağı belirtilmektedir. Bkz., YERDELEN, s. 83.

⁷⁷ TOROSLU, s. 245; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 435.

⁷⁸ Alman hukukunda da haksızlık yanılığının oldukça sınırlı bir şekilde uygulandığı belirtilmektedir. Bu müesseseye özellikle, ceza hükümleri içeren özel yasalar ile kabahatler bakımından başvurulmaktadır. JESCHECK, Hans-Heinrich /SİEBER, Ulrich, **Alman Ceza Hukukuna Giriş**, çev. Feridun Yenisey, İstanbul, Beta, 2007, s. 40; GÜNDÜZ, s. 538; DEMİRBAŞ, s. 449; Almanya/Köln Mahkemesi, çocuğunu rızası dışında sünnet ettiren İslam inancına mensup ebeveynler ile sünneti yapan kişinin kasten yaralama suçunu işleyeceğini kabul etmesi, ancak ebeveynlerin Alman Ceza Kanunu'nun 17. maddesinde düzenlenen haksızlık yanılığının hükümlerinden yararlanabileceğine hükmetmiştir. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz., NUHOĞLU, Ayşe, "Sünnet ve Ceza Hukuku", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C. 19, S. 2, 2013, s. 211-219.

⁷⁹ GÜNGÖR, s. 156; Öğretide *Erbaş'a* göre, TCK'nın düzenlenmesinde "kaçınılmazlık" konusunda beş önemli eksiklik bulunmaktadır. Bunlar; kaçınılmazlık kavramının ne olduğu ve nasıl tespit edileceği, kaçınılmaz hatanın varlığı hâlinde failin nasıl cezalandırılacağı, kaçınılabılır bir hata sonucunda suç işleme ile hiç hata olmadan suç işleme arasında yaptırım açısından fark olup olmayacağı, fark olacak ise bu ceza indiriminin zorunlu mu yoksa takdiri mi olacağı ve kaçınılabılır hatanın hukuki sonucunun nerede düzenleneceğidir. Bkz., ERBAŞ, s. 381. Bazı ülkelerin ceza kanunlarında hatanın kaçınılmaz olup olmadığının belirlenmesi yönelik daha açıklayıcı hükümlere yer verilmektedir. Örneğin Avusturya Ceza Kanunu'nun "hukuki hata" başlıklı 9. maddesinin ilk iki fıkrasında ayrıca açıklamalara yer verilmektedir: "(1) Hukuki hata nedeniyle bir fiilin haksızlığını bilmeyen kişi, bu hata kendisine isnat edilmemekte ise kusurlu hareket etmemiştir. (2) Hukuki hata, şayet haksızlık herkesi gibi fail için de kolayca bilinebilecek nitelikte ise yahut da fail mesleği, meşguliyeti ve şartları gereği kendisini bilgilendirmekle yükümlü olmasına rağmen ilgili düzenlemeler hakkında kendisini bilgilendirmemiş ise failine isnat edilir." Hükümün çevirisi için bkz., ERBAŞ, s. 386; Başka bir çeviri için bkz., TEZCAN, Durmuş/ERDEM, M. Ruhan, "Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu", **Türk Ceza Kanunu Reformu-İkinci Kitap**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, Şen, 2004, s. 333: "(1) Hukuki yanılma nedeniyle fiilin haksız olduğunu bilmeyen kişi, eğer bu yanılma kendisine kusur olarak

siklik, öğretide ortaya konulan görüşler ve yargısal içtihatlar ile giderilmeye çalışılmaktadır. Buna göre, kaçınılmaz hatanın varlığı belirlenirken failin içinde bulunduğu gruba dahil ortalama bir kişinin durumu esas alınacak⁸⁰; failin yaşı, mesleği, eğitim düzeyi⁸¹, konumu⁸², uyruğu, yaşadığı çevresel koşullar gibi kişisel özellikleri ile olayın oluşu şekli gibi etkenler de göz önünde bulundurulacaktır⁸³. Bu değerlendirmeyi yapacak yegâne makam mahkemedir⁸⁴. Öğretide bir görüş,

izafe edilemiyorsa, kusurlu hareket etmiş olmaz. (2) Eğer fail herkes gibi kolaylıkla haksızlığı biliyor veya mesleği, meşguliyeti veya başka durumlara göre bu konuda yükümlü olmasın rağmen ilgili hükümlerden dolayı kendisine bilgi verilmemiş ise, ancak bu durumda hukuksal yanılma ona isnad edilebilir."

⁸⁰ SÖZÜER, **Hukuki Hata**, s. 481; GÜNGÖR, s. 158; YAVUZ, s. 215; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 296.

⁸¹ "...saniğin Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olup 18 yaşına kadar Türkiye'de yaşamış olması, yüksek öğrenim görmesi, suça konu dört adet tabancayı da Türkiye'ye gelmeden hemen önce satın alması ve silahlardan sadece biri hakkında havalimanı görevlilerine bildirimde bulunması, güvenlik şirketinde çalıştığını ve silahlara özel ilgisinin olduğunu belirtmesi karşısında, saniğin bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içerisinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre şartları dikkate alındığında, saniğin Türkiye'ye silah sokmanın yasak olduğunu bilmediğine ilişkin savunmaların inandırıcı olmadığı, bu nedenle atılı suçun bütün unsurları ile oluştuğu ve failinin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düştüğünden söz edilemeyeceğinin kabulü gerekmektedir." YCGK., T. 17.10.2017, E. 2014/8-321, K. 2017/412, <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

⁸² "Astın konusu suç oluşturan emri, haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşerek yerine getirmesi somut olay çerçevesinde bilgi düzeyi, olayın özellikleri, tecrübe, rütbe ve konumu gibi olgulara nazara alınarak TCK'nın 30/4. maddesi bağlamında değerlendirilmelidir." Yarg. 16.CD., T. 22.03.2019, E. 2018/7103, K. 2019/1953, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (E.T.: 01.12.2021).

⁸³ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 319; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 434; ÇETİNTÜRK/TÖNGÜR, s. 272; DEMİRBAŞ, s. 454; AKBULUT, **Genel Hükümler**, s. 610; APAYDIN, **Hukuki Hata**, s. 42; MERAN, s. 68; ERBAŞ, s. 381; KOPARAN, M. Reşat, "TCK Genel Hükümler Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 64, 2006, s. 358; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 370; Bunun yanında, TCK bakımından kaçınılmaz bir hatanın şartlarının mutlaka kanunda düzenlenmesi gerektiği de bazı yazarlar tarafında ortaya konulmaktadır. GÜNDÜZ, s. 538.

