

**Ankara Hacı Bayram
Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**

ISSN 2651-4141

**Ankara Hacı Bayram
Veli University
Faculty of Law Review**

ISSN (online) 2667-4068

Cilt XXVI, Nisan 2022, Sayı 2

Vol. XXVI, April 2022, No. 2

Ankara 2022

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Ankara Hacı Bayram Veli University
Hukuk Fakültesi Dergisi Faculty of Law Review

Sahibi : Owner :

Prof. Dr. Yusuf TEKİN Prof. Dr. Yusuf TEKİN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü* : Editor in Chief ** :

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Editörler* : Editors ** :

Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK Assoc. Prof. Dr. Neslihan GÖKTÜRK

Doç. Dr. Abdulkerim YILDIRIM Assoc. Prof. Dr. Abdulkerim YILDIRIM

Doç. Dr. Mehmet Çelebi CAN Assoc. Prof. Dr. Mehmet Çelebi CAN

Dr. Öğr. Üyesi Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN Assist.Prof. Dr. Kamile TÜRKÖĞLU ÜSTÜN

Editör Yardımcıları: Deputy Editors:

Arş. Gör. Dr. Fatma Umay GENÇ Res. Assist.Dr. Fatma Umay GENÇ

Arş. Gör. Dr. Elif AYAN DURHAN Res. Assist.Dr. Elif AYAN DURHAN

Arş. Gör. Ali UÇAR Res. Assist. Ali UÇAR

Arş. Gör. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ Res. Assist. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ

Yayın Kurulu* : Editorial Board :**

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

Prof. Dr. Ömer ANAYURT Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Prof. Dr. Muhittin ASTARLI Prof. Dr. Muhittin ASTARLI

Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU

Prof. Dr. İbrahim ERMENEK Prof. Dr. İbrahim ERMENEK

Doç. Dr. Alper Çağrı YILMAZ Assoc. Prof. Dr. Alper Çağrı YILMAZ

Doç. Dr. Mehtap YÜCEL BODUR Assoc. Prof. Dr. Mehtap YÜCEL BODUR

Bu dergi yılda dört defa yayınlanır. This journal is published four times a year.

Yayın Sekreteri / Secretary of Publication

Yüksel ERKAN

ISSN-2651-4141 ISSN (online) 2667-4068

Tasarım - Dizgi: Kemal ERDOĞAN

Basım Yeri:

Basım Tarihi: Mayıs 2022

* Yukarıda adları geçen editörler, editör yardımcıları ve yayın kurulu üyeleri halen Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde görev yapmaktadır.

** Editors, deputy editors and members of editorial board listed above currently work at Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emniyet Mah. Muammer Bostancı Cad. No: 4
Beşevler/ANKARA, TÜRKİYE

TEL: +90 312 216 21 13 FAKS: +90 312 215 01 69 web: <http://www.hukuk.hacibayram.edu.tr> e-posta:
hukukdergi@hbv.edu.tr - dergihukuk2013@gmail.com, hukukdergi@gazi.edu.tr

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997 yılından itibaren yılda 2 sayı, 2011 yılından itibaren ise yılda 4 sayı olarak yayımlanmakta olan hakemli bir dergidir.

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 27.05.2010 tarihinden itibaren TÜBİTAK - ULAKBİM ve 22 Nisan 2020 tarihinden itibaren CiteFactor isimli uluslararası indeks tarafından taranmaktadır.

A S O S
indeks



CiteFactor
Academic Scientific Journals



TÜBİTAK

ULAKBİM

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mahmut KOCA	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. S. Gül AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süha TANRIVER	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kadir ARICI	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. O. Berat GÜRZUMAR	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yadiğar İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İlyas DOĞAN	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Eskişehir Osman Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. F. Bilge TANRIBİLİR	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer ANAYURT	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim ERMENEK	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY	Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet ÜNAL	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yazım Kuralları ve Şekil Şartları

• Yazı Tipi, Boyutu, Satır Aralığı ve Paragrafların Yazımı:

- Akademik çalışma, “Microsoft Word” programında hazırlanmalıdır.
- Akademik çalışmaların yazımında Latin alfabesi kullanılmalıdır.
- Akademik çalışmanın ana metninin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - 1,5 satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Paragrafların ve başlıkların yazımında önce ve sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
 - Paragrafların ilk satırı 1,25 cm içeriden başlamalıdır.
- Çalışmadaki atıflar metnin altında; bir başka deyişle, dipnotlarda yapılmalıdır.
- Dipnotların yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 10 punto harf boyutunda,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Paragrafların yazımından önce ve sonra 0 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.

• Bölüm Başlıkları:

- Bütün bölüm başlıklarının yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Paragrafın ilk satırının başlangıcı (1,25 cm içeriden) esas alınarak sola hizalanmış şekilde yazılmalıdır.
 - Birinci derece bölüm başlıkları bütün harfler büyük;
 - İkinci ve üçüncü derece bölüm başlıkları her sözcüğün ilk harfi büyük,
 - Dördüncü derece ve diğer bölüm başlıkları sadece ilk sözcüğün ilk harfi büyük ve diğerleri küçük olacak şekilde yazılmalıdır.

- Birinci derece bölüm başlıkları büyük Roma rakamlarıyla (I, II, III, IV, V vd.);
- İkinci derece bölüm başlıkları Türk alfabesinde (Latin alfabesinde) bulunan büyük harflerle (A, B, C, Ç, D vd.);
- Üçüncü derece bölüm başlıkları Arap rakamlarıyla (1, 2, 3, 4, 5 vd.);
- Dördüncü derece bölüm başlıkları Türk alfabesinde (Latin alfabesinde) bulunan küçük harflerle (a, b, c, ç, d vd.);
- Beşinci derece bölüm başlıkları parantez içine alınmış Arap rakamlarıyla [(1), (2), (3), (4), (5) vd.] numaralandırılmalıdır.
- Diğer bölüm başlıklarının nasıl numaralandırılacağı isteğe bağlıdır.
- “SONUÇ” ve (varsa) “GİRİŞ” isimli başlıklar ise;
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Bütün harfler büyük,
 - Paragrafın ilk satırının başlangıcı (1,25 cm içeriden) esas alınarak sola hizalanmış şekilde yazılmalıdır.
 - Bu başlıklar numaralandırılmamalıdır.

Örnek:

GİRİŞ

I. AYNİ İKAME İLKESİ

II. PAYLAŞMALI MAL AYRILIĞI REJİMİNDE AYNİ İKAME İLKESİ UYGULAMASI

A. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimi

1. Genel Olarak

2. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminin Başlaması

3. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde Eşlerin Hakları ve Sorumlulukları

a. Eşlerin hakları

b. Eşlerin borçları

B. Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejiminde Malvarlığı Masaları ve Ayni İkame İlkesi Uygulaması

1. Genel Olarak

2. Eşlerin Kişisel Malları

3. Aileye Özgülenen Mallar

a. Ailenin ortak kullanımına ve yararlanmasına özgülenenmiş mallar

b. Ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar

c. Aileye özgülenen malların yerine geçen değerler ve aynı ikame uygulaması

(1) Edinilmiş mallara katılma rejiminde “yerine geçen değerler” kavramının ve aynı ikame ilkesi uygulamasının incelenmesi

(2) Aileye özgülenen mallar kapsamında aynı ikame ilkesi uygulaması

SONUÇ

• Sözcük Sayısı:

- Dergiye gönderilen akademik çalışmaların metin kısmının 15.000 kelimeyi geçmemesi gerekir.
- Özetler ve kaynakça, metin kısmı için öngörülen kelime sınırına dahil değildir.

• Akademik Çalışmalarda Kullanılacak Dil:

- Dergimize Türkçe, İngilizce ve Almanca dillerinde yazılmış akademik çalışmalar kabul edilmektedir. Ancak, Dergimizde Yayın Kurulu'na uygun görülecek diğer yabancı dillerde hazırlanmış akademik çalışmaların yayımlanması da mümkündür. Akademik çalışmaların yazımında Latin alfabesi kullanılmalıdır.

• Başlık, Özet ve Anahtar Kelimeler:

- Akademik çalışmanın ana başlığının yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Tümü büyük harflerle,
 - 1,5 satır aralığı ile,
 - Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
 - Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Akademik çalışma metninden önce, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış, en az 100 en çok 200 kelimedenden oluşan özet ve beş tane anahtar

- kelime eklenmelidir.
- Özet ve Anahtar Kelimelerin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - İtalik,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Özeti ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
 - Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
 - Ayrıca, “ÖZET” ve “Anahtar Kelimeler” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
 - Türkçe dilinde yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; çalışmanın ana başlığının, özeti ve anahtar kelimelerin İngilizce tercümeleri bulunmalıdır.
 - Çalışmanın ana başlığının İngilizce tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Tümü büyük harflerle,
 - 1,5 satır aralığı ile,
 - Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
 - Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
 - Özeti ve Anahtar Kelimelerin İngilizce tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - İtalik,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Özeti ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.

- Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
- Ayrıca, “ABSTRACT” ve “Keywords” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
- Yazar, isterse akademik çalışmaya İngilizce başlık, özet ve anahtar kelimelere ek olarak Almanca başlık, özet ve anahtar kelimeler de ekleyebilir.
- İngilizce dilinde yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; çalışmanın ana başlığının, özetin ve anahtar kelimelerin Türkçe tercümesi bulunmalıdır.
- Çalışmanın ana başlığının Türkçe tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Tümü büyük harflerle,
 - 1,5 satır aralığı ile,
 - Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
 - Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
- Özetin ve Anahtar Kelimelerin Türkçe tercümesinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - İtalik,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Özetin ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
 - Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
 - Ayrıca, “ÖZET” ve “Anahtar Kelimeler” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.
- Yazar, isterse akademik çalışmaya Türkçe başlık, özet ve anahtar kelimelere ek olarak Almanca başlık, özet ve anahtar kelimeler de ekleyebilir.
- Almanca dilinde ve Yayın Kurulu’na uygun görülecek diğer yabancı dillerde hazırlanmış akademik çalışmalarda yazılmış olan akademik çalışmalarda, akademik çalışmanın yazıldığı dilde yazılmış olan özet ve anahtar kelimelerden sonra; çalışmanın ana başlığının, özetin ve anahtar

- kelimelerin Türkçe ve İngilizce tercümeleri bulunmalıdır.
- Çalışmanın ana başlığının Türkçe ve İngilizce tercümelerinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Kalın,
 - Tümü büyük harflerle,
 - 1,5 satır aralığı ile,
 - Metne ortalanmış (ortalı) bir şekilde yazılmalıdır.
 - Başlığın yazımından sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
 - Özetin ve Anahtar Kelimelerin Türkçe ve İngilizce tercümelerinin yazımında aşağıdaki kurallara uyulmalıdır:
 - Times New Roman yazı karakterinde,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - İtalik,
 - Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) şekilde,
 - Tek satır aralığı ile yazılmalıdır.
 - Özetin ve anahtar kelimelerin yazımında, sonra 6 nk paragraf aralığı kullanılmalıdır.
 - Paragrafların ilk satırı içeriden başlamamalıdır.
 - Ayrıca, “ÖZET” ve “Anahtar Kelimeler” başlıkları kalın olarak yazılmalıdır.

• **Atıf Kuralları:**

- Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda, dipnot olarak gösterilmelidir.
- **Yararlanılan kaynaklara yapılan ilk atıflar, dipnotlarda aşağıdaki şekillerde gösterilmelidir.** Aşağıda detayları belirtilen atıf usulünde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) sistemi takip edilmelidir.
Kitaplar:

Ad Soyad, *Kitap Adı*, Kaçınıcı Bası Olduğu, Yayınevi, Yılı, Atıf Yapılan Sayfa.
Örnek: Rıza Ayhan, *Ticari İşletme Hukuku*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2007, s. 89.
Kitap bölümleri:

Ad Soyad, “Eser (Bölüm) Adı”, Editörün(Editörlerin) Adı Soyadı (Ed.), *Kitap Adı*, Yayınevi, Yıl, Atıf Yapılan Sayfa.
Örnek: Hayrettin Çağlar, “Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Şirkete Borç İlişkisi”, Erol Ulusoy (Ed.), *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları*, Bilge Yayınevi, 2016, s. 143.

Makaleler:

Ad Soyad, “Makale Adı”, *Dergi Adı*, Cilt (Sayı), Yıl, Atıf Yapılan Sayfa.

Örnek: Cumhuriyet Şahin, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 19(2), 2013, s. 293.

İnternet ortamında bulunan kaynaklar:

Örnek: Abdülkerim Yıldırım, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi”, *AÜHFD*, 64(1), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42392/510636>>, Erişim Tarihi 15 Aralık 2020, s. 238.

- **Eğer aynı kaynağa tekrar atıf yapılıyorsa bu atıflar ise dipnotlarda şu şekilde gösterilmelidir:**

- Bir yazarın tek eserine yapılacak atıflarda:

Yazarın Soyadı, Sayfa Numarası.

Örnek: Ayhan, s. 90.

- Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda, eserlerin adı, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılmalıdır:

Örnek: Ayhan, Ticari İşletme, s. 213.

Ayhan, *Kâr Payı*, s. 100.

- **Yararlanılan kaynakların her birisinin bu atıf usullerine uygunluğu tek tek kontrol edilmelidir.**

• **Kaynakça**

- Akademik çalışmanın sonunda, akademik çalışmada yararlanılan kaynakların listelendiği “KAYNAKÇA” yer almalıdır.
- “KAYNAKÇA”, metnin bitiminden bir sonraki sayfada yer almalıdır.
- Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak sıralanmalıdır.
- Her bir kaynak;
 - Times New Roman karakteri kullanılarak,
 - 12 punto harf boyutunda,
 - Tek satır aralığıyla,

- Soldan ve sağdan bloklanmış (iki yana yaslı) olarak,
- İlk satır asılı şekilde yazılmalıdır.
- Kaynakçada, metin içerisinde atıf yapılan mevzuat veya mahkeme kararlarının yer alması zorunlu değildir.
- Kaynakçada öncelikle yazarın soyadına, daha sonra adının ilk harfine yer verilir ve ayrıca, makalelerin ve kitap bölümlerinin sayfa aralığı gösterilir. Örnek: Ayhan R, *Ticari İşletme Hukuku*, 2. Bası, Turhan Kitabevi 2007. Örnek: Yıldırım A, “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Kiracının Güvence Vermesi”, *AÜHFD*, 64(1), 2015, <<https://dergipark.org.tr/pub/auhfd/issue/42392/510636>>, Erişim Tarihi 15 Aralık 2020, s. 237-266.

• Dergimiz yazım ve şekil şartlarına uygun şekilde düzenlenmeden gönderilen akademik çalışmalar, yazım ve dil editörlerinin kararıyla reddedilir veya düzeltilmesi istenir.

• Dergiye akademik çalışma gönderimi ve süreç hakkında ayrıntılı bilgi için lütfen “Etik İlkeler ve Yayın Politikası”nı inceleyiniz.

• Yazar veya yazarların bilgileri, “Kapak” formuna girilmelidir. Yazardan gelen dosya doğrudan hakeme yönlendirileceği için makalenin asıl metninde yazar bilgisi yer almamalıdır.

• Ayrıca, akademik çalışmalarla birlikte “Kapak” formunun yanı sıra “Etik Beyan Formu” ile “Telif Hakkı Devir Formu”nun da doldurularak sisteme yüklenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde süreç devam etmeyecektir.

WRITING RULES

• Font, Size, Line Spacing and Writing of Paragraphs:

- Articles should be written in “Microsoft Word” software.
- The Latin alphabet should be used in the writing of articles.
- The main text of the article should be written in accordance with the following rules:
 - Times New Roman font,
 - 12 pt font size,
 - Justify alignment,
 - 1.5 line spacing,
 - 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs and headings,
 - 1.25 paragraph indent for the first line of paragraph.
- Citations for referred resources should be added as footnotes at the end of each page.
- The footnotes should be written in accordance with the following rules:
 - In Times New Roman font,
 - 10 pt font size,
 - Justify alignment,
 - Single line spacing,
 - 0 pt paragraph spacing before and after paragraphs.

• Chapter Titles:

- All headings should be written in accordance with the following rules:
 - Times New Roman font,
 - 12 pt font size,
 - Left alignment (1.25 paragraph indent as the first line of paragraphs).
 - Bold,
 - The first degree headings - all uppercase;

- The second and third degree headings - the first letter of each word is capitalized,
- The fourth degree and other chapter headings - only the first letter of the first word is capitalized and the others lowercase.
- The first degree headings should be numbered in capital Roman numerals (I, II, III, IV, V etc.);
- The second degree headings should be numbered in capital letters (A, B, C, Ç, D etc.) in the Turkish alphabet (Latin alphabet);
- The third degree headings should be numbered in Arabic numerals (1, 2, 3, 4, 5 etc.);
- The fourth degree headings should be numbered in lowercase letters (a, b, c, ç, d etc.) in the Turkish alphabet (Latin alphabet);
- The fifth degree headings should be numbered in Arabic numerals [(1), (2), (3), (4), (5) etc.] in parentheses.
- How other headings will be numbered is optional.
- “CONCLUSION” and (if any) “INTRODUCTION” headings should be written in accordance with the following rules:
 - Times New Roman font,
 - 12 pt font size,
 - Left alignment (1.25 paragraph indent as the first line of paragraphs),
 - Bold,
 - All letters are uppercase,
 - These headings should not be numbered.

Example:

INTRODUCTION

I. PRINCIPLE OF SUBSTITUTE IN KIND

II. APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF THE SAME SUBSTITUTION IN THE SHARED GOODS SEPARATION REGIME

A. Shared Separation of Goods Regime

1. Generally

2. Commencement of Shared Property Separation Regime

3. Rights and Responsibilities of Spouses in the Shared Property Separation Regime

a. Rights of spouses

b. Spouses' debts

B. Asset Tables and the Application of the In-kind Substitution Principle in the Shared Separation of Goods Regime

1. Generally

2. Spouses' Personal Property

3. Family-Specific Goods

a. Goods dedicated to the common use and enjoyment of the family

b. Investments to secure the economic future of the family

c. Values that replace family-specific goods and in-kind substitution practice

(1) Examination of the concept of “substitute values” and the application of the principle of substitution in kind in the regime of participation in acquired goods

(2) Application of the principle of substitution in kind within the scope of family-specific goods

CONCLUSION

• Word Count:

- The text of the academic papers sent to the journal should not exceed 15,000 words.
- Abstracts and bibliography will not be included in the word limit for the text part.

• Language to be Used in Articles:

- Articles written in Turkish, English and German languages are accepted to our journal. However, it is also possible to publish academic studies in other foreign languages that are deemed appropriate by the Editorial Board. The Latin alphabet should be used in the writing of the articles.

• Main Title, Abstract and Keywords:

- The main title of the academic study should be written in accordance with the following rules:
 - Times New Roman font,
 - 12 pt font size,

- Bold,
- Center alignment,
- 1.15 line spacing,
- 6 pt paragraph spacing after the heading,
- All uppercase,
- Before the text of the article, a summary of at least 100 and maximum 200 words and five keywords, written in the same language with the article, should be added.
- Abstract and Keywords should be written in accordance with the following rules:
 - Times New Roman font,
 - 12 pt font size,
 - Italic,
 - Justify alignment,
 - Single line spacing,
 - 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs and headings,
 - No paragraph indent should be used for the first line of paragraphs.
 - The headings “SUMMARY” and “Keywords” should be written in bold.
- In the articles written in Turkish, after the abstract and keywords, English translation of the Main Title, summary and five keywords should be added.
- The English translation of the Main Title should be written in accordance with the following rules:
 - Times New Roman font,
 - 12 pt font size,
 - Bold,
 - Center alignment,
 - 1.15 line spacing,
 - 6 pt paragraph spacing after the heading,
 - All uppercase,

- The English translation of the summary and five keywords should be written in accordance with the following rules:
 - Times New Roman font,
 - 12 pt font size,
 - Italic,
 - Justify alignment,
 - Single line spacing,
 - 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs,
 - No paragraph indent should be used for the first line of paragraphs.
 - The headings “SUMMARY” and “Keywords” should be written in bold.
- In addition to the English title, abstract and keywords, the author can add German title, abstract and keywords to the academic work.
- In the articles written in English, a summary of at least 100 and maximum 200 words and five keywords, written in the same language with the article, should be added.
- In the articles written in English, after the abstract and keywords, Turkish translation of the Main Title, summary and five keywords should be added.
- The Turkish translation of the Main Title should be written in accordance with the following rules:
 - Times New Roman font,
 - 12 pt font size,
 - Bold,
 - Center alignment,
 - 1.15 line spacing,
 - 6 pt paragraph spacing after the heading,
 - All uppercase,
- The Turkish translation of the summary and five keywords should be written in accordance with the following rules:
 - Times New Roman font,
 - 12 pt font size,

- Italic,
- Justify alignment,
- Single line spacing,
- 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs,
- No paragraph indent should be used for the first line of paragraphs.
- The headings “SUMMARY” and “Keywords” should be written in bold.
- In the articles written in German or other foreign languages that will be deemed appropriate by the Editorial Board, a summary of at least 100 and maximum 200 words and five keywords, written in the same language with the article, should be added.
- In the articles written in German, after the abstract and keywords, Turkish and English translations of the Main Title, summary and five keywords should be added.
- The Turkish and English translations of the Main Title should be written in accordance with the following rules:
 - Times New Roman font,
 - 12 pt font size,
 - Bold,
 - Center alignment,
 - 1.15 line spacing,
 - 6 pt paragraph spacing after the heading,
 - All uppercase,
- The Turkish and English translations of the summary and five keywords should be written in accordance with the following rules:
 - Times New Roman font,
 - 12 pt font size,
 - Italic,
 - Justify alignment,
 - Single line spacing,
 - 6 pt paragraph spacing before and after paragraphs,

- No paragraph indent should be used for the first line of paragraphs.
- The headings “SUMMARY” and “Keywords” should be written in bold.

• **Citations:**

- Sources should be cited in the footnotes.
- When a source is cited for the first time, the reference should be written in accordance with the following rules. In cases where there is no rule in the citation procedure detailed below, the OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) system should be followed.

Books: Name and Surname, *Book Title*, Published, Publisher, Year, Referenced Page.

Example: Rıza Ayhan, *Commercial Business Law*, 2nd Edition, Turhan, 2007, p. 89.

Book chapters: Name Surname, “Subject (Chapter) Name”, Editor(s) Name and Surname (Ed.), *Book Title*, Publisher, Year, Referenced Page.

Example: Hayrettin Çağlar, “The Debt Relationship of the Shareholder with the Company in Joint Stock Companies”, Erol Ulusoy (Ed.), *Individual and Minority Shareholder Rights in Joint Stock Companies*, Bilge Publishing House, 2016, p. 143.

Articles: Name Surname, “Article Title”, *Journal Name*, Volume (Issue), Year, Referenced Page.

Example: Cumhuriyet Şahin, “The Scope of the Investigation on the Objection to the Decision of Postponing the Announcement of the Judgment”, *Marmara University Faculty of Law Journal of Legal Studies*, Prof. Dr. Gift to Nur Centel, 19(2), 2013, p. 293.

Resources available on the Internet:

Example: Abdülkerim Yıldırım, “Assurance of the Tenant in the Leases of Residential and Roofed Workplaces”, *AUHFD*, 64(1), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42392/510636>>, Access Date 15 December 2020, p. 238.

- If the same source is cited again, the reference should be written in accordance with the following rules.

- For references to a single work of an author: Author’s Surname, Page Number.

Example: Ayhan, p. 90.

- In references to more than one work by the same author, the title of the works should be abbreviated to distinguish it from other works of the author:

Example: Ayhan, *Commercial Enterprise*, p. 213.

Ayhan, *Dividend*, p. 100.

• **Bibliography**

- At the end of the article, there should be a “BIBLIOGRAPHY” page listing the sources used in the article.
- “BIBLIOGRAPHY” should be on the next page after the end of the text.
- The bibliography should be listed alphabetically according to the surnames of the authors.
- The bibliography should be written in accordance with the following rules:
 - Times New Roman font,
 - 12 pt font size,
 - Justify alignment,
 - Single line spacing,
 - 6 pt paragraph spacing after paragraphs,
 - Hanging paragraph indent for the first line.
- In the bibliography, it is not mandatory to include the court decisions cited in the text.
- In the bibliography, the sources should be written in accordance with the following examples:

Example: Ayhan R, *Commercial Business Law*, 2nd Edition, Turhan, 2007.

Example: Yıldırım A, “Tenant’s Assurance in Housing and Roofed Workplace Leases”, *AUHFD*, 64(1), 2015, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42392/510636>>, Access Date 15 December 2020, pp. 237-266.

• **Academic studies submitted without being prepared in accordance with abovementioned requirements will be rejected or requested to be edited.**

• **For detailed information about submitting articles to the Journal, see Ethical Principles and Publication Policy.**

• **Author or authors’ information should be given in the “Cover” form. Since the file from the author will be directed directly to the referee, the author information should not be included in the original text of the article.**

• **In addition to the “Cover” form, the “Ethical Declaration Form” and the “Copyright Transfer Form” must be filled and uploaded to the system. Otherwise, the review process will not continue.**

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt XXVI

Nisan 2022

Sayı 2

İÇİNDEKİLER

MAKALELER*

ÖZEL HUKUK

Özel Okul Öğretmenlerinin İş Güvencesi İhtiyacı Kadir ARICI	3-32
Yaralamalı Trafik Kazalarında Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Sağlanan Uzlaşmanın Sigorta Tazminatı Üzerindeki Etkisi Mustafa İsmail KAYA / Burçak TATLI	33-72
Konkordato Taleplerinde Görevli Mahkeme Kavramı ve İş Dağılımı Sorunu Mehmet KODAKOĞLU	73-122
Sigortalının Cinsiyet Değişikliğinin Sosyal Sigorta İlişkisi Kapsamında Değerlendirilmesi Burcu EZER	123-168
Türk Medeni Kanunu Kapsamında Taşınırlarda Zilyetliğin Korunması Eda ŞAHİN ŞENGÜL	169-206
Miras Ortaklığında Birlikte Hareket Etme İlkesinden Doğan Sakıncaları Gidermeye Yönelik Hukuki Yollar Elif AYAN DURHAN	207-232
Anonim Şirketin Kendi Paylarını İktisabında Ödenmemiş Sermaye Borcunun Durumu Aydın Alber YÜCE / Emre KÖROĞLU	233-258
İcra ve İflâs Kanunu'nun 297'nci Maddesinin İkinci Fıkrasında Öngörülen Tasarruf Sınırlamaları Bakımından Üçüncü Kişinin İyiniyetinin Korunması Sorunu Mesut KÖKSOY	259-286

* Makaleler, yazarların unvanı ve soyadlarına göre sıralanmıştır.

Hayvanlar Üzerinde Sınırlı Aynı Hak Tesisi Elif BOLAT TÜRKDOĞAN	287-314
Karayolu İle Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmelerine İlişkin Konvansiyon (CMR) Hükümleri Çerçevesinde Taşıma ve Teslim Engelleri (TTK ile Karşılaştırmalı Olarak) Yasemin AŞLAR ÜÇYILDIZ	315-348
Kredi Kartı Sözleşmesinin Tüketici Kredisi Niteliği Furkan ÖZDEMİR	349-382
Viyana Satım Sözleşmesi, Arnavutluk Cumhuriyeti Medeni Kanunu ve Kosova Cumhuriyeti Borçlar Kanunu'na Göre Malın Teslim Yerinin Belirlenmesi Fatmira MULAJ	383-404

KAMU HUKUKU

İdari Yargılama Hukukunda Kanun Yollarında Hükmün İnfazının Durdurulması Çınar Can EVREN / İsmail UÇAR	407-438
1876'dan 2017'ye Devlet Başkanlarının Anayasal Güçleri Özhan DEMİRKOL / M. Balkan DEMİRDAL	439-476
Provokatif Meşru Savunma Elif ERGÜNE/Erkan SARITAŞ	477-524
"İdari Mercî Tecavüzü" mü? "Zorunlu Başvurunun Yapılmaması" mı? D. Deviner ERGUVAN	525-562
ABD Hukukunda Kamusal Tartışmaya Karşı Stratejik Dava (Slapp) Yasası İsmail YÜKSEL	563-588
Cezalandırılabilirliğin Ön Alana Kaydırılması Bağlamında, Yasak Cihaz veya Programlar Suçu (TCK m. 245/A) Osman Gazi ÜNAL	589-646
İnsan Hakları Çatışmalarının Çözümlemesinde Çocuğun Üstün Yararı İlkesinin İşlevi: Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme Zeynep HAZAR	647-684

Adli Yaptırım ve İdari Yaptırım Ayrımının Askeri Suç
ve Disiplinsizlikler Açısından İncelenmesi

Furkan YILDIZ..... 685-720

ÇEVİRİ

Almanya’da Cezanın Belirlenmesindeki Durum
Prof. Dr. Tatjana Hörnle, Berlin

H. Kaan CANAN..... 723-740

Kriz Zamanında İdare Hukuku:
Covid-19’a Ulusal Müdahalelerin Karşılaştırılması
Cary COGLIANESE & Neysun A. MAHBOUBI

Rıdvan AKIN / Emre SOYER741-770

Ankara Hacı Bayram Veli University
Faculty of Law Review

Vol. XXVI April 2022 Number 2

C O N T E N T S

ARTICLES*

PRIVATE LAW

<i>Employment Security Needs Of Private School Teachers</i> Kadir ARICI	3-32
<i>The Effect Of Reconciliation On Compensation Claims Resulting From Injury Traffic Accidents</i> Mustafa İsmail KAYA / Burçak TATLI.....	33-72
<i>The Concept Of Competent Court And The Issue Of The Distrubition Of Work For Concordat Demands</i> Mehmet KODAKOĞLU	73-122
<i>Evaluation Of The Insured's Gender Reassignment Within The Scope Of Social Insurance Relationship</i> Burcu EZER	123-168
<i>Protection Of Possession Of Chattels In The Turkish Civil Code</i> Eda ŞAHİN-ŞENGÜL.....	169-206
<i>The Legal Methods To Remedy The Damages Arising From The Principle Of Acting Together In The Inheritance Partnership</i> Elif AYAN DURHAN.....	207-232
<i>The Status Of The Balance Capital Debt With Regard To The Acquisition Of Own Shares In Joint Stock Companies</i> Aydın Alber YÜCE / Emre KÖROĞLU.....	233-258
<i>The Problem Of Protecting The Bono Fide Of The Third Party With Regard To The Disposition Limitations Provided In Second Paragraph Of The Article 297 Of The Enforcement And Bankruptcy Law</i> Mesut KÖKSOY.....	259-286

* Articles are drawn up according to the title and surnames of the authors.

Establishment Of The Limited Real Rights On Animals
Elif BOLAT TÜRKDOĞAN287-314

*Carriage And Delivery Obstacles Within The Framework Of The Convention
On The Contract For The International Carriage Of Goods By Road (CMR)
Provisions (In Comparison With The Turkish Commercial Code)*
Yasemin AŞLAR ÜÇYILDIZ.....315-348

Consumer Credit Nature Of Credit Card Contract
Furkan ÖZDEMİR.....349-382

*Determination Of The Place Of Delivery According
To The Cisg, The Civil Code Of The Republic Of
Albania And The Code Of Obligations Of The Republic Of Kosovo*
Fatmira MULAJ.....383-404

PUBLIC LAW

*Stay Of Execution Of Judgments In Appeal Procedure
Of Administrative Jurisdiction*
Çınar Can EVREN / İsmail UÇAR.....407-438

Constitutional Powers Of Heads Of State From 1876 to 2017
Özhan DEMİRKOL / M. Balkan DEMİRDAL.....439-476

Provocative Self-Defense
Elif ERGÜNE / Erkan SARITAŞ477-524

*“Administrative Authority Exceedance”? Or
“Not To Be Done Of Obligatory Appeal”?*
D. Deviner ERGUVAN525-562

*Anti-Slapp (Strategic Litigation Against
Public Participation) Law In Usa*
İsmail YÜKSEL.....563-588

*Offence Of Prohibited Devices Or Computer Programs (TPC,
Section 245/A), In The Context Of Preponing Criminal Liability*
Osman Gazi ÜNAL.....589-646

*The Function Of The Principle Of The Best Interests
Of The Child In Resolving Human Rights Conflicts: A Review
In The Light Of The Case Law Of The Turkish Constitutional Court*
Zeynep HAZAR.....647-684

*Examining The Distinction Between Criminal And Administrative
Sanctions In Terms Of Military Crimes And Indisciplines*

Furkan YILDIZ..... 685-720

ÇEVİRİ

Almanya’da Cezanın Belirlenmesindeki Durum

Prof. Dr. Tatjana Hörnle, Berlin

H. Kaan CANAN..... 723-740

Kriz Zamanında İdare Hukuku:

Covid-19’a Ulusal Müdahalelerin Karşılaştırılması

Cary COGLIANESE & Neysun A. MAHBOUBI

Rıdvan AKIN / Emre SOYER741-770

ÖZEL HUKUK >>

BOŞ

ÖZEL OKUL ÖĞRETMENLERİNİN İŞ GÜVENCESİ İHTİYACI

Kadir ARICI*

ÖZET

Özel okullarda öğretmenler, iş sözleşmesi ile istihdam edilirler. İş sözleşmesinin türü 5580 sayılı kanundaki düzenleme sebebiyle tartışmalara yol açmıştır. Doktrinde ve yargı içtihatlarındaki farklı görüşler Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun, iş sözleşmesinin türünün "Belirli süreli iş sözleşmesi" olduğuna ilişkin kararı ile sona ermiştir. İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı, özel okul öğretmenlerinin iş sözleşmesinin türü ile ilgili tartışmaları sona erdirmiş; ancak özel okul öğretmenlerini feshe karşı korunma başta olmak üzere İş Kanunu ile tanınan bazı haklardan da mahrum bırakmıştır. Bu makalede özel okul öğretmenlerinin feshe karşı korunmadan mahrum bırakılmasının sonuçları ve feshe karşı korunma ihtiyacı ele alınmış; feshe karşı korunma ihtiyacının nasıl karşılanacağına ilişkin görüşlerimiz açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Belirli süreli iş sözleşmesi, özel okul öğretmenleri, sözleşmenin sona ermesi, içtihadı birleştirme kurulu kararı, feshe karşı korunma.

EMPLOYMENT SECURITY NEEDS OF PRIVATE SCHOOL TEACHERS

ABSTRACT

Private school teachers are employed with the employment contract. The type of the employment contract has led to controversy due to the regulation in Law no. 5580. Different views in doctrine and judicial jurisprudence ended with the Decision of Supreme Court Consolidation Board that the employment contract of private school teachers is "Fixed-term Employment Contract". The Decision of Supreme Court Consolidation Board ended the discussions about the type of employment contract of private school teachers; however, it also deprived private school teachers of some of the rights recognized by the Labor Law, especially protection against termination. In this article, the consequences of deprivation of protection against termination of private school teachers and the need for protection against termination have been discussed and our views on how to meet the need for protection against termination have been explained.

Keywords: Fixed-term employment contract, private school teachers, expiration of contract, decision of supreme court consolidation, protection against termination of employment contract.

* **Prof. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi/ANKARA, e-posta: kadir.arici@hbv.edu.tr,

ORCID: 0000-0002-5438-0008.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1116281

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 10/12/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 03/04/2022

GİRİŞ

Türk milli eğitim sisteminde, özel okullar sisteminin tarihi çok eskilere gider. Yabancı ülkelerin açtığı özel okullarla başlayan özel okul açma süreci, daha sonra vatandaşlar ve birtakım vakıf ve dernekler tarafından açılan okullar ile devam etmiştir¹.

2010'lu yıllardan itibaren dersanelerin kapatılması ve dersane sahiplerine okul açma yolunun açılması özel okul sayılarını artıran bir etki yaratmıştır. Türk milli eğitim sisteminde özel gerçek ve tüzel kişilere okul açmayı teşvik eden politikalar uygulamaya konulmuştur. Bu politikalar çerçevesinde devlet, özel okulları bazı şartlarla teşvik etmiş ve bu okullarda öğrenim gören öğrencilere devlet desteği sağlamıştır.

Devletin uygulamaya koyduğu programlar ve sağladığı destek ve teşvikler, ülkemizde özel okulların sayısını günbegün artırıcı etki yapmaktadır. Okul sayısı arttıkça buna paralel olarak pek tabidir ki bu okulda görev yapan öğretmen sayıları da artmaktadır². Özel okulların açılmasına yönelik politikalar ve destek sistemleri sürdüğü müddetçe Türkiye'de uzun dönemde özel okul sayılarının artma sürecinin devam edeceği de açıktır.

Özel okullarda öğretmenlerin istihdam edilme şekli, özel bir kanunla düzenlenmiştir. 08.02.2007 tarih ve 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nda yer alan özel okullarda öğretmen istihdamına ilişkin düzenleme doktrinde ve yargıda farklı şekillerde anlaşılmış ve değerlendirilmiştir³. Yargıtayca bu farklılıklara bir son vermek maksadı ile konu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun gündemine alınmış ve yargının bu alanda

¹ Özel okulların açılışı Osmanlı Devleti döneminde başlamıştır. Bu dönemde 1890 lı yıllarda 392 özel okulun mevcut olduğu; bunların büyük çoğunluğunun protestanlar ve Amerikalılar tarafından açılmış olduğu bilinmektedir. Ülkemizde ilk özel okul 1868 yılında açılan Galatasaray Sultaniyesi (lisesi) idi. Geniş bilgi için bkz.: "Selçuk Uygun, "Türkiye'de Düünden Bugüne Özel Okullara Bir Bakış (Gelişim ve Etkileri)", *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, 36(1-2), 2003, s. 109-117.

² Millî Eğitim Bakanlığı'nın yayınlamış olduğu 2019-2020 yılı istatistiklerine göre, özel okul öğretmenlerinin sayısı 174.750'dir. T.C. Millî Eğitim Bakanlığı, Resmi İstatistik, "Millî Eğitim İstatistikleri", Örgün Eğitim, National Education Statistics, 2019/20", <http://sgb.meb.gov.tr/meb_iys_dosyalar/2020_09/04144812_meb_istatistikleri_organ_egitim_2019_2020.pdf> Erişim Tarihi: 06.07.2021.

³ İş sözleşmesinin türüne ilişkin tartışmalar için bkz: Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Beste Gemiciler Filiz, "Yargıtay Kararları Işığında Özel Okul Öğretmenleri ile Yapılacak İş Sözleşmelerinin Türüne İlişkin Bir Değerlendirme", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(2), 2016, s. 369-401.

ortaya çıkan farklı içtihatları bir içtihadı birleştirme kararı ile birleştirilmiştir. Yargıtay'ın bu içtihadı birleştirme kararı bizi bu konuya eğilmeye mecbur bırakmıştır.

İçtihadı birleştirme kararı, özel okul öğretmenlerinin istihdamının hukuki niteliğine ilişkin tartışmalara da son vermiştir. Artık özel okul öğretmenleri, yüksek yargının içtihadı birleştirme kararı çerçevesinde belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışacak; bunca öğretmenin iş ilişkisi belirli süreli iş sözleşmesine bağlı olacaktır.

İşte bu noktada belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan özel okul öğretmenleri ile ilgili çok önemli bir ihtiyaç ortaya çıkmaktadır. Bilindiği gibi belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışmakta olanlar 4857 sayılı Kanun'la düzenlenen iş güvencesi hükümlerinden yararlanma hakkına haiz değildirler. Dolayısı ile belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışacak özel okul öğretmenleri bundan sonra iş güvencesinden mahrum kalacaklardır.

Özel okul sayıları arttıkça özel okul öğretmenlerinin sayısının da artacak olduğu düşünüldüğünde bu kadar çok sayıdaki öğretmenin iş güvencesinden mahrum çalışmasına kim ve ne zamana kadar katlanacaktır? Bunu hukuk devletinde sürdürülebilir nitelikte görmek mümkün müdür?

Bu çalışmada içtihadı birleştirme kararı ve kanuni düzenleme değerlendirilecek; özel okul öğretmenlerinin iş güvencesine kavuşturulması ihtiyacı ve bu ihtiyacın nasıl karşılanabileceği hususundaki görüşlerimiz ortaya konulmaya çalışılacaktır.

I. TÜRK MİLLİ EĞİTİMİNDE ÖZEL OKUL ÖĞRETMENLERİNİN KORUNMASI İHTİYACININ ARKA PLANI

Türk milli eğitim sisteminde özel okullar, Cumhuriyet öncesine kadar uzanan bir tarihi geçmişe sahiptir⁴. Yabancı özel okullara Türkiye'de faaliyet gösterme izninin verilmesi ile başlayan sürece, zaman içinde Türk vatandaşlarının açmış olduğu özel okullar da katılmıştır. Dernek ve vakıfların açtığı özel okullar, ağırlıklı olmak üzere, bu gelişme sürmüştür⁵. 1980 sonrası dönemde ise milli eğitim sisteminde devlet, özel okulların açılışını teşvik eder politikalar izlemeye başlamıştır. Özellikle 2003 yılından sonraki dönemde

⁴ Selminaz Adıgüzel, *Uluslararası Hukukta ve Türkiye'de Eğitim Hakkı*, 2. Bası, Legal Yayınları, 2016, s. 73 vd.

⁵ Yabancı ve özel okulların tarihi için bkz.: Uygun, s. 107-120.

özel okulların açılmasının önü bütünüyle açılmış; yüksek öğrenimde de özel vakıf yüksek okulları ve üniversitelerin de sayıları hızla artmaya başlamıştır.

2014 tarihinden sonra dershanelerin kapatılma sürecinde ise özel okulların açılışında ayrı bir döneme geçilmiş; dershanelerin özel okula dönüşmesine devlet destek vermiş ve teşvik etmiştir. Özel okul açma bu dönemde önemli ölçüde kolaylaştırılmıştır. Kurucu olma şartları ise 2018 tarihinden itibaren yeniden düzenlenmiştir. 5580 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ilk fıkrasında kurucu ve kurucu temsilcisinde aranacak niteliklere yer verilmiştir. 09.05.2018 tarihli 7141 sayılı Yükseköğretim Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 11. maddesiyle ilgili maddenin ilk fıkrasında değişiklik yapılmıştır. Mevzuatta kurucu olma şartları özellikle ceza hukuku bakımından zorlaştırılmış; herkesin kurucu olmaması sağlanmıştır⁶.

Özel okul açma izinleri hiçbir şarta bağlı olmaksızın verilmiştir. Sonuçta öğrenciler için yeterli genişlikte bahçesi, spor alanı olmayan apartmandan türetilmiş özel okullar ortaya çıkmaya başlamıştır. Günümüzde büyük şehirlerde ilköğretim okullarının ve liselerin apartmandan bozma okullar halinde çalışmaya başladığını görmekteyiz. Dershane meselesini çözmek adına pedagojik bakımdan açıklanması mümkün olmayan şekil ve şartlarda özel okul açılışlarına izin verilmektedir.

Türk Milli Eğitim Sisteminde eğitimde özel sektöre kapı aralamaya yönelik politikalar, her alanda özel okul ve kursların, eğitim faaliyetlerinin, eğitim merkez ve kuruluşlarının açılmasına imkân sağlamıştır. Bu dönemde özel okul, kurs, eğitim merkezi gibi eğitim ve öğretim kurum ve kuruluşlarının ve paralelinde bu kurum ve kuruluşlarda görev yapan eğitim elemanlarının

⁶ Kurucu olabilmek için; “Özel öğretim kurumlarının gerçek kişi kurucularında, tüzel kişi kurucularının yönetim organlarında, kurucu temsilcilerinde ve personelerinde; 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezası ya da affa uğramış olsa bile Devletin egemenlik alametlerine ve organlarının saygınlığına karşı suçlar; Devletin güvenliğine karşı suçlar; anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar; millî savunmaya karşı suçlar; Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, kaçakçılık suçları, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ve 11/10/2006 tarihli ve 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun kapsamında işlenen suçlardan ceza almamış olması veya haklarında bu suçlardan dolayı kovuşturma bulunmaması, terör örgütlerine ya da Millî Güvenlik Kurulunca Devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti ya da iltisakı yahut bunlarla irtibatı olmaması şartı aranır.” şartlarını sağlamış olmak gerekmektedir.

(öğretmen, usta öğretici, uzman öğretici, eğitim yöneticisi gibi) sayıları da giderek artmaktadır.

625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır⁷. Bu kanunun yerini 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu almıştır. Bu kanuni düzenleme özel okulların teşvik edilmesine yönelik, özünde yeni eğitim politikaları paralelinde bir kanunlaştırma faaliyeti olarak sonuçlanmıştır. Kanuni düzenlemede neo-liberal politikalar milli eğitim politikalarının içerisine yerleştirilmeye çalışılmıştır.

Milli eğitimde hizmet alımına kapı açan ve eğitim alanında özel sektöre imkân veren yeni politika süreceğe benziyor. Bu çerçevede üzerinde durulması gereken en önemli mesele, ki bu çalışmanın temel saiki de budur, öğretmenler başta olmak üzere eğitim çalışanlarının çalışma ilişkileri bakımından korunmasıdır.

5580 sayılı Kanun öğretmenlerin İş Kanunu'na tabi olacaklarını öngörmektedir. Kanunda yapılan düzenleme sebebiyle öğretmenlerle yapılan iş sözleşmesinin niteliği, uzun süre tartışılır durumda kalmıştır⁸. Aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere öğretmenlerle yapılacak iş sözleşmelerinin bir yıl süreli olacağına dair kanuni düzenleme sebebiyle bu sözleşmelerin asgari süreli iş sözleşmesi mi belirli süreli iş sözleşmesi mi olduğuna ilişkin tartışmalar yaşanmıştır⁹. Sözü edilen tartışmalar Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararı ile sona ermiştir¹⁰. YİBKK, özel okul öğretmenlerinin iş sözleşmelerinin, belirli süreli iş sözleşmesi niteliğinde olduğu yönünde karar vermiştir.

Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararının ortaya çıkardığı bir sonuç ve bir gerçek vardır ; bu gerçek , belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışanların feshe karşı korunmadan yani iş güvencesinden faydalanamayacakları gerçeğidir. Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışma halinde öğretmenler; iş güvencesinden mahrum kaldıkları gibi İş Kanunu'ndan doğan kıdem tazminatı gibi bazı haklardan da mahrum kalabileceklerdir.

⁷ Bkz.: H. Argun Bozkurt, “625 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu ve Öğretmenler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (3), 2000, s. 815-828.

⁸ Özel okul öğretmenlerinin iş sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Fatma Nur Alan, *Özel Okul Öğretmenlerinin İş Sözleşmesi*, On İki Levha Yayınları, 2021.

⁹ Tankut Centel, “Özel Okul Öğretmenleriyle Sözleşme Yapılması”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Haziran 2007, s. 22-26.

¹⁰ YİBKK. 2017/1 E. 2018/2 K. 23.02.2018 T. (Lexpera İçtihat Bilgi Bankası)

Şu hâlde özel okullarda görev yapan öğretmenlerin istihdam sürecinde korunmaları ihtiyacı ortada duran ve çözülmesi gereken acil bir mesele durumundadır. Aşağıda açıklanacağı gibi bundan sonra özel okul öğretmenleri mevcut iş ilişkisi sürecinde sürekli olarak zincirleme yapılan belirli süreli iş sözleşmeleri ile çalıştırılacaktır. Sonuçta da özel okul öğretmenleri, her yıl iş sözleşmelerinin yenilenip yenilenmeyeceği sorusunun cevabını bekleyerek çalışacaklardır.

Günümüzde özel okul öğretmenlerinin en önemli ihtiyacı iş güvencesi ihtiyacıdır. Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararı ile bu ihtiyacın büyüklüğü ve tartışmasızlığı daha da açık bir biçimde ortaya çıkmış bulunmaktadır.

Öğretmenlerin istihdam esaslarına ilişkin düzenleme yapılırken; öğretmen, eğitim gören öğrenciler ve okul işvereni üçlüsü arasında hakkaniyeti ve eğitim prensiplerini gözeten bir düzenin kurulması ilke edinilmelidir. Ancak öğretmenler ile özel okul işvereni arasındaki iş sözleşmelerinin belirli süreli olarak yapılmasını zorunlu kılan; yapılacak iş sözleşmelerinin “en az bir takvim yılı süreli olmak üzere yönetmelikte belirlenen esaslara göre yazılı olarak yapılır” (m.9/1) düzenlemesi öğretmenin hukukunu korumaktan uzaktır. Bir takvim yılı ne demektir? Takvim yılı bir eğitim ve öğretim yılı süresi midir? Bir takvim yılı normal bir yıl anlamında bir düzenleme mi getirmektedir?

Eğitim ve öğretim dönemi, ilk ve orta öğretim uygulamasında Eylül-Haziran arasındaki çoğunlukla iki sömestrden ibaret bir dönemi ifade eder. 5580 sayılı Kanun öğretmenlerle yapılan sözleşmenin bir eğitim öğretim takvimi sonunda sona erdirilmesini engelleyen bir düzenleme getirmemektedir. Eğitim ve öğretim süreci içinde öğretmen değişiminin pedagojik zararlarına dair tek bir ifade ne kanunun genel ne de madde gerekçesinde yer almaktadır. Öğretmenlerle ikinci sömestr başında ve bir takvim yılı yapılan bir sözleşme yine ikinci sömestr başında sürenin dolması ile sona erecektir. Kaldı ki kanun, görevi sona eren öğretmenin yerine geçici süreli olarak öğretmen çalıştırma imkânı da vermektedir (m.9/1). Öte yandan öğretmen ihtiyacı özel istihdam bürolarından geçici iş ilişkisi ile öğretmen almak suretiyle; öğretmenle geçici iş ilişkisi kurularak da karşılanabilecektir. (İş Kanunu m.7)

Biz kanuni düzenlemenin pedagojik gerekliliklerden ziyade eğitimde özel sektöre daha fazla alan açan bir politika değişikliğine öncelik verdiğini düşünüyoruz. Mevcut sistem devam ettiği sürece özel okul öğretmenleri iş güvencesinden ve İş Kanunu'nun iş güvencesi ile sağladığı koruma ve

haklardan mahrum kalacaktır. Başka bir deyişle özel okul öğretmenleriyle yapılan iş sözleşmesi kanun gereği belirli süreli olarak kabul edildiğinden özel okul öğretmenin işe iade davası açması mümkün olmayacaktır¹¹. Yargıtay'ın son içtihadı birleştirme kararı da bu düzeni güçlendiren bir etki yaratacaktır.

II. ÖZEL OKULLARDA ÖĞRETMEN İSTİHDAMININ GENEL ESASLARI

5580 sayılı Kanun özel okullarda bütün personelin istihdamı esaslarını düzenleyen bir kanundur. Öğretmenlerin istihdamı ise bu kanunda özel bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. İçtihadı birleştirme kararı sonucunda ortaya çıkan durumu daha iyi anlamak için öğretmen istihdam esaslarının hatırlanması gerekir. Aşağıda özel okul öğretmenlerinin istihdamına ilişkin temel esaslar ortaya konulacaktır.

A. Özel Okul ve Özel Okul Öğretmeni Kavramı

1. Özel Okul Kavramı

Özel okul nedir? Özel okul, özel gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan, açılan, işletilen, yönetilen bütün eğitim ve öğretim kurumlarını ifade eden bir kavramdır. 5580 sayılı kanun kapsamında yer alan bu anlamda kurum ve kuruluşlar ayrı ayrı tanımlanmıştır (m.2).

Kanuna göre özel öğretim kurumu “**Okul öncesi eğitim, ilköğretim, ortaöğretim, özel eğitim okulları ile çeşitli kursları, özel öğretim kurslarını, uzaktan öğretim yapan kuruluşları, motorlu taşıt sürücüleri kursları, hizmet içi eğitim merkezleri, özel eğitim ve rehabilitasyon merkezleri, sosyal etkinlik merkezleri, mesleki eğitim merkezleri ile benzeri özel öğretim kurumlarını**” ifade eder (m.2/b). Özel öğretim kurumları arasında yer alan özel okul kavramı kapsamına kanun;

- ✓ **Okul:** Özel eğitim, okul öncesi, ilkokul, ortaokul ve ortaöğretim ile Bakanlıkça dönüşüm programına alınan kurumlardan 2018-2019 eğitim-öğretim yılının sonuna kadar faaliyetleri devam eden ortaöğretim özel okulları (m.2/c),
- ✓ **Yabancı okullar:** Yabancılar tarafından açılmış özel okulları (m.2/d),
- ✓ **Azınlık okulları:** Rum, Ermeni ve Musevî azınlık vatandaşlarımız

¹¹ Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, *Türk İş Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 53-55.

tarafından kurulmuş, Lozan Antlaşması ile güvence altına alınmış ve kendi azınlığına mensup Türkiye Cumhuriyeti uyruklu öğrencilerin devam ettiği okul öncesi eğitim, ilköğretim ve ortaöğretim özel okulları (m.2/e),

dahil etmiştir. Ancak aşağıda yer alan kurslar, özel eğitim okulları, motorlu taşıt sürücülerini kursu, özel eğitim ve rehabilitasyon merkezi, milletlerarası özel eğitim kurumları, uzaktan öğretim kurumu, özel öğretim kursu, sosyal etkinlik merkezi, mesleki eğitim merkezi gibi kurum ve kuruluşlar da genel anlamda özel öğretim kurumu niteliğindedir:

- ✓ **Çeşitli Kurslar:** Kişilerin sosyal, sanatsal, sportif, kültürel ve mesleki alanlarda bilgi, beceri, dil, yetenek ve deneyimlerini geliştirmek, isteklerine göre serbest zamanlarını değerlendirmek amacıyla faaliyet gösteren özel öğretim kurumları (m.2/g),
- ✓ **Özel Eğitim Okulu:** Özel eğitim gerektiren bireylere hizmet veren, özel olarak yetiştirilmiş personelin bulunduğu, geliştirilmiş eğitim programlarının uygulandığı özel öğretim kurumu (m.2/h),
- ✓ **Motorlu Taşıt Sürücülerini Kursu:** Motorlu taşıt sürücüsü yetiştirerek sınav sonucu sertifika veren ve trafikle ilgili eğitim-öğretim yaptırarak özel öğretim kurumları (m.2/i),
- ✓ **Özel Eğitim ve Rehabilitasyon Merkezi:** Özel eğitim gerektiren bireylerin konuşma ve dil gelişim güçlüğü, ses bozuklukları, zihinsel, fiziksel, duygusal, sosyal, duygusal veya davranış problemlerini ortadan kaldırmak ya da etkilerini en az seviyeye indirmek, yeteneklerini yeniden en üst seviyeye çıkarmak, temel öz bakım becerilerini ve bağımsız yaşam becerilerini geliştirmek ve topluma uyumlarını sağlamak amacıyla faaliyet gösteren özel öğretim kurumları (m.2/k),
- ✓ **Milletlerarası Özel Öğretim Kurumları:** Yalnız yabancı uyruklu öğrencilerin devam edebilecekleri özel öğretim kurumları (m.2/l),
- ✓ **Uzaktan Öğretim Kurumu:** Çeşitli nedenlerle öğrenimlerini sürdüremeyenlere her türlü iletişim araçları ile eğitim-öğretim yapan kurumları (m.2/o),
- ✓ **Özel Öğretim Kursu:** Kişilerin, Bakanlıkça belirlenmiş bilim gruplarına uygun eğitim ortamlarında, öğrenim seviyelerine, ilgi ve isteklerine uygun öğretim programları doğrultusunda, bilgi,

beceri, yetenek ve deneyimlerini geliştirdiği, serbest zamanlarını değerlendirdiği bir bilim grubunda eğitim veren kurumları (m.2/ö),

- ✓ **Sosyal Etkinlik Merkezi:** İl millî eğitim müdürlükleri ile belediyeler arasında yapılan ve Bakanlıkça onaylanan ortak işbirliği protokolleri çerçevesinde, Bakanlığın verdiği işyeri açma ve çalışma ruhsatı ile belediyelerce açılan ve işletilen, ilköğretim ve/veya ortaöğretim öğrencilerinin ödev ve projelerine ilişkin araştırmalar yaptığı, öğrencilerin ilgi, istek ve yetenekleri doğrultusunda sosyal, kültürel, sanatsal ve sportif faaliyetlerin yürütüldüğü özel öğretim kurumları (m.2/p),
- ✓ **Mesleki Eğitim Merkezi:** Çıraklık, kalfalık ve ustalık eğitimi ile mesleki ve teknik kurs programlarının uygulandığı özel öğretim kurumu (m.2/r).

Kanuni düzenleme dikkate alındığında özel öğretim kurumu kavramına yalnızca bilinen anlamda okullar girmemekte; çok çeşitli eğitim işyerleri de bu kavram kapsamında yer almaktadır.

2. Özel Okul Öğretmeni Kavramı

Öğretmen kimdir? Öğretmen en geniş anlamı ile “öğretmeyi meslek edinmiş kimse”dir. Öğretmenlik bir meslektir¹². Öğretmenler kamuda veya özel sektörde mesleklerini yürütebilirler. Öğretmenlik mesleği, statü hukukuna dayalı olarak memur veya kamu görevlisi olarak yapılabileceği gibi özel hukuk içinde özel gerçek veya tüzel kişilere ait eğitim ve öğretim kurumlarında iş sözleşmesine dayalı olarak da yürütülebilir. Öğretmenlik mesleğini kendi adına ve hesabına serbest meslek olarak yürüten kimseler de vardır. Özel okul öğretmenleri büyük çoğunluğu ile iş sözleşmesi ile kamu ve/veya özel sektörde çalışan öğretmenlerdir.

5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu özel öğretim kurumlarında “Kurumlarda görev yapan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler” i kapsayan bir kanundur. Kanun incelendiği zaman özel okul öğretmeni yalnızca dar anlamda özel okul kavramı kapsamında faaliyet gösteren öğretmenleri kapsamadığı; en geniş anlamda özel eğitim merkezlerinde görev

¹² 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu’na göre, “Öğretmenlik, Devletin eğitim, öğretim ve bununla ilgili yönetim görevlerini üzerine alan özel bir ihtisas mesleğidir. Öğretmenler bu görevlerini Türk Milli Eğitiminin amaçlarına ve temel ilkelerine uygun olarak ifa etmekle yükümlüdürler” (m.43/1).

yapan bütün öğretmenlerin de özel okul öğretmeni kavramı içinde yer aldığı gerçeğini göz ardı etmemek gerekir.

Özel okul öğretmeni derken biz de en geniş anlamda 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nda kurumlarda görev yapan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticileri kapsayan muhtevada bir kavram olarak anlaşılmasının gerekli olduğunu düşünüyoruz.

B. Özel Okul Öğretmeninin İşe Alınması- İstihdamı

Özel okul öğretmenleri 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu çerçevesi içinde kurulan ve faaliyet gösteren özel okullarda yine aynı kanunda belirlenen esaslar dahilinde istihdam edilen öğretmenlerdir. Özel okul öğretmenleri bütünüyle özel hukuk esaslarına göre istihdam olunurlar. Özel okullarda öğretmenler, iş sözleşmesi ile istihdam olunurlar.

Özel okullarda çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile özel okul yönetimi (kurucu veya kurucu temsilcisi) arasındaki ilişkiyi 5580 sayılı Kanun iş sözleşmesi (m.9/1) olarak nitelendirmiştir. Buna göre özel okul öğretmenlerinin iş sözleşmeleri “en az bir takvim yılı süreli” olmak üzere, yönetmelikte belirlenen esaslara göre “yazılı” şekilde yapılır.” (m.9/1).

Özel okul öğretmenleri ile kamuda statü hukukuna dayalı olarak çalışan öğretmenler arasında büyük farklılıkların olmasına engel olmak üzere kanun koyucu tarafından özel okul öğretmenlerinin çalıştırılma esaslarına ilave bazı kriterler konulmuştur (m.9).

1. İş Sözleşmesinin Yapılması

Özel okul öğretmenleri 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu hükümleri çerçevesinde istihdam olunurlar. 5580 sayılı Kanun özel okul öğretmenlerinin; sosyal güvenlik bakımından 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, özlük hakları itibarı ile de 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi olarak çalıştırılmasını öngörür. Özel okul yönetimi istihdam edeceği öğretmen ile yazılı bir iş sözleşmesi yapacak ve sözleşme en az bir takvim yılı süreli olacaktır (m.9/1).

Öğretmenin göreve başlayabilmesi için iş sözleşmesinin yapılması gerekli ancak yeterli değildir. Okul idaresinin öğretmenle yaptığı iş sözleşmesi ile valilik makamına başvurması ve sözleşme tarafı öğretmen için çalışma izni alması şarttır.

Özel okul öğretmeni ancak çalışma izninin alınması ile birlikte iş başı yapabilir. Valilikten çalışma izni alınmadan personel işe başlatılamaz (Y.m.26/3). Şu halde iş sözleşmesinin geçerli olması ve iş ilişkisinin kurulabilmesi için valilik makamından çalışma izninin alınmış olması şarttır. Özel okul öğretmeni ile imzalanan iş sözleşmesi valilik tarafından onaylanıncaya kadar geçerliliği onay şartına bağlı bir iş sözleşmesi niteliğindedir.

2. Çalışma İzinlerinin Alınması ve Göreve Başlatılması

Bir özel okulda istihdam edilecek yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile özel okul kurucusu veya kurucu temsilcisi arasında yazılı bir iş sözleşmesi yapılır. Bu sözleşme ile özel okulda çalışacak eğitim personelinin işe başlayabilmeleri için özel okulun kurulduğu il valiliğine çalışma izni için başvuruda bulunmak ve valilik makamınca kendilerine çalışma izni verilmiş olması şarttır. Çalışma izni için teklifler istihdam edilecek eğitim personelinin statüsüne göre değişir. Buna göre başvuru;

- (i) Genel müdür, genel müdür yardımcısı ve müdürler için kurucular veya kurucu temsilcileri,
- (ii) Yöneticiler dışındaki eğitim personeli için müdür tarafından yapılır. (Y.m.26/1).

Yabancılar için ise izin işlemleri “Bakanlıkça ön izin belgesi verilen yabancı uyrukluların çalışma izinleriyle ilgili işlemler, 27/2/2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun ve 29/8/2003 tarihli ve 25214 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilir (Y.m.26/2)¹³.

Kurum müdürlüğünce, çalışma izni verilmesi istenen eğitim personelinin ve diğer personelin bu izne esas olan belgeleri eksiksiz olarak tamamlanır ve kurumun bağlı bulunduğu Millî Eğitim Müdürlüğüne teslim edilir. Nitelik ve şartları uygun bulunanlara müracaattan itibaren 10 gün içinde çalışma izni valilikçe düzenlenir. Valilikten çalışma izni alınmadan personel işe başlatılamaz (Y.m.26/3).

¹³ 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu’na göre, “(7) 27/2/2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmıştır” (m.27/7). “Diğer mevzuatta, 27/2/2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanuna yapılmış olan atıflar bu Kanuna yapılmış sayılır” (m.26/1).

Özel okullarda öğretmenler ancak çalışma izinleri alındıktan sonra göreve başlatılabilir. Şu hâlde iş hukuku bakımından sözleşme ilişkisinin kurulmuş olması gerekli ancak yeterli değildir. İş hukuku bakımından öğretmenle okul idaresi arasında iş ilişkisinin kurulması ancak valilik izninin alınmasından sonra mümkündür. Valilikten izni alınmış öğretmen, bu izinden sonra göreve başlayabilir.

3. Çalışma İzinlerinin Uzatılması

Öğretmen için onay alarak istihdam edilen ve kendileri ile bir yıl süreli iş sözleşmesi yapılan öğretmenlerden iş sözleşmesi ertesi yıl da devam edecek olanlar özel okul idaresi tarafından belirlenir. Belirlenen öğretmenler ile yeniden iş sözleşmesi yapılır yani iş sözleşmeleri yenilenir.

Sözleşmeleri yenilenecek öğretmenler için okul idaresi eski sözleşmelerinin bitiminden en geç 30 gün önceden çalışma izinlerinin uzatılmasının onaylanması –onay alınması- için il Milli Eğitim Müdürlüğüne başvurur. Millî eğitim müdürlüklerince kurum ve eğitim personelinin mağduriyetine meydan verilmeyecek şekilde eski sözleşmenin bitim tarihinde çalışma izinlerinin uzatılma onayının verilmesi öngörülmüştür (Y.m.27).

C. Özel Okullarda Öğretmenlerin Çalışma Şartları

Özel okullarda öğretmenlerin çalışma şartlarını okul idaresi belirler. Ancak ilgili kanun ve yönetmelik ile öğretmeni korumak ve eğitim sürecinde istikrar kazandırmak maksadı ile bazı sınırlamalar getirilmiştir. Okul yönetimleri aşağıda kısaca işaret edilen sınırlamalara uyarak okulu yönetmekle yükümlüdür.

Özel okulda öğretmenlere verilebilecek ders sayısı sınırlandırılmıştır. Buna göre “Okullarda görevli öğretmenler ile uzman öğreticiler haftada en fazla aylık karşılığı 20 saat, ders saati ücretli 20 saat olmak üzere toplam 40 saate kadar ders okutabilir. (Y.m.26/4) Okul öncesi eğitim kurumlarından derslik sayısı üçten az olan okullarda okul öncesi öğretmenliğine kaynak teşkil eden fakültelerden mezun olan okul müdürü tam gün ders okutabilir.” (Y.m.26/4).

Özel okullarda görev yapan yönetici öğretmenlerin ders görevleri ise sınırlandırılmıştır. Buna göre “Okullarda görevli yöneticiler haftada 6 saat aylık karşılığı, 6 saat ders saati ücretli olmak üzere toplam 12 saat, diğer kurumlarda görevli yöneticiler ise haftada toplam 12 saat ders okutabilir.” (Y.m.26/6).

Bir kurumun öğretime başladığı tarihten itibaren mevcut ders saati sayısının, kuruluş sırasında üçte birinin, kuruluşundan üç yıl sonra da en az üçte ikisinin asıl görevi bu kurumlarda olan öğretmen, uzman öğretici veya usta öğreticiler tarafından okutulması zorunludur (K.m. 8/2). Bu hükümlerle kurumlarda yalnızca ders saat ücretli eğitim elemanlarına görev verilmesi engellenmiştir.

Kanunla özel okul öğretmenlerinin haklarına dair de birtakım sınırlamalar da getirilmiştir. Buna göre “Sosyal yardım kapsamındaki ek ödemeler, bütçe kanunlarıyla resmî okul yardım kapsamındaki ek ödemelerden gelir vergisi kesilmez. Kurumlardaki ek ders ücreti miktarı, resmî okullar için tespit edilen miktardan az olamaz. Ancak, 8 inci madde uyarınca resmî okul ve kurumlardan ücretli olarak görevlendirilenlere verilecek ek ders ücreti miktarı, resmî okullar için tespit edilen ek ders ücretinin iki katını geçemez.” (K.m.9).

Bu düzenleme ile;

- Özel okul öğretmenlerine yapılacak ek ödemelerden gelir vergisi kesilmemesi,
- Ödenecek ek ders ücretlerinin resmi okullar için tespit edilen miktardan az olamayacağı,
- Resmi okullardan özel okullara görevlendirilecek öğretmenlere ise ek ders ücreti olarak resmi okullar için tespit edilecek ders ücretinin iki katından fazla ücret ödenmeyeceği,

gibi sınırlamalar getirilmiştir.

Özel okul öğretmenlerine ödenecek aylık ücretin miktarı konusunda 625 sayılı Kanun’un 33. maddesinin ilk fıkrasında “Özel okullarda yöneticilik ve eğitim-öğretim hizmeti yapanlara, kıdemlerine göre (emekliler hariç) dengi resmi okullarda ödenen aylık ile sosyal yardım kapsamındaki ek ödeme tutarlarından az ücret verilemez” hükmü yer almaktaydı. Bu hükme 5580 sayılı Kanun’un 9. maddesinin 2. fıkrasında da yer verilmişti. Ancak 01.03.2014 tarihli 6528 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu ile Bazı Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 14. maddesiyle bu fıkra yürürlükten kaldırılmıştır. Yapılan bu değişiklik ile özel okul öğretmenlerinin ücret hakkının korunması iş hukukuna ilişkin genel koruma seviyesine düşürülmüştür. Özel okul öğretmenleri kamuda öğretmenlik yapan öğretmenin şartlarında ücret almaktan mahrum bırakılmışlardır. Özel

okulların teşviki için özel okul öğretmenin hakkında vazgeçmek şart mıydı sorusu cevap beklemektedir.

D. Özel Okul Öğretmenlerinin İş Sözleşmelerinin Sona Ermesi

Özel okul öğretmenlerinin iş sözleşmeleri nasıl sona erer? Bu sorunun cevabı 5580 sayılı Kanun ve 4857 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde verilecektir. Ancak özel okul öğretmenlerinin iş sözleşmelerinin feshinde İş Kanunu hükümlerine tabi olacaklarını ya da olduklarını söylemek bütünüyle isabetli bir tespit olamaz. Çünkü her ne kadar özel okul öğretmenlerinin iş sözleşmelerinin 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi olacakları hükme bağlanmış ise de; 5880 sayılı Kanun 4857 sayılı Kanunu özel okul öğretmenlerinin tabi olacakları yegane kanun olarak belirlemiş değildir.

5580 sayılı Kanunda özel okul öğretmenlerinin özlük hakları yönünden 5510 ve 4857 sayılı kanunlara tabi olacakları ifade edilmiş ise de bu öğretmenlerin çalışma süresince tabi olacakları bir dizi mevzuat da ayrıca belirlenmiştir. Buna göre;

“Kurumlarda görev yapan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler, bu Kanun hükümleri saklı kalmak üzere;

a) Sosyal güvenlik ve özlük hakları yönünden; 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu ile 4857 sayılı İş Kanunu,

b) Yetki, sorumluluk, ödül ve cezalar ile bunların uygulanması bakımından; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 1702 sayılı İlk ve Orta Tedrisat Muallimlerinin Terfi ve Tecziyeleri Hakkında Kanun, 4357 sayılı Hususi İdarelerden Maaş Alan İlkokul Öğretmenlerinin Kadrolarına Terfi, Taltif ve Cezalandırılmalarına ve Bu Öğretmenler İçin Teşkil Edilecek Sağlık ve İçtimaî Yardım Sandığı ile Yapı Sandığına ve Öğretmenlerin Alacaklarına Dair Kanun ile 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerine tâbidir.

Ancak, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren fiillerin işlenmesi halinde bu kişilere kademe ilerlemesinin durdurulması cezası yerine brüt aylığından 1/4'ü ile 1/2'si arasında maaş kesim cezası, çalışma izni veren makam tarafından verilir. Tekrarı hâlinde ise göreve son verilir. 1702 sayılı Kanuna göre meslekten çıkarılma veya 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren fiil ve hâllerin işlenmesi hâlinde, Bakanlığın görüşü alınmak suretiyle personelin görevine, izni veren

makam tarafından son verilir.

Yetki, sorumluluk, ödül, sicil, disiplin ve cezaların uygulanmasına ilişkin diğer esas ve usûller çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

Kurumlarda görev yapan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler, görevleri sırasında suç işlemleri veya görevleri nedeniyle kendilerine karşı işlenen suçlardan dolayı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun uygulanması ve ceza kovuşturması bakımından kamu görevlisi sayılır.” (K.m.9).

Bu düzenlemeler incelendiği zaman özel okul öğretmenlerinin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre çalışması ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerine göre yargılanmaları öngörülmektedir. Özel okul öğretmenleri 657 sayılı Kanun kapsamında kademe ilerlemesi, kademe durdurulması cezasını gerektiren suç işlediklerinde 4483 sayılı Kanun esaslarına göre yargılanacaklar ve kendilerine çalışma izni veren makamca (valilik makamı) bürüt aylıklarından ¼ ile ½ arasında maaş kesme cezası verilebilecektir. Aynı nitelikteki suçları tekrar işlemleri halinde öğretmenin görevine de son verilecektir (K.m.9).

Özel okul öğretmenlerinin işledikleri suçlar veya kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından kamu görevlilerinin tabi tutuldukları da hükme bağlanmıştır. Kanunda bu husus “Kurumlarda görev yapan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler, görevleri sırasında suç işlemleri veya görevleri nedeniyle kendilerine karşı işlenen suçlardan dolayı 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun uygulanması ve ceza kovuşturması bakımından kamu görevlisi sayılır.” (K.m.9) şeklinde düzenlenmiştir.

Özel okul öğretmenlerin işledikleri suçları tekrar ederler ise bu durumda “1702 sayılı İlk ve Orta Tedrisat Muallimlerinin Terfi ve Tecziyeleri Hakkında Kanuna göre meslekten çıkarma veya 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren fiil ve hâllerin işlenmesi hâlinde, Bakanlığın görüşü alınmak suretiyle personelin görevine, izni veren makam tarafından son verilir.” (K.m.9) hükmü çerçevesi içinde öğretmenin görevine son verilir.

Şu hâlde özel okul öğretmenlerinin iş sözleşmelerinin sona ermesi hususu yalnızca 4857 sayılı Kanun ile sınırlı bir mevzuata tabi olmayacaktır. 5580 sayılı Kanun kapsamında İş Kanunu yanında özel okul öğretmeni 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu

Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunu ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nu düzenlemelerle de muhatap olacaktır.

Hemen ifade edelim ki iş sözleşmesinin sona ermesine yol açan sebepler bakımından yukarıdaki kanunlar belirleyicidir. Ancak iş sözleşmesinin sona ermesi bakımından da özel okul öğretmenleri İş Kanunu hükümlerine tabi olurlar (m.9/3). Özel okul öğretmenlerinin belirli süreli iş sözleşmesi ile istihdam edilmeleri kanundan doğan bir zorunluluktur. Özel okul öğretmenlerinin iş sözleşmelerinin sona ermesi bakımından bu durum göz ardı edilmemelidir.

Mevcut şartlarda özel okul öğretmenlerinin iş sözleşmeleri üç şekilde sona erer. Bunlar sırası ile (i) Sona erdirme sözleşmesi (ikale) ile sona ermesi, (ii) Kendiliğinden sona ermesi, (iii) Haklı sebeple fesih ile sona ermesi olarak sıralanabilir.

1. Sona Erdirme Sözleşmesi (İkale Sözleşmesi) ile Sona Erdirme

İkale sözleşmesi, iş sözleşmesinin taraflarca anlaşarak sona erdirmesini sağlayan sözleşmedir. Özel okul öğretmeni ile okul idaresi, aralarındaki iş sözleşmesini anlaşarak, sona erdirme sözleşmesi ile her zaman sona erdirebilirler. İkale sözleşmesi ile ilgili Yargıtay'ın içtihatları burada da elbette geçerli olacaktır. Öğretmenin ikale sözleşmesi yapabilmesi için bir çıkarının olması gerekir. Aksi takdirde bu ikale sözleşmesi, geçerli bir sözleşme olarak kabul edilmemektedir. İkale teklifinin öğretmen tarafından gelmesi halinde Yargıtay bu durumda ikale sözleşmesine geçerlilik tanımaktadır¹⁴.

Özel okul öğretmenlerinin iş ilişkisinin sona erdirme sözleşmesi ile her zaman sona erdirilip erdirilemeyeceği tartışmaya açık bir konudur. Özel okul öğretmenleri ile yapılacak iş sözleşmelerinin belirli süreli yapıma zorunluluğu; bu öğretmenlerin iş sözleşmesinin de anlaşma ile ancak eğitim ve öğretim sürecine zarar vermeyecek şekilde sona erdirilmesini gerektirir. Pedagojik açıdan bir olumsuzluk yaratmayacak bir şekilde bu anlaşmanın zamanlanması gerekir.

Kanaatimiz odur ki ikale yolu ile eğitim ve öğretim devam ederken iş sözleşmesi sona erdirilemez. Bu sözleşmelerin de Milli Eğitim Müdürlüğünün

¹⁴ İkale ile sona erme konusunda geniş bilgi için bkz.: Muhittin Astarlı, *İş Hukukunda İkale (Bozma Sözleşmesi)*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2016.

onayına tabi olması gerekir¹⁵. Zira iş sözleşmelerinin yürürlüğe girmesi nasıl Milli Eğitim Müdürlüğü'nün onayına tabi ise öğretmen ile okul yönetimi arasındaki ikale sözleşmesinin de eğitim öğretim dönemi içinde sona erdirilmesinin önlenmesi bakımından da milli eğitim müdürlüğünün en azından bir denetim yapma yükümlülüğünün olması gerekir.

2. Kendiliğinden Sona Erme

Özel okul öğretmeninin iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesi belli başlı iki şekilde ortaya çıkar. Bunlar öğretmenin ölümü ve iş sözleşmesinin süresinin dolmasıdır. İşçi ve işveren statüsünün birleşmesi durumunda da iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Öğretmenin okulda işveren durumuna gelmesi buna bir örnek olarak verilebilir.

a. Öğretmenin ölümü

İş sözleşmesi, işçi ve işveren arasında kişisel bir ilişki kurar. Bu itibardır ki işçinin ölümü, iş sözleşmesini kendiliğinden sona erdiren bir sebeptir. İş sözleşmesi ile çalışan özel okul öğretmenin ölümü, öğretmenin iş sözleşmesini kendiliğinden sona erdirir.

b. Sürenin sona ermesi

Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararından sonra özel okul öğretmenleri ile okul idaresi arasındaki hukuki ilişkinin belirli süreli iş sözleşmesi olduğu kesinlik kazanmıştır. Türk hukukunda özel okul öğretmenleri belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılır.

Belirli süreli iş sözleşmeleri, niteliği gereği haklı sebep dışında kural olarak fesih yolu ile sona erdirilemez. Taraflar sürenin sonuna kadar iş ilişkisini sürdürmek zorundadırlar. Belirli süreli iş sözleşmeleri, sürenin sona ermesi ile kendiliğinden sona erer. Özel okul öğretmenlerinin iş sözleşmelerinin sona

¹⁵ Milli Eğitim Bakanlığı Özel Öğretim Kurumları Yönetmeliği'ne göre, "Sözleşme süresi sona erenler hariç, 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine göre sözleşmeleri karşılıklı veya tek taraflı feshedilenler ve sözleşme süresi sona ermeden aynı Kanunun ilgili hükümleriyle belirlenen süreler içinde bu isteğini diğer tarafa yazılı olarak bildirenlere valilikçe görevden ayrılış onayı düzenlenir" (m.44/1). "Görevinden ayrılan eğitim personelinin görevlerinden ayrılışı ile kurumdan ayrılmak isteyenlerin müracaatları en geç beş iş günü içerisinde kurum yetkilisi tarafından doğrudan bağlı bulunduğu milli eğitim müdürlüğüne bildirilir. İlgililerin ayrılış sebeplerine uygun olarak valilikten yedi iş günü içinde görevden ayrılış onayları alınır. Görevinden ayrılan personelin durumunu milli eğitim müdürlüğüne bildirmeyen kurum yetkilileri hakkında yasal işlem yapılır" (m.44/4). "Bu maddede belirtilen hükümlere aykırı olarak görevinden ayrılanlara bir yıl süre ile kurumlarda görev verilmez" (m.44/5).

ermesi bakımından en önemli sona erme şekli, belirlenen sürenin dolmasıdır.

Belirli süreli iş sözleşmeleri, belirlenen sürenin dolması ile kendiliğinden sona erer. Şu halde özel okul öğretmenlerinin iş sözleşmesi, yenilenmediği sürece, belirlenen sürenin dolması ile kendiliğinden sona erer.

3. Haklı Nedenle Fesih

Belirli süreli iş sözleşmeleri kural olarak fesih yolu ile sona erdirilemez. Bunun tek istisnası haklı sebeple fesihtir. Belirli süreli iş sözleşmesi ile istihdam edilmek zorunda olan özel okul öğretmenlerinin iş sözleşmesi ancak haklı nedenlerle fesih edilebilir. İş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı, hem özel okul öğretmeni hem de işveren özel okul yönetimine tanınmış bir haktır.

Haklı nedenle fesih sebepleri kanunda sağlık nedenleri, ahlak ve iyiniyete aykırılık ve mücbir sebep halleri olmak üzere üç başlık halinde düzenlenmiştir (İ.K.m. 24 ve 25). Haklı nedenle fesihte en önemli husus; fesih nedeninin haklı olması ve fesih hakkının zamanında kullanılmasıdır. Haklı nedenle fesih hakkı zamanında kullanılmaz ise haklı sebeple fesih hakkı düşer¹⁶.

a. İş sözleşmesinin öğretmen tarafından haklı nedenle feshi

Özel okul öğretmeni iş sözleşmesini İ.K. m.24 hükümleri çerçevesi içinde sağlık nedeni ile (İ.K.m.24/1), ahlak ve iyiniyete aykırılık sebebiyle (İ.K.m.24/2) ve zorlayıcı sebeplerle (İ.K.m.24/3) sona erdirebilir.

Burada öğretmenin dikkat edeceği husus haklı nedenin iyi belirlenmesi ve fesih hakkının zamanında kullanılmasıdır. Aksi takdirde öğretmenin feshi düşer; fesih haksız fesih olur ve öğretmen haksız feshin sonuçları ile karşı karşıya kalır¹⁷.

¹⁶ Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 32. Bası, Beta Yayınları, 2019, s. 633. Geniş bilgi için bkz.: Faruk Mutlay, “İş Sözleşmesinin Feshinde Süre”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 78(4), 2021, s. 1783-1858.

¹⁷ Bu çalışma özel okul öğretmenin iş güvencesinin sağlanması olarak seçilmiştir. Bu sebeple haklı nedenle feshin ayrıntılarına girilmemiştir. Mehmet Nusret Bedük, “İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi ve Feshin Hukuki Sonuçları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27(3), 2019, s. 679-726; şeklinde değişecek. Seda Arslan, *İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı*, On İki Levha Yayınları, 2012.

b. İş sözleşmesinin okul yönetimi tarafından haklı nedenle sona erdirilmesi

(1) Genel olarak

Özel okul öğretmeninin iş sözleşmesi, işveren okul yönetimi tarafından İ.K. m.25 hükümleri çerçevesi içinde sağlık nedeni ile (İ.K.m.25/1), ahlak ve iyiniyete aykırılık sebebiyle (İ.K.m.25/2) ve zorlayıcı sebeplerle (İ.K.m.25/3) sona erdirilebilir. Haklı nedenle fesih hakkı, sözleşmenin türü ne olursa olsun bütün sözleşmelerde; bu çerçevede belirli süreli iş sözleşmelerde de her zaman kullanılabilir. İşveren bakımından da haklı nedenle fesih hakkı ve kullanımı işçi bakımından olduğu gibi genel hükümlere tabidir. İşveren dayandığı sebebin haklı sebep olduğunu ispat etmeli ve bu hakkını zamanında kullanmalıdır.

(2) Özel kanundan kaynaklanan nedenler

5580 sayılı Kanun işverene haklı nedenle fesih hakkını veren bazı düzenlemelere de yer vermiştir. İşverenin haklı nedenle fesih hakkı bakımından üzerinde durulmaya değer konu 5580 sayılı Kanunda yer alan düzenlemeden kaynaklanan ve işverene iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkını veren kanuni nedenlerdir.

Kanun aşağıda açıklanacak durumlarda özel okul öğretmenin görevinin sona ereceğini öngörmektedir. Bu durumlarda işverenin o öğretmenle iş ilişkisini sürdürmesi mümkün değildir. Kanunda öngörülen şartlar doğduğunda o öğretmen, öğretmenlik görevini sürdüremeyeceğine göre okul idaresinin yapacağı tek şey öğretmenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmektir. Bu durumların işveren bakımından B.K. m.435 ve İ.K. m.25/3 anlamında haklı neden oluşturduğu kabul edilmelidir.

Kanundan doğan nedenlerle fesih, haklı nedenlerle fesih hukuka dayalı olarak süresiz fesih olarak uygulanır. Kanundan doğan özel haklı nedenle fesih hakkı veren nedenler aşağıdakilerden ibarettir.

(i) Mükerrer kademe ilerlemesi cezası alma durumu

657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren fiillerin işlenmesi halinde bu kişilere brüt aylığından 1/4'ü ile 1/2'si arasında maaş kesim cezası, çalışma izni veren makam tarafından verilir. Suçun tekrar işlenmesi durumunda ise öğretmenin görevine haklı nedenlerle son verilir.

(ii) Devlet memurluğundan çıkarılmayı gerektiren suç işleme

Öğretmen tarafından 1702 sayılı Kanuna göre meslekten çıkarılma veya 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren fiil ve hâllerin işlenmesi hâlinde, Bakanlığın görüşü alınmak suretiyle personelin görevine, izni veren makam tarafından son verilir. Bu durum da çalışma izni ilgili makam tarafından iptal edilen öğretmenin görevine de haklı nedenle okul yönetimi tarafından son verilir.

(iii) Başarısız bulunma

Özel okul öğretmenleri hakkında İki defa teftiş raporuyla başarısızlığı tespit edilen öğretmenin çalışma izni, izni veren makam tarafından iptal edilir. Bu durum, ilgiliye tebliğ edilmek üzere kuruma bildirilir. Tebliğ, sözleşmenin feshine ve ilgilinin kurumla ilişkisinin kesilmesine yeter sebep teşkil eder (K.m.10/3).

(iv) Müfettişçe görevden uzaklaştırılma

Özel okullar ve özel okul öğretmenleri Milli Eğitim Bakanlığı tarafından teftiş edilir. Teftiş sırasında özel okulların yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticilerini müfettişler görevden uzaklaştırabilir. Bu takdirde valilikçe, geçici görevlendirme yapılarak gerekli tedbirler alınır (K.m.10/2).

III. ÖZEL OKUL ÖĞRETMENLERİNİN İŞ SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. İçtihadı Birleştirme Kararının Özü:

Özel okul yönetimi ile öğretmen arasındaki hukuki ilişkinin iş sözleşmesi olduğu tartışmasızdır. Kanunda iş sözleşmelerinin “en az bir takvim yılı süreli olmak üzere yönetmelikte belirlenen esaslara göre yazılı olarak yapılır.” (m.9/1) hükmü yer almaktadır. Kanun koyucu sözleşmelerin en az bir takvim yılı süreli olarak yapılmasını öngörmektedir. Kanun koyucunun bu düzenlemesi yargı içtihatlarına ve doktrinde tartışmalara konu olmuştur.

Yargıtay iş daireleri ve Hukuk Genel Kurulu özel okul öğretmenlerinin iş sözleşmelerinin niteliği ile ilgili olarak (i) Belirli süreli iş sözleşmesi¹⁸, (ii)

¹⁸ Gaye Baycık, “İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, *Yargıtay’ın 2016 Yılı İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri*, On İki Levha Yayınları, 2018.