⁸⁴ "Somut olayda; üniversite öğrencisi olup, İğdır merkezde oturan saniğin, suça konu üzerinde taşıdığı bıçağın sustalı çakı olduğunu, yaşı, öğrenimi ve yaşadığı yer itibarıyla bilecek konum ve durumda bulunduğu, saniğin bıçağın suç olduğunu bilmemesine ilişkin savunmasının hayatın olağan akışına uygun olmadığı, yasak bıçağı taşıyan saniğin eyleminin bir haksızlık oluşturduğunu bilecek eğitim ve bilgiye sahip bulunması nedeniyle 5237 sayılı TCK'nun 30. maddesinde düzenlenen hata halinde uygulanma şartlarının da bulunmadığı...", Yarg. 8. CD., T. 28.01.2014, E. 2013/13940, K. 2014/1772, <https://legalbank.net/>, (E.T.: 12.12.2021).

mahkemenin bu değerlendirmeyi yaparken taksirle işlenen suçlarda kullanılan “*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık*” kıstasından yararlanabileceğini belirtmektedir⁸⁵. Alman Hukukunda da vurgulanan bu görüşe göre, failin hukuk normuna ulaşma imkânına sahip olup olmadığına bakılmalı, subjektif öngörülebilirlik ölçütü çerçevesinde, failin yukarıda zikredilen özellikleri bu belirleme yapılırken göz önünde bulundurulmalıdır⁸⁶. Taksirin öngörme ve özen yükümlülüğü şeklinde iki boyutu olmasına karşın, haksızlık yanılığında sadece öngörülebilirliğin araştırılacak olması sebebiyle, kanun koyucu bu müesseseyi düzenlerken taksir kavramına değil daha dar bir anlamı olan kaçınılmazlık kavramına yer vermiştir⁸⁷.

Failin kaçınılmaz bir hata içinde olup olmadığı mahkeme tarafından resen göz önünde bulundurulacak olsa da hataya düştüğünü iddia eden failin de ispat sürecine olabildiğince katkıda bulunması gerekmektedir⁸⁸. Ancak ispat külfetinin tamamen faile yüklenmesi adil olmayacağı gibi, bu durum ceza hukuku ile ceza muhakemesi hukukunun temel ilke ve esaslarına da aykırılık teşkil edecektir⁸⁹.

Haksızlık yanılığında hatanın kaçınılmaz olması arandığı için bu kurum, her somut olayda kolayca uygulanabilecek ve faili ceza almaktan kurtarabilecek bir imkân sağlamamaktadır⁹⁰. Taşınması gereken şartlar itibarıyla haksızlık yanılığının çok sınırlı hâllerde uygulanması mümkündür. Somut olayda vuku bulan bir yanılma hâlinin suçun maddi unsuruna ilişkin olup olmadığı dikkatle incelenmeli, TCK m.30’un ilk iki fıkrası kapsamında kalan hataların haksızlık yanılığısı

⁸⁵ ÖZGENÇ, s. 494; SÖZÜER, **Hukuki Hata**, s. 483; DÜLGER/ÖZKAN/BAKDUR, s. 254; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 656; ŞEN/AKPINAR, s. 1567.

⁸⁶ KARAKURT, s. 147; SARIGÜL, **Hukuka Uygunluk Nedenleri**, s. 337-338.

⁸⁷ MERAKLI, s. 430; Ayrıca, taksirin suçun bir işleniş şekli olması sebebiyle, haksızlık yanılığısı kurumu münhasıran taksir ile açıklanamaz. Bkz., MERAKLI, s. 431.

⁸⁸ PARLAR/HATİPOĞLU, s. 264; MERAN, s. 68.

⁸⁹ Failin kaçınılmaz bir hatada bulunduğu ispatını yalnızca kendisine yüklemek adil olmayacaktır. Aksi yönde görüş için bkz., MERAN, s. 68.

⁹⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 433; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 254; AKDAĞ, s. 235; DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I**, 14. bs., İstanbul, Der, 2016, s. 258.

bağlamında değerlendirilmemeleri gerekmektedir⁹¹. Aynı şekilde haksızlık yanılgısının genel ve soyut bir biçimde ortaya çıkması da mümkün değildir⁹². Kişi, ancak işlediği belirli somut bir fiilin haksızlık teşkil edip etmediği hususunda bir yanılgıya düşmüş olabilir⁹³.

Bilmeme, bilme olanağı varsa mazeret sayılmaz⁹⁴. Fiilin hukuka aykırılığının bilinebilir olduğu durumlarda haksızlık yanılgısı gündeme gelmeyecektir⁹⁵. Bu doğrultuda, kişinin yerine getirdiği davranışının hukuka aykırılığı noktasında bir sebebin ortaya çıkmasına rağmen, kendisinde hukuki bilgi ve düşünce oluşturabilecek girişimde bulunmaması hâlinde kaçınılmaz hatanın varlığından bahsedilemez⁹⁶. Dolayısıyla fail, fiilin hukuka aykırılığı noktasında şüpheye düşmüş ise bunu mutlaka kontrol etmelidir⁹⁷. Gerekli kontrolün yapılmaması hâlinde, bir hatanın varlığından bahsedilemeyeceği için⁹⁸ haksızlık yanılgısı gündeme gelmeyecektir. Bu kontrol sırasında resmi kişi veya kuruluşların bilgisine başvuran ve aldığı cevaplar üzerine suç teşkil

⁹¹ Ancak bununla birlikte, Yargıtay'ın haksızlık yanılgısının varlığına rağmen uyuşmazlığı maddi unsurlarda hata hükümlerine göre çözdüğü birçok hatalı kararı da bulunmaktadır. Örnek bir karar için bkz., YAVUZ, s. 248: "*Sanığın olay tutanağına göre seyyar tezgah üzerinde kaçak sigara satışı yaparken yakalandığı ve aşamalarındaki savunmalarında suçu ikrar ettiği cihetle, kaçakçılık suçu sübuta erdiğinden sanığın 5607 sayılı Kanunun 3/18. maddesi uyarınca mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken, denetime imkan verecek şekilde açıklanmadan 'duruşmadaki tutum ve davranışları ve kendini ifade tarzı dikkate alındığında işlediği eylemin suç olduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düştüğü' gerekçesi ile somut olayda uygulama yeri bulunmayan TCK.nun 30/4. maddesi ve CMK.nun 223/3-d maddesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi...*", Yarg. 7. CD., T. 17.04.2018, E. 2017/10193, K. 2018/4118. Yargıtay bu gibi kararlarda, sanığın eğitim durumu ve içinde yaşadığı çevresel koşullar gibi kıstasları göz önünde bulundurmadan, failin işlediği fiilin hukuka aykırı olduğu hususunda hataya düşüp düşmediği noktasında detaylı bir araştırma yapmamakta ve uyuşmazlığı maddi unsurlarda hata hükümlerine göre çözmektedir.

⁹² KOPARAN, s. 358.

⁹³ ÖZGENÇ, s. 493; SÖZÜER, **Hukuki Hata**, s. 480.

⁹⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 435; HEINRICH, s. 168; SOKULLU-AKINCI, s. 101.

⁹⁵ GÜNGÖR, s. 156; HEINRICH, s. 168; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 901.

⁹⁶ MERAN, s. 68; KARAKURT, s. 147; YAVUZ, s. 215; GÜNDÜZ, s. 505; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 296.

⁹⁷ AKBULUT, **Genel Hükümler**, s.610; SÖZÜER, **Hukuki Hata**, s. 484; DÜLGER/ÖZKAN/BAKDUR, s. 254; Ceza hukukunda şüphe ile hata arasındaki ilişki için bkz., KARAKURT, s. 111-112.

⁹⁸ SARIGÜL, **Maddi Unsurlar**, s. 667.

eden fiili işleyen kişinin hatası, kaçınılmaz hata olacaktır⁹⁹. Öte yandan bir kanunun uzun süre uygulanmaması kanunun hukuki geçerliliğini etkilemeyeceğinden, kanunun uygulanmamasına güvenerek suç işleyen kişilerin kaçınılmaz hata içinde olduğunu söylemek mümkün değildir¹⁰⁰. Benzer şekilde, failin mesleği sebebiyle bilmesi gerektiği normları bilmemesinden bahisle kaçınılmaz hataya düştüğü savunulamaz. Bu husustaki kayıtsızlığı kaçınılabılır bir hata teşkil edecektir¹⁰¹.

Belirli bir hazırlık sürecinin sonunda işlenen suçların varlığı hâlinde, failin suçu işlerken fiilinin hukuka aykırılığı hususunda hataya düştüğünden bahsedilemeyecektir¹⁰². Benzer şekilde, hataya düştüğüne ilişkin iddianın hayatın olağan akışına aykırı olduğu durumlarda da kaçınılmaz hatanın varlığından bahsedilemez¹⁰³. Fail tarafından yerine getirilen fiilin toplumun ortak yargısına göre anti-sosyal bir özellik taşıdığı bilinebilir durumda ise failin, ahlaki, dini veya siyasi görüşlerinden bahisle kanunun kendisine uygulanmaya-

⁹⁹ SÖZÜER, **Hukuki Hata**, s. 484; DEMİRBAŞ, s. 454; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 901; KARAKURT, s. 148; Aksi yönde görüş için bkz., GÜNGÖR, s. 158: Yazara göre resmi kurumların, kanunun uygulanmasına engel olacak bir yetkiye sahip olmaları düşünülemediğinden, bu durumda haksızlık yanılığının gündeme gelmesi mümkün değildir.

¹⁰⁰ KARAKURT, s. 148; Ayrıca bir kişinin, bir fiilin suç teşkil etmediği hususundaki mahkeme kararına güvenerek suç işlemesi, mahkeme kararlarının yalnızca somut olay bakımından geçerli olduğu ve hâkimlerin yasa koyucu olmadığının bilinmesi gerektiğinden kaçınılmaz hata bağlamında değerlendirilemez. Bkz., KARAKURT, s. 148-149; GÜNGÖR, s. 158, AKDAĞ, s. 230.

¹⁰¹ SÖZÜER, **Hukuki Hata**, s. 484; MERAN, s. 69.

¹⁰² SÖZÜER, **Hukuki Hata**, s. 481.

¹⁰³ "Sanık savunmasında mağdureyi onbeş yaşından büyük olarak bildiğini, çünkü mağdurenin kendisine böyle söylediğini belirtmiş ise de, 6-7 ay devam eden duygusal arkadaşlıklarının bulunması ve sürekli görüşmeleri dikkate alındığında, sanığın mağdurenin yaşı konusunda hataya düştüğü yönündeki savunması hayatın olağan akışına uygun olmadığı gibi, mağdurenin de yaşını 15 yaşından büyük olarak söylediği yönünde bir anlatımı bulunmamaktadır. Dolayısıyla somut olayda 5237 sayılı TCK'nun 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma şartları da mevcut değildir." YCGK., T. 14.01.2014, E. 2013/14-744, K. 2014/9, <https://legalbank.net/>, (E.T.:12.11.2021).

cağını düşünmesi hâlinde de kaçınılmaz hata gündeme gelmeyecektir¹⁰⁴.

Öte yandan; uzun ve ağır bir hastalık, kanunun yayımı sırasında gerçekleşen büyük ve genel bir felaket gibi zorlayıcı nedenler ve bu nedenler dolayısıyla resmi gazeteye erişilememesi gibi mücbir sebeplerin varlığı hâlinde kişinin kaçınılmaz hataya düşmesi gündeme gelebilir¹⁰⁵. Oldukça sık işlenen, hemen her toplumda ve zamanda haksızlık niteliğinin sabit olmasının yanında ayrıca karşılığında ceza yaptırımını öngörülen; öldürme, hırsızlık, dolandırıcılık, yağma, cinsel saldırı ve tehdit gibi fiillerin haksızlık teşkil ettiğinin bilinmemesi gerekçesiyle kaçınılmaz hataya düşülmesi mümkün değildir. Burada failin hatasının mazeret olarak kabulü düşünülemez¹⁰⁶.

Bunun yanında, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi unsurlarında bir hata var ise bu durum haksızlık yanılgısı bağlamında değil, TCK m. 30/3'te düzenlenen ceza sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan nedenlerin maddi unsurlarında hata kuralları bağlamında ele alınacaktır¹⁰⁷.