Belirsiz süreli (asgari süreli) iş sözleşmesi¹⁹ olmak üzere iki farklı içtihadta bulunmuştur. Doktrinde de bu konuda paralel biçimde iki farklı görüş açıklanmıştır. Sonuçta konu içtihadı birleştirmeye götürülmüş ve aşağıda kısaca değerlendirilecek içtihat birliği gerçekleştirilmiştir.

Yargıtay'ın 23.2.2018 tarih ve 2017/1 E., 2018/2 K. sayılı içtihadı birleştirme kararı ile Yargıtay daireleri ve Hukuk Genel Kurulu arasında 5580 sayılı Kanun m.9 kapsamında istihdam edilen öğretmenlerin iş sözleşmesinin, belirsiz süreli, asgari süreli veya belirli süreli iş sözleşmesi olup olmadığı; birden çok yenilendiğinde belirsiz süreli iş sözleşmesine dönüp dönmeyeceği yönündeki hukuki tartışma en azından yargı nezdinde sona ermiştir.

Tartışmanın kaynağı 5580 sayılı kanun kapsamında çalışan öğretmenlerin iş sözleşmelerinin “en az bir takvim yılı süreli” yapılmasına dair m.9 hükmünün nasıl anlaşılması gerektiği tartışmasında Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile tartışmaya son vermiş ve özel okul öğretmenleri ile yapılan sözleşmenin belirli süreli iş sözleşmesi olduğu yönünde içtihadı birleştirme kararı vermiştir.

B. Kararın Eleştirisi:

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun içtihadı birleştirme kararının isabetli olmadığını düşünüyoruz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçeleri ve dayanaklarının da isabetli olduğunu düşünmüyoruz. Şöyle ki;

Kanunda (m.9) özel okul öğretmenlerinin iş sözleşmelerinin “en az bir takvim yılı süreli olmak üzere yönetmelikle belirtilen esaslara göre yazılı olarak yapılır” ifadesinden; yapılacak iş sözleşmelerinin belirli süreli iş sözleşmesi olacağı şeklinde bir sonuç çıkarmak isabetli olamaz.

Yargıtay içtihadı birleştirme kararında kanuni düzenlemenin tarafların sözleşme yapma serbestisine “kanun ile getirilen bir sınırlama olduğu açıktır” tespiti yaptıktan sonra “Buna karşılık 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 9'uncu maddesindeki düzenlemenin, eğitim ve öğrenimin aksamasını önlemek ve öğrencilerin menfaatini korumak amacıyla yapıldığı dikkate alındığında aynı sonuca varılması mümkün değildir. Zira bu düzenleme ile doğrudan sözleşmenin süresi kanun koyucu tarafından belirlenmiştir”

¹⁹ Gaye Burcu Yıldız, “Bireysel İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2015 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Yargıtay'ın 2015 Yılı İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri*, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 90-101.

denmektedir. Hemen ifade edelim ki “5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu’nun 9’uncu maddesindeki düzenlemenin, eğitim ve öğrenimin aksamasını önlemek ve öğrencilerin menfaatini korumak amacıyla yapıldığı” sonucunun dayanağı ne kanunda ne de kanunun madde gerekçesinde yer almaktadır. Yargıtay, kanunun yalnızca özel ilk ve orta öğretim kurumlarındaki öğretmenleri kapsadığı kabulü ile sonuca varmaktadır. Eğitim ve öğretim yılının devlet okullarında uygulandığı gibi iki sömestrden ve tatilden ibaret olmak üzere bir takvim yılı sürdüğü varsayımından hareket etmektedir.

Halbuki bu kanun kapsamında eğitim ve öğretim hizmeti veren personelin görev alanı içinde;

- ✓ Okul öncesi eğitim, ilköğretim, ortaöğretim, özel eğitim okulları,
- ✓ Kişilerin sosyal, sanatsal, sportif, kültürel ve mesleki alanlarda bilgi, beceri, dil, yetenek ve deneyimlerini geliştirmek, isteklerine göre serbest zamanlarını değerlendirmek amacıyla faaliyet gösteren özel öğretim kurumları,
- ✓ Özel öğretim kursları,
- ✓ Uzaktan öğretim yapan kuruluşları,
- ✓ Motorlu taşıt sürücüler kursları,
- ✓ Hizmet içi eğitim merkezleri,
- ✓ Özel eğitim ve rehabilitasyon merkezleri,
- ✓ Sosyal etkinlik merkezleri,
- ✓ Mesleki eğitim merkezleri ile benzeri özel öğretim kurumları,
- ✓ Yabancı okullar,
- ✓ Yabancılar tarafından açılmış özel okulları,
- ✓ Azınlık okulları: Rum, Ermeni ve Musevî azınlıklar tarafından kurulmuş, Lozan Antlaşması ile güvence altına alınmış ve kendi azınlığına mensup Türkiye Cumhuriyeti uyruklu öğrencilerin devam ettiği okul öncesi eğitim, ilköğretim ve ortaöğretim özel okulları (m.2)

da yer almaktadır. Bütün bu eğitim ve öğretim merkezlerinde eğitim ve öğretim süreleri tam yıl süreli değildir. Bütün bu eğitim ve öğretim merkezlerinde

saatlik, günlük, haftalık, aylık yıllık vb. çok farklı sürelerle eğitim ve öğretim yapılmaktadır. Dolayısı ile kanun koyucu bu düzenlemeyi yaparken yalnızca “eğitim ve öğrenimin aksamasını önlemek ve öğrencilerin menfaatini korumak amacıyla” yaptığını ileri sürmek isabetli bir tespit olamaz.

İçtihadı birleştirme kararı verilirken m.9/1 de yer alan “Mazeretleri nedeniyle kurumdan ayrılan öğretmen ve öğreticilerin yerine alınacak olanlar ile devredilen kurumların yönetici, öğretmen ve öğreticileri ile bir yıldan daha az bir süre için de iş sözleşmesi yapılabilir.” ifadesinin de kanun koyucunun iş sözleşmesinin türünü belirli süreli olarak düzenlediğine bir dayanak gibi değerlendirildiğini görmekteyiz. Burada sorulması gereken soru şudur; asgari süreli bir iş sözleşmesi için de istisnai bir kural konulamaz mı? Bu ifade asgari süreli iş sözleşmeleri için de bir dayanak niçin olmasın?

Yargıtay, kararına dayanak olarak yönetmeliği de göstermektedir. “Yönetmelik ekinde yer alan sözleşme formu esas alınarak yapılacak iş sözleşmesinin en az bir yıl süreli olmak üzere düzenleneceği ifade edilmiştir”. Yönetmelik ekinde yer alan iş sözleşmesi formu incelendiğinde, sözleşmenin 3’üncü bendinde süre başlığı altında, sözleşmenin (görevin) başlama tarihi (çalışma izninin düzenlendiği tarih), sözleşmenin bitim tarihi, sözleşmenin tanzim tarihi yer almaktadır. Üzerinde durulması gereken bir husus idari düzenleyici bir işlemin kanunun öngördüğü sözleşme tipinin belirli süreli olduğu için bir gerekçe olarak nasıl gösterilebildiği hususudur?

Sonuç olarak 5580 sayılı kanunda öngörülen bir yıllık sözleşmenin, belirli süreli iş sözleşmesi olarak anlayan içtihatın isabetli olduğunu düşünmüyoruz. Bu düzenlemeyi yapılacak iş sözleşmesinin asgari süreli iş sözleşmesi olarak yapılmasını öngören bir düzenleme olarak da anlamak pekâlâ mümkündür. Yargıtay’ın kararına esas aldığı gerekçeler tatmin edici nitelikte gerekçeler değildir.

IV. İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARININ ÖZEL OKUL ÖĞRETMENLERİ BAKIMINDAN ÖNEMİ VE SONUÇLARI

Yargıtay’ın içtihadı birleştirme kararı ile özel okul öğretmenlerinin iş sözleşmesinin niteliği ile ilgili tartışma sona ermiştir. Yargıtay’ın içtihadı birleştirme kararı ile yargı çevresi bakımından her düzeyde yargı mercilerini bağlayıcı olduğu gerçeği; tartışmaların en azından yargı mercileri bakımından sona erdirmektedir. Ancak doktrinde bu tartışmaların sona ereceği düşünülmemelidir.

İçtihadı birleştirme kararının uygulama bakımından hukuki sonuçlarının ne olacağı sorusu üzerinde düşünülmesi hak eden önemli bir sorudur. Hemen ifade edelim ki bu kararla ülkemizde bütün özel okullarda çalışan öğretmenler belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan öğretmenlere sağlanan haklardan da mahrum kalacaklardır.

İçtihadı Birleştirme Kararının aşağıda özetlenen tartışmasız hukuki sonuçları olacaktır:

- ✓ Özel okul öğretmenleri artık belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışacaklardır. Dolayısı ile özel okul öğretmenleri belirli süreli iş sözleşmesinin bütün artıları ve eksileri ile donatılmış bir iş ilişkisi içinde çalışmayı sürdürecektir.
- ✓ Karar sonrasında özel okul öğretmenlerinin iş sözleşmeleri haklı neden dışında fesih yolu ile sona erdirilemeyecektir. Özel okul öğretmenlerinin iş ilişkisi ancak belirlenen sürenin dolması ile kendiliğinden sona erecektir.
- ✓ Özel okul öğretmenlerinin belirli süreli iş sözleşmeleri zincirleme olarak yenilense dahi belirli süreli iş sözleşmesi olma özelliğini koruyacaktır. Dolayısıyla özel okul öğretmenlerinin belirli süreli iş sözleşmesi yenilenirken de objektif koşullar aranmayacaktır.
- ✓ Belirli süreli iş sözleşmeleri, sürenin sona ermesi ile sona ereceği için; özel okul öğretmenleri ne kadar uzun süre çalışırsa çalışsınlar kıdem tazminatı hakları doğmayacaktır²⁰.
- ✓ Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan özel okul öğretmenleri bütün belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler gibi iş güvencesi hakkından, feshe karşı korunma hakkından mahrum kalacaklardır.

Bu hukuki sonuçlarla karşılaşılacak bir şekilde istihdam edilmek, çalışmak; özel okul öğretmenleri bakımından birçok hak kayıplarına da yol açacaktır.

²⁰ Özel okul öğretmenlerinin belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştıkları YİBK ile kesinleşmesinden sonra Yargıtay'ın hiçbir dairesinin belirlenen sürenin sona ermesinden önce işverenin sürenin yenilenmeyeceğine ilişkin ihbarının iş sözleşmesinin işveren tarafından sona erdirilmesi olarak kabul edip özel okul öğretmenin kadem tazminatına hak kazanacağına ilişkin karar vermesinin mümkün olamayacağını düşünüyorum. İçtihadı birleştirme kararı öncelikle yargı mercilerini yani iş mahkemelerini, istinaf mahkemelerini ve Yargıtay dairelerini ve Hukuk Genel Kurulunu bağlar. Bu içtihattan sonra eğer yargı daireleri aynı yönde karar vermeyi sürdürür ise Yargıtay'ın İBK'yı yok sayması gibi garip, hukuka aykırı bir durumla karşılaşmış olacaktır.

V. ÖZEL OKUL ÖĞRETMENLERİ İÇİN HAYATİ BİR İHTİYAÇ: İŞ GÜVENCESİ

Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararı özel okul öğretmenleri bakımından iki meseleyi öne çıkarmıştır. Kararın tabi sonuçlarından birisi; bu karardan sonra, özel okul öğretmenlerinin iş güvencesinden mahrum olarak çalışacak olmasıdır. Bir diğeri ise özel okul öğretmenlerinin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere İş Kanununun tanıdığı haklardan mahrum olarak çalışacakları hususudur.

Özel okul öğretmenleri her yılın sonunda iş sözleşmesinin sona erdirilebileceği riski altında çalışacak ve sonunda kıdem tazminatı gibi bir haktan da mahrum kalarak çalışmalarını sürdüreceklerdir.

Bu içtihat, sonucu itibarı ile özel okul öğretmenlerini iş güvencesinden mahrum bir şekilde çalışmak zorunda bırakan bir içtihatdır. Yargıtay'ın bu içtihadından sonra özel okul öğretmenlerinin iş sözleşmeleri belirlenen sürenin dolması ile sona erecektir. Bu içtihat sonucunda özel okul öğretmenlerinin iş sözleşmesi fesih yolu ile sona erdirilemeyeceği için feshe karşı korunmaya ilişkin iş güvencesi imkanlarından mahrum kalacaklardır.

Bu içtihat iş sözleşmesinin türüne ilişkin tartışmaları sona erdirdiği için daha önceden iş sözleşmesinin yenilenmeyeceğine ilişkin işveren tebligatını, işveren feshi olarak nitelendiren ve özel okul öğretmenlerine kıdem tazminatı ödenmesine yol veren ilgili daire içtihadının tekrarı artık mümkün olamaz. Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi, iş sözleşmeleri sürenin dolumu ile sona erdiğinde kıdem tazminatına hak kazanamaz.

Yargıtay'ın ilgili daireleri, bu içtihat karşısında artık işverenin iş sözleşmesinin yenilenmeyeceğine dair ihbarını iş sözleşmesinin işverence feshi olarak yorumlayan kararlar veremezler. Sonuç olarak yüksek yargının bu içtihadı; iş sözleşmeleri zincirleme olarak her yıl yenilenerek yıllarca çalışan ancak iş güvencesinden mahrum kalan bir eğitim emekçisi kitlesi yaratacaktır.

Türk milli eğitim sisteminde özel okullaşmanın devlet tarafından teşvik edildiği; sayıları her yıl artan bir özel okul öğretmeni kitlesinin varlığı gerçeği ile yaşandığı bir çağda bu kadar büyük bir öğretmen kitlesinin iş güvencesinden mahrum çalıştırılmasına Türk kamuoyu hangi gerekçe ile seyirci olacaktır? Bu sorunun cevabı ilgililerce verilmek zorundadır.

Otuzdan fazla işçinin çalıştığı her işyeri iş güvencesi kapsamında iken yüzlerce öğretmenin çalıştırıldığı özel okul zinciri işletmelerin iş güvencesi

kapsamın dışında bırakılması hangi hukuki gerekçe ile izah edilecektir?

5580 sayılı Kanun özel okul öğretmenlerinin belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılmanın pedagojik gerekçesi olduğu söylenebilir. Pedagojik bakımdan elbette eğitim devam ederken öğretmenin değişmesi sakıncalıdır. Öğretmen değişiklikleri elbette eğitim sürerken yapılmamalıdır. Ancak 5580 sayılı Kanun yalnızca tam yıl çalışan özel okul öğretmenlerine özel bir kanun değildir. Bu kanun kapsamında çalışan kurs öğretmenleri de dahil bütün öğretmen ve eğitimciler belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışmaktadır. Kanun kapsamındaki eğitim süreçleri kurs ve eğitimin niteliğine göre haftalık, aylık, dönemlik ve yıllık olabilmektedir. Bu durumda bir yıllık iş sözleşmesi ile çalışma zorunluluğunun pedagojik bir gereklilikle açıklanması nasıl izah edilir? Üç aylık bir sürücü kursu öğretmenin iş sözleşmesinin bir yıllık ve belirli süreli olması zorunluluğu nasıl açıklanacaktır?

Özel okullar, yalnızca ilk ve orta öğretim okullarından da ibaret değildir. Kaldı ki eğitim dönemi içinde öğretmen değişiminin olumsuz etkileri ileri sınıflarda daha az olmaktadır. Dolayısı ile pedagojik gerekçeler öğretmenlerin belirli süreli olarak istihdam edilmesinin rasyonelitesini açıklamaya yeterli gözükmemektedir. Pedagojik bir gereklilik yok ise başka hangi gerekçe bu öğretmenlerin belirli süreli olarak çalışmasını zorunlu hale getirmeyi gerekli kılmaktadır? Kaldı ki 5580 sayılı Kanunun gerekçesinde de özel okul öğretmenlerinin sözleşmelerinin belirli süreli iş sözleşmesi olarak düzenlenmesinde pedagojik gerekçeler yer almamaktadır.

Sonuç itibarı ile öğretmenlerin iş sözleşmeleri bir yıl süreli yapılır ifadesinden; öğretmenlerin iş sözleşmeleri belirli süreli yapılır, iş güvencesinden ve İş Kanunu'nun işçilere tanıdığı haklardan mahrum olarak çalıştırılır sonucu çıkarılamaz. Birileri bu kadar büyük bir öğretmen ve eğitici kitlesinin iş güvencesinden mahrum çalıştırılmasının gerekçelerini bize açıklamak zorundadır. Eğer bu gerekçe açıklanamıyor ise kanun koyucu bu meseleyi ele alıp konuyu yeni baştan düzenlemek zorundadır.

Özel okul öğretmenleri, iş güvencesinden mahrum çalıştırılmazlar. Bu mahrumiyet, pedagojik gerekçe ile izah edilemez. Pedagojik gerekçeler elbette önemlidir. Ancak bu ihtiyaç, özel okul öğretmenlerinin iş sözleşmelerini belirli süreli olarak düzenlemekle giderilemez. Özel okul öğretmenlerinin iş ilişkilerinin düzenlenmesi ve sürdürülmesinde, sona erdirilmesinde elbette pedagojik gereklilikler dikkate alınmalıdır. 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun varlık sebebi bu ihtiyacı karşılamaktır. Bu kanunda

yapılacak düzenlemelerle özel okul öğretmenlerinin iş güvencesi ihtiyacı da karşılanabilir. Öğretmenlerin iş hukukunun koruma şemsiyesi altında iş ilişkisini sürdürmesini mümkün kılan pedagojik ihtiyaçları da dikkate alan bir hukuki yapı kurulabilir, bu mümkündür.

SONUÇ VE ÖNERİMİZ:

Özel okul öğretmenlerinin iş güvencesinden ve kıdem tazminatından mahrum bir şekilde çalışması sürdürülemez. Bu sistemin kanundaki düzenlemeye dayalı olarak sürmesine razı olmak da güçtür.

Yargıtay İċtihadı Birleştirme Kurulu ‘‘Kurumlarda çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmesi, en az bir takvim yılı süreli olmak üzere ... yazılı olarak yapılır (K.m.9) hükmünü belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılır olarak anlamakta ve bu çerçevede karar vermektedir. Bu kararın isabetsiz bulunması meseleyi çözmektedir. Yüzbinlerce özel okul öğretmenin belirli süreli olarak çalıştırılması; iş güvencesinden mahrum olarak istihdam edilmeleri kabul edilemez. Bu nedenle özel okul öğretmenleri ile ilgili 5580 sayılı Kanun yeni baştan düzenlenmelidir.

YİBK'dan sonra özel okul öğretmenlerinin istihdamı ile ilgili rahatsızlıklar ancak 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nda yapılacak bir kanun değişikliği ile çözülebilir. Kanunda yapılacak değişiklikle özel okul öğretmenlerinin istihdamı yeni baştan düzenlenmelidir. Bu kapsamda;

- Özel okul öğretmenlerinin belirsiz süreli iş sözleşmesi ile istihdam edilmesi,
- Özel okulda öğretmenlerin iş sözleşmelerinin eğitim-öğretim devre veya döneminde haklı neden dışında feshedilememesi,
- Stajyer öğretmenlik hukukunun özel ve kamu eğitim kurumları bakımından aynı mevzuata tabi tutulması,
- Stajyerliğini tamamlamamış öğretmenlerin özel okullarda öğretmen olarak istihdam edilmemesi,
- Özel okul öğretmenlerine özgü olarak deneme süresi belirlenme ve bu sürenin bir eğitim dönemi ile sınırlandırılması,
- Aynı kurumda aralıklı olarak çalıştırılan öğretmenlerin deneme süresine tabi tutulmaması,

hususları Özel Öğretim Kurumları Kanunu ile düzenlenmeli ve özel okul öğretmenleri bu şartlarda belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılmalıdır.

Öngördüğümüz değişiklikler gerçekleştirildiğinde özel okul öğretmenleri feshe karşı korunma imkanlarından faydalanacak; belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan özel okul öğretmenlerinin 4857 sayılı Kanun ile getirilen korumadan ve haklardan faydalanmaları sağlanacaktır.

Sonuç olarak özel okul öğretmenleri için iş güvencesi ihtiyacının karşılanması ülkemizde büyük ihtiyaç duyulan kaliteli öğretmene kavuşmaya da katkı sağlayacaktır. Öğretmenin sosyal statüsünün yükselmesini destekleyecektir. 21. asırda bizim nicelik değil her alanda nitelikli işgücüne ihtiyacımız vardır. Nitelikli öğretmenlerin yetişmesi ve eğitim öğretim sistemimizde görev alması isteniyor ise öğretmenlerin düzgün iş (decent work) imkanına ve iş güvencesine kavuşturulması şarttır; hatta hayati bir ihtiyaçtır.

5580 sayılı Kanun bu çerçevede ele alınmalı ve kanun değişikliği ile bu ihtiyaç mutlaka karşılanmalıdır. Yargıtay içtihadı birleştirme kararını eleştirmek, isabetli bulmak veya bulmamak özel okul öğretmenlerine iş güvencesi ve düzgün iş ortamı sağlamaz. Öğretmenin sürekli olarak kısmi çalışma ile istihdamı öğretmenlik mesleğine saygınlık kazandırmaz. Sonuç olarak ilgili kanunda özel okul öğretmenleri ile pedagojik bakımdan gerekli olan sınırlamalara elbette yer verilmelidir. Pedagojik gereklilik dışında özel okul öğretmenlerinin iş ilişkisinde bütünüyle İş Kanunu hükümleri geçerli olmalıdır.

Önerdiğimiz değişiklik tekliflerinin gerçekleştirilmesi ve özel okul öğretmenlerinin iş güvencesine kavuşturulması; her anlamda, öğretmenlerin korunmasına ve öğretmenlerin saygınlığının korunmasına katkı sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- Adıgüzel S, *Uluslararası Hukukta ve Türkiye’de Eğitim Hakkı*, 2. Bası, Legal Yayınları, 2016.
- Alan F N, *Özel Okul Öğretmenlerinin İş Sözleşmesi*, On İki Levha Yayınları, 2021.
- Arslan S, *İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı*, On İki Levha Yayınları, 2012.
- Astarlı M, *İş Hukukunda İkale (Bozma Sözleşmesi)*, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2016.
- Baycık G, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, *Yargıtay’ın 2016 Yılı İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri*, On İki Levha Yayınları, 2018.
- Bedük Mehmet Nusret, “İş Sözleşmesinin İşçi Tarafından Feshi ve Feshin Hukuki Sonuçları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27(3), 2019, s. 679-726;
- Bozkurt H A, “625 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu ve Öğretmenler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (3), 2000, s. 815-828
- Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, *Türk İş Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, Gemici Filiz, B, “Yargıtay Kararları Işığında Özel Okul Öğretmenleri ile Yapılacak İş Sözleşmelerinin Türüne İlişkin Bir Değerlendirme”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(2), 2016, s. 369-401.
- Centel T, “Özel Okul Öğretmenleriyle Sözleşme Yapılması”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, Haziran 2007, s. 22-26.
- Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 32. Bası, Beta Yayınları, 2019.
- Mutlay F, “İş Sözleşmesinin Feshinde Süre”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 78(4), 2021, s. 1783-1858.
- Uygun S, “Türkiye’de Dünden Bugüne Özel Okullara Bir Bakış (Gelişim ve Etkileri)”, *Ankara Üniversitesi Eğitim Bilimleri Fakültesi Dergisi*, 36(1-2), 2003, s. 107-120.
- Yıldız G B, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2015 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, *Yargıtay’ın 2015 Yılı İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri*, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 19-207.

YARALAMALI TRAFİK KAZALARINDA CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNA GÖRE SAĞLANAN UZLAŞMANIN SİGORTA TAZMİNATI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Mustafa İsmail KAYA*

Burçak TATLI**

ÖZET

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 253/19, uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır hükmünü içermektedir. Ancak ceza yargılamasını ilgilendiren bir kanunda yapılan bu düzenleme sadece ceza davasına ilişkin anlaşmazlıkları değil, aynı zamanda hukuk davalarını da doğrudan etkilemektedir. Esasında bu hüküm ile suçtan zarar gören ile suçun faili arasında yapılacak uzlaşma ile suçtan zarar görenin zararının giderilmesi, sosyal barışın korunması ve mahkemelerin iş yükünün hafifletilmesi amaçlanmakta iken, hükmün katı uygulanması halinde hakkaniyete aykırı sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bu düzenlemenin Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapılmış olması nedeniyle, uzlaştırma yapılmasındaki önceliğin, cezai ihtilafları sona erdirmek yönünde olması gerekmektedir. Uzlaşmanın hukuki sorumluluk alanındaki etkisinin cezai sorumluluğu olan kişi/kişiler ile sınırlı olması ve sadece bunların hukuki sorumluluğunu sona erdirmesi gerekirken, hukuki sorumluluğu olan diğer müteselsil sorumlular bakımından aynı sonuca varılmaktadır. Özellikle, Karayolları Trafik Kanunu m. 111/2 hükmü ve tazminata dair kesinleşen mahkeme kararından sonra maluliyet oranının artması nedeniyle yeniden ödeme yapılmasının talep edilmesinin mümkün olduğuna ilişkin yerleşik Yargıtay kararları dikkate alınarak yapılacak bir değerlendirme, bu sonuca ulaşılmasını sağlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Uzlaşma, ibra, maluliyetin artması, tazminat, zorunlu mali sorumluluk sigortası.

* **Prof. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, **e-posta:** mustafa.kaya@hbv.edu.tr,

ORCID: 0000-0002-3484-9569.

** **Dr. Öğr. Üyesi**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, **e-posta:** burcak.tatli@hbv.edu.tr,

ORCID: 0000-0002-4531-0147.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1116311

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 16/02/2022

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 08/04/2022

THE EFFECT OF RECONCILIATION ON COMPENSATION CLAIMS RESULTING FROM INJURY TRAFFIC ACCIDENTS

ABSTRACT

Art. 253/19 of Criminal Procedure Code states that if a reconciliation is reached, a lawsuit for compensation cannot be filed for the crime that is the subject of the investigation; the lawsuit filed is deemed to have been waived. However, this regulation made in a law concerning criminal proceedings directly affects not only the disputes regarding the criminal case, but also the civil cases. In fact, with this provision, while the reconciliation between the injured party and the perpetrator of the crime aims to remedy the damage, protect social peace and alleviate the workload of the courts, unjust results may arise if the provision is strictly enforced. Since this regulation is made in the Criminal Procedure Code, the priority in reconciliation is to end the criminal conflict, the results of the mediation should be limited to the person/persons with criminal responsibility, and only end their legal liability, the same outcome for other jointly and severally liable persons with legal responsibility should not be reached.

Keywords: Reconciliation, release, increase in disability, compensation, compulsory liability insurance.

GİRİŞ

Modern toplumun en önemli ihtiyaçlarından birinin ulaşım olduğu, ulaşımın sağlanması için geliştirilen araçların birçok faydası yanında aynı zamanda önemli bazı sorunların da kaynağı olduğu kabul edilmelidir. Yoğun araç kullanımının meydana getirdiği sorunların başında, trafik kazaları sonucu olarak ortaya çıkan maddi ve manevi zararlar gelmektedir. Trafik kazasına sebebiyet verenlerin, oluşan zararları karşılamakta güçlük çecekleri düşünüldüğünde, bu zararların giderilmesini sağlamak için sigorta yaptırılması son derece önemlidir. Bu ihtiyaca binaen 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (KTK)¹ ile işleten ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin hukuki sorumluluğu düzenlenmiştir. KTK'nın 85. maddesinin birinci fıkrasına göre, bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar. Ayrıca Kanun, zorunlu mali sorumluluk sigortasını da

¹ RG. 18/10/1983, S. 18195.

düzenlemektedir². Kanunun 91. maddesine göre, işletenlerin, bu Kanunun 85. maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur. Bilindiği üzere, sigorta yaptırmak kural olarak ihtiyari olup, tarafların özgür iradesine bağlıdır. Ancak toplumsal menfaatlerin korunmasını ve zarar görenin uğramış olduğu zararın tam olarak karşılanmasını sağlamak amacıyla bazı durumlarda sigorta yaptırılması zorunlu kılınabilir³. Karayollarında meydana gelecek kazalar neticesinde doğan zararın karşılanması maksadıyla yaptırılan mali sorumluluk sigortası da bu nevi zorunlu sigortalar arasında yer almaktadır. Bu bağlamda, meydana gelen trafik kazalarında oluşan zararın sigorta kapsamı içinde karşılanacağını söylemek yanıltıcı olmayacaktır. Bununla birlikte, taraflar arasında uzlaşma yoluna gidilmiş ve uzlaştırma tutanağı taraflarca imza altına alınmışsa, sigorta şirketinin hukuki sorumluluğu ortadan kalkabilmektedir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK) 253. maddesi uzlaştırma müessesini düzenlemektedir. İlgili maddeye göre, taksirle yaralama suçu uzlaştırma kapsamı içerisindedir. Başka bir deyişle, yaralamalı trafik kazalarında zarar gören (mağdur) ve zarar veren (fail) uzlaşmak suretiyle zarar verenin cezai sorumluluğunu ortadan kaldırabilir⁴. Ayrıca, aynı maddenin on dokuzuncu fıkrasına göre, uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. Söz konusu hükmün, trafik kazalarından doğan ve işleten ile sigorta şirketini müteselsilen hukuki sorumluluk altına sokan zararların karşılanması için açılan tazminat davaları açısından geçerli olup olmadığını tartışmak son derece önemlidir. Zira yaralamalı trafik kazalarında cezai sorumluluk tek bir kişiye aitken, hukuki sorumluluk kanundan dolayı birden fazla kişiye yüklenmiştir. Bu temelde, uzlaşmanın, zarar veren dışındaki müteselsil

² Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Rauf Karasu, *Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Heyeti Kararları Işığında Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası*, Yetkin Yayınları, 2016.

³ Rıza Ayhan / Hayrettin Çağlar / Mehmet Özdamar, *Sigorta Hukuku Ders Kitabı*, 5. Bası, Yetkin Yayınları, 2021, s. 13-14.

⁴ CMK m. 253/19; uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def'aten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde, 171. maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, 171. maddenin dördüncü fıkrasındaki şart aranmaksızın, kamu davası açılır.

sorumluları, hukuki sorumluluktan kurtarıp kurtarmayacağı, cevaplandırılması gereken önemli bir sorudur. Bu sorunun temelini, özellikle sigorta hukukunun gerçek zarar ilkesi, KTK'nın 111. maddesinde düzenlenen ibra sözleşmesinin geçersizliği halleri ve nihayet maluliyet artışında verilmiş mahkeme kararına rağmen yeniden sigorta şirketine başvurulması oluşturmaktadır. Bu bağlamda, bu çalışmada öncelikli olarak ibra sözleşmesinin sigorta şirketine karşı ileri sürülecek tazminat hakkına olan etkisi; maluliyet artışı halinde zarar görenin hakları; uzlaştırmanın zarar görenin özel hukuk temelli haklarına olan etkisi ve son olarak yargı kararları temelinde uzlaştırmanın sonuçları değerlendirilip mevcut sorunlara çözüm önerileri getirilecektir.

I. SİGORTA ŞİRKETİ İLE İMZALANAN İBRA SÖZLEŞMESİNİN TAZMİNAT HAKKI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

A. İbra Sözleşmesinin Niteliği

Karayolları zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamında sigorta şirketine başvuru yapıldığında, sigorta şirketi tarafından bir miktar tazminat ödemesi, başvuran kişiden alınacak ibraname veya muvafakatname karşılığında, gerçekleştirilir. Uygulamada, sigorta şirketi tarafından tazminat talebinde bulunan kişiye imzalatılan matbu form “ibraname ve muvafakatname” şeklinde adlandırılmaktadır. Bu belgeyi imzalayan kişi, belli bir tarihte meydana gelen trafik kazasından kaynaklanan tüm maddi ve manevi zararlardan dolayı sigorta şirketini tamamen ibra ettiğini, herhangi bir nam ve ad altında sigorta şirketinden hiçbir talepte bulunmayacağını taahhüt etmektedir⁵.

Söz konusu belge, esasında, taraflar arasında ibra sözleşmesi kurulması sonucunu doğurmaktadır. İbra sözleşmesi ile sigorta şirketinin borçlarından kurtarılabilmesi için alacak hakkının mevcut olması gerekir. Dolayısıyla, henüz doğmamış veya varlığı şüpheli bir alacak hakkı ibra sözleşmesine konu edilemez⁶. Alacağın belirlenmiş olması hususu özellikle sigorta uygulaması açısından son derece önemlidir. Zira zarara sebebiyet veren kazanın meydana gelmiş olması her zaman zararın bilinmesi anlamına gelmemektedir. Özellikle bedensel zararlarda, zarar miktarının tespit edilmesi tıbbi tedaviler sonucunda ortaya çıkmakta; kazanın ortaya çıkardığı maluliyet durumunun sürekli olup

⁵ Banu Bilge Sarıhan, “Türk Borçlar Hukukunda ve İş Hukukunda İbranın Hukuki Boyutu”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(1), 2020, s. 108.

⁶ Sarıhan, s. 105.

olmadığı ve maluliyet oranı uzman hekimlerin yapacakları muayene ile belirlenebilmektedir⁷. Dolayısıyla henüz maluliyet durumuna ilişkin hiçbir sonuç elde edilmemişken akdedilecek bir ibra sözleşmesinin geçerli olmadığı kabul edilmelidir⁸.

Borçların ve borç ilişkilerinin sona erme hallerinden biri olarak düzenlenen ibra, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)⁹ m. 132’de yer almaktadır. Bu maddeye göre ibra, borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabılır. Bu temelde, ibra sözleşmesi, sigorta şirketinin belli bir tarihte meydana gelen trafik kazasından kaynaklanan tüm sorumluluğunu sona erdirmeye yönelik bir irade beyanı olarak görülmelidir. Borçlunun, alacaklının vazgeçme yönündeki iradesini kabul etmesi gerektiğinden, ibra iki taraflı bir sözleşme niteliğindedir¹⁰. Ancak, borçlunun kabulünün mutlaka açık olması gerekmiyep, zımnî kabul ile de ibra sözleşmesinin kurulması mümkündür¹¹. İbra hukuki niteliği itibariyle bir sözleşme olduğundan, TBK’da öngörülen yanılma, aldatma, korkutma gibi irade bozuklukları hallerinde veya aşırı yararlanma durumunda iptal edilmesi mümkündür¹².

İbra sözleşmesinin doğurduğu sonuçlara benzer sonuçlar doğuran diğer müessese feragattir. İbra sözleşmesinden farklı olarak, zarar görenin tüm alacak haklarından vazgeçtiğini belirttiği feragat tek taraflı irade beyanı şekline oluşturulur¹³. Ancak, sigorta uygulamasında, zarar görenin feragat beyanı çoğu zaman sulh anlaşmasına bağlanmaktadır¹⁴. Her ne kadar sulh

⁷ Maluliyet durumu, zarar görenin başvurusu ile yetkili hastaneler tarafından hazırlanan maluliyet raporu ile belirlenebileceği gibi, sigorta şirketlerinin medikal eksperlerince tanzim edilen raporlar ile de tespit edilebilmektedir.

⁸ Yargıtay 9.HD., 18.01.2010 t., E.2009/29187, K.2010/114; Yargıtay HGK., 21.10.2009 t., E.2009/9396, K.2009/441.

⁹ RG. 4/2/2011, S. 27836.

¹⁰ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Bası, Turhan Kitabevi, 2020, s. 1064-1067.

¹¹ Ayça İzmirlioğlu, “6098 Sayılı Kanuna Göre İbraname”, *Yaşar Üniversitesi E Dergisi*, 8 (Özel sayı), 2013, s. 1468; Sarihan, s. 104.

¹² Nizamettin Aktay / Kadir Arıcı / Tuncay Senyen Kaplan, *İş Hukuku*, Gazi Kitabevi, 2007, s. 218.

¹³ Nitekim HMK m. 309/2 hükmünde, feragat ve kabulün hüküm ifade etmesi, karşı tarafın ve mahkemenin muvafakatine bağlı değildir, demektir.

¹⁴ Aynı şekilde, sigorta uygulamasında, zarar görenin dava aşamasında feragat beyanı nede-

anlaşması, ekseriyetle dava aşamasında yapılarak, davacı sigortalının davasından feragat etmesine neden oluyorsa da, henüz uyuşmazlık yargıya taşınmadan sulh anlaşması yapılması ve böylece zaman ve masraftan tasarruf edilmesi mümkündür¹⁵. Davacının, davadan feragat etmesine yol açan sulh anlaşmasıyla taraflar, uzlaşmaya dayanan yeni bir sözleşme kurarak, maddi hukuk anlamında bir borcu sonlandırmayı ve usul hukuku açısından ise davayı sona erdirmeyi amaçlamaktadırlar. Sulh anlaşmasına bağlanmış olan zarar görenin feragati¹⁶ yargılamayı sona erdiren bir işlemdir¹⁷. Dolayısıyla, dava esnasında yapılan feragat beyanından sonra davanın reddine karar verilmektedir¹⁸.

B. İbra Sözleşmesinin Geçerliliğini Etkileyen Unsurlar: Gerçek Zarar İlkesi ve KTK m. 111/2

Karayolları zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamında sigorta şirketi,

niyle alacak hakkı sona erdikten sonra, sigorta şirketinin yaptığı ödemenin yeterli olmadığı gerekçesiyle yeniden dava yoluna gidildiğine de sıklıkla şahit olunmaktadır. Ancak, böyle durumda öncelikle HMK m. 303'te öngörülen kesin hüküm şartlarının oluşup oluşmadığının irdelenmesi gerekmektedir. Feragat beyanı bulunmasına rağmen, sigorta şirketi aleyhine dava açılması halinde, dava kesin hükümden dolayı reddedilebilir. Ancak bu durumun istisnaları olabilir. Özellikle, aynı kazaya ilişkin daha önceden verilmiş hüküm olsa da maluliyet oranında her bir artışın yeni bir olgu olması ve yeni bir davaya konu edileceğine ilişkin yerleşmiş Yargıtay içtihatları gözetilerek, bir maluliyet artışının ispat edilmediği dikkate incelenmelidir. Ayrıca, zorunlu trafik sigortası kapsamında talep edilen tazminat türleri dikkate alınarak, dava konularının aynı olup olmadığı da incelenmelidir. Örneğin, önceki davanın konusunun sürekli iş göremezliğe ilişkin olmasına karşın, yeni açılan dava konusunun geçici iş göremezlik olması halinde, kesin hüküm nedeniyle davanın reddine karar verilemeyecektir.

¹⁵ Mehmet Zahid Yener, "İş Kazası ve Meslek Hastalıklarının Sulh Sözleşmesi ve İbra Sözleşmesi ile Çözülmesi", *Adalet Dergisi*, (64), 2020, s. 556-558.

¹⁶ Ayrıca feragatin davanın her aşamasında yapılabileceği kabul edilmelidir. Nitekim Yargıtay 22. HD 2017/14416 E., 2018/5406 K. sayılı kararında, "...6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 5. kısım 3. bölümünde yer alan ve davaya son veren taraf işlemlerinden olan feragat, 6100 sayılı HMK'nın 311/1. maddesi hükmü uyarınca, kesin hüküm sonuçlarını doğurduğu gibi, aynı Kanun'un 309/2. maddesi uyarınca karşı tarafın kabulüne de bağlı bulunmamaktadır. Öte yandan, aynı Kanun'un 310/1. maddesi uyarınca davadan feragat karar kesinleşinceye kadar her aşamada mümkündür." demektedir.

¹⁷ Yargılama sırasında, usul işlemi olarak ortaya çıkan feragat ve kabulün, davaya son veren işlem olarak hüküm ifade edebilmesi için, irade beyanlarında hiçbir tereddütün bulunmaması gerekir. Maddenin son fıkrasında açıklanan kurala göre, feragat ve kabulün kayıtsız ve şartsız yapılmış olması gerekir. Zira kayıt ve şarta bağlı beyanlarda, kısmen de olsa ihtilaf devam ettirilmekte ve böylece davaya son veren işlem tamamlanmamaktadır. Bkz. HMK m. 309 gerekçesi.

¹⁸ HMK m. 311/1 hükmüne göre, feragat ve kabul, kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğurur. İrade bozukluğu hallerinde, feragat ve kabulün iptali istenebilir.

sigortalının kusuru nedeniyle üçüncü kişilere vermiş olduğu zararlardan dolayı teminat limitiyle sınırlı olarak sorumludur. Bu nedenle, üçüncü kişilerin uğradıkları zararın gerçek zarar ilkesi gözetilerek giderilmesi önemlidir. Gerçek zarar ilkesine aykırı olarak zararın sadece bir kısmının karşılanması amacıyla bir miktar paranın ödenmesi, sigorta şirketinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Başka bir deyişle, herhangi bir zararın değil “gerçek zararın” giderilmesi önem arz etmektedir. Bunun sağlanması için mevzuat ve Yargıtay’ın yerleşik içtihatları gözetilerek bir hesaplama yapılmalıdır. Özellikle TBK’nın¹⁹ ve KTK’nın²⁰ maddi ve manevi zararlara ilişkin hükümleri gerçek zararın belirlenmesi açısından göz önünde tutulmalıdır.

Trafik kazasında zarar gören kişinin zararının tespit edilmesi önemli bazı zorluklar içermektedir. Kaza sonucu oluşan maluliyet oranının belirlenmesi, kazada sigortalı araç sürücüsünün kusur oranı, zarar gören kişinin herhangi bir müterafik kusurunun bulunup bulunmadığı²¹, ayrıca zarar gören kişinin hatır için taşınıp taşınmadığı²² önem arz etmektedir. Bunun dışında, sigorta tazminatının hesaplanmasında hangi yaşam tablosunun esas alınması gerektiği konusu da ödenecek tazminat tutarını büyük ölçüde etkilemektedir. Taraflar arasında ihtilaf konusu olabilecek hususlar yukarıdakilerle sınırlı değildir. Geçici iş göremezlik, geçici bakıcı giderinin teminat kapsamında olup olmadığı, tedavi giderlerinin kim tarafından karşılanması gerektiği, ulaşım, adli tıp rapor ücreti gibi giderlerin teminat kapsamında olup olmadığı hususları da tartışmalıdır.

Esasında karayolları zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamında

¹⁹ Bu bağlamda haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde sorumluluğu düzenleyen TBK hükümleri gözetilmelidir. TBK m. 49/1’e göre, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. TBK’nın 53 ve 54. maddelerinde ise ölüm ve bedensel zararların kapsamını belirlemektedir. Buna göre, ölüm hâlinde uğranılan zararlar özellikle şunlardır: 1. Cenaze giderleri. 2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar. 3. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar. Bedensel zararlar özellikle şunlardır: 1. Tedavi giderleri. 2. Kazanç kaybı. 3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar. 4. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar.

²⁰ KTK m. 90.

²¹ Müterafik kusur için bkz. Başak Baysal, *Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)*, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 252-264.

²² Hatır için taşımaya ilişkin olarak bkz. Yasemin Durak / Turan Şahin, “Hatır İçin Taşıma”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 73(1), 2015, s. 341-346; Yıldırım Keser, “Hatır Taşımacılığında Doğan Zararlardan Hakkaniyet İndirimi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan Özel Sayısı*, 21(Özel Sayı), 2019, s. 2405-2410.

tazminat talebinde bulunan zarar gören kişiler ile sigorta şirketleri arasındaki ihtilaflar sadece bedensel zararlarla da sınırlı değildir. Bunun yanında araç hasarlarında hasarın nasıl hesaplanması gerektiği, tedarik iskontosunun uygulanıp uygulanmayacağı²³, tazminata KDV dâhil edilip edilmeyeceği²⁴, hasarın eşdeğer parça kullanılarak giderilmesinin mümkün olup olmadığı²⁵ konularında da önemli ihtilaflar yaşanmaktadır. Şüphesiz araç hasarları açısından en önemli konulardan biri değer kaybı hesaplamasında hangi yöntemin uygulanacağıdır²⁶.

²³ Sigorta şirketleri araç hasarlarında belli oranda yedek parça iskontosu uygulanması gerektiği savunmasını yapmaktadırlar. Ancak bu talep genelde yerleşik yargı kararları dikkate alınarak reddedilmektedir. Yargıtay 17. HD., 04/04/2016 t., 2015/14700 E. ve 2016/4229 K. sayılı ilamında “6762 sayılı TTK'nın 1283.maddesi hükmü uyarınca; sigortacı, sigorta ettiren veya sigortacı, sigorta ettiren veya sigortadan yararlananın uğradığı gerçek zararı tazminle yükümlü olup mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, hasar bedeli tespit edilirken davalı şirket ile servis arasında yapılan anlaşma gereği olduğu belirtilen %10 iskonto esas alınarak yedek parça ve işçilik bedellerinin rayiç değerinde indirim uygulanması doğru değildir.” değerlendirmesinde bulunulmuştur. Ayrıca bkz. Yargıtay 17. HD., 26.11.2015 t., 2015/5479 E., 2015/12776 K.; Yargıtay 17. HD., 04.04.2106 t., 2015/14700 E., 2016/4229 K.; Yargıtay 17. HD., 20.09.2017 t., 2016/5293 E., 2017/8012 K.

²⁴ Aynı şekilde ihtilaf konusu olan tazminatın KDV hariç hesaplanması gerekip gerekmediği konusunda da Yargıtay KDV dâhil hesaplama yapılması gerektiğine içtihat etmektedir. Yargıtay 17. HD., 02/07/2015 t., 2015/864 E. ve 2015/9408 K. sayılı ilamında “3065 sayılı KDV Kanunu'nun 1.maddesine göre Türkiye'de yapılan sanai, ticari, zirai faaliyet ve serbest meslek faaliyet çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetler katma değer vergisine tabidir. Davacının aracına verilen zararı gidermek için gerekli onarım, parça ve işçilik hizmeti de anılan yasa gereğince KDV'ye tabidir. Kesinleşen hasar miktarına ilişkin fatura ibraz edilmese dahi, davacı lehine KDV dâhil edilerek hasar bedeline hükmedilmesi gerekirken yazılı olduğu gibi hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” değerlendirmesinde bulunulmuştur. Ayrıca bkz. Yargıtay 17. HD., 04.04.2016 t., 2015/14700 E., 2016/4229 K.; Yargıtay 17. HD., 02.07.2015 t., 2015/864 E., 2015/9408 K.; Yargıtay 11. HD. 22.12.2005 t., 2004/15096 E., 2005/12713 K.

²⁵ Yargıtay bir kararında, “Dairemizin 06.11.2013 gün ve 2014/4531Esas-2014/3704 Karar sayılı ilamı ile “...ekspertiz raporunda ve ekspertiz raporunu dayanak alan hükme esas Adli Tıp Kurumu raporunda davacıya ait aracın onarımının hesaplanmasında orijinal parçalar yanında eşdeğer parçaların da esas alındığı anlaşılmaktadır: Gerçek zarar ancak aracın onarımında tamamen orijinal parçalar kullanılmak suretiyle sağlanır. Bu durumda mahkemece, ... tamamiyle orijinal parçalar dikkate alınarak, araçtaki hasar kalemleri ve bedeli tespit edilmek suretiyle tazminat miktarının hesaplanması hususlarında ayrıntılı, açıklama-ly, denetime elverişli bir rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu biçimde hüküm kurulması doğru değildir.” demektedir. Yargıtay 17. HD., 20.9.2017 t., 2016/5293 E., 2017/8012 K.

²⁶ Değer kaybı hesaplamasının Genel Şartlarda belirlenen formüle göre mi yoksa reel değer kaybına göre mi yapılacağı hususunda özellikle 09.10.2020 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan Anayasa Mahkemesi'nin 17.07.2020 tarihli ve 2019/40 E., 2020/40 K. sayılı kararı ile trafik poliçesi genel şartlarının bazı maddelerinin uygulanmasına yönelik olarak KTK 90. maddenin genel şartlara atf yapan ibaresinin ve 92/ı maddesinin Anayasaya aykırı olduğu

Görüldüğü üzere, sigorta uygulamasında ve bu uygulamaya yön veren yargı kararlarında çok sayıda tartışmalı konu bulunmakta ve bu tartışmalar ödenecek tazminat tutarını önemli ölçüde etkilemektedir. Tazminat talebiyle başvurulmuş sigorta şirketleri, somut olayın özelliklerine göre uygun gördükleri bir yöntemle tazminat hesaplaması yapmaktadırlar²⁷.

Sigorta uygulamasında ve yargı kararlarında tüm bu hususlarda yeknesak görüşlerin olmadığı dikkate alındığında, sigorta şirketlerinin, ibraname almak suretiyle tazminat miktarını hesaplayıp ödedikten sonra, sorumluluklarının belli şartlarda, belli bir süre daha devam etmesi, KTK m. 111 hükmünün getirdiği düzenleme ile mümkün kılınmıştır. Sorumluluğa ilişkin anlaşmalar başlığını taşıyan KTK m. 111 hükmüne göre, bu Kanunla öngörülen hukuki sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçersizdir. Tazminat miktarlarına ilişkin olup da, yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde iptal edilebilir²⁸.

gereğesi ile iptaline ilişkin karardan sonra önemli tartışmalar yaşanmıştır. Bu karardan sonra, gerçek zarar ilkesiyle uyumlu olan bir değer kaybı değerlendirilerek Genel Şartlarda kabul edilinceye kadar piyasa araştırması yapılarak aracın piyasa rayicinin belirlenmesi ve gerçek zarar ilkesi çerçevesinde tazminat hesaplaması yapılması gerektiği kabul edilmelidir. Bu hesaplamanın aynı zamanda Anayasa Mahkemesi kararından önce akdedilen poliçeler açısından da geçerli olduğu savunulabilir. Zira her ne kadar Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümezliği ilkesi Anayasa'nın amir hükmü olsa da sigorta şirketinin zarar görenin gerçek zararından sorumlu olduğu, gerçek zarar ilkesine aykırı olan ikinci düzenleme hükümlerinin Anayasa Mahkemesi kararından bağımsız olarak normlar hiyerarşisi gereği uygulanmaması gerektiği sonucuna varılmalıdır.

²⁷ Örneğin, bedensel zarar için yapılan bir başvuruda, sigorta şirketi, kendi medikal eksperleri tarafından belirlenen maluliyet oranına, somut olayın özelliklerine göre kusur, müterafik kusur veya hatır taşınması indirimi yapmak suretiyle, Genel Şartlarda kabul edilen yaşam tablosunu esas alarak aktüer hesaplama sonucu belirlenen tazminat tutarını ödeyebilir. Aynı şekilde araç hasarlarında, hasar bedeli ya tazminat talebinde bulunulan kişiye doğrudan ya da araç tamir edildiye, onarımı yapan tamirhaneye ödenir.

²⁸ Dikkat edilmesi gereken hususlardan biri, KTK m. 111/2 hükmünün karayolları zorunlu mali sorumluluk sigortası kapsamında talep edilen tazminatlar açısından geçerli olduğudur. Buna karşın, uygulamada, kasko poliçesi kapsamındaki talepler açısından da yeterli ödeme yapılmadığı gerekçesiyle bu maddeye başvurulduğuna sıkça rastlanılmaktadır. Ancak, talebin kasko poliçesine dayandığı durumlarda, ibra sözleşmesinin akdedilmesi borcu kural olarak sona erdirmektedir. Nitekim Yargıtay'ın 17. Hukuk Dairesi'nin E. 2016/14093, K. 2017/6940 sayılı kararında da belirtildiği üzere, "Ayrıca, davacı dava dilekçesinde talebinin dayanağını kasko sözleşmelerinde uygulanamayacak olan KTK. 111. maddesi olarak belirtmiştir. ... KTK.111. maddenin kasko sözleşmelerinde uygulanamayacağı, davacı tarafından, dava dilekçesinde BK'nin 28. maddesine de dayanılmadığı hususu da dikkate alınarak mutabakatname gereği yapılan 39.000,00 TL'lik ödeme kabul edilirken davacı tarafından herhangi bir ihtirazi kayıt ileri sürülüp sürülmediğinin araştırılarak ihtirazi kayıt

Madde hükmünden, zorunlu mali sorumluluk sigortası yapan sigorta şirketi ile zarar gören arasında yapılan anlaşmaların ve ibra sözleşmelerinin, belli şartlar altında ve belli bir süre içinde iptal edilebilecekleri anlaşılmaktadır. Özellikle, bedensel zararların zaman içinde farklı boyutlar kazanması, başlangıçta tam olarak zararın belirlenmesinin imkânsız olması, başka bir deyişle gerçek değer hesaplanamaması, ibra sözleşmesine ilişkin genel kuraldan ayrılarak farklı bir düzenleme yapılmasına yol açmıştır. KTK m. 111/2 hükmü sayesinde, bir an önce tazminat almak isteyen kişiler, sigorta şirketinin belirlediği tutarı aldıktan sonra, tazminat miktarının daha yüksek olduğu gerekçesiyle m. 111/2'ye dayanarak yeniden sigorta şirketine başvurmakta; sigorta şirketinin ibranamenin varlığını ileri sürmesine karşın, şirket aleyhine dava açabilmektedir²⁹.

ileri sürülmediyse davanın reddine karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir." Dolayısıyla, kasko poliçesine dayanan taleplerde, ibra sözleşmesine rağmen bakiye tazminat talebinde bulunulabilmesi, ancak akdedilen ibra sözleşmesinin TBK 30 vd. maddeleri kapsamında iptal edilmesine ya da TBK m. 27'de öngörülen kesin hükümsüzlük sebeplerinin bulunmasına bağlıdır. Bunlar dışında birçok Yargıtay kararında belirtildiği üzere, özellikle gabin iddiasında bulunularak, TBK m. 28'de öngörülen objektif ve sübjektif şartların bulunduğu ispat edilerek ibra sözleşmesine rağmen bakiye tazminat talebinde bulunulabilir.

²⁹ KTK m. 111/2 hükmü ile TBK m. 28'de öngörülen ve gabinin objektif şartı olan edimler arası aşırı orantısızlık unsurları benzer olsa bile; bu iki hüküm arasında, gabinin sübjektif şartları olarak ifade edilen zarar görenin zor durumda kalması veya düşüncesizliği ya da deneyimsizliği açısından, benzerlik bulunmamaktadır. Dolayısıyla, KTK m. 111/2 hükmünden yararlanarak ibranamenin ya da anlaşmanın iptal edilmesi için zarar görenin bilgisiz, tecrübesiz veya darda kalması aranmamaktadır. Nitekim Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir. "Davacı vekili; davalı şirket nezdinde zorunlu mali sorumluluk sigortası ile sigortalı aracın, sürücüsünün tam kusurlu olduğu halde, müvekkilinin murisi Taran'ın yolcu olarak içinde bulunduğu otobüse çarpmasıyla meydana gelen trafik kazasında murisin vefat ettiğini ve müvekkilinin destekten yoksun kaldığını, destekten yoksunluk zararının 200.000.000 TL.'nin üzerinde olduğunu, sigorta poliçesi uyarınca davalı şirket tarafından şahıs başına ödenecek en az tazminat tutarının 80.000.000 TL. olduğunu, oysa davalının sadece 22.406.000 TL ödeyerek ibraname aldığını, bu miktarın açıkça yetersiz bulunduğunu ileri sürerek, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 111/1. maddesi uyarınca ibranamenin iptaline, aradaki fark olan 57.594.000 TL.'nin olay tarihinden itibaren ticari faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı taraf cevabında; aktüerya hesabı yaptırılarak belirlenen destekten yoksunluk tazminatının davacıya ödendiğini ve ibraname alındığını savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece; iddia, savunma ve dosyadaki yazılı kanıtlara göre, davacı vekilinin, davalı tarafça önerilen 22.406.000 TL. destekten yoksunluk tazminatını alarak ibraname verdiği, bu ibranamenin verilmesinde iradeyi fesaada uğratan bir halin varlığı ileri sürülmediği gibi, olayda bu tazminat miktarının açıkça yetersiz olduğundan da söz edilemeyeceği, KTK'nun 111/2. maddesi ile çok düşük olarak yapılan ödemeler üzerine alınan ibranamelerin iptalinin amaçlandığı, yargılama aşamasında alınan bilirkişi raporunda tazminat hesabına esas alınan verilere aktüer raporundaki verilerin farklı olduğundan (asgari ücretin zaman içinde artması nedeniyle), bilirkişi raporuna itibar edilemeyeceği, bu nedenlerle ibranamenin iptalinin mümkün görülmediği gerek-

C. İbra Sözleşmesinin İptal Edilmesi

KTK m. 111/2 hükmü, belli şartların varlığında ibra sözleşmesinin iptal edilebileceğini öngörmektedir. Buna göre, tazminat miktarlarına ilişkin olup da, yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde iptal edilebilir. Görüldüğü üzere, sigorta şirketi ile yapılan anlaşmanın iptal edilebilmesi için kanunda iki şart öngörülmüştür. Bunlardan birincisi; tazminat miktarının yetersiz veya fahiş olması, diğeri ise iptale ilişkin irade beyanının iki yıllık hak düşürücü süre içinde ortaya konmasıdır. Ayrıca kanunun lafzından, anlaşmanın iptal edilebilmesi için, taraflarca akdedilen bir ibra sözleşmesinin bulunmasının zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Zira uygulamada sigorta şirketlerinin kendilerine yapılan başvuru üzerine bir miktar tazminat ödedikleri ancak bu ödeme karşılığında herhangi bir ibra sözleşmesi yapmadıkları da görülmektedir. Böyle bir

çesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, davacı vekili, müvekkiline davalı sigorta şirketine verilen ibranamenin 2918 sayılı KTK.nun 111/2. maddesi uyarınca iptaline ve fiili ödeme ile sigorta poliçesince asgari limit miktarı arasındaki farkın tahsiline karar verilmesini istemiş, mahkemece ise dava, davacı tarafın ibranamenin iptali için irade fesadı iddiası ileri sürülmediği gibi, ibraname ile ödenen miktar ile ödenmesi gereken miktar arasında açıkça yetersizlik bulunmadığı gerekçeleriyle dava reddolunmuş bulunmaktadır. İsviçre KTK.nun 87. maddesi esas alınmak suretiyle düzenlenen 2918 sayılı KTK.nun hem işletenleri, hem de onların hukuki sorumluluğunu üzerine alan zorunlu trafik sigortasını üzerlerine alan sigorta şirketlerini bağlayan emredici nitelikteki 111. maddesinin 2. fıkrasında, "Tazminat miktarına ilişkin olup da, yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde iptal edilebilir" hükmüne yer verilmiş bulunmaktadır. Görüldüğü gibi madde, ibranamenin iptali için zarar görene (yetersizlik), zarar verene de (fahiş) iddiası ile iptal hakkı tanımış, iptal sebebi olarak da objektif bir unsur olarak bu yetersizliğin veya fahişliğin (açıkça belli olması) halini kabul etmiştir. Bu durumdan anlaşılacağı gibi, madde gabini düzenleyen BK.nun 21. maddesinde öngörülen (mutazarın müzayaka halinde olması veya hiffetinden yahut tecrübesizliğinden istifade edilmiş olması) gibi hallerini aramamış diğer bir deyişle subjektif unsurlara yer verilmemiştir. Nitekim, gerek me haz ülkedeki yabancı yazarlardan Oftinger, Strebel (Bkz., Prof. H. Tandoğan, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ank. 1981, sh. 259, 178-181 sayılı dipnotları) gerekse, ülkemizde doktrinde anılan maddenin uygulanmasında BK.da öngörülen gabinin şartları aranmaksızın sadece (açıkça yetersizlik veya fahişlik) objektif KTK.nun Sigorta ve Garanti Fonuna İlişkin Hükümleri Üzerinde Bir inceleme Sigorta Hukuku Dergisi, C. 1, Sayı 3-4, sh. 278 vd.; T. Uygur, Borçlar Kanunu, 2. Cilt, Ank. 1990, sh. 518; D. Çelikaş, 2918 s. KTK.da İşletenin Hukuki Sorumluluğu, İzmir, 1987 sh. 127; Prof. Dr. H. Tandoğan, age., sh. 258 vd.; Dr.G. Sermet Akman, Sorumsuzluk Anlaşması, İst. 1976, sh 123 vd.). Doktrindeki bu görüş, Yargıtay uygulamasında da aynen benimsenmiş bulunmaktadır. (Bkz., Yargıtay 4. HD.'nin 30.6.1988, 4035-6634, ve 16.1.1989, 5223-8806 sayılı kararları ile 19. HD.'nin 7.10.1994 gün ve 1594-9111 sayılı kararı). O halde mahkeme kararı gerekçesinde davanın reddine dayanak yapılan ve gabinde subjektif unsur olan irade fesadı iddiasının yer almadığı görüşünde isabet bulunmamaktadır." Yargıtay 11. HD., 07.04.1995 t., 1995/207 E., 1995/3054 K.; Yargıtay 17. HD., 5.6.2012 t., 2011/8559 E., 2012/7287 K.

durumda, bakiye tazminat talebiyle sigorta şirketine başvuru yapıldığında, ödeme yapıldığından dolayı tazminat sorumluluğunun sona erdiğine ilişkin savunma yapılıyor olsa da dava dosyasına herhangi bir ibra sözleşmesi sunulmadığından KTK m. 111/2 hükmü dikkate alınmaksızın inceleme yapılmakta ve ödenen tazminatın eksik olup olmadığı belirlenmektedir.

Varılan anlaşmanın iptal edilebilmesi için öncelikle sigorta şirketi tarafından ödenen tazminat tutarının yetersiz olduğu belirlenmelidir. Bu yöndeki bir tespitin, teorik olarak bizatihi sigorta şirketi tarafından yapılmasının mümkün olduğu düşünülse bile eksik ödeme yapılıp yapılmadığı hususu genel olarak yargılama esnasında tespit edilmektedir. Gerek mahkemeler gerekse son yıllarda gittikçe etkinliği artan Sigorta Tahkim Komisyonu³⁰ nezdinde yapılan yargılamalarda, ödenen tazminatın yeterliliği dosyaya atanan bilirkişiler aracılığıyla ortaya çıkarılmaktadır. Yukarıda ifade edildiği üzere, trafik sigortası kapsamında karşılanacak zararların tespitine ilişkin çok fazla tartışma konusu bulunduğundan, sigorta şirketinin hangi yöntemi / görüşü / yaşam tablosunu esas alarak tazminat ödemesi gerçekleştirdiği, yapılacak ödemenin eksik olup olmadığının belirlenmesi açısından büyük önem arz etmektedir³¹. Dolayısıyla, sigorta şirketi tarafından yapılan bir ödemede

³⁰ Sigorta Tahkim Komisyonu ayrıntılı bir şekilde, SK m. 30'da düzenlenmektedir. Maddenin birinci fıkrasına göre, sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayacak kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden veya Hesaptan faydalanacak kişiler ile Hesap arasında doğan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla Birlik nezdinde Sigorta Tahkim Komisyonu oluşturulur. Ayrıca Sigortacılıkta Tahkime İlişkin Yönetmelik (RG. 17.08.2007, S. 26616) tahkim sistemi açısından önem arz eden bir düzenlemedir. Bunlar dışında Hazine Müsteşarlığı, sigorta tahkimine ve hakemlere ilişkin usul ve esasları düzenleyebilmek amacıyla Sigorta Tahkim Usulü ve Sigorta Hakemlerine İlişkin Tebliğ (RG. 21.01.2009, S. 27117) çıkarmıştır. Sigorta Tahkim Komisyonuna ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Mehmet Özdamar, "Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(1-2), 2013, s. 832-835; Tuğçe Nimet Yaşar, "Sigorta Hukukunda Tahkim", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 9(36), 2018, s. 213; Karasu, Karayolları, s. 132; Rauf Karasu, "Sigorta Tahkimi ile İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 1(26), 2016, s. 49; Serdar Kale / Müjgan Tunç Yücel, "Sigortacılık Kanununda Tahkim", Osman Berat Gürzumar (Ed.), *Haluk Konuralp Anısına Armağan Cilt:1*, Yetkin Yayınları, 2009, s. 462; Nesibe Kurt Konca, "Sigorta Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü", Sabih Arkan (Ed.), *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Turhan Kitabevi*, 2010, s. 1344; Erol Ulusoy, "Finans Hukukunda Tahkim", *II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim"*, <<https://hukuk.marmara.edu.tr/yayinlar/sempozyum-yayinlari/ii-uluslararasi-ozel-hukuk-sempozyumu-tahkim/>> Erişim Tarihi 02.02.2022, s. 203.

³¹ Örneğin, maluliyet tazminatlarında hangi yaşam tablosunun esas alınması gerektiği konusunda 09.10.2020 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan Anayasa Mahkemesi'nin 17.07.2020 t. ve 2019/40 E., 2020/40 K. sayılı kararıyla, trafik poliçesi genel şartlarının bazı maddelerinin uygulanmasına yönelik olarak KTK 90. maddesinin genel şartlara atıf yapan ibaresinin ve

maluliyet³², kusur oranı gibi önemli parametreler yönünden bir ihtilaf bulunmasa bile, uygulanacak yaşam tablosu konusundaki farklı görüşlerden dolayı bakiye tazminatın ortaya çıkması mümkündür³³.

Yargıtay kararlarında ödenen meblâğ ile gerçek zarar arasında önemli bir farkın olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Örneğin, Yargıtay 1. HD. 12.07.2005 t., E.2004/11391 K.2005/7570 sayılı kararında, “*O halde mahkemece, ibranamede davacıya “ödediği belirtilen meblâğ”*

92/i maddesinin, Anayasaya aykırı olduğu gerekçesi ile iptaline ilişkin karardan sonra çok önemli tartışmalar yaşanmıştır. Sigorta şirketleri, tazminatın TRH 2010 1,8 teknik faize göre hesaplanması gerektiği itirazlarını ileri sürmekte; ancak mahkemeler veya tahkim nezdinde görülen davalarda, büyük ölçüde TRH 2010 prograssif rant yöntemi esas alınarak tazminat hesaplaması yapılmaktadır.

³² Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarından sonra, maluliyetin hangi yönetmelik esas alınarak yapılacağı konusunda ihtilaflar yaşanmaktadır. Yargıtay 17. HD, 11.03.2021 t., 2020/7120 E., 2021/2627 K. sayılı kararlarında “*Haksız fiil sonucu çalışma gücünde kayıp olduğu iddiası ve buna yönelik bir talebin bulunması halinde, zararın kapsamının tespiti açısından maluliyetin varlığı ve oranının doğru bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Söz konusu belirlemenin ise Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairesi veya Üniversite Hastanelerinin Adli Tıp Anabilim Dalı bölümleri gibi kuruluşlarının çalışma gücü kaybı olduğu iddia edilen kişide bulunan şikâyetler dikkate alınarak oluşturulacak uzman doktor heyetinden kaza tarihi 11.10.2008 tarihinden önce ise Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü, 11.10.2008 tarihi ile 01.09.2013 tarihleri arasında Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği, 01.09.2013-01.06.2015 tarihleri arası Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliği, 01.06.2015-20.02.2019 tarihleri arası Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurul Raporları Hakkında Yönetmelik, 20.02.2019 tarihinden sonra Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik hükümleri dikkate alınarak yapılması gerekmektedir.*” denilmektedir. Dolayısıyla, kaza tarihinde yürürlükte olan yönetmeliğin tazminat hesaplamasına esas alınması gerektiği kabul edilmiştir.

³³ Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarından sonra, maluliyetin hangi yönetmelik esas alınarak yapılacağı konusunda ihtilaflar yaşanmaktadır. Yargıtay 17. HD, 11.03.2021 t., 2020/7120 E., 2021/2627 K. sayılı kararlarında “*Haksız fiil sonucu çalışma gücünde kayıp olduğu iddiası ve buna yönelik bir talebin bulunması halinde, zararın kapsamının tespiti açısından maluliyetin varlığı ve oranının doğru bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Söz konusu belirlemenin ise Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairesi veya Üniversite Hastanelerinin Adli Tıp Anabilim Dalı bölümleri gibi kuruluşlarının çalışma gücü kaybı olduğu iddia edilen kişide bulunan şikâyetler dikkate alınarak oluşturulacak uzman doktor heyetinden kaza tarihi 11.10.2008 tarihinden önce ise Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü, 11.10.2008 tarihi ile 01.09.2013 tarihleri arasında Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliği, 01.09.2013-01.06.2015 tarihleri arası Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliği, 01.06.2015-20.02.2019 tarihleri arası Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurul Raporları Hakkında Yönetmelik, 20.02.2019 tarihinden sonra Erişkinler İçin Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik hükümleri dikkate alınarak yapılması gerekmektedir.*” denilmektedir. Dolayısıyla, kaza tarihinde yürürlükte olan yönetmeliğin tazminat hesaplamasına esas alınması gerektiği kabul edilmiştir.

ile “belirlenen gerçek zararın”, 2918 sayılı KTK. ’nun 111.maddesi hükmü ve tarafların içinde bulunduğu durumlar da göz önüne alınarak, “aradaki farkın fahiş olup olmadığının” tespiti ile sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddi doğru olmamış ve kararın bozulmasını gerektirmiştir.” denmektedir. Tarafsız bilirkişiler tarafından gerçek zararın tespit edilmesiyle, ödenen miktar ile gerçek zarar arasında fahiş bir fark olduğu belirlenmiş ise, ödenen tazminat tutarının yetersiz olduğu gerekçesiyle ibra sözleşmesinin iptalinin sağlanması mümkündür. Uygulamada, bu amaçla atanan bilirkişilerce, ödenmesi gereken tutar ile ödenen tutarın yasal faizle güncellenmiş hali tespit edilmekte³⁴ ve aradaki farkın yüzdesel oranı belirtilmektedir. Kanaatimizce, ödenen ve ödenmesi gereken tazminat tutarı arasındaki %10-20 oranındaki farkın fahiş olarak değerlendirilmemesi ve yapılan ibra sözleşmesinin geçerli sayılması gerekir³⁵. Her somut olayın özellikleri dikkate alınarak aradaki farkın fahiş olup olmadığı yargılama makamları tarafından belirlenmelidir³⁶.

³⁴ Dolayısıyla yargılama esnasında öncelikli olarak yapılan ödemenin, “ödeme tarihi itibarıyla” zararı karşılayıp karşılamadığının tartışılması gerekmektedir. Yargıtay kararlarında bu hususa özel bir önem atfedildiği görülmektedir. Bkz. Yargıtay 17. HD, 2015/9929 E., 2018/6141 K., “maluliyet tazminatı öncelikle ödeme tarihindeki verilere göre hesaplanmalı, ödenmesi gereken miktarla ödenen miktar arasında KTK’nın 111. maddesinde belirtildiği şekilde fahiş bir fark olup olmadığı değerlendirilmelidir. Şayet ödenmesi gereken maluliyet tazminatı ile ödenmiş olan miktar arasında fahiş fark olduğu saptanırsa, davacı tarafından daha önce verilen ibranamenin makbuz hükmünde olduğu kabul edilerek rapor tarihindeki verilere göre hesaplanan tazminat tutarından, davalı tarafından yapılan ödemelerin güncellenerek düşülmesi sonucunda oluşan duruma göre (davalı lehine oluşan kazanılmış haklar gözetilerek) karar verilmesi gerekirken, ... karar verilmesi doğru görülmemiştir. ...hükmü gereği, hesaplanan miktar ile davalının ödediği tutar arasında yetersizlik yada fahiş fark bulunup bulunmadığının belirlenmesi, ödenen meblağ ile hesaplanan zarar arasında fahiş fark/açık nispetlilik olması halinde ibranın iptali gündeme gelecek ve ödenen tutarın faiziyle güncellenerek rapor tarihine göre hesaplanan tazminattan mahsup edilmesi gerekmektedir.”

³⁵ Yargıtay kararlarında farkın % 50 olması halinde hâkimin takdir yetkisinin bulunmadığı, buna karşın % 25-50 arasında takdir yetkisinin olduğu, dolayısıyla % 25’den az bir farkın fahiş sayılmaması gerektiğine ilişkin kararları mevcuttur. Bkz. Yargıtay 1. HD., 1976/10791 E., 1976/12751 K. Aynı şekilde İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında da % 50’lik oranın fahiş olduğu benimsenmiştir. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. Gülşah Yılmaz, “Sigorta Şirketleri ile Yapılan İbra Sözleşmelerinin Karayolları Trafik Kanunu m. 111/2 Uyarınca İptali”, *İzmir Barosu Dergisi*, (1), 2018, s. 76. Ancak belli bir yüzdesel oranının mutlak olarak kabul edilmeksizin, her somut olayın özelliklerine göre aradaki farkın fahiş olup olmadığının yargılama makamlarınca tespit edilmesi gerektiği kabul edilmiştir.

³⁶ “...mahkemece yapılacak iş, ilk önce ödeme tarihi itibarıyla yapılan ödemenin yetersiz olup olmadığının belirlenmesidir. Bunun için ödeme tarihi verileri dikkate alınarak yapılacak hesaplama sonucu bulunacak tutar ile ödeme miktarının karşılaştırılarak, ödemenin yeterli

Tarafların ibraname ve muvafakat belgesi olarak adlandırdıkları belgenin hukuki niteliğinin sözleşme olduğu açık olmasına karşın, Yargıtay, yeterli tazminat ödemesi yapılmadığının tespiti halinde bu belgeyi makbuz olarak nitelemekte³⁷, ancak bu niteleme doktrinde eleştirilmektedir³⁸. Yargıtay'ın makbuz ifadesini kullanmasının taraflar arasında akdedilen sözleşmenin hukuki niteliğini değiştirmek şeklinde yorumlanması doğru değildir. Aksine makbuz ifadesi, sözleşme iptal edildikten sonra, ödenmesi gereken toplam tazminat tutarının kısmen ödendiği şeklinde anlaşılmalıdır. Başka bir deyişle, makbuz ifadesi kısmi ödemenin delili olarak görülmektedir. Dolayısıyla Yargıtay'a göre, sözleşme iptal edildikten sonra taraflar arasında akdedilen sözleşme belgesi tamamen değerini yitirmemekte, makbuz niteliğine kavuşmaktadır³⁹.

bulunması halinde ibra nedeni ile davanın reddine karar verilmesi gerekir. Şayet ödemenin yetersiz olduğu anlaşılırsa bu kez karar tarihine en yakın veriler dikkate alınarak tazminat hesaplanmalı ve zarar ve yararın denkleştirilmesi ilkesi gereğince davalı tarafından yapılan ödemeye hesaplama yapıldığı tarihe kadar geçen süre için yasal faiz uygulanarak, hesaplanan tutardan mahsup edilmelidir. Mahkemece, yazılı şekilde eksik inceleme ile rapor tarihindeki veriler esas alınarak tazminat belirlenmesi ve ödeme miktarının aynen mahsubu sonucunda bulunan tazminat tutarına hükmedilmesi doğru olmamıştır.” Yargıtay 17. HD., 2014/20551 E., 2014/18211 K.

³⁷ “2918 sayılı KTK'nın sorumluluğa ilişkin anlaşmalar başlığını taşıyan 111. maddesi gereği, Karayolları Trafik Kanunu ile öngörülen hukuki sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçersizdir. Tazminat miktarlarına ilişkin olup da, yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde iptal edilebilir. Davalı, davadan önce davacılara 105.281,00 ödeme yaparak karşılığında ibraname almıştır. Anılan yasal düzenleme karşısında davalının aldığı ibra makbuz niteliğinde sayılarak bilirkişinin tazminat hesabı doğrultusunda yoksun kalınan destek zararına hükmedilmesi gerekir iken hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir”. Yargıtay 17. HD., 2014/6205 E., 2016/1657 K.

³⁸ Bkz. Yılmaz, s. 65-67. Yazara göre, makbuzun hukuki niteliği farklı olup, makbuz ile alacaklı borçlanılan edime kavuştuğunu alacaklı tarafından imzalanmış bir belgeyle ispatlamaktadır. Dolayısıyla makbuz verme, hukuki işlem benzeri bir irade açıklaması olup edimin alındığını kanıtlama amacına hizmet etmektedir. Aynı şekilde yazar, Yargıtay'ın bu ifadeyi kullanmasının nedeninin, KTK m. 111/2'de yer alan düzenlemede TBK m. 420/2'de belirtilen şekilde bir makbuz ifadesine yer verilmemiş olmasına karşın Yargıtay'ın sigorta tazminatlarına ilişkin ibra sözleşmeleri ile işçilik alacaklarına ilişkin ibra sözleşmelerinin benzer kabul etmesinden kaynaklandığı görüşündedir.

³⁹ “Dava, trafik kazası nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davacıların davalıyı ibra ettikleri gerekçesiyle dava reddedilmiştir. Kararı davacılar temyiz etmiştir. 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasası'nın 111. maddesine göre, bu yasa da öngörülen hukuki sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçersizdir. Somut olay, ölümlü trafik kazası olup, bu kaza nedeniyle işletenin ve sürücünün hukuki sorumluluklarının anılan yasa gereği var olduğu açıktır. Belirtilen düzenleme gereğince, davalı tarafından sunulan “ibra” belgesinin davalının hukuki sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmayacağı, ancak bu belge ile bir ödeme yapılmış ise “makbuz” niteliğinde sayılacağı kabul edilerek, varılacak uygun sonuç çerçevesinde karar verilmesi gerekirken, mahkemece davanın redde-

KTK'nın 111/2. maddesi uyarınca tazminat miktarlarına ilişkin olup da yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten itibaren iki yıl içinde iptal edilebilirler. Bu iki yıllık sürenin hak düşürücü bir süre olduğu kanunun lafzından anlaşılmaktadır⁴⁰. İbra belgesinin iptalinin açıkça ve ayrıca istenmesine gerek olmayıp, dava sırasında bu husus ileri sürülebileceği gibi, yapıldığı tarihten itibaren iki yıl içinde hükümlerinin kabul edilmediğine ilişkin bir irade açıklaması da yeterlidir⁴¹. İki yıllık sürenin başlangıcı tazminatın ödenmesi tarihi değil, ibranamenin imzalandığı tarihtir⁴². Bu durum, özellikle sigorta şirketinin tazminat ödemesinin üzerinden uzun bir süre geçtikten sonra ibra sözleşmesinin akdedilmesi halinde önem arz edecektir.

İptal talebine ilişkin iradenin mutlaka dava açılarak ortaya konması şart olmadığı gibi, açık olması da zaruri değildir. Tazminat talebinde bulunan kişinin iradesi yorumlanarak bu yönde bir talebinin olup olmadığı ortaya

dilmesi bozmayı gerektirmiştir". Yargıtay 4. HD., 2002/14131 E., 2003/4629 K.

⁴⁰ Karasu, Karayolları, s. 130; Yılmaz, s. 61.

⁴¹ Yargıtay 17. HD, 2014/20551 E., 2014/18211 K.

⁴² Ancak dava, gelişen somut bir olayın varlığına dayanıyorsa iki yıllık hak düşürücü sürenin uygulanması mümkün değildir. Yargıtay'ın yerleşik kararları bu yöndedir. "Somut olayda davacı tarafından davaya konu kaza nedeni ile davalı sigorta şirketine başvuru üzerine 29.07.2010 tarihinde 3.675,00 TL'lik ödeme nedeni ile ibraname düzenlenmiş, mahkemece düzenlenen bu ibranamenin üzerinden 2 yıldan fazla zaman geçtikten sonra davanın açıldığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Bazı hallerde, zararın öğrenilmesi, onun kapsamının değil, varlığının öğrenilmesi anlamındadır; zararın varlığı, niteliği ve esaslı unsurları hakkında bir dava açmaya, o davayı ciddi ve objektif bir şekilde desteklemeye, gerekçelerini göstermeye elverişli yeterli hal ve şartların öğrenilmesi, zararın öğrenilmiş sayılması için yeterlidir. Buna karşılık ortaya çıkan zarar; kendi özel yapısı içerisinde, sonradan değişme eğilimi gösteriyor, kısaca, zararı doğuran eylem veya işlemin doğurduğu sonuçlarda (zararın nitelik veya kapsamında) bir değişiklik ortaya çıkıyor ise, artık "gelişen durum" ve dolayısıyla, gelişen bu durumun zararın nitelik ve kapsamı üzerinde ortaya çıkardığı değişiklikler söz konusu olacaktır. Böyle hallerde, zararın kapsamını belirleyecek husus, gelişmekte olan bu durumdur ve bu gelişme sona ermedikçe zarar henüz tamamen gerçekleşmiş olamayacağı için KTK 111. maddesinde düzenlenen 2 yıllık süre bu gelişen durumun durduğunun veya ortadan kalktığı öğrenilmesiyle birlikte işlemeye başlayacaktır. (HGK, 15.11.2000 gün ve: 2000/21-1609 K: 2000/1699, 4.HD 13.05.1980 gün ve 1980/3493-6206 sayılı; 26.01.1987 gün, 1986/7532 esas, 1987/485 karar sayılı kararı). Dava konusu olay yönünden taraflar arasında düzenlenen ibranameden sonra 2 yıllık süre dolmuştur. Ancak gelişen durumun varlığı halinde gelişen durumun sona ermesinden itibaren 2918 sayılı yasanın 111. maddesinde belirtilen 2 yıl içinde dava açılması gerekir. Gelişen durum; olay sonucu meydana geldiği halde, başlangıçta bilinen yaralanmalar dışında, sonradan ortaya çıkan veya gelişen, olaya bağlı vücut bütünlüğünü bozan sonuçlar olarak tanımlanabilir. Gelişen durum olup olmadığı ise her olaya özgü olarak kanutlara göre değerlendirilir." Yargıtay 17. HD., 2014/18267 E., 2014/15490 K.

konabilir⁴³. Uygulamada da çoğunlukla sigorta şirketine başvuru yapılırken⁴⁴ ibra sözleşmesinden hiç söz edilmemekte, sadece bakiye tazminat talebinde bulunmaktadır. Sigorta şirketinin bu talebe olumsuz yanıt vermesi ya da cevapsız bırakması halinde dava açılmakta, dava esnasında atanan bilirkişi ise uzlaşma belgesine göre yapılan ödemeyi güncelleyerek tenzil ettikten sonra bakiye tazminat tutarını belirlemektedir. Dolayısıyla, sigorta şirketine tazminat talebinde bulunmuş olması, ibra sözleşmesinin iptali iradesini göstermesi açısından yeterlidir⁴⁵. İki yıllık hak düşürücü süre açısından da dava tarihi değil, sigorta şirketine başvuru tarihi esas alınmalıdır. Bu sürenin hak düşürücü bir süre olduğu kabul edildiğinden, iki yıllık sürenin geçmesinden sonra ibranamenin geçersizliği ileri sürülemez.

⁴³ Yılmaz, iptale ilişkin bir irade beyanının ortaya konmaksızın, bu iradenin resen araştırılmasının doğru olmadığı ve iş hukukunda yer alan işçiyi koruma ilkesine benzer bir ilkenin sigorta hukukunda zarar görenler açısından bulunmaması nedeniyle, KTK m. 111/2 uyarınca ibranamenin iptali talebinin davacının dava dilekçesinde açık bir şekilde yer alması halinde, hâkimin taleple bağlılık ilkesini dikkate alarak resen bir inceleme yapmaması gerektiği görülmüştür. Bkz. Yılmaz, s. 81. Ancak, tazminat ödenmiş ve ibraname imzalanmış olmasına karşın sigorta şirketine başvuru yapılmasının iptal iradesini açıkça gösterdiği düşünüldüğünde, yazarın bu görüşü isabetli değildir.

⁴⁴ KTK m. 97 hükmüne göre, zarar gören dava yoluna gitmeden önce sigorta şirketine başvuru yapmak zorundadır. Maddeye göre, zarar görenin, zorunlu mali sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması gerekir. Sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyumsuzluk olması hâlinde, zarar gören dava açabilir veya 5684 sayılı Kanun çerçevesinde tahkime başvurabilir.

⁴⁵ Yargıtay 11. HD., 25.05.2006 t. 2005/5859 E, 2006/6225 K. sayılı kararı da bu yöndedir. *“Dava, yolcu olan sigortalının trafik kazası sonucu meydana gelen yaralanma nedeniyle tedavi giderlerinin aracın sürücü ve zorunlu mali sorumluluk sigortacısından rücu tazmini istemine ilişkin olup, mahkemece, davalı sigorta şirketi ibra edildiğinden sigorta hakkında açılan davanın reddine karar verilmiştir. Davacı vekili, ibranamenin sigortalı tarafından verilmediğini gibi, miktar itibarıyla de tedavi giderleri ile arasında aşırı oransızlık bulunduğunu ileri sürmüştür. 06.03.2002 tarihli ibranamede sigortalı vekilinin kaza sonucu aracın hasarlanması nedeniyle uğradığı zarara karşılık 893.000.000 TL. olarak davalı sigortayı ibra ettiği anlaşılmaktadır. Şu halde uyumsuzluğun çözümü öncelikle savunmada bahsedilen ibranın KTK 111. maddesi uyarınca geçerli olup olmadığına açıklığa kavuşturulması ile mümkün olacaktır. Anılan düzenlemeye göre, bu kanunda öngörülen hukuki sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçersizdir. Tazminat miktarlarına ilişkin olup da yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten itibaren 2 yıl içinde iptal edilebilirler. Yasanın bu hükmünden yararlanmak için ibra belgesinin iptalinin açıkça ve ayrıca istenmesine gerek olmayıp, dava sırasında bu husus ileri sürülebileceği gibi, yapıldığı tarihten itibaren 2 yıl içinde hükümlerinin kabul edilmediğine ilişkin bir irade açıklaması da yeterlidir. Bu durumda, mahkemece, yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda, 2918 sayılı KTK'nın 111.maddesi açısından ibranamenin değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.”*

II. ARTAN MALULİYETİN TAZMİNAT HAKKI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

A. Maluliyetin Artması

Çalışmanın esas konusunu oluşturan CMK m. 253/19 kapsamında varılan bir uzlaşmanın tazminat üzerindeki etkisi olduğundan, KTK m. 111/2'nin öngördüğü düzenleme dışında dikkate alınması gereken diğer husus, artan maluliyete ilişkin Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarıdır. Yargıtay kararlarında “gelişen durum” veya “maluliyet artışı” şeklinde ifade edilen bu durum, trafik kazası sonucu oluşmuş ve bilinen yaralanmalar dışında, sonradan ortaya çıkan / gelişen ve vücut bütünlüğünü bozan arazlar neticesinde meydana gelmektedir. Yargıtay'ın birçok kararında, maluliyet oranında artış olduğu takdirde, bu durumun yeni bir olgu olduğu ve artan miktar için ayrı bir dava açılabileceği kabul edilmektedir⁴⁶. Dolayısıyla zarar görene bir tazminat ödemesi yapılmış olmasına karşın, bu tarihten sonra tazminat ödemesine esas alınan maluliyet durumunda bir artış olduğu tespit edilirse, bu maluliyet artış oranı esas alınarak yeniden hesaplama yapılması gerekmektedir.

Maluliyette bir artış olduğu iddiası teknik bir konu olup zarar gören tarafından ispat edilmesi gerekir. Dolayısıyla, zarar görenin sigorta şirketine yaptığı başvuruda veya (ödeme talebi reddedildiğinde) dava dosyasına sunacağı maluliyet raporunda, önceki maluliyet raporu değerlendirilerek maluliyetin arttığı hususunun açıkça belirtilmesi zorunludur. Uygulamada, zarar görenlerin, farklı yönetmeliklerden kaynaklanan ve farklı oranlar içeren maluliyet oranlarını gerekçe göstererek talepte buldukları görülmektedir. Ancak, maluliyetin farklı yönetmeliklere göre hesaplanması her ne kadar oranın farklı çıkmasına yol açabilmekteyse de, bu durum maluliyet artışının bulunduğunu ispata yetmeyecektir⁴⁷.

Talebin maluliyet artışına dayandırılmasına karşın, bu hususun dosya içeriğinden tam olarak tespit edilememesi halinde, yargılamayı yapan makam ara kararla davacıdan bu yönde yeni bir maluliyet raporu getirmesini isteyebilir. Bu durumda, zarar görenin tüm tıbbi belge ve raporlarının değerlendirilerek, kaza tarihinde yürürlükte bulunan yönetmelik ekindeki cetveller esas alınmak

⁴⁶ Yargıtay HGK, 12.03.2008 t., 2008/21245 E., 2008/249 K.

⁴⁷ Maluliyetin tespitine yönelik yürürlükten kalkan veya hâlihazırda yürürlükte bulunan çok sayıda Yönetmelik bulunmasına karşın, Yargıtay içtihatlarında kaza tarihinde yürürlükte olan yönetmeliğin esas alınarak tazminat hesaplaması yapılması gerektiği benimsenmiştir. Bkz. Yargıtay 17. HD., 2020/7120 E., 2021/2627 K.

kaydıyla, meydana gelen trafik kazası nedeniyle daha önceki raporlardan sonra maluliyetinde bir artış olup olmadığına; artış varsa, uyuşmazlık konusu kaza ile uygun illiyet bağının olup olmadığına; uygun illiyet bağının tespit edilmesi durumunda, maluliyet oranının kalıcı olup olmadığına karar verilmesi gerekmektedir. Artan maluliyet gerekçesiyle sigorta şirketinden tazminat talep edilebilmesi açısından en önemli husus, maluliyet artışı olduğunu ispatlayan bir raporun sunulmasıdır. Maluliyetin arttığı ispat edilemiyorsa, bu yöndeki talep kabul edilmeyecektir.

B. Maluliyet Artışının Etkisi

Yeniden tazminat talebi artan maluliyete dayanıyorsa, KTK m. 111/2 anlamında bir değerlendirme yapılmaksızın bakiye tazminat tutarının hesaplanması gerekmektedir. Başka bir deyişle, bakiye tazminat talebinin maluliyet oranındaki artışa dayanması halinde, KTK m. 111/2’de öngörülen iki yıllık hak düşürücü süre ve ödenen tazminat ile toplam zarar arasında fahiş fark bulunup bulunmadığı hususunda bir değerlendirme yapılmayacaktır. Talep maluliyet oranındaki artışa dayanıyorsa, KTK m. 111/2 anlamında bir ibra sözleşmesi mevcut bile olsa, varılan uzlaşmanın önceki maluliyet durumuna ilişkin olduğunun kabulü ve ayrıca iki yıllık hak düşürücü sürenin uygulanmaması gerekir⁴⁸.

Maluliyet artışı nedeniyle yeniden tazminat talebi genelde açılacak bir dava ile gerçekleştirilmektedir. Aynı kazaya ilişkin daha önceden verilmiş hüküm olsa da, maluliyet oranında her bir artışın yeni bir olgu olması ve yeni bir davaya konu edileceğine ilişkin yerleşmiş Yargıtay içtihatları dikkate alındığında, zarar görenin maluliyet artışı iddiasının kanıtlanması halinde artan maluliyet oranı açısından tazminat talep edebilmektedir. Ancak, yukarıda ifade edildiği gibi, bu talep açısından en önemli şart sunulan maluliyet raporunda maluliyet artışı iddiasının ispatlanmasıdır.

Maluliyet artışı ispat edilirse, daha önce aynı konuya ilişkin kesin bir hükmün bulunması tazminat talebinin yeniden dava konusu yapılmasına engel teşkil etmemektedir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK)⁴⁹ 303/1 maddesine göre, bir davaya ait şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün, diğer bir davada maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için, her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası

⁴⁸ Karş. Yargıtay 17. HD., 2014/18267 E., 2014/15490 K.

⁴⁹ RG. 4/2/2011, S. 27836.

ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir. Dolayısıyla, her iki davanın taraflarının aynı kişiler olması, yani *müddeabihin aynı olması ve dava sebebinin aynı olması durumunda*, kesin hüküm şartları yerine gelmiş olmaktadır⁵⁰. Bu tür uyuşmazlıklarda genelde davanın tarafları aynı olduğu gibi, önceki dava ile yeni davanın konuları da aynıdır⁵¹. Ayrıca, her iki dava da aynı maddi vakıalara dayanmaktadır. Kesin hüküm, aynı konuda açılan ikinci davada etkisini gösterir ve ikinci davanın reddi gerekir. Başka bir deyişle, aynı konuda yeniden bir dava açılması halinde, uyuşmazlığın daha önce kesin bir hükümle çözümlenmiş olması nedeniyle, kesin hüküm itirazı ileri sürülür⁵². HMK m. 301 anlamında, artan maluliyete ilişkin açılan davalarda kesin hükmün mevcudiyeti düşünülebilir. Fakat esasında bu davalar değişiklik davasıdır⁵³. Değişiklik davasına değişen şartlardan ve zamandan etkilenebilecek edimler konu edilmektedir. Sigorta uyuşmazlıklarında hüküm verilirken mevcut olan koşullar dikkate alınarak karar verilmektedir. Bu koşulların zaman içinde değişmesi halinde, verilen hükmün, değişen koşullar temelinde açılacak değişiklik davası aracılığıyla, tekrar gözden geçirilmesi ve yeni koşullara uygun yeni bir hükmün kurulması mümkündür⁵⁴. Dolayısıyla, kesin hükme konu teşkil eden davada davacının maluliyet oranı sonradan arttıysa ve bu husus açık bir şekilde ispat edilebiliyorsa, değişiklik davası ile artan maluliyet oranında tazminat talep edilebilir. Böyle bir durumda, kesin hüküm itirazı dinlenmeyecektir. Özellikle trafik kazalarında meydana gelen maluliyetin, kazadan sonra yapılacak tıbbi tedaviler sonucunda tamamen iyileşmesi ve maluliyetin ortadan kalkması mümkün olduğu gibi; zaman içinde oluşacak yeni komplikasyonlarla maluliyetin artması da söz konusu olabilir. Hatta kazanın etkisiyle bir organda oluşan maluliyetin zaman içinde diğer

⁵⁰ “Kesin hüküm itirazı, davanın her aşamasında ileri sürülebilir ve mahkeme de davanın her aşamasında kesin hükmün varlığını gözetip, davayı kesin hükümden (dava şartının yokluğundan) reddetmesi gerekir.” *Yargıtay 9. HD.*, 2012/1737 E., 2012/2498 K.

⁵¹ İstisnai bazı durumlarda dava konularının aynı olmaması mümkündür. Örneğin, önceki davanın konusunun sürekli iş göremezlik olmasına karşın, yeni açılan davada geçici iş göremezlik veya geçici bakıcı gideri talebinde bulunulmuş olabilir.

⁵² Ramazan Arslan / Ejder Yılmaz / Sena Taşpınar Ayvaz / Emel Hanağası, *Medeni Usul Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, s. 726-738; Baki Kuru / Burak Aydın, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt II*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, 2021, s. 1481-1506.

⁵³ Değişiklik davası için ayrıntılı bilgi için bkz. Serhat Kırtlıoğlu, *Medeni Yargılama Hukukunda Değişiklik Davası*, Adalet Yayınevi, 2014.

⁵⁴ Değişiklik davası açabilme imkânı bazı yasal düzenlemelerde öngörülmektedir. Örneğin, TBK m. 75 hükmüne göre, haksız fiil nedeniyle açılan tazminat davasında zararın sonuçlarını tayin etmek mümkün değilse hâkim, vermiş olduğu hükmü yeniden inceleyebilme yetkisini iki yıl için saklı tutabilir.

organlara sirayet etmesi halinde diğer organlarda oluşan maluliyet açısından illiyet bağının oluştuğu düşünülebilir⁵⁵. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, mevcut vakıalar ve delillere göre verilecek hükmün kesinleşmesinden sonra ortaya çıkacak maluliyetin değerlendirilmesi ve kesin hükme rağmen yeniden yargılama yapılması, gerçek zarar ilkesinin sigorta hukukundaki önemini ortaya koymaktadır. Nitekim Yargıtay'ın yerleşik içtihadı da bu yöndedir⁵⁶. Ayrıca,

⁵⁵ “Dava dilekçesinde, ameliyattan sonra davacıda davranış bozukluğu başladığı ve arttığı, çeşitli tarihlerde akıl hastanesinde tedavi gördüğü, psikoz durumunun arttığı ve vesayet altına alındığı, davayı da vasisinin açtığı anlatılmaktadır. Trafik kazası itibarıyla ceza zamanasını süresi beş yıldır. Zararın gelişme gösterdiği durumlarda zamanaşımının başlangıcı olarak zararın geliştiği günün, sona erdiği günün, gelişen durumun öğrenildiği günün önemi vardır. Gelişen durum sürdükçe zamanaşımı işlemesi söz konusu olmaz. Zira zararın giderek artması söz konusudur. Somut olayda Adli Tıp Kurumu'nun raporunda; davacıda trafik kazası travması sonrasında gelişmiş ağır psikiyatrik bozukluk bulunduğu ve %100 oranında işgücü kaybı mevcut olduğu ve bu sakatlık durumunun trafik kazasıyla uygun illiyet bağı içinde olduğu belirtilmektedir. Bu rapor gözetildiğinde gelişen tıbbi zarar bulduğundan sakatlık oranının (zarar miktarının) raporu öğrenme ile iki yıllık zamanaşımı süresinin (KTK 109/2) başlatılması gerekmektedir. Bu durumda ise zamanaşımının dava gününde dolmadığı belirgindir. İşin esası incelenerek varılacak uygun sonuç çevresinde bir karar verilmesi gerekirken mahkemece gelişen zarar bulunduğu gözetilmeksizin zamanaşımı nedeniyle davanın reddedilmesi bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 4.HD., 19.06.2006 t., 2005/9285 E., 2006/7428 K.

⁵⁶ Yargıtay'ın bu yöndeki çok sayıda kararından örnek olarak alınan iki tanesi şu şekildedir: “Maluliyetin sonradan artması halinde, yeni bir dava ile artan zararı karşılayacak miktarda maddi ve manevi tazminat istenebilir. Davacı, davalının işyerinde 20.2.1969 tarihinde iş kazasına maruz kalarak beden gücünde % 15 oranında kayba uğramış ve açtığı davada bu malullük oranına göre maddi ve manevi tazminat mahkemedem istemiş, isteğine göre hakkını almıştır. Bundan sonra ikinci davasıyla maluliyet derecesinin. % 15'ten % 29,2 ye yükseldiğini bildirerek bu yükselen maluliyet derecesine göre tazminat takdirini istemiş bulunmaktadır. Davacının önceki davasında belli olan duruma göre, ilerdeki gelişmeleri saklı tutmaksızın tazminat talep etmiş olması, ilerdeki gelişmelere dayanarak yeni bir dava ile artan zararı karşılayacak miktarda tazminat istemesini engelleyen bir kesin hüküm söz konusu olamaz. O halde davacının tazminat isteğini kapsayan iddiası için deliller toplanarak incelenmeli ve varılacak sonuç uyarınca bir karar verilmelidir. Mahkemece bu yön göz önünde tutulmaksızın davanın reddi usul ve yasaya aykırıdır.” Yargıtay 9. HD., 15.01.1974 t., 73/1607 E., 74/1271 K.

“Beden gücü kayıp oranındaki her artış ayrı bir maddi olgudur. Önceki işgöremezlikten bağımsız olarak tazmini gerekir. Öyle ki, zarar görenin, önceki davada hakkını saklı tutmamış olması, gelecekteki gelişmelere dayanarak yeni bir dava ile artan zararını istemesini engelleyen bir kesin hüküm kabul edilemez. Davacı vekili tarafından, davalıya karşı açılan davada, artan maluliyet nedeniyle ek tazminat istenmesi üzerine yapılan yargılama sonunda, mahkemece davanın reddine ilişkin kararın Yargıtayca incelenmesi sonucu gereği görüldü: Davacı, davalı şirkette staj sözleşmesi gereği çalışırken, sağ el ve kolu matkap tezgahı tarafından sarıldığını, %15.2 oranında kalıcı işgöremez durumuna düştüğünü, %5.1 oranı karşılığı maddi tazminatın ilk dosyada kesinleştiğini; bu davada ise %10.1 fark işgöremezlik karşılığı maddi tazminat isteğinde bulunduğunu açıklamıştır. Mahkemece, %15.2 oranında raporun davalı idarenin itirazı üzerine verilen rapor olduğu, davacının %5.1 oranını göste-

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararında maluliyet artışının bulunması halinde kesin hüküm nedeniyle davanın reddedilemeyeceğini ve maluliyeti gösteren ilk rapor tarihinin zamanaşımı süresinin başlangıcı olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir⁵⁷.

Maluliyet oranında artışın yeniden dava açılmasına imkân vermesi ve bu aşamada kesin hüküm itirazının kabul edilmemesine ilişkin Yargıtay kararları yerindedir. Bazı hallerde, trafik kazası sonucu yaralanan kişiler, kazadan kaynaklanan zararın kapsam ve miktarını hemen ve tam bir açıklıkla *öğrenebilirler*. Kazadan sonra alınan maluliyet raporu maluliyet durumunun sürekli olduğunu ve oranını belirleyebilir. Bu hallerde, zarar gören, uğradığı zararın varlığını, zarar verenin kim olduğunu, kapsam ve miktarını öğrendiği andan itibaren, zarar verenden veya onun sorumluluğunu üstlenenlerden yasal zamanaşımı süresi içinde tazminat talep edebilir. Ancak, ortaya çıkan zararın kazadan hemen sonra alınacak bir raporla tespit edilememesi de mümkündür. Zira maluliyet durumu sonradan değişip artabilir. Dolayısıyla, zararı doğuran

ren rapora itirazı olmadığı gerekçesiyle isteği red etmiştir. Kural olarak, beden gücü kayıp oranındaki her artış ayrı bir maddi olgudur. Önceki işgöremezlikten bağımsız olarak tazmini gerekir. Öyle ki, zarar görenin, ilerdeki gelişmeleri saklı tutmaksızın tazminat istemiş olması, gelecekteki gelişmelere dayanarak yeni bir dava ile artan zararı karşılayacak miktarda tazminat isteğini engelleyen bir kesin hüküm kabul edilemez. Somut olayda davacının, Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu'nun 01.05.1995 günlü raporunda işgöremezlik oranı %5.1 olarak belirlenmiştir: Davacı anılan oranın karşılığı olan maddi tazminatı almıştır. Davacının zaman içerisinde işgöremezliği, Adli Tıp Kurumu 3.İhtisas Kurulu'nun 13.11.1996 günlü raporuna göre %15.2'ye yükselmiştir. Şu durumda işgöremezlikteki %10.1 fark için maddi tazminat isteği haklıdır. Çünkü önceki dava kesin hüküm oluşturmaz. Her bir artış ayrı bir maddi olgudur. Davalı şirket işgöremezlik farkı için hesap edilecek maddi tazminatı ödemekle yükümlü tutulmalıdır. Mahkemece anılan yönler üzerinde durulmaksızın davanın reddedilmiş olması bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 4. HD., 29.06.2000 t., 2000/4141 E., 2000/6380 K.

⁵⁷ Yargıtay HGK, 15.11.2000 t., 2000/211609 E., 2000/1699 K.; Yargıtay 4. HD., 15.11.2001 t., 2001/6413 E., 2001/11160 K.: “*beden zararında gelişen durumun tamamlanmasından sonra, işgücü kayıp oranı Adli Tıp Kurumu'ndan alınacak raporla kesin belli olacağından zamanaşımından söz edilemez. Dava, trafik kazasından kaynaklanan yaralanma nedeniyle tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece istem 2 yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu gerekçesiyle reddedilmiş, karar davacı tarafından temyiz edilmiştir. Davaya konu olan trafik kazası 06.10.1994 tarihinde olmuştur. Davacının mevcut yaralanması sonucu 20.4.1995 tarihine kadar tedavilerinin Marmara Üniversitesi Tıp Fakültesinde devam ettiği, daha sonra 14.11.1996 tarihi itibarıyla daimi işgücü kaybının belirlenmesine ilişkin Gebze Devlet Hastanesinin raporuna itibar edilmediği, bunun üzerine Adli Tıp Kurumunun 26.04.2000 tarihli raporu ile maluliyet oranının belirlendiği ve davanın 1 yıl içinde 06.10.2000 tarihinde açıldığı dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, olayda gelişen durum olduğundan davacı zararını bilmediğinden ve bilebilecek durumda olmadığından zamanaşımından söz edilemez. Anılan yön gözetilmeden yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.”*

eylem veya işlemin doğurduğu sonuçlarda bir değişiklik ortaya çıkıyor ise, bu gelişen durumun zararın nitelik ve kapsamı üzerindeki etkileri dikkate alınarak yeni bir tazminat talep hakkının doğduğu kabul edilmelidir⁵⁸.

III. UZLAŞMANIN TAZMİNAT HAKKI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

A. Uzlaşma Kavramı

5271 sayılı CMK 253. maddesi uzlaşma kurumunu düzenlemektedir⁵⁹. Uzlaştırma özellikle son yıllarda Türkiye’de yaygınlaştırmaya çalışılan alternatif uyuşmazlık yöntemlerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Uzlaştırmada, yargı dışı onarıcı adalet⁶⁰ anlayışıyla hareket edilerek; şüpheli, sanık, mağdur veya suçtan zarar görenler aralarındaki uyuşmazlığı çözme yoluna gidilmektedir⁶¹. Yargı organlarının gözetim ve denetimi altında ve bir uzlaştırmacının katılımıyla gerçekleştirilen bu faaliyet sonucunda, taraflar arasında uyuşmazlık çözüme kavuşturulmakta; bir yandan zarar görenin zararının giderilmesi, diğer yandan şüpheli veya sanıkların ceza almaktan kurtulması söz konusu olmaktadır. Böylece yargının yükü de hafiflemiş olacaktır.

CMK’nın ilgili hükümleri dikkate alındığında, uzlaşmanın yapılabilmesi için, uzlaşma kapsamına giren bir suçun varlığı, suçun işlendiğine dair yeterli

⁵⁸ Yargıtay faizin başlangıç tarihi açısından da artan maluliyet tarihinin esas alınması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Yargıtay 21. HD., 21.11.2005 t., 2005/8005 E., 2005/11799 K. Trafik kazaları açısından özel kanun olan KTK temerrüt tarihini ayrıca düzenlemiştir. Buna göre, sigortacılar, hak sahibinin zorunlu mali sorumluluk sigortası genel şartlarıyla belirlenen belgeleri, sigortacının merkez veya kuruluşlarından birine ilettiği tarihten itibaren sekiz iş günü içinde zorunlu mali sorumluluk sigortası sınırları içinde kalan miktarları hak sahibine ödemek zorundadırlar. Bkz. KTK m. 99. Dolayısıyla artan maluliyet açısından başvuru yapıldığında da bu hüküm dikkate alınarak faiz tarihinin belirlenmesi gerekir.

⁵⁹ 24.11.2016 t. ve 6763 sayılı Kanun’un 34. maddesi ile Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 253. maddesinde uzlaşma olarak yer alan başlık uzlaştırma olarak değiştirilmiştir. Bu kanun ile uzlaştırmanın kapsamı genişletilmiş daha önce uzlaştırma kapsamında olmayan bazı suçlarda uzlaştırma kapsamına alınmıştır.

⁶⁰ Onarıcı adalet kavramı için bkz. Arzu Aşçı, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Kurumuna Kısa Bir Bakış”, *İzmir Barosu Dergisi*, 83(1), 2018, s. 90.

⁶¹ Her ne kadar uzlaştırma kurumu soruşturma aşamasında başvurulacak bir yöntem olsa da, CMK m. 254 hükmüne göre, kovuşturma aşamasında da bu yönteme başvurulması gerekebilir. Maddeye göre, kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde, kovuşturma dosyası, uzlaştırma işlemlerinin 253. maddede belirtilen esas ve usule göre yerine getirilmesi için uzlaştırma bürosuna gönderilir. Aynı şekilde Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği’nin (05.08.2017 tarihli ve 30145 sayılı RG) 4. Bölümünün başlığı da Kovuşturma Evresinde Uzlaştırmadır. Yönetmelikte de bu hususa ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır.

şüphenin bulunması, fail ve mağdurun özgür iradeleri ile bir edim üzerinde anlaşmaya varmaları ve bu edimin yerine getirilmiş olması gerekmektedir⁶². CMK m. 253/15 hükmüne göre, uzlaşma müzakereleri sonunda uzlaştırmacı⁶³, bir rapor hazırlayarak kendisine verilen belge örnekleriyle birlikte uzlaştırma bürosuna teslim eder. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, tarafların imzalarını da içeren raporda, ne suretle uzlaşıldığı ayrıntılı olarak açıklanır. Uzlaştırma bürosu soruşturma dosyasını, raporu ve varsa yazılı anlaşmayı Cumhuriyet savcısına gönderir. Maddenin 17. fıkrasına göre, cumhuriyet savcısı, uzlaşmanın, tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka uygun olduğunu belirlerse raporu veya belgeyi mühür ve imza altına alarak soruşturma dosyasında muhafaza eder.

Uzlaştırma kurumunun Türk hukukunda kabul edilmesi, onarıcı adalet anlayışı açısından büyük önem arz etmekte, sosyal barışın sağlanması, yargı yükünün hafifletilmesi gibi çok önemli faydaları bulunmaktadır. Ancak, özellikle bu makalenin konusunu ilgilendiren mağdurun tazminat hakkı üzerindeki etkileri olumsuz olarak değerlendirilmelidir.

Sigorta davaları açısından, uzlaşma ile şikâyetten vazgeçme kavramları da sıklıkla karıştırılmaktadır. Sigorta şirketleri, davaya cevap dilekçesinde, trafik kazası nedeniyle yapılan ceza soruşturmasında zarar görenin şikâyetten vazgeçtiğini⁶⁴, bu yüzden tazminat talep edilemeyeceğini ileri sürmektedirler. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)⁶⁵ m. 73/7 hükmüne göre, kamu davasının düşmesi, suçtan zarar gören kişinin şikâyetten vazgeçmiş olmasından ileri gelmiş ve vazgeçtiği sırada şahsi haklarından da vazgeçtiğini ayrıca açıklamış ise artık hukuk mahkemesinde dava açamaz. Ancak, madde hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere, şikâyetten vazgeçme şikâyete bağlı suçlarda sadece kamu davasını düşürmektedir. Şikâyetten vazgeçmenin tazminat hakkına etki edebilmesi için ayrıca şahsi haklarından da vazgeçtiği hususunda açık bir

⁶² Aşçı, s. 91.

⁶³ Uzlaştırmacı olarak görev yapacak kişilerin hukukçu olmak zorunda olmadıkları CMK m. 253/24 hükmünden anlaşılmaktadır. Fıkranın ikinci cümlesinde, uzlaştırmacılar, avukatların veya hukuk öğrenimi görmüş kişilerin yer aldığı, Adalet Bakanlığı tarafından belirlenen uzlaştırmacı listelerinden görevlendirilir, ifadesine yer verilmektedir. Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği 47 vd. maddelerinde de, uzlaştırmacı sicili, eğitim, sınav ve denetimine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır.

⁶⁴ TCK m. 73/1 hükmüne göre, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikâyette bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz.

⁶⁵ RG. 12/10/2004, S. 25611.

beyanın bulunması gerekmektedir⁶⁶.

B. Uzlaşmanın Etkisi

1. CMK m. 253/19 Hükümü

CMK m. 253/19 hükmünün beşinci cümlesine göre, uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. Kanunun lafzı dikkate alındığında, uzlaşmanın tazminat davası açılmasına engel olduğu görülmektedir. Ancak, kanun koyucunun iradesinin bilinçli olarak ortaya konup konmadığı ve sonuçlarının öngörülüp öngörülmediği konusunda şüphe duyulmalıdır.

Öncelikle CMK m. 253/1’de sayılan uzlaştırma kapsamındaki suçlar göz önünde tutularak bir değerlendirme yapılabilir. Bu hükme göre, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar ile şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, TCK’da yer alan; kasten yaralama, taksirle yaralama, tehdit, konut dokunulmazlığının ihlali, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali, hırsızlık, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması, ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçlarında şüpheli, sanık, suça sürüklenen çocuk ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişininin uzlaştırılması girişiminde bulunulacaktır.

CMK m. 253/1’de öngörülen uzlaştırma kapsamındaki suçlar dikkate alındığında, bunların önemli ölçüde iki kişi arasında geçen taraflardan birinin

⁶⁶ “Haksız fiil tarihinde yürürlükte bulunan 5237 Sayılı TCK 73/7 maddesinde “kamu davasının düşmesinin, suçtan zarar gören kişinin şikâyetten vazgeçmiş olmasından ileri gelmesi ve vazgeçtiği sırada şahsi haklarından da vazgeçtiğini ayrıca açıklamış olması durumunda artık Hukuk Mahkemesinde dava açamayacağı” düzenlenmiştir. Görülüyor ki, zarar görenin hukuk davası dışında vazgeçmesinin hukuki sonuç doğurabilmesi için kamu davası açıldıktan sonra hâkim karşısında şikâyetten vazgeçmiş olması ile birlikte ayrıca şahsi haklarından da vazgeçtiğini açıklamış olması gereklidir. Somut uyuşmazlıkta; hazırlık soruşturmasında davacı, 09.12.2009 tarihli dilekçesi ile şikâyetçi olmadığını, şüpheliden maddi ve manevi tazminat talebinin bulunmadığını bildirmiş, aynı tarihli Cumhuriyet Başsavcılığınca alınan ifadesinde de şikâyetten vazgeçtiğini beyan etmiş, soruşturma sonucu, şikâyetçinin şikâyetinden vazgeçmesi sebebiyle kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiştir. Davacının hâkim karşısında şikâyetten ve şahsi haklarından vazgeçtiğine dair bir beyanı mevcut olmadığından uyuşmazlıkta 5237 Sayılı Kanun’un 73/7 maddesi hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Bu halde davalı ... yönünden davanın esasına girilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yanlıgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmediğinden...hükümün davacı yararına bozulmasına” Yargıtay 17. HD., 2014/3769 E., 2015/8945 K.

mağdur, diğerinin zarar veren konumunda oldukları ve bu iki tarafın uzlaştırma kurumu aracılığıyla karşı karşıya getirilmek suretiyle onarıcı adalet anlayışı ile uzlaştırıldıkları, böylece sosyal barışın sağlandığı, aynı zamanda yargı yükü hafifletilerek uzun sürecek ceza davalarının açılmasına engel bulunduğu söylenebilir. Örneğin, konut dokunulmazlığı ihlal edilen ile eden arasında bir uzlaştırma sağlandığında olaydan mağdur olan kişinin özgür iradesi devreye girerek olayın faili olan şüphelinin ceza alması önlenmiş olur ve bu uzlaştırma kapsamında ayrıca bir edim öngörülerek mağdurun zararı da giderilebilir.

Şikâyete bağlı ya da şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın CMK m. 253/1'de öngörülen suçlar açısından uzlaştırma yapılırken, zarar ve bu zarardan sorumlu olacak kişi ya da kişilerin belli olduğu; dolayısıyla, uzlaşma iradesi ortaya konarken uğranılan zararın miktarı dikkate alınarak talep edilecek edimin belirlenebileceği söylenebilir. Buna karşılık CMK m. 253/1'de öngörülen bazı suçlar açısından, tazminat sorumlusu sadece zararı veren kişi olmadığı gibi, suç tarihinden kısa bir süre sonra gerçekleştirilecek uzlaştırma görüşmeleri esnasında zararın niteliğinin, miktarının bilinmesi de mümkün olmayabilir. Özellikle sigorta hukuku temelinde, sigortalı araç sürücüsünün taksirle yaralama suçunu oluşturan davranışından dolayı, zarar görene karşı tazminattan sorumlu tutulan kişi, sadece suçu işleyen şüpheli değildir. Şüpheliyle birlikte, işleyen ve sigorta şirketinin de tazminat sorumluluğu doğar. Aynı şekilde bu tür trafik kazaları sonucunda meydana gelen zararın niteliği ve miktarı uzlaşma görüşmeleri yapılırken henüz belli değildir. CMK m. 253/19 hükmünün uygulanmasının anlamı, suçtan mağdur olan kişinin henüz zararının niteliğini ve miktarını öğrenmeden, olayın faili olan araç sürücüsü ile yaptığı uzlaşma neticesinde diğer müteselsil borçluların, bu bağlamda sigorta şirketinin de sorumluluğunu sona erdirmesidir.

CMK m. 253/19 hükmünün, mağdurun henüz tazminat hakkının doğmadığı bir dönemde bundan vazgeçmesi anlamına gelecek şekilde yorumlanması, her şeyden önce, kaynağını 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)⁶⁷ m. 23'den alan, doğmayan haktan feragat olmaz ilkesi⁶⁸ ile uyumlu olmayacaktır. Başka bir deyişle, bir haktan vazgeçebilmek için ortada

⁶⁷ RG. 8/12/2001, S. 24607.

⁶⁸ Yargıtay HGK, 27.11.2013 t., 2013/8185 E., 2013/1601 K: “Söz konusu madde medeni haklardan yararlanma ve aynı zamanda medeni hakları kullanmaktan feragat etmeyi yasaklamıştır. Henüz doğmamış haklar gerek iç hukuk ve gerekse evrensel hukuk kurallarına göre medeni hak niteliğinde olduğu veya oldukları kabul edilmektedir.”; YİBHKGK, 23.05.1966 t., 1966/3 E., 1966/5 K.; Yargıtay HGK, 31.03.1993 t., 1992/16759 E., 1993/132 K.; Yargıtay 11. HD., 14.10.1997 t., 1997/4264 E., 1997/7002 K.

vazgeçilebilmesi mümkün bir hak bulunmalıdır⁶⁹. Tüm bu hususlar göz önünde tutulduğunda, uzlaşmanın tazminat hakkını ortadan kaldıran CMK m. 253/19 hükmünün, toptancı bir anlayışla ve suç konusu olan fiillerin özellikleri dikkate alınmaksızın düzenlendiği sonucuna varılmalıdır.

2. Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay kararları incelendiğinde, genel olarak CMK m. 253/19 hükmünün lafzının dikkate alındığı ve uzlaşma olması halinde sigorta şirketine karşı dava açılmayacağına ilişkin kararlar verildiği görülmektedir. Bu yönde çok sayıda Yargıtay kararı bulunmaktadır. Örneğin, Yargıtay'ın bir kararında, “*Kanun maddesinin 253/19. bendine göre uzlaşmanın sağlanması halinde soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz, açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. Bu yasal düzenleme ışığında da uzlaşma raporu düzenlenmekle davalının tazminat davası açma hakkı bulunmamaktadır. Uzlaşma raporu da ilam mahiyetinde olacağından aksinin aynı kuvvetteki belge ile ispatlanması gerekir. Tüm bu nedenlerle uzlaşma raporu ilam mahiyetinde olduğundan ve uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmayacağından açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken*” denilmektedir⁷⁰.

Benzer yöndeki başka bir kararda, “*Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 253. maddesi kapsamında, uzlaştırma faaliyetlerinde bulunmuş olup, taraflar maddi ve manevi konularda uzlaşarak şikâyetlerinden vazgeçmiş ve 20/12/2013 tarihinde uzlaştırma tutanağını imzalamışlardır. Bu durumda, davacının dava açmakta hukuki yararı bulunmadığından davanın reddi gerekirken...*” şeklinde hüküm kurulmuştur⁷¹.

Başka bir Yargıtay kararında ise “*...davacının karşı araç sürücüsü ... ile uzlaştığı anlaşıldığından, Ceza Muhakemeleri Kanunu 253/19. maddesine göre davacının artık karşı araçla ilgili sorumlulara karşı tazminat davası açma hakkı bulunmamaktadır.*” sonucuna varılmaktadır⁷².

Bazı Yargıtay kararlarında ise, CMK m. 253/19 anlamında uzlaşmaya rağmen sigorta şirketine karşı tazminat davası açılabilmesi için uzlaştırma

⁶⁹ Karş. Eray Aksın Atar, “Nafakadan Feragat”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Dergisi*, 22(3), 2016, s. 252-253.

⁷⁰ Yargıtay 17. HD., 26.03.2019 t., 2016/13482 E., 2019/361 K.

⁷¹ Yargıtay 17. HD., 07.05.2019 t., 2016/14555 E., 2019/5623 K.

⁷² Yargıtay 17. HD., 04.02.2020 t., 2018/3250 E., 2020/677 K.

tutanağında bu hususa ilişkin açıkça şerh konmuş olması gerektiği belirtilmektedir. Örneğin bir Yargıtay kararında, “...Mahkemece, toplanan deliller ve tüm dosya kapsamına göre, davacı tarafın ceza dosyasında uzlaşma protokolü ile dava dışı işleteni ibra etmesi karşısında, işletenin hukuki sorumluluğunu üstlenen davalı ... şirketi hakkında da dava açılmayacağından bahisle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, trafik kazasından kaynaklanan bakıcı (tedavi) giderine ilişkindir. Davaya konu trafik kazasıyla ilgili olarak 21.04.2009 tarihli uzlaşma protokolüyle ceza davası ile davacı mağdur yaya ..., annesi ... ve babası ...'ın sigortalı işleten ... ve sürücü ... aleyhine açmış oldukları maddi ve manevi tazminat davasından feragat etmek şartıyla ve zorunlu trafik sigorta şirketinden talep edilebilecek maddi tazminat hakları saklı tutulmak suretiyle davacı mağdur yaya ..., annesi ..., babası ..., sigortalı işleten ... ve sürücü sanık Emrah 30.000 TL karşılığında uzlaşmış, ceza davasında taksirle yaralama suçundan uzlaşma sebebiyle davanın düşürülmesine, hukuk davasında feragat sebebiyle davanın reddine karar verilmiştir. İşbu dava 25/12/2013 tarihinde mağdur yaya ... tarafından bakıcı (tedavi) gideri talepli olarak kazaya karışan aracın zorunlu trafik sigortacısına karşı açılmıştır. Her ne kadar mahkemece davacının dava dışı işleteni ibra etmesi karşısında, işletenin hukuki sorumluluğunu üstlenen davalı ... şirketi hakkında da dava açılmayacağından bahisle davanın reddine karar verilmiş ise de 21.04.2009 tarihli uzlaşma protokolüne göre davacı ... ile anne ve babasının sigortalı işletenden ve sürücüden 30.000 TL tahsil ettiği, aynı protokol ile davacının sigortalı işletenin zorunlu trafik sigortacısına dava açma hakkını saklı tuttuğu görülmektedir. Bu durumda davacının zararının tamamen giderildiği düşünülemez.

Davacının zararı tamamen giderilerek kaza sebebiyle bir ibralaşma yapılmadığından ve yapılan anlaşma sigorta şirketinin işletene rücu olmadığı için sigorta şirketinin durumunu ağırlaştırmaması sebebiyle ancak ödeme miktarı kadar sigorta şirketini sorumluluktan kurtaracağından, zarar görenin bakiye zararını sigorta şirketinden talep edebileceği anlaşıldığından, mahkemece taraf delilleri toplanarak sonucuna göre karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.” sonucuna varılmıştır⁷³.

⁷³ Yargıtay 17. HD., 17.01.2017 t., 2015/17658 E., 2017/190 K. Sigorta şirketine karşı hakların saklı tutulması halinde uzlaşmaya rağmen dava açılacağına ilişkin çok sayıda BAM

Sigorta uygulamasında CMK m. 253/19 hükmünün genel olarak bedensel zararlara ilişkin olarak sigorta şirketine karşı açılan davalar ile ilgili olduğu görülmekle beraber, bazı Yargıtay kararlarında uzlaşmanın araç hasarına etkisinin de tartışıldığı görülmektedir. Esasında kasıtlı olmadıkça araç hasarına sebebiyet vermek CMK m. 253/1 kapsamında uzlaştırmaya konu olabilecek bir husus değildir. Trafik kazalarında taksir söz konusu olduğundan motorlu araçta meydana gelen hasarın uzlaşma kapsamında değerlendirilmemesi gerekir. Hal böyle olmakla birlikte, uzlaştırma neticesinde ödenen bedelin araç hasarını kapsayıp kapsamadığı yargıda tartışılmıştır. Yargıtay bir kararında, *“Dava, kasko sigorta poliçesine dayalı başlatılan icra takibine itirazın iptali istemine ilişkindir...Antalya Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2012/50443 Soruşturma sayılı dosyasında davaya konu trafik kazasıyla ilgili olarak davacıya kasko sigortalı aracın sürücüsü müşteki sanık ..., yolcusu müşteki ... ile davalının maliki olduğu aracın sürücüsü şüpheli ... arasında şüpheli ...'nun müştekilere 3.000 TL ödemesi sonucu 28.11.2012 tarihinde uzlaşma tutanağı imzalanmış, 28.11.2012 tarihinde şüpheli ... hakkında taksirle birden fazla kişinin yaralanmasına neden olma suçundan 28.11.2012 tarihli uzlaştırma raporu sebebiyle kovuşturma yapılmasına yer olmadığına, sanık ... hakkında*

ve Yargıtay kararı bulunmaktadır. Örneğin İstanbul BAM 9. HD., 10.12.2020 t., 2020/1361 E., 2020/4086 K.: *“Somut olayda trafik kazası 05/01/2012 tarihinde, davacının yolcu olarak bulunduğu ...'ün sevk ve idaresindeki ... plakalı motosiklet ile sürücüsü ... olan ... plakalı araca çarpışması sonucu meydana gelmiştir. Yaralanmalı trafik kazası nedeniyle Erdemli Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen 2012/740 sayılı soruşturma dosyası ile müştekinin ..., müşteki/şüphelinin ... ve şüphelinin ... olduğu kovuşturmaya başlanmış, uzlaşma faaliyetleri devamında 23/04/2012 tarihinde uzlaşma tutanağı düzenlenmiştir. ..., ... ve ... ile uzlaştırmacının imzalarını içeren tutanakta ..., “Şüphelilerden hiçbir talebim yoktur, dava ve şikâyetim de yoktur. Bu şekilde uzlaşmayı kabul ediyorum” şeklinde beyanda bulunmuştur. Devamla, Erdemli Cumhuriyet Başsavcılığınca 23/04/2012 tarihli uzlaştırma raporunda tarafların uzlaştıkları anlaşılma 08/05/2012 tarihinde 2012/1126 Karar sayılı kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiştir. Açıklanan yasal düzenleme ışığında da uzlaşma raporunu düzenlenmekle davalının tazminat davası açma hakkı bulunmamaktadır. Uzlaşma tutanağında işletenin hukuki sorumluluğunu üstlenen sigortacı yönünden de haklar saklı tutulmamıştır. Uzlaşma raporu ilam mahiyetinde olacağından aksinin aynı kuvvetteki belge ile ispatlanması gerekir. Tüm bu nedenlerle uzlaşma raporu ilam mahiyetinde olduğundan ve uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle işletenin hukuki sorumluluğunu üstlenen davalı ... Hesabına karşı da tazminat davası açılmayacağından açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken yanılığılı değerlendirmeye davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır.”*

Yargıtay'ın bir kararında da, *“Bölge Adliye Mahkemesi'nce verilen '...davacının ceza soruşturmasındaki 17.12.2015 tarihli uzlaşma protokolü ile dava dışı işleteni ibra ettiği ve işletenin hukuki sorumluluğunu üstlenen davalı zorunlu mali sorumluluk sigortacısı yönünden haklarını saklı tutmadığı gerekçesiyle, usul ve yasaya uygun bulunan ilk derece mahkemesi kararına karşı yapılan istinaf başvurusunun esastan reddi' kararının onanmasına.”* karar verilmiştir. Yargıtay 17. HD., 27.01.2020 t., 2018/4696 E., 2020/39 K.

şikayet yokluğundan taksirle yaralama suçundan kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilmiştir. Mahkemece Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 28/11/2012 tarihli tutanağında tarafından ... ve ...'a yapılan 3000 TL ödeme hükme esas alınan bilirkişi raporunda belirtilen tazminat tutarından mahsup edilmek suretiyle takibin 7.778,25 TL asıl alacak ve takip tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte devamına hükmedilmiştir. Oysaki soruşturma dosyasında yer alan uzlaştırma raporunda davalı araç sürücüsü tarafından yapılan ödemenin davacıya kasko sigortalı araçtaki hasara dair olduğuna dair bir açıklama yer almadığı gibi, uzlaştırma konusu suç taksirle yaralama suçu olup yapılan ödeme ile tarafların uzlaşması sonucunda davalı araç sürücüsü hakkında taksirle yaralama suçundan kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilmiştir. Dolayısıyla davacıya sigortalı araçtaki hasara yönelik yapılmadığı anlaşılan 3.000 TL ödeme mahsup edilmek suretiyle davacı aleyhine eksik tazminata hükmedilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.” değerlendirmesi yapmıştır⁷⁴.

Yargıtay kararı dikkate alındığında, yaralamalı trafik kazasına bağlı olarak yapılan uzlaştırmada, uzlaştırmının araçtaki hasarı da kapsadığını açıkça belirtmedikleri sürece, zarar görenin sigorta şirketine karşı olan tazminat davası açma hakkı devam edecektir⁷⁵. Ancak, yukarıda ifade edildiği üzere, uzlaştırmının taksirle yaralama suçuna ilişkin olarak yapıldığı ve genelde sadece bedensel zararlara ilişkin olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

3. CMK m. 253/19'un Sigorta Hukuku İlkeleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi

a. Taksirle yaralama suçunda hukuki sorumluluğun birden fazla kişide olması

KTK'nın 85/1 ve 91. maddeleri dikkate alındığında, karayollarında bir

⁷⁴ Yargıtay 17. HD., 16.05.2016 t., 2015/18566 E., 2016/5982 K.

⁷⁵ Yargıtay'ın, “Soruşturma dosyasında yer alan uzlaştırma raporunda davalı ...'in oğlu olan araç sürücüsü tarafından davacı sürücüye yapılan ödemenin davacıya ait araçtaki hasara dair olduğuna dair bir açıklama yer almadığı gibi, uzlaştırma konusu suç taksirle yaralama suçu olup yapılan ödeme ile tarafların uzlaşması sonucunda davacı sürücü ve davalı ...'in oğlu olan araç sürücüsü hakkında taksirle yaralama suçlarından kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilmiştir. Dolayısıyla davacıya aracındaki hasara yönelik yapılmadığı anlaşılan 2.000,00 TL ödeme mahsup edilmek suretiyle mahkemece davacı aleyhine eksik tazminata hükmedilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.” şeklindeki değerlendirmesi yerindedir. Bkz. Yargıtay 17. HD., 27.09.2016 t., 2016/4081 E. Şüphesiz ki bedensel zarar için yapılan ödemenin araç hasarına ilişkin tazminattan tenzil edilmesi düşünülemez.

aracın işletilmesi sonucu bir kişinin maddi veya manevi bir zarara uğraması halinde bu zarara sebebiyet verenlerin sorumluluğunun üstlenilmesini sağlamak amacıyla sigorta yaptırılması zorunludur. Böylece, trafik kazasından dolayı meydana gelen zarara ilişkin olarak hem işleten⁷⁶ -araç sürücüsü ile işletenin farklı olması halinde- hem araç sürücüsü hem de sigorta şirketinin sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Zarardan sorumlu olan bu kişiler açısından müteselsil sorumluluk bulunduğundan, zarar gören kişi, TBK m. 163 hükmü gereği, borcun tamamının veya bir kısmının ifasını dilerse borçluların hepsinden dilerse yalnız birinden isteyebilir.

Zarar verenlerin birden fazla olması halinde sorumluluğu düzenleyen KTK m. 88 hükmüne göre, bir motorlu aracın katıldığı bir kazada, bir üçüncü kişinin uğradığı zarardan dolayı, birden fazla kişi tazminatla yükümlü bulunuyorsa, bunlar müteselsil olarak sorumlu tutulur. Aynı hükmün ikinci fıkrasında ise, “birden fazla kişinin sorumlu olduğu durumlarda, bunlar arasındaki ilişki bakımından zarar, olayın bütün şartları değerlendirilerek paylaşılır. Özel durumlar ve özellikle araçların işletme tehlikeleri, zararın iç ilişkide başka türlü paylaşılmasını haklı göstermedikçe, işletenler ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahipleri kusurları oranında zarara katlanırlar”, demektedir. KTK m. 88 hükmünün birinci ve ikinci fıkrası birlikte değerlendirildiğinde, trafik kazasından zarar görenler, tüm sorumlulara veya sorumluların birine ya da birkaçına (kazaya karışan araçların işletenlerine, sürücülerine ve trafik sigortacılarına) karşı açtıkları davada, mahkemece hükmedilecek tazminat tutarlarının tamamını, sorumluların birinden isteyebilecekleri gibi, hepsinden de talep edebilirler. Tazminatın tamamını ödeyen işleten veya sigortacı, kusuru oranında, kazaya karışan diğer kişilere rücu eder. Dolayısıyla, kazaya karışan araçların sigorta şirketlerinden biri, ortaklaşa ve zincirleme sorumluluk gereği, sigortalı araç sürücüsünün kusur oranına bakılmaksızın, poliçe limitini aşmamak üzere zarar görenlere tam ödeme yapmışsa, kusuru oranında diğer kişilere rücu edecektir. Yargıtay kararlarında, tazminatın tamamının ilgililerin birinden talep edilebileceği ve daha sonra bunların birbirine rücu edebilecekleri kabul edilmektedir⁷⁷.

⁷⁶ Fikret Eren, “Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 39 (1), 1987, s. 175-182.

⁷⁷ “*Dava trafik kazasından kaynaklanan maddi tazminat davasıdır. Trafik kazasında birden çok kişinin sorumluluğu söz konusu olabilir; işletici, sürücü, sigortacı, yaya gibi. Karayolları Trafik Kanunu'nun 88. maddesinde aynı zarardan sorumlu olan kişilerin müteselsilen sorumlu olacakları kabul edilmiştir. Müteselsil sorumlulukta BK. 142. m. uyarınca zarar gö-*

Kanun koyucunun uzlaştırmanın tazminat sorumluluğunu da sona erdiren düzenlemesinde, trafik kazasında zarar gören kişinin tazminat davası açabileceği birden fazla kişinin bulunduğunu göz ardı ettiğini kabul etmek gerekir. Yukarıda ifade edildiği üzere, CMK m. 253/1 kapsamında, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören kişilerin uzlaştırılmasından söz ederken, ceza sorumlusu ile tazminat sorumlusunun aynı kişi olacağı ve uzlaştırma ile hem cezai hem de hukuki sorumluluğun ortadan kaldırılarak tam bir barışın sağlanmasının amaçlandığı; ancak, hukuki sorumluluğun birden fazla kişide olduğu trafik kazalarının göz önünde tutulmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, CMK m. 253/19 hükmü düzenlenirken trafik kazasından kaynaklanan yaralama suçları göz ardı edilmiş ve mağdurun suçtan kaynaklanan bedensel zararının tazmini için ayrıca KTK uyarınca zorunlu mali sorumluluk sigortacısına da başvuru ve dava hakkının bulunduğu hususu gözden kaçırılmıştır. Hâlbuki sigorta yaptırıp yaptırmama kural olarak ihtiyari olmasına karşın, toplumsal menfaatlerin korunması, zarar verenin uğranılan zararı karşılamakta güçlük çekeceği düşüncesiyle ve zarar görenin uğramış olduğu zararın tam olarak karşılanmasını sağlamak amacıyla bazı durumlarda sigorta yaptırılması zorunlu tutulmuştur. Zorunlu sigortalardan olan trafik sigortası ile araç işletenin sorumluluğu üstlenilerek, trafik kazasından dolayı zarara uğrayan kişinin zararlarının teminat limiti kapsamında karşılanması amaçlanmaktadır.

Trafik kazalarında ortaya çıkan zararın ve ödenecek tazminatın büyüklüğünden dolayı, zarar gören kişiler, ekonomik açıdan zararı karşılama güçlerinin şüpheli olduğu sürücü veya işleten yerine, genelde, sigorta şirketinden talepte bulunmaktadır. Zarar gören kişinin, kazanın henüz etkisi devam ederken, uzlaşmayı kabul etmesi neticesinde zarardan dolayı müteselsilen sorumlu olan diğer kişilerin sorumluluklarını da sona erdirmiş olduğunu kavradığını söylemek her zaman mümkün değildir. Hal böyleyken, CMK m. 253/19 hükmünün katı uygulanması, araç sürücüsü ile yapılan uzlaşmanın diğer müteselsil borçluların da borçtan kurtulmasına neden olması

renin dilediği borçluya başvurma hakkı vardır; dilerse sorumlulardan birine, dilerse hepsine veya bir kısmına karşı dava açabilir. Müteselsil sorumlulukta kural olarak borçlulardan her biri borcun tamamından sorumludur. İşleten olmayan araç sürücüsü aracın işletilmesine katkıda bulunan kişi olarak meydana gelen zarardan sorumlu olabilir. Somut olayda davacı araç malikine, sürücüsüne, her iki araca ait sigorta şirketine karşı müştereken ve müteselsilen dava açmıştır. Davanın müteselsil sorumluluk esasına göre açılmış olmasına, bütün davalıların mükerrer tahsile sebebiyet vermemek kaydı ile kabul edilen zararın tamamından sorumlu olduklarının kabulü gerekirken, davalı D... Sigorta AŞ. yönündeki davanın kabulüyle diğer davacılar yönünden davanın reddi isabetli görülmemiştir.” Yargıtay 17. HD., 08.06.2004 t., 2004/5095 E., 2004/7139 K.

hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına neden olacağı açıktır.

Kamu hukukuna ilişkin olan bir düzenleme ile trafik kazasında mağdur olan kişilerin tüm tazminat haklarının ellerinden alınmasının adil olmayacağını kabul etmek gerekir. Varılan kararın ne anlama geldiği, ne tür sonuçlar doğuracağı ve aynı zamanda sigorta şirketine karşı olan tüm tazminat davası açma hakkını da kaybedeceği konusunda yeterli derecede bilinçlendirilmeden, zarar görene imzalatılan uzlaştırılma belgesinin, hukuk düzeninin amaçladığı sonuçları doğuracağını söylemek mümkün değildir. Nitekim Ankara Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) 22. Hukuk Dairesinin 2017/1083 E., 2017/1849 K. sayılı kararında da uzlaşmanın hukuki sonuçları açıklanmadan yapılan uzlaşmanın geçerli olmadığı yönünde karar vermiştir. Kararda, “... *uzlaşma tutanağı incelendiğinde davacı müştekinin davalıya ya da sigorta şirketine karşı uzlaşma halinde maddi manevi tazminat davası açma hakkından vazgeçmiş sayılacağı hususu ya da açılmış olan davadan feragat etmiş olacağı hukuki sonucu açıklanmamış ve kendisine bu hususta hatırlatma yapılmamıştır. Bu nedenle Cumhuriyet Savcılığı tarafından yapılan uzlaşmanın 5237 sayılı yasanın 253/19. Maddesinde belirtilen şartları tam olarak içermediği anlaşıldığından davacının tazminat isteme hakkından feragat ettiği kabul edilemez. Bu nedenlerle davacıların açtığı davanın uzlaşma nedeniyle reddine karar verilmesi isabetli olmamıştır...*” sonucuna varılmıştır. BAM’ın bu kararında sigorta hukukunun özellikleri dikkate alınarak değerlendirme yapıldığı ve kararın yerinde olduğu düşünülmektedir.

b. KTK m. 111/2 ve maluliyet artışına ilişkin Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi kararları ışığında değerlendirme

Sigorta türleri açısından bazı farklılıklar olsa da, sigorta hukukuna hâkim olan önemli ilkelerden biri gerçek zarar ilkesidir⁷⁸. Bu ilke sayesinde sigorta şirketi uğranılan zararı teminat limiti kapsamında karşılamaktadır. Gerçek zarar ilkesinin önemsendiğini gösteren en önemli düzenleme KTK m. 111/2 hükmüdür. Bunun dışında, maluliyetin artması halinde daha önce verilmiş ve kesinleşmiş mahkeme kararına rağmen yeniden dava açılabileceğini öngören yerleşik Yargıtay içtihatları göz önünde tutularak, CMK m. 253/19 hükmünün irdelenmesi gerekmektedir.

⁷⁸ Gerçek zarar ilkesiyle bağlantılı olan diğer bir ilke de zenginleşme yasağıdır. Bu ilke sigorta ettiren veya sigortalının sigorta aracılığıyla zenginleşmesini önlemek amacıyla taşır. Merih Kemal Omağ, “Sigorta Hukukunda Zenginleşme Yasağı”, Selçuk Öztekin / Kamil Yıldırım / Nevhis Dere-Yıldırım (Ed.), *Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan*, Alkım Yayınevi, 2003, s. 255.

KTK m. 111/2’de, tazminat miktarlarına ilişkin olup da yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmaların veya uzlaşmaların yapıldıkları tarihten itibaren iki yıl içinde iptal edilebilecekleri düzenlenmiş olmasına karşın; henüz zararın miktarı, niteliği, kalıcı olup olmadığı bilinmeksizin ve ileride hayatı nasıl etkileyeceği konusunda hiçbir bilgiye sahip olunmaksızın, uzlaşma sonucu tüm tazminat haklarından feragat edilmesi, uzlaştırma müessesesinin sigorta hukukuna hâkim olan ilkelerle çelişmesine neden olmaktadır. Zira ibra, borçlar hukuku anlamında borcu sona erdiren bir sözleşme olmasına rağmen, KTK m. 111/2 kapsamında, tazminatın yetersiz belirlenip ibra sözleşmesi yapılması halinde, sözleşmenin sadece bir irade beyanıyla iptal edilebileceği öngörülmektedir. Sigorta şirketi tarafından tazminat ödemesi yapılmış olmasına karşın, ödemenin yetersiz olması nedeniyle sigorta şirketine bakiye tazminat için başvurma hakkı sağlandığı düşünüldüğünde, henüz maluliyet raporunun alınmadığı, tıbbi tedavilerin sonuçlanmadığı ve kazanın bedensel bütünlük üzerinde oluşturacağı etki bilinmeden, sonuçları konusunda yeterince aydınlatılmadan edimli veya edimsiz yapılacak bir uzlaştırmanın tüm tazminat haklarını sona erdireceğini kabul etmek doğru değildir. Nitekim İstanbul BAM 8. HD., 19.12.2019 t., 2018/126 E., 2019/4106 K. sayılı kararında *“10/05/2016 tarihli uzlaşma raporu incelendiğinde, tarafların anlaşmaya vardıkları 1.500,00-TL’lik bedelin davacı tarafından kaza sonrasında hastane masrafları da dâhil olmak üzere yapılan masraflara ilişkin olduğu, bedelin davacının maluliyet tazminatına ilişkin olmadığı, hatta bu tarih itibarıyla davacının maluliyet durumunu belirleyen bir raporun dahi düzenlenmemiş olduğu, davacının uğramış olduğu maluliyet zararının giderilmesine ilişkin bir belge niteliğinde de bulunmadığı, bu nedenle söz konusu uzlaşma tutanağına istinaden CMK 253/19. maddesi gereğince davacının tazminat talebinin reddine karar verilmesinin hatalı olduğu...”* değerlendirmesini yapmıştır. Özellikle henüz maluliyet raporu alınmadan ve zarar öğrenilmeden varılacak bir uzlaşmanın geçerli olmadığı yönündeki bu karar yerindedir.

CMK m. 253/19 anlamında yapılacak uzlaştırmanın tazminat hakkı üzerindeki etkisi, maluliyet artışı nedeniyle yeniden dava açılacağına ilişkin Yargıtay kararları dikkate alınarak da değerlendirilmelidir. Maluliyet artışı hallerinde, HMK m. 114/1-i’de dava şartı olarak öngörülen *“aynı davanın daha önceden kesin hükme bağlanmamış olması”* hükmü dikkate alınmaksızın yeniden dava açılacağı Yargıtay tarafından benimsenmektedir. Yargıtay’a göre, *“Kesin hükümden söz etmek için usul hükümlerine göre tarafların, müddeabihin ve sebebinin aynı olması gerektir. Gerçekten her iki davada taraflar ve sebep aynı olmakla beraber müddeabih aynı değildir. Davacı ikinci*

davası ile %11 ile %32 arasındaki malullük farkının gerektirdiği tazminat istemiştir. O halde davacının tazminat isteğini kapsayan iddiası incelenmeli ve varılacak sonuç uyarınca bir karar verilmelidir.”⁷⁹

Maluliyet raporunun bulunduğu, yargılamanın yapıldığı ve mahkeme kararının kesinleştiği bir durumda maluliyet artışı ispat edilerek yeniden dava açılabilmesi kabul ediliyorken; maluliyetin ve zararın belirgin olmadığı bir noktada, salt taraflar arasındaki uzlaşmadan dolayı, gelecekteki tüm tazminat haklarından feragat edildiğinin kabul edilmesi karmaşaya neden olacaktır. Maluliyet raporu alınmadığından kişinin zararını öğrenemediği, dolayısıyla olmayan hakkından vazgeçmesinin de söz konusu olamayacağı düşünüldüğünde de CMK m. 253/19 hükmünün tazminat davası açma hakkını tamamen ortadan kaldırdığını kabul etmenin doğru olmadığı belirtilmelidir.

Her ne kadar Yargıtay CMK m. 253/19 hükmünün lafzını dikkate alarak aksi yönde kararlar veriyor olsa da, Bölge Adliye Mahkemeleri'nin uzlaştırmanın sigorta şirketinin tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı yönündeki kararları da bulunmaktadır. Adana BAM 3. HD., 05.03.2019 t., 2018/1721 E., 2019/356 K. sayılı kararının özellikle zarar belli olmadan yapılan uzlaşmanın geçerli olmadığı yönündeki tespiti önemlidir. Karar şu şekildedir: “*Dava, davalı sigorta şirketi nezdinde zorunlu mali sorumluluk sigortası poliçesi ile sigortalı aracın karıştığı trafik kazasında davacının yaralanması sonucunda geçici ve sürekli iş göremezlik kaybına uğradığından bahisle açılmış maddi tazminat davasıdır. Davacı ile dava dışı sürücü arasında herhangi bir ödeme olmaksızın uzlaşmanın gerçekleştiği ve C. Savcılığınca kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildiği anlaşılmaktadır. CMK'nın 253/19. maddesi uyarınca uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. Bu hüküm gereğince uzlaşma nedeniyle hukuk mahkemesinde dava açılmayacak ise de burada 2918 sayılı KTK'nın 111. maddesinin de*

⁷⁹ Yargıtay 9. HD., 30.01.1967 t., 1966/11434 E., 1967/670 K.

Sigorta Tahkim Komisyonu kararlarında da bu yönde verilmiş çok sayıda kararı bulunmaktadır. Örneğin, Sigorta Tahkim Komisyonu Uyuşmazlık Hakem Heyeti'nin 06.03.2020 t. ve 2020/18699 K. sayılı kararında “*Son maluliyet raporunda, önceki raporlarda olmayan sol kol kırığına bağlı el bileği hareket kısıtlılığı arızasının tespit edildiği, bu hali ile maluliyet oranının arttığı ve bu durumun yeni gelişen bir vaka olduğu, her ne kadar davacı yapılan ödeme sonrasında sürekli maluliyet tazminatı için açtığı davasından feragat etmişse de doğmamış haklardan feragat söz konusu olamayacağından, feragat tarihinden sonraki maluliyet oranındaki artış sebebiyle başvuranın her zaman talep hakkının mevcut olduğu, buna göre %3 oranındaki artan oran dikkate alınarak hesaplanan 24.778,60 TL tazminat tutarının davalıdan tahsiline...*” denmektedir.

irdelenmesi önem arz etmektedir. 2918 sayılı KTK'nın 111/2. maddesi uyarınca yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar, yapıldıkları tarihten başlayarak iki yıl içinde iptal edilebilir. Yasa'nın bu hükümünden yararlanmak için ibra belgesinin iptalinin açıkça ve ayrıca istenmesine gerek olmayıp, dava sırasında bu husus ileri sürülebileceği gibi, yapıldığı tarihten itibaren 2 yıl içinde hükümlerinin kabul edilmediğine ilişkin bir irade açıklaması da yeterlidir. Dosyada mevcut verilere göre uzlaşma tarihi olan 29/05/2017 tarihinden dava tarihi olan 09/11/2017 tarihine kadar 2 yıllık hak düşürücü sürenin de geçmemiş olduğu anlaşılmaktadır. Davacının ceza soruşturmasında yapılan uzlaşma ile gerçek amacı, ceza soruşturmasının sonuçlanmasıdır. Zaten davacılar vekili de soruşturma dosyasında uzlaştırmayı "bu dosyaya ilişkin olarak" diyerek sadece soruşturma dosyasına ilişkin uzlaştıklarını beyan etmiştir. CMK'da yapılan düzenleme ve zarar görenin nihai sorumlu sürücü hakkındaki davadan vazgeçmiş olması diğer sorumluları da borçtan kurtaracağı dikkate alındığında zarar belli olmadan usulüne uygun yapılmayan uzlaşmanın 2918 sayılı KTK'nın 111. maddesine göre iptalinin istenebileceğinin kabulü gerekir⁸⁰.

Tüm bu kararlardan Yargıtay'ın aksine, BAM kararlarında CMK m. 253/19 kapsamında varılacak bir uzlaşmanın sigorta şirketinin sorumluluğu üzerindeki etkisinin her somut olayın özelliklerine göre irdelenmesi ve sigorta hukukuna hâkim olan gerçek zarar ilkesi çerçevesinde değerlendirme yapılması gerektiğinin kabul edildiği görülmektedir.

Yargı kararları arasında birliğin sağlanması amacıyla CMK m. 253/19 ve Ceza Muhakemesinde Uzlaştırma Yönetmeliği'nde (CMUY)⁸¹ bazı değişikliklerin yapılmasının zaruri olduğu sonucuna varılmıştır. Bu bağlamda, CMK m. 253/19 hükmünün 5. cümlesinde yer alan "uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır" cümlesine "birden fazla kişinin hukuki sorumluluğunun olduğu durumlarda, diğer sorumlulara karşı dava hakkı saklıdır" veya "trafik kazasından kaynaklanan taksirle yaralama suçuna ilişkin uzlaştırmalarda zarar görenin sigorta şirketine karşı dava açma hakkı saklıdır" şeklinde

⁸⁰ Benzer yönde karar için bkz. Ankara BAM 22. HD., 2017/1083 E., 2017/1849 K. Benzer yönde "mahkemece uzlaştırma tutanakları incelendikten sonra da davacıların zararlarının tamamen giderilip giderilmediği, kaza nedeniyle geçerli bir ibralaşma olup olmadığı araştırılmalı, ibralaşma olduğu kabul edildiği takdirde davacılar tarafından ödeme kadar davalı şirketin sorumluluktan kurtulacağı göz önüne alınarak varılacak sonuca göre karar verilmelidir." Gaziantep BAM 17. HD., 12.10.2017 t., 2017/916 E., 2017/1096 K.

⁸¹ RG. 05.08.2017, S. 30145.

bir ek yapılması düşünülebilir. Bu yönde bir yasal değişikliğin zaman alacağı düşünülüyor ise, CMUY’da yapılacak bir düzenleme ile uzlaştırmacının görevleri arasında, “trafik kazasından kaynaklanan taksirle yaralama suçlarında uzlaştırma belgesinin imzalanmasının sigorta şirketine karşı olan tazminat davası açma hakkını da ortadan kaldıracağını mağdura açıkça bildirilmiş olması ve bu bildirim yükümlülüğünü yerine getirdiğine ilişkin olarak zarar görenden yazılı beyan alması” şeklinde düzenlemeler öngörülebilir.

SONUÇ

CMK’nın 253/19 maddesinde, taksirle yaralama suçlarında yapılması gereken uzlaştırma girişimi sonrasında, uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmayacağı ve açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Kamu düzenine ilişkin olarak CMK’da düzenlenen uzlaşma müessesesi sonucunda, cezai soruşturma sona erdirildiği gibi maddedeki hüküm doğrultusunda tazminat talebinden de feragat edilmiş olmaktadır. Uzlaşma müessesesi, suçun işlenmesiyle bozulan kamu düzeninin barış yoluyla yeniden tesisini amaçlamaktadır. Bunun sonucu olarak, sadece ceza davasına ilişkin anlaşmazlıklar değil, aynı zamanda hukuki bir ihtilafın da kalmaması sağlanmaktadır. Böylelikle suçtan zarar görenin zararı giderilmek suretiyle adalet sağlanacaktır. Ancak, düzenlemenin CMK’da yapılmış olması nedeniyle uzlaşma yapılmasındaki önceliğin cezai yöndeki ihtilafı sona erdirmek olduğu düşünüldüğünde, uzlaşmanın sonuçlarının cezai sorumluluğu olan kişi/kişiler ile sınırlı olması gerektiğinin kabulü gerekir.

Anılan madde uyarınca; cezai yöndeki sorumluluk sona erdirilirken hukuki sorumluluğun da sona erdirilmesindeki amaç, cezai sorumluluğu olan kişinin, hukuki sorumluluğunu da sona erdirmek olup, hukuki sorumluluğu olan diğer müteselsil sorumlular bakımından aynı sonuca varılması, bu düzenlemenin ceza muhakemesi kanununda yer alması ve cezai işlemin sonucuna bağlanması karşısında doğru olmayacaktır. Nitekim CMK’nın 255. maddesine göre, bir suçtan dolayı iki veya daha fazla kişinin cezai sorumluluğu söz konusuysa ancak uzlaşan kişi uzlaşmadan yararlanabilecektir.

Ödeme sonrası yapılan bir ibra sözleşmesinin belli bir süre içerisinde bedel eksikliğinden dolayı iptali ve yeniden yapılan hesaplama göre ödeme yapılmasının, hatta tazminata dair kesinleşen mahkeme kararından sonra maluliyet oranının artması nedeniyle yeniden ödeme yapılmasının talep edilmesinin mümkün olduğu göz önünde bulundurulduğunda, henüz zarar belli

olmadan borçlulardan birinin cezai sorumluluğunu sona erdirmek amacıyla yapılan uzlaşmanın, cezai sorumluluğu bulunmayan diğer borçluların da hukuki sorumluluğunu sona erdirdiğini kabul etmek her şeyden önce adaletli bir yaklaşım değildir.

Bu makalede yapılan tartışmalar neticesinde, yargı kararlarındaki çelişkinin ortadan kaldırılması ve hukuk güvenliğinin sağlanması amacıyla CMK m. 253/19 hükmünde ve CMUY’da gerekli değişikliklerin yapılmasının yerinde olacağı sonucuna varılmıştır.

KAYNAKÇA

- Aktay N / Arıcı K / Kaplan T S, *İş Hukuku*, Gazi Kitabevi, 2007.
- Arslan R / Yılmaz E / Taşpınar Ayvaz S / Hanağası E, *Medeni Usul Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021.
- Aşçı A, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Kurumuna Kısa Bir Bakış”, *İzmir Barosu Dergisi*, 83(1), 2018, s. 87-110.
- Atar E A, “Nafakadan Feragat”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Dergisi*, 22(3), 2016, s. 251-267.
- Ayhan R / Çağlar H / Özdamar M, *Sigorta Hukuku Ders Kitabı*, 5. Bası, Yetkin Yayınları, 2021.
- Baysal B, *Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)*, On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Durak Y / Şahin T, “Hatır İçin Taşıma”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 73(1), 2015, s. 339-362.
- Eren F, “Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 39 (1), 1987, s. 159-212.
- İzmirlioğlu A, “6098 Sayılı Kanuna Göre İbraname”, *Yaşar Üniversitesi E Dergisi*, 8 (Özel Sayı), 2013, s. 1457-1482.
- Kale S / Tunç Yücel M, “Sigortacılık Kanununda Tahkim”, Osman Berat Gürzumar (Ed.), *Haluk Konuralp Anısına Armağan Cilt:1*, Yetkin Yayınları, 2009, s. 461-477.
- Karasu R, *Yargıtay ve Sigorta Tahkimi İtiraz Hakem Heyeti Kararları Işığında Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası*, Yetkin Yayınları, 2016.
- Karasu R, “Sigorta Tahkimi ile İlgili Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 1(26), 2016, s. 49-69.
- Keser Y, “Hatır Taşımacılığında Doğan Zararlardan Hakkaniyet İndirimi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan Özel Sayısı*, 21(Özel Sayı), 2019, s. 2357-2393.
- Kılıçoğlu A M, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Bası, Turhan Kitabevi, 2020.

- Kırtlıoğlu S, *Medeni Yargılama Hukukunda Değişiklik Davası*, Adalet Yayınevi, 2014.
- Kurt Konca N, “Sigorta Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü”, Sabih Arkan (Ed.), *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan*, Turhan Kitabevi, 2010, s. 1343-1365.
- Kuru B / Aydın B, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt II*, 2. Bası, Yetkin Yayınları, 2021.
- Nimet Yaşar T, “Sigorta Hukukunda Tahkim”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 9(36), 2018, s. 211-240.
- Omağ M K, “Sigorta Hukukunda Zenginleşme Yasağı”, Selçuk Öztekin / Kamil Yıldırım / Nevhis Dere-Yıldırım (Ed.), *Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan*, Alkım Yayınevi, 2003, s. 253-262.
- Özdamar M, “Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(1-2), 2013, s. 831-856.
- Sarıhan B B, “Türk Borçlar Hukukunda ve İş Hukukunda İbranın Hukuki Boyutu”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(1), 2020, s. 99-119.
- Ulusoy E, “Finans Hukukunda Tahkim”, *II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”*, <<https://hukuk.marmara.edu.tr/yayinlar/sempozyum-yayinlari/ii-uluslararasi-ozel-hukuk-sempozyumu-tahkim/>> Erişim Tarihi 02.02.2022, s. 203-251.
- Yener M Z, “İş Kazası ve Meslek Hastalıklarının Sulh Sözleşmesi ve İbra Sözleşmesi ile Çözülmesi”, *Adalet Dergisi*, (64), 2020, s. 531-564.
- Yılmaz G, “Sigorta Şirketleri ile Yapılan İbra Sözleşmelerinin Karayolları Trafik Kanunu m. 111/2 Uyarınca İptali”, *İzmir Barosu Dergisi*, (1), 2018, s. 59-86.

KONKORDATO TALEPLERİNDE GÖREVLİ MAHKEME KAVRAMI VE İŞ DAĞILIMI SORUNU

Mehmet KODAKOĞLU*

ÖZET

Yatırım ortamının iyileşmesi, ekonomi ve hukuk alanlarının birbiriyle uyumlu olmasına bağlıdır. Bu kapsamda, 7101 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'nda atıl bir şekilde bulunan konkordato müessesesine ilişkin hükümler etkin hale getirilmiştir. 7101 sayılı Kanun'un 46. maddesiyle İcra ve İflâs Kanunu'na eklenen geçici 14. maddesine göre; Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından adi konkordatodan kaynaklanan taleplerde; üç ve daha az asliye ticaret mahkemesi bulunan yerlerde (1) numaralı asliye ticaret mahkemesi, üçten fazla asliye ticaret mahkemesi bulunan yerlerde ise (1), (2) ve (3) numaralı asliye ticaret mahkemeleri ihtisas mahkemesi olarak belirlenmiştir.

Bu çalışmamızda, adi konkordato taleplerine bakmakla görevli asliye ticaret mahkemelerinin daireleri arasındaki ilişkinin hukukî niteliği ile Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun asliye ticaret mahkemeleri arasında ihtisaslaşma olgusu ile bir dağılım yapmasının Anayasa'ya aykırı olup olmadığı konuları tartışılacaktır. Ayrıca konkordato taleplerinde görev kurallarına ve iş dağılımına bağlı olarak ortaya çıkabilecek usulî meseleler üzerinde durulacak ve bu meselelere çözüm önerilerinde bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Konkordato, konkordato talebi, asliye ticaret mahkemesi, iş dağılımı, görev

THE CONCEPT OF COMPETENT COURT AND THE ISSUE OF THE DISTRUBITION OF WORK FOR CONCORDAT DEMANDS

ABSTRACT

The improvement of the investment environment depends on the harmonious economy and legal fields. In this context, the provisions of the Enforcement and Bankruptcy Code regarding the institution of concordat which were inert have been activated by the Code numbered 7101. In accordance with the provisional article 14 added to the Enforcement and Bankruptcy Code by the article 46 of the Code numbered 7101, in places where there are three or fewer commercial courts the Commercial Court numbered (1), in places where there are more than three commercial courts

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı/KONYA, **e-posta:** mehmetkodakoglu@gmail.com,
ORCID: 0000-0002-8700-7453.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1116364

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 20/10/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 10/03/2022

the Commercial Courts (1), (2) and (3) are designated as competent specialized courts in the claims arising from the ordinary concordat by the Council of Judges and Prosecutors.

In this study, the legal nature of the relationship between the commercial courts which have jurisdiction on demands of the ordinary concordat and whether it is unconstitutional or not that the Council of Judges and Prosecutors makes a distribution among commercial courts of first instance in order to ensure specialization will be discussed. In addition, issues regarding procedure which may arise from the rules governing jurisdiction and the distribution of jurisdiction in concordat demands will be discussed and solutions are going to be proposed.

Keywords: *Concordat, concordat demand, the commercial court, distribution of work, competent court*

GİRİŞ

18.04.1929 tarihinde kabul edilen 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunu¹'nden itibaren hukuk sistemimizde yer alan konkordato, temelini 11.04.1889 tarihinde kabul edilen ve 01.01.1892 tarihinde yürürlüğe giren Borç İçin Takip ve İflâs Hakkında Federal Kanun'dan almaktadır. 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'ndan sonra ise 09.06.1932 tarihinde kabul edilen 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu² yürürlüğe girmiştir.

2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'ndaki konkordato müessesesine ilişkin hükümler, 3890 sayılı “İcra ve İflâs Kanununun Bazı Maddelerini Değiştiren Kanun”³, 6763 sayılı “Türk Ticaret Kanunu'nun Mer'iyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanun”⁴ ve 538 sayılı “2004 sayılı İcra ve İflâs Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına ve Bu Kanuna Bazı Madde ve Fıkralar Eklenmesine Dair Kanun”⁵ ile çeşitli değişikliklere uğramıştır. Ne var ki esasen, 4949 sayılı “İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”⁶ konkordato müessesesini baştan sonra değiştirmiştir. 4949 sayılı Kanun'dan sonra ise 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda konkordatoya ilişkin

¹ RG. 04.05.1929, S. 1183.

² RG. 19.06.1932, S. 2128.

³ RG. 11.07.1940, S. 4558.

⁴ RG. 09.07.1956, S. 9353.

⁵ RG. 06.03.1965, S. 11946.

⁶ RG. 30.07.2003, S. 25184.

hükümlerde 2018 tarihine kadar önemli ve esaslı değişiklikler yapılmamıştır⁷.

Nihayetinde 2018 tarihinde, 7101 sayılı “İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”⁸ ile 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu’nun konkordatoya ilişkin tüm maddeleri köklü bir şekilde baştan sona değiştirilmiştir. Bu değişiklik üzerine, önce 7155 sayılı “Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun”⁹ sonra 7327 sayılı “İcra ve İflâs Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”¹⁰ ile 7101 sayılı Kanun’la tamamen değişen konkordatonun yine bazı hükümleri, uygulamadaki aksaklıkları gidermek amacıyla yeniden düzenlenmiştir.

Konkordato müessesesinde yıllar içinde yapılan bu düzenlemeler ile alacaklının, borçlunun ve kamunun menfaati korunmak istenmiştir. Ezcümle, konkordatonun başarılı bir şekilde sonuçlanması neticesinde borçlu malî ve finansal yönden iyileşmiş ve borçlunun malvarlığı değerleri icra ve iflâs takiplerinden korunmuş olacak iken alacaklı, iflâs tasfiyesi sonucunda eline geçecek tutardan daha fazlasına kavuşabilecektir. Kamu menfaati açısından ise istihdamın devam etmesi ile ülke ekonomisine büyük katkı sağlanacaktır¹¹.

Konkordato talebinde bulunulması; uyuşmazlık yokluğu (HMK m. 382, 1/a) ve hak yokluğu (HMK m. 382, 1/b) ölçütlerine göre takibi talebe bağlı bir çekişmesiz yargı işidir¹². Çekişmesiz yargı işlerinde kural olarak

⁷ 4949 sayılı Kanun’dan sonra 12.02.2004 kabul tarihli 5092 sayılı “İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu’nun konkordatoya ilişkin sadece 288, 302 ve 309/b maddeleri değiştirilmiştir. Devamında ise 02.03.2005 kabul tarihli 5311 sayılı “İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile 15.07.2016 kabul tarihli 6728 sayılı “Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile yine 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu’nun konkordatoya ilişkin hükümlerinde değişiklikler yapılmıştır.

⁸ RG. 15.03.2018, S. 30361.

⁹ RG. 19.12.2018, S. 30630.

¹⁰ RG. 19.06.2021, S. 31516.

¹¹ Serdar Kale, “İsviçre İcra İflâs Kanununun Adi Konkordato Hükümlerine Genel Bir Bakış”, *İMÜHFD*, 4 (2), Güz 2017, s. 154.

¹² Baki Kuru, *Nizasız Kaza*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961, s. 150-153; Ali Cem Budak, “Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı” Muhammet Özekes (Ed.), *Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV; Medeni Usul Hukukunda Çekişmesiz Yargı, İcra ve İflâs Kanunu’nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi*, Ankara/30 Eylül-11 Ekim 2005, TBB Yayınları, 2007, s. 168. Ayrıca bkz. “Konkordatonun tasdiki talebi üzerine ticaret mahkemesince yapılacak inceleme kural olarak çekişmesiz yargı faaliyetidir” (Y. 19. HD. 02.03.2000, 904/1573: www.e-uyar.com).

niteliğine uygun düştüğü ölçüde basit yargılama usulü uygulanmakla birlikte, özel kanunlarda düzenlenen çekişmesiz yargı işleri için ilgili kanunlarında bir yargılama usulü öngörülmüşse, öncelikle bu hükümlerin uygulanması gerekir¹³. Konkordato talepleri bakımından İcra ve İflâs Kanunu'nda özel bir yargılama usulü belirlenmediğinden, konkordatoda niteliğine uygun düştüğü ölçüde basit yargılama usulü (HMK m. 316-322) uygulanır (HMK m. 316, 1/e).

Konkordato talebi, 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 276. maddesine göre "itiraz mercii"¹⁴ne, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 285. maddesine göre ise "icra tetkik mercii"¹⁵ne yapılmaktaydı. 7101 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle tamamen değiştirilmiş ve 7101 sayılı Kanun ile değişik İcra ve İflâs Kanunu'nun konkordato teklifini içeren, "Konkordato Talebi" başlıklı 285. maddesi uyarınca, konkordato talebi artık "asliye ticaret mahkemesi"ne yapılmaktadır. Yani, konkordato hukukunda yapılan bu değişiklik ile konkordato talepleri özelinde icra mahkemesinin görevi artık sona ermiştir.

7101 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler incelendiğinde, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'ndaki (SchKG) konkordatoya ilişkin birçok hükmün iktibas edildiği görülmektedir. İsviçre hukukunda konkordato talebi, "konkordato mahkemesi"ne (nachlassgericht) yapılmaktadır (SchKG Art. 293a). Ancak İsviçre hukukunda ayrı ve müstakil bir konkordato mahkemesi bulunmamakta, ticaret mahkemeleri (handelsgericht) konkordato taleplerinde özel olarak görevlendirilmektedir. Başka bir deyişle, ülkemizde ayrı bir iflâs-konkordato mahkemesi olmadığından veya iflâs ve konkordato hukukuna özgü ayrı bir yargılama usulü bulunmadığından, konkordato talepleri nasıl "asliye ticaret mahkemesi"ne yapılmakta ise İsviçre hukukunda da konkordato talepleri için ticaret mahkemeleri, konkordato mahkemeleri sıfatıyla görev almakta ve konkordato taleplerini inceleyip karara bağlamaktadır.

Alman hukukunda ise 01.01.1999 tarihinde yürürlüğe giren "Insolvenzordnung" (Aciz Kanunu) ile yürürlükten kaldırılan 1935 tarihli Konkordato Kanunu'na (Vergleichsordnung) göre konkordato

¹³ Aslı Aras, *Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü*, Yetkin Yayınları, 2017, s. 95.

¹⁴ 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun yürürlüğe girmesine kadar 1424 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda icra mahkemesinin adı "itiraz mercii" olarak geçmekteydi.

¹⁵ 2004 tarihinde 5092 sayılı "İcra ve İflâs Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile İcra ve İflâs Kanunu'ndaki "icra tetkik mercii" kavramı "icra mahkemesi" olarak değiştirilmiştir.

talebi, “konkordato mahkemesi”ne (Vergleichsgericht) yapılmaktaydı [VerglO §2 (1)]. Ancak Aciz Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle iflâs ve konkordato davaları, aciz davası adı altında birleştirilerek gerek iflâs gerek konkordato talepleri “aciz mahkemesi”ne yapılmaktadır. Nitekim Alman aciz prosedüründe, borçlunun yerleşim yerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi bölgesindeki sulh mahkemesi (Amtsgericht), aciz mahkemesi (Insolvenzgericht) olarak münhasıran yetkili kılınmıştır [InsO §2 (1)]. Öte yandan ZPO §1’in atfıyla Alman hukukunda görev ve temel olarak mahkemelerin kuruluşunu düzenleyen Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)’de de sulh mahkemesinin (Amtsgericht) görevlerine yer verilmiştir. Buna göre konkordato talepleri; iflâs, konkordato, iş ve vergi hukuku alanlarında yeterli bilgi ve tecrübeye sahip sulh mahkemesi hâkimleri tarafından incelenmektedir (GVG §22).

Türk hukuk sisteminde asliye ticaret mahkemesi, aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın tüm ticarî davalar ile ticarî nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir (TTK m. 5, 1). Bununla birlikte İcra ve İflâs Kanunu’ndaki açık düzenleme gereği, konkordato talepleri asliye ticaret mahkemesine, asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yerlerde ise asliye hukuk mahkemesine yapılır (İİK m. 285, 3)¹⁶.

28.02.2018 tarihli ve 7101 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’un 46. maddesiyle İcra ve İflâs Kanunu’na eklenen Geçici 14. maddenin ikinci fıkrasının “Hâkimler ve Savcılar Kurulu, 26.09.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un 5. maddesinin beşinci fıkrasındaki belirleme yetkisi kapsamında iflâs ve konkordato konusunda uzman asliye ticaret mahkemesini, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki hafta içinde belirler.” hükmü

¹⁶ Hâkimler ve Savcılar Kurulu Genel Kurulu, Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü’nün “30.06.2021 tarihli ve E. 21646783-668/13369 sayılı Asliye Ticaret Mahkemeleri Yargı Çevrelerinin Belirlenmesi Teklifini” görüşmüş ve 07.07.2021 tarih ve 608 sayılı kararı ile mevcut ve yeni kurulan asliye ticaret mahkemelerinin yargı çevrelerini belirlemiştir. 608 sayılı karara göre ticaret mahkemelerinin yargı çevreleri, kuruldukları ilin mülkî sınırlarını kapsayacak şekilde genişletilmiş, bir ilde sadece tek bir yerde ticaret mahkemesi varsa yargı çevresi o ilin mülkî sınırları olarak belirlenmiş, eğer bir ilde birden fazla yerde ticaret mahkemesi bulunuyorsa; il merkezinde bulunan ticaret mahkemelerinin yargı çevresi o ilin mülkî sınırları olarak, ilçelerde bulunan ticaret mahkemelerinin yargı çevreleri ise o ilçe ağır ceza mahkemesi yargı çevresi ve ilçeye bağlanması uygun görülen ilçe ağır ceza mahkemesi yargı çevresi olarak belirlenmiştir.

uyarınca, Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nca iflâs ve konkordato konusunda uzman asliye ticaret mahkemeleri belirlenmiştir.

Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun konkordato talepleri özelinde asliye ticaret mahkemeleri daireleri arasında belirlediği bu iş dağılımı daha önce diğer kanunlarda, başka dava ve işler açısından iş mahkemeleri ile asliye ticaret mahkemeleri için de yapılmış veya iş dağılımının yapılabileceği belirtilmiştir.

Bu düzenlemelerden ilki, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun "İş Mahkemelerinin Kuruluşu" başlıklı 2. maddesinin ikinci fıkrasında hüküm altına alınmıştır. Söz konusu madde uyarınca, iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde iş mahkemelerinin birden fazla dairesi oluşturulabilir. Bu daireler numaralandırılır. İhtisaslaşmanın sağlanması amacıyla, gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak, daireler arasındaki iş dağılımı Hâkimler ve Savcılar Kurulu¹⁷ tarafından belirlenebilir.

Hâlbuki iş mahkemeleri arasında bu ihtisaslaşmaya dayalı iş dağılımı, mülga 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesinde de yapılmış ve birden fazla iş mahkemesi bulunan yerlerde, sosyal güvenlik hukukundan kaynaklanan davaların görüleceği iş mahkemelerinin o dönem, Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenmesi mümkün kılınmıştı.

Öte yandan 5136 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4. maddesine eklenen son fıkra uyarınca, iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun olumlu görüşü ile Adalet Bakanlığınca, Türk Ticaret Kanunu'nun Dördüncü Kitabında yer alan deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıklara bakmak ve asliye derecesinde olmak üzere denizcilik ihtisas mahkemeleri kurulmuştu.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 24.03.2005 tarih ve 188 sayılı kararı ile denizcilik ihtisas mahkemesi kurulmayan yerlerde, bir asliye ticaret mahkemesi bulunan yerlerde bu mahkeme, birden fazla asliye ticaret mahkemesi bulunan yerlerde (1) numaralı ticaret mahkemesi denizcilik ihtisas mahkemesi olarak görev yapmaktaydı. Asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yerlerde ise; bir asliye hukuk mahkemesi olan yerlerde bu mahkeme, birden fazla asliye hukuk mahkemesi bulunan yerlerde, (1) numaralı asliye hukuk mahkemesi denizcilik ihtisas mahkemesi olarak görev yapmaktaydı.