2. Hatanın Kaçınılabılır Bir Hata Olması Hâlinde Failin Durumu

Yukarıda da belirtildiği gibi fail, işlediği fiilin hukuk düzeni ile çatışma hâlinde olduğunu ya bilmekte ya da bilmemektedir. Eğer fail, fiilin haksızlık teşkil ettiğini bilmiyor ise bu husustaki hatasının kaçınılmaz olup olmadığı belirlenecek, hatasının kaçınılmaz olduğu

¹⁰⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 435; MERAKLI, s. 431; ÇETİNTÜRK/TÖNGÜR, s. 272; KARAKURT, s. 142; TOROSLU, s. 245; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 369; SÖZÜER, **Hukuki Hata**, s. 479: Örneğin; kişinin dünya görüşü nedeniyle askerlik görevini yerine getirmemesi hâlinde, haksızlık yanılgısının varlığından söz edilemez.

¹⁰⁵ GÜNGÖR, s. 156.

¹⁰⁶ APAYDIN, **Hukuki Hata**, s. 38; MERAN, s. 67; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 264.

¹⁰⁷ SÖZÜER, **Hukuki Hata**, s. 481; Öğretide azınlıkta kalan bir görüş ise TCK m. 30/3'te kaçınılmaz hatadan bahsedilmesi, ayrıca bu hatanın kastı mı yoksa kusurluluğu mu ortadan kaldıracığının belirtilmemesi karşısında, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın varlığı hâlinde yine TCK m. 30/4 bağlamında değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bu görüş için bkz., KARAKURT, s. 146.

nun tespiti hâlinde kusurlu addedilemeyeceğinden hakkında bir ceza-ya hükmetmek mümkün olmayacaktır. Failin kaçınılabılır bir hata ile hareket etmesi durumunda ise ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceğine ilişkin bir düzenlemeye kanunda yer verilmiş değildir¹⁰⁸.

Öğretide bazı yazarlar bu durumu bir eksiklik olarak nitelendirmektedir. Nitekim haksızlık yanılığısı kurumunun TCK'dakine benzer şekilde düzenlendiği Alman Ceza Kanunu'nun 17. maddesinde hatanın kaçınılabılır olması hâlinde failin cezasında indirim gidileceği hükme bağlanmıştır¹⁰⁹. Benzer bir düzenlemeye TCK'da da yer verilmesinin gerekliliği haklı olarak ileri sürülmektedir¹¹⁰. Bunun yanında, haksızlık yanılığısı kurumunun 5237 sayılı TCK'da düzenlendiği ilk yer olan 4. maddenin gerekçesinde "*Hatanın kaçınılabılır olması durumunda kişi kusurlu sayılacak ve husus, temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurulacaktır*" demek suretiyle, kanun koyucunun, kaçınılabılır hatayı cezada indirim yapılmasını gerektiren bir sebep olarak değil de TCK'nın 61. maddesine¹¹¹ göre temel ceza belirlenirken alt sınıra yaklaşılmasında göz önünde bulundurulabilecek bir sebep olarak gördüğü anlaşılmaktadır¹¹². Yargıtay içtihadının da bu gerekçe

¹⁰⁸ Aynı husus diğere bazı ülkelerin ceza kanunları bakımından da geçerlidir. Örneğin, Fransız Ceza Kanunu da haksızlık yanılığısında, hatanın kaçınılabılır olmasına sonuç bağlamamıştır. Bkz., ÇETİNKAYA, s. 21.

¹⁰⁹ JESCHECK/SİEBER, s. 40; HEINRICH, s. 169; GÜNDÜZ, s. 530; DEMİRBAŞ, s. 454; SOYER GÜLEÇ, s. 68.

¹¹⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞSIZ, s. 435; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 297; SOYER GÜLEÇ, s. 84; MERAKLI, s. 434; KARAKURT, s. 149; DEMİRBAŞ, s. 454: Yazar, kaçınılabılır hatanın varlığı hâlinde cezada indirim yapılması gerektiğine ilişkin bir düzenlemeye kanunda yer verilmemesinin, çağdaş ceza hukuku eğilimleri ile kusur ilkesine aykırı olduğunu belirtmektedir.

¹¹¹ TCK m. 61/1: "(1) Hakim, somut olayda; a) Suçun işleniş biçimini, b) Suçun işlenmesinde kullanılan araçları, c) Suçun işlendiği zaman ve yeri, d) Suçun konusunun önem ve değerini, e) Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, f) Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, g) Failin güttüğü amaç ve saiki, Göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler."

¹¹² ZAFER, s. 468; BABA, s. 19; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 297; ÇETİNTÜRK/TÖNGÜR, s. 272; AKBULUT, Genel Hükümler, s. 609; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 370; KOPARAN, s. 358; KARAKURT, s. 149; Öğretide Ünver, madde gerekçesinden hareketle kaçınılabılır bir hatanın varlığı hâlinde bu durumu TCK m. 61 bağlamında değerlendirerek temel cezanın belirlenmesinde göz önünde bulundurarak indirimli bir cezaya hükmetmenin mümkün olmadığını belirtmektedir. Nitekim yazar kanun ge-

doğrultusunda tezahür ettiği görülmektedir¹¹³. Failin cezası belirlenirken alt sınırdan uzaklaşılmasını gerektiren herhangi bir sebebin bulunmadığı durumlarda, işlenen fiilin hukuka aykırılığı hususunda düşülen kaçınılabılır bir hatanın ceza sorumluluğuna etkisi doğal olarak bulunmayacaktır. Kanaatimizce kusur ilkesine aykırı olduğu hususunda herhangi bir kuşkunun bulunmadığı bu durumlar için kanun koyucunun bağımsız bir düzenleme yapmamasının sebebi, haksızlık yanılgısının kötüye kullanımı neticesinde suçluların cezasız kalabileceği hususunda duyulan endişedir.

E. Taksirli Suçlarda Haksızlık Yanılgısının Mümkün Olup Olmadığı Meselesi

TCK sisteminde, suçların kural olarak kasten işlenmesi esası benimsenmiştir¹¹⁴. Bir fiilin taksirli hâlinin cezalandırılması, bunun açıkça kanunda düzenlenmiş olması şartına bağlıdır¹¹⁵. Taksir, TCK m. 22/2'de, *“dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesi”* şeklinde tanımlanmıştır.

rekçesinin kanuna dahil olmadığını, kanunda bulunmayan hususların gerekçeye bakılarak kanuna dahil edilmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Yazara göre bu sonuca varmanın bir diğer sebebi de TCK m. 61'in son fıkrasında yer verilen düzenlemedir. İlgili düzenleme şu hükmü amirdir: *“Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.”* Bu açık hüküm uyarınca kaçınılabılır bir hatanın varlığı hâlinde, kanun gerekçesinden hareketle bu durumu cezada indirim yapılmasını gerektiren bir sebep olarak kabul etmek olanaklı değildir. Bkz., ÜNVER, s. 40.