¹⁷ 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun adı Hâkimler ve Savcılar Kurulu olarak değiştirilmiştir.

Ancak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun "Yürürlükten kaldırılan hükümler" başlığını taşıyan 1533. maddesi ile 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, dolayısıyla denizcilik ihtisas mahkemelerini düzenleyen 4. maddenin son fıkrası da yürürlükten kaldırılmıştır. Bunun üzerine 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 5. maddesinin ikinci fıkrası şu şekilde düzenlenmiştir:

Bir yerde asliye ticaret mahkemesi varsa, asliye hukuk mahkemesinin görevi içinde bulunan ve 4. madde hükmünce ticarî sayılan davalarla özel hükümler uyarınca ticaret mahkemesinde görülecek diğer işlere asliye ticaret mahkemesinde bakılır. Bir yerde ticaret davalarına bakan birden çok asliye ticaret mahkemesi varsa, iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nca, asliye ticaret mahkemelerinden biri veya birkaçı münhasıran bu Kanundan ve diğer kanunlardan doğan deniz ticaretine ve deniz sigortalarına ilişkin hukuk davalarına bakmakla görevlendirilebilir. Bu kapsamda Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun Birinci Dairesi, İstanbul ve İzmir'de deniz ticaretinden kaynaklanan uyuşmazlıklara bakmak üzere görevli mahkemeler belirlemiştir¹⁸.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki bu düzenleme göz önünde bulundurulduğunda, artık ayrı bir denizcilik ihtisas mahkemesi kurulmasının düşünülmediği, ancak asliye ticaret mahkemelerinden bir veya birkaç dairesine deniz ticaretine ve deniz sigortalarına ilişkin hukuk davalarına bakma görevinin verilebileceği sonuç ve kanaatine ulaşmaktayız.

Bankacılık Kanunu uyarınca ise fon, fon bankaları ve faaliyet izni kaldırılan bankaların iflâs ve tasfiye idareleri tarafından açılacak hukuk davalarına asliye ticaret mahkemesi tarafından bakılacağı, ancak o yerde, birden fazla asliye ticaret mahkemesi bulunması hâlinde, bu davaların (1) ve (2) numaralı asliye ticaret mahkemesinde görüleceği hüküm altına alınmıştır (Bankacılık K. m. 142, 1). Fon, fon bankaları ve faaliyet izni kaldırılan bankaların iflâs ve tasfiye idareleri tarafından muamele merkezi veya ikametgâhı İstanbul ili sınırları içinde olan kişiler aleyhine açılacak hukuk davaları ile borçlular hakkında açılacak iflâs davalarına İstanbul (1) ve (2) numaralı asliye ticaret mahkemesi tarafından bakılır (Bankacılık K. m. 142, 2). Bankacılık Kanunu'ndaki bu düzenlemenin, yukarıda işaret ettiğimiz diğer düzenlemelerden farkı, Bankacılık Kanunu uyarınca açılacak hukuk davalarına (1) ve (2) numaralı asliye ticaret mahkemelerinin bakmasının, Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nca yapılan iş dağılımı kararı ile değil açık bir

¹⁸ HSYK, 13.06.2012 Yaz Dönemi Yetki Kararnamesi.

kanun hükmü ile sağlanmış olmasıdır.

Ceza hukuku bakımından da Hâkimler ve Savcılar Kurulu, ağır ceza mahkemelerinin görev alanına giren bir kısım suçlarda ihtisaslaşma daireleri belirlemektedir¹⁹.

I. KONKORDATO TALEPLERİNDE GÖREVLİ MAHKEME KAVRAMI

Konkordato talebi üzerine mahkemenin yapacağı inceleme bir çekişmesiz yargı işi²⁰ olduğundan, konkordato taleplerinde görevli mahkeme belirlenirken, öncelikle konkordato talebinin hukukî niteliği göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim çekişmesiz yargı işlerinde, aksine bir düzenleme olmadığı sürece sulh hukuk mahkemesi görevlidir (HMK m. 383). Ne var ki, özel bir kanun hükmü ile bazı çekişmesiz yargı işlerinde sulh hukuk mahkemesi dışında başka bir mahkeme de görevlendirilmiş olabilir. İşte bu bağlamda, 28/02/2018 tarihli ve 7101 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun²¹'la gelen değişiklik ile konkordato talebinin incelenmesinde asliye ticaret mahkemesi görevli kılınmıştır (İİK m. 285, 3). Bu açıdan, 7101 sayılı Kanun'un, görevli mahkeme noktasında İcra ve İflâs Kanunu'na önemli bir değişiklik getirdiğini söyleyebiliriz. Zira 7101 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce konkordato talebinde bulunulmasında, konkordato mühleti verilmesinde ve konkordato komiseri atanmasında icra mahkemesi; konkordatonun tasdikinde ve feshinde ise asliye ticaret mahkemesi görevliydi. Bu değişikliğin neticesinde, öğretilerde haklı olarak eleştirilen²², 7101 sayılı değişiklikten önceki konkordato sürecindeki

¹⁹ Bkz. Hâkimler ve Savcılar Kurulu Birinci Dairesinin Kararı, Karar Tarihi: 02.08.2017, Karar No: 1069.

²⁰ Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku, C. II, İflâs ve Konkordato Hukuku*, Sevinç Matbaası, 1971, s. 409; Serhat Sarısözen, *Konkordato Hukuku*, 5.B., Yetkin Yayınları, 2021, s. 138; Muhammet Özkes, "Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı" Muhammet Özkes (Ed.), *7101 Sayılı Kanun'la Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*, Lexpera Seminer, İstanbul 4 Mayıs 2018, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 57; Selçuk Öztekin/ Ali Cem Budak/ Müjgan Tunç Yücel/ Serdar Kale/ Bilgehan Yeşilova, *Yeni Konkordato Hukuku*, Adalet Yayınları, 2018, s. 144.

²¹ RG. 15.03.2018, S. 30361.

²² Hakan Pekcanitez/ Güray Erdönmez, *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 14; Sarısözen, s. 135; Cenk Akil, *Sorularla Konkordato Hukuku*, 2.B., Adalet Yayınları, 2020, s. 55. Eleştiriler için bkz. Süha Tanrıver, "İflâs Dışı Adi Konkordatoya İlişkin Temel Problemler ve Çözüm Arayışları, Tartışmalar" Yasin Çevik and Menekşe Örne (Ed.), *MİHBİR 13. Antalya Toplantısı, 9-10 Ekim 2015 Antalya*, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2017, s. 294.

bu ikili görev ayrımı terkedilerek, konkordato talebinde bulunulmasında (İİK m. 285, 3), konkordato (geçici veya kesin) mühleti verilmesinde (İİK m. 287; 289, 1), konkordato komiseri atanmasında (İİK m. 287, 3), konkordatonun tasdikinde (İİK m. 304; 305; 306) ve feshinde (İİK m. 308/e; 308/f) artık asliye ticaret mahkemesi görevli kılınarak, bütün konkordato sürecinin tek bir mahkemeden yürütülmesine olanak tanınmıştır. Böylelikle konkordato süreci ile ilgili itirazlar (İİK m. 288, 2; 289, 2) ve şikâyetler (İİK m. 290, 4) aynı mahkeme tarafından incelenerek daha isabetli ve hızlı kararlar alınması amaçlanmıştır²³.

İcra ve İflâs Kanunu'nda konkordato sürecindeki göreve ilişkin açık düzenleme gereği, konkordato talebinde bulunulmasından, konkordatonun tasdikine veya feshine kadarki tüm aşamalarda görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir (İİK m. 285, 3).

Şüphesiz, bir davaya veya işe bakmakla görevli mahkemenin tespiti, aynı zamanda o davaya veya işe uygulanacak yargılama usulünün belirlenmesi açısından önem arz eder. İşte, konkordato taleplerinin yapıldığı asliye ticaret mahkemeleri, her il merkezi ile bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığı'na kurulur (5235 s. K. m. 5, 1). Özel görevli ilk derece mahkemeleri arasında yer alan ve bir başkan ile iki üyeden oluşan toplu bir mahkeme (5235 s. K. m. 5, 3) olan asliye ticaret mahkemeleri; ticarî davaların ve işlerin yoğun olarak görüldüğü Ankara, İstanbul, İzmir, Bursa, Adana, Gaziantep, Konya gibi il merkezleri ile bazı büyük ilçelerde de (mesela Ankara-Sincan, İstanbul-Bakırköy) ayrıca kurulmuştur²⁴.

Her ne kadar asliye ticaret mahkemelerinde kural olarak yazılı yargılama usulü uygulansa da bir çekişmesiz yargı işi olan konkordato taleplerinde (HMK m. 382, 2/f-6), niteliğine uygun düştüğü ölçüde, basit yargılama usulü uygulanır (HMK m. m. 385, 1; 316, 1/e). Basit yargılama usulüne ilişkin davalar kural olarak dilekçe ile açılır (HMK m. 317, 1) ancak yönetmelikte²⁵ belirtilen formun doldurulması suretiyle de dava açılabilir (HMK m. 317, 4). Basit

²³ Pekcanitez/Erdönmez, s. 14.

²⁴ Türk hukukunda ilk etapta, genel mahkeme olan asliye mahkemelerinin bir dairesi olarak kurulan asliye ticaret mahkemeleri; artık özel görevli mahkeme olduğundan, mahkemenin adındaki "asliye" kelimesinin çıkarılmasının ve "ticaret mahkemesi" şeklinde düzenlenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

²⁵ Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik, RG. 06.08.2015, S. 29437.

yargılama usulüne ilişkin bu düzenlemenin, takibi talebe bağlı bir çekişmesiz yargı işi olan konkordato talepleri bakımından da aynen uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. İcra ve İflâs Kanunu'nun 285. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, iflâs talebinde bulunabilecek her alacaklının, gerekçeli bir dilekçe ile, borçlu hakkında konkordato işlemlerinin başlatılmasını isteyebileceği düzenlemiş olsa da buradaki "dilekçe" kelimesi ile kanun koyucunun, başvurunun "sözlü" olarak yapılamayacağını vurgulamak istediğini söyleyebiliriz²⁶. Son tahlilde, borçlunun veya borçlu adına alacaklının konkordato taleplerinin, sözlü olarak yapılamayacağı ancak dilekçe ile veya yönetmelikte belirtilen formun doldurulması suretiyle yapılabileceği düşüncesindeyiz (HMK m. 317, 1-4 kıyasen).

Konkordato talebine ilişkin verilen dilekçe, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesindeki dava dilekçesinin içeriğini, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, barındırmalıdır²⁷. Bu bakımdan, mahkemenin adının konkordato talebine ilişkin dilekçede gösterilmesiyle, talepte bulunanın dilekçeyi vereceği görevli ve yetkili mahkeme belirlenmiş olacaktır. Ne var ki, borçlunun veya alacaklının mahkemeye sunmuş olduğu konkordato talebine ilişkin dilekçede mahkemenin adının (HMK m. 119, 1/a) bulunmamasının, yani talebin yapıldığı mahkemenin görev ve yetki yönünden açıkça belirtilmemesinin yaptırımı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Mahkemenin adının, yani konumuz özelinde görevli mahkemenin, konkordato talebinde belirtilmemesi durumunda, konkordato talebini inceleyecek mahkeme belirsiz olacağından, bu konkordato talebine ilişkin dilekçe tevzi bürosunca kabul edilmemeli ve hiçbir işleme esas alınmamalıdır²⁸. Şayet konkordato talebinin

²⁶ Aynı yönde bkz. Öztekin, *Konkordato*, s. 22; Hakan Albayrak, *İflâs Dışı Adi Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları*, Yetkin Yayınları, 2020, s. 57. Ancak öğretide Pekcanitez/Erdönmez, borçlunun konkordato talebini yazılı şekilde yapması açıkça öngörülmediğinden, sözlü olarak başvuruda bulunabileceği görüşündedir (Pekcanitez/Erdönmez, s. 9); aynı yönde bkz. Mahmut Coşkun, *Konkordato ve İflâs*, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 38; Sarısözen, s. 116.

²⁷ Aras, s. 98.

²⁸ Muhammet Özekes, "HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler", *DEÜHFD*, 16 (Özel Sayı), 2014, (Basım Yılı: 2015, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan), s. 283; aynı yönde bkz. Fatih Karamercan, *Dava ve Cevap Dilekçesinin Unsurları-Somutlaştırma Yükü*, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 23; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *Medenî Usûl Hukuku*, 2.B., Yetkin Yayınları, 2019, s. 362. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, davanın açılmış sayılmasının mümkün olmadığı görüşündedir (Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz/ Sema Taşpınar Ayvaz/ Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, 6.B., Yetkin Yayınları, 2020, s. 333). Budak/Karaaslan, dava dilekçesinin doğru mahkemeye verilmesi hâlinde, mahkemenin adının yazılmamış olmasının bir eksiklik sayılı-

yapıldığı yerde tevzi bürosu bulunmuyorsa, konkordato talebine ilişkin dilekçe kendisine hitaben yazılmadığı için kendisine talepte bulunulan mahkemenin söz konusu dilekçeyi kabul etmemesi gerekir. Öte yandan konkordato talebine ilişkin dilekçede mahkemenin adı yazılı olmasa da ihmâl veya bilgisizlik gibi herhangi bir sebeple, tevzi bürosundan dosyanın mahkemeye intikal etmesi ihtimalinde, yatırılan gider avansından (İİK m. 285, 4) karşılanmak üzere gereken masraf kullanılarak, konkordato talebine ilişkin dilekçe borçluya veya borçlu adına konkordato talep eden alacaklıya iade edilmelidir²⁹.

Konkordato talep eden borçlunun iflâsa tâbi olup olmadığı, görevli mahkemenin belirlenmesinde herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Nitekim borçlu, ister iflâsa tâbi olsun ister olmasın her iki durumda da konkordato talepleri asliye ticaret mahkemesine yapılacaktır³⁰. Ezcümle uygulamada, borçlu şirketin ortağı olan gerçek kişilerin şirketin borçlarına kefil oldukları, ancak borçlu şirketin konkordato talebinden faydalanamayacaklarından, borçlu şirketten ayrı olarak konkordato talep edip mühletin hükümlerinden faydalandıkları görülmektedir. İşte böyle bir ihtimalde, asliye ticaret mahkemesi hem şirketin hem tacir olmayan gerçek kişinin konkordato talepleri bakımından görevli olacaktır.

İflâstan sonra konkordato, hakkında iflâs kararı verilmiş olan borçlunun, iflâstan ve dolayısıyla müflislik sıfatından kurtulmak amacıyla, borçlarını yeniden yapılandırmasını sağlayan ve yeniden ticarî hayata dönüşüne olanak tanıyan bir konkordato türüdür³¹. Bu sebeple iflâsına hükmedilmiş olan bir borçlu veya bu borçlunun alacaklılarından biri, iflâsın açılmasından (İİK m.

maması gerektiği düşüncesindedir (Ali Cem Budak/ Varol Karaaslan, *Medenî Usul Hukuku*, 3.B., Adalet Yayınları, 2019, s. 175). *Yılmaz*, bu durumda HMK'nın 119. maddesinin ikinci fıkrasının kıyasen uygulanması gerektiği görüşündedir. (Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2.B., Yetkin Yayınları, 2013, s. 822). Karşılı ise, eksikliğin dava açılırken fark edilmesi hâlinde hâkimin, dava açmak isteyen kişiye bu eksikliği hemen tamamlattırması gerektiğini ifade etmektedir (Abdurrahim Karşılı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 5.B., Filiz Kitabevi, 2020, s. 416).

²⁹ Özkes, *Dilekçe*, s. 283.

³⁰ Öztekin, *Konkordato*, s. 171.

³¹ Ergun Önen, "İflâstan Sonra Konkordato", *BATİDER*, 8 (3), 1976, s. 79; İlhan E. Postacıoğlu, *Konkordato Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1965, s. 15; Enver Buruloğlu/ Yuda Reyna, *Konkordato Hukuku ve Tatbikat*, Yörük Matbaası, 1968, s. 110; Saim Üstündağ, *İflâs Hukuku (İflâs, Konkordato, İptal Davaları)*, 7.B., Sena Ofset Ambalaj Matbaa, 2007, s. 263; Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Meral Sungurtekin Özkan/ Muhammet Özkes, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 7.B., On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 528; Pekcanitez/Erdönmez, s. 6; Sarısözen, s. 599; Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz/ Sema Taşpınar Ayvaz/ Emel Hanağası, *İcra ve İflâs Hukuku*, 6.B., Yetkin Yayınları, 2020, s. 587.

165, 1) paraların kesin dağıtılmasına (İİK m. 250) kadar olan zaman diliminde konkordato talep edilebilir³².

İflâstan sonra konkordato da, aynen adi konkordatoda olduğu gibi borçlu yani müflis tarafından yapılacak bir konkordato talebiyle başlar. Ancak adi konkordatodan farklı olarak burada konkordato talebi, asliye ticaret mahkemesine değil, masanın kanunî temsilcisi olan iflâs idaresine yapılır (İİK m. 226, 1; 309, 1).

Şayet birinci alacaklılar toplanması mümkün olmadığı veya karar nisabı oluşmadığı için iflâs idaresi seçilememişse durum tespit olunur. Bu hâlde iflâs dairesi, ikinci alacaklılar toplanmasına kadar masayı idare eder ve tasfiyeye başlar (İİK m. 239). İşte böyle bir ihtimalde müflis, konkordato talebini iflâs dairesine yapmalıdır³³.

Konkordato talebinden sonra iflâs idaresi bir ilân yaparak, alacaklıları ikinci alacaklılar toplanmasına davet eder ve bu ilânda müflisin konkordato talep ettiğini ve toplantıda bu hususun da görüşüleceğini bildirir (İİK m. 237, 3; 309, 1). Bu ilân üzerine toplanan ikinci alacaklılar toplanması, müflisin konkordato talebini inceleyip müzakere ederek bu talebin kabulüne veya reddine karar verir³⁴.

Müflis, konkordato talebini birinci alacaklılar toplanmasına yaparsa, alacaklılar tasfiyeyi tatil edebilirler (İİK m. 224, 2). Zira konkordato talebi birinci alacaklılar toplanmasına yapılmış olsa dahi bunu her hâlükârda yine ikinci alacaklılar toplanması inceleyecektir³⁵.

³² Önen, Konkordato, s. 83; Necmeddin M. Berkin, *İflâs Hukukunda Konkordato*, Üniversite Kitabevi Yayınları, 1948, s. 116; Buruloğlu/Reyna, s. 110; Akil, s. 334.

³³ Basit tasfiye hâlinde ise müflisin konkordato talebini iflâs dairesine vermesi gerekir. Bu talebin görüşülmesi için alacaklılar toplantısı yapılması amacıyla gerekli olan masraflar için avans verilirse, alacaklıları konkordato talebini görüşmek üzere toplanmaya davet etmek zorunlu olacaktır (İİK Niz. m. 53). Ayrıca bkz. Önen, Konkordato, s. 82, 88.

³⁴ Konkordato talebinin alacaklılar tarafından kabul edildiği toplantının yapıldığı tarihten, konkordatonun mahkemece tasdik edildiği tarihe kadar geçen sürede müflisin mallarının paraya çevrilmesi durur. Bu süre altı ayı geçemez (İİK m. 309, 3).

³⁵ Önen, Konkordato, s. 87; Akil, s. 334; Sümer Altay/ Ali Eskiocak, *7101 Sayılı Kanun'la Yapılan Düzenlemelerin Işığında Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku*, 4.B., Vedat Kitapçılık, 2018, s. 424; Sarısözen, s. 461; Serdar Kale, *Sorularla Konkordato (İflas Dışı ve İflas İçi Adi Konkordato)*, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 95; Serdar Kale, "İflas İçi Adi Konkordato Uygulamasında Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar" Yasin Çevik and Menekşe Örne (Ed.), *MİHBİR 13. Antalya Toplantısı, 9-10 Ekim 2015 Antalya*, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2017, s. 273.

Konkordato, ikinci alacaklılar toplanmasından önce fakat toplantıya davet ilânından sonra talep edilirse, gündem daha önceden belirlenmiş olduğundan, konkordato talebi ikinci alacaklılar toplantısında görüşme konusu yapılamayacaktır. Öte yandan konkordato talebi ikinci alacaklılar toplanmasından sonra yapılırsa, ikinci alacaklılar toplantısı yapılmış olduğundan, söz konusu talep görüşülemeyecektir. İşte bu ihtimallerde, konkordato talebinin görüşülmesi için yeniden alacaklılar toplantısı yapılması yerinde olacaktır (bkz. İİK m. 240)³⁶.

Malvarlığının terki suretiyle konkordatoda borçlu, adi konkordatoda olduğu gibi, alacaklılarına belirli bir miktar para ödemeyi teklif etmez; aksine malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisini alacaklılarına terk ederek bu malvarlığının alacaklılar tarafından tasfiye edilmesini ister³⁷. Malvarlığının terki suretiyle konkordato taleplerinde görevli mahkeme İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenmiştir. Zira İcra ve İflâs Kanunu'nun 285 ilâ 308/g maddeleri niteliğine aykırı düşmedikçe malvarlığının terki suretiyle konkordatoda da uygulanacağından (İİK m. 309, 1); malvarlığının terki suretiyle konkordato talepleri iflâsa tâbi olan borçlu için işlem merkezinin bulunduğu yerdeki, iflâsa tâbi olmayan borçlu için ise yerleşim yerindeki asliye ticaret mahkemesine yapılır (İİK m. 309, 1; 285, 3).

II. “İŞ DAĞILIMI”, “İŞ BÖLÜMÜ” VE “GÖREV” KAVRAMLARININ İNCELENMESİ

28/02/2018 tarihli ve 7101 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 46. maddesiyle İcra ve İflâs Kanunu'na eklenen geçici 14. maddesinin ikinci fıkrasının, “Hâkimler ve Savcılar Kurulu, 26/09/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 5. maddesinin beşinci fıkrasındaki belirleme yetkisi kapsamında, konkordato konusunda uzman asliye ticaret mahkemesini, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki hafta içinde belirler.” hükmü uyarınca, konkordato konusunda ihtisaslaştırılmış asliye ticaret mahkemelerinin belirlenmesi hususu Hâkimler ve Savcılar Kurulu Birinci Dairesi'nce görüşülmüştür. Bunun üzerine; adi konkordatodan kaynaklanan taleplere; üç ve daha az asliye ticaret mahkemesi bulunan yerlerde (1) numaralı asliye ticaret mahkemesinin, üçten fazla asliye ticaret mahkemesi

³⁶ Aynı yönde bkz. Önen, Konkordato, s. 87.

³⁷ İbrahim Ercan, *Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato*, Mimoza Yayınları, 2008, s. 102.

bulunan yerlerde ise (1), (2) ve (3) numaralı asliye ticaret mahkemelerinin ihtisas mahkemesi olarak belirlenmesine karar verilmiştir³⁸.

Bu başlık altında, Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun bu belirlemesinin hukukî niteliğinin doğru bir şekilde tespit edilebilmesi amacıyla öncelikle, usul hukukunda iç içe geçmiş bir şekilde kullanılan “iş dağılımı”, “iş bölümü” ve “görev” kavramlarına konumuz dâhilinde sınırlı olarak kısaca değinmekte fayda görmekteyiz³⁹. Nitekim Alman hukukunda, Türk medeni usul hukukunun terminolojisinden farklı olarak görevi ve yetkiyi kapsayan bir üst kavram (Zuständigkeit) bulunmaktadır⁴⁰. Bununla birlikte aşağıda da ayrıntılı olarak inceleneceği üzere; iş dağılımı, iş bölümü ve görev kavramlarının bazı ilişkileri açıklamada yetersiz kaldığı görülmektedir.

Aynı yerde aynı nitelikteki mahkemeden birden fazla bulunuyorsa, bunlar arasındaki ilişki *iş dağılımı* (Geschäftsverteilung) ilişkisidir (bkz. GVG §21a)⁴¹. İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde genel veya özel bir mahkemenin birden fazla dairesi oluşturulabilir ve bu daireler; 6. asliye hukuk mahkemesi, 9. asliye hukuk mahkemesi vb. şeklinde numaralandırılır. İşte, aynı yargı çevresi içinde kurulan birden fazla genel veya özel mahkemelerin

³⁸ RG. 05.04.2018, S. 30382.

³⁹ İdarî yargıda “görev” kavramının yanında “iş dağılımı” kavramının da kullanıldığı ve bu iki kavramın iç içe geçtiği hususunda ayrıca bkz. Dilşat Yılmaz, “İdarî Yargıda ‘Görev’, ‘İş Bölümü’, ‘İş Dağılımı’ Paradoksu”, *GÜHFD*, 17 (4), 2013, s. 266.

⁴⁰ Adolf Baumbach/ Wolfgang Lauterbach/ Jan Albers/ Peter Hartmann, *Zivilprozessordnung*, 75. Auflage, München 2017, Grdz §1, Rn. 5, s. 34. Ancak Berkin, “Zustaendigkeit” kavramını “adli yetki” olarak çevirmiştir (Necmeddin M. Berkin, “Alman Hukukunda Vazife ve Salahiyet”, *Devletler Hususi Hukuku Ordinaryus Profesörü Muammer Raşit Seviğ'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*, 1956, s. 277.

⁴¹ Jürgen Brandt/ Michael Sachs, *Handbuch Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, Heidelberg 2009, s. 370; Stein/Jonas/Schumann, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Tübingen 2014, §1, bis 120; Walter Zeiss/ Klaus Schreiber, *Zivilprozessrecht*, Tübingen 2014, §11, bis 65; Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1979, s. 9; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, Usul, s. 104-105; Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özeker, *Medeni Usûl Hukuku*, 14.B., Yetkin Yayınları, 2013, s. 191; L. Şanal Görgün/ Levent Börü/ Barış Toraman/ Mehmet Kodakoğlu, *Medeni Usûl Hukuku*, 9.B., Yetkin Yayınları, 2020, s. 79; İlhan E. Postacıoğlu/ Sümer Altay, *Medeni Usûl Hukuku Dersleri*, 7.B., Vedat Kitapçılık, 2015, s. 72; Mine Akkan, “§2, §3, §4” Hakan Pekcanitez, Muhammet Özeker, Mine Akkan and Hülya Taş Korkmaz (Ed.), *Medeni Usûl Hukuku, C.1*, 15.B, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 265 vd. Ersin Erdoğan/ Uğur Bulut, “İşlev İtibariyle Yetki (Mahkemenin İşlevi)”, *MİHDER*, 14 (39), 2018, s. 96; Ali Çetin Aslan, “Prof. Dr. Necmeddin Berkin’in Medeni Usul Hukukunda Geniş Anlamda Yetki Kuralları ve Bu Bağlamda Görev Kurallarına İlişkin Görüşlerinin Değerlendirilmesi”, *DEÜHFD*, 22 (1), 2020, s. 330.

arasındaki bu ilişki “iş dağılımı” ilişkisi olup⁴² özel kanunlarda başkaca hüküm bulunmadığı takdirde, dosya sayılarındaki eşitliğin sağlanması amacıyla, gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenir. İş dağılımına ilişkin kararlar Resmî Gazete’de yayımlanır (5235 s. K. m. 5, 5). İş dağılımına taraflar itirazda bulunamayacakları gibi mahkeme de iş dağılımı sebebiyle kendi görevine giren davaya veya işe bakmaktan çekinemez (bkz. 5235 s. K. m. 5, 5, c. 5)⁴³.

İş bölümü ilişkisi, şu an için sadece bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay daireleri açısından uygulama alanı bulmaktadır (Yargıtay K. m. 14, 1; HSKK m. 9, 1/f; 5235 s. K. m. 35, 4)⁴⁴. İlk derece yargılamasında ise aynı yerdeki asliye hukuk mahkemesi ile asliye ticaret mahkemesi arasındaki ilişki, 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁴⁵ değişikliğinden önce, iş bölümü ilişkisi olarak görülmekteydi⁴⁶. Bunun sebebi ise Türk hukukunda asliye ticaret mahkemelerinin ilk etapta, özel mahkeme olarak değil, asliye mahkemelerinin bir dairesi şeklinde düzenlenmiş olmasıydı. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu yürürlüğe girdikten sonra 6335 sayılı Kanun ile Türk Ticaret Kanunu’nun 5. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında değişiklik yapılarak, asliye hukuk mahkemesi ile asliye ticaret mahkemesi arasındaki ilişki görev ilişkisi olarak değiştirilmiş ve bu durumda göreve

⁴² Öğretide *Atalı*, asliye ticaret mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasındaki ilişkiden farkını ortaya koymak için bu ilişkinin “adi işbölümü ilişkisi” olduğu görüşündedir (Murat Atalı, *Genel Mahkemelerle Ticaret Mahkemeleri Arasındaki İşbölümü*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 1993, s. 88).

⁴³ Kuru, *Ders Kitabı*, s. 84; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, *Usul*, s. 105; Pekcantez/Atalay/Özekes, s. 191; Karşlı, 2020, s. 73.

⁴⁴ Necmeddin M. Berkin, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, Hamle Matbaası, 1969, s. 55; Postacıoğlu, *Usul*, s. 98; Kuru, *Usul C. I*, s. 65; Necip Bilge/ Ergun Önen, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Sevinç Matbaası, 1978, s. 53. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, *Hanağası*, Yargıtay daireleri arasındaki ilişkide iş bölümü ve iş dağılımı kavramlarını aynı anlamda kullanmışlardır (Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz, *Hanağası*, *Usul*, s. 97). Pekcantez/Atalay/Özekes ise Yargıtay daireleri arasındaki ilişkiyi iş dağılımı ilişkisi olarak nitelendirmektedir (Pekcantez/Atalay/Özekes, s. 134).

⁴⁵ RG. 30.06.2012, S. 28339.

⁴⁶ Öğretide bu ilişki, “basit iş bölümü” ilişkisi olarak da nitelendirilmektedir (Atalı, s. 47, 51; Nesibe Kurt Konca, *Ticari Yargılama Hukuku*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2002, s. 84). Öte yandan Postacıoğlu, bu ilişkinin, “dahili (iç) iş bölümü” ilişkisi olduğunu savunurken, *Ansay* ise bu ilişkinin “görev ve işbölümü karışımı” olduğu görüşündedir (İlhan E. Postacıoğlu, “Bizde Ticaret Mahkemeleri Islaha Muhtaç Mıdır?”, *İzmir Barosu Dergisi*, 1947/42, s. 10; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 4.B., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1960, s. 78).

ilişkin usul hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır (bkz. TTK m. 5, 3). Usul hukukunda esasen iş dağılımı ve iş bölümü ilişkileri birbirinden farklıdır. Ezcümle, iş bölümü bir ilk itiraz olarak ileri sürülmekte (bkz. 7251 s. Kanun değişikliğinden önce HMK m. 116, 1/c) olup bu itirazın kabulü hâlinde mahkeme gönderme kararı vermekteydi. Ancak münhasıran iki tarafın arzusuna tâbi olmayan işler bakımından ise asliye hukuk mahkemesi ile asliye ticaret mahkemesi arasında görev ilişkisine benzeyen bir ilişki geçerliydi.

Ne var ki, bu farklılıklara rağmen Türk hukukunda “iş dağılımı” ile “iş bölümü” kavramlarının kullanım yerleri ve hukukî sonuçları noktasında bir kavram kargaşası bulunmaktadır.

Öğretide *Berkin*, 469 sayılı Mehakimi Şer’iyyenin İlgasına ve Mehakimin Teşkilâtına Ait Ahkâmı Muaddil Kanunu ile 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun yürürlükte olduğu dönemde, genel hükümlerle veya kişiler hukuku ile ya da taşınmazlarla ilgili davalara bakmak üzere bir mahkemenin dairelere ayrılması durumunda, bu daireler arasındaki ilişkiyi “iş bölümü” ilişkisi olarak nitelendirmiştir⁴⁷. Öte yandan yazar, yargılamanın uzamaması için asliye mahkemesinin bir dairesinin başka dairesinin alanına giren bir davaya bakıp hüküm vermesinin ise bozma sebebi sayılmaması gerektiği düşüncesindedir⁴⁸.

Belgesay, asliye mahkemelerinin birden fazla daireye ayrıldığı dönemde bir dairenin diğer bir dairenin konusuna giren uyuşmazlıklara bakmasının mümkün olduğunu, zira asliye mahkemesinin tek olduğunu, dairelerin ise bu asliye mahkemesini temsil ettiğini, dairelerin asliye mahkemesinin görevine giren bütün dairelerin bakacağı uyuşmazlıklara bakabileceğini savunmuştur. Ayrıca yazar, mahkemelerin görevinin ancak kanunla belirlenebileceğinden, dava ve işlerin daireler arasında bu şekilde dağıtılmasının Adalet Bakanlığı’nın iç işleyişi olduğunu, asliye mahkemesinin bir dairesinin başka bir dairesine ait olan bir davaya bakmasının ise görev kurallarına aykırılık sebebiyle bozma sebebi sayılamayacağını⁴⁹, görev itirazının ancak adli ve idarî yargı mahkemeleri ile asliye mahkemeleri ve sulh mahkemeleri arasındaki ilişki

⁴⁷ *Berkin, Medeni Usul*, s. 48; Necmeddin M. *Berkin, Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi*, Filiz Kitabevi, 1981, s. 48.

⁴⁸ *Berkin, Rehber*, s. 41.

⁴⁹ M. Reşit *Belgesay, Teorik ve Pratik Adliye Hukuku, C. 1*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1935, s. 116-117; M. Reşit *Belgesay, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi Teoriler I*, 4.B., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1956, s. 82.

bakımından mümkün olduğunu ifade etmiştir⁵⁰.

Postacıoğlu, bir yerdeki mahkemelerin daireleri arasındaki ilişkiyi “iş bölümü” ilişkisi olarak nitelendirmektedir⁵¹.

Kuru ise, aynı mahkemenin daireleri arasındaki ilişkiyi “iş bölümü (iş dağıtımı)” ilişkisi olarak nitelendirmekte, yani “iş bölümü” ile “iş dağıtımı” kavramlarını aynı anlamda kullanmaktadır. Ne var ki yazar, bir yerdeki asliye ticaret mahkemelerinin daireleri arasındaki ilişkiyi ise “iş bölümü” ilişkisi olarak değerlendirmektedir⁵².

Yargıtay da 1992 tarihli bir içtihadı birleştirme kararında, aynı yargı çevresindeki aynı düzey ve aynı sıfatta yer alan mahkemelerin daireleri arasında iş bölümü ilişkisi olduğuna işaret etmiştir⁵³.

Görev ise, davaya bir yerdeki mahkemelerden, dava konusu itibarıyla

⁵⁰ M. Reşit Belgesay, “Davalar Nasıl Yürüyor? Daha Çabuk, Daha Garanti ile Yürümesinin Çareleri-Muhakeme Usulü Kanunu Projesi”, İÜHFİM, 15 (1), 1949, s. 220.

⁵¹ İlhan E. Postacıoğlu, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6.B., Sulhi Garan Matbaası, 1975, s. 89-90. Aynı yönde bkz. Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II*, 7.B., Filiz Kitabevi, 2000, s. 52.

⁵² *Kuru, Ders Kitabı*, s. 85; Baki Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 3.B., Yetkin Yayınları, 2019, s. 85; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I*, 6.B., Demir-Demir Yayıncılık, 2001, s. 57.

⁵³ “... gereken yerlerde aynı düzeyde, aynı sıfat ve görevle birden fazla mahkeme kurulacağına cevaz veren bir düzenleme getirilmiştir. Gerçekten nüfus arttıkça bir yargı çevresinde kurulan bir sulh mahkemesi, asliye hukuk veya asliye ticaret veya iş mahkemesi yeterli olmamakta; ihtiyaca yetecek kadar aynı düzeyde mahkeme kurulmakta ve asliye birinci, ikinci, üçüncü hukuk mahkemesi gibi adlarla adlandırılmaktadır. Bunlar tamamen aynı nitelikte mahkemeler olup hiçbir zaman asliye birinci veya ikinci hukuk mahkemesine hitaben dava açılmamaktadır. Dava doğrudan doğruya “asliye hukuk mahkemesi”ne hitaben açılmakta ancak iş bölümü esasına göre dosyalar bu mahkemelere dağıtılmaktadır. Bu mahkemelerin hepsi görevli oldukları davaların tümüne bakmaya yetkilidirler. Ne var ki iş çokluğu, görevli oldukları davalar açısından iş bölümünü doğurmuştur. Aralarında hiçbir zaman bir görev ilişkisi mevcut değildir. Gene bu şekilde kurulan mahkemelerden bir veya birkaçı kaldırılırsa baktıkları işler aynı sıfat ve görevle kurulan diğer mahkemelere devredilmektedir. Yasa ile sağlanan bu olanak tamamen işlerin sür’atle çıkmasını kolaylaştırma amacına yönelik bulunmaktadır. Yasa koyucunun amacı mevcut olandan farklı, ayrı bir mahkeme kurmak olmayıp mevcudun sayısını artırmaktır.” [İBK. 14.02.1992, 1991/3, 1992/2 (RG. 01.05.1992, S. 21215)]. Yargıtay yine bu içtihadı birleştirme kararına paralel olarak verdiği bir kararda, “iş dağılımı” kavramı yerine “iş bölümü” kavramını kullanmış ve bir yerdeki birden fazla asliye hukuk mahkemelerinin, asliye ticaret mahkemelerinin veya sulh hukuk mahkemelerinin kendi aralarındaki ilişkinin gerçekte bir iç ilişki niteliği taşıyan bir iş bölümü ilişkisi olduğuna karar vermiştir (YHGK. 15.04.2011, 11-61/188: www.kazanci.com.tr).

hangisinin bakacağını belirtir⁵⁴. Göreve ilişkin kurallar kamu düzenindedir (HMK m. 1, 1)⁵⁵. Bu sebeple mahkeme görevli olup olmadığını davanın her aşamasında kendiliğinden gözetir ve taraflar da mahkemenin o davaya bakmakta görevsiz olduğunu her zaman ileri sürebilirler (HMK m. 115, 1). Mahkemelerin görevi ancak Kanunla belirlendiğinden (AY m. 142, HMK m. 1), idare tarafından Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya yönetmelik gibi düzenleyici idarî işlemler aracılığıyla göreve yönelik herhangi bir hüküm konulamaz.

III. ASLİYE TİCARET MAHKEMELERİNİN DAİRELERİ ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Anayasa'nın 142. maddesi, mahkemelerin kuruluşunun, görev ve yetkilerinin, işleyişinin ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceğini hüküm altına almış ve bu anayasal hükmün bir yansıması olarak da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 1. maddesi, mahkemelerin görevinin, ancak kanunla düzenleneceğini ve göreve ilişkin kuralların kamu düzenine ilişkin olduğunu belirtmiştir. Öğretide, bu yasal düzenlemeler ışığında kanun koyucunun, söz konusu düzenlemeyle yetki devri yapamayacağı bir konuda, Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nu hukuka aykırı bir şekilde yetkili kıldığı ve belli hukukî uyumsuzlukların çözüme kavuşturulmasındaki ihtisaslaşma olgusu ve işin niteliği gözetilerek asliye ticaret mahkemesi özelinde bir belirlemede bulunulmasının görev tayini anlamına geldiği, bunun da ancak ve ancak kanunla yapılması gerektiği görüşü hâkimdir⁵⁶. Nitekim öğreti, bu

⁵⁴ Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C.I*, Yetkin Yayınları, 2020, s. 119; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 148; Üstündağ, *Usul*, s. 139; Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 2.B., Millî Eğitim Basımevi, 1947, s. 58; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, *Usul*, s. 200. Berkin ise, görev kavramını yargı yolunu da içine alacak şekilde geniş anlamda kullanmaktadır (Berkin, *Rehber*, s. 36-37). Belgesay, bir mahkemenin davayı sonuçlandırmak için sahip olduğu iktidarı "salahiyet" olarak nitelendirmiş ve "yetki" veya "salahiyet" kelimesini dar ve teknik anlamda yer itibarıyla yetkiyi ifade eder şekilde veya görevi içerisine alacak şekilde geniş anlamda kullanmıştır (Belgesay, *Teoriler I*, s. 89; M. Reşit Belgesay, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1939, s. 5). Bilge/Önen ise, üst kavram olarak "iş dağıtımı" kavramını kullanmış ve bu kavramın alt başlığı olarak yargı yolunu kapsayacak şekilde geniş anlamda görevi ve yer itibarıyla yetkiyi ele almıştır (Bilge/Önen s. 134).

⁵⁵ Davaların görev itibarıyla farklı mahkemelerde görülmesinin, kamu düzenini bozacak bir yönü olmadığı görüşü için bkz. Ali Cem Budak, "Kılı Kırk Yarma Makinası" *Medeni Usul Hukukunda Kavram İctihadi Ve Menfaat İctihadi*, Filiz Yayınları, 2021, s. 212.

⁵⁶ Bkz. Süha Tanrıver, "Tâbii Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı", TBB, (104), 2013, s. 12; Süha Tanrıver, "Hukuk Yargısı Bağlamında Etkin Hukukî Korunmanın Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine Bazı Düşünceler", *Makalelerim III*, Yetkin Yayınları, 2016, s.95;

durumun hukuk devleti ilkesi (AY m. 2) ve kanunilik ilkesi (AY m. 142) ile tabii hâkim ilkesine (AY m. 37) aykırı olduğu, aynı zamanda hukukî güvenlik ilkesini zedelediği düşüncesindedir⁵⁷.

Konkordato talepleri özelinde ise asliye ticaret mahkemesinin daireleri arasındaki iş dağılımını Hâkimler ve Savcılar Kurulu; ticarî uyuşmazlığın türünü temel alarak yapmış ve üç ve daha az asliye ticaret mahkemesi bulunan yerlerde (1) numaralı asliye ticaret mahkemesini, üçten fazla asliye ticaret mahkemesi bulunan yerlerde ise (1), (2) ve (3) numaralı asliye ticaret mahkemelerini ihtisas mahkemesi olarak 5235 sayılı Kanun'un 5. maddesine dayanarak belirlemiştir⁵⁸. Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun ilk derece mahkemesi olan asliye ticaret mahkemeleri arasındaki iş dağılımına yönelik verdiği kararda sadece dairelerin iş yoğunluğu dikkate alınmamış, aynı zamanda konkordato taleplerine bakmakla görevlendirilen mahkemelerin konkordato hukuku konusunda ihtisaslaşması da sağlanmak istenmiştir⁵⁹.

Öncelikle, Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından yapılan bu dağılımın görev tayini anlamına gelip gelmediği hususu üzerinde durmamız gerekir.

Özel mahkemelerin temelinde, toplum düzenindeki gelişmeye paralel

Atalı/Ermenek/Erdoğan, *İcra*, s. 641; Abdurrahim Karşı, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 3.B., Alternatif Yayıncılık, 2012, s. 130; Nesibe Kurt Konca, "Asliye Ticaret Mahkemelerinde Yargılama Usulü", *Özel Mahkemeler ve Özel Mahkemelerdeki Yargılama Usulü, MİHBİR XVII. Antalya Toplantısı/4-5 Ekim 2019*, Emsal Matbaa, 2021, s. 20; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 80. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası ise Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun yaptığı bu dağılımın kanunen görevlendirilmiş bir mahkemenin görev alanını daraltma sonucunu doğurduğunu da ifade etmektedir (Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, *Usul*, s. 105).

⁵⁷ Bkz. Tanrıver, *Tâbii Hâkim* s. 12; Süha Tanrıver, *Medeni Usûl Hukuku, C. I*, Yetkin Yayınları, 2016, s. 97; Tanrıver, *Etkin Hukukî Korunma*, s. 95; Akkan, *Pekcanitez Usûl*, s. 114; Murat Atalı/ İbrahim Ermenek/ Ersin Erdoğan, *İcra ve İflâs Hukuku*, 2.B., Yetkin Yayınları, 2019, s. 641; Karşı, *2012*, s. 130; Kurt Konca, *MİHBİR*, s. 20; Nesibe Kurt Konca, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Asliye Ticaret Mahkemeleri", *TAAD*, (15), 2013, s. 115-116; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 80; Kuru, *Usul C. I*, s. 58; Muhammet Özkes/ Murat Atalı, "7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler" Ömer Ekmekçi, Ayşe Köme Akpulat, Özge Yıldız-Hakkakul, Ayşe Ledün Akdeniz, İrem Yayvak Namlı and Ash Çalışkan (Ed.), *Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı (23 Aralık 2017)*, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 51.

⁵⁸ Şener ise asliye ticaret mahkemeleri arasındaki ilişkinin "iş dağılımı" ilişkisi olduğu görüşündedir (Oruç Hami Şener, *Ticari Uyuşmazlıklarda Ticaret Mahkemelerinin Görev Alanı ve Yetki Sözleşmesi*, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 227).

⁵⁹ Hâkimler ve Savcılar Kurulu; vergi suçları, bilişim suçları, finansal suçlar, finansal uyuşmazlıklar, sendikâli uyuşmazlıklar ve kamulaştırma davalarına ilişkin yeni ihtisas daireleri de belirlemiştir (RG. 30.11.2021, S. 31675).

olarak artan ve ayrı bir ihtisaslaşma gerektiren uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması ihtiyacı vardır⁶⁰. Sosyal ve hukukî ilişkilerde yaşanan karmaşıklık, bilim ve teknolojideki gelişmeler ile ayrı bir uzmanlık gerektiren uyuşmazlıkların giderek artması neticesinde kurulan özel mahkemeler, kuruluş amacından giderek de uzaklaşarak artık “ihtisaslaşma” esasından hareket etmektedir⁶¹. Bu sebeple, bir yerde özel görevli mahkeme kurulmasındaki temel kıstas, o yerde, kurulmak istenen özel görevli mahkemenin görev alanına giren uyuşmazlıkların yoğun bir biçimde ortaya çıkmasıdır⁶². Bu bakımdan özel mahkemelerin, yargılamanın hızlandırılması ve etkinliğinin artırılması açısından oldukça gerekli olduğunu söyleyebiliriz. Hatta ayrı bir asliye ticaret mahkemesinin kurulmadığı dönemde öğretilerde, ihtisaslaşmanın önemine vurgu yapılarak asliye mahkemelerinin ticaret dairelerinin yanında, ahkâmî şahsiye, deniz ticareti ve taşınmaz davalarına bakacak dairelere de ayrılması gerektiği savunulmuştur⁶³.

7101 sayılı Kanun’un 46. maddesiyle İcra ve İflâs Kanunu’na eklenen geçici 14. maddesinde geçen “ihtisas mahkemesi” kavramı ile “görev kuralları” ve buna bağlı olarak müstakil bir “ihtisas mahkemesi” kurulduğu kastedilmemiş olup esasen bu kavram “ihtisas dairesi” anlamında kullanılmıştır. Buradaki “ihtisas mahkemesi” kavramı ile konkordato taleplerinin incelenmesinde görev alan hâkimlerin konkordato hukukunda uzman olmaları gerekliliğine ve uyuşmazlığın niteliğine göre daireler arasında iş dağılımı yapıldığına işaret edilmiştir⁶⁴.

Hâkimler ve Savcılar Kurulu, konkordato taleplerine bakmakla görevli bir ihtisas mahkemesi kurmamış, sadece Kanun’dan aldığı yetki ile kamu düzenini doğrudan ilgilendiren, oldukça karmaşık bir yapıya sahip olan ve ekonomik bir boyutu bulunan konkordatonun, yine bir ihtisas mahkemesi

⁶⁰ Ramazan Arslan/ Süha Tanrıver, *Yargı Örgütü*, 2.B., Yetkin Yayınları, 2001, s. 41; Üstündağ, *Usul*, s. 48.

⁶¹ Sema Taşpınar Ayvaz, “Medeni Yargı İlk Derece Mahkemeleri Bakımından Yargı Örgütü Hukukundaki Gelişmeler”, *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı (3-7 Ocak 2006)*, s. 228.

⁶² Süha Tanrıver, “Hukuk Yargısının Temel Sorunları ve Bu Bağlamda Alınması Gereken Temel Önlemler”, *Türkiye Barolar Birliği ‘Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisi’ Belgesi Gölgesinde Yargı Reformu Sempozyumu, 18-20 Haziran 2008*, Ankara, s. 205.

⁶³ Ali Ş. Erkün, “Tatbikat Notları ve Her İşe Bakan Mahkemelerde Vazife İtirazı”, *AD*, 1938/1-2, s. 1384. Karşı görüş için bkz. M. Reşit Belgesay, “İhtisas Mahkemeleri ve Mahkemeler Arasındaki Vazife İhtilafı”, *İÜHF*, 9 (1-2), 1943, s. 251.

⁶⁴ Öğretilerde *Kuru*, iş dağılımının işlerin nevine (çeşidine) göre değil, işlerin miktarına göre yapıldığı görüşündedir (*Kuru, Usul C. I*, s. 58).

olan asliye ticaret mahkemesinin belirli dairelerinde görülmesine karar vermiş ve böylelikle konkordato hukukunda uzman hâkimlerin yetişmesine olanak sağlamaya çalışmıştır. Nihayetinde, işin ve uyuşmazlığın niteliğine göre asliye ticaret mahkemelerinin daireleri arasında bu şekilde bir dağılım yapılması, konkordato hukukuna özgü davaları çözmekle görevli asliye ticaret mahkemelerinin haricinde başkaca bir ihtisas mahkemesi kurulduğunu göstermez⁶⁵. Öte yandan asliye ticaret mahkemelerinin Hâkimler ve Savcılar Kurulu kararı ile belirlenmiş daireleri, sadece konkordato hukukuna ilişkin dava ve işlere bakmamakta, aynı zamanda konkordato hukuku haricindeki diğer tüm ticarî dava ve işlerde de (TTK m. 4) (mesela sigorta hukuku, şirketler hukuku ve kıymetli evrak hukuku gibi) görev almaya devam etmektedir.

İşin ve uyuşmazlığın niteliğine göre dağılım yapılması ve daireler arasında ihtisaslaşma sağlanması, esasen mahkemelerdeki iş yoğunluğuna ve dosya sayısına bağlıdır. Zira 7101 sayılı değişiklikle birlikte, konkordato taleplerinde 2018 yılının öncesine oranla ciddi bir artış olması, asliye ticaret mahkemelerine ilaveten bir dosya yükünü de beraberinde getirmiştir. Konkordato taleplerine bağlı olarak asliye ticaret mahkemelerinin dosya sayısında bir artış olunca, Hâkimler ve Savcılar Kurulu öncelikle bu konkordato taleplerindeki iş yoğunluğunu belirli bir dairede birleştirerek, diğer dairelerin işlerinin sırf bu sebeple aksamasının önüne geçmek istemiştir. Hâkimler ve Savcılar Kurulu kararı neticesinde, konkordato taleplerinin asliye ticaret mahkemesinin sadece belirli daireleri tarafından incelenecek olması ile bu belirlenen dairelerdeki hâkimler, konkordato hukukunda elbette tecrübe kazanacaktır. Hâkimler ve Savcılar Kurulu kararı, sadece bu yönü ile dahi adalete erişim noktasında fırsat eşitliği sağlamaktadır.

Nihayetinde, Hâkimler ve Savcılar Kurulu'na bağımsız bir mahkeme kurma yetkisi verilmediği, Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun Kanun'dan aldığı yetki ile konkordato taleplerinde Anayasa'ya ve Kanun'a uygun olarak iş yoğunluğunu ve dosya yükünü temel alarak asliye ticaret mahkemeleri arasında yaptığı iş dağılımının doğal sonucunun bu daireler arasında konkordato hukuku alanında ihtisaslaşma olgusunu ortaya çıkardığı ve bu dağılımın iç ilişkiyi ilgilendiren bir husus olduğu kanaatindeyiz.

Hâkimler ve Savcılar Kurulu, yürütme organı içinde yer almasa da, bu Kurul'un kararlarının idarî işlem olduğuna şüphe yoktur. Anayasa Mahkemesi

⁶⁵ Karşı görüş için bkz. Tanrıver, *Tâbiî Hâkim*, s. 13; Karşı, *2012*, s. 129; Atalı, s. 88; Kurt Konca, *MİHBİR*, s. 20 vd.

de, Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun idarî bir organ niteliğini haiz olduğu ve aldığı kararların da yargı kararı olmayıp idarî işlem niteliğinde olduğu görüşündedir⁶⁶. Nitekim asliye ticaret mahkemeleri görev tanımları içinde yargılama yapmaya devam edecek ancak bu mahkemelerin birden fazla daire şeklinde teşkilatlandığı yerlerde Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun alacağı bir kararlar, daireler arasında asliye ticaret mahkemesinin görev alanına giren konkordato taleplerine göre bir dağılım yapılabilecektir. Bu sebeple asliye ticaret mahkemeleri özelinde yapılan iş dağılımı (HSKK m. 9, 1/f), Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kanunu tarafından verilen yetki hiçbir şekilde aşılardan, salt idarî bir işlemle yapılmış olup sadece asliye ticaret mahkemeleri bünyesinde iç işleyiş bakımından bir ihtisaslaşmanın sağlanması istenmiştir. Şüphesiz, uyumsuzluğu çözmekle görevli mahkemeyi belirleme yetkisinin kanun dışında idarî bir iradeye bırakmak, hukuk devleti ilkesine (AY m. 2), tabii hâkim ilkesine (AY m. 37), tabii hâkim ilkesinin unsurlarından biri olan kanunilik ilkesine (AY m. 142) aykırı olacağı gibi temel hak ve özgürlükler (AY m. 14) bakımından da hak ihlâline yol açabilecek sonuçlar doğurabilecektir. Ne var ki, sözü edilen bu düzenlemelerle, Türk hukuk sisteminde bulunmayan yeni bir mahkemenin kuruluşu veya görevlendirilmesi gerçekleştirilmemiş, Hâkimler ve Savcılar Kurulu sadece asliye ticaret mahkemelerinin sıfatında bir değişiklik yapmaksızın, birbirinin dairesi konumunda bulunan ve aynı görevli mahkeme arasında belirli uyumsuzluklara bu dairelerden hangisinin veya hangilerinin bakacağına karar vermiş olduğundan, mevcut durum, kanunilik ilkesine aykırı değildir⁶⁷. Zira aynı mahkeme bünyesinde ihtisaslaşma sağlanması ile ayrı bir ihtisas mahkemesi kurulması birbirinden farklıdır. Yukarıda da bahsedildiği üzere, Hâkimler ve Savcılar Kurulu idarî işlem tesisi ile sadece aynı mahkeme içinde bir uzmanlaşma sağlamak istemiş, hiçbir şekilde ayrı bir mahkeme kurmamıştır. Dava veya işin niteliğine göre dava ve işlerin aynı mahkemenin daireleri arasında bu şekilde bölüştürülmesi, mahkemenin çalışma biçimine ve yargının daha hızlı işlemesine yönelik bir işlem olup neticede mahkeme yine her durumda asliye ticaret mahkemesi sıfatıyla görev yapmaktadır.

5235 sayılı Kanundan önce yürürlükte bulunan 469 sayılı Mehakimi Şer'iyenin İlgasına ve Mehakimin Teşkilâtına Ait Ahkâmı Muaddil Kanunu döneminde de yukarıdaki ilkelere aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılmış ve neticesinde aynı yetkiyi Adalet Bakanı'na veren

⁶⁶ AYM. 07.03.2013, 2011/20, 2013/41 (RG. 26.07.2013, S. 28719).

⁶⁷ Aynı yönde bkz. İbrahim Ermenek, *Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması*, Yetkin Yayınları, 2014, s. 113.

2. maddenin son cümlesi, Anayasa’da yer alan tabîi hâkim ilkesine, mahkemelerin bağımsızlığı ve mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileriyle işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenlenmesi ilkelerine aykırı olması sebebiyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir⁶⁸. İlk etapta söz konusu iptal kararının konumuz ile doğrudan ilgili olduğu düşünülse de verilen bu iptal kararının konusu ile asliye ticaret mahkemelerinin daireleri arasında ihtisaslaşmanın sağlanmasına yönelik Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından verilen karar aynı değildir. Zira Hâkimler ve Savcılar Kurulu, yapısı itibarıyla her ne kadar öğretilerde haklı olarak olumsuz eleştirilere uğrasa da neticesinde, yürütmeden bağımsız bir idarî yapıya sahiptir. Hâlbuki iptal konusu düzenlemede bu yetki, yürütme organında yer alan Adalet Bakanı’na verildiğinden, yargının bağımsızlığı ilkesi gereği Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı yerindedir. Öte yandan sözü edilen mülga Kanun’un 2. maddesine göre, gereken yerlerde asliye mahkemelerinin dairelere bölünebilmesi mümkündür. Söz konusu düzenleme, asliye mahkemesinin hangi esaslar dairesinde bölüneceğine ilişkin bir hüküm bulunmasa da Adalet Bakanı’na, dava veya işlerin türüne göre görevli mahkemeyi belirleme yetkisi verilmekteydi. Nihayetinde bu düzenlemeden, asliye mahkemesinde görülen dava ve işlerin niteliği göz önünde bulundurularak, asliye mahkemesinin bir dairesinin sürekli olarak aynı nitelikteki belirli dava ve işlere bakabileceği sonucu da çıkarılmaktaydı.

Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz (AY m. 37). İşte Anayasa’nın “kanunî hâkim” başlıklı 37. maddesinde düzenlenen tabîi hâkim ilkesi, bir uyuşmazlık hakkında karar verecek olan hâkimin, o uyuşmazlığın doğmasından önce kanunen

⁶⁸ “...Bir mahkemenin birden çok ceza veya hukuk dairelerine ayrıldığı yerlerde, o mahkemenin görevine giren işlerin bu daireler arasında bölüştürülmesi ve dağıtımı zorunludur. Bir yerde birden çok Asliye Ceza veya Ağır Ceza Dairesi bulunduğu takdirde, bunlardan her birisi Asliye Ceza ve Ağır Ceza Mahkemesi görevine giren bütün işlere bakabilir. Çünkü bunların görev ve yetkilerini kanun göstermiştir. Bunlar arasında iş bölümü, işlerin nev’ine göre değil, ancak işlerin miktarına göre yapılabilir. Anayasa’nın 136. maddesinin birinci fıkrası uyarınca mahkemelerin görev ve yetkilerinin kanunla gösterilmesi zorunlu olduğundan, kanun dışında idarî bir tasarrufla bir mahkemeye veya mahkemenin bir dairesine özel olarak görev ve yetki verilemez veya görev ve yetkisine giren işlerden bir bölümü idarî bir tasarrufla o mahkemenin bir dairesinden alınmaz. Anayasa’nın 136/1. maddesi uyarınca, işlerin nev’ine göre bölüştürme ancak bir yasa ile yapılabilir” [AYM, 07.04.1977, 5/45 (RG. 11.06.1977, S. 15963)].

belli olmasını öngören bir ilkedir⁶⁹. Tabîî hâkim ilkesinin amacı, yasama organının belirli bir uyumsuzluğu çözmek için o uyumsuzluktan sonra mahkeme kurulmasının önüne geçmek iken, bu ilkenin doğal sonucu ise olağanüstü (istisnai) mahkemelerin kurulmasının yasaklanmasıdır⁷⁰. Hâl böyleyken, konkordato taleplerinin yine kanunen tâbî olunan asliye ticaret mahkemesine yapılması ve sırf konkordato taleplerini karara bağlamak amacıyla mahkeme kurulmamış olması, mevcut durumun tabîî hâkim ilkesine aykırı olmadığını, hukuk güvenliğini zedelediğini göstermektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, mahkemeler arasındaki dağılımın Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi kararında, mahkemelerin kanunla belirlenmiş görev alanlarının Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından alınacak bir kararla değiştirilmesinin veya mahkemelere yeni bir görev verilmesinin söz konusu olmadığına, bu nedenle birden fazla daire şeklinde teşkilatlanan asliye veya ağır ceza mahkemelerinin daireleri arasındaki iş bölümünün kanunla belirlenmesi zorunluluğu bulunmadığına, asliye ve ağır ceza mahkemelerinin görevleri itibariyle yetkilerinin 5235 sayılı Kanun'da belirlendiğine, Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun, daireler arasında iş bölümünü ancak Kanun'da anılan mahkemeler için belirlenen görev tanımları çerçevesinde yapabileceğine, dolayısıyla, dava konusu kuralın belirsiz olduğu veya ceza mahkemelerinin daireleri arasında iş bölümü konusunda Hâkimler ve Savcılar Kurulu'na sınırsız bir yetki vererek hukuk güvenliğini ihlâl ettiğinin söylenemeyeceğine işaret etmiştir⁷¹.

Hâkimler ve Savcılar Kurulu, sadece iş yoğunluğu ve dosya sayılarındaki eşitliği sağlamayı amaçlamamış, aynı zamanda ve bu dağılımın sonucu olarak işlerin yoğunluğunu ve niteliğini dikkate alarak asliye ticaret mahkemeleri bünyesinde bir ihtisaslaşma getirmiştir. Böylelikle, Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun, konkordato talepleri özelinde asliye ticaret mahkemelerinin daireleri arasında bir dağılımı yaptığını söyleyebiliriz. Öte yandan asliye ticaret mahkemesinin daireleri arasındaki işlerin, dava konusunun niteliğine göre belirlenmesi ve daireler arasında ihtisaslaşmanın sağlanması, tek başına daireler arasındaki ilişkinin niteliğinin "görev" ilişkisi olduğunu göstermez. Zira görev, bir davaya dava konusu itibariyle hangi mahkemenin bakacağını

⁶⁹ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 25.B., Ekin Yayınevi, 2020, s. 414-415; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 15.B., Yetkin Yayınları, 2014, s. 135.

⁷⁰ Gözler, s. 415. Öğretide *Gözler*, tabîî hâkim ilkesinin ihlâlüne örnek olarak İstiklal Mahkemeleri'ni ve Yüksek Adalet Divanı'nı verirken, sulh ceza hâkimliklerinin ise tabîî hâkim ilkesine uygunluğunu tartışmalı olarak görmektedir (Gözler, s. 415).

⁷¹ AYM. 23.12.2015, 2014/195, 2015/116 (RG. 29.01.2016, S. 29608).

belirtir ancak Hâkimler ve Savcılar Kurulu, konkordato taleplerine hangi mahkemenin bakacağını değil kanunla kurulmuş görevli mahkemenin, yani asliye ticaret mahkemesinin, hangi dairesinin bakacağını düzenlemiştir. Başka bir deyişle, konkordato taleplerine bakacak olan ilgili daire yasal bir düzenleme ile değil, Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun Birinci Dairesi'nin kararı neticesinde belirlenmiş olup müstakil bir iflâs-konkordato mahkemeleri kurulmamıştır. Ayrıca Hâkimler ve Savcılar Kurulu, asliye ticaret mahkemesi dairelerinin iş alanlarını sonradan değiştirebileceği için bu durum görev kurallarından da açıkça ayrılmaktadır⁷². Zira dairelerin iş alanlarının bu şekilde kanun değişikliğine gidilmeden her yıl değişebilmesi, her bir daire bakımından belirlenen iş alanının süreklilik ve kesinlik arz etmediğini göstermektedir (bkz. ve karşı. Yargıtay K. m. 14, 1)⁷³. Bir an için dairelerin iş alanlarının her yıl değişebilmesi, tabîi hâkim ilkesine ilişkin Anayasa hükmünün bir nevî dolanılıp hukukî güvenlik ilkesini tehlikeye düşürdüğü düşünülse de bu, doğru değildir. Zira tabîi hâkim güvencesi, özel mahkemelerin kurulmasına engel olmamakta, sadece görev kurallarına ilişkin kanunların geçmişe yürümesini önlemektedir. Neticede, konkordato taleplerinde görevli mahkemenin değişmediği ve kimsenin kanunen tâbi olmadığı bir mahkemeye çıkarılmadığı unutulmamalıdır.

Asliye ticaret mahkemelerinin daireleri arasındaki ilişki, bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay daireleri arasındaki “iş bölümü” ilişkisine benzese de, aralarında bazı farklılıklar bulunmaktadır⁷⁴. Nitekim Yargıtay daireleri arasındaki ilişki kanundan kaynaklanırken; asliye ticaret mahkemelerinin daireleri arasındaki ilişki, kanunun verdiği yetki ile Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun kararına dayanmaktadır. Öte yandan asliye ticaret mahkemelerinin daireleri arasındaki ilişki, iş yükü ve dosya sayısında eşitliği sağlamaktan ziyade bazı dairelerin belirli konularda ihtisaslaşmasını ve uzmanlık alanlarının belirlenmesini esas aldığından, aynı yerdeki birden fazla asliye hukuk mahkemesi veya sulh hukuk mahkemesinin daireleri arasındaki ilişkiye

⁷² Anayasa Mahkemesi de verdiği bir kararında; aynı mahkemenin daireleri arasındaki ilişkinin teknik anlamda görev ilişkisi olmadığına, iş paylaşımını ifade ettiğine; bu nedenle, daireler arasındaki iş paylaşımının kanunla belirlenmesinin zorunlu olmadığına işaret etmiştir [bkz. AYM. 30.03.2012, 2011/29, 2012/49 (RG. 01.01.2013, S. 28515)].

⁷³ Postacıoğlu, *Usul*, s. 98; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. 1, 4.B., Sevinç Matbaası, 1979, s. 61.

⁷⁴ Öğretide *Ermenek*, Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun Kanun'dan aldığı yetkiyi kullanması ile asliye ticaret mahkemelerinin daireleri arasında ortaya çıkan ilişkinin “iş bölümü” ilişkisi olduğu görüşündedir (Ermenek, *Dava*, s. 113).

nazaran daha geniş bir amacı bulunmaktadır.

Son tahlilde, Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından aynı yerdeki asliye ticaret mahkemelerinin daireleri arasında yapılan belirlemenin ilk olarak “görev” ilişkisi olmadığını, sonrasında ise bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay daireleri arasındaki “iş bölümü” ilişkisine girmediğini ve son olarak da diğer mahkemelerin daireleri arasındaki “iş dağılımı” ilişkisi gibi olmadığını gerekçeleriyle birlikte belirttik.

İşte yukarıdaki farklılıklar ve benzerlikler göz önünde bulundurulduğunda, aynı yerdeki asliye ticaret mahkemelerinin daireleri arasındaki ilişki ile asliye ticaret mahkemesi haricindeki diğer genel veya özel mahkemelerin kendi daireleri arasındaki ilişkinin ayrımını ortaya koymamız gerekir. Bu sebeptendir ki, asliye ticaret mahkemesi haricindeki aynı yerdeki genel veya özel mahkemelerin daireleri arasındaki ilişki sadece iş yükü ve dosya sayısı göz önünde bulundurulduğundan bu ilişkiyi “*dar anlamda iş dağılımı*” olarak nitelendirmenin yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Bununla birlikte, aynı yerdeki asliye ticaret mahkemelerinin dairelerinin arasındaki ayrımın ise diğer genel veya özel mahkemelerin kendi daireleri arasındaki ayrımdan farklı olarak ihtisaslaşmayı da sağlamaya çalıştığından ve işlerin türüne göre dağıtım yapıldığından iç ilişki bağlamında “*geniş anlamda iş dağılımı*” ilişkisi olduğu kanaatindeyiz.

IV. KONKORDATO TALEPLERİNDE GÖREVE VE İŞ DAĞILIMINA BAĞLI OLARAK ORTAYA ÇIKABİLECEK USULÎ MESELELER

A. Göreve Bağlı Olarak Ortaya Çıkabilecek Usulî Meseleler

Konkordato taleplerinde asliye ticaret mahkemesinin hiçbir şüpheye yer vermeden görevli kılınmış olmasının, ilk etapta herhangi bir problem doğurmayacağı düşünülse de konkordatonun niteliği ve konkordato süreci göz önünde bulundurulduğunda, konkordato talepleri özelinde görev kuralları ile ilgili bazı sorunların ortaya çıkması muhtemeldir.

Özel mahkemelerin bulunmadığı yerlerde, bu mahkemelerin görevli olduğu davalara bakan asliye hukuk mahkemesinin daireleri ile bu mahkemenin diğer daireleri arasındaki ilişkinin hukukî niteliği öğretide tartışmalıdır. Nitekim Önen, bu ilişkiyi “iş bölümü” ilişkisi olarak nitelendirmiştir⁷⁵. *Berkin*

⁷⁵ Önen, *Yargılama*, s. 47.

ise, davanın veya işin türüne göre asliye mahkemesinin dairelere ayrılması durumunda, bu daireler arasındaki ilişkinin görev ilişkisi olduğunu ve asliye mahkemesinin tek dairesinin bulunduğu yerlerde dahi, mahkemenin sıfatının davanın türüne göre değişeceğini ve davaya veya işe o ihtisas mahkemesi sıfatıyla bakan asliye mahkemesi dairesinin ticarî bir dava veya işte görevsizlik kararı verebileceğini ifade etmiştir⁷⁶.

Bir yerde, ayrıca kurulmuş olması halinde asliye ticaret mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri (veya diğer herhangi bir mahkeme) arasındaki ilişki görev ilişkisidir⁷⁷. Ancak ayrı bir asliye ticaret mahkemesinin bulunmadığı yerlerde, konkordato talebi o yerdeki asliye hukuk mahkemesine yapılır. Asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yargı çevresindeki bir konkordato talebinde görev kuralına dayanılmamış olması, görevsizlik kararı verilmesini gerektirmez. Bu durumda asliye hukuk mahkemesi konkordato yargılamasını asliye ticaret mahkemesi sıfatıyla inceler (TTK m. 5, 4)⁷⁸. Ne var ki, Hâkimler ve Savcılar Kurulu Genel Kurulu'nun 07.07.2021 tarih ve 608 sayılı kararı ile artık asliye ticaret mahkemesi bulunan yerlerde yargı çevresi belirlenmiştir⁷⁹. Buna göre, asliye ticaret mahkemelerinin yargı çevreleri, kuruldukları ilin mülkî sınırlarını kapsayacak şekilde genişletilmiş, bir ilde sadece tek bir yerde asliye ticaret mahkemesi varsa yargı çevresi o ilin mülk sınırları olarak belirlenmiş, eğer bir ilde birden fazla yerde asliye ticaret mahkemesi bulunuyorsa; il merkezinde bulunan asliye ticaret mahkemelerinin yargı çevresi o ilin mülkî sınırları olarak, ilçelerde bulunan asliye ticaret mahkemelerinin yargı çevreleri

⁷⁶ Necmeddin M. Berkin, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Vazife Hükümleri ve Tatbikati", *İÜHF*, 18 (1-2), 1952, s. 190-191. Aynı yönde bkz. Ayşe Köme Akpulat, *İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri*, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 76.

⁷⁷ Öğretide *Postacıoğlu/Altay*, asliye ticaret mahkemelerinin kurulduğundan beri asliye hukuk mahkemelerinin bir dairesi olarak görevini yerine getirmesini doğru bulmakta ve bu sebeple aralarındaki ilişkinin görev ilişkisi olarak değiştirilmesini eleştirmektedir. Zira yazar, bu durumun görevsizlik kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulması sebebiyle davaların uzayacağını ve sürünçmede bırakılacağını ifade etmektedir (*Postacıoğlu/Altay*, s. 98).

⁷⁸ "... Konkordatonun tasdikine yetkili mahkeme, aynı yasanın 285/2 maddesine göre tacir olan borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki Asliye Ticaret Mahkemesidir. Ancak, ticaret mahkemesi bulunmayan yerlerde bu görev TTK'nın 5. maddesi hükmünce Asliye Hukuk Mahkemeleri tarafından "Ticaret Mahkemesi" sıfatı ile yerine getirilir ..." (Y. 19. HD. 19.12.1991, 47/148, www.e-uyar.com).

⁷⁹ Hâkimler ve Savcılar Kurulu Genel Kurulu, yeni kurulan (Alanya, Aydın, Balıkesir, Diyarbakır, Manisa, Muğla, Sakarya ve Tekirdağ) asliye ticaret mahkemeleri ile mevcut bulunan (Adana, Ankara, Ankara Batı, Antalya, Bakırköy, Bursa, Denizli, Erzurum, Eskişehir, Gaziantep, Gebze, İskenderun, İstanbul, İstanbul Anadolu, İzmir, Karşıyaka, Kayseri, Kocaeli, Konya, Mersin, Samsun, Şanlıurfa ve Trabzon) asliye ticaret mahkemelerinin yargı çevrelerini belirlemiştir.

ise o ilçe ağır ceza mahkemesi yargı çevresi ve ilçeye bağlanması uygun görülen ilçe ağır ceza mahkemesi yargı çevresi olarak belirlenmiştir⁸⁰. O halde, Türk Ticaret Kanunu'nun 5. maddesi ile Hâkimler ve Savcılar Genel Kurulu'nun 608 sayılı kararı birlikte değerlendirilmelidir. Ezcümle, ayrı bir asliye ticaret mahkemesi bulunmayan Konya-Cihanbeyli Asliye Hukuk Mahkemesine konkordato talebinde bulunulmuşsa o mahkeme, asliye ticaret mahkemesi sıfatıyla bu talebi incelemeyecek, Konya Asliye Ticaret Mahkemesi yargı çevresinin Konya ilinin mülkî sınırları olarak belirlenmesine ilişkin 608 sayılı karar uyarınca, konkordato talebine ilişkin dosyayı Konya Asliye Ticaret Mahkemesi'ne göndermelidir. Öte yandan Hakkâri'de asliye ticaret mahkemesi bulunmadığından, 608 sayılı karar açısından bir yargı çevresi de belirlenmemiştir. Bu sebeple Hakkâri Asliye Hukuk Mahkemesi'ne bir konkordato talebinde bulunulursa, o mahkeme görevsizlik kararı vermeyecek ve asliye ticaret mahkemesi sıfatıyla konkordato talebini inceleyecektir (karş. TTK m. 5, 4).

Öte yandan bir yerde, asliye ticaret mahkemesi bulunmadığı için konkordato talebi, asliye hukuk mahkemesine yapıldıktan sonra o yerde asliye ticaret mahkemesi kurulursa, asliye hukuk mahkemesi kendiliğinden görevsizlik kararı verip⁸¹ “devir kararı”⁸² oluşturarak, konkordato dosyasını

⁸⁰ “Bir yerde asliye hukuk mahkemesinin, asliye ticaret mahkemesi sıfatı kullanarak ticari davaları görmekle görevli olabilmesi için bu yerde ayrı bir asliye ticaret mahkemesi bulunmaması gerekir. Dava tarihinde İnegöl'de ayrı bir asliye ticaret mahkemesi bulunmamakla birlikte dava tarihinden sonra Hâkimler ve Savcılar Genel Kurulunun 07.07.2021 tarih ve 608 sayılı kararı ile Bursa Asliye Ticaret Mahkemesi yargı çevresinin Bursa ilinin mülki sınırları olarak belirlenmesi nedeniyle İnegöl 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin kararın yürürlük tarihi olan 01.09.2021 tarihinden itibaren asliye ticaret mahkemesi sıfatını kullanabilmesi mümkün değildir” (Bursa BAM. 07.10.2021, 1672/1483, www.e-uyar.com).

⁸¹ “... feshi istenilen konkordato Asliye 5. Hukuk Mahkemesince tasdik edilmiş olup, bu defa aynı yerde asliye ticaret mahkemesi kurulmuş olmakla, artık asliye hukuk mahkemelerinin o yerdeki davalara ‘ticaret mahkemesi’ sıfatıyla bakmaları görevi sona ermiştir. Bu durumda, konkordatoyu ticaret mahkemesi sıfatıyla tasdik eden asliye hukuk mahkemesinin, İİK'nın 307. maddesine göre açılacak feshi davası için ‘aynı mahkeme’ olma sıfatı ortadan kalkmış olup, o yerde kurulan asliye ticaret mahkemesinin davaya bakma görevi doğmuştur. Mahkemece bu hususlar gözetilmeden ‘görevsizlik’ kararı vermesi usul ve yasaya aykırıdır.” (Y. 19. HD. 20.10.1992, 4/7: www.e-uyar.com).

⁸² Adli teşkilattaki değişiklik nedeniyle davanın veya işin başka bir mahkemenin görev veya yetki alanına girmesi hâlinde, davaya bakan mahkemenin dava dosyasını görevli veya yetkili mahkemeye göndermesi bir devir kararıdır. Devir kararı teknik anlamda bir görevsizlik veya yetkisizlik kararı olmayıp kanundan kaynaklanan zorunluluk sebebiyle verilen bir karardır. Bu nedenle devir kararı hakkında HMK'nın 20. maddesi uygulanmaz. Mahkemece dava dosyası kendisine devredildiğinden devreden mahkemenin yerine geçerek davayı kaldığı noktadan devam edilerek bir hükme varılması gerekir. Bkz. Y. 15. HD. 13.05.2004,

yeni kurulan asliye ticaret mahkemesine göndermelidir⁸³. Bu karar üzerine asliye ticaret mahkemesi, asliye hukuk mahkemesinin gönderdiği konkordato dosyasını kabul eder ve yargılamayı devam ettirir⁸⁴. Ne var ki, bu gönderme kararı bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 20. maddesi uygulanmayıp dosyanın bizzat asliye ticaret mahkemesinin kendisine re'sen devredilmesi gerekir⁸⁵.

Konkordato talepleri başta olmak üzere, geçici veya kesin mühlet verilmesi, konkordato komiseri atanması, konkordatonun tasdik edilmesi veya feshedilmesi asliye ticaret mahkemesince bir başkan ve iki üye ile toplanacak heyetçe yürütülür ve sonuçlandırılır (bkz. 5235 s. K. m. 5, 3; 6545 s. K. m. 45). Aksi durum, yani sürecin tek hâkimle yürütülmüş olması, “mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemiş olması” sebebiyle hem istinaf hem de bozma sebebi teşkil eder (bkz. ve karş. HMK m. 375, 1/a)⁸⁶.

Yukarıda da belirtildiği üzere, 7101 sayılı Kanun'un 46. maddesiyle İcra ve İflâs Kanunu'na eklenen geçici 14. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen iş dağılımına göre, UYAP üzerinden yapılan konkordato talebinden sonra borçlu bu talebinden feragat etmiş ve akabinde yeniden konkordato talebinde bulunmuş olsa dahi bu yeni konkordato talebi yine aynı (yani

1709/2707; Y. 15. HD. 18.06.2004, 1713/3439; YHGK. 28.09.2005, 15-473/530: www.e-uyar.com.

⁸³ Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 149; Kuru, *El Kitabı*, s. 142; Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I*, Evrim Yayınevi, 1990, s. 445 vd.; Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku, C. III*, Evrim Yayınevi, 1993, s. 2656, dn. 21. “...Davacı alacaklı, dava tarihinde doğru mahkemede dava açmış ise de sonradan Ticaret Mahkemesinin kurulması ve iflâs davası da iki tarafın arzusuna tâbi olmayan bir dava türü olduğundan, iflâs davasına ilişkin dosyanın görevli asliye ticaret mahkemesine resen gönderilmesi gerekir.” (Y. 11. HD. 20.02.1989, 9872/956: www.e-uyar.com). Aynı yönde bkz. Y. 23. HD. 28.02.2017, 2525/613; Y. 23. HD. 28.02.2017, 4898/614; Y. 11. HD. 19.06.1990, 3783/4916: www.e-uyar.com.

⁸⁴ “... Kamu düzenine ilişkin yetki veya görev söz konusu olduğu durumlarda; özel yetkili ve görevli mahkeme dava sırasında yeni kurulduğu takdirde, dosyayı resen bu mahkemeye devir kararı ile göndermek gerekir. Bu durumda, HUMK m. 193 (HMK m. 20) uygulanmaz.” (YİBK. 18.06.1958, 21/10: www.e-uyar.com).

⁸⁵ Oğuz Atalay, *Borca Batıklık ve İflâsın Ertelemesi*, 2.B., Güncel Yayınevi, 2007, s. 113; Barış Toraman, *İcra ve İflâs Kanunu'na Göre Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde İflâsın Ertelemesi Talebi*, Yetkin Yayınları, 2007, s. 105; İbrahim Ermenek, *İflâsın Ertelemesi*, Adalet Yayınları, 2010, s. 236; Sümer Altay, *İflâs Hukuku C. I*, Vedat Kitapçılık, 2004, s. 82; Serhat Kırtıloğlu, *İflâs Davası*, Adalet Yayınları, 2009, s. 98.

⁸⁶ Öğretide Kuru, bir yerdeki tek hâkimli asliye ticaret mahkemesi ile toplu asliye ticaret mahkemesi arasındaki ilişkinin görev ilişkisi olduğu görüşündedir (Kuru, *Ders Kitabı*, s. 85). Öte yandan *Erdoğan/Bulut* ise asliye ticaret mahkemelerinde heyet ile tek hâkim arasındaki ilişkiyi, “işlev itibarıyla yetki kuralları” olarak açıklamıştır (Erdoğan/Bulut, s. 106).

feragat edilen dosyanın olduğu) daire tarafından incelenecektir (bkz. Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri Yön. m. 104; 199). Ezcümle borçlu, konkordato talebinde bulunmuş ve dosyası tevzi üzerine Ankara 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'ne gelmiş ise, söz konusu konkordato talebinden feragat edildikten sonra aynı yerde yeniden bir konkordato talep edilirse, her iki dosyada da borçlu olarak yer alan gerçek veya tüzel kişi aynı olduğundan, konkordato dosyası tevzi tarafından yine Ankara 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'ne gönderilecektir. UYAP'ın dosyayı aynı daireye göndermesi ile uygulamada yaşanabilecek kötü niyetli davranışların önüne geçilmiş ve sürecin borçlu tarafından yönlendirilmeye çalışılması ile konkordato taleplerinde asliye ticaret mahkemelerinin daireleri arasında seçim yapılarak ilgili dairenin değiştirilmesi engellenmiştir.

Her ne kadar iflâsın ertelenmesi müessesesi, 7101 sayılı Kanun'la kaldırılmış olsa da⁸⁷ halen mahkemelerde görülmekte olan iflâsın ertelenmesi talepleri bulunmaktadır. İflâsın ertelenmesi devam ederken, iflâsa tâbi borçlu, konkordato talebinde bulunarak alacaklıları ile anlaşmak isteyebilir⁸⁸. Böyle bir durumda görevli mahkemede bir değişiklik olmadığından, asliye ticaret mahkemesi konkordato sürecinde de pekâlâ görevine devam edecektir. Ancak 7101 sayılı Kanun'un 46. maddesiyle İcra ve İflâs Kanunu'na eklenen geçici 14. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, iflâsın ertelenmesi talepleri hakkında talep tarihinde yürürlükte bulunan hükümler uygulanacağından, mahkemeler derdest dava dosyalarını bu karara dayanarak, üç ve daha az asliye ticaret

⁸⁷ 31.07.2016 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Tedbirler Alınmasına ve Bazı Kanunlar Değişiklik Yapılmasına Dair 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin "İflâs Erteleme" başlıklı 4. maddesinde "Olağanüstü halin devamı süresince, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 179. maddesi uyarınca sermaye şirketleri ile kooperatifler tarafından iflâsın ertelenmesi talebinde bulunulamaz; bu yönde yapılan talepler mahkemelerce reddedilir" hükmüne yer verilerek, olağanüstü hal süresince iflâsın ertelenmesi talep edilmesi yasaklanmıştır. 2018 yılında ise 7101 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 179. maddesinde bulunan sermaye şirketleri ile kooperatiflerin iflâsı ve iflâsın ertelenmesi başlıklı madde değiştirilmiş ve madde metninde sadece iflâs müessesesine yer verilmiştir. Aynı şekilde, iflâsın ertelenmesi sürecinin düzenlendiği İcra ve İflâs Kanunu'nun 179/a, 179/b ve 179/c maddeleri de 7101 sayılı Kanun'un 65. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁸⁸ "...borçlunun iflâsın açılmasından sonra dahi konkordato akdetmek hakkı mevcut olduğuna göre, henüz iflâs davasının derdest olduğu bir evrede konkordato süreci sonucunun beklenmesi ... gereklidir..." (Y. 11. HD. 22/06/1990, 4550/3151: www.e-uyar.com). Aynı önde bkz. İstanbul BAM, 17. HD. 17.01.2019, 2018/2807, 2019/41: www.e-uyar.com; İstanbul BAM, 17. HD. 17.01.2019, 2018/3168, 2019/32: www.kazancı.com.tr. Ayrıca bkz. İsmet Sayhan, *Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde Borca Batıklık Sebebiyle İflâs ve İflâsın Erteleenmesi*, Yetkin Yayınları, 2016, s. 195; benzer yönde bkz. Öztekin, *Konkordato*, s. 94-101.

mahkemesi bulunan yerlerde (1) numaralı asliye ticaret mahkemesine, üçten fazla asliye ticaret mahkemesi bulunan yerlerde ise (1), (2) ve (3) numaralı asliye ticaret mahkemelerine göndereceklerdir. Ezcümle, iflâsın ertelenmesi talebi Ankara 8. Asliye Ticaret Mahkemesi'nde görülürken konkordato talep edilmiş ise, ilgili dosya Ankara Asliye Ticaret Mahkemesi'nin (1), (2) ve (3) numaralı dairelerinden birine gönderilmeli ve bu dairece derhal iflâs kararı verilmeyerek konkordato sürecine devam edilmelidir⁸⁹.

Görev, mahkemeye ilişkin bir dava şartı (HMK m. 114, 1/c) olduğundan, konkordato talebinin yapıldığı mahkeme, görevli olup olmadığını konkordato sürecinin her aşamasında kendiliğinden araştırabilir (HMK m. 115, 1). Bununla birlikte, konkordato talep eden borçlu veya alacaklı ile ön proje kapsamında alacaklı olduğu belirtilen ya da alacaklı olduğunu yaklaşık dahi olsa ispatlayabilen alacaklılar, konkordato sürecinde müdahil olarak yer almasalar da, konkordato talebinin asliye ticaret mahkemesine yapılması gerektiğini ileri sürerek görev itirazında bulunabilirler (HMK m. 115, 1).

Ancak unutulmamalıdır ki, kendiliğinden ya da talep üzerine görevsizlik kararı veren mahkeme, sadece bu kararları vermekle yetinmeli, ayrıca borçlunun konkordato talebini şeklen veya esasen inceleyip, konkordato

⁸⁹ “İflâs erteleme davalarında da davacı borca batık şirketin, alacaklılarla anlaşığı, borçlarını yapılandırdığı, uzun taksitlere bağladığı bilinmektedir. İflâs erteleme davası devam ederken, davacı borçlunun, alacaklılar ile Konkordato yapmak suretiyle anlaşmaya çalışmasında herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Kaldı ki, 7101 sayılı yasa ile değişik İİK.nun 285 ve devamı maddelerinde Konkordato hükümleri düzenlenmiş olup, iflâs erteleme davası devam eden şirketin Konkordato talep edilemeyeceğine ilişkin bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu nedenle; mahkemece yapılacak iş, Konkordato talebi üzerine işin esasına girilerek İİK.nun 286. maddesindeki belgelerin eksik olup olmadığını kontrol ederek devamı maddelerce gerekli işlemleri yürütmek gerekirken hatalı değerlendirme ile iflâs erteleme ve Konkordato talepli davanın aynı anda uygulanmasının mümkün olmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.” (İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 17. HD. 17.01.2019, 2018/2807, 2019/41: www.e-uyar.com). Aynı yönde ilk derece mahkemesi kararı için bkz. “Davacının iflâsın ertelenmesi davasının yargılaması sırasında konkordato talebinde bulunduğu ve mahkemece talebin incelenerek şirket hakkında geçici koruma mühleti verilerek gerekli ihtiyati tedbir kararlarının verilip komiser atandığı anlaşıldığından, konkordato davasının sonucunun bekletici mesele yapılmasının erteleme davasının sonucunu esastan etkilemeyeceği, bekletici mesele yapılmayarak, yeni bir hukukî düzenleme ile uygulamaya konulan konkordato kurumunun yasal düzenlemenin amacı da nazara alınarak şirket hakkında iflâs kararı verilmeyerek geçici mühletin veya geçici mühletten sonra verilecek kesin mühletin kaldırılması halinde verilecek iflâs kararının konkordatoyu inceleyen mahkemece verilmesi gerektiği sonucuna varılarak iflâsın ertelenmesi davasının reddine ve iflâs kararı verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerektiği” (İstanbul Anadolu 9. Asliye Ticaret Mahkemesi, 19.12.2018, 2015/85, 2018/1250: www.e-uyar.com).

sürecine ilişkin herhangi başkaca bir karar vermemelidir⁹⁰. Ezcümle görevsiz mahkeme, konkordato talebine eklenecek belgelerin (İİK m. 286) eksiksiz olarak mevcut olduğunu tespit etse veya konkordatonun başarıya ulaşmasının mümkün olduğunu anlamış olsa bile geçici veya kesin mühlet kararı vermemelidir (İİK m. 287, 1; 289, 3).

Mahkemenin görevsizlik kararı vermesi hâlinde, bu karar süresi içinde⁹¹ istinaf yoluna başvurulmayarak kesinleşmiş ise kararın kesinleştiği tarihten; istinaf yoluna başvurulmuşsa bu başvurunun reddi kararının tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde görevsizlik kararı veren mahkemeye başvurularak, konkordato talebine ilişkin dosyanın asliye ticaret mahkemesine gönderilmesinin borçlu veya yukarıda bahsi geçen alacaklılardan herhangi biri talep edilmesi gerekir (HMK m. 20, 1 kıyasen).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 20. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen iki haftalık kesin süre içinde, konkordato talebine ilişkin dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesi için görevsizlik kararı veren mahkemeye başvurulmuşsa, asliye ticaret mahkemesinde geçerli olacak konkordato talebi, görevsiz mahkemeye yapılan ilk talebin devamı sayılır. Ancak görevsizlik kararının geçici mühlet kararından önce verilmesi hâlinde, görevsiz mahkemeye borçlu tarafından sunulan belgeler (İİK m. 286) her ne kadar geçerliliğini korusa da bu süreç içinde güncelliğini yitirmiş olabileceğinden, borçlunun başvuru dosyasına güncel belgeler sunması gerekebilir.

Elbette burada akla gelen bir diğer soru ise, konkordato talebinin görevsiz mahkemeye yapılan ilk talebin devamı sayılması hâlinde, görevsiz mahkeme tarafından verilen geçici veya kesin mühletin akibetinin ne olacağıdır? Görevsiz mahkeme tarafından yapılan “mahkeme usul işlemleri” kural olarak geçersiz olacağından, görevsiz mahkemece verilen geçici veya

⁹⁰ Benzer yönde bkz. “Konkordato isteyen hakiki şahıslar A..., N... ve Ş...’e verilen konkordato mehlinin yetkisiz olarak verildiğinin kabul edildiği ve bu nedenle kaldırıldığı cihetle, bu şahıslar hakkında “talep halinde dosyanın ikametgahları olarak kabul edilen yetkili Kadıköy Tetkik Mercine (Asliye Ticaret Mahkemesine) gönderilmesine” karar verilmesi gerekirken, “mehil talebinde haklı olup olmadıklarının, iyiniyetli bulunup bulunmadıklarının” da tetkiki ile yetkisiz olarak bu hususlarda karar verilmesi isabetsizdir” (Y. 12. HD. 06.06.1989, 3919/8406: www.e-uyar.com).

⁹¹ Asliye ticaret mahkemesinin konkordato talebi hakkında verdiği görevsizlik ve yetkisizlik kararlarına karşı, bu kararların tebliğinden itibaren iki haftalık süre içinde istinaf yoluna başvurulur (HMK m. 345). Zira İcra ve İflâs Kanunu’nda konkordatoda kanun yollarını düzenleyen 293, 2. ve 308/A maddelerinde istinaf yoluna başvuru süresinin on gün olduğu açıkça belirtilmiştir. Görevsizlik ve yetkisizlik kararlarında ise ayrıksı bir düzenleme olmadığından, burada iki haftalık genel istinaf süresinin geçerli olması gerekir.

kesin mühlet kararı da kural olarak geçersizdir. Bununla birlikte, görevsiz mahkemece verilen mühlet zarfında geçen zaman, görevli mahkemenin yeni baştan vereceği mühletin hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır. Yani görevli mahkemenin vereceği mühlet, görevsiz mahkemenin verdiği mühlet süresinin kaldığı yerden değil, baştan başlayacaktır. Ayrıca mühlet kararı veren görevli mahkeme, konkordato komiserlerinin atanması işlemini de yenilemeli ve yine bu doğrultuda ya görevsiz mahkemenin atadığı komiserleri yeniden görevlendirmeli ya da yeni komiserler atamalıdır. Tabii ki görevli mahkeme, görevsiz mahkeme tarafından verilen geçici veya kesin mühlet kararını iptal etmeyip aynı mühlet kararı ve bu mühlet kararına bağlı olarak borçlunun malvarlığının muhafazası için gerekli görülen bütün tedbirlerin devamı üzerinden de konkordato sürecinin devamına karar verebilir.

Buna karşılık, süresi içinde ve usulüne uygun olarak HMK m. 20, 1 uyarınca gereken işlemler yapılmamış ise görevsizlik kararı veren mahkeme, “konkordato talebinde bulunulmamış sayılmasına” karar verir (HMK m. 20, 1 kıyasen)⁹². Bu karar neticesinde verilen geçici veya kesin mühlet ile bu mühletin etkileri ile mühlete ilişkin tedbirler ise kendiliğinden kalkar ve konkordato talebinde bulunan borçlu veya alacaklı yatırmış oldukları masraflara kendileri katlanırlar. Mahkemenin görevsizlik kararı, usule ilişkin bir nihaî karar olduğundan ve kesin hüküm teşkil etmediğinden, yeniden konkordato talebinde bulunulmasına da kanunen bir engel bulunmamaktadır.

Konkordato talebi ancak görevli ve yetkili mahkemeye yapılır (İİK m. 285, 3). Konkordato talebinde bulunulması, bir çekişmesiz yargı işi olduğundan, konkordato talebinin hakem huzurunda görülmesine ilişkin bir tahkim sözleşmesi yapılması mümkün değildir⁹³. Zira tahkim, sadece

⁹² “... HMK m. 20 uyarınca taraflarca dosyanın yetkili mahkemeye gönderilmesi için talepte bulunulması gerektiği, dosyada bu yönde herhangi bir talebin bulunmadan, mahkemece talep olmaksızın resen dosyanın gönderildiği ve talep için öngörülen iki haftalık sürenin de dolduğu anlaşıldığından, konkordato davasının açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerektiği ...” (İstanbul Anadolu 1. Asliye Ticaret Mahkemesi, 24.12.2018, 1553/1356: www.e-uyar.com).

⁹³ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. VI, 6.B., Demir Müşavirlik, 2001, s. 5918, 5951; Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 171; Ansay, 1960, s. 402; Üstündağ, *Usul*, s. 945; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1070; Önen, *Yargılama*, s. 351; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, s. 770; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayyavaz/Hanağası, *Usul*, s. 805; Fatih Aydemir, *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi*, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 241; Süha Tanrıver, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim” Suna Subaşı (Ed.), *Makalelerim I*, Asil Yayın Dağıtım, 2005, s. 125-150), s. 134; Emrah Öztürk, *Medeni Usul Hukukunda İlk İtirazlar*, Yetkin Yayınları, 2014, s. 113.

çekişmeli yargıya tâbi uyuşmazlıklar hakkında geçerli olup (bkz. ve karşı. HMK m. 408) çekişmesiz yargıya tâbi işlerin tahkim yolu ile çözümlenmesi kararlaştırılsa dahi, bu sözleşme herhangi bir sonuç doğurmaz. Ancak, hakem veya hakem kurulu konkordato talebini karara bağlamış ise konkordatoya ilişkin talepler Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığından, bu yönde verilen kararlar sebebiyle pekâlâ iptal davası açılabilir (HMK m. 439, 2/g).

Asliye ticaret mahkemesi, her il merkezi ile bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde kurulduğundan, ülkemizin birçok yerinde asliye ticaret mahkemesi bulunmamaktadır. Özellikle ticarî davaların ve işlerin sayısında son yıllarda yaşanan büyük artış göz önünde bulundurulduğunda, bu mahkemelerin adli yargı sistemi içindeki rolü ve önemi bir kez daha anlaşılmaktadır⁹⁴.

Ne var ki, bu mahkemelerin ülke genelinde her yerde bulunmaması, ticarî hayatın ve buna bağlı olarak ekonomik alandaki gelişmelerin ve değişimlerin bu kadar hızlı ilerlediği ülkemizde hukuk güvenliği ve adil yargılanma ile ilgili bazı hukukî sorunlara ve belirsizliklere de yol açmaktadır.

Belirli uyuşmazlıklara bakmakla görevlendirilen özel bir mahkeme olan asliye ticaret mahkemesinin bulunmadığı yerlerde, aynı diğer ihtisas mahkemelerinde olduğu gibi, asliye hukuk mahkemesi görevli hale gelmekte ve asliye ticaret mahkemesi sıfatıyla yargılama yapmaktadır (bkz. TTK m. 5, 4). Yani asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yargı çevresindeki konkordato talepleri, bir nevi zorunluluktan, asliye hukuk mahkemesi tarafından incelenip karara bağlanmaktadır (bkz. TTK m. 5, 4).

Bu bakımdan asliye ticaret mahkemesi olan yerlerde heyet halinde görülmesi gereken konkordato taleplerine, asliye ticaret mahkemesi olmayan yerlerde tek hâkimli asliye hukuk mahkemesi tarafından bakılması birçok sorunu da beraberinde getirmektedir. Nitekim asliye hukuk mahkemesinin, konkordato gibi girift ve multidisipliner bir konuda görev almasının, uygulamada bazı sorunların ve kötü niyetli davranışların ortaya çıkmasına sebebiyet verdiği görülmektedir. Nitekim kötü niyetli bir borçlunun, yerleşim yerini veya işlem merkezini asliye ticaret mahkemesinin olmadığı bir yere

⁹⁴ Türkiye genelinde, asliye ticaret mahkemelerindeki dosya sayısı 2013 yılında 157.477 iken 2020 yılında ise bu sayı 194.397'e yükselmiştir. Öte yandan dosya sayısında artış, bir dosyanın ortalama görülme sayısını da doğrudan etkilemiştir. Nitekim 2013 yılında bir dosya ortalama 311 günde görülürken, 2020 yılında ise bu süre 586 güne çıkmıştır (Adli İstatistikler 2020, Ankara Hizmete Özel, Ankara 2020, s. 183).

taşıdıktan sonra, kendisi bir nevi görevli mahkemeyi asliye hukuk mahkemesi olarak belirleyerek, konkordato taleplerinde asliye hukuk mahkemesinin görevli olmasını sağlayabilmektedir.

Bilindiği üzere iflâsın ertelenmesi müessesesinin yürürlükte olduğu dönemde uygulamada yaşanan en büyük sorunlardan biri, şirketlerin işlem merkezlerini değiştirerek istedikleri yerden iflâsın ertelenmesi taleplerinde bulunmaları ve fakat bu durumu engelleyen herhangi yasal bir düzenleme olmamasıydı. Ezcümle şirketin merkezi, İstanbul-Bakırköy’de olmasına rağmen, sırf iflâsın ertelenmesi talebi neticesinde tek hâkimli asliye hukuk mahkemesinden olumlu karar alabilmek ümidiyle, şirket merkezinin birkaç gün önce İstanbul-Kadıköy’e taşındığı ve buradan talepte bulunulmak istendiği herkesçe bilinen bir durumdur.

Konkordato taleplerinde borçlunun işlem merkezinin bulunduğu yerin veya yerleşim yerinin yetkili mahkeme olarak düzenlenmesinin sebebi, sadece konkordato talep eden alacaklının veya borçlunun değil, borçlunun tüm alacaklıların ve borçlu ile hukukî ilişkiye girmeyi isteyebilecek tüm üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması gereğinden kaynaklanmaktadır⁹⁵.

Bu sebeple konkordato talepleri açısından uygulamada aynı kötü niyetli davranışlarla karşılaşmak mümkün olabileceğinden, kısa bir süre önce adres değişikliği yapan bir şirketin veya gerçek kişinin, yetkili mahkemeyi belirlemek suretiyle görevli mahkemeyi de tayin etmesi yönündeki kötü niyetini bertaraf etmek adına özellikle konkordato taleplerinde yetki kurallarına ilişkin yasal bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır. Zira İcra ve İflâs Kanunu’nda, borçlunun işlem merkezini talebin yapıldığı asliye ticaret mahkemesinin yargı çevresinde belli bir süreden beri bulunması zorunluluğu öngörülmemiştir.

İflâsın ertelenmesi taleplerinin yoğun olduğu dönemde Yargıtay bu mesele ile ilgili olarak, şirket merkezinin iflâsın ertelenmesi talebinde bulunmadan kısa bir süre önce, başka bir yere taşınıp, daha sonra orada iflâsın ertelenmesi talebinde bulunmuş olmasının, mahkemece iflâsın ertelenmesi kararı verilmesine engel teşkil etmeyeceğine⁹⁶ ancak şirket merkezinin iflâsın ertelenmesi talebinden kısa bir süre önce nakline rağmen, şirketin eski adresinde faaliyetine devam etmesi hâlinde, şirketin kötü niyetli sayılacağına

⁹⁵ Millet Meclisi Adalet Komisyonu gerekçesi. Baki Kuru, “İflâs Takibi ve Dâvasında Yetki (Salâhiyet Kaideleri)”, *İmran Öktem’e Armağan*, Sevinç Matbaası, 1970, s. 521, dn. 33.

⁹⁶ Y. 19. HD. 03.03.2010, 11672/2264; Y. 19. HD. 12.11.2009, 8426/10450: www.e-uyar.com.

ve şirketin iflâsın ertelenmesi talebinin reddedilip iflâsına karar verilmesi gerekeceğine karar vermiştir⁹⁷.

Konkordato müessesesinin, borçlu ile alacaklıların menfaatleri arasında hassas bir dengeye dayanması, konkordatonun tamamen borçlunun menfaatlerini gözeten ve alacaklıların menfaatlerini dikkate almayan bir görünüme bürünmemesi ve borçlu ile alacaklılar arasındaki dengenin bozulmaması açısından, derhal İcra ve İflâs Kanunu'nun 285. maddesine, borçlunun işlem merkezinin talebin yapıldığı asliye ticaret mahkemesinin yargı çevresinde belli bir süreden beri bulunması zorunluluğuna ilişkin bir hüküm getirilmelidir.

Hâlbuki bu önermiş olduğumuz düzenlemenin benzeri, iflâsın ertelenmesinin uygulandığı dönemde İcra ve İflâs Kanunu'nda zaten mevcuttu. Nitekim 6728 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁹⁸'la İcra ve İflâs Kanunu'nun mülga 179. maddesinin birinci fıkrasında, idare ve temsil ile vazifelendirilmiş kimseler ya da alacaklılardan birinin, şirket veya kooperatifin malî durumunun iyileştirilmesinin mümkün olduğuna dair bir iyileştirme projesini son bir yıldan uzun süre ile şirket merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemeye sunarak iflâsın ertelenmesini isteyebileceği hüküm altına alınmıştır. İşte bu mülga düzenleme de göz önünde bulundurularak, "Konkordato talebi, borçlunun son bir yıldan uzun süre ile işlem merkezinin bulunduğu yerdeki veya yerleşim yerindeki asliye ticaret mahkemesine yapılmalıdır." şeklinde bir düzenlemenin ivedi bir şekilde yapılması, olası kötü niyetli davranışları bir nebze olsa dahi engelleyebilecek olsa da bu çözüm önerisi dahi, her konkordato talebinin asliye ticaret mahkemesinde görülmesini sağlamayacaktır⁹⁹. İşte tam da bu noktada, yeni kurulan ve mevcut bulunan asliye ticaret mahkemelerinin yargı çevrelerinin belirlenmesine ilişkin Hâkimler ve Savcılar Kurulu Genel Kurulu kararı Resmî Gazete'de yayımlandı¹⁰⁰. Buna göre, yeni kurulan Alanya, Aydın, Balıkesir, Diyarbakır, Manisa, Muğla, Sakarya ve Tekirdağ asliye ticaret mahkemeleri ile mevcut bulunan Adana, Ankara, Ankara Batı, Antalya, Bakırköy, Bursa, Denizli, Erzurum, Eskişehir, Gaziantep, Gebze,

⁹⁷ Selçuk Öztekin, "İflâsın Ertelenmesi", *Bankacılar Dergisi*, (59), 2006, s. 59. Aynı yönde bkz. Y. 19. HD. 12.04.2010, 2287/4232: www.e-uyar.com.

⁹⁸ RG. 09.08.2016, S. 29796.

⁹⁹ Aynı yönde bkz. Atalı/Ermenek/Erdoğan, *İcra*, s. 637-638; Sarısözen, s. 137.

¹⁰⁰ RG. 08.07.2021, S. 31535.

İskenderun, İstanbul, İstanbul Anadolu, İzmir, Karşıyaka, Kayseri, Kocaeli, Konya, Mersin, Samsun, Şanlıurfa ve Trabzon asliye ticaret mahkemelerinin yargı çevreleri belirlendi. Karara göre asliye ticaret mahkemelerinin yargı çevreleri, kuruldukları ilin mülkî sınırlarını kapsayacak şekilde genişletilmiş, bir ilde sadece tek bir yerde asliye ticaret mahkemesi varsa yargı çevresi o ilin mülkî sınırları olarak belirlenmiş, eğer bir ilde birden fazla yerde asliye ticaret mahkemesi bulunuyorsa; il merkezinde bulunan asliye ticaret mahkemelerinin yargı çevresi o ilin mülkî sınırları olarak, ilçelerde bulunan ticaret mahkemelerinin yargı çevreleri ise o ilçe ağır ceza mahkemesi yargı çevresi ve ilçeye bağlanması uygun görülen ilçe ağır ceza mahkemesi yargı çevresi olarak belirlenmiş ve kararın 01.09.2021 itibariyle uygulanmasına karar verilmiştir.

Hâkimler ve Savcılar Kurulu Genel Kurulu'nun 608 sayılı kararı, yukarıda ifade ettiğimiz çekincelerimizi bir nebze gidirmiş olsa da söz konusu kararın, adalete erişim ve adil yargılanma (AY m. 36, AİHS m. 6) ile usul ekonomisi ilkesi (HMK m. 30) noktalarında bazı sorunları da beraberinde getireceği söylenebilir. Nitekim temelini Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen "sosyal devlet ilkesi"nden alan adalete erişim hakkı, hakların daha etkin kullanılmasını ve herkesin eşit ölçüde adalete erişmesini sağlamak için ortaya çıkmıştır¹⁰¹. Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun kararı ile mevcut ve yeni kurulan asliye ticaret mahkemelerinin yargı alanlarının il mülkî sınırları esas alınarak çok geniş tutulması adalete erişimi şüphesiz oldukça zorlaştıracaktır. Geniş mülkî sınırlara sahip illerde adliyeler arasındaki uzaklık göz önünde bulundurulduğunda, bağlı olunan adliyelere farklı ilçelerin geçilerek ulaşılmak durumunda kalınması, zaman, emek ve para kaybına (HMK m. 31) da neden olacaktır. Öte yandan uyuşmazlıkların kısa sürede çözülmesi, adalete erişim hakkının temel unsurlarından olup söz konusu karar ile adalete erişim oldukça zorlaşacak ve yargılamada muhtemel gecikme ve aksamalar da ortaya çıkacaktır (AY m. 36; AİHS m. 6).

B. İş Dağılımına Bağlı Olarak Ortaya Çıkabilecek Usulî Meseleler

Aynı yerde birden fazla bulunan asliye ticaret mahkemelerinin daireleri arasındaki ilişki bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Bu sebeple, yukarıda "*geniş anlamda iş dağılımı*" olarak nitelendirmeye çalıştığımız bu sui generis ilişkinin, özelliklerinin belirtilmesi ve bu ilişki sebebiyle ortaya

¹⁰¹ Adalete erişim hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Özbek, "Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim", *MİHDER*, 2 (4), 2006, s. 924-925.

çıkabilecek muhtemel sorunların da üzerinde durulması gerekmektedir.

Konkordato taleplerinde belirlenen dairelerden başka bir daireye konkordato talebinde bulunulması durumunda, dosya kendisine gönderilen daire ne yönde karar vermelidir?

Öncelikle belirtmeliyiz ki, UYAP üzerinden başvuru yapılan konkordato taleplerinde dava konusu bölümüne “konkordato” yazıldığı takdirde zaten sistem, bu konkordato talebinin incelenmesi için, üç ve daha az asliye ticaret mahkemesi bulunan yerlerde (1) numaralı asliye ticaret mahkemesine, üçten fazla asliye ticaret mahkemesi bulunan yerlerde ise (1), (2) ve (3) numaralı asliye ticaret mahkemelerinden birine dosyayı gönderir. Yani, UYAP üzerinden açılan ve dava konusu bölümü doğru şekilde doldurulan konkordato taleplerinin asliye ticaret mahkemesinin görevli kılınmayan bir dairesine gönderilmesi mümkün değildir. Yukarıdaki ihtimal ancak sistemsel bir hata veya dava konusunun UYAP’a bilgisizlik ya da maddi bir hata neticesinde yanlış yazılması ile ortaya çıkabilir¹⁰².

Sistemin, bilgisizlik veya bir hata neticesinde konkordato talebini incelenmek üzere yukarıda bahsedilen dairelerden başkasına ataması hâlinde, kendisine konkordato dosyası gelen dairenin ne yönde bir karar vereceği öğretide tartışmalıdır. Bir görüş, böyle bir durumda görev kurallarına bağlanan sonuçların doğmayacağını, bu sebeple mahkemenin gönderme kararı vermesi gerektiğini ileri sürmüştür¹⁰³. Diğer bir görüş ise, özel olarak görevlendirilen bu dairelerin diğer dairelere nazaran ihtisas mahkemesi kimliği taşıdığına, bu daireler arasındaki ilişkinin görev kurallarına ilişkin olduğuna ve böyle bir durumda görevsizlik kararı verilmesi gerektiğine işaret etmiştir¹⁰⁴.

Kanaatimizce, konkordato dosyası kendisine gönderilen ilgili asliye ticaret mahkemesi dairesi, geçici mühlete ilişkin kararını vermeden önce yapacağı inceleme neticesinde, “iş dağılımı” bakımından kendisini bu talebi incelemede görevli görmez ise gerekçesiyle birlikte “gönderme kararı” vererek, dosyayı iş dağılımı neticesinde görevli olduğu kanısına vardığı asliye

¹⁰² UYAP’a geçilmeden önce birden fazla asliye ticaret mahkemesinin bulunduğu yerlerde mahkemelerden biri nöbetçi olarak çalışır ve asliye ticaret mahkemesinin görevine giren işleri “nöbetçi asliye ticaret mahkemesi” dağıtır. Yani dava açarken veya talepte bulunurken dilekçe genel olarak o yer asliye ticaret mahkemesine yazılır ve mahkemeler arasındaki iş yüküne göre dağıtılır.

¹⁰³ Levent Börü/ İlker Koçyiğit, *Ticari Dava*, Adalet Yayınları, 3.B., 2021, s. 898.

¹⁰⁴ Kurt Konca, *MİHBİR*, s. 20.

ticaret mahkemesinin ilgili dairesine gönderilmesi için tevzi bürosuna iade etmelidir¹⁰⁵. Gönderme kararı üzerine konkordato dosyası kendisine gelen daire, yeniden harç almadan, yapacağı inceleme neticesinde iş dağılımı uyarınca görevli olduğu kanaatine varırsa, artık konkordato talebi bu dairede incelenir ve karara bağlanır. Her ne kadar gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda gerek 5235 sayılı Kanun'da "gönderme kararı"na ilişkin açık bir düzenleme bulunmasa da, burada ifade ettiğimiz "gönderme kararı" olması gereken hukuk bakımından mümkün olmalıdır. Gönderme kararı, niteliği itibariyle uyuşmazlığı sona erdiren esasa ilişkin bir nihai karar olmayıp esas konkordato dosyanın kapatılmasına ve sonlandırılmasına ilişkin usulî bir nihai karardır¹⁰⁶.

Öte yandan her ne kadar, 5235 sayılı Kanun'un 5. maddesinin beşinci fıkrasının son cümlesinde, "Daireler, tevzi edilen davalara bakmak zorundadır" hükmü uyarınca iş dağılımı neticesinde görevli olmayan dairenin bir an için gönderme kararı dahi veremeyeceği sonucuna ulaşılsa da, bu düzenlemenin dar yorumlanması gerektiğini söyleyebiliriz. Zira ilgili düzenleme, sadece iş dağılımı neticesinde konkordato taleplerine bakmakla görevli daire özelinde ele alınmış ve bu daire gerek konkordato taleplerine gerek konkordato haricinde başka bir ticarî davaya veya ticarî nitelikteki çekişmesiz yargı işine de bakmak zorunda olduğundan, konkordato talepleri için gönderme kararı veremeyeceğine işaret etmektedir. Ezcümle, tevzi neticesinde konkordato talebi 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'ne düşmüşse, bu daire konkordato talebini incelemek zorundadır. Ancak konkordato talebinin 7. Asliye Ticaret Mahkemesi'ne düşmesi ihtimalinde ise, dairenin gönderme kararı vermesi gerekir.

Şayet, dosya kendisine gönderilen daire de iş dağılımı sebebiyle konkordato taleplerine bakamayacağı kanaatine varırsa, o daire de konkordato dosyasını konkordato taleplerine bakmakla görevli olduğunu düşündüğü daireye göndermelidir. Bunun üzerine dosya kendisine gönderilen daire de kendisini görevli görmeyip dosyayı yine ilk gönderme kararını veren mahkemeye gönderirse, dairenin tayininin artık Hâkimler ve Savcılar

¹⁰⁵ Yargıtay hukuk daireleri açısından verilen karar için bkz ve karşı. "...Uyuşmazlığın niteliğine ve tarafların sıfatına göre, dosyanın temyiz incelemesi Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin görevine girmektedir... Yukarıda açıklanan nedenlerle, dosyanın görevli Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Başkanlığı'na gönderilmesine..." (Y. 11. HD. 08.11.2002, 11597/10142: www.kazanci.com).

¹⁰⁶ *Börü/Koçyiğit* ise gönderme kararının usule veya esasa ilişkin bir nihai karar olmayıp dosyanın kapatılmasına ilişkin bir karar olduğu görüşündedir (*Börü/Koçyiğit*, s. 898).

Kurulu'nun Birinci Dairesi tarafından yapılması gerektiği kanaatindeyiz (Nitekim bkz. HSKK m. 9, 1/f).

Konkordato dosyasının daireler arasında, yukarıda değindiğimiz ihtimaller dâhilinde, gidip gelmesi muhtemel hak kayıplarına sebep olabilse de daire, konkordato dosyasını iş dağılımı uyarınca görevli olduğu kanaatine vardığı ihtisas dairesine göndermeden önce konkordato sürecine bağlı olarak geçici veya kesin mühlet hakkında kararını vermemelidir (bkz. İİK m. 287, 1; 289, 3). Daire mühlet kararı verirse, verilen bu mühlet kararı konkordato dosyası kendisine gönderilen ihtisas dairesinde geçerliliğini korumaz.

Asliye ticaret mahkemesi dairesi, kendiliğinden veya talep üzerine dosyanın iş dağılımı uyarınca konkordato taleplerinde görevli daireye gönderilmesine karar verebilir. Her ne kadar iş dağılımına itiraz edilmesi mümkün değilse de burada aynı mahkemenin birden fazla dairesinin kurulmuş olmasının tek sebebi, iş yükünün dağıtılması ve azaltılması olmayıp aynı zamanda ihtisaslaşmanın sağlanmasıdır. Bu sebeple konkordato dosyasının bu konudaki ihtisas dairesi tarafından görülmesini isteyen borçlu veya ön proje kapsamında alacaklı olduğu belirtilen ya da alacaklı olduğunu yaklaşık dahi olsa ispatlayabilen alacaklılar, ihtisaslaşmaya dayalı bu iş dağılımına pekâlâ itiraz edebilmelidirler.

Ancak konkordato talebi hakkında, Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun kararında belirtilen farklı bir dairenin inceleme yapmış ve karar vermiş olması tek başına istinaf sebebi sayılmaz¹⁰⁷. Zira aynı yerdeki asliye ticaret mahkemesinin daireleri arasında bir “görev” ilişkisi bulunmamakta, sadece aynı mahkemenin belirli dairelerinde belirli konularda ihtisaslaşmaya gidilmektedir. Öte yandan farklı bir dairenin bakıp karara bağladığı konkordato dosyalarında, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru anlamında inceleyeceği bir hak ihlâlinden de bahsedilemez¹⁰⁸. Zira Anayasa Mahkemesi'nin görevi, usul kurallarının uygulanması konusunda derece

¹⁰⁷ Aynı yönde bkz. Şener, s. 227.

¹⁰⁸ Nitekim Anayasa Mahkemesi de benzer nitelikteki davalara karar bağlanması sürecinde Yargıtay daireleri arasında yorum farklılıkları olmasının, hukuki belirsizliğe yol açtığına ve bunun öngörülemez olduğuna, ancak benzer nitelikteki davalara Yargıtay'ın farklı dairelerinin bakmasının bu açıdan tek başına hak ihlâli sayılmadığına karar vermiştir [AYM. B. No: 2013/6932, 06.01.2015, (RG. 09.05.2015, S. 29350)]. Benzer kararlar için bkz. B. No: 2014/1182, 22.09.2016; B. No: 2017/29896, 25.12.2018; B. No: 2016/69274, 05.03.2020; B. No: 2018/4928, 29.09.2020; B. No: 2019/2551, 19.11.2020 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>). Ayrıca bkz. ve karşı. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekeç, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 1956, s. 21-22.

mahkemelerinin takdir ve değerlendirmelerini denetlemek olmayıp usule ilişkin uygulamanın başvuru hukukunun mahkemeye erişim hakkını Anayasa'ya aykırı olarak kısıtlayıp kısıtlamadığını denetlemektir¹⁰⁹.

Bir yerdeki asliye ticaret mahkemesi daire sayısı üçten fazla iken, bu dairelerden birinin veya daha fazlasının kapatılması neticesinde, daire sayısı üçe veya üçün altına düşerse, (2) ve (3) numaralı dairelerdeki konkordato taleplerinin akıbeti ne olacaktır?

Hâkimler ve Savcılar Kurulu Birinci Dairesi, 7101 sayılı Kanun'un 46. maddesiyle İcra ve İflâs Kanunu'na eklenen geçici 14. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, bu kapsamda görülmekte olan davalar bakımından konkordato talepleri hakkında talep tarihinde yürürlükte bulunan hükümlerin uygulanmasına, mahkemelerin derdest dava dosyalarının bu karara dayanarak anılan mahkemelere gönderemeyeceğine karar vermiştir. Bu sebeple yukarıdaki ihtimal gerçekleştiği takdirde, talep tarihinde yürürlükte bulunan hükümler uygulanacağından, diğer daireler konkordato talepleri hakkında gönderme kararı vermeyecek ve konkordato taleplerini inceleyip karara bağlayacaktır.

Öte yandan Hâkimler ve Savcılar Kurulu kararının Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihten sonra, yani 05.04.2018 tarihinden itibaren, yapılan konkordato talepleri ise bu karar uyarınca, üç ve daha az asliye ticaret mahkemesi bulunan yerlerde (1) numaralı asliye ticaret mahkemesine, üçten fazla asliye ticaret mahkemesi bulunan yerlerde (1), (2) ve (3) numaralı asliye ticaret mahkemelerine tevzi edilmiştir.

Son olarak, aralarında bağlantı bulunan birden fazla kişinin (mesela şirket ile şirket ortağının) ayrı ayrı konkordato talebinde bulunmaları durumunda, konkordato talepleri aynı yerdeki asliye ticaret mahkemesinin farklı dairelerine düşerse, daire nasıl bir karar vermelidir?

Uygulamada borçlu şirketin konkordato talebinde bulunmasından sonra

¹⁰⁹ B. No: 2018/25694, 24.11.2021, § 31 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>). Ayrıca Anayasa Mahkemesi, ilke olarak derece mahkemeleri önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanmasının, delillerin değerlendirilmesinin, hukuk kurallarının yorumlanmasının ve uygulanmasının ile derece mahkemelerince uyumsuzlukla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmamasının bireysel başvuru incelemesine konu olamayacağını ancak bunun tek istisnasının, derece mahkemelerinin tespit ve sonuçlarının adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan tarzda açık bir keyfilik içermesi ve bu durumun kendiliğinden bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olması gerektiği düşüncesindedir (B. No: 2012/1027, 12.02.2013, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>).

şirket ortağı gerçek kişinin de konkordato talebinde bulunduğu görülmektedir. Şayet konkordato talepleri, aynı yerdeki asliye ticaret mahkemesinin farklı dairelerine düşmüş ve bu taleplerin dayanağını oluşturan konkordato ön projeleri arasında bir bağlantı (HMK m. 166, 4)¹¹⁰ varsa, konkordato sürecinin her aşamasında, talep üzerine veya kendiliğinden ilk konkordato talebinin yapıldığı dairede bu talepler birleştirilebilir. Birleştirme kararı, ikinci konkordato talebinin yapıldığı mahkemenin dairesi tarafından verilir ve bu karar, diğer daireyi bağlar (bkz. ve karş. HMK m. 166, 1).

SONUÇ

7101 sayılı Kanun ile konkordato taleplerinin incelenmesinde asliye ticaret mahkemeleri görevli kılınmıştır (İİK m. 285, 3). Yine 7101 sayılı Kanun'un 46. maddesiyle İcra ve İflâs Kanunu'na eklenen geçici 14. maddesinin ikinci fıkrasının, "Hâkimler ve Savcılar Kurulu, 26/09/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 5. maddesinin beşinci fıkrasındaki belirleme yetkisi kapsamında, konkordato konusunda uzman asliye ticaret mahkemesini, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki hafta içinde belirler." hükmü doğrultusunda, konkordato konusunda ihtisaslaştırılmış asliye ticaret mahkemelerinin belirlenmesi hususu Hâkimler ve Savcılar Kurulu Birinci Dairesince görüşülmüştür. Bunun üzerine; adi konkordatodan kaynaklanan taleplerde, üç ve daha az asliye ticaret mahkemesi bulunan yerlerde (1) numaralı asliye ticaret mahkemesinin; üçten fazla asliye ticaret mahkemesi bulunan yerlerde ise (1), (2) ve (3) numaralı asliye ticaret mahkemelerinin ihtisas mahkemesi olarak belirlenmesine karar verilmiştir.

Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun konkordato talepleri özelinde, asliye ticaret mahkemelerinin daireleri arasında bu şekilde bir belirleme yapması, öğretide Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçeleriyle ciddi ölçüde eleştirilmiştir. Bununla birlikte kanaatimizce söz konusu belirleme, birçok yönden Anayasa'ya aykırı değildir.

Öncelikle Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından yapılan bu belirlemenin, asliye ticaret mahkemesinin sıfatında herhangi bir değişiklik meydana getirmediği ifade edilmelidir. Zira asliye ticaret mahkemelerinin daireleri arasında gerek iş yoğunluğunu dengeli bir şekilde dağıtmak gerek

¹¹⁰ Bağlantı kavramı için bkz. Ermenek, *Dava*, s. 144 vd.

mahkemelerin konkordato hukuku konusunda uzmanlaşmalarını sağlamak amacıyla 7101 sayılı Kanun tarafından verilen yetkiyi kullanan Hâkimler ve Savcılar Kurulu, kesinlikle yeni bir mahkeme ihdas etmemiştir. Öyle ki, asliye ticaret mahkemelerinin konkordato talepleri ile ilgili daireleri sadece konkordato talepleri ve konkordato hukuku alanındaki davalarda görev almamakta, aynı zamanda Türk Ticaret Kanunu uyarınca diğer tüm ticarî dava ile ticarî nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine de bakmaktadır. Bu sebeple Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun yaptığı belirleme ile konkordato hukukuna ilişkin uyumsuzlukları çözmekle görevli yeni bir ihtisas mahkemesi kurulmadığı, asliye ticaret mahkemelerinin (1), (2) ve (3) numaralı dairelerinin farklı türdeki mahkemeler olmayıp hepsinin aynı asliye ticaret mahkemesinin dairesini oluşturduğu kanaatindeyiz. Neticede bir mahkeme bünyesinde ihtisaslaşma sağlanması ile ihtisas mahkemesi kurulmasının birbirinden farklı olduğu unutulmamalıdır. Nitekim Hâkimler ve Savcılar Kurulu idarî işlem tesisi ile sadece aynı mahkeme içinde bir uzmanlaşma sağlamak istemiş ayrı bir mahkeme kurmamıştır.

7101 sayılı Kanun değişikliği öncesi dönemde, konkordatoya başvuru koşulları ve buna bağlı olarak yapılan konkordato başvurularının sayısının, iflas ve konkordato uyumsuzluklarına bakmakla görevli ihtisas mahkemelerinin kurulması ihtiyacından söz edebilmek için yeterli bir gerekçe oluşturmadığı söylenebilir. Ancak özellikle 7101 sayılı Kanun değişikliği sonrasında konkordato taleplerinde ortaya çıkan artış düşünüldüğünde, bu denli karmaşık bir yapıya sahip konkordato hukukuna ilişkin asliye ticaret mahkemeleri bünyesinde ihtisaslaşmaya gidilmesi, son derece yerinde bir tasarruf sayılmalıdır.

Nitekim konkordato talepleri İcra ve İflâs Kanunu'nda gösterilen mahkemeden başkaca bir mahkemeye değil yine asliye ticaret mahkemesine yapılmakta, sadece söz konusu talepleri o mahkemenin bu konu ile ilgili dairesi inceleyip karara bağlamaktadır. Bu bakımdan, asliye ticaret mahkemelerinin daireleri arasındaki ilişki her ne kadar bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay hukuk daireleri arasındaki “iş bölümü” ilişkisine benzese de ortaya konulan farklılıklar sebebiyle bu ilişkinin “geniş anlamda iş dağılımı” ilişkisi olduğu görüşünderiz.

Son tahlilde, Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nun mahkemeler arasında aynı zamanda ihtisaslaşmaya yönelik belirleme yapma yetkisi, Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kanunu'na dâhil edilirse öğretilde mevcut duruma ilişkin

yapılan tartışmalar da sona erecektir.

Konkordato talepleri özelinde, asliye ticaret mahkemelerinin daireleri arasındaki ilişki bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Ancak bu sorunların çözümünde, asliye ticaret mahkemelerinin daireleri arasındaki ilişkinin bir görev ilişkisi olmadığı görüşünden yola çıkılması, şüphesiz bu sorunlara çözüm bulunmasını da kolaylaştıracaktır.

Konkordato talebi belirlenen daireden başka bir daireye düşerse ilgili daire, konkordato dosyası için “gönderme kararı” verir. Her ne kadar gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda gerek 5235 sayılı Kanun’da “gönderme kararı”na ilişkin açık bir düzenleme bulunmasa da, burada ifade ettiğimiz “gönderme kararı” olması gereken hukuk bakımından mümkün olmalıdır. Öte yandan, Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenen daireden farklı bir daire, önüne gelen konkordato talebini kabul eder ve incelerse, bu durum tek başına kaldırma veya bozma sebebi teşkil etmez.

Konkordato taleplerinin asliye ticaret mahkemesinden başka bir mahkemeye yapılması durumunda ise görev kuralları devreye girer ve bu kamu düzenine ilişkin kuralların özellikleri göz önünde bulundurularak muhtemel sorunlar çözülür. Bu bağlamda, görevsizlik kararı verilmesi hâlinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 20. maddesinin konkordato talepleri açısından da uygulanması gerekir. Ayrıca yerleşim yerinin veya işlem merkezinin değiştirilmesi suretiyle, konkordato taleplerinin asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yerlere taşınmasının da önüne geçilmesine yönelik gereken tedbirler bir an önce alınmalıdır. Bir bakıma, çalışmamızda değindiğimiz olumsuzlukları önlemek amacıyla, Hâkimler ve Savcılar Kurulu Genel Kurulu’nun asliye ticaret mahkemelerinin yargı çevresinin belirlenmesine ilişkin 08.07.2021 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanan kararı, pek çok tartışmayı da beraberinde getirmiştir.

KAYNAKÇA

- Adli İstatistikler 2020, Ankara Hizmete Özel, Ankara 2020.
- 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçe, Adalet Bakanlığı Yayınları, 1956.
- Akil C, *Sorularla Konkordato Hukuku*, 2.B., Adalet Yayınları, 2020.
- Akkan M, “§2, §3, §4”, Hakan Pekcanitez, Muhammet Özekes, Mine Akkan and Hülya Taş Korkmaz (Ed.), *Medenî Usûl Hukuku, C.1*, 15.B, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.77-431.
- Albayrak H, *İflâs Dışı Adi Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları*, Yetkin Yayınları, 2020.
- Altay S, *İflâs Hukuku C. I*, Vedat Kitapçılık, 2004.
- Altay S/ Yeniocak A, *7101 Sayılı Kanun'la Yapılan Düzenlemelerin Işığında Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku*, 4.B., Vedat Kitapçılık, 2018.
- Ansay S Ş, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 2.B., Milli Eğitim Basımevi, 1947. (Ansay, 1947).
- Ansay S Ş, *Hukuk Yargılama Usulleri*, 4.B., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1960. (Ansay, 1960).
- Aras A, *Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü*, Yetkin Yayınları, 2017.
- Arslan R/ Tanrıver S, *Yargı Örgütü*, 2.B., Yetkin Yayınları, 2001.
- Arslan R/ Yılmaz E/ Taşpınar Ayvaz S/ Hanağası E, *İcra ve İflâs Hukuku*, 6.B., Yetkin Yayınları, 2020. (İcra)
- Arslan R/ Yılmaz E/ Taşpınar Ayvaz S/ Hanağası E, *Medenî Usul Hukuku*, 6.B., Yetkin Yayınları, 2020. (Usul)
- Aslan A Ç, “Prof. Dr. Necmeddin Berkin’in Medeni Usul Hukukunda Geniş Anlamda Yetki Kuralları ve Bu Bağlamda Görev Kurallarına İlişkin Görüşlerinin Değerlendirilmesi”, *DEÜHFD*, 22 (1), 2020, s. 321-356.
- Atalay O, *Borca Batıklık ve İflâsın Ertelenmesi*, 2.B., Güncel Yayınevi, 2007.
- Atalı M, *Genel Mahkemelerle Ticaret Mahkemeleri Arasındaki İşbölümü*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 1993.
- Atalı M/ Ermenek İ/ Erdoğan E, *İcra ve İflâs Hukuku*, 2.B., Yetkin Yayınları, 2019. (İcra).
- Atalı M/ Ermenek İ/ Erdoğan E, *Medenî Usûl Hukuku*, 2.B., Yetkin Yayınları, 2019. (Usul).
- Aydemir F, *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi*, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Baumbach A/ Lauterbach W/ Albers J/Hartmann P, *Zivilprozessordnung, 75. Auflage*, München 2017.
- Belgesay M R, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi Teoriler I*, 4.B.,

- İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1956. (Teoriler I).
- Belgesay M R, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1939.
- Belgesay M R, *Teorik ve Pratik Adliye Hukuku, C. I*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1935.
- Belgesay M R, “Davalar Nasıl Yürüyor? Daha Çabuk, Daha Garanti ile Yürümesinin Çareleri-Muhakeme Usulü Kanunu Projesi”, *İÜHFİM*, 15 (1), 1949, s. 198-229.
- Belgesay M R, “İhtisas Mahkemeleri ve Mahkemeler Arasındaki Vazife İhtilafları”, *İÜHFİM*, 9 (1-2), 1943, s. 249-256.
- Berkin N M, *İflâs Hukukunda Konkordato*, Üniversite Kitabevi Yayınları, 1948.
- Berkin N M, “Alman Hukukunda Vazife ve Salahiyet”, *Devletler Hususi Hukuku Ordinaryus Profesörü Muammer Raşit Seviğ’e Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1956, s. 277-294.
- Berkin N M, “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Vazife Hükümleri ve Tatbikatı”, *İÜHFİM*, 18 (1-2), 1952, s. 188-214.
- Berkin N M, *Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi*, Filiz Kitabevi, 1981. (Rehber).
- Berkin N M, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, Hamle Matbaası, 1969.
- Bilge N/ Önen E, *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, Sevinç Matbaası, 1978.
- Börü L/ Koçyiğit İ, *Ticari Dava*, Adalet Yayınları, 3.B., 2021.
- Brandt J/ Sachs Michael, *Handbuch Verwaltungsverfahren Und Verwaltungsprozess*, Heidelberg 2009.
- Budak A C/ Karaaslan V, *Medeni Usul Hukuku*, 3.B., Adalet Yayınları, 2019.
- Budak A C, “Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı” Muhammet Özekes (Ed.), *Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV, Medeni Usul Hukukunda Çekişmesiz Yargı, İcra ve İflâs Kanunu’nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi*, Ankara/30 Eylül-11 Ekim 2005, TBB Yayınları, 2007, s. 128-187.
- Budak A C, “Kılı Kırk Yarma Makinası” *Medeni Usul Hukukunda Kavram İctihadı Ve Menfaat İctihadı*, 1.B., Filiz Yayınları, 2021.
- Buruloğlu E/ Reyna Y, *Konkordato Hukuku ve Tatbikat*, Yörük Matbaası, 1968.
- Coşkun M, *Konkordato ve İflâs*, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Ercan İ, *Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato*, Mimoza Yayınları, 2008.
- Erdoğan E/ Bulut U, “İşlev İtibariyle Yetki (Mahkemenin İşlevi)”, *MİHDER*, 14 (39), 2018, s. 91-130.

- Erkün A Ş, “Tatbikat Notları ve Her İşe Bakan Mahkemelerde Vazife İtirazı”, *AD*, 1938/1-2, s. 1381-1389.
- Ermenek İ, *İflâsın Ertelenmesi*, Adalet Yayınları, 2010.
- Ermenek İ, *Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması*, Yetkin Yayınları, 2014. (Dava).
- Görgün L Ş/ Börü L/ Toraman B/ Kodakoğlu M, *Medenî Usûl Hukuku*, 9.B., Yetkin Yayınları, 2020.
- Gözler K, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 25.B., Ekin Yayınevi, 2020.
- Kale S, *Sorularla Konkordato* (İflas Dışı ve İflas İçı Adi Konkordato), On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Kale S, “İflas İçı Adi Konkordato Uygulamasında Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar” Yasin Çevik and Menekşe Örmecı (Ed.), *MİHBİR 13. Antalya Toplantısı, 9-10 Ekim 2015 Antalya*, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2017, s. 271-289.
- Kale S, “İsviçre İcra İflas Kanununun Adi Konkordato Hükümlerine Genel Bir Bakış”, *İMÜHFD*, 4 (2), Güz 2017, s. 153-169.
- Karamercan F, *Dava ve Cevap Dilekçesinin Unsurları-Somutlaştırma Yükü*, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Karşlı A, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 3.B., Alternatif Yayıncılık, 2012. (Karşlı, 2012)
- Karşlı A, *Medeni Muhakeme Hukuku*, 5.B., Filiz Kitabevi, 2020. (Karşlı, 2020)
- Kırtıloğlu S, *İflâs Davası*, Adalet Yayınları, 2009.
- Köme Akpulat A, *İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri*, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Kurt Konca N, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Asliye Ticaret Mahkemeleri”, *TAAD*, (15), 2013, s. 79-125. (Asliye Ticaret).
- Kurt Konca N, “Asliye Ticaret Mahkemelerinde Yargılama Usulü”, *Özel Mahkemeler ve Özel Mahkemelerdeki Yargılama Usulü*, *MİHBİR XVII. Antalya Toplantısı/4-5 Ekim 2019*, Emsal Matbaa, 2021, s. 19-26. (MİHBİR).
- Kurt Konca N, *Ticarî Yargılama Hukuku*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2002.
- Kuru B, “İflâs Takibi ve Dâvasında Yetki (Salâhiyet Kaideleri)”, *İmran Öktem’e Armağan*, Sevinç Matbaası, 1970, s. 511-523.
- Kuru B, *Nizasız Kaza*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961. (Nizasız Kaza).
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I*, 4.B., Sevinç Matbaası, 1979.

- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I*, Evrim Yayınevi, 1990.
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I*, 6.B., Demir-Demir Yayıncılık, 2001. (Usul C. I)
- Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. VI*, 6.B., Demir Müşavirlik, 2001.
- Kuru B, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı, C. I*, Yetkin Yayınları, 2020. (El Kitabı).
- Kuru B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, 3.B., Yetkin Yayınları, 2019. (Ders Kitabı).
- Kuru B, *İcra ve İflâs Hukuku, C. II, İflâs ve Konkordato Hukuku*, Sevinç Matbaası, 1971.
- Kuru B, *İcra ve İflâs Hukuku, C. III*, Evrim Yayınevi, 1993.
- Önen E, *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1979. (Yargılama).
- Önen E, “İflâstan Sonra Konkordato”, *BATİDER*, 8 (3), 1976, s. 77-100. (Konkordato)
- Özbek M, “Sosyal Devletin Gereği: Adalete Erişim”, *MİHDER*, 2 (4), 2006, s. 907-927.
- Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku*, 15.B., Yetkin Yayınları, 2014.
- Özekes M, “HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler”, *DEÜHFD*, 16 (Özel Sayı), 2014, (Basım Yılı: 2015, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), s. 263-300. (Dilekçe).
- Özekes M, “Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı” Muhammet Özekes (Ed.), *7101 Sayılı Kanun’la Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*, Lexpera Seminer, İstanbul 4 Mayıs 2018, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 43-84.
- Özekes M/ Atalı M, “7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler”, Ömer Ekmekçi, Ayşe Köme Akpulat, Özge Yıldız-Hakkakul, Ayşe Ledün Akdeniz, İrem Yayvak Namlı and Aslı Çalışkan (Ed.), *Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı (23 Aralık 2017)*, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 41-122.
- Öztek S, “İflâsın Ertelenmesi”, *Bankacılar Dergisi*, (59), 2006, s. 39-83.
- Öztek S/ Budak A C/ Tunç Yücel M/ Kale S/ Yeşilova B, *Yeni Konkordato Hukuku*, Adalet Yayınları, 2018.
- Öztürk E, *Medeni Usul Hukukunda İlk İtirazlar*, Yetkin Yayınları, 2014.
- Pekcanitez H/ Erdönmez G, *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Pekcanitez H/ Atalay O/ Özekes M, *Medenî Usul Hukuku*, 14.B., Yetkin Yayınları, 2013.

- Pekcanitez H/ Atalay O/ Sungurtekin Özkan M/ Özekes M, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 7.B., On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Postacıoğlu İ E, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6.B., Sulhi Garan Matbaası, 1975. (Usul).
- Postacıoğlu İ E, *Konkordato Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1965.
- Postacıoğlu İ E, “Bizde Ticaret Mahkemeleri Islaha Muhtaç Mıdır?”, *İzmir Barosu Dergisi*, 1947/42, s. 8-15. (Islah).
- Postacıoğlu İ E/ Altay S, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, 7.B., Vedat Kitapçılık, 2015.
- Sayhan İ, *Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde Borca Batıklık Sebebiyle İflâs ve İflâsın Ertelenmesi*, Yetkin Yayınları, 2016.
- Sarısözen S, *Konkordato Hukuku*, 5.B., Yetkin Yayınları, 2021.
- Stein/ Jonas/ Schumann, *Kommentar Zur Zivilprozessordnung*, Tübingen 2014.
- Şener O H, *Ticari Uyuşmazlıklarda Ticaret Mahkemelerinin Görev Alanı ve Yetki Sözleşmesi*, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Tanrıver S, *Medenî Usûl Hukuku, C. I*, Yetkin Yayınları, 2016.
- Tanrıver S, “İflâs Dışı Adi Konkordatoya İlişkin Temel Problemler ve Çözüm Arayışları, Tartışmalar”, Yasin Çevik and Menekşe Örmek (Ed.), *MİHBİR 13. Antalya Toplantısı, 9-10 Ekim 2015 Antalya*, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2017, s. 281-295.
- Tanrıver S, “Hukuk Yargısı Bağlamında Etkin Hukukî Korunmanın Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine Bazı Düşünceler”, *Makalelerim III*, Yetkin Yayınları, 2016, s. 89-116. (Etkin Hukukî Korunma).
- Tanrıver S, “Tâbii Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı”, *TBB D*, (104), 2013, s. 11-35. (Tâbii Hâkim).
- Tanrıver S, “Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim”, Suna Subaşı (Ed.), *Makalelerim I*, Asil Yayın Dağıtım, 2005, s. 125-150.
- Tanrıver S, “Hukuk Yargısının Temel Sorunları ve Bu Bağlamda Alınması Gereken Temel Önlemler”, *Türkiye Barolar Birliği ‘Adalet Bakanlığı Yargı Reformu Stratejisi’ Belgesi Gölgesinde Yargı Reformu Sempozyumu, 18-20 Haziran 2008*, Ankara, s.201-231.
- Taşpınar Ayvaz S, “Medeni Yargı İlk Derece Mahkemeleri Bakımından Yargı Örgütü Hukukundaki Gelişmeler”, *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, (3-7 Ocak 2006)*, s.221-236.
- Toraman B, *İcra ve İflâs Kanunu ’na Göre Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde İflâsın Ertelenmesi Talebi*, Yetkin Yayınları, 2007.

- Üstündağ S, *Medenî Yargılama Hukuku, C. I-II*, 7.B., Filiz Kitabevi, 2000. (Usul).
- Üstündağ S, *İflâs Hukuku (İflâs, Konkordato, İptal Davaları)*, 7.B., Sena Ofset Ambalaj Matbaa, 2007. (İflâs).
- Yılmaz D, “İdari Yargıda ‘Görev’, ‘İş Bölümü’, ‘İş Dağılımı’ Paradoksu”, *GÜHFD*, 17 (4), 2013, s. 257-270.
- Yılmaz E, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2.B., Yetkin Yayınları, 2013.
- Zeiss W/ Schreiber K, *Zivilprozessrecht*, Tübingen 2014.

SİGORTALININ CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİNİN SOSYAL SİGORTA İLİŞKİSİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ*

Burcu EZER**

ÖZET

Türk hukukunda cinsiyet değişikliğinin hangi esaslara göre gerçekleştirileceği ve cinsiyetini değiştiren kimsenin yeni cinsiyetinin hukuk düzeninde tanınmasının koşulları Türk Medeni Kanununun 40. maddesiyle düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre cinsiyet değişikliği operasyonu geçirebilmek için mahkemeden izin almak, bu izinle birlikte cinsiyet değişikliği operasyonunu geçirmek ve ardından mahkemeden yeni cinsiyetin nüfus kütüğüne tescilini talep etmek gerekir. Cinsiyet değişikliğinin hüküm ve sonuçları kural olarak ileriye etkili ortaya çıkar ve cinsiyet değiştiren kimse, cinsiyetini değiştirdiği andan itibaren yeni cinsiyeti uyarınca hukuki işleme tabi olur. Ancak bu aşamada cinsiyet değiştiren kişinin önceki cinsiyetine göre kazanmış olduğu haklarının ya da sahip olduğu yükümlülüklerin yeni cinsiyetine göre uyarlanması sorunu ortaya çıkar. Cinsiyet değişikliğinin sosyal sigorta ilişkisindeki etkisi cinsiyet değişikliği operasyonunun sosyal sigorta kapsamına asli sigortalı olarak girmeden önce gerçekleşip gerçekleşmemesine göre belirlenir. Sosyal sigorta kapsamına asli sigortalı olarak girdikten sonra gerçekleşen cinsiyet değişikliklerinde ise sigortalının haklarının kazanılmış veya beklenen hak niteliğinde olup olmamasına göre ayırım yapılır.

Bu çalışmada cinsiyet değişikliğinin sosyal sigorta ilişkisine ilişkin etkisi asli ve bağlı sigortalılar bakımından incelenmiş ve Türk sosyal sigorta hukukunda cinsiyet değiştirenlere yönelik mevcut düzenlemeler eşitlik ilkesi yönünden değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Cinsiyet değişikliği, Cinsiyet değiştirmiş sigortalı, Kazanılmış hak, Beklenen hak, Cinsiyet değişikliği operasyonu.*

* Bu çalışma 28.05.2021 tarihinde Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde savunulan “Kişisel Durum Değişikliklerinin Sosyal Güvenlik Hukukundaki Etkileri” başlıklı doktora tezinden türetilmiştir.

** **Arş. Gör. Dr.**, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı / ESKİŞEHİR, **e-posta:** burcuezer@anadolu.edu.tr,

ORCID: 0000-0003-4376-656X.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1116333

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 25/03/2022

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 20/04/2022

EVALUATION OF THE INSURED'S GENDER REASSIGNMENT WITHIN THE SCOPE OF SOCIAL INSURANCE RELATIONSHIP

ABSTRACT

The principles on which gender reassignment will be carried out in Turkish law and the conditions for recognizing the new gender of a post-operative transsexual in the legal order are regulated by Article 40 of the Turkish Civil Code. According to this provision, in order to undergo a gender reassignment surgery, it is necessary to obtain permission from the court, to undergo a gender reassignment surgery with this permission, and then to claim the court to register the new gender in the civil registry. As a rule, the provisions and consequences of gender reassignment are proactive, and the post-operative transsexual will be subject to legal act in accordance with his new gender from the moment he changes his gender. However, at this stage, the problem of adapting the vested rights or obligations of the post-operative transsexual to the new gender arises. The effect of gender reassignment on the social insurance relationship is determined by whether or not the gender reassignment surgery takes place before transsexual is covered by social insurance as a primary insured. In case of gender reassignment surgery after being covered by social insurance as the primary insured, a distinction is made according to whether the insured's rights are vested or expected.

In this study, the effect of gender reassignment on the social insurance relationship was examined in terms of primary and dependent insureds and the current regulations for post-operative transsexuals in Turkish social insurance law were evaluated in terms of the principle of equality.

Keywords: *Gender reassignment, Post-operative transsexual insured, Vested right, Expected right, Gender reassignment surgery.*

GİRİŞ

Türk hukukunda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak kabul edilen cinsiyet değişikliği, Türk Medeni Kanununun 40. maddesinde düzenlenmiş; cinsiyet değiştirebilmek için kanunda öngörülen koşulları sağlayan bir kimsenin, cinsiyet değişikliği operasyonunu mahkemeden izin almak suretiyle gerçekleştirebileceğine hükmedilmiştir. Bu operasyonun gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, cinsiyet değiştiren kişiye yeni cinsiyetini nüfus sicilinde düzeltirme imkânı tanınmıştır.

Hukuka uygun bir biçimde gerçekleştirilen cinsiyet değişikliğinin hüküm ve sonuçları ileriye etkili olarak ortaya çıkar. Böylelikle cinsiyet değiştiren bir kimse, cinsiyetini değiştirdiği andan itibaren yeni cinsiyeti uyarınca hukuki işlemlere tabi olur. Ancak cinsiyet değişikliğinin ileriye dönük etki doğurması

prensibinin mutlak bir biçimde uygulanması, kişinin önceki cinsiyeti uyarınca kazanmış olduğu haklar ve sahip olduğu yükümlülükler yönünden hakkaniyet dışı sonuçlar doğurabilir. Hukuk güvenliği ilkesinin bir gereği olarak, bu durumda cinsiyet değiştiren kişinin önceki cinsiyetine göre kazanmış olduğu haklarının ya da sahip olduğu yükümlülüklerin yeni cinsiyetine göre uyarlanması sorunu ortaya çıkar.

Sosyal sigorta hukukunda cinsiyet değişikliği, esas itibariyle sigorta edimlerinden yararlanıp yararlanmama durumunu ve bu edimlerden hangi koşullarla yararlanılacağını etkiler. Sosyal sigorta alanında da cinsiyet değişikliklerinin kural olarak ileriye etkili olduğundan söz edilebilir. Buna göre bir kimsenin önceki cinsiyetine göre sahip olduğu hak ve yükümlülükler, kural olarak yeni cinsiyetine göre uyarlanır ve cinsiyet değiştiren kimsenin karşılaştırılacağı ve eşit kabul edileceği kişi, yeni cinsiyetine göre tespit edilir. Ancak cinsiyet değiştirmiş sigortalının sosyal sigorta ilişkisi kapsamında doğan kazanılmış hakları yönünden bu genel kural hüküm ve sonuç doğurmaz. Bu nedenle cinsiyet değişikliğinin hangi şekilde hüküm ve sonuç doğuracağını tespitinin cinsiyet değişikliğinin sosyal sigorta kapsamına asli sigortalı olarak girmeden önce gerçekleşip gerçekleşmemesine göre; sosyal sigorta kapsamına asli sigortalı olarak girdikten sonra gerçekleşen cinsiyet değişiklikleri bakımından ise sigortalının haklarının kazanılmış veya beklenen hak niteliğinde olup olmamasına göre belirlenmesi gerekir.

Açıklanan sebeplerle çalışmamızda öncelikle cinsiyet değişikliği kavramı ile Türk hukukunda anlaşılması gereken cinsiyet kimliklerinin neler olduğuna yer verilmiş; Türk hukukunda cinsiyet değişikliğinin koşullarına ve sonuçlarına kısaca değinilmiştir. Devamla, sosyal sigorta hukukunda cinsiyet değişikliğinin önemini ortaya koymak amacıyla öncelikle cinsiyet kavramının sosyal sigorta ilişkisindeki yeri ve önemine yer verilmiştir.

Çalışma yönünden cinsiyet değişikliğinin sosyal sigorta hukukundaki sonuçları, sosyal sigorta kapsamına asli sigortalı olarak girmeden önce gerçekleşip gerçekleşmemesine göre ele alınmıştır. Sosyal sigorta kapsamına asli sigortalı olarak girmeden önce gerçekleştirilen cinsiyet değişikliklerinin hüküm ve sonuçları bağlı sigortalıların sigortalılık ilişkisi yönünden incelenmiştir. Sosyal sigorta kapsamına asli sigortalı olarak girdikten sonra gerçekleşen cinsiyet değişiklikleri ise sigortalının haklarının kazanılmış hak veya beklenen hak niteliğinde olup olmamasına göre ele alınmıştır. Cinsiyet değişiklikleri ayrıca, cinsiyet değişikliği operasyonlarının finansmanının genel sağlık sigortası kapsamında karşılanıp karşılanmayacağı yönünden de

incelenmiştir.

Son olarak çalışmamızda, cinsiyet değiştiren sigortalıların sosyal sigorta haklarına ilişkin Türk hukukundaki mevcut uygulamalar eşitlik ilkesi yönünden ele alınmış; cinsiyet değiştiren sigortalıların çalışma hayatındaki dezavantajlı durumunu azaltmak ve maruz kalabilecekleri dolaylı ayrımcılıkları önlemek adına bazı öneriler dile getirilmiştir.

I. CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİ VE İLGİLİ KAVRAMLAR

Çalışmamız kapsamında cinsiyet değişikliği kavramının ne anlama geldiğini ortaya koyabilmek ve çalışmanın kapsamını belirlemek için, öncelikli olarak cinsiyet değişikliği ile anılan cinsiyet kimliklerine ve cinsiyet değişikliği operasyonu geçirebilecek kişilere değinmek gerekir.

Transgender veya yaygın kullanımıyla **trans**; cinsiyet değişikliği operasyonları uyarınca cinsiyet geçiş sürecini tamamlamış veya tamamlamamakla birlikte biyolojik cinsiyetine ya da fiziksel dış görünümüne bir şekilde müdahale etmiş kişileri ifade etmektedir¹. Diğer bir anlatımla transgender terimi, transseksüellerin yanı sıra travestileri (karşı cinsiyettekiler gibi giyinenleri) ve interseksüelleri de kapsayan şemsiye bir kavramdır².

Karşı cinse ait olduğunu hisseden ya da karşı cinse benzeme, karşı cins gibi yaşama arzusu içinde olan kişilere **transseksüel** adı verilmektedir³.

¹ Başak Eryılmaz, *Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Transseksüellik*, Adalet Kitabevi, 2020, s.31; Nergiz Karadağ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku Kapsamında Cinsel Azınlık Hakları”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s.12.

² Umüt Güner / Pelin Kalkan / Yasemin Öz / Elif Ceylan Özsoy / Fırat Söyle, Türkiye’de Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelinde Ayrımcılığın İzlenmesi Raporu 2010, *İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını*, 2011, s.22; Serhat Özkan, “Cinsiyet Geçiş Sürecinin Hukuki ve Toplumsal Boyutu: Haklar ve İhlaller”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14(1), 2017, s.64; Karadağ, s.12. Trans kavramının transseksüel, travesti ve interseksüeller dışında; androjin (androgyn), çoklu cinsiyet (polygender), pancinsiyet (pangender), cinsiyeti olmayan (agender), cinsiyetini kadın ya da erkek olarak tanımlamayan kişiler (genderqueer ya da non-binary) gibi çeşitli cinsiyet kimliklerini içeren ancak bunlarla da sınırlı olmayan bir kavram olduğu yönünde bkz. European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, Marjolein van den Brink ve Peter Dunne, *Trans and intersex equality rights in Europe: a comparative analysis*, (Ed: Alexandra Timmer ve Susanne Burri), Publications Office, 2018, s.34.

³ Güner vd., s.22; Eryılmaz, s.28. Transseksüellerin “kadın cinsel organına sahip olduğu halde kendini erkek olarak hisseden ve ifade eden veya erkek cinsel organına sahip olduğu halde kendini kadın olarak hisseden ve ifade eden bireyler” oldukları yönünde bir tanım için bkz. Simge Saraçoğlu, “Anayasa Mahkemesi E.2017/130, K.2017/165, T.29.11.2017 ve

Transseksüel bir kimse, doğuştan sahip olduğu (kadın veya erkek) biyolojik cinsiyetinden rahatsızlık duymakta; cinsiyetinin kendisine uygun olmadığı/ yanlış cinsiyette olduğu duygusundan hareketle biyolojik cinsiyetiyle sürekli bir çatışma halinde olmaktadır⁴. Bir tür cinsel kimlik bozukluğu olarak kabul edilen transseksüalizmde, kişinin fiziki ve anatomik durumu (biyolojik cinsiyeti), içsel algıları (psikolojik cinsiyeti) ve toplumdaki cinsel rolü (toplumsal cinsiyeti) arasında bir uyumsuzluk bulunmaktadır⁵.

İnterseksüel (hermafrodit) ise doğuştan olağan bir cinsel yapıya ve genital organa sahip olmayan (dış genital bölge ile iç üreme organları arasında uyumsuzluk bulunan), her iki cinsiyetin özelliklerini birden taşıyan veya hiçbir cinsiyetin özelliklerini taşımayan ve bu nedenle cinsiyeti kabul edilen tıbbi normlara göre tam olarak tespit edilemeyen kimseleri ifade etmek için kullanılmaktadır⁶. Cinsiyet değişikliği operasyonlarıyla biyolojik cinsiyeti kesin bir nitelik taşımayan interseksüellerin cinsiyeti, sonradan hâkim hale gelen cinsiyet uyarınca değiştirilmektedir⁷.

Transseksüel bireylerde cinsiyet değişikliği ile amaçlanan biyolojik

E.2017/130, K.2017/164, T.29.11.2017 Kararları Işığında Türk Medeni Kanunu Madde 40 Hükmüne İlişkin Güncel Bir Değerlendirme”, U. Orhan, M. E. Göka ve E. Göztepe (Ed.), *Bilkent Üniversitesi Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu*, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s.285.

⁴ Gamze Turan Başara, “Türk Medeni Kanunu’nun 40’inci Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (103), 2012, s.254; Merve Alçık, “Türk Anayasa Mahkemesinin Trans Bireylere İlişkin Cinsiyet Değişikliği Kararları Üzerine Bir Değerlendirme”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21(Özel Sayı), 2019, s.1878.

⁵ Jale Bafra, “Türkiye’de Cinsiyet Değişikliği Ameliyatlarında Tıbbi ve Hukuki Sorunlar”, *Türkiye Klinikleri Adli Tıp ve Adli Bilimler Dergisi*, 1(1), 2004, s.48; Nurullah Tekin, “Cinsiyet Değiştirme Kavramı ve Cinsiyet Değişikliği Ameliyatının Hukuki Açısından Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 4 (39), 2009, s.99. Ayrıca bkz. Kudret Güven, “Cinsel Kimlik Üzerinde Hak Kavramı ve Korunması: Transseksüellik ve İnterseksüellik”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), 2015, s.136, 138; Özkan, s.65.

⁶ Güven, *Cinsel Kimlik*, s.143-144; Aşıyan Nilüfer, “İnsan Hakları Hukuku Temelinde Türk Hukukunda Cinsiyet Geçiş Süreci”, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü, 2018, s.14. İnterseks bireyler hakkında detaylı bilgiler için ayrıca bkz. Council of Europe Commissioner for Human Rights, *Human Rights and Intersex People (Issue Paper)*, Council of Europe, 2015, s.13 vd. <<https://rm.coe.int/16806da5d4#:~:text=In%20essence%2C%20as%20a%20result,choice%20is%20made%20for%20them.>> Erişim Tarihi 18 Mart 2022.

⁷ Güven, *Cinsel Kimlik*, s.152-153. İnterseksüel kişilerin cinsiyet değişiminde, onlar adına ebeveynlerince önceden karar verildiği için, interseksüellerin kendi cinsel kimliklerini belirleme olanağından yoksun oldukları yönünde bkz. Council of Europe, s.14.

ve psikolojik cinsiyet arasındaki uyumsuzluğu ortadan kaldırarak kişinin cinsiyetini kendi iradesine uygun hale getirmek iken; interseksüel bireylerin cinsiyet değişikliği operasyonlarında amaçlanan kişinin cinsiyetinin kesin hale getirilmesi ve biyolojik cinsiyeti ile hukuk düzeninde tanınan cinsiyeti arasındaki uyumsuzluğun giderilmesidir⁸.

Cross-dressing/transvestizm kavramından türeyen **travesti** ise karşı cinsle ait olduğunu hissetmeksizin, cinsel tatmin veya cinsel dürtüler sebebiyle geçici olarak karşı cinsle ait kıyafetler giyenleri tanımlamak üzere kullanılmaktadır⁹. Transvestizm bir cinsel kimlik veya cinsel yönelim olarak kabul edilmemekte; öte yandan, travestilerin cerrahi bir operasyonla cinsiyetini değiştirme gibi bir isteği veya arzusu da bulunmamaktadır¹⁰.

Cinsiyet değişikliği; kişinin doğduğu anda biyolojik ve fizyolojik özelliklerine göre belirlenen biyolojik cinsiyetinin, tıbbi müdahaleyle kadından erkeğe veya erkekten kadına dönüştürülmesidir¹¹. Bu anlamda cinsiyet değişikliği operasyonları, transseksüel yapıdaki bireylere uygulanan bir tür plastik cerrahi operasyonlarıdır¹². Ancak cinsiyet değişikliği süreci bu cerrahi operasyon ile sona ermemekte; özellikle transseksüel bireyin cinsiyet değişikliği süreci araştırma ve gözlem altına alınma, bir süre karşı cins rolünde yaşama, hormon tedavisi, psikolojik destek ve psikoterapi gibi çeşitli aşamalarla ve belli bir zaman içerisinde tamamlanmaktadır. Böylelikle geri dönülemez sonuçlar içeren cinsiyet değişikliği operasyonundan önce, bireyin gerçekten de transseksüel yapıda olup olmadığı tespit edilmektedir. Bu sebeplerle literatürde, cinsiyet değişikliği terimi yerine sıklıkla tüm bu süreci kapsayıcı nitelikte olan cinsiyet geçiş süreci terimi de kullanılmaktadır¹³. Ancak cinsiyet geçişi cerrahi ameliyat geçirmeksizin yapılan cinsiyet değişikliklerini de kapsadığından ve Türk hukuk literatüründeki yaygın kullanım TMK’da yer aldığı üzere “cinsiyet değişikliği” yönünde olduğundan; çalışmamızda cinsiyet geçişi yerine cinsiyet değişikliği kavramının kullanılması tercih edilmiştir.

Bu çalışmanın konusunu esas itibarıyla transgender bireylerin bir

⁸ Güven, *Cinsel Kimlik*, s.147, 152.

⁹ Nilüfer, s.17; Güner vd., s.21.

¹⁰ Güner vd., s.21; Özkan, s.64-65.

¹¹ Selin Sert, “Türk Medeni Hukukunda Cinsiyet Değiştirme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.118, 2015, s.256; Alçık, s.1880.

¹² Bafra, s.47; Turan Başara, s.247; Tekin, s.100.

¹³ Örneğin bkz. Nilüfer, s.26; Özkan, s.55.

bölümünü oluşturan *transseksüeller* oluşturmaktadır. Ancak çalışmanın kapsamına tüm transseksüel bireyler değil, yalnızca *cinsiyet değiştirme operasyonu ile biyolojik cinsiyetini değiştiren transseksüeller* girmektedir. Nitekim Türk hukukunda transseksüel yapıda olan bir kimsenin biyolojik cinsiyetinin kişisel durum sicilinde sonradan değiştirilmesi, cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirmiş olması şartına bağlanmıştır. Diğer bir anlatımla, transseksüel bir bireyin, cinsiyet değiştirme ameliyatı olmaksızın kişisel durum sicilindeki cinsiyet hanesinin değiştirilmesini ve hukuken karşı cinsten tanınmasını talep edebilmesi mümkün değildir¹⁴. Bu hususlar Anayasa Mahkemesinin 29.11.2017 tarihli kararıyla da hüküm altına alınmıştır¹⁵.

Tüm bu açıklanan sebeplerle TMK m.40 hükmü uyarınca nüfus kütüğündeki biyolojik cinsiyetinin değiştirilebilmesini talep edebilecekler ve devamla hukuk düzeninde karşı cins olarak tanınacak kimseler, tıbbi operasyon geçirerek cinsiyetini değiştirmiş olan transseksüellerdir. Belirtelim ki transseksüelleri tıbbi operasyon geçirmeye mecbur kılma yönündeki uygulamalara getirilen eleştiriler sonrasında, son yıllarda bu koşulun cinsiyet değişikliğinin hukuken tanınması için aranmaması yönünde bir uluslararası

¹⁴ Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Nilüfer, s.90 vd. Saraçoğlu, s.288 vd.; Aslı Makaracı Başak / Seda Öktem Çevik, “Cinsiyet Değişikliğine İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, Zeynep Özlem Üskül Engin, Dolunay Çörek ve Göktürk Öcal (Ed.), *Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk Cilt II*, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s.11 vd.

¹⁵ AYM, T.29.11.2017, E.2015/79, K.2017/164 (RG.T.20.03.2018, S.30366).

mevzuat¹⁶ gelişmiş ve çeşitli ülke örnekleri ortaya çıkmıştır¹⁷. Ancak Türk hukuku bakımından mevcut uygulama aksi yöndedir.

İnterseksüeller ise cinsiyet bakımından özellik arz eden bir grubu oluşturmaktadırlar. Esas itibarıyla interseksüeller de cinsiyet değişikliği olarak anılabilecek tıbbi operasyonlar geçirmekte; ancak bu kişiler yönünden daha çok düzeltici nitelikte operasyonlara veya tedavilere başvurulmaktadır¹⁸. İnterseksüel bireyler ile transseksüel bireylerin aynı koşullara sahip olmamaları nedeniyle, Türk hukukunda cinsiyet değişikliği operasyonunun gerçekleştirilmesine ve yeni cinsiyetin tescil edilmesine ilişkin aranan

¹⁶ Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliğiyle İlişkili Olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Uygulanmasına Dair Yogyakarta İlkelerinin 3.sünde; “*kimsenin cinsiyet değiştirme operasyonu, kısırlaştırma ve hormon terapisi de dahil olmak üzere cinsiyet kimliğinin tanınması amacıyla hiçbir tıbbi prosedüre tabi tutulmaya zorlanamayacağı*” düzenlenmiş; bu ilkeye Avrupa Konseyinin 29.07.2009 tarihli bilgi notunda da aynen yer verilmiştir. Bkz. <http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_en.pdf> ve <<https://rm.coe.int/16806da753>> Erişim Tarihi 11 Mart 2022. Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin 02.05.2016 tarihinde yayımladığı Cinsel Sağlık ve Üremeye Dair 22 No’lu Genel Yorumunda, trans bireylerin zorla tıbbi operasyonlara tabi tutulmalarını gerektiğine hükmedilmiştir. <<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdImnsJZZVQfQejF41Tob4CvIjeTiAP6sGFQktiae1vlbbOAekmaOwDOWsUe7N8TLm%2bP3HJPzjHySkUoHMavD%2fpyfcp3YlZg>> Erişim Tarihi 11 Mart 2022. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de 06.04.2017 tarihli kararıyla; doğum belgesindeki cinsiyet hanesinin düzeltilmesinin, kişinin dış görünümünde geri dönüşü olmayan sonuçlar doğuran cinsiyet değişikliği operasyonlarının yapılmış olması şartına bağlanmasının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Bkz. A.P., Garçon ve Nicot v. Fransa, Başvuru No: 79885/12, 52471/13 ve 52596/13, T.06.04.2017; <<https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-172913>>. AİHM’nin benzer yönde kararları için ayrıca bkz. X. v. Makedonya Eski Yugoslavya Cumhuriyeti, Başvuru No: 29683/16, T.17.01.2019; <<https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-189096>> ve X ve Y v. Romanya, Başvuru No: 2145/16, 20607/16, T.19.01.2021; <<https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-207364>> Erişim Tarihi 11 Mart 2022. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi de cinsiyet değiştirme ameliyatının sağlık açısından zorunlu nitelikte olmayan bir tür tıbbi tedavi olduğunu ve bu kapsamda Avrupa Sosyal Şartının 11. maddesine aykırı olduğunu belirtmiştir. Bkz. Transgender Europe ve ILGA-Europe v. Çek Cumhuriyeti, Şikâyet No:117/2015. T.15.05.2018; <<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-117-2015-dmerits-en>> Erişim Tarihi 11 Mart 2022.

¹⁷ AİHM içtihadı uyarınca, cinsiyet değiştirme operasyonunu gerçekleştirmeden nüfus kütüğündeki kaydın değiştirilmesinin kabul edilebilir nitelikte olduğu ve son yıllarda Avrupa ülkelerinde cinsiyet değiştirme operasyonu koşulunun aranmamakta olduğu yönünde bkz. Makaracı Başak ve Öktem Çevik, s.14 vd. Aynı yönde bkz. Saraçoğlu, s.299-300. Almanya, Arjantin, Avusturya, Belçika, Birleşik Krallık, Danimarka, Gürcistan, Hırvatistan, İrlanda, İsveç, İtalya, Moldova, Norveç ve Portekiz gibi ülkelerde nüfus kütüğündeki cinsiyetin değiştirilebilmesinin tıbbi operasyon koşuluna bağlanmadığı yönünde bkz. Nilüfer, s.99-100; Alçık, s.1899.

¹⁸ Güven, *Cinsel Kimlik*, s.153.

şartlar, interseksüellerin geçirdiği düzeltici operasyonlar yönünden aranmaz. Başka bir anlatımla, cinsiyet değişikliğinin gerçekleştirilme ve tescil edilme koşullarını düzenleyen TMK m.40 hükmü, interseksüellerin geçirdiği düzeltici operasyonlar yönünden işletilmemekte; tıbbi operasyon geçiren interseksüellerin yeni cinsiyeti nüfus kütüğünde 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun 35. maddesi uyarınca düzeltilmektedir¹⁹. Ancak belirtilen bu farklılık, cinsiyet değişikliği sürecinde izlenilmesi gereken usule ilişkindir. Diğer bir ifadeyle, transseksüel veya interseksüel yapıda olup cinsiyet değiştirme ameliyatı ile biyolojik cinsiyetini değiştiren bir kimsenin sosyal sigorta hukukunda karşılaşılabileceği hukuki sonuçlar benzerlik gösterir. Bu nedenle çalışma kapsamında transseksüel bireyler yönünden ele alınan hususların, niteliği uygun düştüğü ölçüde interseksüel bireyler yönünden de geçerli olduğunu belirtmek gerekir.

Öte yandan travestilerin karşı cinse ait olduğunu hissetme gibi bir durumları bulunmamakta, bu kişiler yalnızca belli başlı sebepler uyarınca karşı cins gibi giyinmektedirler. Travestilerin cinsiyet değiştirme operasyonu geçirmek suretiyle biyolojik cinsiyetlerini değiştirme gibi bir durumları söz konusu olmamaktadır. Bu nedenle travestiler, çalışmanın kapsamı dışındadırlar.

II. TÜRK HUKUKUNDA CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİNİN KOŞULLARI VE SONUÇLARI

Cerrahi müdahale ile gerçekleştirilen cinsiyet değişikliği, Türk hukukunda uzun yıllar yasal bir işlem olarak kabul edilmemiş ve cinsiyet değiştiren kişinin yeni cinsel kimliği hukuken korunmamıştır. 04.05.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanunla ise 743 sayılı mülga Medeni Kanunun (MK) “Ahvali şahsiye beyineleri” başlıklı kısımda yer alan 29. maddesine yeni bir fıkra eklenmiş ve doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliklerinin asgari sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi halinde, nüfus sicilinde cinsiyet değişikliği yönünden gerekli düzeltmenin yapılacağı kabul edilmiştir

¹⁹ Nilüfer, s.16. TMK m.40'ta yalnızca “transseksüel yapıda olma” belirtilmiş olsa da, özel olarak düzenlenmemiş olması nedeniyle interseksüellerin cinsiyet değişikliklerinin de TMK m.40 kapsamında değerlendirileceği; ancak bu durumun bazı haksız sonuçlara neden olduğu yönünde bkz. Güven, *Cinsel Kimlik*, s.146-147, 152 vd. TMK m.40'ta yer alan koşulların çift cinsiyetli bireylerin cinsiyet değişikliği yönünden aranmasının isabetsiz olduğu yönünde örnek kararlar için bkz. Y.18.HD., T.19.04.2012, E.2012/80, K.2012/4125; Y.18.HD., T.11.12.2012, E.2012/11442, K.2012/14371; Antalya BAM 1.HD., T.08.06.2017, E.2017/392, K.2017/372, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 10 Mart 2022.

(MK m.29/2)²⁰. Mülga Medeni Kanuna getirilen bu düzenlemede, cinsiyet değiştirebilmek için evli olmama gibi bir şart aranmamış; cinsiyet değişikliği halinde evlenmenin, cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte kendiliğinden son bulacağı düzenlenmiştir. MK m.29/2’de getirilen bu yeni fıkra, kişinin cerrahi müdahaleyle cinsiyet değiştirebilmesi için herhangi bir koşul öngörmemesi nedeniyle doktrinde çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır²¹.

4721 sayılı Türk Medeni Kanununda cinsiyet değişikliği ayrı bir madde ile düzenlenmiş ve cinsiyet değiştirebilme mülga Kanundaki düzenlemenin aksine belli başlı koşullara bağlanmıştır (TMK m.40)²². Buna göre cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemeden cinsiyet değişikliğine izin verilmesini talep etme imkânına sahiptir. Ancak kişiye bu iznin verilebilmesi için; 18 yaşını doldurmuş olması, talep anında evli olmaması, transseksüel yapıda olması ve cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi zorunludur (TMK m.40/1)²³. Bu koşulları sağlayan kişiye, cinsiyet değişikliği ameliyatını gerçekleştirebilmesi için mahkemece izin verilir ve kişi, bu izin uyarınca amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirebilir. Söz konusu ameliyatın gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde ise, mahkemeden kişinin nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılması talep edilebilir (TMK m.40/2). Cinsiyet değişikliği operasyonları ile kişinin vücut

²⁰ Detaylı bilgi için bkz. Kudret Güven, “Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), 1997, s.50 vd.; Mustafa Dural / Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, 2018, s.122-125; Turan Başara, s.247-250; Zeynep Büşra Özcan Konakçı, *Türk Hukukunda Cinsiyet Değiştirme*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya: KTO Karatay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s.25 vd.

²¹ Güven, *Cinsiyet Değişikliği*, s.50 vd.; Dural ve Ögüz, s.122-125; Turan Başara, s.247-250; Özcan Konakçı, s.25 vd.; İpek Sağlam, “Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8 (3-4), 2004, s.456-458.

²² TMK m.40 düzenlemesinin, cinsiyet değişikliğini oldukça ağır koşullara bağladığı yönünde bkz. Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, 2018, s.184; Metin İzikler, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü*, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.103. Bu şartların bireyin onurunu ve özerkliğini zedeleyici nitelikte olduğu yönünde bkz. Özkan, s.80.

²³ Kanunun ilk metninde yer alan koşullardan biri olan “üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunma” koşulu, Anayasa Mahkemesinin 29.11.2017 tarih, 2017/130 esas ve 2017/165 karar sayılı kararı ile iptal edilmiştir (RG.T.20.03.2018, S.30366).

bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkına tıbbi olarak müdahale edildiğinden²⁴, bu müdahalelerin kişiye sıkı sıkıya bağlı birer hak²⁵ olduğunu belirtmek gerekir.