¹¹³ *“hatanın kaçınılabılır olması durumunda kişi kusurlu sayılacak, diğer bir ifadeyle fiilden dolayı sorumlu tutulacak, ancak bu hata temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır.”*, YCGK., T. 26.11.2013, E. 2013/425, K. 2013/516, <https://legalbank.net/>, (E.T.: 01.01.2022).

¹¹⁴ AKBULUT, **Genel Hükümler**, s. 397; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 155-156; HAKERİ, s. 222; DEMİRBAŞ, s. 389; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 389; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 254.

¹¹⁵ İÇEL, Kayıhan, *“Ceza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli Kast”*, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 6, S. 12, 2007, s. 62; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 190; HAKERİ, s. 253; DEMİRBAŞ, s. 409; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 257; DONAY, s. 34; Alman Ceza Hukukunda da aynı sistem benimsenmiştir. Bkz., HEINRICH, s. 70.

Taksirle işlenen suçlar bakımından da haksızlık yanılığının gündeme gelmesi mümkündür¹¹⁶. Taksirli suçlarda failin; kanundan, sözleşmeden, diğer hukuk normlarından ya da ortak hayat tecrübelerinden kaynaklanan bir dikkat ve özen yükümlülüğü bulunmaktadır¹¹⁷. Bu dikkat ve özen yükümlülüğü objektif niteliktedir ve ortak tecrübeye göre belirlenir¹¹⁸. Fail, işlediği fiilinin objektif özen yükümlülüğüne aykırı olduğuna ilişkin kaçınılmaz bir hataya düşmüş ise bu hatasından yararlanabilecektir¹¹⁹. Şu hâlde bir hukuk normu faile objektif özen yükümlülüğü yüklemiş ve fail bu kuralın varlığı hususunda kaçınılmaz bir hataya düşerek taksirli bir suç işlemiş ise bu hatasından yararlanacaktır. Hatanın kaçınılabilir bir hata olup olmadığının belirlenmesine ilişkin yapılacak incelemede, yukarıda söylenen hususlar aynen geçerli olacaktır.

F. Haksızlık Yanılığının Varlığı Hâlinde Verilecek Karar

İşlediği fiilinin hukuka aykırı olduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen fail hakkında verilecek karar, Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 223/3-d hükmü uyarınca “ceza verilmesine yer olmadığı” kararıdır¹²⁰. Zira haksızlık yanılığını kusur içinde değerlendiren TCK sistematiğine göre, haksızlık yanılığının varlığı hâlinde suç oluşmakta ancak kusurluluğun ortadan kalkması sebebiyle fail hakkında ceza-

¹¹⁶ ÖZTÜRK/ERDEM, s. 295; AKBULUT, **Genel Hükümler**, s. 613.

¹¹⁷ DEMİRBAŞ, s. 411; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.185.

¹¹⁸ ÖZEN, s. 333; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.186; DEMİRBAŞ, s. 411.

¹¹⁹ AKBULUT, **Genel Hükümler**, s. 613; Örneğin, hız limitinin olduğu bir yolda, kişinin hız limitinin varlığından kaçınılmaz bir hatası sebebiyle habersiz olduğu durumda, bir kimsenin yarananmasına sebebiyet verilmiş ise haksızlık yanılığının gündeme gelecektir. Ancak bu gibi durumlarda, hataya düşülen noktanın suçun unsuru olup olmadığı dikkatle incelenmeli, TCK m. 30/1-2 kapsamında değerlendirilemeyen hatalar bakımından haksızlık yanılığının değerlendirilmesi yapılmamalıdır.

¹²⁰ “(3) Sanık hakkında; a) Yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması, b) Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi, c) Meşru savanmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması, d) Kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi, Hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.”

ya hükmedilmemektedir¹²¹. Görüldüğü üzere, haksızlık yanılgısının varlığı hâlinde fail hakkında verilecek karar bakımından TCK ile CMK düzenlemelerinin paralellik arz ettiği ve kendi içerisinde tutarlı olduğu anlaşılmaktadır¹²².

III. CEZA KANUNLARINI BİLMEMEK MAZERET SAYILMAZ (TCK m.4) KURALI İLE HAKSIZLIK YANILGISI (TCK m. 30/4) ARASINDAKİ İLİŞKİ

Öğretide bazı yazarlar tarafından, TCK m. 30/4'te haksızlık yanılgısı kurumunun düzenlenmesi ile beraber "*Kanunun bağlayıcılığı*" başlıklı 4. maddede yer verilen ve Roma Hukukundan beri süregelen "*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*" ilkesinin bir uzantısı niteliğinde olan "*ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*" kuralının varlık sebebini kaybettiği ifade edilmektedir¹²³. Zira, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu ve dolayısıyla ceza kanunlarına göre suç teşkil ettiği hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişi bu hatasından yararlanarak kusurlu addedilemeyeceğinden, TCK'nın 4. maddesi söz konusu kişi bakımından anlamsız kalacaktır¹²⁴. Bu görüşte olan bazı yazarlar TCK'nın 4. maddesinin yürürlükten kaldırılması gerektiğini de ileri sürmektedir¹²⁵. Öğretide diğer bazı yazarlar ise, TCK m. 30/4'ün "*ceza*

¹²¹ APAYDIN, **Hukuki Hata**, s. 42; TURABI, s. 290; YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. bs., Ankara, Seçkin, 2018, s. 758; TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. bs., Savaş, Ankara, 2018, s. 358; ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku II**, 8. bs., Ankara, Seçkin, 2019, s. 185.

¹²² "...Sanağın, işlediği fiilin bir haksızlık teşkil ettiğini bilmesine rağmen, esasen hukuk düzeninde kabul edilmeyen 'konusu suç teşkil eden emrin ifası'nın, askeri hiyerarşi içinde mutlak itaat ve emrin muhtevasını sorgulayamama ilkelerinin sonucu olarak bağlayıcı olduğu hususunda kaçınılmaz bir yanılgıya düştüğü kanaatine varıldığına hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında kaçınılmaz bir yanılgıya düştüğü kabul edilerek, kaçınılmaz izin yanılgısı kusuru tamamen ortadan kaldıracığından TCK'nın 30/4 maddesi delaletiyle, 5271 sayılı CMK'nın 223/3-d maddesi gereğince **ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmelidir...**", Yarg. 16. CD., T. 8.3.2021, E. 2020/84, K. 2021/1909, <https://www.lexpera.com.tr>, (E.T.: 09.01.2022).

¹²³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 435; MERAKLI, s. 433; DÜLGER/ÖZKAN/BAKDUR, s. 250; ŞENOL, s. 118; KARAKURT, s. 145; SARIGÜL, **Maddi Unsurlar**, s. 674.

¹²⁴ YAVUZ, s. 208.

¹²⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 371: Yazarlara göre bu hükmün kanunda bulunması, haksızlık yanılgısının uygulanması noktasında farklı bir değerlendirmenin yapılmasına

kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” kuralının istisnasını oluşturduğunu, bu kural neticesinde, özellikle ceza kanunlarının sayısındaki artışın ortaya çıkarabileceği sakıncaların önlenmesi adına haksızlık yanılığısı müessesesinin kabul edildiğini ifade etmektedir¹²⁶.

Bu konuda öğretilerdeki ilk görüşe katılarak, TCK m. 4’ün haksızlık yanılığısı düzenlemesi karşısında anlamını yitirdiğini ve kanundan tamamıyla çıkarılması gerektiğini ifade etmekteyiz. Nitekim söz konusu hüküm, normatif kusur ilkesinin benimsendiği 5237 sayılı TCK’nın ruhu ile bağdaşmamaktadır¹²⁷. Bireylerin ceza kanunları başta olmak üzere, hukuk kurallarını bilme ödevleri olduğuna ilişkin düşünce orta çağda kalmıştır ve günümüzde tamamen terk edilmelidir. Kusur ilkesinin benimsendiği bir ceza hukuku sisteminde, bir kimsenin cezalandırılabilmesi için mutlaka haksızlık bilincine sahip olması gerekmektedir. Kusurun içinde değerlendirilen haksızlık bilincinin failde mevcut olmadığı durumlarda cezalandırma yoluna gidilememektedir. Ayrıca, öğretilerde her ne kadar haksızlık yanılığısının TCK m. 4’ün ortaya çıkarabileceği olumsuz sonuçları gidermek amacıyla getirildiği ve bu

sebebiyet vermeyecektir. Zira haksızlık yanılığısı TCK m.30/4’te ayrı olarak düzenlenmiştir. TCK m. 4 ise Orta Çağ döneminden kalma bir kural olup, haksızlık yanılığısı karşısından uygulanma kabiliyetini haiz değildir; YAVUZ, s. 208: Yazara göre de normatif kusur kavramına dayalı kusur teorisinin benimsendiği TCK’da hâlen 4. maddedeki gibi bir hükme yer verilmesi çelişki arz etmektedir.

¹²⁶ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 319; SOYER GÜLEÇ, s. 64-65; SOYASLAN, s. 460-461; APAYDIN, **Hukuki Hata**, s. 35; TOROSLU, s. 245; DONAY, s. 49; GÜNGÖR, s. 158; AKDAĞ, s. 229; GERÇEKER, s. 138; PARLAR/HATİPOĞLU, s. 264; KARAKURT, s. 137: Bu görüşte olan yazar, uygulamada tehlikeli sonuçlara yer açılmaması için TCK m. 4’ün “30. maddedeki düzenlemeler saklı kalmak koşuluyla ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” şeklinde değiştirilmesinin daha isabetli olacağını belirtmektedir; Haksızlık yanılığısı kurumu bakımından yapılan bu tartışmalar, diğer ülke kanunlarında da “kanunları bilmemek mazeret sayılmaz” kuralının yuvarlamasına sebebiyet vermiştir. Bkz., TOROSLU, s. 245; Öğretilerde *Dönmezer/Erman* iki görüşe de katılmayarak, 4. maddede yer alan “ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” kuralı ile haksızlık yanılığısı hükmünün birlikte değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Nitekim yazarlara göre 4. madde ceza kanunlarının mazeret sayılmayacağına ilişkin bir kural sevk etmekle birlikte, bu kurala herhangi bir hukuksal sonuç bağlamamıştır. Söz konusu belirlemelere 30. maddede yer verilmiştir. Bununla birlikte, 4. madde ile 30. maddenin kullandığı temel kavramların da birbirleri ile örtüşmemesi karşılıklıya sebebiyet vermektedir. Bkz., DÖNMEZER/ERMAN, **Cilt I**, s. 257-258.

¹²⁷ SÖZÜER, **Reform**, s. 3046.

düzenlemenin “*ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralının istisnasını oluşturduğunu belirten görüşler olmasına karşın, haksızlık yanılgısını düzenleyen TCK m. 30/4’ün 29.06.2005 tarihinde yürürlüğe girdiği göz önünde bulundurulduğunda söz konusu görüşün isabetli bir yanı kalmamaktadır. Nitekim, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren TCK m. 4, kendisinden daha sonraki bir tarihte yürürlüğe giren TCK m. 30/4 karşısında zımnen ilga olmuş durumdadır.

SONUÇ

Kusur ilkesinin benimsendiği 5237 sayılı TCK sisteminde, bir kimsenin cezalandırılabilmesi için, mutlaka haksızlık bilincine sahip olması aranmaktadır. Haksızlık bilinci bulunmayan, başka bir deyişle işlediği fiilin hukuk düzeni tarafından tasvip edilmediğini bilmeyen kişinin cezalandırılması kusur ilkesi ile bağdaşmaz. TCK m. 30/4’te bu düşünceden hareketle haksızlık yanılgısı müessesesine yer verilmiştir.

Haksızlık yanılgısı, kişinin, işlediği fiilinin hukuka aykırılığı hususunda hataya düşmesi, fiilini meşru zannetmesidir. TCK m. 30/4, işlediği fiilinin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşen kişinin kusurluluğunun kalkacağını belirtmiş, bu durumun varlığı hâlinde faile ceza verilmeyeceğini hükme bağlamıştır. Ancak kişinin haksızlık yanılgısından yararlanabilmesi için hatasının mutlaka kaçınılmaz nitelikte olması gerekmektedir. Hatanın kaçınılmaz olup olmadığı somut olayın özellikleri ve failin kişiliğine göre mahkeme tarafından tespit edilecektir. Failin, suçun daha fazla ceza verilmesini gerektiren nitelikli hâlleri ile daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hâllerinin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşmesi durumunda da haksızlık yanılgısının gündeme gelmesi mümkündür.