Türk hukukunda cinsiyet değişikliğinin tamamlanması ve cinsiyetini değiştiren kimsenin yeni cinsiyetinin hukuken tanınması, belli başlı süreçlerin tamamlanmasıyla gerçekleşir. Bunlar; cinsiyet değişikliği ameliyatının gerçekleştirilebilmesi için mahkemeden izin almak, bu izin uyarınca cinsiyet değiştirme ameliyatını gerçekleştirmek ve son olarak kişisel durum sicilinin yeni cinsiyet uyarınca değiştirilmesini talep etmektir²⁶. Buna göre cinsiyet değiştiren kimse, cinsiyet değiştirme ameliyatı ile cinsiyetini değiştirdikten sonra mahkemeden kişisel durum sicilinin yeni cinsiyetine göre düzeltilmesini talep etme (kayıt düzeltme davası açma) hakkına sahiptir (TMK m.40/2). Bu kapsamda mahkeme, kişinin nüfus kaydının yeni cinsiyeti uyarınca düzeltilmesine karar verir.

Cinsiyet değişikliğinin hüküm ve sonuçları ileriye etkili olarak ortaya çıkar²⁷. Böylelikle cinsiyet değiştiren kimse, cinsiyetini değiştirdiği andan itibaren yeni cinsiyeti uyarınca hukuki işleme tabi olur²⁸. Ancak her ne kadar cinsiyet değişikliği ileriye etkili sonuçlar doğursa da, cinsiyet değiştiren kişinin önceki cinsiyetine göre kazanmış olduğu haklarının ya da sahip olduğu yükümlülüklerin yeni cinsiyetine göre uyarlanması sorunu ortaya çıkar.

Cinsiyet değişikliği halinde kişisel durum kaydı, mahkeme kararı uyarınca değiştirilmektedir. Bu sebeple cinsiyet değişikliği nedeniyle kişisel durumda meydana gelen değişikliği, “mahkeme kararıyla yapılan kişisel durum kaydı düzeltmeleri” kapsamında değerlendirmek mümkündür²⁹. Öte yandan, kişisel durum sicilinin kişinin yeni cinsiyetine göre düzeltilmesi, kurucu değil bildirici nitelik taşır³⁰. Ancak kişisel durum siciline tescil

²⁴ Turan Başara, s.247.

²⁵ Jale Akipek / Turgut Akıntürk / Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt*, 16. Baskı, Beta Yayıncılık, 2020, s.495-496; Özcan Konakcı, s.47; Emre Cumaloğlu, “Transseksüellerin Sicil Cinsiyetini Değiştirmelerinde Kısırlık ve Ameliyat Zorunluluğu Türk Medeni Kanunu’nun 40. Maddesi Anayasa’ya Aykırı mıdır?”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(2), 2016, s.447.

²⁶ AYM, T.29.11.2017, E.2017/130, K.2017/165 (RG.T.20.03.2018, S.30366).

²⁷ Güven, *Cinsiyet Değişikliği*, s.67; Turan Başara, s.257; Sert, s.263; Özcan Konakcı, s.81.

²⁸ Özcan Konakcı, s.81.

²⁹ Burcu Ezer, *Kişisel Durum Değişikliklerinin Sosyal Güvenlik Hukukundaki Etkileri*, TAEM Yayınları, 2021, s.211.

³⁰ Dural / Öğüz, s.127-128; Güven, *Cinsiyet Değişikliği*, s.63; Cumaloğlu, s.451.

edilmeyen cinsiyet değişikliğinin hukuken tanınması ve korunması mümkün olmaz. Devamla, kişinin son cinsiyeti ile nüfus sicilinde yer alan cinsiyetinin uyuşmaması, taraf olacağı bazı hukuki işlemlerde sıkıntıların ortaya çıkmasına neden olur. Örneğin kişi cinsiyetini cerrahi müdahale ile fiziken değiştirirse dahi, nüfus sicili yeni cinsiyete göre düzeltilmedikçe, evlenme sözleşmesinin tarafı olamaz³¹.

Belirtelim ki usulüne uygun bir biçimde cinsiyet değiştirildikten sonra, mahkemenin nüfus kaydında değişiklik yapıp yapmama konusunda bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Bu aşamada değerlendirilmesi gereken husus, usulüne uygun olarak gerçekleştirilmeyen cinsiyet değişiklikleri bakımından da mahkemenin nüfus kaydında düzeltme yapılması yönünde karar vermekle yükümlü olup olmadığıdır. Kanun koyucu TMK m.40/1 hükmünde cinsiyet değişikliğinin gerçekleştirilebilmesi için bazı koşullar kabul etmiş; ancak bu koşullara uymaksızın (örneğin evli iken³² veya mahkemeden cinsiyet değişikliğine yönelik izin almadan) hukuka aykırı bir şekilde (yurt dışında ya da yasa dışı yollarla) cinsiyetini cerrahi müdahale ile değiştiren bir kimsenin durumu TMK'da açıkça düzenlenmemiştir³³. Doktrinde, mahkeme iznine dayanmaksızın gerçekleştirilen bu tür cinsiyet değişikliklerinin kişisel durum siciline işlenmesine yönelik istemlerin reddedilmesi gerektiği yönünde bir görüş³⁴ bulunsa da, kanımızca cinsiyetini bir şekilde değiştirmiş kişilerin nüfus

³¹ İkizler, s.105.

³² Evli iken cinsiyet değiştiren kişinin evliliğinin akıbetine ilişkin doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bilindiği üzere evlenmenin kurucu unsurlarından biri, evlenecek kimselerin karşı cinsten olmasıdır. Evli bir kimsenin cinsiyet değiştirmesi halinde ise, evliliğin kurucu unsurlarında sonradan bir eksiklik ortaya çıkmaktadır. Doktrinde bir görüş evlenmenin bu halde kendiliğinden sona ereceğini savunmuştur. Bkz. Feyzioğlu'ndan aktaran İkizler, s.108; Turgut Akıntürk / Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt*, 18. Baskı, Beta Yayıncılık, 2016, s.201. Bir diğer görüş ise bu halde evlenmenin yokluk yaptırımına tabi olduğunu belirtmiştir. Bkz. Mustafa Dural / Tufan Ögüz / M. Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, 14. Baskı, Filiz Kitabevi, 2019, s.76-77. Diğer bir görüş ise bu halde evlenmenin ancak boşanma yoluyla sona erebileceğini belirtmiştir. Bkz. Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, 2015, s.573; Turan Başara, s.259-260; Sert, s.267. Kanımızca evlenmenin yokluğundan söz etmek geçmişe dönük sonuçlara sebep olacağından, bu halde evlenmenin yoklukla geçersiz kabul edilmesi hukuk güvenliğini zedeler. Bu hususun açık bir düzenleme ile düzenlenmesi ve getirilecek hükmün ileriye etkili sonuçlar doğurması yerinde olacaktır. Bu doğrultuda bkz. İkizler, s.109 vd.

³³ Mahkeme izni bulunmaksızın gerçekleşen cinsiyet değişiklikleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Yasemin Yücesoy Yılmaz, "Mahkemeden İzin Alınmaksızın Gerçekleşen Cinsiyet Değişikliğinin Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 29(1), 2021, s.738 vd.

³⁴ İkizler, s.113-114; Turan Başara, s.257; Yücesoy Yılmaz, s.750-751; Eryılmaz, s.28.

kütüğünde de gerekli değişikliğin yapılması ve sicile yeni cinsiyetlerinin tescil edilmesi kamu düzenini sürdürmenin bir gereğidir³⁵. Yargıtay'ın da konuyu kamu düzeni ekseninde ele alan kararlarının bulunduğunu belirtmek gerekir³⁶.

III. TÜRK SOSYAL SİGORTA HUKUKUNDA CİNSİYET DEĞİŞİKLİĞİNİN SONUÇLARI

A. Sosyal Sigorta Hukukunda Cinsiyetin ve Cinsiyet Değişikliğinin Önemi

Sosyal sigorta hukukunda cinsiyet ayrımı bulunmaksızın sigorta edimlerinden yararlanmak esastır. Ancak bu genel eşitlik ilkesinin sosyal risklerden koruma sağlamakta yetersiz kalması, sosyal sigorta hukukunda cinsiyete dayalı bazı özel düzenlemelerin varlığını zorunlu kılmıştır³⁷. Sosyal sigorta hukukunda cinsiyet değişikliği, sigortalılık statüsünde ve sigortalıya sağlanan sigorta edimlerinde cinsiyete dayalı bu tür ayrımların bulunması nedeniyle önem taşır. Bu nedenle çalışmamızda öncelikle cinsiyetin sosyal sigorta hukukundaki önemine ve sonuçlarına kısaca yer vermek gerekir.

Türk hukukunda sosyal sigortalılık statüsü genel ve objektif nitelikli bir statü olmayıp kişinin hukuki statüsüne ve kişisel durumuna göre değişiklik gösterir. Sigortalılık statüsü; sigortalının çalışma statüsü (bağımlı çalışan, bağımsız çalışan veya kamu görevlisi olması), yaşı, engelliliği, medeni durumu kadar cinsiyetiyle de ilgilidir. Nitekim sigortalılara sağlanan edimler çoğu defa bu unsurlar gözetilerek farklılaştırılır³⁸.

³⁵ Cinsiyet değişikliği koşullarının gerçekleştirilmiş olduğunun tespit edilmiş olması kaydıyla, TMK m.40'ta yer alan prosedür izlenmeden yapılan cinsiyet değişikliklerinin de tescil edilmesi gerektiği yönünde bkz. Güven, *Cinsel Kimlik*, s.166-167. Cinsiyet değişikliğini kabul etmemek kamu düzenini bozabileceğinden, yeni cinsiyetin sicile tescil edilmesi ancak TMK m.40'ta yer alan koşulları yerine getirmeyen kişiye cezai yaptırım uygulanması gerektiği yönünde bkz. Dural / Ögüz, s.128. Yurt dışında cinsiyet değişikliği ameliyatı olanların, Türk mahkemelerinde doğrudan kayıt düzeltme davası açabileceği yönünde bkz. Özkan, s.70. De facto durumun hukuk düzenince kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Karadağ, s.101.

³⁶ Örnek olarak bkz. Y.2.HD., T.13.12.2010, E.2009/19039, K.2010/20942, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 07 Mart 2022.

³⁷ Ayrıca bkz. Berna Gökçen Ayan, "Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadına Yönelik Pozitif Ayrımcılık: Uzun Vadeli Sigorta Bakımından Bir Değerlendirme", *Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi*, 3(1), 2015, s.365 vd. Sosyal güvenlik hakkının cinsiyet temelli değerlendirmesi için ayrıca bkz. Emrah Çetin, *Ulusal ve Uluslararası Hukuk Boyutuyla Sosyal Güvenlik Hakkı ve Etkinleştirilmesi*, 2. Baskı, Yetkin Basımevi, 2021, s.371 vd.

³⁸ Faruk Barış Mutlay, *Sosyal Sigorta Yardımlarına Hak Kazanma Koşulları ve Eşitlik İlkesi*, Beta Yayıncılık, 2014, s.120 vd.

Türk sosyal sigorta hukukunda da kimi hallerde cinsiyete dayalı bazı uygulama farklılıkları kabul edilmiştir. Bu farklılaştırma tercihinin altında sosyal adaleti sağlamak, cinsiyetten kaynaklanan eşitsizlikleri ve dezavantajları azaltmak/gidermek ve kişilerin cinsiyetleri nedeniyle sahip oldukları biyolojik ve fizyolojik riskler ya da kanuni yükümlülükler yatmaktadır. Örneğin Türk hukukunda;

- İş kazası ve meslek hastalığı sigortası kapsamında 4/1-a'lı sigortalı kadının süt izni sırasında geçirdiği kazanın iş kazası sayılması (SSGSSK m.13/1-d)³⁹,
- Analık sigortasından asli veya bağlı sigortalı kadınlara emzirme ödeneği, asli sigortalı kadınlara ise geçici iş göremezlik ödeneği verilmesi (SSGSSK m.16/2,3),
- Doğum yapan sigortalı kadına doğum ya da analık izni sürelerini borçlanma imkânı tanınması (SSGSSK m.41/1-a)⁴⁰,
- SGK'dan gelir/aylık almakta iken evlenen kız çocuklarına evlenme ödeneği verilmesi (SSGSSK m.37/1),
- Kadın sigortalı çalıştıran işverenlere prim ve vergi teşvikleri sağlanması (4447 s. K. Geç. m.7, 10, 19, 21),
- Kadınlara yurt dışında ev kadını olarak geçirdikleri süreleri borçlanma imkânı tanınması (3201 s. K. m.1) gibi düzenlemeler uyarınca sosyal sigorta kapsamında kadınlara daha fazla sigorta edimi sunma şeklinde bir yöntem benimsenmiştir.

Bazı hallerde ise sosyal sigorta edimlerine hak kazanabilmek için kadınlar bakımından daha az şartın yerine getirilmesi esası kabul edilmiştir. Bu durumlara;

- (01.01.2048 tarihine kadar prim ödeme gün sayısı koşullarını tamamlayanlarla sınırlı olmak üzere) Sigortalı kadınlar için erkeklere oranla daha düşük emeklilik yaşının belirlenmesi (SSGSSK m.28/2),

³⁹ Nitekim 4857 sayılı İş Kanununun m.66/1-e bendi uyarınca “Çocuk emziren kadın işçilerin çocuklarına süt vermeleri için belirtilecek süreler” çalışma süresinden sayılmıştır.

⁴⁰ Belirtelim ki 4/1-c’li sigortalılar bakımından doğum borçlanması yalnızca kadınlara özgülenen bir imkân olarak değerlendirilemez. 4/1-c’li sigortalı erkekler de bu süreleri SSGSSK m.41/1-c kapsamında borçlanabilir. Ezer, s.216.

- Ağır engelli çocuğu bulunan sigortalı kadınlara emeklilik koşulları bakımından kolaylık sağlanması (SSGSSK m.28/8),
- Kız çocuklarının hak sahipliğinde erkek çocuklara kıyasla daha az koşul belirlenmesi (SSGSSK m.34/1-b),
- Kız çocuklarının bakmakla yükümlü olunan sıfatının tespitinde kolaylıklar sağlanması (SSGSSK m.37/1, Geç. m.12/8) örneklerini vermek mümkündür.

Sosyal sigorta statüsünde kadınlara yönelik çok sayıda özel düzenleme mevcutken, erkekler bakımından daha sınırlı bir durum söz konusudur. Türk hukukunda cinsiyeti nedeniyle sigortalı erkeklere tanınan tek imkân, kanuni yükümlülükleri nedeniyle silah altında veya yedek subay/astsubay okulunda geçen süreleri borçlanmaya ilişkindir (SSGSSK m.41/1-b).

Sosyal sigorta hukukunda cinsiyet değişikliği, esas itibariyle yukarıda sözü edilen sigorta edimlerinden yararlanıp yararlanmama durumunu etkiler. Cinsiyet değişikliğinin ileriye etkili bir şekilde hüküm ve sonuç doğurduğundan söz edilmişti. Buna göre kural olarak bir kimsenin önceki cinsiyetine göre sahip olduğu hak ve yükümlülükler, yeni cinsiyetine göre uyarlanır. Diğer bir ifadeyle, cinsiyet değiştiren kimsenin karşılaştırılacağı ve eşit kabul edileceği kişi, yeni cinsiyetine göre tespit edilir.

Öte yandan sosyal sigorta hukukunda bu uyarlama, hakkın niteliğine göre farklı şekillerde ortaya çıkar. Cinsiyet değiştiren sigortalının sosyal sigortadan kaynaklanan haklarının akıbeti, hakkın *kazanılmış hak* veya *beklenen hak* olmasına göre belirlenir⁴¹. Bu nedenle cinsiyet değişikliğinin sosyal sigorta yönünden doğurduğu sonuçları, cinsiyet değişikliğinin sosyal sigorta kapsamına asli sigortalı olarak girmeden önce gerçekleşip gerçekleşmemesine göre; sosyal sigorta kapsamına asli sigortalı olarak girdikten sonra gerçekleşen cinsiyet değişiklikleri bakımından ise sigortalının haklarının kazanılmış veya beklenen hak niteliğinde olup olmamasına göre ele almak yerinde olacaktır.

B. Sosyal Sigorta Kapsamına Asli Sigortalı Olarak Girmeden Önce Gerçekleşen Cinsiyet Değişikliğinin Sonuçları

Bir kimsenin asli sigortalı olarak sosyal sigorta kapsamına girmeden önce gerçekleştirdiği ve nüfus siciline tescil edilen cinsiyet değişiklikleri, kural olarak sosyal sigorta bakımından herhangi bir sonuç doğurmaz. Diğer

⁴¹ Ezer, s.213.

bir ifadeyle, kişi cinsiyetini sigortalı olmadan önce değiştirdiği için, sonradan kurulacak *asli sigortalılık ilişkisi* bütünüyle sigortalının yeni cinsiyetine göre belirlenir. Kişisel durum siciline göre sigortalı olmadan önce kadın olan, sigorta kapsamına girdiği an itibariyle ise erkek olan kişi, erkek olarak; sigortalı olmadan önce erkek olan, sigorta kapsamına girdiği an itibariyle ise kadın olan kişi ise kadın olarak sigorta işlemlerine tabi tutulur.

Bu aşamada değerlendirilmesi gereken olasılık, sosyal sigorta kapsamına henüz asli sigortalı olarak girmeyen ve cinsiyetini değiştiren kimsenin, bağlı sigortalı olarak sosyal sigortaya dâhil olma halidir. *Bağlı sigortalılık ilişkisi*, asli sigortalı ile bağlı sigortalı arasındaki soybağı ilişkisi, evlat edinme ilişkisi veya evlilik sebebiyle ortaya çıkar. Türk hukukunda “bakmakla yükümlü olunan kimse” ve “hak sahibi” olmak üzere iki farklı bağlı sigortalılık statüsü düzenlenmiştir⁴². *Bakmakla yükümlü olunan kimse* statüsü, asli sigortalı sağken bağlı sigortalıya verilen ad olup bağlı sigortalıya esas itibariyle genel sağlık sigortasından yararlanma imkânı verir. 5510 sayılı Kanuna göre bakmakla yükümlü olunan kimse kabul edilebilecekler; (SSGSSK m.5/1-b; m.60/1-c-1,2,7; m.60/7; m.60/8; m.60/12 dışında) asli sigortalı, pasif sigortalı (kendi sigortalılığı nedeniyle gelir/aylık alan kimse) veya isteğe bağlı sigortalı olmayan eş, kız/erkek çocuklar, anne ve babadır. Ancak bu kişilerin bakmakla yükümlü olunan kimse sayılabilmeleri için kanun koyucunun aradığı diğer şartları⁴³ sağlamaları gerekir (SSGSSK m.3/10). *Hak sahipliği* ise, bağlı sigortalılığa neden olan asli sigortalının ölümü halinde, bağlı sigortalıya verilen ad olup bağlı sigortalıya gelir/aylık bağlanmasını veya kanunda düzenlenen diğer sigorta edimlerinin verilmesini sağlar. Hak sahibi olabilecek kişiler; ölen sigortalının kadın/erkek dul eşi, kız/erkek çocukları, anne ve babasıdır. Bakmakla yükümlü olunan kimseler gibi bu kişilerin de hak sahibi olarak sigorta edimlerinden yararlanabilmeleri için bazı şartları⁴⁴ sağlamaları

⁴² Ali Nazım Sözer, *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, 2021, s.46; Tankut Centel, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s.164-166.

⁴³ Eş yönünden bu genel koşullara ek bir koşul aranmazken; kız veya erkek çocuklar yönünden 18 (lise ve dengi öğrenim görmesi halinde 20, yüksek öğrenim görmesi halinde 25) yaşını doldurmamış olma ve evli olmama koşulları; malul çocuklar yönünden evli olmama koşulu; anne ve baba yönünden ise geçiminin genel sağlık sigortalısı tarafından sağlandığının Kurumca belirlenen kriterlere göre tespit edilmesi koşulu aranmaktadır. Bkz. SSGSSK m.3/10.

⁴⁴ *Dul eşin hak sahipliği yönünden* 5510 sayılı Kanun kapsamında veya yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmama veya kendi sigortalılığı nedeniyle kendisine gelir veya aylık bağlanmamış olma koşulu; *erkek çocukları yönünden* 5510 sayılı Kanunun m.5/1-a,b,c bentleri hariç 5510 sayılı Kanun kapsamında veya yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmama veya kendi sigortalılığı nedeniyle kendisine gelir veya aylık bağlanmamış olma

gerektiği kabul edilmiştir (SSGSSK m.34).

Cinsiyet değişikliği, taraflar arasındaki soybağı ilişkisini değiştirmeden⁴⁵, cinsiyet değiştiren bağlı sigortalının sigortalılık statüsü kural olarak bu değişiklikten etkilenmez. Bu durum, bağlı sigortalı çocuklar, anne ve baba bakımından geçerlidir. Diğer bir anlatımla, cinsiyet değiştiren bağlı sigortalı, yeni cinsiyeti uyarınca bağlı sigortalı olarak kabul edilmeye devam edilir. Bağlı sigortalıya bu sigorta statüsünü kazandıran asli sigortalının, bağlı sigortalı ile olan soybağını bu sebep uyarınca reddetmesi veya ortadan kaldırması ya da evlatlık ilişkisini ortadan kaldırması Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre mümkün değildir. Gerek soybağının reddi ve soybağının ortadan kaldırılması ve gerekse evlatlığın ortadan kaldırılması sebepleri sınırlı sayı ilkesine tabidir (TMK m.286-291, m.317-319). Devamla, asli sigortalı, cinsiyetini değiştirmiş olan bağlı sigortalıyı TMK m.510'da yer alan sebepler uyarınca mirasçılıktan çıkarmış olsa dahi, mirasçılık sıfatı ile bağlı sigortalılık sıfatı birbirinden farklı kavramlar olduğundan⁴⁶, cinsiyetini değiştiren kişinin bağlı sigortalılık statüsü bu durumdan da etkilenmez.

Bağlı sigortalılık statüsü *salt* cinsiyet değişikliği nedeniyle ortadan kalkmasa da, bağlı sigortalılık statüsü için aranan şartlarda cinsiyete dayalı bir ayrıma gidilmiş olması halinde, bu sıfatla sigorta edimlerinden yararlanmanın cinsiyet değişikliğine bağlı olarak ortadan kalkması ve bu sebeple cinsiyet değiştiren kimsenin bağlı sigortalı sıfatını yitirmesi mümkündür. Örneğin anne ve babanın bağlı sigortalı sıfatında cinsiyete dayalı bir ayrıma gidilmediğinden,

ve 18 (lise ve dengi öğrenim görmesi halinde 20, yüksek öğrenim yapması halinde 25) yaşını doldurmamış olma koşulu; *kız çocukları yönünden* 5510 sayılı Kanunun m.5/1-a,b,c bentleri hariç 5510 sayılı Kanun kapsamında veya yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmama veya kendi sigortalılığı nedeniyle kendisine gelir veya aylık bağlanmamış olma ve evli olmama koşulu; *malul (kız ya da erkek) çocuklar yönünden* 5510 sayılı Kanunun m.5/1-a,b,c bentleri hariç 5510 sayılı Kanun kapsamında veya yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında çalışmama veya kendi sigortalılığı nedeniyle kendisine gelir veya aylık bağlanmamış olma ve Kurum Sağlık Kurulu kararı ile çalışma gücünün en az %60 oranında yitirilmiş olduğunun tespit edilmesi; *anne ve baba yönünden* her türlü kazanç ve irattan elde etmiş olduğu gelirinin asgari ücretin net tutarından daha az olması ve diğer çocuklarından hak kazanılan gelir ve aylıklar hariç olmak üzere kendisine gelir ve/veya aylık bağlanmamış olması koşulu aranmaktadır. Bkz. SSGSSK m.34.

⁴⁵ Sert, s.264; Merve Koç Kızılyel, *Türkiye'de Cinsiyet Değiştirme İşlemlerinin Tıbbi ve Hukuki Yönünden Değerlendirilmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020, s.64; Özcan Konakçı, s.97-98.

⁴⁶ A. Can Tuncay / Ömer Ekmekçi, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 20. Baskı, Beta Yayıncılık, 2019, s.552; Mehtap Yücel Bodur, *Sosyal Güvenlik Hukukunda Ölüm Sigortası*, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.97.

bu kişilerin cinsiyet değiştirmeleri bakmakla yükümlü olunan kimse ya da hak sahibi sıfatıyla sigorta edimlerinden yararlanmalarını etkilemez (SSGSSK m.3/10-c; m.34/1-a,d). Ancak sigortalının çocuklarının bağlı sigortalılığı yönünden cinsiyete dayalı ayrımlara gidildiğinden; bu halde bağlı sigortalılık ilişkisi hak sahibinin ya da bakmakla yükümlü olunan kimsenin yeni cinsiyetine göre belirlenir ve bağlı sigortalı çocuk hemcinsleriyle aynı haklara sahip olur⁴⁷.

SSGSSK'da hak sahibinin kız ya da erkek olmasına göre hak sahibi sıfatıyla sigorta edimlerinden yararlanma yönünden farklı koşullar belirlenmiştir (SSGSSK m.34/1-b). 5510 sayılı Kanun kapsamında veya yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında (SSGSSK m.5/1-a,b,e haricinde) çalışmayan veya kendi sigortalılığı nedeniyle gelir/aylık almayan ve 18 (lise ve dengi öğrenim görmesi halinde 20, yüksek öğrenim yapması halinde 25) yaşından küçük *erkek çocukları* ile 5510 sayılı Kanun kapsamında veya yabancı bir ülke mevzuatı kapsamında (SSGSSK m.5/1-a,b,e haricinde) çalışmayan veya kendi sigortalılığı nedeniyle gelir/aylık almayan ve evli olmayan *kız çocukları* hak sahibi olarak kabul edilmiştir. Böylelikle hak sahibi sıfatı, kız çocukları bakımından daha lehe düzenlenmiştir. Buna göre biyolojik olarak erkek olan cinsiyetini kadın olarak değiştiren bir kimse; daha önceden ilgili yaş haddini aşması nedeniyle hak sahibi olarak kabul edilmezken, yeni cinsiyetinin kişisel durum siciline tescil edilmesiyle birlikte -diğer koşulları da sağlaması şartıyla- hak sahibi sıfatıyla gelir/aylık başta olmak üzere Kanunda düzenlenen sigorta edimlerinden ya da hak sahiplerine tanınan diğer haklardan yararlanabilir. Hak sahibinin talep hakkı, cinsiyet değiştirme tarihi itibarıyla veya hak kazanma koşullarının ileri bir tarihte sağlanması halinde bu tarihte doğar (SSGSSK m.35/1-b). Örneğin yargı önüne taşınan bir olayda Danıştay, erkek iken cinsiyetini kadın olarak değiştiren bir kimsenin hak sahibi kız çocuğu sıfatıyla kendisine ölüm aylığı bağlanmasının önünde herhangi bir engel bulunmadığına; cinsiyet değiştiren kimsenin eşit kabul edileceği kişinin yeni cinsiyetine göre tespit edileceğine hükmetmiştir⁴⁸.

Biyolojik olarak kadın olan cinsiyetini erkek olarak değiştiren bir kimse, cinsiyet değişikliğine rağmen aylığa hak kazanma şartlarını yitirmezse, bağlı sigortalının aylığı cinsiyet değişikliği nedeniyle kesilmez. Ancak cinsiyetini erkek olarak değiştiren bağlı sigortalının ilgili yaş koşullarını sağlamıyor

⁴⁷ Aynı yönde bkz. Özcan Konakçı, s.103.

⁴⁸ D.10.DD., T.27.12.1993, E.1992/4706, K.1993/5536, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 04 Mart 2022.

olması halinde, yeni cinsiyetinin kişisel durum sicilinde düzeltildiği tarihi takip eden ödeme dönemi itibariyle bu kimse sosyal sigortadan hak sahibi olarak yararlanamaz hale gelir (SSGSSK m.35/1). Nitekim Kurumun uygulamasında da SGK ödemeler kütüğü ile nüfus kütüğü belirli periyotlarla karşılaştırılmakta; cinsiyet değişikliği dahil olmak üzere çeşitli nedenlerle sigorta edimlerine hak kazanma şartlarını yitirenler tespit edilmektedir (SSİY m.76/3). Düzeltilmeyen sicil kaydına istinaden sosyal sigorta edimlerinden yararlanmaya devam eden hak sahibine yapılan ödemeler ise yersiz ödeme kabul edilir ve bu ödemeler hak sahibi sıfatının ortadan kalktığı tarihten (cinsiyet değişikliği tarihinden) itibaren ileriye dönük olarak SGK tarafından geri alınır (SSGSSK m.96/1-a).

Hak sahibi sıfatıyla yararlanılabilecek bir diğer sigorta edimi, *evlenme ödeneği*dir. Evlenme ödeneği, ölen sigortalının kendisine gelir/ aylık bağlanan ancak evlenmesi nedeniyle gelirinin/aylığının kesilmesi gereken kız çocuklarına, talepte bulunmaları halinde almakta oldukları gelirlerinin/ aylıklarının iki yıllık tutarının bir defaya mahsus olmak üzere peşin olarak ödenmesidir (SSGSSK m.37). Kanuna göre evlenme ödeneğine hak kazanabilmek için Kurum'dan gelir/ aylık almakta iken evlenmek ve bu nedenle aylığı kesilmiş kız çocuğu olmak gerekmektedir. Buna göre bu koşulları yerine getiren kimse, daha sonra cinsiyetini erkek olarak değiştirirse dahi, evlenme tarihinden itibaren beş yıllık hak düşürücü süre içinde Kurumdan evlenme ödeneği talep edebilir (SSGSSK m.97/3). Nitekim bu halde evlenme ödeneği kişinin önceki cinsiyeti döneminde bütün sonuçları ile doğmuş ve kişisel alacağa dönüşmüş ancak talebe konu olmamıştır⁴⁹. Diğer taraftan, biyolojik olarak kadın olan cinsiyetini erkek olarak değiştiren kimseye daha önceden ödenmiş olan evlenme ödeneğinin iadesi istenemez.

Biyolojik olarak erkek olan cinsiyetini kadın olarak değiştiren ve bu statüsü gereği Kurum'dan gelir/aylık almakta iken evlenen kişi de evlenme ödeneğine hak kazanabilir. Bu aşamada değerlendirilebilecek husus, erkek olan biyolojik cinsiyeti ile daha önce bir evlilik geçirmiş ve sonradan kadın cinsiyetiyle evlenmiş bir kimsenin evlenme ödeneğine hak kazanıp kazanmayacağıdır. Türk hukukunda evlenme ödeneği “bir defaya mahsus olmak üzere” ödenecek bir sigorta edimi olarak düzenlendiğinden⁵⁰; daha önce

⁴⁹ Ezer, s.217.

⁵⁰ Sözer, *Sosyal Sigortalar*, s.455; Tuncay / Ekmekçi, s.435, 564; Ali Güzel / Ali Rıza Okur / Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, 2021, s.684; Mutlay, s.299; Yusuf Alper, *Sosyal Sigortalar Hukuku*, 11. Baskı, Dora Yayıncılık, 2020, s.265,

evlenme ödeneği almamış olması kaydıyla bu durumda da bağlı sigortalıya evlenme ödeneğinin ödenmesi gerekir.

Cinsiyetini değiştiren hak sahibi kız veya erkek çocuklarının durumu, ölüme bağlı toptan ödeme ve ihya hakkının kullanılması bakımından da benzerlik gösterir. Hak sahibinin toptan ödemededen pay alıp almayacağı, toptan ödeme anındaki son cinsiyetine göre tespit edilir. Ancak toptan ödeme yapıldığı andaki cinsiyetine göre toptan ödemededen pay alamamış hak sahibinin sonradan cinsiyet değiştirmesi ve yeni cinsiyeti uyarınca hak sahibi sıfatıyla aylığa hak kazanabiliyor olması, kendisine herhangi bir talep hakkı vermez⁵¹. Bu durumda toptan ödemededen artmış bir tutar olsa dahi kendisine herhangi bir ödeme yapılmaz. Çünkü toptan ödemededen sonradan pay talep edebilecek hak sahipleri Kanunda sınırlı olarak belirlenmiştir (SSGSSK m.36/3).

5510 sayılı Kanun, hak sahipliğinin aksine bakmakla yükümlü olunan kimselerin statüsünde cinsiyete dayalı bir ayırmada bulunmamıştır. Sigortalı sayılmayan veya isteğe bağlı sigortalı olmayan, kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış olan ve 18 (lise ve dengi öğrenim görmesi veya aday çıraklık ve çıraklık eğitimi ile işletmelerde meslekî eğitim görmesi halinde 20, yüksek öğrenim görmesi halinde 25) yaşını doldurmamış ve evli olmayan kız/erkek çocuklar, bakmakla yükümlü olunan kimse olarak kabul edilmiştir (SSGSSK m.3/10). Buna göre 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden (01.10.2008) sonra bakmakla yükümlü olunan kimse kabul edilen çocuklar yönünden cinsiyet değişikliği herhangi bir değişiklik doğurmaz.

Öte yandan, 5510 sayılı Kanuna eklenen geçiş hükmü gereğince, 5510 sayılı Kanun yürürlüğe girdiği anda halihazırda bakmakla yükümlü olunan kimse sıfatını taşıyan (01.10.2008'den önce doğan) kız çocuklarının kazanılmış hakkı korunmuş; bu çocuklar yönünden herhangi bir yaş şartı getirilmemiştir (SSGSSK Geç m.12/8)⁵². Cinsiyetini değiştiren kişinin bu geçiş hükmünün kapsamına girmesi halinde, bakmakla yükümlü olunan kimse sıfatı son cinsiyetine göre tespit edilir. Cinsiyetini kadın olarak değiştiren kişinin bakmakla yükümlü olunan kimse olarak kabul edilip edilmeyeceği SSGSSK Geç m.12/8 uyarınca belirlenir. Cinsiyetini erkek olarak değiştiren ve önceden bakmakla yükümlü olunan kimse sıfatını taşıyan kişinin bu sıfat

325; Haluk Hadi Sümer, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2020, s.178, 242.

⁵¹ Ezer, s.220.

⁵² Konuya ilişkin bkz. Ali Nazım Sözer, *Türk Genel Sağlık Sigortası*, 3. Baskı, Beta Yayıncılık, 2020, s.169-170; Güzel / Okur / Caniklioğlu, s.812.

uyarınca sigorta edimlerinden yararlanma hali ise yeni cinsiyetinin kişisel durum siciline tescil tarihi itibarıyla sona erer.

Belirtelim ki yukarıda açıklanan hususlar esas itibarıyla bağlı sigortalı çocuklara ilişkindir. TMK m.40 hükmü cinsiyet değişikliği anında kişinin evli olmaması koşulunu aradığından, kural olarak cinsiyet değiştiren kimsenin “eş” sıfatıyla bağlı sigortalı olması söz konusu olmaz. Ancak değinildiği üzere, cinsiyet değişikliğinin bu yasağa rağmen her nasılsa evli iken gerçekleşmiş olması mümkündür. Cinsiyet değiştiren kişinin “eş” sıfatıyla bağlı sigortalı olduğu bu gibi istisnai hallerde, cinsiyet değişikliği ile birlikte evliliğin akıbetinin ne olacağı TMK’da düzenlenmemiştir. Doktrindeki çoğunluk görüşü, bu halde evliliğin kendiliğinden sona ermeyeceğini ancak boşanma yoluyla sona erebileceğini kabul etmektedir⁵³. Bu nedenle cinsiyet değiştiren bağlı sigortalı, evlilik sona erene kadar bu sıfatını korur. Öte yandan evliliğin taraflardan birinin cinsiyet değiştirmesiyle kendiliğinden sona ereceğinin⁵⁴ ya da yok hükmünde sayılacağı⁵⁵ kabul edilmesi halinde; taraflar arasındaki bağlı sigortalılık ilişkisi de ortadan kalkacağından, herhangi bir sosyal sigorta ilişkisine dayanmaksızın cinsiyet değiştiren kişiye SGK’ca yapılan ödemelerin, genel hükümler (sebepsiz zenginleşme hükümleri) uyarınca talep edilmesi mümkün hale gelir⁵⁶.

C. Sosyal Sigorta Kapsamına Asli Sigortalı Olarak Girdikten Sonra Gerçekleşen Cinsiyet Değişikliğinin Sonuçları

Sosyal sigorta kapsamına asli sigortalı olarak girdikten sonra gerçekleşen cinsiyet değişikliği, sigortalılık statüsünü etkilese de sigortalılık ilişkisini ortadan kaldırmaz. Bu halde cinsiyet değişikliği, SGK ile sigortalı arasındaki sigortalılık ilişkisinde değişikliklere yol açar; sigortalının sigortalılık bilgileri yeni cinsiyeti uyarınca güncellenir. Benzer şekilde, asli sigortalının cinsiyetini değiştirmesi, bağlı sigortalılarının sigortalılık statüsünde de değişikliğe yol açmaz⁵⁷. Nitekim Türk hukukunda hak sahibi veya bakmakla yükümlü olunan kimse sıfatlarının tespitinde, asli sigortalının cinsiyeti uyarınca bir ayırım yapılmamıştır. Ancak cinsiyet değiştiren asli sigortalının, TMK hükümlerine

⁵³ Öztan, s.373; Turan Başara, s.259-260; Sert, s.266-267.

⁵⁴ Feyzioğlu’ndan aktaran İkizler, s.108; Akıntürk / Ateş, s.201.

⁵⁵ Dural / Öğüz / Gümüş, s.76-77.

⁵⁶ Arzu Hacıoğlu, *Türk Sosyal Sigortalar Hukukunda Yersiz Ödemelerin Geri Alınması*, Beta Yayıncılık, 2017, s.8-9.

⁵⁷ Ezer, s.215.

aykırı olarak evli iken cinsiyetini değiştirmesi halinde, bağlı sigortalı eş bakımından yukarıda açıklanan esaslar geçerli olur.

Sosyal sigorta kapsamına asli olarak girdikten sonra gerçekleşen cinsiyet değişikliklerini, sigortalının haklarının kazanılmış hak veya beklenen hak niteliğinde olup olmamasına göre ele almak yerinde olacaktır.

1. Cinsiyet Değişikliğinden Önceki Sigortalılık Niteliğinin Akıbeti ve Sigortalının Bu Döneme İlişkin Kazanılmış Hakları

Bir kimsenin sosyal sigorta kapsamına asli sigortalı olarak girdikten sonra cinsiyetini değiştirmesi halinde, sigortalılık ilişkisinin tamamıyla sigortalının son cinsiyeti uyarınca değerlendirilmesi, hukuk güvenliğini ve hukuki istikrarı temelden zedeleyici bazı sonuçlara yol açar. Bu sebeple cinsiyetini değiştirmiş sigortalının kazanılmış haklarının özel olarak korunması gerekir. Nitekim kazanılmış haklara saygı ilkesi, hukuki güvenlik ilkesinin en temel görünümünden birini oluşturur⁵⁸.

En genel ifadeyle kazanılmış hak, “kişinin yürürlükteki hukuk kurallarına göre bütün sonuçları ile edindiği, kişisel alacak niteliğine dönüşmüş olan ve kazanıldıktan sonra herhangi bir mevzuat veya idari işlemle ortadan kaldırılamayan hukuki durumları” ifade eder⁵⁹. Anayasa Mahkemesi ise kazanılmış hakkı “(...) kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın, yeni kanundan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş haktır.”

⁵⁸ Ayşegül Çoban Atik, “İdare Hukukunda Kazanılmış Hak İlkesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21(1), 2013, s.41; Yücel Oğurlu, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, Seçkin Yayıncılık, 2003, s.28. Hukuki güvenlik ilkesi ile kazanılmış haklara saygı ilkesinin bağlantısı hakkında bkz. Mehmet Altundış, “Hukuki Güvenlik İlkesi”, *Yasama Dergisi*, (10), 2008, s.83 vd.

⁵⁹ Detaylı bilgi için bkz. Oğurlu, s.24 vd.; Çoban Atik, s.12; Altundış, s.83-84; Ali Nazım Sözer, “Sosyal Sigortalarda Kazanılmış Hakların Korunması Üzerine Bir İnceleme (Süper Emeklilikte Son Durum)”, *Çimento İşveren Dergisi*, 3(6), 1989, s.5-6; Ali Nazım Sözer, “Kanunların Önceye Etki Yasağı: Sosyal Sigortalıların Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme”, *Journal of Yaşar University*, 8(Özel Sayı), 2013, s.2483; M. Fatih Uşan “5510 Sayılı Sosyal Sigortalı ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Başlangıcına İlişkin Tespitler”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.14, 2009, s.244; Resul Aslanköylü, *Sosyal Sigortalı ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınevi, 2010, s.121. Ayrıca bkz. D.İDGK., T.28.03.2003, E.2003/56, K.2003/154; D.10.DD., T.09.05.2008, E.2007/8873; D.5.DD., T.09.09.2014, E.2014/4625, K.2014/5823, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 02 Mart 2022.

şeklinde tanımlamıştır⁶⁰. Kazanılmış haklar esas itibariyle mevzuat değişikliği (kanunların zaman bakımından uygulanması) veya statü değişikliği nedeniyle ortaya çıkar⁶¹. Kazanılmış hakkın söz konusu olduğu durumlarda, kişinin önceki statüsü gereği hukuka uygun bir biçimde doğan ve tamamlanan, talep edilebilir bir kişisel alacak niteliğine dönüşen haktan söz edilir.

Cinsiyet değişikliğinde de sigortalının cinsiyet değiştirmesiyle birlikte kazanılmış haklarının akıbeti gündeme gelir. Sigortalı, cinsiyetini değiştirmeden önceki statüsüyle (cinsiyetiyle) herhangi bir hak kazanmışsa ve yeni cinsiyeti bu hakkın *aynı koşullarla* kazanılmasına imkân vermiyorsa, cinsiyet değişikliğine rağmen sigortalının bu hakkı korunur. Bu halde, cinsiyet değişikliğinden önce sigortalıya önceki cinsiyeti uyarınca sağlanan sigorta edimlerinin iadesi talep edilmez⁶². Bu haklar bakımından değerlendirme, kişinin hakkı *kazandığı andaki cinsiyetine göre* yapılır⁶³. Kazanılmış haklara ilişkin uygulamayı, örnekler üzerinden açıklamak yerinde olacaktır:

Doğum yapan ve kadın olan biyolojik cinsiyetini daha sonra erkek olarak değiştiren sigortalı, doğumdan önce sigortalı olması şartıyla, cinsiyetini değiştirirse dahi doğum nedeniyle sigortalılık niteliğini yitirdiği ya da kısmi süreli çalıştığı süreleri borçlanabilir. Bu halde cinsiyet değiştiren sigortalı, doğum borçlanmasına ilişkin talep anında erkek olsa da, 5510 sayılı Kanunda öngörülen diğer şartları taşıması kaydıyla, doğum borçlanması yapabilir⁶⁴.

Kadın olan biyolojik cinsiyetini erkek olarak değiştiren bir kimse, yurt dışında ev kadını olarak/çalışmadan geçirdiği süreleri, cinsiyetini değiştirip talep anında erkek olsa bile borçlanabilir. Bu halde sigortalının, 3201 sayılı

⁶⁰ AYM, T.29.03.2017, E.2017/47, K.2017/84 (RG.T.04.05.2017, S.30056).

⁶¹ Çoban Atik, s.17-18; Oğurlu, s.28.

⁶² Benzer yönde bkz. Güven, *Cinsiyet Değişikliği*, s.67.

⁶³ Özcan Konakçı, s.81.

⁶⁴ Doktrinde Özer, SSGSSK m.41/1-a hükmünde “sigortalı kadın” ifadesinin yer alması sebebiyle, borçlanma talep tarihinde sigortalının kadın olması gerektiğini ve doğum yapmış olmasının sigortalıya bir kazanılmış hak sağlamadığını belirtmektedir. Bkz. Hatice Duygu Özer, *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Yaşlılık Aylığına Hak Kazanma Koşulları*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s.277. Kanımızca kanun koyucunun ilgili hükümde “sigortalı kadın” ifadesini kullanmasının nedeni, bu hakkı sadece doğum yapan kadınlara tanıyan olmasından kaynaklanmaktadır. Bir kimsenin biyolojik cinsiyetini değiştirmesinin istisnai niteliği göz önünde bulundurulduğunda, kanun koyucunun “sigortalı kadın” ifadesiyle “doğum yapan kadını” amaçladığı açıktır. Bu ifadeyi “talep anında kadın olmak” şeklinde yorumlamak doğum borçlanmasının hizmet ettiği amaca da aykırıdır.

Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanunun borçlanma için aradığı koşulları sağlaması gerekli ve yeterlidir (3201 s. K. m.1).

Erkek olan biyolojik cinsiyetini kadın olarak değiştirmeden önce zorunlu askerlik görevini yerine getiren sigortalı, daha sonradan cinsiyetini değiştirmiş olsa bile sigortalılık niteliğini yitirdiği bu süreleri talep anında kadın olsa da, SSGSSK m.41/1-b kapsamında borçlanabilir⁶⁵.

Cinsiyet değiştirme tarihinden önce yaşlılık aylığına hak kazanan ve biyolojik cinsiyeti uyarınca kendisine aylık bağlanan sigortalının aylığı, yeni cinsiyeti uyarınca aylığa hak kazanma koşullarını sağlamıyor olsa dahi, cinsiyet değişikliği nedeniyle kesilmez; Kurumca kendisine ödenmeye devam edilir. Ancak gelir/aylık miktarında eski cinsiyetinden kaynaklanan iyileştirmeler, ekstra ödemeler vb. mevcut ise, cinsiyet değişikliğinin nüfus kütüğüne tescil edildiği tarihi takip eden ödeme dönemi itibarıyla gelir/aylık miktarı yeni cinsiyete göre belirlenir⁶⁶. Benzer şekilde, biyolojik cinsiyeti uyarınca yaşlılık aylığına hak kazanmış (prim ödeme gün sayısı ve yaş koşulunu sağlamış) ancak cinsiyet değişikliği öncesinde SGK'dan aylık talebinde bulunmamış sigortalının da kazanılmış hakkının korunması ve sigortalıya talebi halinde aylık bağlanması gerekir⁶⁷.

Kadın olan biyolojik cinsiyeti ile ağır engelli çocuğunun bakımını üstlenen ancak daha sonra cinsiyetini erkek olarak değiştiren sigortalı, 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden sonraki ve kadın statüsünde geçirdiği sürelerle sınırlı olmak üzere, ağır engelli çocuğa sahip kadın sigortalılara

⁶⁵ SSGSSK m.41/1-b'de borçlanma talep tarihinde erkek olmanın belirtilmemiş olması nedeniyle, bu durumda askerlik borçlanmasının yapılabileceği yönünde bkz. Özer, s.277.

⁶⁶ Ezer, s.219.

⁶⁷ Emeklilik yaşını tamamlamış ancak kendisine aylık bağlanmayan sigortalı kadının cinsiyetini değiştirmesi halinde, emeklilik yaşının yeni cinsiyetine göre (erkek) belirlenmesi gerektiği yönünde bkz. Güven, *Cinsiyet Değişikliği*, s.67. Belirtelim ki biyolojik olarak kadın olan cinsiyetini erkek olarak değiştiren bir kimsenin emeklilik yaşı yönünden ABAD veya AİHM önüne herhangi bir uyuşmazlık taşınmasa da, Avusturya'da trans bir erkeğin yargı önüne taşıdığı uyuşmazlıkta; biyolojik cinsiyeti (kadın) uyarınca aylığa hak kazanmasına rağmen, cinsiyet değişikliğinden (erkek) önce aylık talebinde bulunmayan davacının kazanılmış hakkı korunmamış ve sigortalının emeklilik yaşının son cinsiyetine göre tespit edilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Bkz. European Commission (Brink ve Dunne), s.93, 95; Oberster Gerichtshof, 10ObS29/09a, T. 21.04.2009; <https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20090421_OGH0002_010OBS00029_09A0000_000> Erişim Tarihi 18 Mart 2022.

tanınan kolaylaştırılmış emeklilik imkânından yararlanabilir (SSGSSK m.28/8)⁶⁸.

2. Sigortalılık İlişkinin Sigortalının Yeni Cinsiyetine Göre Yeniden Belirlenmesi ve Sigortalının Beklenen Hakları

Cinsiyet değiştiren kişinin hak ve yükümlülükleri yönünden benimsenen genel kural, cinsiyet değişikliğinin ileriye dönük hüküm ve sonuç doğurması ve cinsiyet değiştiren kimsenin cinsiyetini değiştirdiği andan itibaren yeni cinsiyeti uyarınca hukuki işleme tabi olmasıdır. Bu genel kural, yukarıda değinilen kazanılmış haklar dışında sosyal sigorta hukukunda da uygulama alanı bulur. Diğer bir anlatımla, “kazanılmış hak” olarak tanımlanamayan ve sosyal sigorta uygulamasından doğan diğer tüm hak ve yükümlülükler, “beklenen hak” olarak kabul edilir ve kişinin yeni cinsiyeti uyarınca işleme tabi olur. Cinsiyet değişikliği ile birlikte sigortalı, kadın olmuşsa kadın sigortalılarla, erkek olmuşsa erkek sigortalılarla eşit koşullara tabi tutulur. Bu sebeple cinsiyet değişikliği, sigortalının beklenen hak olarak kabul edilen sosyal sigorta haklarında lehe veya aleyhe sonuçlar doğurabilir.

Beklenen hakkı, eski mevzuat veya eski statü döneminde henüz bütün sonuçları ile tamamlanmayan ancak ileride kazanılması muhtemel (eksik) hak olarak tanımlamak mümkündür⁶⁹. Kazanılmış haklardan farklı olarak, beklenen hak sahibi, kazanılmış hak sahiplerine sağlanan korumadan yararlanamaz. Bu durumda beklenen hakkın akıbeti, kanun değişikliği nedeniyle ortaya çıkmışsa yeni kanuna göre; statü değişikliği nedeniyle ortaya çıkmışsa yeni statüye göre belirlenir. Böylelikle yeni kanun veya yeni statü geçmişe etki gösterir.

Buna göre cinsiyet değiştiren kimsenin sosyal sigorta kapsamındaki hakları beklenen hak niteliğindeyse, kazanılmış haklar yönünden sözü edilen istisnai uygulamalar söz konusu olmaz. Cinsiyet değişikliğinin ileriye etkili olarak hüküm ve sonuç doğurmasının bir sonucu olarak, cinsiyet değiştiren sigortalının bu kapsamdaki hakları yeni cinsiyetine göre tespit edilir⁷⁰. Bu halde sigortalının biyolojik cinsiyetine göre belirlenen önceki statüsünün daha

⁶⁸ Nitekim SGK uygulamasında velayet yönünden bu yönde bir çözüm yolu kabul edilmiştir. Kadın sigortalının bakımını üstlendiği ağır engelli çocuğunun velayetini sonradan yitirmesi halinde, bu kolaylaştırılmış emeklilik imkânından çocuğun velayeti kendisinde olduğu süre boyunca yararlanabileceği düzenlenmiştir (2013/11 s. Genelge, K.8, B.3, 7.).

⁶⁹ Detaylı bilgi için bkz. Sözer, *Kazanılmış Haklar*, s.6.; Sözer, *Önceye Etki Yasağı*, s.2492, 2502; Aslanköylü, s.118 vd.; Uşan, 2009, s.243-244; Oğurlu, 2003, s.220 vd.

⁷⁰ Turan Başara, s.257; Özcan Konakçı, s.102.

lehe sonuçlar doğurması bir önem taşımaz. Nitekim sosyal sigorta hukukunda, maddi ceza hukukunda olduğu gibi lehe olan hükümlerin geçmişe yürümesi gibi bir istisnadan söz edilemez⁷¹.

Cinsiyetini değiştiren sigortalı; kısa vadeli sigortalar (iş kazası ve meslek hastalığı sigortası ve hastalık sigortası), uzun vadeli sigortalar (malullük sigortası ve yaşlılık sigortası), genel sağlık sigortası ve işsizlik sigortası kapsamında sağlanan sigorta edimlerinden *yeni cinsiyeti uyarınca* yararlanmaya başlar. Ancak Türk hukukunda **analık sigortası**, doğum yapan asli sigortalıya ya da asli sigortalı olmayan bağlı sigortalı eşe doğum nedeniyle ödenekler (geçici iş göremezlik ödeneği ve emzirme ödeneği) verilmesi üzerine kurulmuş olduğundan; cinsiyetini değiştiren sigortalı, mevcut düzenlemeler ışığında analık sigortasından fiilen yararlanamaz hale gelir. Bunun nedeni, cinsiyet değiştirmiş kişilerin cinsiyet değiştirme operasyonunun bir sonucu olarak üreme yeteneğinden yoksun hale gelmeleri⁷² ve günümüz itibariyle çocuk sahibi olmalarının mümkün olmamasıdır. Her ne kadar Türk hukukunda cinsiyet değiştiren bir kimsenin -gerekli şartları taşıması kaydıyla- tek başına veya eşiyile evlat edinmesinin önünde herhangi bir hukuki engel bulunmasa da, analık sigortası evlat edinen sigortalılara herhangi bir edim sunmamaktadır (2016/21 s. Genelge 5.3.)⁷³.

Sigortalının uzun vadeli sigorta kapsamındaki haklarına değinmeden önce, cinsiyet değişikliği operasyonunu **hastalık sigortası** kapsamında değerlendirmek gerekir. Türk hukukunda hastalık sigortasının kapsamı, “*iş kazası ve meslek hastalığı dışında kalan ve işgöremezliğine neden olan tüm rahatsızlıklar*” olarak belirlenmiştir (SSGSSK m.15/1). Buna göre tıbbi bakım ve tedavi gerektiren, tıp biliminin hastalık olarak nitelendirdiği her türlü bedensel veya ruhsal rahatsızlık, hastalık sigortasının kapsamına girer⁷⁴.

⁷¹ Benzer yönde bkz. Uşan, s.243,245.

⁷² Saraçoğlu, s.297; Koç Kızılyel, s.39, 72-74; Alçık, s.1892; Nilüfer, s.78. Ayrıca bkz. AYM, T.29.11.2017, E.2017/130, K.2017/165 (RG.T.20.03.2018, S.30366).

⁷³ Analık sigortası edimlerinden yararlanabilmek için asli sigortalının veya sigortalı olmayan bağlı sigortalı eşin, çocuğun biyolojik annesi olması gerektiği yönünde bkz. Asiye Şahin Emir, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Analık*, Adalet Yayınevi, 2019, s.362; Tuncay / Ekmekçi, s.466; Centel, s.257; Sözer, *Sosyal Sigortalar*, s.240.

⁷⁴ Coşkun Saraç, *Hastalık Sigortası*, Altın Nokta Yayınevi, 2013, s.17; Tuncay / Ekmekçi, s.454; Güzel / Okur / Caniklioğlu, s.461; Sümer, s.187. Özel, sosyal ya da mesleki yaşamda normalden sapma sonucunu doğuran ve çalışma yaşamını engelleyen tüm durumların hastalık kabul edileceği yönünde bkz. Centel, s.243. Sebebi ne olursa olsun sigortalıyı çalışmaktan alıkoyan ve istirahat etmesini gerektiren her türlü rahatsızlığın hastalık kabul edildiği

Cinsiyet değişikliği sürecinin başlatılması halinde de, sigortalının geçici olarak işgöremezliğine neden olan bir rahatsızlığın varlığından söz edilebilir. Aşağıda ayrı bir başlık altında değinileceği üzere, SGK uygulamasında cinsiyet değişikliği bir “hastalık” olarak kabul edilmekte ve buna ilişkin tedavi giderleri SGK tarafından karşılanmaktadır. Aynı gerekçelerle, SSGSSK m.15’te yer alan koşulları taşıyan 4/1-a statüsündeki sigortalı (ya da hastalık sigortası kapsamına alınan kısmi sigortalı-SSGSSK m.5) da hastalık sigortası kapsamında cinsiyet değişikliği nedeniyle işgöremez olduğu süreler (hormon tedavisi alınan süreler, tıbbi operasyon geçirilen dönemler vb.) için geçici işgöremezlik ödeneği talep edebilmelidir. Nitekim bu durumda sigortalı, geçici işgöremezlik ödeneği için aranan koşulları (sigortalı olma, hastalanma, hastalığın işgöremezliğe neden olması, işgöremezliğin hekim raporu ile tespiti ve iki günden fazla sürmesi)⁷⁵ karşılayabilecek durumdadır. İşgöremezliğin başladığı tarihten önceki bir yıl içinde adına en az doksan günlük kısa vadeli sigorta primi bildirilen sigortalının (SSGSSK m.18/1-b); tedavisi devam ettiği ve bu durum sağlık raporuyla belgelendirildiği müddetçe, geçici işgöremezlik ödeneğine hak kazanabileceğini belirtmek gerekir⁷⁶. AB üyesi ülkelerin büyük bir çoğunluğunda da cinsiyet değişikliği tedavisi nedeniyle yapılan devamsızlık, sağlık raporuyla belgelendirildiği takdirde genel hastalık izni koruması kapsamında deęerlendirilmektedir⁷⁷.

Kısa vadeli sigortalar bakımından çalışmamızda önem taşıyan hususlara değindikten sonra, sigortalının *uzun vadeli sigortalar* kapsamındaki sigortalılığını ele almak gerekir. Sosyal sigorta uygulamasında sigortalının yeni cinsiyetine göre uyarlanacak sigorta haklarına aşağıdaki örnekleri vermek mümkündür:

yönünde bkz. Alper, s.245.

⁷⁵ Ayrıca bkz. Saraç, s.184 vd.; Sözer, *Sosyal Sigortalar*, s.230-234; Centel, s.243 vd.; Tuncay / Ekmekçi, s.454 vd.

⁷⁶ 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda (DMK), olağan hastalık halinde devlet memuruna 12 aya kadar; uzun süreli tedaviyi gerektiren hastalıklarda ise 18 aya kadar (aylık ve özlük hakları korunarak) izin verileceği düzenlenmiştir (DMK m.105/1). Cinsiyet değiştirecek kimsenin 4/1-c statüsünde olması halinde, cinsiyet geçiş sürecinde (hormon tedavisi alınan sürelerde, tıbbi operasyonlar geçirilen dönemde vb.) bu korumadan yararlanması ve aylığını tam olarak alması gerekir.

⁷⁷ Örneğin Birleşik Krallık’ta cerrahi müdahale içeren cinsiyet değişiklikleri, ilgili düzenlemede hastalık ödeneği talep edilebilen haller arasında kabul edilmiştir. Hollanda’da ise bir bölge mahkemesi, cinsiyet değiştirme ameliyatı nedeniyle yapılan devamsızlığın hastalık olarak değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Diğer örnekler için ayrıca bkz. European Commission (Brink ve Dunne), s.98.

Sosyal sigorta haklarının beklenen hak niteliği, özellikle emekliliğe hak kazanma (emeklilik yaşının ve emeklilik koşullarının tespiti) yönünden önem taşır. Türk sosyal sigorta hukukunda emekliliğe hak kazanma prim ödeme gün sayısı ve yaş koşuluna bağlanmış olduğundan, bu koşullar yerine getirilmiş olmadıkça, asli sigortalının kazanılmış bir hakkından söz edilemez. Bu nedenle beklenen hak sahiplerinin emeklilik yaşı ve emekliliğe ilişkin sağlamaları gereken diğer koşullar, yeni mevzuat veya yeni statüleri uyarınca belirlenir. Cinsiyetini değiştiren sigortalının emekliliğe ilişkin kazanılmış bir hakkının bulunmadığı hallerde de, emekliliğe hak kazanma koşulları yeni cinsiyetine göre tespit edilir⁷⁸.

Kadın olan biyolojik cinsiyetini erkek olarak değiştiren sigortalı, cinsiyet değiştirdiği tarih itibarıyla emeklilik koşullarını sağlamamışsa, kadın iken tabi olduğu emeklilik yaşından artık yararlanamaz. Bu halde, sigortalının emeklilik yaşı ve diğer emekliliğe hak kazanma koşulları son cinsiyetine göre belirlenir. Benzer şekilde, biyolojik olarak erkek olan cinsiyetini kadın olarak değiştiren sigortalının emeklilik yaşı da son cinsiyetine göre tespit edilir. Bu durumda sigortalı, kadınlar yönünden prim ödeme gün sayısını tamamladığı tarihe göre belirlenen emeklilik yaşına göre emekli olabilir⁷⁹. Örneğin Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), cinsiyetini kadın olarak değiştirdikten sonra Birleşik Krallık'ta o dönemde kadınlar için yaşlılık aylığına hak kazanma yaşı olan 60 yaşını tamamlayıp kendisine aylık bağlanmasını talep eden sigortalının karşılaştırılacağı kişinin kadınlar değil erkekler olduğuna ve 65 yaşını beklemesi gerektiğine hükmeden Birleşik Krallık'ın, 79/7/EEC sayılı sosyal güvencilerde eşit muamele hakkındaki AB direktifine aykırı davrandığına hükmetmiştir⁸⁰. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de, emeklilik

⁷⁸ Güven, *Cinsiyet Değişikliği*, s.67; Turan Başara, s.257; Sert, s.263; Özcan Konakçı, s.103; Koç Kızılyel, s.63.

⁷⁹ Aynı yönde bkz. D.10.DD., T.27.12.1993, E.1992/4706, K.1993/5536, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 04 Mart 2022; AİHM Grant v. Birleşik Krallık kararı, Başvuru No: 32570/03, T.23.05.2006, <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-75454> Erişim Tarihi 04 Mart 2022; ABAD Sarah Margaret Richards v. Secretary of State for Work and Pensions kararı, C-423/04, T.27.04.2006, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/%20TXT/PDF/?uri=CELEX:62004CJ0423&from=EN> Erişim Tarihi 04 Mart 2022; ABAD MB v. Secretary of State for Work and Pensions kararı, C-451/16, T.26.06.2018, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62016CJ0451&from=EN> Erişim Tarihi 04 Mart 2022.

⁸⁰ Sarah Margaret Richards v. Secretary of State for Work and Pensions, C-423/04, T.27.04.2006, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/%20TXT/PDF/?uri=CELEX:62004CJ0423&from=EN> Erişim Tarihi 04 Mart 2022; benzer yönde bkz. MB v. Secretary of State for Work and Pensions, C-451/16, T.26.06.2018, <https://eur-lex.europa.eu/legal-con-

yaşının eski cinsiyeti olan erkek statüsüne göre belirlenmesi gerektiğine hükmedilen Linda Grant davasında Birleşik Krallık'ın AİHS m.8'e aykırı davrandığına; Grant'ın emeklilik yaşının yeni cinsiyeti uyarınca kadın statüsüne göre belirlenmesi gerektiğine hükmetmiştir⁸¹.

Biyolojik olarak erkek olan cinsiyetini kadın olarak değiştiren ve halihazırda ağır engelli çocuğu olan sigortalı, 5510 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden sonra olmak üzere, cinsiyet değiştirdiği tarih itibariyle kadınlara tanınan kolaylaştırılmış emeklilik imkânından yararlanabilir (SSGSSK m.28/8). Ancak aksi bir durumda, biyolojik olarak kadın olan cinsiyetini erkek olarak değiştiren ve ağır engelli bir çocuğa sahip olan sigortalı, çocuğunun bakım yükümlülüğünü üstlenmeye devam etse dahi cinsiyet değişikliğinin tescil tarihinden itibaren kolaylaştırılmış emeklilik imkanından yararlanamaz hale gelir.

Türk hukukunda toptan ödeme imkânı, kendisine yaşlılık aylığı bağlanması için gerekli yaş şartını tamamladığı halde diğer şartları (prim ödeme gün sayısı ve /veya sigortalılık süresi) sağlayamayan sigortalılara tanınmıştır (SSGSSK m.31). Buna göre toptan ödeme imkânı, niteliği itibariyle beklenen hak sahiplerinin (sigorta edimine/aylığa henüz hak kazanamamış sigortalıların) yararlanabileceği bir imkandır. Bu nedenle toptan ödeme imkanından yararlanmak isteyen sigortalı, kazanılmış hak sahiplerine getirilen korumadan yararlanamaz. Diğer bir anlatımla, yaşlılık sigortasından toptan ödeme talebinde bulunulması halinde, sigortalının talep anındaki yeni cinsiyetine göre işlem yapılır ve sigortalının toptan ödeme bakımından gerekli yaş şartını doldurup doldurmadığı son cinsiyetine göre tespit edilir⁸².

Erkek olan biyolojik cinsiyetini kadın olarak değiştiren bir kimse, yurt dışında ev kadını olarak/çalışmadan geçirdiği süreleri, cinsiyetini kadın olarak değiştirdiği tarih itibariyle 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun hükümlerine göre borçlanabilir (3201 s. K. m.1). Kanımızca bu halde, kadın olarak ikamet edilen ülke hukukuna uygun bir cinsiyet değişikliğinin gerçekleşmiş olması ve yeni cinsiyetin ilgili ülke hukukuna göre usulünce tescil edilmiş olması

tent/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62016CJ0451&from=EN> Erişim Tarihi 04 Mart 2022.

⁸¹ Grant v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 32570/03, T.23.05.2006, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-75454>> Erişim Tarihi 04 Mart 2022.

⁸² Ezer, s.218-219.

gerekli ve yeterlidir. Nitekim yurt dışında gerçekleşen cinsiyet değişikliğine ilişkin mahkeme kararları, kişinin hukuki yararının varlığı doğrultusunda Türk hukukunda da tanınmaktadır⁸³. Böyle bir durumda cinsiyetini sonradan kadın olarak değiştirmiş olan sigortalı, 3201 sayılı Kanunda yer verilen koşulları sağlaması kaydıyla, cinsiyet değiştirdiği tarih itibarıyla (mahkeme ilamının Türkiye’de tanınma tarihi itibarıyla değil) ev kadını olarak çalışmadan geçirdiği süreleri Türk hukukuna göre borçlanabilir.

Biyolojik olarak kadın olan cinsiyetini erkek olarak değiştiren sigortalının zorunlu askerlik görevini yerine getirmesi halinde, erkek sigortalılara tanınan askerlik borçlanmasından yararlanması mümkündür (SSGSSK m.41/1-b). Ancak Türk hukukunda transseksüeller, askere elverişli olmadıklarının sağlık raporuyla tespit edilmesi halinde askere alınmamaktadırlar⁸⁴. Bu nedenle uygulamada bu tür bir borçlanma türüne rastlamak güç görünmektedir.

Değindiği üzere, cinsiyet değiştirme operasyonunun bir sonucu olarak, bu operasyonla birlikte transseksüel kişi üreme yeteneğinden yoksun hale geldiğinden⁸⁵, biyolojik olarak erkek olan cinsiyetini kadın olarak değiştiren bir sigortalının doğum yapması ve bu doğum sebebiyle doğum borçlanmasına başvurabilmesi de şimdilik pek mümkün görünmemektedir. Ancak ilerleyen tıbbi gelişmelerle birlikte bu ihtimalin gerçekleşmesi halinde, koşulları sağlayan sigortalının doğum borçlanması hakkında söz etmek gerekir.

D. Cinsiyet Değişikliği Operasyonunun Finansmanının Genel Sağlık Sigortası Kapsamında Sağlanıp Sağlanmayacağı

Cinsiyet değişikliğinin sosyal sigorta yönünden önem arz eden bir diğer yanı, cinsiyet değişikliğine ilişkin operasyonların, genel sağlık sigortası kapsamında finansmanı sağlanan sağlık hizmetleri arasında yer alıp almadığına ilişkindir. Türk hukukundaki uygulamaya ilişkin esaslara yer vermeden önce,

⁸³ Örnek olarak bkz. Y.2.HD., T.21.12.2009, E.2009/9678, K.2009/22090; Y.2.HD., T.20.01.2010, E.2008/19620, K.2010/1034, <www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi 09 Mart 2022.

⁸⁴ Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliğine (RG.T.12.11.2015, S.29530) ekli Hastalık ve Arızalar Listesinin (EK-C) 17/4. maddesinin “D” diliminde “*cinsel kimlik ve davranış bozukluğu*”na tekrarlayan uyum bozukluklarının bir türü olarak yer verilmiş; böylelikle cinsel tutum ve davranışları askerlik ortamında uyum ve işlevsellik sorunu yaratan ya da yaratacağı değerlendirilenler, “*askerliğe elverişli olmayan*” kimseler olarak gruplandırılmıştır (m.6/1-b).

⁸⁵ Saraçoğlu, s.297; Koç Kızılyel, s.39, 72-74; Alçık, s.1892; Nilüfer, s.78. Ayrıca bkz. AYM, T.29.11.2017, E.2017/130, K.2017/165 (RG.T.20.03.2018, S.30366).

cinsiyet değiştirme ameliyatı ile kast edilenin ne olduğuna; cinsiyet değişikliği sürecinde yapılması gereken operasyonların türüne ve niteliğine kısaca yer vermek yerinde olacaktır.

Değinildiği üzere cinsiyet değiştirme ameliyatı, “*kadının erkeğe veya erkeğin kadına dönüştürülmesi amacı ile cinsiyet değiştirmek isteyen kişiye yapılan tıbbi müdahaleyi, genel olarak plastik cerrahi operasyonları*”⁸⁶ ifade etmektedir. Vücut bütünlüğüne karşı yapılan cinsiyet değiştirme ameliyatları, kişilerin transseksüel yapıda olmalarının zorunlu bir sonucudur. Cinsiyet değişikliği süreci kapsamında meme ameliyatı, genital ameliyat (erkeklerde testislerin alınması, penisin çıkarılması, klitoroplasti, vajinoplasti; kadınlarda rahim ve yumurtalıkların alınması, penis oluşturulması vb.), ses teli cerrahisi, liposuction, yüz estetiği gibi çeşitli estetik operasyonlar gerekli olmaktadır⁸⁷. Ancak estetik operasyonları da içeren bir dizi ameliyattan söz edilse de, bunlar kişinin yeni cinsiyetini tam olarak kazanabilmesi için gerekli olan, vücut bütünlüğünü sağlamaya yönelik tıbbi operasyonlardır.

Türk sosyal sigorta mevzuatına baktığımızda, cinsiyet değiştirme ameliyatlarının finansmanı sağlanan sağlık hizmetlerinden olup olmadığına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Mevzuatta finansmanı sağlanan sağlık hizmetlerinin neler olduğu ve hangi tür hizmetlerin finansmanının genel sağlık sigortası kapsamında sağlanmayacağına ilişkin hususlar, SSGSSK m.63-64, GSSUY m.7 vd. ve Sağlık Uygulama Tebliği (SUT) ve eklerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ancak ilgili düzenlemelerde cinsiyet değiştirme operasyonları, finansmanı sağlanan sağlık hizmetleri arasında açıkça yer almadığı gibi finansmanı sağlanmayan sağlık hizmetlerinde de açıkça belirtilmemiştir. Buna göre cinsiyet değiştirme operasyonlarının finansmanı sağlanan sağlık hizmetleri kapsamına girip girmediği, SGK’nın finansman sağladığı sağlık hizmetlerinin genel özelliklerini incelemek yoluyla tespit edilebilir.

SGK uygulamasında finansmanı sağlanan sağlık hizmetlerini; “koruyucu”, “tedavi edici”, “eski hale getirici” ve “kişisel ihtiyaçları karşılayıcı” şeklinde genel bir ayrıma tabi tutmak mmkndr⁸⁸. Öte yandan

⁸⁶ zcan Konakcı, s.19. Cinsiyet değişikliği ameliyatının vücut bütünlüğüne karşı yapılan tıbbi bir müdahale olduğu yönünde ayrıca bkz. Koç Kızılyel, s.21.

⁸⁷ Detaylı bilgi için bkz. Koç Kızılyel, s.14-19; Nilüfer, s.26-27.

⁸⁸ Detaylı bilgi için bkz. Ali Nazım Sözer, *Türk Genel Sağlık Sigortası*, 3. Baskı, Beta Yayın-cılık, 2020, s.250 vd. Ayrıca bkz. Tuncay / Ekmekçi, s.613 vd.

(vücut bütünlüğünü sağlamak amacıyla yapılan ve iş kazası ile meslek hastalığına, kazaya, hastalıklara veya konjenital nedenlere bağlı olarak yapılanlar dışında) estetik amaçlı sağlık hizmetleri, geleneksel veya alternatif tıp hizmetleri gibi sağlık hizmetleri, Kurumca finansmanı sağlanan sağlık hizmetleri arasında yer almaz (SUT 2.2.). Bu aşamada değerlendirilmesi gereken husus, cinsiyet değiştirme operasyonlarının kişisel ihtiyaçlara ve vücut bütünlüğüne yönelik tedavi mi yoksa salt estetik amaçlı/lüks sağlık hizmeti şeklinde mi değerlendirileceğidir⁸⁹.

SSGSSK m.64/1d’de “63 üncü maddeye göre yöntem, tür, miktar ve kullanım sürelerinin belirlenmesi sonucunda Kurumca finansmanı sağlanacak sağlık hizmetlerinin kapsamı dışında bırakılan sağlık hizmetleri”nin finansmanının sağlanmayacağı belirtilerek SGK’ya finansmanı sağlanan sağlık hizmetleri bakımından geniş bir takdir yetkisi verilmiş olsa da⁹⁰; SSGSSK’da bu ameliyatların kapsam dışı bırakılmasını sağlayacak açık bir hüküm yer almamaktadır. Bu sebeple cinsiyet değişikliğinin zorunlu bir sonucu olduğu müddetçe bu operasyonların da Kurumca finansmanının sağlanması gerekir⁹¹. Nitekim Avrupa Konseyinin CM/Rec (2010)5 nolu tavsiye kararında da üye devletler, “trans kişilerin trans sağlık hizmetleri alanındaki psikolojik, endokrinolojik ve cerrahi uzmanlık dâhil, uygun cinsiyet geçiş hizmetlerine etkili şekilde ve makul olmayan gerekliliklere maruz bırakılmaksızın ulaşmalarını sağlamak için uygun önlemleri almakla” yükümlü tutulmuşlardır⁹². Bu konuya ilişkin uluslararası metinlerde de benzer düzenlemelere rastlamak mümkündür⁹³. Aşağıda yer verileceği üzere SGK’nın

⁸⁹ Aynı yönde bkz. Sert, s.263-264; Koç Kızılyel, s.76.

⁹⁰ SGK’nın bu takdir yetkisini SUT ve ekleriyle geniş bir biçimde kullandığı yönünde ayrıca bkz. Sözer, *Genel Sağlık Sigortası*, s.251.

⁹¹ TMK m.40 hükmünde düzenlenen koşullar incelendiğinde, transseksüel yapıda olduğunu belgeleyen bireyler bakımından cinsiyet değiştirme ameliyatının tıbbi bir zorunluluk niteliği taşıdığı ve devletin bu kapsamdaki sağlık harcamalarını karşılaması gerektiği yönünde bkz. Sert, s.263-264. Kurumca finansmanı sağlanan estetik tedavilerinin amacının, bedeni görünümünü doğal hale getirerek ruhsal dengeyi kurmak olduğu yönünde bkz. Sözer, *Genel Sağlık Sigortası*, s.268-269. Ruhsal sorun oluşturan ve estetik müdahaleyi gerekli kılan durumların finansmanının da Kurumca sağlanması gerektiği yönünde bkz. Centel, s.395-396.

⁹² <http://ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/697_1.pdf> Erişim Tarihi 11 Mart 2022.

⁹³ Yogyakarta İlkelerinin 13.sünde cinsiyet kimliğine dair beden değişimleri de dahil olmak üzere sağlık güvencesinden cinsel yönelim veya cinsiyet kimliği ayrımı olmaksızın yararlanma hakkı düzenlenmiştir. Bkz. <http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_en.pdf> Erişim Tarihi 14 Mart 2022. Avrupa Konseyinin 29.07.2009 tarihli bilgi notunda da AIHM’nin cinsiyet değişikliği ameliyatlarını devletlerin pozitif yükümlülüğü kapsamında değerlendirdiği belirtilmiş; trans bireylerin hormon tedavisi, cinsi-

konuya ilişkin yaklaşımı da bu doğrultuda gelişme göstermiştir.

Cinsiyet değiştirme ameliyatlarının genel sağlık sigortası kapsamında karşılanmasını engelleyen bir hüküm mevzuatta yer almasa da, uygulamada konuya ilişkin çeşitli problemler yaşanmıştır. Bu nedenle cinsiyet değiştirme ameliyatlarının genel sağlık sigortası kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sıklıkla vakalar üzerinden gündeme taşınmıştır. Örneğin 5510 sayılı Kanunun yürürlüğünden hemen sonra, 2009 yılında TMK m.40'ta yer alan usule uygun olarak kendi imkanlarıyla cinsiyet değiştirme operasyonu geçiren ve 2010 yılında bu operasyonun giderlerinin karşılanması için ikamet ettiği il valiliğinin İnsan Hakları Masasına başvuran kişinin başvurusu; yapılan değerlendirmelerin ardından olumlu yönde değerlendirilmiştir⁹⁴. Bu değerlendirmede cinsiyet değişikliği, sağlık kurulunun kararı uyarınca bir "hastalık" olarak kabul edilmiştir.

2013 yılında İstanbul Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü'nün cinsiyet değişikliği ameliyatlarının SGK kapsamında karşılanıp karşılanmayacağına ilişkin sorusuna, SGK'nın 23.10.2013 tarih ve "Cinsiyet Değiştirme Ameliyatı" konulu yazısında yanıt verilmiş; bu yazıda cinsel kimlik bozukluğunun (transseksüalitenin) ruhsal bir hastalık olduğu ve gerekli prosedürlerin tamamlanmasının ardından bu kapsamda yapılacak Sağlık Uygulama Tebliği eklerinde yer alan tıbbi işlemlerin sağlık hizmeti olarak kabul edileceği belirtilmiştir⁹⁵. Devamında bu yazı, tüm eğitim ve araştırma hastanelerine gönderilmiştir. Ancak bu genel yazıya rağmen cinsiyet değiştirme ameliyatlarının karşılanmadığına ilişkin çeşitli vaka örnekleri basına yansımıştır.

Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi (CİMER) yoluyla bilgi edinme hakkı kapsamında 2004449687 başvuru numarasıyla tarafımızca da SGK'dan konuya ilişkin bir görüş istenmiş; bu başvuru Sağlık Hizmetleri Daire Başkanlığı tarafından 08.11.2020 tarihinde "*Kurumumuz başvuru sahibi kişinin uzman hekimler sağlık kurulu raporu ve mahkeme kararı gibi belgeler neticesinde cinsel kimlik bozukluğu durumun hastalık olarak kabul edilip,*

yet değiştirme ameliyatı ve kalıcı epilasyon ya da ses eğitimi gibi diğer tıbbi müdahalelere erişiminin olması gerektiğine hükmedilmiştir. <<https://rm.coe.int/16806da753>> Erişim Tarihi 14 Mart 2022.

⁹⁴ <<https://kaosgl.org/haber/lsquocinsiyet-degistirme-ameliyatini-sgk-karsilamak-zorundarsquo>> Erişim Tarihi 11 Mart 2022.

⁹⁵ <<https://www.milliyet.com.tr/gundem/cinsiyet-degisimi-sgk-kapsaminda-1837366>> Erişim Tarihi 11 Mart 2022.

yapılacak tıbbi işlemlerin de sağlık hizmeti olarak kabul edilmesi sonucunda, cinsiyet değiştirme ameliyatları karşılanmaktadır.” şeklinde cevaplanmıştır⁹⁶.

Kanımızca bugün itibariyle cinsiyet değiştirme ameliyatlarının SGK tarafından karşılanıp karşılanmayacağına ilişkin ihtilaf büyük ölçüde giderilmiş durumdadır. Ancak bu olumlu gelişmeye rağmen söz konusu operasyonların karmaşıklığı ve fazlalığı, cinsiyet değiştirme operasyonu geçirecek kişilerin ağırlıklı olarak özel hastaneleri tercih etmesine sebep olmaktadır⁹⁷. Üstelik sigorta şirketlerinin sunduğu özel sağlık sigortası teminatlarında da cinsiyet değişikliği operasyonları genellikle kapsam dışında tutulan hizmetler arasında yer almaktadır⁹⁸. Tüm bu hususlar, cinsiyet değişikliği ameliyatlarının mali yükünün ağırlığının halen büyük ölçüde cinsiyet değiştiren kişide olduğunu ortaya koymaktadır⁹⁹.

E. Cinsiyet Değiştiren Sigortalıların Sosyal Sigorta Haklarına İlişkin Türk Hukukundaki Mevcut Uygulamaların Eşitlik İlkesi Yönünden Değerlendirilmesi

Trans bireylerin ve bu kapsamda cinsiyet değiştirme sürecini tamamlayan transseksüellerin ve interseksüellerin gerek toplumsal hayatta ve gerekse çalışma hayatında en dezavantajlı gruplardan biri olduğu şüphesizdir¹⁰⁰. Bu sebeple cinsiyet değiştiren kişilerin sosyal sigorta haklarına ilişkin mevcut uygulamaların eşitlik ilkesi kapsamında ele alınması ve bu uygulamaların söz konusu dezavantajlar karşısındaki olumlu ya da olumsuz özelliklerinin irdelenmesi önem taşımaktadır.

Cinsiyet değiştiren bir kimsenin sosyal sigorta hukukunda yeni cinsiyeti uyarınca işleme tabi tutulması, esasında şekli anlamda eşitliğin bir uzantısıdır. Nitekim transseksüel veya interseksüel yapıdaki sigortalı, cinsiyet değişikliğinin tescil edildiği andan itibaren sosyal sigortalar yönünden son cinsiyeti uyarınca muamele görmekte; diğer bir anlatımla şekli eşitlik anlayışının bir görünümü olarak bu halde eşit durumdakilere eşit muamele edilmektedir. Bilindiği üzere

⁹⁶ Ayrıca bkz. Ezer, s.222.

⁹⁷ Nilüfer, s.84.

⁹⁸ Örnek olarak bkz. <<https://www.axasigorta.com.tr/media/t1/001/641/297/591/saglik-sigortalari-yatarak-tedavili-urunler-bilgilendirme-formu-01-01-2022.pdf>> Erişim Tarihi 11 Mart 2022. Ayrıca bkz. Nilüfer, s.83-84.

⁹⁹ AB üyesi ülkelerde de cinsiyet değiştirme operasyonları yönünden benzer sıkıntıların halen devam ettiği yönünde bkz. ve krş. European Commission (Brink ve Dunne), s.77 vd.

¹⁰⁰ Benzer yönde bkz. Özkan, s.70; Alçık, s.1878-1879.

şekli (mutlak) eşitlik; kişilere farklı davranılmasını gerektiren haklı bir neden olmadıkça herkese eşit davranılmasını ve kişilerin hukuk önünde eşit kabul edilmesi esasını benimser¹⁰¹.

Her ne kadar yukarıda açıklanan uygulamalar ile cinsiyet değiştiren sigortalının kazanılmış hakları korunsun da; şekli eşitlik anlayışı, cinsiyet değiştirmiş sigortalıyı -özellikle beklenen hakları yönünden- sosyal risklerden koruyacak bir düzeye sahip değildir. Nitekim sigortalının yeni cinsiyeti uyarınca eşit muameleye tabi tutulması, sigortalılık ilişkisinde olumlu yönde olduğu kadar olumsuz yönde sonuçlar da doğurabilmektedir. Tarihsel süreçte de şekli eşitlik anlayışının gruplara ilişkin dezavantajların giderilmesi yönünden yetersiz kalması, maddi (fili) eşitlik anlayışını ortaya çıkarmıştır. Nitekim farklı niteliklere sahip gruplara, toplumun baskın karakterli gruplarına yönelik kuralların aynen uygulanması doğrudan ayrımcılığı önlerken, dolaylı nitelikli ayrımcılıkların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu kapsamda maddi eşitlik, kişiler veya kişi grupları arasındaki farklılıkları dikkate almak (farklı durumdakilere farklı muamele etmek) suretiyle adaleti sağlamayı ve sosyal adaletsizlikleri gidermeyi amaçlar¹⁰². Maddi eşitlik modelinin bir diğer görünümü olarak fırsat eşitliği ise dezavantajlı olan grupların dezavantajlarının kaldırılmasını ve bu kişilere eşit fırsatlar sunulmasını amaçlar¹⁰³.

Sosyal güvenlik hukuku bakımından da eşitlik ile yalnızca kanun önünde eşitlik/kanunların genelliğinin sağlanması (şekli eşitlik) değil; aynı zamanda hak ve yükümlülükler bakımından eşitliğin sağlanması (sosyal eşitsizliklerin giderilmesi) ve farklı ya da öznel durumların haklılaştırılması (maddi eşitlik) amaçlanır¹⁰⁴. Sosyal sigorta ilişkisinde kadın ve erkek sigortalılar yönünden getirilen farklı düzenlemelerin kimisi (örneğin analığa veya askerliğe bağlı hizmet borçlanmaları) maddi eşitlik, kimisi (örneğin kadın sigortalı çalıştıran işverenlere yönelik prim teşvikleri) ise fırsat eşitliği anlayışının bir görünümüdür. Yine çalışma konumuzun dışında bulunan engellilere,

¹⁰¹ Mutlay, s.10; Kadriye Bakırcı, *Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği Arayışı Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı ve Türkiye*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2012, s.42-43. Şekli eşitlik ilkesi için ayrıca bkz. Ulaş Karan, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.37-42; Zafer Gören, "Genel Eşitlik İlkesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(3), 2016, s.3281 vd.

¹⁰² Karan, s.42-43; Bakırcı, s.46; Mutlay, s.14-15.

¹⁰³ Karan, s.51-52. Ayrıca bkz. Bakırcı, s.52 vd.

¹⁰⁴ Mutlay, s.9 vd.

malullere, çocuklara, belli meslek grubuna mensup kişilere, kısmi süreli çalışanlara sosyal sigorta ilişkisinde getirilen farklı düzenlemeler de maddi eşitlik anlayışının birer ürünüdür. Nitekim tüm bu kişi gruplarının maruz kaldıkları sosyal riskler, birbirlerinden farklı özellikler taşımaktadır.

Bu aşamada değerlendirilmesi gereken husus, salt şekli eşitlik anlayışının uygulanması nedeniyle cinsiyet değiştiren sigortalıların muhatap olabilecekleri eşitsizliklerin giderilmesi amacıyla, devletin herhangi bir müdahalede bulunup bulunmayacağıdır. Çünkü cinsiyet değiştirmiş bireylerin yeni kimliklerinin hukuk düzeninde tanınması ve sigortalılık ilişkisinin bu yeni cinsiyet üzerinden kurulması (şekli eşitlik), bu kişilerin (toplumdan dışlanma, işsiz kalma, ayrımcılığa maruz kalma, hak ihlaline uğrama vb.) dezavantajlı durumlarının giderilmesi aşamasında yeterli değildir. Tüm bu sebeplerle maddi eşitlik ve devamında fırsat eşitliği anlayışının bir gereği olarak sosyal sigorta uygulamasında da cinsiyetini değiştirmiş bireyler yönünden bazı düzenlemelere gidilebileceğinden söz etmek gerekir.

Bu tür düzenlemeler kapsamında önerilebilecek ilk değişiklik, cinsiyet değişikliği süreci nedeniyle çalışma hayatına dahil olamayan ve bu nedenle adına belli bir süre için sigorta primi ödenmeyen sigortalıya *hizmet borçlanması* imkanının tanınabilmesine ilişkindir. Nitekim Türk hukukunda kabul edilen hizmet borçlanması türleri ile, çeşitli nedenlerle sigortalılık ilişkisi sona eren, kesilen ya da askıya alınan sigortalının, bu sürelerle ilişkin sigorta primlerini ödemesi suretiyle, prim ödenmeden geçirilen sürelerin sosyal sigorta kapsamında geçmiş süreler gibi değerlendirilmesi amaçlanmaktadır¹⁰⁵. Cinsiyet değişikliği sürecinde ve hatta cinsiyet değiştirdikten sonra çalışma hayatında yer almaları pratik olarak güç görünen sigortalılara, sosyal sigorta kapsamında ilk kez çalışmaya başladıkları tarihten sonra gerçekleşen cinsiyet değişiklikleri yönünden borçlanma imkanının tanınması kanımızca yerinde bir uygulama olacaktır. Bu kapsamda bir hizmet borçlanmasına başvurabilmek için, sosyal sigorta ilişkisinin cinsiyet değişikliği süreci nedeniyle sona ermesi/kesilmesi yeterli sayılmalı; ancak hizmet borçlanması yapılabilecek süre için bir üst sınır (örneğin iki yıl) belirlenmesi kanımızca mümkün görülmelidir.

Cinsiyet değiştiren sigortalılar yönünden önerilebilecek bir diğer husus, 4447 sayılı Kanunda kadın sigortalılar yönünden düzenlenen *sigorta primi işveren hisselerine ilişkin teşvikler ve vergi teşviklerine* benzer esasların¹⁰⁶,

¹⁰⁵ Arıcı, s.467; Alper, s.327; Sümer, s.245.

¹⁰⁶ 4447 sayılı Kanunun geçici 7., 10. ve 19. maddelerinde kadın sigortalı çalıştıran işveren-

cinsiyet değiştiren sigortalılar yönünden de getirilmesidir. İşverenleri çalışma hayatındaki dezavantajlı gruplardan biri olan kadın sigortalı çalıştırmaya teşvik etme amacıyla düzenlenen bu teşviklerin, cinsiyet değiştirmiş sigortalılar yönünden de düzenlenmesi halinde; iş bulmakta zorlanan ve bu nedenle sosyal sigorta kapsamına dahil olmakta güçlük çeken cinsiyet değiştirmiş kişilerin istihdamı teşvik edilebilecek ve çalışma hayatındaki yerleri güçlendirilebilecektir. Nitekim trans bireylerin çalışma hayatındaki dezavantajlı durumunu azaltmaya yönelik benzer öneriler -iş hukuku yönünden de olsa- daha önce de dile getirilmiştir¹⁰⁷.

Cinsiyet değiştiren sigortalıların sosyal sigorta hakları kapsamında değinilebilecek bir diğer husus, *analık sigortasından yararlanmalarının önünün açılmasına* ilişkindir. Değinildiği üzere cinsiyet değiştirme operasyonu geçirmeyen bir kimsenin yeni cinsiyetinin Türk hukukunda korunması mümkün değildir. Her ne kadar TMK m.40'ın ilk halinde yer alan “*üreme yeteneğinden sürekliliği biçimde yoksun bulunma*” koşulu Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş olsa da; cinsiyet değiştirme operasyonunun yeni cinsiyetin tanınması için halen zorunlu bir koşul olarak kabul edilmesi, kişinin üreme yeteneğinden yoksun hale gelmesine dolaylı olarak neden olmaktadır. Diğer bir anlatımla, cinsiyet değiştiren bir kimse, cinsiyet değişikliği operasyonunun bir sonucu olarak üreme yeteneğinden yoksun hale gelmektedir. Günümüzün tıbbi gelişmeleri göz önünde bulundurulduğunda, tıbbi bir operasyonla cinsiyet değiştirmiş kişilerin doğum yoluyla çocuk sahibi olmaları bu sebeple mümkün görünmemektedir. Cinsiyet değiştirmiş bir kimsenin bugün için çocuk sahibi olabileceği tek yasal yöntem, TMK m.305 vd. hükümleri uyarınca bir küçüğün evlat edinilmesidir. Ancak analık sigortası kapsamında sağlanan edimler salt doğum yoluyla çocuk sahibi olmaya özgülediğinden (2016/21 s. Genelge 5.3.)¹⁰⁸; cinsiyet değiştirmiş bir kimsenin böyle bir durumda analık sigortasından yararlanması mümkün olamamaktadır. Belirtelim ki bu

lerin, bu sigortalılar adına ödemekle yükümlü oldukları sigorta primlerinin işveren hisse-lerinin İşsizlik Sigortası Fonu kapsamında ödeneceği (*sigorta primi teşviki*) düzenlenmiş; geçici 21. maddede ise kadın sigortalı çalıştıran işverenlere *vergi teşviki* getirilmiştir.

¹⁰⁷ Örneğin 06.01.2016 ve 09.07.2018 tarihlerinde TBMM Başkanlığına Cumhuriyet Halk Partisi milletvekili Mahmut Tanal tarafından bir kanun teklifi (Esas No:2/654) sunulmuş; bu teklifte 4857 sayılı İş Kanununun engelli ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğunu düzenleyen 30. maddesine, çalışma hayatındaki dezavantajlı bir diğer grup olmaları nedeniyle trans bireylerin de eklenmesi önerilmiştir. Ancak söz konusu kanun teklifi halen komisyon-dadır. <<http://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-0654.pdf>> Erişim Tarihi 22 Mart 2022.

¹⁰⁸ Benzer yönde esaslar için bkz. Şahin Emir, s.362; Mutlay, 318-319; Tuncay / Ekmekçi, s.466; Centel, s.183.

eleştirimiz sadece cinsiyet değiştirmiş kişilerin evlat edinmesine ilişkin değil, tüm evlat edinme hallerine yöneliktir. Kanımızca analık sigortası kapsamında sağlanan edimler, evlat edinme yönünden de uyarlanmalı ve evlat edinmeden doğan analık hali de sosyal sigorta kapsamında korunmalıdır.

Cinsiyet değiştiren sigortalılar yönünden değinilebilecek bir diğer düzenleme, *ağır engelli çocuklarının bulunması* haline ilişkindir. Türk hukukunda başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede ağır engelli çocuğu bulunan kadın sigortalıların, 5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra geçen prim ödeme gün sayılarının dörtte birinin prim ödeme gün sayıları toplamına ekleneceği ve eklenen bu sürelerin emeklilik yaş hadlerinden indirileceği düzenlenmiştir (SSGSSK m.28/8). Emeklilik koşullarını yalnızca kadınlar yönünden kolaylaştıran ve ağır engelli çocuğun sorumluluğunu üstlenme görevinin yalnızca kadına ait olduğu varsayımına dayanan bu düzenleme doktrinde de eleştirilmiş; ağır engelli çocuğunun bakımını üstlenen kişinin, cinsiyetine bakılmaksızın aynı imkândan yararlandırılması dile getirilmiştir¹⁰⁹. Bu eleştirilere katılmamak mümkün değildir. Nitekim burada sosyal riskin kaynağı, engelli çocuğun bakım yükümünü üstlenen ebeveyn değil; ağır engelli çocuğun kendisidir. Bu nedenle ağır engelli çocuğu bulunan sigortalı, cinsiyetine bakılmaksızın SSGSSK m.28/8’de yer alan imkândan yararlandırılmalıdır. Diğer bir anlatımla, biyolojik olarak kadın olan cinsiyetini erkek olarak değiştiren bir kimsenin ağır engelli çocuğunun bakımını üstlenme sorumluluğu salt cinsiyetini değiştirmesi nedeniyle ortadan kalkmayacağından; sigortalının cinsiyetini değiştirmiş olsa dahi SSGSSK m.28/8’de düzenlenen kolaylaştırılmış emeklilik imkanından yararlandırılması gerekir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Son elli yıllık sürece bakıldığında, trans bireylerin cinsiyet kimliğine ilişkin çok önemli aşamaların hızla kat edildiği gözlemlenebilir. Her ne kadar günümüz itibarıyla hiçbir temel insan hakları sözleşmesinde trans veya interseksüel bireyler cinsiyet kimlikleri ile açıkça zikredilmese de; bu kişilerin insan haklarının korunması, uluslararası aktörlerin denetim organları eliyle yürütülmektedir¹¹⁰. Örneğin 2011 yılında BM İnsan Hakları Yüksek

¹⁰⁹ Murat Yetik / Duygu Erkan, “Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Yaşlılık Sigortası Açısından Sürekli Bakıma Muhtaç Derecede Ağır Engelli Çocuğu Olan Kadın Sigortalılar”, *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 14 (53), 2017, s.227; Şahin Emir, s.391-392; Mutlay, s.435 vd.

¹¹⁰ European Commission (Brink ve Dunne), s.53

Komiserliğinin sunduğu raporda trans bireyler de dahil olmak üzere herkesin uluslararası insan hakları korumasından yararlanma hakkının olduğu açıkça belirtilmiştir¹¹¹. Avrupa Konseyi de trans haklarının gelişmesinde önemli uluslararası aktörlerden biri olmuştur. Özellikle AİHM, konuya ilişkin verdiği 1986 tarihli ilk kararından (Rees v. Birleşik Krallık) bu yana, cinsiyet değiştirenlerin cinsel kimliğinin tanınmamasını AİHS m.8 (özel hayata saygı hakkı) ve m.14 (ayrımcılık yasağı ve eşitlik) kapsamında bir ihlal nedeni olarak ele almış ve bu içtihadını son yıllarda önemli kararlarla yerleşik bir hale getirmiştir¹¹². Benzer şekilde AB hukukunda, ABAD'ın cinsiyet değiştiren kişilerin cinsiyet eşitliği direktiflerinin kapsamında olduğuna ilişkin yerleşik içtihadına¹¹³ paralel olarak, 2006/54/EC sayılı eşit muamele direktifinde cinsiyet değiştirenlerin ve transların istihdam ve meslek hayatında eşit oldukları açıkça kabul edilmiştir¹¹⁴.

Tüm bu gelişmelerin sosyal güvenlik hukukunda da bir karşılığının olduğunu belirtmek gerekir. 79/7/EEC sayılı sosyal güvenlik eşit muamele hakkındaki AB direktifinin açtığı yol uyarınca; sosyal koruma yönünden cinsiyete dayalı ayrımcı muamelelerin minimuma indirilmesi yönündeki gelişmeler son yıllarda hız kazanmıştır. Devamla, çoğu ülkede eşcinsel evliliklerin veya birlikteliklerin hukuk düzeninde tanınmasıyla birlikte; sosyal sigorta edimlerine hak kazanma bakımından bu tür evlilik ya da birlikteliklere hüküm ve sonuç bağlanmaya başlanmıştır. Türk sosyal güvenlik hukukunda henüz bu seviyede bir yol kat edildiğinden söz etmek güçtür. Diğer bir anlatımla, aynı cinsiyete mensup kişilerin evlenmesine imkân tanınmadığı gibi, aynı cinsten kişilerin birlikteliğine de herhangi bir hukuki sonuç bağlanmamaktadır. Bu nedenle çalışmamızda mevcut hukuk kuralları üzerinden hareket edilmiş; cinsiyet değişikliğinin sosyal sigorta ilişkisine etkileri, hukuk düzeninin bu

¹¹¹ European Commission (Brink ve Dunne), s.37.

¹¹² Cinsiyet değiştirenler hakkındaki önemli AİHM kararları için bkz. European Court of Human Rights, *Factsheet on Gender Identity Issues*, 2022, <https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_eng.pdfZ> Erişim Tarihi 18 Mart 2022.

¹¹³ Bu içtihat değişikliğinin P. v. S. ve Cornwall County Council (C-13/94, T.30.04.1996) kararıyla başladığı yönünde bkz. Stefano Fabeni ve Silvan Agius, *Transgender People and the Gender Recast Directive – Implementation Guidelines*, ILGA-Europe, 2009, s.8-9, <https://www.ilga-europe.org/sites/default/files/Attachments/transgenderpeople_and_the_gender_recast_directive_guidelines_dec2009.pdf> Erişim Tarihi 17 Mart 2022.

¹¹⁴ <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32006L0054>> Erişim Tarihi 17 Mart 2022. Söz konusu direktifin sosyal güvenlik hakkını düzenleyen 7. maddesinin, cinsiyet değiştiren kişiler bakımından da aynen geçerli olduğu yönünde bkz. Fabeni / Agius, s.15, 20.

değişiklikleri tanıdığı ölçüde ele alınmıştır.

Türk sosyal sigorta hukukunda cinsiyet ve bu kapsamda cinsiyet değişikliği, esas itibariyle sigorta edimlerinden yararlanıp yararlanmama durumunu ve sigortalının edimlerden hangi koşullarla yararlanacağını etkiler. Sosyal sigorta alanında cinsiyet değişikliklerinin etkisi kural olarak ileriye etkili olup bir kimsenin önceki cinsiyetine göre sahip olduğu hak ve yükümlülükler yeni cinsiyetine göre uyarlanır. Devamla, cinsiyet değiştiren kimsenin karşılaştırılacağı ve eşit kabul edileceği kişi, yeni cinsiyetine göre tespit edilir. Ancak cinsiyet değiştirmiş sigortalının sosyal sigorta ilişkisi kapsamında doğan kazanılmış hakları yönünden ileriye etki doğurmaya ilişkin bu genel kural sonuç doğurmaz. Bu nedenle cinsiyet değişikliğinin hangi şekilde hüküm ve sonuç doğuracağını tespitinin cinsiyet değişikliğinin sosyal sigorta kapsamına asli sigortalı olarak girmeden önce gerçekleşip gerçekleşmemesine göre belirlenmesi gerekir. Sosyal sigorta kapsamına asli sigortalı olarak girdikten sonra gerçekleşen cinsiyet değişiklikleri bakımından ise sigortalının haklarının kazanılmış veya beklenen hak niteliğinde olup olmamasına göre bir ayrıma gidilmesi gerekir. Çalışmamızda da cinsiyet değişikliğinin olası etki ve sonuçları bu düzlemde ele alınmış; sigortalının korunması gereken kazanılmış haklarına ve yeni cinsiyetine göre uyarlanması gereken beklenen haklarına örnekler üzerinden yer verilmiştir. Devamla, cinsiyet değişikliği operasyonlarının genel sağlık sigortası kapsamında finansmanı sağlanan sağlık hizmetlerinden olup olmadığına dair incelemede bulunulmuştur. Çalışmanın son kısmında ise cinsiyet değiştiren sigortalıların sosyal sigorta haklarına ilişkin Türk hukukundaki mevcut uygulamalar eşitlik ilkesi uyarınca değerlendirilmiş; cinsiyet değiştirmiş sigortalıların dezavantajlı durumlarını azaltıcı ya da ortadan kaldırıcı bazı çözüm önerilerine yer verilmiştir.

Türk hukukundaki cinsiyet değiştiren sigortalıların kazanılmış haklarının korunma rejimine ilişkin bir eleştirimiz bulunmamakta olup bu kapsamda dile getirebileceğimiz tek husus, hukuk güvenliği ilkesi çerçevesinde sigortalının kazanılmış tüm haklarının korunması idealinin gerçekleştirilmesine ilişkindir. Öte yandan, cinsiyet değiştiren sigortalıların özellikle beklenen hakları yönünden şekli eşitlik anlayışının katı bir biçimde uygulanmasının ve cinsiyet değiştiren sigortalının yeni cinsiyeti uyarınca eşit muamele görmesinin bazı riskler barındırmakta olduğunu belirtmek gerekir. Bilindiği üzere cinsiyet değiştirmiş kişilerin toplumda benimsenmelerinde çeşitli güçlükler yaşamakta ve bu kişilerin herhangi bir ayrımcılığa maruz kalmamaları pek

de mümkün olmamaktadır. Bu ayrımcılıklar çalışma yaşamında da kendini göstermekte; cinsiyet değiştirenlerin istihdam edilmesi ve sosyal sigorta kapsamına dahil edilmeleri teoride belirtildiği kadar kolay olmamaktadır. Cinsiyet değiştirmiş kişilerin bu dezavantajlı durumunu ve karşı karşıya kalabilecekleri dolaylı ayrımcılıkları gidermek amacıyla, kendilerine sosyal sigorta kapsamında bazı imkanların ya da teşviklerin sağlanması kanımızca yerinde bir çözüm olacaktır.

Son olarak, Türk hukukunda cinsiyet kimliğinin hukuken tanınması sürecinde cinsiyet değiştirme operasyonlarının zorunlu bir unsur olarak kabul edilmesi karşısında; bu operasyonların mali yükünün cinsiyet değiştirecek kişiye bırakılması da adil bir yaklaşım değildir. Her ne kadar SGK'nın mevcut uygulamasında bu tür operasyonların genel sağlık sigortası kapsamında karşılanan sağlık hizmetlerinden olduğu belirtilse de, uygulamada halen bu tür sağlık hizmetlerine kamu hastanelerinde erişimde güçlükler yaşanmaktadır. Bu kapsamda yapılabilecek bir diğer düzenleme, geri dönüşü olmayan ve hayati nitelik taşıyan cinsiyet değişikliği operasyonlarına erişimin önündeki güçlüklerin kaldırılmasına yöneliktir.

KAYNAKÇA

- Akıntürk T / Ateş D, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt*, 18. Baskı, Beta Yayıncılık, 2016.
- Akipek J / Akıntürk T / Ateş D, *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Birinci Cilt*, 16. Baskı, Beta Yayıncılık, 2020.
- Alçık M, “Türk Anayasa Mahkemesinin Trans Bireylere İlişkin Cinsiyet Değişikliği Kararları Üzerine Bir Değerlendirme”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21(Özel Sayı), 2019, s.1875-1906.
- Alper Y, *Sosyal Sigortalar Hukuku*, 11. Baskı, Dora Yayıncılık, 2020.
- Altundiş M, “Hukuki Güvenlik İlkesi”, *Yasama Dergisi*, (10), 2008, s.60-94.
- Aslanköylü A, *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınevi, 2010.
- Bafra J, “Türkiye’de Cinsiyet Değişikliği Ameliyatlarında Tıbbi ve Hukuki Sorunlar”, *Türkiye Klinikleri Adli Tıp ve Adli Bilimler Dergisi*, 1(1), 2004, s. 47-54.
- Bakırcı K, *Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği Arayışı Cinsiyet Ayrımcılığı Yasağı ve Türkiye*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Centel T, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Council of Europe Commissioner for Human Rights, *Human Rights and Intersex People (Issue Paper)*, Council of Europe, 2015, <<https://rm.coe.int/16806da5d4#:~:text=In%20essence%2C%20as%20a%20result,choice%20is%20made%20for%20them>> Erişim Tarihi 18 Mart 2022.
- Cumalıoğlu E, “Transseksüellerin Sicil Cinsiyetini Değiştirmelerinde Kısırlık ve Ameliyat Zorunluluğu Türk Medeni Kanunu’nun 40. Maddesi Anayasa’ya Aykırı mıdır?”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(2), 2016, s. 439-464.
- Çetin E, *Ulusal ve Uluslararası Hukuk Boyutuyla Sosyal Güvenlik Hakkı ve Etkinleştirilmesi*, 2. Baskı, Yetkin Basımevi, 2021.
- Çoban Atik A, “İdare Hukukunda Kazanılmış Hak İlkesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21(1), 2013, s. 11-53.

- Dural M / Ögüz T, *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, 2018.
- Dural M / Ögüz T / Gümüş M A, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, 14. Baskı, Filiz Kitabevi, 2019.
- Eryılmaz B, *Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Transseksüellik*, Adalet Kitabevi, 2020.
- European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, Marjolein van den Brink ve Peter Dunne, *Trans and intersex equality rights in Europe: a comparative analysis*, (Alexandra Timmer ve Susanne Burried Ed.), Publications Office, 2018.
- European Court of Human Rights, *Factsheet on Gender Identity Issues*, 2022, <https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Gender_identity_eng.pdf> Erişim Tarihi 18 Mart 2022.
- Ezer B, *Kişisel Durum Değişikliklerinin Sosyal Güvenlik Hukukundaki Etkileri*, TAEM Yayınları, 2021.
- Fabeni S / Agius S, *Transgender People and the Gender Recast Directive – Implementation Guidelines*, ILGA-Europe, 2009, <https://www.ilga-europe.org/sites/default/files/Attachments/transgenderpeople_and_the_gender_recast_directive_guidelines_dec2009.pdf> Erişim Tarihi 17 Mart 2022.
- Gökçen Ayan B, “Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadına Yönelik Pozitif Ayrımcılık: Uzun Vadeli Sigorta Bakımından Bir Değerlendirme”, *Siyaset, Ekonomi ve Yönetim Araştırmaları Dergisi*, 3(1), 2015, s.351-382.
- Gören Z, “Genel Eşitlik İlkesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(3), 2016, s.3279-3301.
- Güner U / Kalkan U / Öz Y / Özsoy E C / Söyle F, *Türkiye’de Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelinde Ayrımcılığın İzlenmesi Raporu 2010*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, 2011.
- Güven K, “Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), 1997, s. 45-80. (Ks. Cinsiyet Değişikliği)
- GüvenK, “Cinsel Kimlik Üzerinde Hak Kavramı ve Korunması: Transseksüellik

- ve İnterseksüellik”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), 2015, s.127-170. (Ks. Cinsel Kimlik)
- Güzel A / Okur A R / Caniklioğlu N, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, 2021.
- Hacıoğlu A, *Türk Sosyal Sigortalar Hukukunda Yersiz Ödemelerin Geri Alınması*, Beta Yayıncılık, 2017.
- İkizler M, *Evlernenin Hükümsüzlüğü*, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Karadağ N, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku Kapsamında Cinsel Azınlık Hakları”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.
- Karan U, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Koç Kızılyel M, *Türkiye’de Cinsiyet Değiştirme İşlemlerinin Tıbbi ve Hukuki Yönden Değerlendirilmesi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.
- Makaracı Başak A / Öktem Çevik A, “Cinsiyet Değişikliğine İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, Z. Ö. Üskül Engin, D. Çörek ve G. Öcal (Ed.), *Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk Cilt II*, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s.1-18.
- Mutlay F B, *Sosyal Sigorta Yardımlarına Hak Kazanma Koşulları ve Eşitlik İlkesi*, Beta Yayıncılık, 2014.
- Nilüfer A, “İnsan Hakları Hukuku Temelinde Türk Hukukunda Cinsiyet Geçiş Süreci”, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü, 2018.
- Oğurlu Y, *İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Oğuzman K / Seliçi Ö / Oktay Özdemir S, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, 2018.
- Özcan Konakçı Z B, *Türk Hukukunda Cinsiyet Değiştirme*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya: KTO Karatay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.

- Özer H D, *Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Yaşlılık Aylığına Hak Kazanma Koşulları*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.
- Özkan S, “Cinsiyet Geçiş Sürecinin Hukuki ve Toplumsal Boyutu: Haklar ve İhlaller”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14(1), 2017, s. 55-84.
- Öztan B, *Aile Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, 2015.
- Sağlam İ, “Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8 (3-4), 2004, s.455-469.
- Saraç C, *Hastalık Sigortası*, Altın Nokta Yayınevi, 2013.
- Saraçoğlu S, “Anayasa Mahkemesi E.2017/130, K.2017/165, T.29.11.2017 ve E.2017/130, K.2017/164, T.29.11.2017 Kararları Işığında Türk Medeni Kanunu Madde 40 Hükmüne İlişkin Güncel Bir Değerlendirme”, U. Orhan, M. E. Göka ve E. Göztepe (Ed.), *Bilkent Üniversitesi Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu*, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s.279-306.
- Sert S, “Türk Medeni Hukukunda Cinsiyet Değiştirme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.118, 2015, s. 255-270.
- Sözer A N, “Sosyal Sigortalarda Kazanılmış Hakların Korunması Üzerine Bir İnceleme (Süper Emeklilikte Son Durum)”, *Çimento İşveren Dergisi*, 3(6), 1989, s. 3-29. (Ks. Kazanılmış Haklar)
- Sözer A N, “Kanunların Önceye Etki Yasağı: Sosyal Sigortalar Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme”, *Journal of Yaşar University*, 8(Özel Sayı), 2013, s. 2477-2534. (Ks. Önceye Etki Yasağı)
- Sözer A N, *Türk Genel Sağlık Sigortası*, 3. Baskı, Beta Yayıncılık, 2020. (Ks. Genel Sağlık Sigortası)
- Sözer A N, *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, 2021. (Ks. Sosyal Sigortalar)
- Sümer H H, *Sosyal Güvenlik Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Şahin Emir A, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Analık*, Adalet Yayınevi, 2019.

- Tekin N, “Cinsiyet Değiştirme Kavramı ve Cinsiyet Değişikliği Ameliyatının Hukuki Açısından Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 4 (39), 2009, s.97-114.
- Tuncay A C / Ekmekçi Ö, *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, 20. Baskı, Beta Yayıncılık, 2019.
- Turan Başara G, “Türk Medenî Kanunu’nun 40’ıncı Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (103), 2012, s. 245-266.
- Uşan MF, “5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Başlangıcına İlişkin Tespitler”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.14, 2009, s. 239-248.
- Yetik M / Erkan D, “Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Yaşlılık Sigortası Açısından Sürekli Bakıma Muhtaç Derecede Ağır Engelli Çocuğu Olan Kadın Sigortalılar”, *Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 14 (53), 2017, s.221-238.
- Yücel Bodur M, *Sosyal Güvenlik Hukukunda Ölüm Sigortası*, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Yücesoy Yılmaz Y, “Mahkmeden İzin Alınmaksızın Gerçekleşen Cinsiyet Değişikliğinin Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 29(1), 2021, s. 725-758.

TÜRK MEDENİ KANUNU KAPSAMINDA TAŞINIRLARDA ZİLYETLİĞİN KORUNMASI

Eda ŞAHİN ŞENGÜL*

ÖZET

Bir eşya üzerindeki fiilî hâkimiyet olarak tanımlanan zilyetlik, söz konusu hâkimiyetin bir hakka dayanıp dayanmadığıyla ilgilenmeksizin fiilî durumu korur. Zilyetliğin amacı eşya üzerinde var olan hakkını elde etme saikiyle hareket etse dahi bir kimsenin hukuka aykırı olarak gerçekleştireceği fiillerle toplumdaki barış ve güveni sarsmasının önüne geçmektir. Bu çalışma Türk Medeni Kanunu m. 981 ilâ 984 arasında düzenlenmiş olan zilyetliğin korunması hükümlerini doktrindeki tartışmalar ve yargı kararları çerçevesinde incelemeyi amaçlamaktadır. Çalışmada öncelikle zilyedin kuvvet kullanma hakkı, bu hakkın kapsamı ve hangi tür zilyetlerin kimlere karşı kuvvet kullanabileceği irdelenecektir. Çalışma daha sonra kuvvet kullanma hakkını kullanmayan ya da kullanamayan zilyedin geri verme davası ile saldırının sona erdirilmesi ve sebebinin önlenmesi davalarını açabilmesi, bu davaların amacı, mahiyeti ve tarafların kimler olabileceği üzerinde duracak ve son olarak zilyetliği ihlâl eden fiillerin bir zarara sebebiyet vermesi halinde açılacak olan tazminat davasını ve bu davanın tabi olduğu koşulları ele alacaktır.

Anahtar Kelimeler: Zilyetlik, Zilyedin Savunma Hakkı, Geri Verme Davası, Saldırının Sona Erdirilmesi Davası, Saldırı Sebebinin Önlenmesi Davası

PROTECTION OF POSSESSION OF CHATTELS IN THE TURKISH CIVIL CODE

ABSTRACT

Possession, which is defined as the effective control over a thing, protects the actual situation regardless of whether it is based on a right or not. Possession prevents a person from acting against the law and by force even to get his/her right in order not to undermine the social peace and trust in the society. In light of the debates in doctrine and jurisprudence this study aims to examine the provisions regarding the protection of possession appeared in the articles of 981 and 984 of the Turkish Civil Code. The study first examines the possessor's right to use force in self-defence, the

* **Dr. Öğretim Üyesi,** Boğaziçi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı/
İstanbul e-posta: eda.sengul@boun.edu.tr.

ORCID: 0000-0002-4741-2171

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1116338

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 10/11/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 23/02/2022

legal scope of this right, what types of possessors have this right and against whom this right can be exercised. This study then moves on to scrutinise the situation where the possessor does not or cannot exert his/her right to use force in self-defence, in this respect it analyses the possessor's right to bring an action to reclaim the object from the claimant as well as to seek the cessation of trespass and prohibition of further trespass, the purpose and nature of these claims, the parties to the action, and finally, the action for damages that can be brought in case the violation of the possession causes a loss to the possessor.

Keywords: *Possession, Possessor's Right to Use Force in Self-Defence, Action for Restitution, Action for Cessation of Trespass, Action for Prohibition of Further Trespass,*

GİRİŞ

Tarihi temellerini Roma ve Cermen Hukuklarından alan¹ zilyetlik² kavramının tanımı üzerinde doktrinde bir görüş birliği yoktur.³ Türk Medeni Kanunu⁴ (TMK) m. 973, bir şey üzerinde fiili hâkimiyeti bulunan kimsenin onun zilyedi olduğunu hüküm altına almaktadır. Buna göre zilyetlik, bir

¹ Safa Reisoğlu, *Türk Eşya Hukuku, Cilt 1: Giriş – Zilyetlik – Tapu Sicili ve Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu – Tapulama Kanunu*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No.440, 1980, s. 22; Jale G. Akipek, *Türk Eşya Hukuku (Aynı Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972, s. 136; Mehmet Ünal/Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku - Giriş Zilyetlik Tapu Sicili*, 12. Baskı, Savaş Kitabevi, 2021, s. 104; O. Gökhan Antalya/Murat Topuz, *Marmara Hukuk Yorumu - Eşya Hukuku – Cilt: IV/1 – Giriş, Temel Kavramlar ve İlkeler – Zilyetlik – Tapu Sicili*, 3. Baskı, Seçkin Kitabevi, 2019, s. 187; Haluk Nami Nomer/Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku (Zilyetlik-Tapu Sicili- Mülkiyetin Genel Hükümleri-Taşınır Mülkiyeti-Rehin Hakları-Taşınmaz İrtifakı-İntifa Hakkı)*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 17.

² Arapça kökenli olan zilyetlik kelimesinin 'bir malın sahibi' anlamına geldiğine ilişkin bkz. Nurettin Gürsel, "Zilyetlik - Elmenlik'den Doğan Davalar", *Adalet Dergisi*, 64(8), 1973, s. 574; Nomer/Ergüne, s. 18.

³ Ferit H. Saymen/Halit K. Elbir, *Türk Eşya Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, 1963, s. 25-27; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 23. Baskı, Filiz Kitabevi, 2021, s. 46; Akipek, s. 136; Antalya/Topuz, s. 189; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili*, 14. Baskı, Seçkin Kitabevi, 2020, s. 67; Betül Özlük, "Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27(1), 2019, s. 155. Zilyetliğin bir hak mı yoksa yalnızca bir fiili durum mu olduğuna ilişkin tartışma için bkz. Selâhattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Alttop, *Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I, Zilyetlik - Tapu Sicili - Mülkiyet*, 5. Bası, Filiz Kitabevi, 1989, s. 36 vd.; Ünal/Başpınar, s. 104 vd.; Antalya/Topuz, s. 192 vd..

⁴ RG 8.12.2001/24607.

şey üzerindeki fiilî hâkimiyettir⁵ ve bir şahsi ya da aynı hakka dayanıp dayanmadığından bağımsız olarak fiilî hâkimiyetin mevcudiyeti zilyetliğin de mevcudiyetini gösterir.⁶ Buna en güzel örnek, hak sahibi olmadığı halde hırsızın eşya üzerindeki fiilî hâkimiyetinin onu zilyet yapmasıdır.⁷ Ancak her fiilî hâkimiyet de zilyetliğe işaret etmez, zira örneğin, zilyet yardımcıları⁸ zilyet değillerdir.⁹

Diğer yandan, TMK m. 973'te 'fiilî hâkimiyet'ten ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır.¹⁰ Fiilî hâkimiyetin o şeyi

⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 47; Reisoğlu, s. 21; Saymen/Elbir, s. 27-28; Jale G. Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Beta, 2018, s. 107; Akipek, s. 137; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 36; A. Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, s. 41; Aydın Aybay/Hüseyin Hatemi, *AYBAY/HATEMİ Eşya Hukuku*, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 32; Turhan Esener/Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019, s. 55; Hasan Erman, *Eşya Hukuku Dersleri*, 9. Baskı, Der Yayınları, 2020, s. 9; Özlük, s. 154; Nomer/Ergüne, s. 16.

⁶ Reisoğlu, s. 21; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 107-108; Akipek, s. 138. Alman hukukunda zilyetliğin fiilî bir durum olarak kabul edildiği yönünde bkz. Özlük, s. 157.

⁷ Reisoğlu, s. 21.

⁸ Hâkimiyet konusu şey üzerinde ne kendisi ne de başkası adına zilyet olan zilyet yardımcısı, hâkimiyeti altında bulundurduğu eşyayı, zilyedin adına ve menfaatine geçici süreyle kullanma yetkisini haizdir, Serdar Hızır/Duygu Merki, "Anonim Şirketlerde Borçlanma Yasağına Aykırılık Teşkil Eden Fiillerin Cezaî Sonuçları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 63, 2014, s. 790. Zilyet yardımcısına verilen örnekler işçinin işi için kendisine verilen malzeme, askerin silahı ve hizmetçinin de ev eşyası üzerindeki fiilî hâkimiyetinin zilyetlik olmadığıdır, Reisoğlu, s. 32. Zilyet yardımcıları Alman Medeni Kanunu (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*) § 855'te tanımlanmıştır. Buna göre, "Bir kimse, bir başkasının evinde veya işyerinde ya da benzer bir ilişki içinde, o kimse için bir eşya üzerinde fiilî egemenliği kullanıyor ve eşya ile ilgili olarak o kimsenin vereceği yönergelere uymak zorunda bulunuyor ise, sadece yönergeleri veren kişiye zilyet gözüyle bakılır." Rona Serozan, *Eşya Hukuku I - Eşya Hukukunun Temel Kavramları ve İlkeleri Taşınır Eşyada: Zilyetlik-Mülkiyet-İntifa-Rehin Uygulama Çalışmaları*, 3. Bası, Filiz Kitabevi, 2015, s. 114. Benzer çeviri için bkz. Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 139.

⁹ Reisoğlu, s. 21.

¹⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 47. "Zilyetlik, bir kimsenin bir eşyayı fiilî hakimiyeti altında bulundurması, bir eşya üzerinde fiilî kudret kullanması olarak tanımlanır. Nitekim T.M.K. 973. madde hükmüne göre "bir şey üzerinde fiilî hakimiyeti bulunan kimse, onun zilyedir."

Zilyetlik, eşyalardan ekonomik bakımdan yararlanmak, onları kullanmak ve bu kullanma ve yararlanmayla ilgili her türlü maddi ve hukuki fiilleri icra etmek için eşyalar üzerinde fiilî kudret kullanmak, yani eşyaları fiilî hakimiyet altında bulundurmamak, tutmak demektir.

Bir kimsenin bir eşyayı bu suretle fiilî hakimiyeti altında bulundurması, eşya üzerinde fiilî kudret kullanması, o kimsenin zilyet sayılması için yeterlidir. Zilyetlik için, fiilî hakimiyet altında bulunduran eşyanın mutlaka da zilyedin mülkî olması şart değildir. Başka bir deyişle, zilyet olanın, eşya üzerinde kendisine zilyet olma yetkisini veren bir hakkının bulunması ge-

fiilen elinde bulundurma anlamına gelmediği TMK m. 974'ten çıkmaktadır.¹¹ Bu hüküm zilyedin bir sınırlı aynı hak veya kişisel hakkın kurulmasını ya da kullanılmasını sağlamak için şeyi başkasına teslim etmesi durumunda her ikisinin de zilyet olacağını düzenlemektedir. Ayrıca cebine ya da çantasına haberi olmaksızın bir eşya koyulan kimsenin, kural olarak, bu eşyanın zilyedi olduğu söylenemez.¹² Dolayısıyla, bir kimsenin eline geçirdiği eşya üzerinde zilyet olma, eş deyişle fiilî hâkimiyeti ele geçirme iradesine de sahip olması aranır.¹³ Bir kimse iradesi ile eşya üzerindeki hâkimiyeti elde ettikten sonra iradesi ile söz konusu hâkimiyeti terk edinceye veya iradesi dışında başka bir kimse tarafından bu hâkimiyet ele geçirilinceye ya da hâkimiyeti başka bir nedenle sona erinceye kadar o eşyanın zilyedi kalmaya devam eder.¹⁴

Zilyetlik, TMK'nın eşya hukukunu düzenleyen kısmında zilyetlik ve tapu sicili ana başlığını taşıyan üçüncü bölümünde düzenlemektedir. Mahiyetleri bakımından farklı olan bu iki kurumun Kanun'da bir arada düzenlenmesinin nedeni, zilyetliğin taşınır eşya için yerine getirdiği fonksiyonlar ile tapu sicilinin taşınmaz eşya için yerine getirdiği fonksiyonların aynı olmasından kaynaklanmaktadır.¹⁵ Zilyetlik bakımından bu fonksiyonlar aynı haklarda

rekmez; hakimiyet altındaki eşyanın başkasına ait olmasının zilyetlik üzerinde hiçbir etkisi yoktur. Hatta bir eşyayı haklı bir sebep olmaksızın elinde bulunduran kimse dahi zilyettir." Y. HGK, T. 6.12.2013, E. 2013/4-411, K. 2013/1652 (Legalbank).

¹¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 47.

¹² Reisoğlu, s. 27; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 46. Eğer kişinin cebine ya da çantasına gizlice o eşyayı koyan kimseyle arasındaki ilişkinin özelliği gereği bunu kabul edeceği varsayılabilirse, bu kişi zilyet sayılır, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 46; Sirmen, s. 45.

¹³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 48; Reisoğlu, s. 27; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 116; Akipek, s. 148; Saymen/Elbir, s. 36; Özlük, s. 154; Esener/Güven, s. 59, Nomer/Ergüne, s. 21; Erhan Günay, *İdari ve Hukuki Yönden Taşınır ve Taşınmaz Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi ve Sorumluluk*, 1. Bası, Seçkin Kitabevi, 2018 s. 17. Zilyetlik için iradenin gerekli olup olmadığı hususundaki tartışmalar için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 42 vd.; Sirmen, s. 44.

¹⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 49; Erman, s. 9; Selin Sert Sütçü, "Dolaylı-Dolaysız Zilyetlik Kavramlarının Ayırt Edilmesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 63(1), 2019, s. 261.

¹⁵ Akipek, s. 132; Sirmen, s. 41; Ünal/Başpınar, s. 110; Antalya, s. 421; Nomer/Ergüne, s. 15; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku*, 15. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 2020, s. 27.

aleniyeti (kamuya açıklığı) sağlama,¹⁶ aynı hakların iktisabına imkân verme¹⁷ ve aynı hakları koruma fonksiyonudur.¹⁸ Gerçekten de taşınmazlarda tapu sicilinin gördüğü kamuya açıklık vazifesini taşınırlarda zilyetlik görür ve zilyetlik sayesinde taşınır üzerindeki aynı hak dışarıya (üçüncü şahıslara) görünür hale gelir.¹⁹ Genel hayat deneyimleri bir taşınırı fiilî hâkimiyeti altında bulunduran kimsenin o taşınırı elinde bulundurmasının haklı bir hukuki sebebe dayandığını gösterir.²⁰ Bu kapsamda TMK m. 985 bir taşınırın zilyedinin onun maliki sayılacağını düzenleme altına alırken, m. 986/I-II bir taşınıra malik olma iradesi bulunmadan zilyet olan kimsenin taşınırı kendisinden iyiniyetle aldığı kişinin mülkiyet karinesine dayanabileceğini ve taşınıra bir sınırlı aynı ya da kişisel hak iddiasıyla zilyet olan kimsenin iddia ettiği hakkın varlığının karine olarak kabul edileceğini düzenlemektedir.²¹

¹⁶ Akipek, s. 132; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 45-46; Sirmen, s. 41; Ünal/Başpınar, s. 109; Aybay/Hatemi, s. 48; Antalya/Topuz, s. 215; Erman, s. 9; O. Gökhan Antalya, “Eşya Hukukuna Hakim İlkelerden Aleniyet İlkesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 23(3), 2017, s. 421.

¹⁷ Akipek, s. 132; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 45-46; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 49; Sirmen, s. 41; Ünal/Başpınar, s. 110; Erman, s. 9.

¹⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 46; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 49-50; Serozan, s. 98; Ünal/Başpınar, s. 110; Antalya/Topuz, s. 215.

¹⁹ Akipek, s. 132; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 46; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 101; Sirmen, s. 41; Ünal/Başpınar, s. 109.

²⁰ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 118; Sirmen, s. 41; Ünal/Başpınar, s. 109; Antalya, s. 421.

²¹ TMK m. 986/II. c.2 ise “Ancak, zilyet bu karineyi şeyi kendisine vermiş olan kişiye karşı ileri süremez.” şeklindedir. “Zilyedin, eşya üzerinde kendisine zilyet olma yetkisini veren bir hakka sahip bulunup bulunmaması, zilyetlik bakımından önemli değildir. Bunun içindir ki, hiç kimse zilyede hangi hakka dayanarak zilyet olduğunu soramaz. Fakat hayat deneyimlerinden edinilen bilgilere göre, herkes zilyedin zilyet olma yetkisini veren aynı veya şahsi bir hakka sahip bulunduğunu kabul eder. Bu hakkın türü de, kişinin zilyetliği kullanış biçiminden anlaşılır. Bu sebeptendir ki, zilyetliğin hakların dış görünüşü, hakların bir tür dışarıya yansıma şekli olduğundan da söz edilir. Başka deyişle zilyetlik, eşyalar üzerindeki hakları üçüncü kişilere karşı tanıtma aracıdır; hukuki deyimle zilyetlik haklara karinedir (T.M.K. m. 985 vd).

Zilyede tanınan bu iktidar ve yetkiler, kendisine zilyet olma yetkisini veren aynı veya şahsi bir hakkı bulunup bulunmadığı göz önünde tutulmaksızın verilmiştir. Bunlar, zilyede eşyayı fiili hakimiyeti altında bulundurmasından dolayı ve sadece bu sebeple tanınmıştır. Diğer bir deyişle zilyetlik, zilyet olma yetkisini veren herhangi bir aynı veya şahsi haktan ayrı olarak, başlı başına korunmuştur.

Hukuk düzeni, zilyetliği düzenlerken zilyet olma yetkisini veren hakla meşgul olmaz; hatta böyle bir hakkın mevcut olup olmadığını bile araştırmasın. Bir eşyayı fiili hakimiyetinde bulunduran kimseye bu iktidar ve yetkilerin tanınması için önemli olan tek husus, hukukun aradığı şartlarla fiili bir kudretin, fiili bir hakimiyetin mevcut olup olmadığıdır.

^Bunun içindir ki zilyetlik, iddia edildiği gibi sadece bir fiili durum, bir fiili olgu veya kendisine

Zilyetlik sağladığı aleniyet ile taşınırlar üzerinde bir hakkın varlığına karine teşkil eder.²² Bu yönüyle zilyetlik TMK m. 777, 712 ve 713 uyarınca hem taşınırlarda hem de taşınmazlarda zamanaşımı ile aynı hak kazanılmasına olanak sağlar.²³ Benzer şekilde, TMK m. 988-990 uyarınca hak sahibi olmayan bir zilyetten iyiniyetle kazanılan aynı haklar büyük ölçüde korunur.²⁴ Zilyetliğin aynı haklarda iktisap fonksiyonu da bir taşınırı başkasından aynı hak elde etmek üzere devralan kişinin o taşınırın zilyetliğiyle birlikte bu hakkı elde etmesini gerektirir. Bir diğer deyişle kural olarak, taşınırlar üzerindeki aynı haklar devralana zilyetliğin devri ile intikal eder²⁵ (örneğin, TMK m. 763, 767,795, 939).²⁶

Zilyetliğin aynı hakları ve aynı hakların hukuki konumlarını koruma fonksiyonu vardır.²⁷ Zilyetliğin bu fonksiyonu *i.* bireysel çıkarı üstün tutmak suretiyle sürekliliği (mevcut durumu) koruma²⁸ ve *ii.* fiilî durum ile toplumdaki düzen ve huzuru koruma²⁹ olmak üzere iki şekilde kendini gösterir. Zilyetliğin ilk fonksiyonunun kapsamına TMK m. 989-991 arasında düzenlenen temelinde zilyetliğe haklılığın bulunduğu taşınır davası açma hakkı ile zilyedin TMK m. 994'te yer alan kişisel masraf istemini güçlendiren

bazı hukuki sonuçlar bağlanan bir hukuki fiil değildir. Zilyetlik aynı zamanda eşyayı fiili hakimiyet altında bulundurmaktan doğan bir hukuki yetki ve iktidarla ödevleri de gösteren ve düzenleyen hukuki bir kurumdur.” Y. HGK, T. 6.12.2013, E. 2013/4-411, K. 2013/1652 (Legalbank).

²² Serozan, s. 99. Aynı esasın İngiliz Hukuku'nda geçerli olduğuna ilişkin bkz. Luke Rostill, *Possession, Relative Title, and Ownership in English Law*, Oxford University Press, 2021, s. 99.

²³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 45.

²⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 46.

²⁵ Akipek, s. 134.

²⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 45.

²⁷ Serozan, s. 99.

²⁸ Serozan, s. 106.

²⁹ Serozan, s. 105; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 119; Sirmen, s. 41. “Zilyetlik eşya ile şahıs arasında eylemli (fiili) bir bağ, yani ilişki olup ve buna bağlı olarak da fiili hakimiyet altında bulundurmaktan doğan hukuki yetki ve vecibeleri de gösteren ve düzenleyen hukuki bir müessesedir. Kanunda sözü edilen fiili hakimiyetin meydana geliş şekli önemli değildir. Bu korumanın sosyal huzur ve sükûnun korunması ve sağlanması için kabul edilmiş olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Zilyetliğin hukuki fonksiyonlarından birisi de, fiili durumun başkaları tarafından keyfi olarak bozulmasını önlemektir. Hukuk düzeni böylece toplumun esenliğini korumak istemiştir. Kendilerini haklı görenler bile başkasının fiili hakimiyetine belli bir çerçeve içinde saygı göstermeye mecburdurlar[r].” Y. 8.HD, T. 29.09.2020, E. 2018/1033, K. 2020/5504 (Legalbank).

alıkoyma ve sökülme alma hakkının girdiği belirtilmektedir.³⁰ İkinci fonksiyonu ise zilyetliğin kişiye zilyet olma yetkisi veren haktan ayrı olarak ve üstelik bazen hakka karşı korunması anlamına gelir ki bu da toplum içinde düzen ve barışı sağlamaya hizmet eder.³¹ İşte bu çalışmanın konusunu zilyetliğin ikinci fonksiyonu oluşturmakta olup amacımız TMK kapsamında taşınırlarda zilyetliğin korunmasını doktrinadaki tartışmalar ve yargı kararları çerçevesinde incelemektir. Bu bağlamda çalışmamız TMK m. 981 ilâ 984 arasında düzenlenmiş olan zilyetliğin korunması hükümlerini irdeleyecektir. Zilyetlik taşınmazlarda bu hükümlere ek olarak idari yoldan da korunmaktadır,³² ancak çalışmamız taşınırlarda zilyetlikten doğan fiilî hâkimiyetin korunması hükümlerini ele alacak olduğundan taşınmazların idari yoldan korunması değerlendirme dışında bırakılmıştır.

I. ZİLYETLİĞİN İHLALİ

A. Zilyetliğin İhlallere Karşı Korunmasının Gerekçesi

Zilyetliğin kamuya açıklık fonksiyonunun doğal sonuçlarından biri olan haklara karine olma özelliği gereği herkes, bir eşyayı elinde bulunduran kimsenin onun üzerinde zilyetlikle dışa yansıyan bir hakkı olduğunu kabul etmek durumundadır.³³ Bu da eşyayı elinde bulunduran zilyet o eşyayı çalmış olan hırsız bile olsa hiç kimsenin onun eşya üzerinde iddia ettiği gibi bir

³⁰ Serozan, s. 106.

³¹ Serozan, s. 105; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 119; Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, 1991, s. 243; Antalya/Topuz, s. 299. Aynı yönde, Ünal/Başpınar, s. 110. “Zilyetliğin ... fiilî hakimiyetin, zilyetliğin en esaslı unsuru olduğu ve malik olma niyetiyle elde bulundurma unsurundan önemli surette ayrıldığı, bir şeye –niteliğine göre– hakim olabilme, onu emir ve kumandası altında bulundurma, zilyetliğin varlığı için gerekli ve fakat yeterli görüldüğü sonucuna varılmaktadır. Hakimiyet (tasarruf=egemenlik), şeyin maliki veya üzerinde sınırlı aynı bir hak sahibi gibi, onu kudreti altında bulundurma, arzu ettiği yerde bulundurma, onu dilediği gibi kullanabilme yeteneğidir[r]. O halde fiilî bir hakimiyetin meydana geliş şekli önemli değildir. Bunun bir gasp sonucu elde edilmiş olması da mümkündür. Bu bakımdan hakka dayanmayan zilyetlik-hırsızın zilyetliği-hukuk nizamınca korunmaktadır. Ne var ki, bu korumanın, hırsızın menfaatini korumak için değil, sosyal huzur ve sükunun korunması ve sağlanması için kabul edilmiş olduğu gözden uzak tutulmalıdır. Zira Kohler’in deyimi ile “...Hukuk düzeninin yanında bir de barış düzeni vardır. Hukuk, hareketi; barış ise sükunu ifade eder. İşte zilyetlik, bu barış düzeninin vücut verdiği bir müessesedir....” Y. HGK, T. 30.10.2013, E. 2013/8-1363, K. 2013/1507 (Legalbank).

³² 4.12.1984 tarih ve 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun (RG 15.12.1984/18606). Ayrıntılı inceleme için bkz. Ayhan Uçar, “Zilyetliğin İdari Yoldan Korunmasında Yetkili Makam, Başvuru ve İdari Soruşturma Usulü”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XII(3-4), 2008, s. 281-312; Günay, s. 55 vd..

³³ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 119; Akipek, s. 153.

hakkı bulunmadığını ileri sürerek eşyayı elinden alamaması anlamına gelir.³⁴ Zilyetlik, bir hakka dayanıp dayanmamasından bağımsız bir hukuki durum olarak korunmaktadır.³⁵ Eğer zilyet eşya üzerinde bir hakka da sahipse, zilyetliğin korunması ile hak da korunmuş olur. Ancak zilyet haksız olsa da TMK'da yer alan zilyetliğe ait koruma imkânlarından faydalanır.³⁶ Bunun nedeni kanun koyucunun tesis edilmiş hukuki durumun gasp ve saldırı yoluyla bozulmasını kamu yararına aykırı bularak³⁷ hakkını almak için de olsa hak sahibinin zorla yapacağı fiilî hareketlerle toplumdaki sosyal huzur ve güveni bozmasına engel olmaktır.³⁸ Bu yüzden Kanun hak sahibinin hakkını bizzat elde etmeye kalkışarak, örneğin bir gün sokakta yürürken hırsızın üzerinde gördüğü kendisine ait giysiyi zorla almaya çalışarak toplumsal dirlik ve düzeni bozmasını engellemek istemektedir.³⁹

Zilyet, zilyetliği ihlâl eden kimsenin kusurlu olup olmadığından, ayırt etme gücüne sahip bulunup bulunmadığından veya bir olguda hataya düşüp düşmediğinden bağımsız olarak korunur. Ancak zilyedin korunması için ihlâlün bir insan fiili ve bunun etkileri sonucunda ortaya çıkmış olması gerekir. Zira doğa olaylarının veya hayvanların gerçekleştirdiği eylemler ile bir kişinin sebebiyet vermediği ihlâller TMK'nın zilyetliği koruma hükümlerinin kapsamına girmemektedir.⁴⁰ TMK, zilyetliğin korunması

³⁴ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 119; Akipek, s. 153. Aynı yönde, Antalya/Topuz, s. 300.

³⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 80; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 102; Sirmen, s. 67; Ünal/Başpınar, s. 171; Antalya/Topuz, s. 300; Nomer/Ergüne, s. 52; Günay, s. 39; Ertaş, s. 45; İsmail Doğanay, "Türk Hususî Hukukunda Zilyetliğin Himayesi", *Adalet Dergisi*, 50(4), 1959, s. 465.

³⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 80; Sirmen, s. 67.

³⁷ Reisoğlu, s. 46.

³⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 80; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 100; Sirmen, s. 67; Saymen/Elbir, s. 79-80; Ünal/Başpınar, s. 171; Günay, s. 39-40; Doğanay, s. 465.

³⁹ Serozan, s. 106; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 101. "[f]iili hakimiyetin meydana geliş şekli önemli değildir. Bunun bir gasp ve tecavüz sonucu elde edilmiş olması da mümkündür. Bu bakımdan hakka dayanmayan zilyetlik hukuk nizamınca korunmaktadır. Ne var ki, bu korumada ki amaç, haksız zilyedin menfaatini korumak değil, sosyal huzur ve sükunun korunmasıdır. Zira, hukuk düzeninin yanında bir de barış düzeni vardır. Hukuk hareketi barış ise sükunu ifade eder. İşte zilyetlik bu barış düzeninin vücut verdiği bir müessesedir. Zilyetliğin hukuki fonksiyonlarından birisi de, fiili durumun başkaları tarafından keyfi olarak bozulmasını önlemektir. Hukuk düzeni böylece topluluğun esenliğini korumak istemiştir." Y. 8.HD, T. 7.02.20211, E. 2010/3637, K. 2011/491 (Legalbank).

⁴⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 105; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 81; Sirmen, s. 67; Ünal/Başpınar, s. 172; Doğanay, s. 480; Nomer/Ergüne, s. 52-53; Ayan, s. 110, dn. 225. Aynı yönde, Antalya/Topuz, s. 301.

bakımından zilyede birbirini tamamlayan iki olanak sunmaktadır.⁴¹ Bunlardan ilki TMK m. 981’de yer alan zilyedin kuvvet kullanarak zilyetliğinin ihlâlini engelleyebilmesi, ikincisi de TMK m. 982 ve 983’te yer alan zilyetliğin dava yolu ile korunmasıdır. Bu olanakları incelemeye geçmeden önce zilyetliği ihlâl eden gasp ve saldırı fiillerinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

B. Zilyetliğin İhlali Halleri: Gasp ve Saldırı

Haklı bir neden olmadan veya rızası bulunmadan zilyedin eşya üzerindeki fiilî hâkimiyetini kullanmakta rahatsız ve tedirgin edilmesine zilyetliğin ihlâlî denmektedir.⁴² Zilyetliği ihlâl eden eylemler ya eşyanın zilyedin fiilî hâkimiyetinden tamamen çıkarılmasına neden olmakta (gasp) ya da onun fiilî hâkimiyeti dilediği gibi kullanmasını zorlaştırmakta veya engellemektedir (saldırı - tecavüz).⁴³ TMK’da tanımı yapılmamış olan gasp ve saldırı fiilleri bakımından *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) § 858/I’de bir tanım bulunmaktadır. Buna göre, “*Kanunun izin verdiği durumlar dışında, zilyedin iradesi dışında fiilî hâkimiyetine son veren veya eşyayı dilediği gibi kullanmasını engelleyen kişi, hukuka aykırı hareket etmiş olur.*”⁴⁴ Görüldüğü üzere, zilyedin gasp ve saldırıya rızasının olması, söz konusu fiilleri zilyetliğin ihlâlî olmaktan çıkarmaktadır. Rızanın bu fiillerin yapılmasından önce veya sonra verilmesi arasında bir fark yoktur yeter ki rıza gösteren zilyet ayırt etme gücüne sahip olsun.⁴⁵ Zilyedin bu kapsamdaki rızası bir hukuki işlem olarak nitelendirilmediği için zilyedin tam ehliyetli olması gerekmemekte, ayırt etme gücünü haiz olması yeterli görülmektedir.⁴⁶

Hukukumuz bakımından “*Gasp, haklı bir sebep olmaksızın zilyede karşı zor kullanılarak veya gizlice, zilyetliğinde bulunan eşyanın hâkimiyet alanından çıkarılması veya zilyetliğinin ortadan kaldırılmasıdır...*”⁴⁷ Gasp eşya, hukuka aykırı bir fiille ve rızası dışında zilyetten alınmakta, bu yolla zilyedin eşya üzerindeki fiilî hâkimiyetine son verilmekte ve eşyadan

⁴¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 81.

⁴² Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 179; Akipek, s. 229.

⁴³ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 179; Akipek, s. 229; Sirmen, s. 67-68.

⁴⁴ BGB § 858, <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p3581> Erişim Tarihi 10 Kasım 2021.

⁴⁵ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 179; Akipek, s. 229.

⁴⁶ Ertaş, s. 49.

⁴⁷ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 180. Aynı tanım için bkz. Akipek, s. 229-230.

faydalanma olanağı tamamen ortadan kaldırılmaktadır.⁴⁸ Gasp sonucu zilyedin eşyadan yararlanma olanağı, hırsızlıkta olduğu gibi, tamamen başkasına geçmiş ya da eşya yok edilmiş (örneğin denize atılmış) olduğu için üzerinde hiç kimsenin zilyetlik kuramayacağı bir duruma getirilmiş olabilir.⁴⁹ Saldırıda ise zilyedin fiilî hâkimiyetine son verilmemekte, ancak hukuka aykırı bir fiille ve rızası olmadan bu hâkimiyeti dilediği şekilde kullanması engellenmekte ya da güçleştirilmektedir.⁵⁰ Bir kimsenin malının çalınması gasp iken malına zarar verilmesi saldırıdır.⁵¹ Bir kimsenin zorla ya da gizlice montunun elinden alınması gasp iken, montunun üzerine boya sürülmesi saldırıdır.⁵² Yine bir kimsenin gözlüğünün çalınması gasp iken, gözlüğün camlarının kırılması saldırıdır.⁵³ Benzer şekilde, bir kimsenin çantası sırtından çekiştirilip alınmışsa gasp, sırt çantası bıçakla kesilmişse saldırı söz konusudur.⁵⁴

Hem gasp hem de saldırı eylemleri bakımından failin kusurlu ya da kötü niyetli olup olmadığı önem taşımaz.⁵⁵ Aynı esas zarar bakımından da geçerlidir, zira gasp ve saldırı sonucu bir zarar oluşması aranmaz.⁵⁶ Ancak zilyetliğin ihlâli dolayısıyla bir zarar oluşmuşsa bunun tazmini için Türk Borçlar Kanunu⁵⁷ (TBK) m. 49 vd. hükümleri uyarınca tazminat davası açılabilir.⁵⁸ Gasp ya da saldırı eylemini gerçekleştiren failin bunu yaparken

⁴⁸ Reisoğlu, s. 47; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 180; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 102; Sirmen, s. 67; Antalya/Topuz, s. 303; Ayan, s. 109; Esener/Güven, s. 77; Nomer/Ergüne, s. 55; Ertaş, s. 46.

⁴⁹ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 180; Akipek, s. 230.

⁵⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 102; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 180; Sirmen, s. 67-68; Ünal/Başpınar, s. 176-177; Antalya/Topuz, s. 303; Ayan, s. 108; Esener/Güven, s. 77; Nomer/Ergüne, s. 55; Ertaş, s. 47.

⁵¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 82; Sirmen, s. 68; Ünal/Başpınar, s. 176.

⁵² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 103; Ünal/Başpınar, s. 176.

⁵³ Bkz. Ayan, s. 108. Bir kimsenin arabasının çalınması gasp iken, kaputunun çizilmesinin saldırı olduğu yönünde bkz. Rostill, s. 101.

⁵⁴ Taşınmaz bakımından ise bir kimsenin arazisine gecekondunun yapılması gasp iken, oraya çöp boşaltılmasının saldırı olduğu yönünde bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 103. Benzer örnek için bkz. Sirmen, s. 68; Nomer/Ergüne, s. 55.

⁵⁵ Reisoğlu, s. 47; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 104; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 82; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 180; Akipek, s. 231; Sirmen, s. 68; Ünal/Başpınar, s. 177; Antalya/Topuz, s. 301-302; Ayan, s. 110.

⁵⁶ Reisoğlu, s. 47; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 82; Sirmen, s. 68; Ünal/Başpınar, s. 177; Ayan, s. 110.

⁵⁷ RG 04.02.2011/27836.

⁵⁸ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 180.

eşyanın kendisine ait olduğunu zannetmesi de onu sorumluluktan kurtarmaz.⁵⁹ Diğer yandan, bir kimse TMK m. 740, 751-752 ile TBK m. 63 ve 64/III'teki gibi kanunun tanıdığı bir yetkiye dayanarak başkasının zilyetliğine müdahale etmişse, burada saldırı söz konusu olmaz.⁶⁰ Zilyet rıza gösterdiği için zilyetliğine müdahale ediliyorsa bu müdahale de gasp ve saldırı oluşturmaz. Rıza açık ya da örtülü olarak verilebilir ve her zaman geri alınabilir.⁶¹

Hangi hallerde rızanın gasp veya saldırı eyleminin oluşumunu engellediği ise doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş rızanın geçerli olmasını aramakta ve sınırlı fiil ehliyeti olan kişilerin (eş deyişle temyiz kudretine sahip küçük veya kısıtlıların) veya özellikle hile ve tehdit olmak üzere iradeyi sakatlayan etkiler altındaki kişilerin rızalarının müdahaleyi gasp ya da saldırı olmaktan çıkarmayacağını savunmaktadır. Bu görüş uyarınca hata, TBK m. 34'e göre zilyedin kuvvet kullanmasını engelleyebilir.⁶² Bizce de isabetli olan diğer görüş ise zilyedin rızasının bir hukukî işlem olmadığından bahisle küçüğün veya kısıtlının ayırt etme gücüne sahip olmasının yeterli olduğunu, tam fiil ehliyetine sahip olmanın gerekmediğini ve irade sakatlıkları bakımından da yalnızca tehdidin varlığı halinde rızanın bulunduğu kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir.⁶³ Ayrıca eşya üzerinde dereceli bir zilyetlik varsa, zilyetlerden birinin eyleme rıza göstermesi bu eylemi saldırı olmaktan çıkarmaz ve rızası olmayan diğer zilyet kendisine tanınan zilyetliği koruma imkânlarından yararlanabilir.⁶⁴

III. ZİLYETLİĞİ KORUMA YOLLARI

A. Zilyedin Savunma (Kuvvet Kullanma) Hakkı

1. Savunma Hakkının Kapsamı

Zilyetliğin ihlallere karşı kuvvet kullanmak suretiyle savunulması TMK

⁵⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 104; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 82; Ünal/Başpınar, s. 177; Ayan, s. 110.

⁶⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 82; Sirmen, s. 68. Aynı yönde bkz. Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 181.

⁶¹ Antalya/Topuz, s. 306.

⁶² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 82. Aynı yönde, Ünal/Başpınar, s. 179.

⁶³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 103; Sirmen, s. 68. Aynı yönde, Antalya/Topuz, s. 306.

⁶⁴ Kemal T. Gürsoy/Fikret Eren/Erol Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984, s. 105.

m. 981'de düzenlenmiştir.⁶⁵ Bu hükmün ilk fıkrası “*Zilyet, her türlü gasp veya saldırıyı kuvvet kullanarak defedebilir.*” şeklindeyken ikinci fıkrası da “*Zilyet, rızası dışında kendisinden alınan şeyi taşınmazlarda el koyanı kovarak, taşınırlarda ise eylem sırasında veya kaçarken yakalananın elinden alarak zilyetliğini koruyabilir. Ancak, zilyet durumun haklı göstermediği derecede kuvvet kullanmaktan kaçınmak zorundadır.*” şeklindedir. TMK m. 981, sorumluluk kenar başlığını taşıyan TBK m. 64/I'deki haklı savunma imkânının özel bir uygulamasını oluşturmaktadır.⁶⁶ TMK m. 981/I meşru (haklı) savunmanın ve TMK m. 981/II de kendiliğinden hak almanın özel bir uygulaması olup zilyede eşyaya yapılan saldırılara karşı bir savunma hakkı tanımaktadır. Bu savunma hakkı sayesinde zilyedin, zilyetliğine yönelik saldırılan bizzat önlemesi ya da haklı bir sebep ve rızası olmadan elinden alınmış olan eşya üzerindeki zilyetliğini zor kullanarak yeniden kurması mümkün olmaktadır.⁶⁷ Hatta bu hakkını kullanırken zilyet, zilyetliğini ihlâl etmiş olanın eşyasına veya kişiliğine verdiği zararlardan da sorumlu tutulmaz

⁶⁵ TMK m. 981'in madde gerekçesi “*Yürürlükteki Kanununun 894 üncü maddesini karşılamak-tadır. Ancak ikinci fıkrada “şiddetle veya hafiyen kendisinden alınan” ifadesi yerine “rı-zası dışında kendisinden alınan” ifadesinin kullanılması uygun görülmüş, “cürmü meşhut hâlinde tutulan” biçimindeki ifadenin ceza hukukunun suçüstü kavramı ile karıştırılmasını önlemek için, “eylem sırasında veya kaç arken” ifadesine yer verilmiş, “ahvalin haklı gös-termediği cebir ve şiddet kullanmak” ifadesi yerine de, kaynak İsviçre Medeni Kanununun 926 ncı maddesinin üçüncü fıkrasının ifadesi de dikkate alınarak “durumun haklı gösterme-diği derecede kuvvet kullanmak” ifadesinin kullanılması uygun görülmüştür.*” şeklindedir. TMK Madde Gerekçeleri: <<http://www.tuerkei-recht.de/downloads/zgb-alp-amtl-begr.pdf>> Erişim Tarihi 10 Kasım 2021. Mehaz İsviçre Medeni Kanunu'nda (İMK) TMK m. 981'in karşılığı olan Art. 926 ise “*Zilyet, zilyetliğine yapılan her türlü haksız müdahaleyi kuvvet kullanarak defedebilir.*”

Zilyet, zorla veya gizlice kendisinden alınan şeyi taşınmazlarda el koyanı kovarak, taşınır-larda ise eylem sırasında veya kaçarken yakalananın elinden alarak zilyetliğini koruyabilir. Ancak zilyet durumun haklı göstermediği derecede kuvvet kullanmaktan kaçınmak zorun-dadır.” şeklindedir, bkz. <https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/20180101/en/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-24-233_245_233-20180101-en-pdf-a.pdf> Erişim Tarihi 10 Kasım 2021.

⁶⁶ Reisoğlu, s. 47; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 104; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 181; Sirmen, s. 68; Ünal/Başpınar, s. 173; Aybay/Hatemi, s. 50; Antalya/Topuz, s. 312; Erman, s. 18.

⁶⁷ Reisoğlu, s. 47; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 181-182; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 109; Saymen/Elbir, s. 84-85; Ayan, s. 114; Ünal/Başpınar, s. 181.

(TBK m. 64, Türk Ceza Kanunu⁶⁸ (TCK) m. 25⁶⁹).⁷⁰ Gerçekten de TBK m. 64/I “*Haklı savunmada bulunan, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.*” şeklindedir. TBK m. 64, haklı savunma için haklı savunmada bulunanın veya başkasının açık ya da yakın bir zarara uğrama tehlikesi altında olmasını ararken, TMK m. 981/I kapsamında böyle bir koşul da aranmamaktadır.⁷¹

Mevcut zilyetliğin savunulmasına, ihlâlinin önlenmesine ve gerçekleşen ihlâl durumunun bertaraf edilmesine hizmet eden savunma hakkı nitelik itibarıyla meşru savunma ve kendiliğinden hak alma kapsamında değerlendirilir ve kullanılması da o hakların tabi olduğu koşullar uyarınca olur.⁷² Zilyetliği ihlâl edilen zilyedin öncelikle faille uzlaşma yolunu denemesi,⁷³ faille sözleşme engelleme çalışması beklenir. Buna rağmen ihlâl devam ediyorsa zilyet, kuvvet kullanarak ihlâli önlemeye çalışır.⁷⁴ Örneğin, zilyedin bisikletini çalmaya çalışan kişiyle uzlaşamayınca ona göz yaşartıcı gaz sıkması ihlâli kuvvet kullanarak önlemesidir.⁷⁵

Savunma hakkı tanırken TMK m. 981/I, zilyetliği ihlâl eden fiillerin devam etmekte olduğunu, sona ermediğini öngörmektedir.⁷⁶ Kural olarak, kuvvet kullanarak gasp ve saldırı fiillerine karşı koymak, bu fiillerin tamamlanmasına kadar mümkündür. Dolayısıyla, gasp ve saldırı fiilleri

⁶⁸ RG 12.10.2004/25611.

⁶⁹ Meşru savunma ve zorunluluk hali kenar başlığını taşıyan TCK m. 25 “(1) *Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faille ceza verilmez.*

(2) *Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faille ceza verilmez.*” şeklindedir.

⁷⁰ Reisoğlu, s. 47; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 181-182; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 109; Saymen/Elbir, s. 84-85; Ayan, s. 114; Ünal/Başpınar, s. 181.

⁷¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 104; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 181; Sirmen, s. 68; Serozan, s. 141; Ünal/Başpınar, s. 173; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 266; Antalya/Topuz, s. 312.

⁷² Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 182. Aynı yönde, Serozan, s. 140.

⁷³ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 105.

⁷⁴ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 182.

⁷⁵ Bkz. Serozan, s. 141.

⁷⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 104; Antalya/Topuz, s. 313; Ayan, s. 110.

tamamlanmışsa kuvvet kullanarak bu fiillere karşı konulamayacaktır.⁷⁷ Aynı şekilde, henüz gerçekleşmemiş ama gerçekleşmesi muhtemel zilyetliği ihlâl fiilleri de TMK m. 981/I'ın kapsamına girmemektedir. Ancak bu, gelecekte gerçekleşme olasılığı çok kuvvetle muhtemel olan gasp veya saldırı fiillerine karşı zilyedin gerekli önlemleri almasına imkân verilmeyeceği anlamına gelmemektedir.⁷⁸ Yalnızca önceden alınacak önlemler, durumun gerektirdiği ölçüyü aşacak olursa TMK m. 981/I'ın kapsamı dışına çıkmış olur.⁷⁹

Gasp fiili tamamlandığında TMK m. 981/II taşınırın zilyedine savunma hakkının sınırlarını aşan bir imkân daha vermiş⁸⁰ ve aradan zaman geçmemiş olmak kaydıyla derhal kuvvet kullanarak malını geri alabilmesini sağlamıştır.⁸¹ Gasıba karşı bu hakkın kullanılabilmesini kanun koyucu, gasp fiili ile savunma hakkı arasında zaman bakımından az çok bir yakınlık olması şartına bağlamıştır.⁸² Böylece zilyetliği ihlâl edilen kimsenin bu hakkını kullanabilmesi için ihlâl gerçekleşir gerçekleşmez, derhal harekete geçmesi gerekmektedir. Zira TMK m. 981/II, taşınırlar bakımından şeyin eylem sırasında (suçüstü) veya kaçarken yakalananın elinden alınmasını şart koşmuştur.⁸³ Zilyet gasp edilen eşyasını geri alabilmek amacıyla eşyayı alıp kaçanı kovalayabilir ya da takip edebilir.⁸⁴ Taşınmazlar bakımından ise el koyan derhal taşınmazdan kovulabilir.⁸⁵ Şayet gasıp taşınmazdan çıkmamakta direnirse, zilyedin onu zorla çıkarması ve ona karşı kuvvet kullanması da mümkündür.⁸⁶ Somut olayın koşullarını dikkate alarak hâkim, TMK m. 4 uyarınca objektif biçimde kuvvet kullanmanın ihlâlden hemen sonra olup olmadığını takdir eder.⁸⁷ Zilyet, ihlâl fiili tamamlandıktan uzun süre sonra geri almayı başlı başına bağımsız bir

⁷⁷ Sirmen, s. 68; Ünal/Başpınar, s. 179-180.

⁷⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 104; Ünal/Başpınar, s. 180.

⁷⁹ Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop Altop, s. 104; Ünal/Başpınar, s. 180.

⁸⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop Altop, s. 105; Sirmen, s. 68; Ünal/Başpınar, s. 180.

⁸¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 83; Saymen/Elbir, s. 84; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 100; Ayan, s. 112; Doğanay, s. 482; Erman, s. 18.

⁸² Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 182; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop Altop, s. 106; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 107; Antalya/Topuz, s. 313; Esener/Güven, s. 79; Nomer/Ergüne, s. 56.

⁸³ Reisoğlu, s. 49; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 107; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 83; Sirmen, s. 68; Ayan, s. 112.

⁸⁴ Reisoğlu, s. 49; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 182.

⁸⁵ Reisoğlu, s. 49; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 83; Sirmen, s. 68.

⁸⁶ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 182.

⁸⁷ Antalya/Topuz, s. 313-314; Ayan, s. 113.

fiil, saldırı gibi gösterecek kadar zaman geçtiğinde kuvvet kullanma hakkını kaybeder,⁸⁸ onun artık dava yoluyla hakkını araması gerekir.⁸⁹ Bu da zilyetliğin toplumsal düzen ve barışı koruma fonksiyonuyla uyumludur.

Savunma hakkının sınırını ise TMK m. 981/II'nin son cümlesi çizmektedir. Buna göre, zilyedin ancak zilyetliğini korumak için gerekli olan ölçüde kuvvet kullanması gerekmektedir.⁹⁰ Kökenini kamu hukukundan alan ölçülülük ilkesi, kuvvet kullanmaya son çare olarak başvurulması gerektiğini göstermektedir.⁹¹ Bu kapsamda, zilyetliğin korunması için gerekli olan ölçü objektif olarak ve zilyetliğe yönelen ihlâl fiilinin işleniş biçimine, eşyaların değeriyle bulunduğu yere göre belirlenir.⁹² Zilyedin durumun haklı göstermediği cebir ve şiddete başvurmaması beklenir.⁹³ Zilyet fiilî hâkimiyetini tekrar sağlamaya yetecek ölçüde kuvvet kullanılmalı, bu amaçla seçeceği araç da saldırganca en az zarar verecek olan araç olmalıdır.⁹⁴ Kuvvet kullanmak suretiyle elde edilecek fayda ile faile verilecek zarar karşılaştırıldığında makul ölçünün aşılmadığının tespit edilmesi gerekir.⁹⁵ Durumun haklı göstermediği ölçüde kuvvet kullanılması, savunma hakkının sınırlarının aşılarak haksız fiil işlenmesi anlamına gelir ki bu halde zilyedin bu yüzden faile vermiş olduğu zararları tazmin etmesi gerekir.⁹⁶ Örneğin, bisikletinin tekerleklerini sökmeye çalışan kimseleri kovalamak savunma hakkının kapsamına girerken, bu kimseleri kesici aletlerle yaralamak savunma hakkının ölçüsünü aşar.⁹⁷ Ancak zilyet ne ölçüde kuvvet kullanırsa kullansın fiilî hâkimiyetinin tamamını tekrar elde edemeyeceğini öngörüyorsa zilyetliğini davayla koruma yoluna gitmelidir.⁹⁸

⁸⁸ Reisoğlu, s. 49; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop Altop, s. 106; Sirmen, s. 69; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 183; Antalya/Topuz, s. 313; Ayan, s. 113.

⁸⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 107; Sirmen, s. 68-69; Antalya/Topuz, s. 313; Ayan, s. 113.

⁹⁰ Reisoğlu, s. 49; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 183; Serozan, s. 141.

⁹¹ Serozan, s. 141; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 266.

⁹² Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 183.

⁹³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 84; Sirmen, s. 69; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 183; Ünal/Başpınar, s. 180; Ayan, s. 113.

⁹⁴ Antalya/Topuz, s. 314-315.

⁹⁵ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 106.

⁹⁶ Reisoğlu, s. 50; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 183; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 109; Antalya/Topuz, s. 316.

⁹⁷ Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 84; Sirmen, s. 69; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 183; Antalya/Topuz, s. 316; Ayan, s. 114.

⁹⁸ Antalya/Topuz, s. 315.

2. Savunma Hakkından Yararlananlar

Her türden zilyet TMK m. 981 kapsamında tanınan saldırı hakkından yararlanabilir. Hem asli ve fer'i zilyetler, hem birlikte zilyetler, hem haklı ve haksız zilyetler, hem de dolaylı veya dolaysız zilyetler savunma hakkına sahiptir.⁹⁹ Dolayısıyla, bir mala birlikte veya elbirliğiyle zilyet olanlardan her birinin o malın gasp edilmesi veya saldırıya uğraması halinde bu fiilleri savuşturmak için kuvvet kullanması mümkündür.¹⁰⁰ Birlikte zilyetlerin kuvvet kullanmak için birlikte hareket etmelerine gerek yoktur.¹⁰¹ Birlikte zilyetlerden her biri, diğerinin ihlâl eylemine karşı da kuvvet kullanabilir.¹⁰²

Kuvvet kullanma, gasp veya saldırı anında ya da gasp fiili tamamlandıktan sonra derhal mümkün olabileceğinden, bu haktan esas itibarıyla yararlanabilecek olanlar dolaysız zilyetlerdir.¹⁰³ Dolaylı zilyetler de dolaysız zilyet tarafından gerçekleştirilen savunmadan dolayısıyla yararlanmış olurlar.¹⁰⁴ Dolaysız zilyedin, hak durumu da zilyetlik sıfatı da bu konuda önemli olmadığı gibi dolaysız fer'i zilyedin, dolaylı asli zilyet tarafından yapılacak ihlalleri de kuvvet kullanarak defetmesi mümkündür.¹⁰⁵ Örneğin, sınırlı bir aynı hakka istinaden malı elinde bulunduran dolaysız zilyetten malik bu malı almak istese dolaysız zilyet kuvvet kullanarak bu saldırıyı bertaraf edebilir. Hatta dolaylı zilyet olan malik, üçüncü bir kişinin dolaysız zilyedin zilyetliğine müdahalesine rıza gösterse de durum değişmez, dolaysız zilyet yine kuvvet kullanmak suretiyle saldırıyı savuşturabilir.¹⁰⁶ Tam tersi de geçerlidir, dolaysız zilyet ihlâl razı olsa da dolaylı zilyet zilyetliğini koruyabilir.¹⁰⁷ Ancak dolaylı

⁹⁹ Ünal/Başpınar, s. 174; Antalya/Topuz, s. 307. Aynı yönde, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 107.

¹⁰⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 107; Antalya/Topuz, s. 310; Ayan, s. 111.

¹⁰¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 107; Ayan, s. 111.

¹⁰² Serozan, s. 142; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 266; Antalya/Topuz, s. 310; Nomer/Ergüne, s. 56.

¹⁰³ Reisoğlu, s. 48; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 82; Sirmen, s. 69; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 181; Akipek, s. 231; Ünal/Başpınar, s. 174; Antalya/Topuz, s. 316; Ayan, s. 111; Nomer/Ergüne, s. 56.

¹⁰⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 82-83; Ayan, s. 111.

¹⁰⁵ Reisoğlu, s. 48; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 108; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 83; Sirmen, s. 69; Serozan, s. 142; Ünal/Başpınar, s. 175.

¹⁰⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 83; Sirmen, s. 69; Antalya/Topuz, s. 309.

¹⁰⁷ Antalya/Topuz, s. 308.

zilyedin dolaysız zilyede karşı kuvvet kullanması mümkün değildir.¹⁰⁸ Dolaylı zilyedin saldırının gerçekleştiği anda orada olması kendisinin de saldırana karşı şahsen kuvvet kullanmasına imkân tanır,¹⁰⁹ zira saldırı dolaylı zilyedin de zilyetliğini ihlâl etmektedir.¹¹⁰ Başkası için zilyet olanların, aracılık ettikleri kişiler adına savunma hakkını kullanmaları mümkünken,¹¹¹ zilyet yardımcılarının ancak genel haklı savunma (meşru müdafaa) hükmünden (TBK m. 64) yararlanmaları mümkündür.¹¹² Kuvvet kullanılacak olan taraf ise gaspı ya da saldırıyı gerçekleştiren kişidir, ihlâl eylemi sırasında veya hemen sonrasında müdahale etmek gerektiği için failin külli ya da cüz'i haleflerine karşı kuvvet kullanılamaz.¹¹³ Kuvvet kullanmak suretiyle gasp veya saldırıyı defeden zilyet, söz konusu hukuka aykırı fiiller dolayısıyla zarara uğradıysa onun tazminini de TBK m. 49 vd. veya m. 112 kapsamında talep edebilir.¹¹⁴

B. Zilyetlik Davaları

1. Zilyetlik Davalarının Niteliği ve Amacı

Zilyetliği gasp edilen veya saldırıya uğrayan zilyet, TMK m. 981'de yer alan kuvvet kullanma imkânından yararlanamamış ya da yararlanmak istememiş zilyetliğini korumak için elinde halâ bir olanak vardır, o da dava yoluyla korumadır.¹¹⁵ Eşya üzerindeki fiilî hâkimiyete yönelmiş ihlâllerin mahkeme kararıyla ortadan kaldırılmasını sağlayan zilyedin açacağı davalara 'zilyetlik davaları' denilmektedir.¹¹⁶ TMK m. 982-984 arasındaki maddelerde düzenlenen zilyetlik davaları, zilyedi her türlü gasp ve saldırı fiiline karşı koruyan davalardır. Davalar, haklı bir sebep olmadan veya rızası hilafına zilyedin fiilî hâkimiyetinden çıkarılan eşyanın kendisine geri verilmesini veya

¹⁰⁸ Serozan, s. 142; Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 266.

¹⁰⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 83; Sirmen, s. 69; Ünal/Başpınar, s. 175; Nomer/Ergüne, s. 56.

¹¹⁰ Sirmen, s. 69, dn. 96.

¹¹¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 83; Sirmen, s. 69; Ayan, s. 111.

¹¹² Reisoğlu, s. 48; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 83; Sirmen, s. 69; Ünal/Başpınar, s. 175; Aybay/Hatemi, s. 60; Ayan, s. 111.

¹¹³ Antalya/Topuz, s. 318.

¹¹⁴ Nomer/Ergüne, s. 57.

¹¹⁵ Reisoğlu, s. 50; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 111; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 84; Nomer/Ergüne, s. 57.

¹¹⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop Altop, s. 111; Ertaş, s. 48.

zilyetliğe yönelen saldırının önlenmesini ya da sona erdirilmesini sağlar.¹¹⁷

Zilyetlik davalarıyla korunan yalnızca zilyetliktir. O yüzden zilyetlik davalarında zilyedin zilyet olma hususunda aynı veya kişisel bir hakka sahip olup olmadığı araştırılmadığı gibi zilyetliği nasıl ele geçirdiğine ya da zilyetliğin dayanağına bakılmaz.¹¹⁸ Bu davalarla amaçlanan fiilî durum olan zilyetliğin korunması olduğundan taraflar arasında zilyet olma yetkisini veren hak ve bu hakkın mahiyetinden doğan anlaşmazlıklar çözümlenmez.¹¹⁹ Zilyet olma yetkisini veren hakla ilgili anlaşmazlıklar, zilyetlik davasından sonra istihkak (TMK m. 683/II) veya taşınır davası (TMK m. 989) açmak suretiyle giderilebilir.¹²⁰ Dolayısıyla, hırsız dahi şey üzerindeki fiilî hâkimiyetinin ihlâl edildiğini ileri sürerek zilyetlik davası açabilir, davalı da o şeyin maliki, eş deyişle, gerçek hak sahibi olabilir.¹²¹

Zilyetlik davalarında, kimin hakka dayanan zilyet, kimin haksız zilyet olduğuyula ilgilenilmediğinden zilyetliği ihlâl edilen davacının hâlihazır zilyet olması yeterlidir.¹²² O yüzden de hak sahibi olmayan zilyedi dahi koruyan zilyetlik davaları sonucu verilen hükmün tek işlevi eski zilyetlik durumunu yeniden kurmaktır. Yoksa gasp edilen malın davacıya (örneğin

¹¹⁷ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 183.

¹¹⁸ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 183-184; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 112; Serozan, s. 143; Ünal/Başpınar, s. 197; Antalya/Topuz, s. 321; Erman, s. 19; Ertaş, s. 48. “*Dava dilekçesindeki açıklamalar ve hukuki nitelendirmeye göre istek TMK’nın 981-984. maddelerine dayalı zilyetliğin korunması talebine ilişkindir. Yargıtay İctihadi Birleştirme Kurulunun 09.10.1946 tarih, 1946/6 Esas, 1946/12 sayılı kararında aynen “...MK. 896. (TMK.983) madde uyarınca bir taşınmazda zilyetliği tecavüze uğrayan kimsenin bu hakkının korunması için açacağı davada; şeye malik olduğunu veya zilyetlik hakkını beyana lüzum olmadan sadece zilyetlik sıfatını değiştirerek tecavüzü ispat etmesi yeter. Bu halde hakim, yalnız davacının gerçek ise, zilyetlik halini tespit ederek tecavüzün önlenmesine karar verir. Bu karar zilyetlik konusunda kesin hüküm meydana getirmez. Zilyede mülkiyet hakkı vermez ve diğer tarafa mülkiyet iddiasıyla yetkili mercilerde başkaca dava açmak hakkına dokunmaz...” denilmektedir.*” Y. 8.HD, T. 9.01.2012, E. 2011/1968, K. 2012/165 (Legalbank). “[Z]ilyetlik hukukun korunan eylemli bir durum olduğuna göre, bu durumun bir hakka dayanıp dayanmaması önemli değildir. Zilyetliğin hukuki fonksiyonlarından birisi de, fiili durumun başkaları tarafından keyfi olarak bozulmasını önlemektir. Burada kişilerin kendi haklarını kanun yolları dışında bizzat almaya kalkışmalarından doğacak sakıncalar bu suretle önlenmek istenilmisti[r].” Y. HGK, T. 30.10.2013, E. 2013/8-1363, K. 2013/1507 (Legalbank).

¹¹⁹ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 183-184.

¹²⁰ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 183-184; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 85; Sirmen, s. 70.

¹²¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop Alttop, s. 112; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 85; Sirmen, s. 70.