Failin, işlediği fiilinin hukuka aykırılığı noktasında kaçınılabilir bir hataya düştüğü hâllerde de kusurluluk azalmakla birlikte, TCK’da bu duruma ayrı bir sonuç bağlanmamıştır. Ancak kanun gerekçesinde de belirtildiği üzere bu durum, TCK m. 61’e göre cezanın belirlenmesi sırasında alt sınıra yaklaşılmasında göz önünde bulundurulabilecek

bir sebep teşkil etmektedir. Öğretide, Alman Ceza Kanunu'nda olduğu gibi, TCK'da da hatanın kaçınılabilir olduğu durumları ayrıca düzenleyen bir hükme yer verilmesinin gerektiği haklı olarak belirtilmekle birlikte, muhtemeldir ki kanun koyucu müessesenin kötüye kullanılma ihtimalini göz önünde bulundurarak bu yönde bir düzenleme ihdas etmemiştir. Haksızlık yanılığı müessesesinin tatbikinde bir uygulama birliğinin sağlanması hâlinde bu konuda bir kanun değişikliği yapılması daha isabetli olacaktır.

TCK m. 30/4'te haksızlık yanılığı müessesesinin düzenlenmesi ile beraber, TCK m.4'te yer verilen "*ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*" kuralı anlamını yitirmiştir. Nitekim kusur ilkesinin benimsendiği ve haksızlık yanılığı müessesesinin kabul edildiği bir ceza hukuku sisteminde, objektif sorumluluk anlayışının hâkim olduğu Kilise Hukukundan kalan bu kuralın uygulanması mümkün değildir. Haksızlık yanılığını düzenleyen TCK m. 30/4'ün TCK m. 4'ten sonra yürürlüğe girmiş olması karşısında, aynı sonuca pozitif hukuk açısından da ulaşmak mümkündür. Nitekim TCK m. 30/4, m. 4'e göre sonraki kanun niteliğindedir ve öncelikli olarak uygulanma kabiliyetini haizdir. Dolayısıyla, "*ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*" kuralına yer verilen TCK m. 4'ün zımnen ilga olduğunu söylemek mümkündür.

Tüm bunların sonucunda, TCK m.30/4'te düzenlenen haksızlık yanılığı müessesesinin başka bir kuralın istisnası şeklinde değil, kusur ilkesine uygun olarak genel bir kural şeklinde düzenlendiğini söylemek mümkündür.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. bs., Ankara, Adalet, 2019.
- AKBULUT, Berrin, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği", **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 14, S. 40, 2019, s. 265-288.
- AKDAĞ, Hale, **Ceza Hukukunda Kusurluluğu Kaldıran ve Azaltan Nedenler**, 1. bs., Ankara, Adalet, 2020.

- ALPDÜNDAR, Remzi, **Hukuk Sözlüğü**, 1. bs., İstanbul, Arpaz, 1977.
- APAYDIN, Cengiz, “Ceza Hukukunda Hukuki Hata”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 12, S. 133, 2017, s. 34-47.
- APAYDIN, Cengiz, **Ceza Hukukunda Kusurluluk**, 1. bs., Ankara, Seçkin, 2018.
- ARTUK, M. Emin/ÇINAR, Ali Rıza, “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, **Türk Ceza Kanunu Reformu-İkinci Kitap**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, Şen, 2004, s. 37-84.
- ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. bs., Ankara, Adalet, 2020.
- AVCI, Mustafa, **Osmanlı Ceza Hukuku I- Genel Hükümler**, 3. bs., Ankara, Adalet, 2018.
- AYDIN, Hakkı, “İslam ve Türk Ceza Hukukunda Hukuki Bilmeme (Cehalet)”, **Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, S. 1, 1996, s. 29-64.
- BABA, Yasemin, “Haksızlık İçeriğindeki Azlığın Cezalandırma Üzerindeki Etkisi”, **İstanbul Üniversitesi SBE Doktora Tezi**, 2017.
- BAYINDIR, Sinan, **Türk Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı**, 1. bs., İstanbul, Oniki Levha, 2018.
- BİRTEK, Fatih, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler**, 6. bs., Ankara, Adalet, 2018.
- ÇETİNKAYA, M. Buhari, “Fransız Ceza Hukukunda Haksızlık Hatası”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 1, 2021, s. 13-31.
- ÇETİNTÜRK, Ekrem/TÖNGÜR, Ali Rıza, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 1. bs., Ankara, Adalet, 2020.
- ÇINAR, İsmail, “Altılama Hatası’nın (Der Subsumtionsirrtrum) Kavramsal ve Hukuki Anlamı”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, C. 6, S. 2, 2021, s. 79-128.
- DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. bs., Ankara, Seçkin, 2021.
- DÜLGER, Murat V./ÖZKAN, Onur/BAKDUR, Merve, “Ceza Hukukunda Hata ve Hataya Bağlanan Sonuçlar,” **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C. 12, S. 45, 2021, s. 227-264.
- DEĞİRMENCİ, Olgun, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 110, 2014, s. 129-188.

- DEMİREL, Hakkı, “Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hata”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 3-4, 1955, s. 94-110.
- DONAY, Süheyl, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, 1. bs., Beta, İstanbul, 2007.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I**, 14. bs., İstanbul, Der, 2016.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II**, 14. bs., İstanbul, Der, 2019.
- ERBAŞ, Rahime, “Haksızlık Hatasının Kaçınılabılır Olduğunu Gösteren Ölçütlerin Kanunda Öngörülmesi: Avusturya Ceza Kanunu Örneği”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 14, S. 40, 2019, s. 379-401.
- EREM, Faruk, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt: I Genel Hükümler**, 8. bs., Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1968.
- EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, M. Emin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. bs., Ankara, Seçkin, 1997.
- ERGÜNE, Elif/DEMİREL, Muhammed, “Müteaddit Defa Cinsel Saldırı Suçunun Mağduru Olan Kadının ‘Muhtemel Cinsel Saldırıya’ Binaen Faili Öldürmesine İlişkin ‘Birbiriyle Çelişen’ İki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Türkan Rado’nun Anısına Armağan**, İstanbul, Oniki Levha, 2020, s. 723-737.
- ERMAN, Ragıp Barış, “Yanılgının Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, **İstanbul Üniversitesi SBE Doktora Tezi**, 2006.
- ERMAN, Sahir, “Ceza Hukukunda Hukuki Bilmeme ve Yanılma”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 12, S. 2-3, 1946, s. 509-536.
- ERSOY, Uğur, “Türk ve Alman Ceza Hukuku Sistemlerinde Kusur Prensibinin Kapsamı ve Objektif Cezalandırılabilirlik Şartlarının Kusur Prensibi İle Bağdaştırılabilirliği”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 109, 2013, s. 203-250.
- ERSOY, Yüksel, “Ceza Hukukunda Bilmeme ve Hatanın Hukuki-Psikolojik Anlamı”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 22, S. 4, 1967, s. 249-250.
- ERSOY, Yüksel, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 1. bs., Ankara, İmaj, 2002.
- GERÇEKER, Hasan, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu- Cilt I**, 5. bs., Ankara, Seçkin, 2020.
- GÖKTÜRK, Neslihan, **Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi**, 1. bs., Ankara, Seçkin, 2016.

- GÖKTÜRK, Neslihan, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan ‘Hukuka Aykırılık’ İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 7, S. 1, 2016, s. 407-450.
- GÜNDÜZ, Nurcan, “Türk Ceza Hukukunda Hukuki Hata”, **Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan**, C. 1, Ankara, Ankara Üniversitesi, 2015, s. 489-543.
- GÜNGÖR, Devrim, “Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 68, 2007, s. 135-160.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. bs., Ankara, US-A, 2012.
- HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 22. bs., Ankara, Adalet, 2019.
- HEINRICH, Bernd, **Ceza Hukuku Genel Kısım-II**, ed. Yener Ünver, Ankara, Adalet, 2015.
- İÇEL, Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. bs., İstanbul, Beta, 2014.
- İÇEL, Kayıhan, “Ceza Hukukunda Temel Kusurluluk Şekli Kast”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 6, S. 12, 2007, s. 61-70.
- JESCHECK, Hans-Heinrich/SİEBER, Ulrich, **Alman Ceza Hukukuna Giriş**, çev. Feridun Yenisey, İstanbul, Beta, 2007.
- KARAKURT, Ahu, “Türk Ceza Kanunu’nda Hata”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 10, 2009, s. 109-154.
- KEYMAN, Selahattin, “Tipiklik ve Ceza Hukuku”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 37, S. 1, 1980, s. 59-105.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. bs., Ankara, Seçkin, 2021.
- KOPARAN, M. Reşat, “TCK Genel Hükümler Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 64, 2006, s. 337-367.
- MAHMUTOĞLU, F. Selami, “TBMM Adalet Komisyonunda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş”, **Türk Ceza Kanunu Reformu-İkinci Kitap**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, Şen, 2004, s. 357-378.
- MAHMUTOĞLU, Fatih S./ÜNVER, Yener, “Kanunu Bilmemek Mazeret Sayılmaz Kuralı Üzerine”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 72, S. 4-5-6, 1998, s. 371-395.

- MERAKLI, Serkan, **Ceza Hukukunda Kusur**, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2020.
- MERAN, Necati, "Türk Ceza Kanununda Yasak Hatası", **Terazi Hukuk Dergisi**, S. 32, 2009, s. 65-71.
- NUHOĞLU, Ayşe, "Sünnet ve Ceza Hukuku", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C. 19, S. 2, 2013, s. 211-219.
- ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: II-III**, 2. bs., İstanbul, Beta, 1992.
- ÖZBEK, V. Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. bs., Ankara, Seçkin, 2019.
- ÖZEN, Mustafa, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri**, 4. bs., Ankara, Adalet, 2019.
- ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. bs., Ankara, Seçkin, 2020.
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, M. Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 15. bs., Ankara Seçkin, 2016.
- PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer, **5237 Sayılı TCK'da Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler**, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2010.
- SARIGÜL, Ali Tanju, "Ceza Hukukunda Hata Kavramı ve Suçun Maddi Unsurlarında Hatanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 2, 2019, s. 663-692.
- SARIGÜL, Ali Tanju, "Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata (TCK m.30/3)", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 24, S. 3, 2020, s. 325-360.
- SOKULLU-AKINCI, Füsün, "Ceza Hukukunda Kusurluluk", **Ceza Hukuku Günleri**, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, Beta, İstanbul, 1998.
- SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. bs., Ankara, Yetkin, 2014.
- SOYER GÜLEÇ, Sesim, "Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı (M. 30/4)", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 1, 2008, s. 59-61.
- SÖZÜER, Adem, "Hukuki Hata", **Yargıtay Dergisi**, C. 21, S. 4, 1995, s. 466-490.

- SÖZÜER, Adem, “Türk Ceza Hukuku Reformu Dünü Bugünü ve Yarını”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. **Durmuş Tezcan’a Armağan**, C. 21, 2019, s. 3031-3050.
- SZABO, I, “Kimsenin Kanunu Bilmediği Kabul Olunamaz Kuralının Günümüzdeki Yeri”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, çev. Köksal Bayraktar, C. 3, S. 4, 1969, s. 269-284.
- ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku II**, 8. bs., Ankara, Seçkin, 2019.
- ŞEN, Ersan/AKPINAR, Selvacan, “Ceza Hukukunda Hata”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 16, S. 180, 2021, s. 1560-1569.
- ŞENOL, Cem, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Suçun Maddi ve Manevi Unsurlarında Hata (TCK m. 30/1-2)”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 13, S. 38, s. 117-145.
- TAN, Mehmet, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler**, 1. bs., Ankara, Seçkin, 2011.
- TANER, Tahir, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, 3. bs., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1953.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, M. Ruhan, “Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu”, **Türk Ceza Kanunu Reformu-İkinci Kitap**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, Şen, 2004, s. 327-355.
- TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 19. bs., Ankara, Savaş, 2013.
- TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. bs., Savaş, Ankara, 2018.
- TURABİ, Selami, “Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 101, 2012, s. 267-292.
- TÜRKOĞLU, H. Gökçe, **Roma Hukukunda Suç ve Ceza**, 2. bs., Ankara, Seçkin, 2017.
- ÜNVER, Yener, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kusurluluk”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 1, 2006, s. 37-73.
- YAŞAR, Osman/GÖKCAN, H. Tahsin/ARTUÇ, Mustafa, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu-1. Cilt**, 2. bs., Ankara, Adalet, 2014.
- YAVUZ, Hakan A., “Türk Ceza Hukukunda Haksızlık Hatası (TCK m. 30/4) (Teoride ve Güncel Yargıtay Uygulamasında)”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C. 12, S. 46, 2021, s. 201-254.

- YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. bs., Ankara, Seçkin, 2018.
- YERDELEN, Erdal, "Ceza Hukukunda Yorum Hatası (Der Subsumtionsirrtum)", **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 25, 2014, s. 69-101.
- YILMAZ, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 10. bs., Ankara, Yetkin, 2011.
- ZAFER, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. bs., İstanbul, Beta, 2019.