¹²² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 112.

hırsıza) geri verilmesine ya da saldırının sona erdirilmesine ilişkin hüküm, davalının (örneğin gerçek hak sahibinin) söz konusu mal üzerinde bir hakkı bulunmadığını tespit etmez.¹²³ Sonuç olarak, zilyetlik davalarını ikiye ayırarak incelemek mümkündür. Malın gasp edilmesi halinde söz konusu malı gasıptan geri almayı sağlayan geri verme davası¹²⁴ (TMK m. 982) açmak mümkünken, mala yapılan saldırıları önlemek amacıyla saldırının sona erdirilmesi ya da yapılması muhtemel saldırıları önlemek amacıyla saldırı sebebinin önlenmesi davalarını (TMK m. 983) açmak mümkündür. Her iki zilyetliği ihlâl durumunda da zilyetliği ihlâl edilen kişi bu yüzden zarara uğradıysa tazminat da talep edebilir (TMK m. 982-983).

2. Zilyetliğin Gaspı Halinde Açılacak Davalar

a. Geri verme davası

(1) Geri verme davasının konusu

Zilyetliğin gaspından doğan dava hakkını düzenleyen TMK m. 982'nin ilk fıkrası başkasının zilyet bulunduğu bir şeyi gasp eden kimsenin o şey üzerinde üstün bir hakka sahip olduğunu iddia etse bile onu geri vermekle yükümlü bulunduğunu, üçüncü fıkrası ise davanın konusunun şeyin geri verilmesi ve zararın giderilmesi olduğunu düzenlemektedir.¹²⁵ Geri verme davasının amacı, haklı bir sebep olmadan zilyedin zilyetliğinden çıkarılmış olan eşyanın tekrar onun fiilî hâkimiyeti altına sokulmasıdır.¹²⁶ O yüzden de geri verme davasının açılabilmesi için gasp fiilini gerçekleştiren davalının kusurlu olması gerekmediği¹²⁷ gibi davacının kendisinin zilyet olma hususunda

¹²³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 112; Ünal/Başpınar, s. 198.

¹²⁴ Buna 'yeddin iadesi davası' da denildiği yönünde bkz. Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 184; Ertaş, s. 49. Bu davaya 'şeyin geri verilmesi davası' denildiği yönünde Gürsoy/Eren/Cansel, s. 101. Bu davanın 'iade davası' olarak da adlandırıldığı yönünde bkz. Saymen/Elbir, s. 89. Yine bu davaya 'istirdat davası' denildiği yönünde Ayan, s. 118.

¹²⁵ TMK m. 982, İMK Art. 927'in aynen çevirisidir. TMK m. 982'nin madde gerekçesi "Yürürlükteki Kanunun 895 inci maddesini karşılamaktadır. Hüküm değişikliği yoktur. Ancak kaynak Kanunun 927 nci maddesi dikkate alınarak madde üç fıkra hâlinde düzenlenmiş ve maddenin "Yeddin iadesi" şeklindeki kenar başlığı, içeriğe uygun olarak "Zilyetliğin gasbında dava hakkı" şeklinde değiştirilmiştir." şeklindedir.

¹²⁶ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 184; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp Altıp, s. 113. TMK m. 981'de yer verilmediği için artık eylemin zorla ya da gizlice olması gerekmediği yönünde bkz. Antalya/Topuz, s. 324; Ertaş, s. 47.

¹²⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 86; Sirmen, s. 72; Esener/Güven, s. 81; Ayan, s. 120; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 101; Ertaş, s. 47.

bir hakkı olduğunu iddia ve ispat etmesi de gerekmez.¹²⁸

Davacının haksız zilyet olması da zilyetliği gasp edenin bu fiili hakkını elde etmek için yapmış olması da davayı etkilemediğinden¹²⁹ geri verme davasında davacının, gasp gerçekleşmeden önce malın zilyedi bulunduğunu ve gasıbın bu malı gasp ettiğini, eş deyişle failin haksız olarak ya da kendisinin rızası olmadan malı alıp götürdüğünü ispat etmesi aranır.¹³⁰ Davacı bu iki iddiayı ispat ettiğinde gasıbın (davalının) o mal üzerinde üstün bir hakka sahip olduğuna ve o yüzden gaspın meşru sayılması gerektiğine ilişkin savunması TMK m. 982/I gereği onu malı geri vermekten kurtarmaz.¹³¹ Geri verme davası zilyetliğin dayanağını ispat üzerine kurulu olmadığından, davalının kendisine zilyet olma yetkisi veren bir hakkı bulunduğuna ilişkin iddiası dinlenmez.¹³² Davalının yapabileceği savunma, eşyayı gasp etmediği, davacının, iddiasının aksine, eşyaya zilyet olmasına bizzat davacının rıza gösterdiği veya davacının aslında eşyanın zilyedi olmadığı olabilir.¹³³

Dolayısıyla, TMK m. 982/I uyarınca şayet asli zilyet, fer'i zilyedin elinden malı zorla alırsa, fer'i zilyet geri verme davası açarak malın kendisine iadesini sağlayabilir.¹³⁴ Örneğin, asli zilyet maliki olduğu pul koleksiyonunu bir haftalığına fer'i zilyede ödünç olarak vermiş ve bir hafta sonunda koleksiyon kendisine iade edilmediğinde fer'i zilyedin evine giderek koleksiyonunu onun rızası olmaksızın almışsa (gasp etmişse), fer'i zilyedin asli zilyede karşı geri verme davası açması mümkündür. Bu davada asli zilyedin koleksiyonun maliki olması onu koleksiyonu fer'i zilyede geri vermekten kurtarmaz.¹³⁵ Bu da demektir ki malın önceki zilyedi malını hâlihazır zilyet olan hırsızdan onun rızası olmaksızın almış, gasp etmişse hırsız önceki zilyede karşı geri verme davası açabilir ve TMK m. 982/I gereği önceki zilyet – üstün hakka

¹²⁸ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 186; Ünal/Başpınar, s. 202.

¹²⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 85.

¹³⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 113; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 186; Sirmen, s. 70; Ünal/Başpınar, s. 202; Aybay/Hatemi, s. 53.

¹³¹ Reisoğlu, s. 51; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 113; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 85; Sirmen, s. 70.

¹³² Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 187.

¹³³ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 187.

¹³⁴ Reisoğlu, s. 50; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 114.

¹³⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 114. Aynı yönde, Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 186.

sahip olsa bile – malı hırsıza iade etmek durumunda kalır.¹³⁶ Zira davalı, geri vermesi istenen eşya üzerinde üstün bir hakka sahip olsa da hakka dayanan bu zilyetliği hukuka uygun olmayan araçlarla temin ederek toplumdaki düzeni, güveni, dirlik ve barışı bozmuştur. O yüzden de hukuka aykırı bir fiille elde edilen eşyanın geri verilmesi gerekmektedir. Bu yolla kanun koyucu gasp eyleminin bozduğu toplum düzenini, huzur ve barışı yeniden tesis etmeyi amaçlamaktadır. Bir zilyetlik davası olan geri verme davasının özünde, zilyetliğin çiğnenmesinden önceki durumun yeniden inşası yatmaktadır.¹³⁷

Ancak usul ekonomisini gözeten kanun koyucu TMK m. 982/I'e aynı maddenin ikinci fıkrasında bir istisna getirmiştir.¹³⁸ TMK m. 982/II davalının o şeyi davacıdan geri almasını gerektirecek üstün bir hakka sahip olduğunu derhal ispat etmesi halinde onu geri vermekten kaçınabileceğini hüküm altına almaktadır.¹³⁹ Üstün hak “[z]ilyet olma hususunda bir kişiye bir başkasına oranla daha üstün yetkiler veren, kendisinin ona yeğlenerek zilyet olmasını sağlayan ha[k]” olarak tanımlanmaktadır.¹⁴⁰ Üstün hakkın mutlaka bir aynı hak olması gerekmediği için malın gasıpta kalmasını haklı kılan bir kişisel hak olması da mümkündür.¹⁴¹ Dolayısıyla, gasp fiilini işleyen davalı, mal üzerinde bunun kendisinde kalmasını gerektiren bir üstün hakka sahip olduğunu iddia eder etmez bu iddiayı ispat edebilirse, malı davacıya geri vermekten kurtulur.¹⁴² Örneğin, (A) kendisinden çalınan otomobilini hırsız (H)'de görüp zorla alsın, sonra (H) zilyetliğine dayanarak TMK m. 982 uyarınca geri verme davası açsa, (A) hemen otomobilin kendisine ait olduğunu kanıtlayan ruhsatı gösterebilirse otomobili geri vermekten kurtulur.¹⁴³ Zira TMK m.

¹³⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 114; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 85; Sirmen, s. 70; Antalya/Topuz, s. 328; Saymen/Elbir, s. 89-90; Ayan, s. 118; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 187; Esener/Güven, s. 82.

¹³⁷ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 187.

¹³⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 85; Serozan, s. 143; Aybay/Hatemi, s. 53.

¹³⁹ Reisoğlu, s. 51; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 114-115; Ünal/Başpınar, s. 203; Antalya/Topuz, s. 329.

¹⁴⁰ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 187.

¹⁴¹ Sirmen, s. 70-71.

¹⁴² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 114-115.

¹⁴³ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 187; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 85; Ayan, s. 119. Bu bağlamda verilen bir diğer örnek de (A)'nın bir süre önce elinden çıkan kitabını (B)'nin evinde görüp almasıdır. (B)'nin açtığı geri verme davasında (A) kitabın ilk sayfasında kitabın kendisine hediye edildiğini gösteren yazıyı mahkemeye sunarak kitabı iade etmekten kurtulur, Esener/Güven, s. 82.

982/II, davalının üstün hakkını açık bir biçimde mahkemeye bildirmesini ve yargılamanın gecikmesine sebebiyet vermeyecek şekilde bu hakkını hemen kanıtlamasını aramaktadır.¹⁴⁴ Şayet (A) üstün hakkını hemen ispatlayamaz da delil getirmek için süre isterse, bu talebi dinlenmez ve otomobili hırsıza geri verir. (A) otomobili hırsıza geri vermek durumunda kaldığında otomobilini geri almak için artık elinde üç seçenek vardır. Bunlar mülkiyet iddiasına dayalı istihkak davası açmak, hak karinesine dayalı taşınır davası açmak¹⁴⁵ ve davacı ile aralarındaki hukuki ilişkiden doğan dava hakkını kullanmaktır.¹⁴⁶

(2) Geri verme davasının tarafları

Geri verme davasında davacı kendisine zilyetlik sıfatı tanınan herkes olabilir, eş deyişle asli veya fer'i, dolaylı veya dolaysız, tek başına zilyet ya da birlikte zilyetlerden her birinin işbu davayı açması mümkündür.¹⁴⁷ Çift zilyetliğin söz konusu olduğu hallerde, davacı çoğu zaman dolaysız fer'i zilyet durumunda olan kişidir. Ancak eşyanın gaspı dolaylı zilyetliğin de ihlâl edildiği anlamına gelir, çünkü gasbın asıl iddiası eşyanın tek zilyedi olmaktır. O yüzden dolaylı zilyedin de davacı olabileceğini kabul etmek gerekir.¹⁴⁸ Örneğin, eşya kiracının elinden gasp edilmişse geri verme davasını dolaysız zilyet (kiracı) açabileceği gibi,¹⁴⁹ dolaylı (kiraya veren) ve dolaysız zilyetler birlikte de açabilirler¹⁵⁰ ya da yalnızca dolaylı zilyedin (kiraya verenin) açması da mümkündür.¹⁵¹

Davayı dolaylı asli zilyet açmışsa, eşyanın kendisine mi, yoksa dolaysız fer'i zilyede mi iadesini isteyeceği sorusunun cevaplanması gerekmektedir.¹⁵² Zira bu hususta TMK'da açık bir düzenleme yoktur, ancak BGB § 869 dolaylı zilyedin, eşyanın dolaysız fer'i zilyede iade edilmesini isteyeceğini, dolaysız fer'i zilyedin eşyayı geri almak istemediği veya geri alamayacağı hallerde,

¹⁴⁴ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 187.

¹⁴⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 85; Ünal/Başpınar, s. 203.

¹⁴⁶ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 188.

¹⁴⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 120; Sirmen, s. 71; Ertaş, s. 49.

¹⁴⁸ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 185.

¹⁴⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 85.

¹⁵⁰ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 185.

¹⁵¹ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 185; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 85.

¹⁵² Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 185; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 85; Ünal/Başpınar, s. 203; Antalya/Topuz, s. 325.

eşyanın kendisine geri verilmesini isteyeceğini düzenlenmiştir.¹⁵³ Bu kural, hukukumuzda da uygulanabilir,¹⁵⁴ zira zilyetliğe dayanan geri verme davasının amacı önceki zilyetlik durumunun (fiilî durumun) yeniden tesis edilmesidir.¹⁵⁵

Dolaylı zilyet, dolaysız zilyette bulunan eşyasını onun rızası olmadan hukuka aykırı bir fiille geri alırsa dolaysız zilyedin dolaylı zilyede karşı geri verme davası açması mümkündür.¹⁵⁶ Örneğin, malik (dolaylı zilyet) telefonunu bir başkasına (dolaysız zilyede) rehin verir, fakat sonra rehin alanın rızası olmaksızın telefonu geri alırsa rehin alan malike geri verme davası açabilir. Buna karşılık, bir kimse (dolaysız fer'i zilyet) malikten (dolaylı asli zilyet) bir malı ödünç sözleşmesine dayanarak onun rızasıyla belirli bir süreliğine almış, ancak söz konusu süre sona erdiğinde iade etmemişse dolaylı zilyedin dolaysız zilyede geri verme davası açması mümkün değildir. Zira belirli süre sonunda iade edilmeyen eşya bakımından fiilî hâkimiyet durumunda bir değişiklik yoktur, eş deyişle zilyetlik gasp edilmemiştir.¹⁵⁷ Geri verme davasında dolaysız zilyedin malı elinde haklı ya da haksız şekilde tutup tutmadığı araştırılmaz.¹⁵⁸ Bu durumda malik eşyanın kendisine iadesini ya sözleşmenin ihlâli hükümlerinden yararlanarak ya da mülkiyet iddiasına dayalı istihkak davası açarak sağlayabilir.¹⁵⁹

Birlikte zilyetler, hem müşterek (ortak), hem de elbirliğiyle (iştirak halinde) bir mala zilyet olanlar gerek malı gasp eden üçüncü kişilere karşı gerek kendi zilyetliklerini tanımayan diğer birlikte zilyetlere karşı geri verme davası açabilirler.¹⁶⁰ Hatta diğer birlikte zilyetler zilyetliğin ihlâline ses

¹⁵³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 122; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 201; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 185; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 85-86; Ünal/Başpınar, s. 203; Antalya/Topuz, s. 325.

¹⁵⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 122; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 201; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 185; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 85-86; Ünal/Başpınar, s. 203; Antalya/Topuz, s. 325. Aynı yönde, Saymen/Elbir, s. 90; Ayan, s. 119; Esener/Güven, s. 81.

¹⁵⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 122.

¹⁵⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 86; Sirmen, s. 71; Ünal/Başpınar, s. 203.

¹⁵⁷ Sirmen, s. 71.

¹⁵⁸ Sirmen, s. 71. Aksi görüşte olup dolaysız fer'i zilyedin asli zilyedin zilyetliğini tanınamamasının zilyetliğin gaspı olduğu yönünde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 86.

¹⁵⁹ Sirmen, s. 71.

¹⁶⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 122; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 185; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 86; Sirmen, s. 71; Ünal/Başpınar, s. 204; Nomer/Ergüne, s. 59.

çıkarmasalar ve ayrıca rıza gösterebilir dahi dava açılabilir.¹⁶¹ Diğer yandan, birlikte zilyetler zilyetlik alanlarını yer ve zaman itibarıyla birbirlerine karşı sınırlandırmışlarsa, birlikte zilyetlerden birinin önceden belirlenmiş fiilî hâkimiyet sınırını ihlâl etmek suretiyle diğerinin fiilî hâkimiyetini sona erdirmesi kendisine karşı geri verme davası açılmasına neden olur.¹⁶² Örneğin, (A) ile (B)'nin bir otomobilin birlikte zilyedi olduğu bir durumda, birlikte zilyetler otomobilin her ayın ilk 15 günü (A), 15'inden sonra da (B) tarafından kullanılacağını kararlaştırmışlarsa (B)'nin ayın 15'inden önce otomobili (A)'nın elinden alması (A)'ya TMK m. 982'ye dayanarak (B)'ye karşı geri verme davası açma hakkı verir.¹⁶³ Ancak birlikte zilyetler böyle bir belirleme yapmasalar da örneğin, aynı evde birlikte yaşayan ve ev eşyasına da birlikte zilyet olan iki arkadaşın biri evin eşyalarını diğerinin rızası olmaksızın başka bir yere taşıdığında kendisine karşı geri verme davası açılabilir.¹⁶⁴ Buna karşılık, birlikte zilyet olanlar birbirlerinin zilyetliğini tanırsalar da zilyetliğin kullanılış tarzı bakımından aralarında uyuşmazlık varsa geri verme davası açamazlar. (A) ile (B)'nin arasında birlikte zilyet oldukları otomobile bir şoför tutulup tutulmayacağı hususunda bir anlaşmazlık olması buna örnek olarak verilebilir. Bu durumda uyuşmazlığın zilyetliğe esas teşkil eden hukuki ilişkiye göre çözülmesi gerekir.¹⁶⁵

Davalı yönünden geri verme davasının zilyetliği gasp eden kimseye ve onun külli haleflerine karşı açılabilirdiğine ilişkin doktrinde görüş birliği varken,¹⁶⁶ davanın gasp edenin cüz'i haleflerine karşı açılıp açılmayacağı tartışmalıdır.¹⁶⁷ Bir görüş, geri verme davasının gasp fiilinden haberdar olan kötü niyetli cüz'i haleflere karşı açılabilirdiğini savunmaktadır.¹⁶⁸ Buna göre, kötü niyet korunmamalı, nasıl ki kötü niyetli zilyede taşınır davası açılabilirse, aynı BGB § 858/II'de olduğu gibi gasp olayını bilen cüz'i

¹⁶¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 122.

¹⁶² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 122; Sirmen, s. 71.

¹⁶³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 122; Sirmen, s. 71-72.

¹⁶⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 122-123. Aynı yönde, Sirmen, s. 71.

¹⁶⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 123; Sirmen, s. 72.

¹⁶⁶ Reisoğlu, s. 50; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 124; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 186; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 86; Saymen/Elbir, s. 90; Ayan, s. 120; Sirmen, s. 72; Ünal/Başpınar, s. 204; Antalya/Topuz, s. 327; Ertaş, s. 50.

¹⁶⁷ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 186; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 86; Ünal/Başpınar, s. 204. Bu hususta bir kanun boşluğu olduğu yönünde bkz. Antalya/Topuz, s. 328.

¹⁶⁸ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 102; Reisoğlu, s. 50-51; Aybay/Hatemi, s. 53.

halefe de geri verme davası açılabilmelidir. Bu görüş aksi düşünüş tarzının, gasp edenin eşyayı gasp fiilinde kendisine yataklık eden kişiye devrederek davadan kurtulması anlamına geleceğini belirtmektedir.¹⁶⁹

Bizim de katıldığımız baskın olan diğer görüş¹⁷⁰ ise davanın yalnızca gasp fiili dolayısıyla tanındığını, gasptan sonra gerçekleşen devirlerde üçüncü kişinin iyi ya da kötü niyetini tespit etmekle uğraşmanın davanın amaç ve niteliğine uygun olmadığını, o yüzden cüz’i haleflere karşı geri verme davası açılmayacağını savunmaktadır.¹⁷¹ Kaldı ki, TMK m. 982’ye göre davalının eşyayı ‘gasp eden kimse’ olması gerekmektedir ve kötü niyetli de olsa cüz’i halef gaspı değildir.¹⁷² Zilyetliğin cüz’i halefe devredilmesiyle birlikte kötü niyetli de olsa cüz’i halefin elde ettiği zilyetlik iadeyi isteyen değil, gasıbın zilyetliğidir. Öte yandan, üçüncü kişilere karşı geri verme davası açılmaması zilyetliği ihlâl edilen kişiyi hukuki korumadan mahrum da bırakmamaktadır.¹⁷³ Zira zilyetliği ihlâl edilen kişi üçüncü kişiye karşı hak karinesine dayanarak taşınır davası ya da mülkiyet hakkına dayanarak istihkak davası¹⁷⁴ açarak malın iadesini sağlayabilir¹⁷⁵ veya mülkiyet hakkının ihlâlinden doğan elatmanın önlenmesi davasını (TMK m. 683/II) açabilir ve ayrıca gasıptan tazminat talep edebilir.¹⁷⁶ Davalı tarafın malı gasp eden olduğu bir geri verme davasında gasıp, malın artık kendisinde olmadığını, bir üçüncü kişiye geçtiğini ispat ederek kendisine karşı açılmış olan geri verme davasının reddini sağlayabilir.¹⁷⁷

Diğer yandan, geri verme davası zilyetliği gasp etmiş olan kimsenin yanı sıra gasp fiiline katılmış olan kişilere karşı da açılabilir.¹⁷⁸ Zira gasp fiiline

¹⁶⁹ Aybay/Hatemi, s. 53.

¹⁷⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 86; Ünal/Başpınar, s. 204; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 124; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 186; Sirmen, s. 72; Ayan, s. 120; Ertaş, s. 50.

¹⁷¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 86; Ünal/Başpınar, s. 204. Aynı yönde, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 124; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 186; Sirmen, s. 72.

¹⁷² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 124, dn. 18; Ayan, s. 120.

¹⁷³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 124, dn. 18.

¹⁷⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 124, dn. 18; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 87; Ünal/Başpınar, s. 204; Ayan, s. 120; Ertaş, s. 50.

¹⁷⁵ Sirmen, s. 72; Antalya/Topuz, s. 327; Ayan, s. 120.

¹⁷⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 87; Ünal/Başpınar, s. 205.

¹⁷⁷ Sirmen, s. 72.

¹⁷⁸ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 186; Antalya/Topuz, s. 327.

iştirak eden bu kişiler gasıpla aynı konumdadırlar.¹⁷⁹ Örneğin, eğer çalınan eşya elindeyse gasp edene yataklık edene karşı geri verme davası açılabilir.¹⁸⁰ Gasıp rehin ya da intifa gibi sınırlı bir ayni hak tanıyarak veya kira, ödünç gibi kişisel hak veren bir sözleşmeye dayanarak gasp ettiği eşyayı üçüncü bir kişiye vermişse geri verme davasının hem dolaylı hem de dolaysız zilyede karşı açılması gerekir.¹⁸¹ Zira bu halde dolaysız zilyetlik, gasp eylemine dayalı olarak kurulmuştur.¹⁸² Şayet geri verme davası yalnızca gasıba (dolaylı zilyede) karşı açılırsa mahkemenin hükmü davacıya dolaylı zilyetlik tanır ve böylece davacı dolaylı zilyedin dolaysız zilyette bulunan eşya üzerinde sahip olduğu talep hakkını elde eder.¹⁸³

(3) Geri verme davasının süresi

Bir zilyetlik davası olan geri verme davasının amacı bozulan fiilî durumun yeniden kurulması,¹⁸⁴ yalnızca zilyetliğe dayanan iddiaların çözülmesi¹⁸⁵ ve kamu düzeninin tekrar hızla tesisi¹⁸⁶ olduğundan kanun koyucu bu davaların bir an önce sonuçlanmasını istemektedir.¹⁸⁷ Zira gasp sonucunda eşya zilyedin fiilî hâkimiyetinden çıkmıştır ama zilyet, bu yüzden zilyetliğini kaybetmemiştir.¹⁸⁸ Gerçekten de ‘Geçici olarak kesilme’ kenar başlığını taşıyan TMK m. 976 “*Fiilî hâkimiyetin geçici nitelikteki sebeplerle kullanılmaması veya kullanma olanağının ortadan kalkması zilyetliği sona erdirmez.*” şeklindedir. Bu hüküm uyarınca gasp sonucunda da zilyedin zilyetliğini kaybetmediğinin ve zilyetliğinden vazgeçmek istemediğinin kabulü onun hareketleriyle bunu göstermesine bağlıdır.¹⁸⁹ O yüzden ‘Dava hakkının düşmesi’ kenar başlığını taşıyan TMK m. 984 “*Gasp ve saldırıdan dolayı dava hakkı, zilyedin fiili ve*

¹⁷⁹ Ünal/Başpınar, s. 205.

¹⁸⁰ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 186; Ünal/Başpınar, s. 205.

¹⁸¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 125; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 186; Sirmen, s. 72; Ünal/Başpınar, s. 205.

¹⁸² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 125.

¹⁸³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 125; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 186; Sirmen, s. 72; Ünal/Başpınar, s. 205.

¹⁸⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 126; Nomer/Ergüne, s. 62-63.

¹⁸⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 129.

¹⁸⁶ Reisoğlu, s. 52.

¹⁸⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 126. Aynı yönde, Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 188; Serozan, s. 145; Ünal/Başpınar, s. 206.

¹⁸⁸ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 188.

¹⁸⁹ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 188.

failini öğrenmesinden başlayarak iki ay ve her hâlde fiilin üzerinden bir yıl geçmekle düşer." şeklindedir.¹⁹⁰ Buna göre, elinden eşyası gasp edilen zilyet, fiili ve gasıbı öğrenip de iki ay boyunca dava açmayarak hareketsiz kalırsa bu onun zilyetliği terk etmek niyetinde olduğunu gösterir.¹⁹¹

Doktrinde gasp edilen eşyanın geri verilmesi isteminin mutlaka dava açılarak ileri sürülmesinin gerekmediği, gasıba yöneltilmiş eşyanın geri verilmesine ilişkin bir irade açıklamasının da yeterli olduğu ileri sürülmektedir.¹⁹² Buna göre, isteme rağmen eşya zilyede geri verilmemişse o zaman iki aylık ve bir yıllık hak düşümü süreleri içinde geri verme davası açılmalıdır.¹⁹³ Ancak kanunun lafzından hareket edildiğinde bunun bir istem değil de dava açma hakkı olarak düzenlendiği, o yüzden de zilyedin dava açarak eşyanın iadesini istemesi gerektiği görülmektedir.¹⁹⁴ Dolayısıyla eşyası gasp edilen zilyet, gasp fiilini ve faili öğrendiği tarihten itibaren iki ay içinde faile veya failere karşı geri verme davası açmalıdır. Zilyet, gaspı da faili de daha geç öğrense bile gasp fiilinin tamamlandığı günden itibaren bir yıl içinde geri verme davası açmalıdır.¹⁹⁵ TMK m. 984'teki süreler hak düşürücü süreler olup iki aylık ve bir yıllık sürelere uyulmadığında dava hakkı düşer, eş deyişle bu süreler geçtikten sonra zilyet geri verme davası açma hakkından mahrum

¹⁹⁰ TMK m. 984'ün madde gerekçesi "*Yürürlükteki Kanunun 897 nci maddesini karşılamakta-
dır.*

Yürürlükteki metinde, gasp ve saldırı öğrenildiği hâlde derhâl dava açılmaz ise, dava hakkının düşeceği ve daha geç öğrenilmiş olsa dahi, gasp ve saldırının meydana geldiği günden itibaren bir yıl geçmekle dava hakkının zamanaşımına uğrayacağı ifade edilmiştir. Ancak bir yıllık sürenin zamanaşımı mı, hak düşürücü süre mi olduğu tartışma konusu olduğundan, maddede, gasp ve tecavüz hâlinde dava hakkının, fiilin ve failin öğrenilmesinden itibaren iki ay içinde açılabilmesi bakımından daha uygun görülmüş ve gerek bu iki yıllık sürenin gerek fiil tarihinden itibaren işleyecek bir yıllık sürenin hak düşürücü süre olduğu kabul edilerek, maddenin kenar başlığı ve metni buna göre yeniden düzenlenmiştir." şeklindedir. TMK m. 984'ün karşılığı olan İMK Art. 929'da hala 743 sayılı mülga Medeni Kanunumuzda olduğu gibi fiil ve failin öğrenilmesinden itibaren derhal dava açılması gerektiği, fiil ve fail daha geç öğrenilse bile eylemin üzerinden bir yıl geçmekle dava hakkının düşeceği düzenlenmektedir.

¹⁹¹ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 188.

¹⁹² Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 188; Reisoğlu, s. 52; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 107.

¹⁹³ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 188.

¹⁹⁴ Aynı görüşte, Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 127; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 89; Sirmen, s. 75.

¹⁹⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 127; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 188; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 89; Sirmen, s. 75; Ünal/Başpınar, s. 200; Antalya/Topuz, s. 341.

kalır.¹⁹⁶ Zilyet gasp fiilini veya failini daha geç öğrenmiş olsa da iki aylık ve bir yıllık sürelerin başlangıç tarihi değişmez.¹⁹⁷ Hâkim açılan davada sürenin kaçırılmış olup olmadığını re'sen araştırır.¹⁹⁸

b. Tazminat davası

Zilyetliğin gaspı davacının zarara uğramasına da neden olduysa, davalı aynı zamanda bir haksız fiil işlemiş olur ki bu durumda davacının eşyanın iadesinin yanı sıra zararının tazminini de talep etmesi mümkündür.¹⁹⁹ Zilyetliğin gaspının neden olduğu fiili zarar, yoksun kalınan kâr, doğrudan ve dolaylı zarar gibi her türlü zararın tazmini istenebilir.²⁰⁰ Tazminat ile geri verme talebi aynı davada ileri sürülebileceği gibi ayrı davalarda da istenebilir. Ancak tazminatın ayrı bir davada talep edilmesinde yarar vardır, çünkü tazminat istemi TBK m. 49 vd. hükümlerine tabi olduğundan geri verme davasından farklı olarak failin kusurunun ispatını gerektirir. Yine TBK m. 49 vd. hükümleri uyarınca kusurun yanı sıra haksız fiilin diğer unsurlarının da

¹⁹⁶ Reisoğlu, s. 53; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 127; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 107; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 89; Sirmen, s. 75; Serozan, s. 145; Ünal/Başpınar, s. 199-200; Erman, s. 20; Esener/Güven, s. 83; Antalya/Topuz, s. 340. “*TMK'nın 984. maddesi hükmüne göre, gasp ve saldırıdan dolayı dava hakkı, zilyedin fiili ve failini öğrenmesinden başlayıp iki ay ve herhalde bir yıl geçmekle düşer. Temyiz incelemesine konu davada dinlenen taraf tanıkları davalıların zilyetliğinin 10-15 yılı aşğını açıkladıkları gibi, dava dilekçesinde dahi davalıların 7-8 yıldır nizalı yerden gelip geçtikleri belirtilmiştir. Bu durumda davacının davalı tarafın zilyetlik olgusunu çok daha önce öğrendiğinin kabulü gerekir. O halde zilyetliğin korunması davası süresinde de açılmamıştır. Davanın reddine karar verilmesi gerekirken, hatalı değerlendirme ve gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması doğru değildir.*” Y. 8.HD, T. 9.01.2012, E. 2011/1968, K. 2012/165 (Legalbank). “[d]ava, *TMK'nun 983 vd. maddeleri uyarınca zilyetliğe yönelik saldırının önlenmesi ve zararın giderilmesine yönelik zilyetliğin korunması niteliğindedir. Bu gibi davaların TMK'nun 984 md. uyarınca saldırıya ilişkin fail ve fiilin öğrenilmesinden başlayarak 2 ay içinde ve her halde fiilin üzerinden 1 yıl içinde açılması gerekir. Aksi halde hak düşer. Davacı saldırıya ilişkin olarak 2004 yılında tespit yaptırıp fiili ve faili öğrendiğine göre 2007 yılında açtığı davada açıklanan hak düşürücü süreler geçmiştir. Bu nedenle, hak düşürücü süre sebebiyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu üzere karar verilmesi usul ve yasa-ya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.*” Y. 8.HD, T. 11.02.2014, E. 2014/126, K. 2014/2092 (Legalbank). Aynı yönde, Y. 8.HD, T. 2.10.2014, E. 2014/991, K. 2014/17670 (Legalbank).

¹⁹⁷ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 188.

¹⁹⁸ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 188; Saymen/Elbir, s. 91; Ayan, s. 123; Ertaş, s. 51.

¹⁹⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 115; Sirmen, s. 72; Serozan, s. 144; Ünal/Başpınar, s. 205; Antalya/Topuz, s. 331. “*Zilyet, eşyayı kendi fiili hakimiyetinde bulundurma, ondan ekonomik bakımdan faydalanma yetkisine sahiptir. Bu durumun doğal sonucu olarak eşyadan ekonomik olarak faydalanmasının engellenmesi halinde oluşan zararın karşılanmasını talep edebilecektir.*” Y. HGK, T. 6.12.2013, E. 2013/4-411, K. 2013/1652 (Legalbank).

²⁰⁰ Nomer/Ergüne, s. 61.

ispatı gerektiğinden tazminat istemi daha ağır işleyen bir yargılama usulüne sahiptir.²⁰¹

Gasp sebebiyle açılan geri verme davasında tazmini istenebilecek olan zararlar yalnızca gasp fiilinin bir haksız eylem olmasının derhal ve doğrudan sonucu olan zararlardır.²⁰² Her ne kadar bir zararın ne zaman ve hangi koşullarda gasp fiilinin derhal ve doğrudan sonucu olduğunu belirlemek güç olsa da²⁰³ örneğin, otomobili üzerindeki zilyetliği uzak bir yere gasp edilmiş olan kişinin eve dönmek amacıyla yaptığı masrafların derhal ve doğrudan gasptan kaynaklandığını söylemek mümkündür.²⁰⁴ Buna karşılık, zilyetliği gasp edilen kimsenin geri verme davasıyla eşyasını geri alana dek haksız olarak zilyetlikten ve eşyadan yaralanma imkânlarından yoksun kaldığı süre boyunca uğradığı zararlar, hakkın tartışılabildiği ayrı bir davada istenebilirler.²⁰⁵ Bu davada tazminat talebi dayanağını, haksız fiilden veya (kiraya verenin kiracının zilyetliğindeki malı gasp etmesi durumunda olduğu gibi) dereceli zilyetler arasındaki sözleşmeden alır.²⁰⁶ O yüzden de tazminat istemi ile geri verme isteminin ayrı ayrı davalarda ileri sürülmesi isabetli görünmektedir.

Ayrıca TMK m. 984'teki süreler geçirilmiş olsa da tazminat istenebilir,²⁰⁷ çünkü tazminat davasının zamanaşımı haksız fiil zamanaşımına tabidir ve tazminat bakımından TBK m. 72 uygulanır.²⁰⁸ Buna göre, zarar görenin tazminat talebi zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Söz konusu süreler geri verme davasına tanınan sürelerden çok daha uzundur.

²⁰¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 116; Sirmen, s. 73; Ünal/Başpınar, s. 205. Gasıba karşı açılacak tazminat davasının TMK m. 993-995'te düzenlenen zilyetliğin geri verilmesine ilişkin hükümlere tabi olduğu yönünde de bir görüş olduğuna dair bkz. Antalya/Topuz, s. 330.

²⁰² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 116; Sirmen, s. 73.

²⁰³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 116.

²⁰⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 116; Sirmen, s. 73.

²⁰⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 116; Sirmen, s. 73.

²⁰⁶ Sirmen, s. 73.

²⁰⁷ Aybay/Hatemi, s. 54.

²⁰⁸ Reisoğlu, s. 53; Ünal/Başpınar, s. 201; Aybay/Hatemi, s. 54; Saymen/Elbir, s. 92; Ayan, s. 123; Nomer/Ergüne, s. 63.

3. Zilyetliğe Saldırı Halinde Açılabilir Davalar

a. Saldırının sona erdirilmesi ve sebebinin önlenmesi davası

Zilyetliğe saldırıya karşı dava hakkı TMK m. 983'te düzenlenmiştir.²⁰⁹ Hükümün birinci fıkrası “Saldırıda bulunan, şey üzerinde bir hak iddia etse bile; zilyetliği saldırıya uğrayan, ona karşı dava açabilir.” şeklindedir. Saldırı dolayısıyla açılan zilyetlik davasında da davacının veya davalının hak sahibi olup olmadıkları araştırılmaz, zira bu dava da eski zilyetlik durumunu yeniden tesis etmeyi amaçladığı için davanın taraflarından hangisinin haklı olduğuyla ilgilenmez.²¹⁰ Davalının kusurlu olup olmaması da önem arz etmez,²¹¹ fiilin hukuka aykırı olması yeterlidir.²¹² O yüzden zaruret hali ya da kamu görevinin yerine getirilmesi gibi bir hukuka uygunluk sebebi (TBK m. 63-64) varsa zilyetliği ihlâl hukuka aykırı olmaz ve bu dava açılmaz.²¹³ Davacının ispat etmesi gereken hususlar, malın zilyedi olduğu ile davalının fiiliyle zilyetliğinin ihlâl edilmiş (illiyet bağı) olduğudur.²¹⁴ Hatta geri verme davasında derhal ispatı mümkünse davalı üstün hakkı olduğunu iddia edebilirken, saldırı dolayısıyla açılan zilyetlik davasında davalının bu iddiası dinlenmez.²¹⁵ Dolayısıyla, saldırı fiilini gerçekleştiren fail eşya üzerinde üstün hak iddia etse dahi saldırıya son vermek durumundadır.²¹⁶ Haksız saldırıyı ortadan kaldırmak amacıyla açılabilir davalar TMK m. 983/II'de sayılmıştır. Bu hüküm “Dava, saldırının sona erdirilmesine, sebebinin önlenmesine ve zararın giderilmesine yönelik olur.” şeklindedir.

²⁰⁹ TMK m. 983, İMK Art. 928'in aynen çevirisidir. TMK m. 983'nin madde gerekçesi “Yürürlükteki Kanunun 896 ncı maddesini karşılamaktadır. Hüküm değişikliği yoktur. Ancak kaynak Kanunun 928 nci maddesine uygun olarak madde iki fıkra hâlinde düzenlenmiştir.” şeklindedir.

²¹⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 117; Sirmen, s. 73; Ünal/Başpınar, s. 209; Aybay/Hatemi, s. 54.

²¹¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 119; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 189; Akipek, s. 241; Ünal/Başpınar, s. 210; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 104; Ayan, s. 117; Ertaş, s. 47.

²¹² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 118; Ayan, s. 116; Ertaş, s. 47.

²¹³ Ayan, s. 116; Doğanay, s. 479.

²¹⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 119; Sirmen, s. 73; Ünal/Başpınar, s. 210.

²¹⁵ Reisoğlu, s. 52; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 117; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 189; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 88; Sirmen, s. 73; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 104; Ünal/Başpınar, s. 210; Saymen/Elbir, s. 89; Ayan, s. 117; Ertaş, s. 51. Geri verme davasıyla saldırıya son verme davası arasında üstün hak bakımından böyle bir ayrımın yapılmasının uygun olmadığı yönünde bkz. Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 189; Antalya/Topuz, s. 334.

²¹⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 88; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 189; Antalya/Topuz, s. 334.

Başlamış ve devam etmekte olan bir zilyetlik ihlâlinin ortadan kaldırılması için açılan dava, saldırının sona erdirilmesi davasıdır.²¹⁷ Bu dava zilyetliğe yönelmiş doğrudan ya da dolaylı her türlü haksız saldırının yasaklanması, durdurulması ve tekrarının önlenmesini amaçlar.²¹⁸ Şayet müdahale zilyedin açık ya da örtülü rızasına binaen yapılmışsa bu davanın açılması mümkün değildir.²¹⁹ Saldırı sebebinin önlenmesi davası ise bazı fiil ve davranışların yakında meydana getireceği saldırıları daha gerçekleşmeden engellemeyi amaçlar.²²⁰ Gerçekten de bu davada gerçekleşmiş değil ama gerçekleşecek saldırıların önlenmesi, saldırıyı yaratacak olan kaynağın etkisiz bırakılması söz konusudur.²²¹ Dolayısıyla, saldırının sona ermesine veya erdirilmesine rağmen yenilenecek nitelikte olduğu hallerde, gerçekleşmesi yakın ve ciddi bir saldırıya ait izler ilk belirdiğinde davacının saldırı sebebinin önlenmesi davasını açması mümkündür.²²² Koşulları varsa, örneğin zilyetliğe saldırı gerçekleşmiş ancak tekrarlanma riski varsa zilyet, saldırının sona erdirilmesi ile saldırı sebebinin önlenmesi taleplerini birlikte de ileri sürebilir.²²³

Saldırı dolayısıyla zilyede tanınan dava haklarının da gaspta olduğu gibi TMK m. 984 uyarınca iki aylık ve bir yıllık süreler içinde kullanılması gerekir. Buna göre, iki aylık süre yine fiilin ve failin öğrenilmesinden itibaren başlarken, bir yıllık süre de fiilin gerçekleşmesinden itibaren işler. Ancak saldırı devam ettiği müddetçe dava açma hakkı vardır.²²⁴ Tekrarlanacak nitelikte bir saldırı söz konusu olduğunda ise her saldırı fiilinden itibaren süre baştan işler.²²⁵

Saldırının sona erdirilmesi ile saldırı sebebinin önlenmesi davalarını açma

²¹⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 119; Sirmen, s. 74; Ünal/Başpınar, s. 209; Ayan, s. 116; Ertaş, s. 51. Buna 'ref davası' da denildiği yönünde bkz. Saymen/Elbir, s. 88; Ertaş, s. 51. Yine bu davaya 'tecavüzün men'i davası' denildiği yönünde bkz. Ayan, s. 116; Ertaş, s. 51.

²¹⁸ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 189; Ayan, s. 116.

²¹⁹ Saymen/Elbir, s. 89; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 103-104; Ayan, s. 116.

²²⁰ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 189; Reisoğlu, s. 52; Antalya/Topuz, s. 336; Ertaş, s. 51.

²²¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 119; Sirmen, s. 74; Antalya/Topuz, s. 337.

²²² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 88-89. Aynı yönde, Ünal/Başpınar, s. 209; Antalya/Topuz, s. 336.

²²³ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 189; Akipek, s. 240-241; Ünal/Başpınar, s. 210; Antalya/Topuz, s. 336.

²²⁴ Ünal/Başpınar, s. 210.

²²⁵ Antalya/Topuz, s. 341.

hakkı kendisine zilyetlik sıfatı verilen herkese tanındığından asli, fer'i zilyet ile tek başına zilyet ve ortak ya da elbirliği olmak üzere birlikte zilyetlerden her biri dava açabilir. İlk etapta dava hakkı dolaysız zilyede ait iken, mala zarar verilmesi durumunda dolaylı zilyedin de dava açması mümkündür.²²⁶ Dava saldırı fiilini gerçekleştirene ve onun külli haleflerine karşı açılır.²²⁷ Söz konusu davaların koşulları oluşmuşsa fer'i zilyedin de asli zilyede²²⁸ ya da dolaylı zilyedin dolaysız zilyede veya dolaysız zilyedin dolaylı zilyede karşı bu davayı açması mümkündür.²²⁹ Henüz gerçekleştirmemiş bir saldırı bakımından ise davalı muhtemel saldırganıdır.²³⁰ Dava sonucunda verilen karar yapma ve yapmama borçlarının ifasını düzenleyen TBK m. 113²³¹ kapsamında cebren yerine getirilir.²³²

b. Tazminat davası

Saldırı yüzünden oluşan zararlarının tazmini için zilyedin TMK m. 983/II uyarınca tazminat davası açma hakkı bulunmaktadır. TMK m. 983/II ile kanun koyucu zilyedi hak sahibi olduğu için değil, zilyet olduğu için korumayı amaçladığından zilyetlik durumunun ihlâlinden doğan zararlar tazmin edilir.²³³ Saldırının sona erdirilmesi ve saldırı sebebinin önlenmesi davalarından bağımsız bir dava olan tazminat davası, saldırının zilyedin malvarlığında yarattığı eksilmeyi telafi etmeyi amaçlar.²³⁴ Söz konusu tazminat davası da dayanağını TBK m. 49 vd.'de düzenlenen haksız fiil hükümlerinden alır.²³⁵

²²⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 88; Sirmen, s. 74; Ünal/Başpınar, s. 210; Gürsoy/Eren/Cansel, s. 104; Ayan, s. 117; Esener/Güven, s. 83.

²²⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 88; Sirmen, s. 74; Ünal/Başpınar, s. 210.

²²⁸ Reisoğlu, s. 73; Saymen/Elbir, s. 89; Ayan, s. 116.

²²⁹ Ayan, s. 117.

²³⁰ Ünal/Başpınar, s. 210.

²³¹ TBK m. 113 “*Yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, masrafi borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir; her türlü giderim isteme hakkı saklıdır.*

Yapmama borcuna aykırı davranan borçlu, bu aykırı davranışının doğurduğu zararı gidermekle yükümlüdür.

Alacaklı, ayrıca borca aykırı durumun ortadan kaldırılmasını veya bu konuda masrafi borçluya ait olmak üzere kendisinin yetkili kılınmasını isteyebilir.” şeklindedir.

²³² Antalya/Topuz, s. 336.

²³³ Antalya/Topuz, s. 339.

²³⁴ Antalya/Topuz, s. 338.

²³⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 89; Sirmen, s. 74; Antalya/Topuz, s. 338; Ayan, s. 118.

O yüzden saldırının sona erdirilmesi ile sebebinin önlenmesini sağlamak için saldırıda bulunanın kusuru aranmazken, saldırıdan doğan zararların tazmini için saldırıda bulunanın kusurunun kanıtlanması gerekir.²³⁶ Saldırının sona erdirilmesini ya da sebebinin önlenmesini bir an önce sağlamak isteyen davacının tazminat istemini ayrı bir davada ileri sürmesi menfaatine olur.²³⁷ Zira tazminat istemi davalının kusuruyla haksız fiilin tüm unsurlarının ayrı ayrı ispatını gerektirir.²³⁸

4. Yetkili ve Görevli Mahkeme ile Yargılama Usulü

Zilyetliği koruyan davalarda görevli mahkeme Hukuk Muhakemeleri Kanunu²³⁹ (HMK) m. 4/1/c’de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, taşınır ve taşınmaz mallarda yalnızca zilyetliğin korunmasına yönelik olan davalar sulh hukuk mahkemelerinde görülür.²⁴⁰ Görev kamu düzeninin ilgilendirdiğinden mahkemece re’sen nazara alınır.²⁴¹ Bunun yanı sıra HMK 316/1/a, sulh hukuk mahkemelerinin görevine giren dava ve işlerin basit yargılama usulüne tabi olduğu düzenlenmektedir. Dolayısıyla, zilyetlik davalarında da basit yargılama usulü uygulanır.²⁴² Bu, kanun koyucunun hak bakımından bir tartışmanın yapılmadığı zilyetlik davalarıyla ulaşmak istediği amaca da uygundur, çünkü basit yargılama usulü sayesinde ihlâl edilen önceki zilyetlik durumu bir an önce

²³⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 89.

²³⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 119; Sirmen, s. 74.

²³⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 119; Ayan, s. 118. Tazminat davasının mülkiyet hakkına dayanmayan dolaysız zilyetlerce de açabileceği yönünde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 89.

²³⁹ RG 04.02.2011/27836.

²⁴⁰ “*TMK.nun 981 ve müteakip maddeleri, mal üzerinde zilyetlikten başka hiçbir hakkı bulunmayan kimsenin zilyetliğini korumak üzere konulmuş hükümleri ihtiva etmektedir. Davacı, taşınmazın TMK. nun 973. maddesi anlamında fiili hakimiyeti bulunan zilyedir. Davacı sadece zilyetliğini ileri sürdüğüne ve zilyetliğin arkasında aynı (nesnel) veya şahsi (kişisel) bir hak ileri sürmediğine göre davanın, zilyetliğin korunması kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna göre uyuşmazlığın HUMK.nun 8/II-3 (6100 Sayılı HMK’nun 4/1-c) maddesi uyarınca, Sulh Hukuk Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir.*” Y. 17.HD, T. 03.03.2014, E. 2014/6721, K. 2014/10147 (Legalbank). Aynı yönde, Y. 8.HD, T. 2.10.2014, E. 2014/991, K. 2014/17670 (Legalbank).

²⁴¹ Y. 17.HD, T. 27.06.2014, E. 2014/155, K. 2014/1982 (Legalbank).

²⁴² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 90; Sirmen, s. 74; Ünal/Başpınar, s. 201; Antalya/Topuz, s. 323. “*Zilyetliğin korunması davasıyla zilyet, zilyetliğin hakka dayandığını ispat külfetine katlanmadan sadece zilyetliğini öne sürerek Sulh Hukuk Mahkemelerinde uygulanan basit yargılama usulünün sağladığı kolaylıklardan faydalanır, zilyetliğin arkasında bulunan aynı (nesnel) veya şahsi (kişisel) bir hakka dayandığı taktirde dava bir hak davası niteliğini kazanır*”. Y. 8.HD, T. 20.10.2011, E. 2011/609, K. 2011/5283 (Legalbank).

tesis edilebilir.²⁴³ Yetkili mahkeme ise HMK m. 6/1’de yer almaktadır. Buna göre taşınırlar bakımından davanın davalının yerleşim yeri mahkemesinde açılması gerekir.²⁴⁴ Zilyetlik davalarında HMK m. 389 vd. hükümleri uyarınca ihtiyati tedbir kararı da verilebilir.²⁴⁵

Ayrıca zilyetlik davalarında verilen hüküm malın davacıya geri verilmesine ya da saldırının sona erdirilmesine veya sebebinin önlenmesine yönelik olduğundan yalnızca zilyetlik durumunu tespit eder, taraflar arasındaki hak uyuşmazlığını çözmez.²⁴⁶ Dava sonucunda hâkim taraflardan birinin o mal üzerinde hak sahibi olup olmadığını hükme bağlamış olmaz.²⁴⁷ O yüzden zilyetlik davalarında verilen hüküm ne olursa olsun hak sahibi olduğunu iddia eden kimse hakkına dayanarak dava açabilir.²⁴⁸ Aynı şekilde, dava sonucunda verilen karar aynı haklar yönünden kesin hüküm teşkil etmez.²⁴⁹

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Bir şey üzerindeki fiilî hâkimiyet anlamına gelen zilyetlik taşınırlarda, taşınmazlarda tapu sicilinin ifa ettiği fonksiyonları yerine getirir. Bu kapsamda zilyetlik, bir hakka dayanıp dayanmadığına bakmaksızın fiilî durumu koruma altına alır. Kanun koyucu hakkını alma amacı taşısız dahi hak sahibinin zorla yapacağı birtakım hareketlerle toplumdaki dirlik ve güveni sarsmasına engel olmak istemektedir. O yüzden hâlihazır zilyedin haksız zilyet olsa da TMK’da

²⁴³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 125; Ünal/Başpınar, s. 201; Antalya/Topuz, s. 323.

²⁴⁴ Anlaşmazlık konusu taşınmaz olduğunda HMK m. 12/1 uyarınca yetkili mahkeme taşınmazın bulunduğu yer mahkemesidir.

²⁴⁵ Gürsoy/Eren/Cansel, s. 107; Ayan, s. 122.

²⁴⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 125; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 90; Sirmen, s. 74.

²⁴⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 125. “[Z]ilyetlik davalarının en belirgin özelliği ... davada hakkın tartışma konusu olmaması ve davayı kazanma veya kaybetmenin mevcut olabilecek hak üzerinde herhangi bir etkisinin olmayışıdır. Bunun içinde bu tür davalarda mahkemenin zilyetliğin korunmasına ilişkin vereceği karar, sadece eski zilyetlik durumunun yeniden kurulmasını sağlamaya yöneliktir. Bu karar, diğer tarafın mülkiyet iddiasıyla dava açma hakkına dokunmaz ve üçüncü kişilerin o şey üzerinde hakları olmadığını kabulü şeklinde anlaşılabilir. Bahsi geçen zilyetlik davaları sonunda verilen mahkeme kararları tamamen geçici bir etkiye sahip olup, mülkiyet sorunu çözümlenmediğinden mülkiyet yönünden kesin hüküm teşkil etmezle[r].” Y. 8.HD, T. 29.09.2020, E. 2018/1033, K. 2020/5504 (Legalbank). Aynı yönde, Y. HGK, T. 30.10.2013, E. 2013/8-1363, K. 2013/1507 (Legalbank).

²⁴⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 125; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 90; Sirmen, s. 74; Ünal/Başpınar, s. 198-199; Ayan, s. 117; Esener/Güven, s. 84; Nomer/Ergüne, s. 58-59.

²⁴⁹ Ertaş, s. 52.

yer alan zilyetliği koruyan hükümlerden faydalanarak zilyetliğini koruması mümkündür. Bu çerçevede TMK, zilyetliğin korunması bakımından zilyede birbirini tamamlayan iki imkân vermektedir. Bunlardan ilki TMK m. 981 uyarınca zilyedin kendisine tanınan savunma hakkı kapsamında kuvvet kullanarak zilyetliğinin ihlâlini engellemesi, diğeri de TMK m. 982 ve 983'te bulunan davalarla zilyetliğini koruma yoluna gitmesidir.

Savunma hakkı TMK m. 981/I gereğince zilyetliği ihlâl eden fiiller devam etmekte iken kullanılabilir. Ancak TMK m. 981/II zilyede savunma hakkının sınırlarını aşan bir imkân daha tanıyarak aradan zaman geçmemişse derhal kuvvet kullanarak zilyedin malını geri alabilmesine izin vermiştir. Her türden zilyedin zilyetliği ihlâl eden fiiller devam ederken savunma hakkı bulunmaktadır. Bu noktada önemli olan zilyedin zilyetliğini korumak için gerekli olan ölçüde kuvvet kullanmasıdır. Aksi halde haksız fiil hükümleri uyarınca zilyetten bu yüzden faile vermiş olduğu zararları tazmin etmesi istenebilir. Şayet zilyetliği ihlâl edilen zilyet, savunma hakkını kullanamamış ya da kullanmak istememişse zilyetliğini yeniden tesis etmek için zilyetlik davalarına başvurabilir. Zilyetlik davaları fiili durum olan zilyetliği korumaya hizmet ettiğinden taraflara zilyet olma yetkisi veren hak ve bu hakkın mahiyetinden doğan anlaşmazlıkları çözmez. Bu davalarda o yüzden failin kusurlu olup olmadığıyla ilgilenilmez, ancak zilyetliği ihlâl eden eylemlerin hukuka aykırı olduğunun ortaya konması gerekir.

Zilyetliğin gaspı halinde TMK m. 982 uyarınca geri verme davası açılabilir. Bu dava zilyedin haklı bir sebep olmadan zilyetliğinden çıkarılmış olan eşyayı tekrar fiili hâkimiyeti altına almasını sağlar. Davacı gasp gerçekleşmeden önce malın zilyedi bulunduğunu ve gasıbın bu malı gasp ettiğini ispat ettiğinde davalı o mal üzerinde üstün bir hakka sahip olduğunu ve o yüzden gaspın meşru sayılması gerektiğini ileri sürse de TMK m. 982/I gereği malı geri vermek zorunda kalır. Davalı ancak eşyayı davacıdan geri almasını gerektirecek üstün bir hakka sahip olduğunu derhal ispat edebilirse onu geri vermektan kurutulur. Davayı dolaylı asli zilyet açmışsa, eşyanın dolaysız fer'i zilyede iade edilmesini istemelidir. Dolaysız fer'i zilyet eşyayı geri almak istemezse yahut geri alamazsa dolaylı asli zilyet eşyanın kendisine geri verilmesini isteyebilir. Dava zilyetliği gasp eden kimseye ve onun külli haleflerine karşı açılabilir, ama cüz'i haleflere karşı açılmamalıdır. Zira TMK m. 982 uyarınca davalı eşyayı 'gasp eden kimse'dir ve kötü niyetli de olsa cüz'i halef gasıp değildir. Kaldı ki, cüz'i haleflere karşı dava açılmaması zilyetliği ihlâl edilen kişiyi hukuki korumadan da mahrum bırakmamaktadır. Zilyetliği

ihlâl edilen kişinin hak karinesine dayanarak taşınır davası ya da mülkiyet hakkına dayanarak istihkak davası veya mülkiyet hakkının ihlâlinden doğan elatmanın önlenmesi davasını açması mümkündür.

Zilyetliğe saldırı söz konusuysa açılacak davalar ise TMK m. 983'te düzenlenmektedir. Başlamış ve devam etmekte olan bir saldırının ortadan kaldırılması için saldırının sona erdirilmesi davası açılırken, gerçekleşecek bir saldırının önlenmesi, saldırıyı yaratacak olan unsurun etkisiz bırakılması için saldırı sebebinin önlenmesi davası açılır. Geri verme davasından farklı olarak bu davada saldırıyı gerçekleştiren kimse eşya üzerinde üstün hakkı olduğunu iddia etse bile bu iddiası dinlenmez. Bir diğer deyişle, üstün hakka sahip olsa dahi saldıran kimsenin saldırıya son vermesi gerekir. Zilyetliğe saldırı başlamış ve devam etmekte iken aynı zamanda saldırının tekrarlanma riski de varsa zilyet, saldırının sona erdirilmesi ile saldırı sebebinin önlenmesi taleplerini birlikte de ileri sürebilir.

Hem geri verme hem de saldırının sona erdirilmesi ve saldırı sebebinin önlenmesi davaları TMK m. 984'te yer alan kısa hak düşümü sürelerine tabidir. Bunun nedeni yalnızca zilyetliğe ilişkin iddiaları çözüme kavuşturmayı hedefleyen zilyetlik davalarıyla kanun koyucunun bozulan fiilî durumun ve kamu düzeninin ivedilikle yeniden kurulmasını, o yüzden de bu davaların süratle sonuçlanmasını istemesidir. Hem geri verme hem de saldırının sona erdirilmesi ve saldırı sebebinin önlenmesi davalarıyla birlikte veya onlardan ayrı olarak zilyedin ihlâl nedeniyle uğradığı zararların tazmini için failden tazminat istemesi de mümkündür. Tazminat istemi TBK m. 49 vd. hükümleri kapsamında değerlendirilir ve failin kusuru da dâhil olmak üzere haksız fiilin tüm unsurlarının ispat edilmesini gerektirir. O yüzden zilyetlik davalarına kıyasla tazminat davası daha ağır bir yargılama usulüne sahiptir. Doktrinde haklı olarak ileri sürüldüğü üzere zilyedin tazminat istemini zilyetlik davalarından ayrı bir davada ileri sürmesi onun menfaatinidir.

Zilyetlik davalarında hâkim, malın davacıya geri verilmesine ya da saldırının sona erdirilmesine veya sebebinin önlenmesine karar verir, bunun için de yalnızca mal üzerindeki zilyetlik durumunu değerlendirir, taraflar arasındaki hak uyuşmazlığını incelemeye konu yapmaz. Zilyetlik davaları sonucunda verilen hüküm taraflardan birinin dava konusu mal üzerinde hak sahibi olup olmadığına ilişkin olmadığından sonrasında hak sahibi olduğu iddiasında olan kişinin hakkına dayanan bir dava açması mümkündür.

KAYNAKÇA

- Akipek J G, *Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar) Birinci Kitap Zilyetlik ve Tapu Sicili*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972.
- Akipek J G/Akıntürk T/Ateş D, *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Beta, 2018.
- Antalya O G, “Eşya Hukukuna Hakim İlkelerden Aleniyet İlkesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 23(3), 2017, s. 419-440.
- Antalya O G/Topuz M, *Marmara Hukuk Yorumu - Eşya Hukuku – Cilt: IV/1 – Giriş, Temel Kavramlar ve İlkeler – Zilyetlik – Tapu Sicili*, 3. Baskı, Seçkin Kitabevi, 2019.
- Ayan M, *Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili*, 14. Baskı, Seçkin Kitabevi, 2020.
- Aybay A/Hatemi H, *AYBAY/HATEMİ Eşya Hukuku*, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Doğanay İ, “Türk Hususî Hukukunda Zilyetliğin Himayesi”, *Adalet Dergisi*, 50(4),1959, s. 465-504.
- Erman H, *Eşya Hukuku Dersleri*, 9. Baskı, Der Yayınları, 2020.
- Ertaş Ş, *Eşya Hukuku*, 15. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, 2020.
- Esener T/Güven K, *Eşya Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, 2019.
- Günay E, *İdari ve Hukuki Yönden Taşınır ve Taşınmaz Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi ve Sorumluluk*, 1. Bası, Seçkin Kitabevi, 2018.
- Gürsel N, “Zilyetlik - Elmenlik’den Doğan Davalar”, *Adalet Dergisi*, 64(8), 1973, s. 574-596.
- Gürsoy K T/Eren F/Cansel E, *Türk Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984.
- Hatemi H/Serozan R/Arpacı A, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, 1991.
- Hızır S/Merki D, “Anonim Şirketlerde Borçlanma Yasağına Aykırılık Teşkil Eden Fiillerin Cezaî Sonuçları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 63, 2014, s. 779-812.
- Nomer H N/Ergüne M S, *Eşya Hukuku (Zilyetlik-Tapu Sicili- Mülkiyetin*

Genel Hükümleri-Taşınır Mülkiyeti-Rehin Hakları-Taşınmaz İrtifak-İntifa Hakkı), 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2020.

Oğuzman M K/Seliçi Ö/Oktay-Özdemir S, *Eşya Hukuku*, 23. Baskı, Filiz Kitabevi, 2021.

Özlük B, “Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27(1), 2019, s.139-166.

Reisoğlu S, *Türk Eşya Hukuku, Cilt 1: Giriş – Zilyedlik – Tapu Sicili ve Kadastro ve Tapu Tahriri Kanunu – Tapulama Kanunu*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No.440, 1980.

Rostill L, *Possession, Relative Title, and Ownership in English Law*, Oxford University Press, 2021.

Saymen F H/Elbir Halit K, *Türk Eşya Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, 1963.

Serozan R, *Eşya Hukuku I - Eşya Hukukunun Temel Kavramları ve İlkeleri Taşınır Eşyada: Zilyetlik-Mülkiyet-İntifa-Rehin Uygulama Çalışmaları*, 3. Bası, Filiz Kitabevi, 2015.

Sert Sütçü S “Dolaylı-Dolaysız Zilyetlik Kavramlarının Ayırt Edilmesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 63(1), 2019, s. 259-284.

Sirmen A L, *Eşya Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021.

Tekinay S S/Akman S/Burcuoğlu H/Altop A, *Tekinay Eşya Hukuku, Cilt I, Zilyetlik - Tapu Sicili - Mülkiyet*, 5. Bası, Filiz Kitabevi, 1989.

Uçar A “Zilyetliğin İdari Yoldan Korunmasında Yetkili Makam, Başvuru ve İdari Soruşturma Usulü”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XII(3-4), 2008, s. 281-312.

Ünal M/Başpınar V, *Şekli Eşya Hukuku - Giriş Zilyetlik Tapu Sicili*, 12. Baskı, Savaş Kitabevi, 2021.

MİRAS ORTAKLIĞINDA BİRLİKTE HAREKET ETME İLKESİNDEN DOĞAN SAKINCALARI GİDERMEYE YÖNELİK HUKUKİ YOLLAR

Elif AYAN DURHAN*

ÖZET

Miras ortaklığında elbirliği hâlinde hak sahipliği söz konusudur. Dolayısıyla terekeye ilişkin yönetim ve tasarruf işlemlerinin yapılabilmesi için mirasçuların oybirliği ile karar almaları gerekir. Mirasçuların tek başlarına ya da oyçokluğuyla bu tür işlemleri yapamamaları, doktrinde “birlikte hareket etme ilkesi” olarak ifade edilmektedir. Bu ilkenin katı bir şekilde uygulanması, miras ortaklığında karar alınamamasına ve ortaklığın hantal bir yapıya bürünmesine neden olabilir. Oluşabilecek sakıncaları gidermeye yönelik, mirasbırakan, gerek sağlararası işlemler gerekse ölüme bağlı tasarruflar yoluyla bazı tedbirler alabilir. Aynı şekilde kanun koyucu da söz konusu ilkeyi yumuşatmaya yönelik bazı istisnai hükümler öngörmüştür. Nihayet mirasçılar da kendi aralarında sözleşme yaparak birlikte hareket etme ilkesinin yerine çoğunluk ilkesini benimseyebilirler.

Anahtar Kelimeler: Miras Ortaklığı, Elbirliği Hâlinde Mülkiyet, Birlikte Hareket Etme İlkesi, Çoğunluk İlkesi, Yönetim ve Tasarruf İşlemleri

THE LEGAL METHODS TO REMEDY THE DAMAGES ARISING FROM THE PRINCIPLE OF ACTING TOGETHER IN THE INHERITANCE PARTNERSHIP

ABSTRACT

In inheritance partnership, there is a property relationship in case of cooperation. Therefore, the heirs must take a unanimous decision in order for the management and disposition of the estate to be carried out. The inability of the heirs to carry out such transactions alone or by majority is expressed as the principle of acting together in the doctrine. The strict implementation of this principle may cause inability to take a decision in the inheritance partnership and cause the partnership to take on a cumbersome structure. In order to eliminate the inconveniences that may occur, the legator may take some measures, both in his health and through dispositions of property upon death. Likewise, the legislator has envisaged some exceptional provisions to soften the said principle. Finally, the heirs can adopt the majority

* **Arş. Gör. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı/ANKARA, e-posta: elif.ayan@hbv.edu.tr,

ORCID: 0000-0001-5462-9013.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1116344

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 17/02/2022

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 08/04/2022

principle instead of the principle of acting together by making a contract among themselves.

Keywords: *Inheritance Partnership, Cooperative Ownership, Acting Together Principle, Majority Principle, Management and Saving Transactions*

GİRİŞ

Miras ortaklığında kural olarak birlikte hareket etme ilkesi kabul edilmiştir. Buna göre mirasçılar terekenin taksimine kadarki dönemde, terekeye konu olan hukuki değerler ile ilgili tasarrufta bulunurken ya da terekeyi yönetirken birlikte hareket etmek zorundadırlar. Ancak bu ilkenin katı bir şekilde uygulanması, hukuki sorunları da beraberinde getirmektedir. Öyle ki, miras ortaklığının menfaatine de olsa sırf bir mirasçının karşı çıkmasından dolayı bazı hukuki işlemlerin yapılamaması, adeta miras ortaklığının kilitlenmesi sonucunu doğurabilmekte ve terekenin yıllarca âtil beklemesi gibi durum ortaya çıkabilmektedir. Bu çalışmamızda birlikte hareket etme ilkesinin ne anlama geldiği, bu ilkeden doğan sakıncaları gidermeye yönelik hukuki yolların neler olduğu inceleme konusu yapılmıştır.

I. GENEL OLARAK MİRAS ORTAKLIĞI VE BİRLİKTE HAREKET ETME İLKESİ

Miras ortaklığı, mirasbırakanın ölümü ile birlikte kendiliğinden kurulur ve terekenin paylaşımına kadar geçen dönemi ifade eder. Miras ortaklığı geçici nitelikte olup, ortaklığın amacı terekenin taksimidir¹. TMK m. 640/f. 1’de ise miras ortaklığı, “*birden çok mirasçı bulunması halinde, mirasın geçmesiyle birlikte paylaşmaya kadar, mirasçılar arasındaki terekedeki bütün hak ve borçları kapsayan bir ortaklık meydana gelir*” şeklinde açıklanmıştır.

Miras ortaklığının varlığı için birden fazla mirasçının bulunması gerekir. Mirasbırakanın tek bir mirasçısı varsa, miras ortaklığı kurulmadan terekenin doğrudan el değiştirdiği kabul edilir². Diğer taraftan miras ortaklığı

¹ Dilşad Keskin/Reyhan Demircioğlu, *Medeni Hukuk II (Eşya Hukuku-Miras Hukuku)*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 243; Nuri Erişgin, “Birlikte Mirasçıların Miras Bırakanın Banka Hesabı Üzerindeki Tasarruf Yetkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52 (3), 2003, s. 124; Barbara Graham-Siegenthaler, *CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Art. 457-640 ZGB, Art 602, 2016, s. 339.

² Ayşe Nur Merve Yazıcı, *Miras Ortaklığının Paylaşmadan Önceki Durumu*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 20; Oruç Hami Şener, “Tereke Temsilcisi Atanmasına İlişkin İlke ve Esaslar”, *Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan*, 3, 2013, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/jya->

kanundan dolayı kendiliğinden kurulmaktadır ve bu ortaklığın tüzel kişiliği bulunmamaktadır³. Miras ortaklığında külli halefiyet ilkesi geçerli olduğundan, terekede yer alan intikale elverişli bütün haklar, mirasbırakanın ölümüyle birlikte kendiliğinden, herhangi bir devir işlemi yapmaya gerek kalmadan mirasçılara intikal eder⁴.

Miras ortaklığı söz konusu olduğunda, mirasçılar terekede yer alan taşınır ve taşınmazlar üzerinde elbirliği hâlinde mülkiyet hakkına (*Gesamteigentum*) sahip olurlar⁵. Birlikte mülkiyet hallerinden biri olan elbirliği hâlinde mülkiyet, ancak kanunda açıkça öngörülen hallerde kurulabilir⁶. Miras ortaklığı da kanun koyucunun elbirliği halinde mülkiyeti öngördüğü hallerden biridir (TMK m. 640/f. 2)⁷.

Elbirliği hâlinde mülkiyette birden fazla kişinin hakkı, maddi olarak bölünmemiş bir eşyanın tamamına yayılmaktadır ve kişilerin hakları belli paylarla sınırlandırılmamaktadır (TMK m. 701). Elbirliği hâlinde mülkiyetin doğal sonucu olarak, mirasçılar terekedeki hukukî değerler üzerinde tek başlarına ya da oy çokluğuyla tasarrufta bulunamazlar, ancak birlikte hareket edebilirler. Tereke mallarını birlikte kullanırlar ve bunlardan birlikte

sar/issue/19146/203222> Erişim Tarihi 12 Aralık 2021, s. 2552 (Tereke); Ahmet Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, 2012, s. 290.

³ Mustafa Dural/Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku, Miras Hukuku (C. IV)*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, 2013, s. 451; Zahit İmre/Hasan Erman, *Miras Hukuku*, 12. Baskı, Der Yayınları, 2016, s. 431; Gökhan Antalya, *Miras Hukuku (C. 3)*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 477, 478; Claudia Wehinger/Rahel Reich, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK-Orell Füssli Kommentar, Art 602*, 2016, s. 1155; Kılıçoğlu, s. 289.

⁴ Mehmet Akçaal, “Elbirliği Mülkiyetinde Yönetim”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (2), 2019, s. 227.

⁵ Daha geniş bir ifadeyle, terekedeki mallar ve haklar üzerinde elbirliği hâlinde hak sahipliği meydana gelir. Ali Naim İnan/Şeref Ertaş/Hakan Albaş, *Miras Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 551; Dural/Öz, s. 450, 451. Buna karşılık önceki Medeni Kanun döneminde miras ortaklığında mirasçıların paylı mülkiyet hakkına sahip olduğu kabul ediliyordu. Yazıcı, s. 30.

⁶ Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, 2017, s. 344; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, *Tekinay Eşya Hukuku*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, 1989, s. 631; Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayınevi, 2018, s. 409.

⁷ Miras ortaklığı dışında aile malları ortaklığı, eşler arasında mal ortaklığı ve adi ortaklık rejimi elbirliği halinde mülkiyetin kurulduğu hallerdendir. Bunlar sınırlı sayıdadır. İmre/Erman, s. 428; Keskin/Demircioğlu, s. 94; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 633; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 345; Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2017, s. 304, 305; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 409; Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2016, s. 133.

yararlanırlar. Aynı şekilde terekeyi de birlikte yönetirler. Miras ortaklığında kural olarak birlikte hareket etme ilkesi (*Einstimmigkeitsprinzip*) geçerlidir⁸. Bu ilkenin hukukî dayanağını, TMK m. 702/f. 2 hükmü oluşturmaktadır. Buna göre “*Kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça gerek yönetim gerek tasarruf işlemleri için ortakların oybirliğiyle karar vermeleri gerekir.*” Kanun koyucuyu bu yönde bir düzenleme yapmaya iten sebep, mirasçılardan birinin zararlı davranışlarına karşı miras ortaklığını koruma düşüncesidir⁹.

Miras ortaklığında birlikte hareket etme ilkesi, elbirliği ile mülkiyetin söz konusu olduğu diğer ortaklık ilişkilerine göre daha sıkı bir şekilde düzenlenmiştir. Bunun sebebi, miras ortaklığının diğer ortaklık hallerinden farklı olarak hukuki işlemde değil, kanundan doğmasıdır. Gerçekten miras ortaklığının üyeleri kanuna ve mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufuna göre belirlendiğinden, burada bir nevi tesadüfi bir ortaklık ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Bu ilişkide birlikte hareket etme ilkesinden dolayı çoğunluk kendi görüşünü azınlığa dayatamaz¹⁰.

⁸ Cordula Lötscher, “Das schwarze Schaf in der Erbengemeinschaft”, *Zeitschrift für Erbrecht, Successio*, 174, 2019, <<https://www.swisslex.ch>> Erişim Tarihi 19 Eylül 2021, s. 175; Stephan Wolf, *Die Teilung der Erbschaft*, Berner Kommentar, Art 602-619 ZGB, 2014, s. 29; Keskin/Demircioğlu, s. 244; Erişgin, s. 125; Wehinger/Reich, s. 1156; Pakize Ezgi Akbulut, “Elbirliği Mülkiyeti Çerçevesinde El Atmanın Önlenmesi Davası ve Ecri Misil Tazminatı (Özellikle Miras Ortaklığı Halinde)”, *Legal Hukuk Dergisi*, 16 (181), 2018, s. 74; Eren, s. 136. Miras ortaklığının tüzel kişiliği olmadığından organları da bulunmamaktadır. Dolayısıyla ortaklığın organları aracılığıyla hareket edebilmesi mümkün değildir. Akcaal, s. 227, 228; Kılıçoğlu, s. 292. Konuya ilişkin Y. 8. HD’nin 8.6.2005 T., E. 2005/3431, K. 2005/4335 sayılı kararı şu şekildedir: “*Dava konusu taşınmaz tapuda 1/3’er hisse nispetinde Mehmet, Şükrü ve Necip adına kayıtlıdır. Davacı, dava dilekçesinde taşınmazın tapu kaydının iptaliyle muris Ömer adına veya Ömer mirasçıları adına payları nispetinde tescilini istemektedir. Böyle bir istek terekedeki bütün mirasçıların haklarını kapsayacak ve onlar adına tasarrufta bulunmayı gerektiren bir taleptir. Oysa TMK.nun 640.maddesine göre mirasın geçmesiyle birlikte paylaşmaya kadar mirasçılar arasında terekedeki bütün hak ve borçlar üzerinde bir ortaklık meydana gelir ve mirasçılar terekeye elbirliğiyle sahip olur, terekeye ait bütün haklar üzerinde birlikte tasarruf ederler. Yine, TMK.nun 702/2. maddesine göre, tasarruf işlemleri için ortakların oybirliğiyle karar vermeleri gerekir. Bu hükümler doğrultusunda davacıya muris Ömer Hancı terekesine ait bir temsilci tayin ettirmesi ve temsilci marifetiyle davanın yürütülmesi veya davalı tapu kayıt malikleri dışında diğer mirasçıların davaya katılmasının sağlanması ya da açılan davaya muvafakatlarının alınması gerekir. Davacının tereke adına tek başına hareketle dava şartını yerine getirmeden bu davayı açması mümkün değildir.*” <<https://legalbank.net>> Erişim Tarihi 10.01.2022.

⁹ Şener, *Tereke*, s. 2554; Wolf, s. 31; Graham-Siegenthaler, s. 341. Aynı yönde bkz. YHGK, 1.11.1972 T., E. 1968/2-869, K. 891.

¹⁰ Ama bu durum, mirasçılar arasında oybirliğiyle çoğunluk ilkesine geçişe karar verildiği takdirde, kendi aralarında bu ilkenin uygulanması bakımından engel teşkil etmez. Bir miras-

Birlikte hareket etme ilkesi, kural olarak miras ortaklığı ile ilgili bütün hukukî işlemler¹¹ için geçerlidir. Ancak TMK m. 640/f. 2 ile mehaz İsviçre Medeni Kanun'u ZGB Art 602/2'nin lafzına bakıldığında, sadece ortaklıkla ilgili tasarruf işlemleri için bu ilkenin uygulanacağı sonucuna ulaşılabilir. Gerçekten her iki Kanunda da “*mirasçılar terekeye elbirliğiyle sahip olurlar ve sözleşme veya kanundan doğan temsil ya da yönetim yetkisi saklı kalmak üzere, terekeye ait bütün haklar üzerinde birlikte tasarruf ederler*” hükmüne yer verilmiştir. Bununla birlikte doktrindeki hâkim görüş ve uygulamaya göre, tasarruf işlemlerinin yanı sıra ortaklığın yönetimi ve temsili için de birlikte hareket etme ilkesi uygulanır¹². Nitekim elbirliği hâlinde mülkiyete

çı oybirliğiyle terekeyle ilgili hukuki işlemler bakımından tek başına yetkili kılınabildiğine göre, ortaklık çoğunlukla hareket etme yönünde evleviyetle karar verebilir. Wolf, s. 30, 31.

¹¹ İstisnaen taahhüt işlemleri hakkında birlikte hareket etme ilkesi uygulanmaz. Çünkü hukuk sistemimizde taahhüt işlemi yapabilmek için bir mal üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmaya gerek olmadığına göre, aynı düşünceden hareketle, mirasçılardan biri diğer mirasçıların bilgisi dışında terekedeki bir malı evleviyetle satabilir. Böyle bir durumda söz konusu sözleşme geçerli olur. Ancak mirasçı bu satış sözleşmesini kendi adına yapmışsa, ifa zamanı geldiğinde diğer mirasçıların onayı olmadan söz konusu malı teslim edemeyeceğinden, alacaklının uğradığı müspet zararı TBK m. 112 kapsamında tazmin etmek zorunda kalır. Buna karşılık sözleşme miras ortaklığının adına yapılmışsa, artık ilgili mirasçı ortaklığın yetkisiz temsilcisi haline gelir ve alacaklı TBK m. 47'ye dayanarak uğradığı zararı culpa in contrahendo kapsamında talep edebilir. Rona Serozan/Engin Baki İlkay, *Miras Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 553, 554; Necip Kocayusufoğlu, *Miras Hukuku*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, 1987, s. 692, 693; Özlem Sarı Fidan, *Miras Ortaklığı*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016, s. 35; Dural/Öz, s. 453; Akçaal, s. 216; Antalya, s. 480, 481; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 641; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 348; Sirmen, s. 306; Akbulut, s. 74, 75. Aksi görüşte bkz. Thomas Weibel/Aline Mata, *Die Erbteilung*, Schulthess Juristische Medien AG, 2020, <<https://www.swisslex.ch>> Erişim Tarihi 15 Aralık 2021, s. 12; Wolf, s. 34; İmre/Erman, s. 439; İnan/Ertas/Albaş, s. 553; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 413; Kılıçoğlu, s. 290.

¹² İmre/Erman, s. 434; Sarı Fidan, s. 37; Şener, *Tereke*, s. 2556; Wolf, s. 33; Graham-Siegenthaler, s. 341; Dario Ammann, “Die Erbteilungsklage im schweizerischen Erbrecht unter besonderer Berücksichtigung der Kompetenzen des Erbteilungsgerichts (de lege lata und de lege ferenda)”, *SSZR-Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht*, Band/ Nr. 33, 2020, <<https://www.swisslex.ch>> Erişim Tarihi 5 Ocak 2022, s. 16-36, s. 23. Buna karşılık Lötscher'e göre, birlikte hareket etme ilkesinin uygulama alanı miras ortaklığına ilişkin tasarruf işlemleri ile sınırlı olmalı, yönetim işlemleri ile ilgili paylı mülkiyet modeli benimsenmelidir. Yazar görüşünü gerekçelendirirken, Alman hukukunda da aynı esasın kabul edildiğinden yola çıkmaktadır (BGB 2038). Gerçekten Alman hukuku, miras ortaklığında yönetim işleri bakımından birlikte yönetim, çoğunlukla yönetim ve tek başına yönetim şeklinde bir ayırım yapmıştır. Sadece olağanüstü işlerde birlikte yönetim kabul edilmiştir. Olağan yönetim işleri ise çoğunluk ilkesine tabi tutulmuştur. Buna karşılık miras ortaklığının korunması için gerekli önlemleri alma konusunda ise tek başına yönetim ilkesi benimsenmiştir, Lötscher, s. 196, 197. Kanaatimizce, kanun koyucu, miras ortaklığının yönetim işleri ile tasarruf işlemleri arasında ayırım yapmadan bir bütün olarak elbirliği hâlinde mülkiyete tabi tutmuştur. Sırf lafzi yorum yaparak (TMK m. 640/f. 2), yani “miras ortaklığındaki

ilişkin genel hüküm niteliği taşıyan TMK m. 702/f. 2'den hareketle de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Dolayısıyla örneğin, terekeye dahil bir arazinin üzerine bina inşa edilebilmesi, olağan yönetimin sınırlarını aşan bir onarım işinin yapılabilmesi için mirasçıların oybirliğine ihtiyaç vardır. Bu noktada mirasçılar iradelerini açıkça ya da zımmen ortaya koyabilirler; hatta alınmış bir karara sonradan da katılabilirler¹³.

Birlikte hareket etme ilkesinin uygulandığı tasarruf işlemleri ile yönetim işlemlerinin sayısı oldukça fazladır. Tasarruf işlemi olarak terekedeki bir malın mülkiyeti devredilebilir, üzerinde sınırlı ayrı hak kurulabilir, bir alacak hakkı devredilebilir veya ortadan kaldırılabilir. Hatta yenilik doğuran hakların kullanımı da tasarruf işlemidir. Buna karşılık yönetim işlemleri, terekeye dahil değerlerin korunmasına ve bu değerlerin artırılmasına, oluşabilecek olası kayıpları azaltmaya yönelik işlemlerdir. Söz konusu işlemlerin kapsamına, tereke konusu şeye değer biçme, onu güvence altına alma, borç ödeme, taşınmazların bakımı ve korunması, terekeye ilişkin dava ve takipler gibi bütün hukukî ve fiilî işlemler girer¹⁴.

Birlikte hareket etme ilkesinin terekeyle ilgili bütün hukukî ve fiilî işlemleri kapsamaması, özellikle mirasbırakan tarafından herhangi bir koruyucu tedbir öngörülmediğinde ileride miras ortaklığında tıkanmalara neden olabilir. Gerçekten bir taraftan birlikte hareket etme ilkesi, çoğunluk karşısında azınlığın korunmasına hizmet ettiğinden ve terekenin bütün mirasçılar ile alacaklılar yararına olduğu gibi korunmasını sağladığından faydalıdır. Ancak diğer taraftan söz konusu ilkeden dolayı her mirasçı veto hakkına sahiptir ve bu hakkın kötüye kullanılma ihtimali her zaman için vardır. Bu da miras ortaklığında karar alınmasını zorlaştırabilir; basit işlemlerin bile yapılamaz hale gelmesine yol açabilir. Dolayısıyla miras ortaklığı hantal bir yapıya

haklar üzerinde birlikte tasarruf edebilirler" yönündeki ifadeden hareket ederek, hükmün kapsamına yönetim işlerinin dahil olmadığını söylemek, kanun koyucunun amacına uygun düşmez. Kaldı ki, miras ortaklığında yönetim işleri için paylı mülkiyet modelini kabul etmek, tasarruf işlemleri için ise birlikte hareket etme ilkesini uygulamak kendi içinde çelişki oluşturur. Birlikte hareket etme ilkesinin zorlukları karşısında paylı mülkiyete geçiliyorsa, miras ortaklığındaki sistemin tamamen buna entegre olacak şekilde kanunda değişiklik yapmak gerekir. Ancak böyle bir durumda miras ortaklığında ortakların belirlenmiş payları söz konusu olmadığından, paylı mülkiyete ilişkin hükümlerin nasıl uygulanacağı sorunu ortaya çıkar. Örneğin, önemli yönetim işleri için geçerli olan pay ve paydaş çoğunluğu şartını miras ortaklığına uygulayabilmek için niteliği gereği mümkün olmaz.

¹³ Akçaal, s. 229; Antalya, s. 481; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 639, Kocayusufoğlu, s. 692.

¹⁴ Lötscher, s. 176; Serozan/Engin, s. 552; Akçaal, s. 227; Wolf, s. 34.

bürünebilir ve işlem kabiliyetini yitirebilir¹⁵. Bunun sonucunda elbirliği ile mülkiyete dayanan ortaklık ilişkisi, taraflar için çekilmez bir hâl alır ve bu mülkiyetten beklenen faydanın yerini yol açtığı zararlar alır¹⁶.

Bütün bu sakıncalar karşısında doktrindeki bazı yazarlar¹⁷, önceki Medeni Kanun dönemindeki düzenlemeye¹⁸ geri dönülmesinin daha isabetli bir yaklaşım olacağını savunmuşlardır. Yani onlara göre, miras ortaklığı devam ettiği sürece mirasçılarının terekedeki mallar üzerinde paylı mülkiyet hakkının bulunduğu kabul edilmelidir. Böylece mirasçılar arasında oybirliği şartı sağlanamasa bile, paylı mülkiyet için aranan karar yeter sayılarına ulaşıldığında (örneğin önemli yönetim işleri için gereken pay ve paydaş çoğunluğu temin edildiğinde), miras ortaklığının çalışamaz hale gelmesi en baştan engellenmiş olur.

Kanaatimizce elbirliği hâlinde mülkiyet, miras ortaklığının yapısına en çok uyan birlikte mülkiyet türüdür. Çünkü bu sayede mirasçıların birbirlerinin aleyhine hukukî işlem yapmalarının önüne geçilmekte ve mirasçıların münferit menfaatleri karşısında ortaklığın objektif menfaatleri daha iyi bir şekilde korunmaktadır. Bu noktada elbirliği hâlinde mülkiyetten doğan birlikte hareket etme ilkesinin yol açabileceği sakıncalar karşısında, yapılması gereken, bu ilkeye bazı istisnalar getirmektir¹⁹. Nitekim bu durumun farkında olan kanun koyucu da getirdiği istisnalarla birlikte hareket etme ilkesini yumuşatmıştır (TMK m. 640/f. 3, 4, TMK m. 642, TMK m. 644, TMK m. 677, TMK m. 550, TMK m. 592²⁰).

Aynı şekilde mirasbırakan da bazı koruyucu tedbirler alarak miras ortaklığında ileride oluşabilecek olumsuzlukların önüne geçebilir. Aşağıdaki başlıklarda birlikte hareket etme ilkesine yönelik istisnalarla birlikte mirasbırakan tarafından öngörülebilecek koruyucu tedbirlerin neler olduğu, herhangi bir tedbir öngörülmemesi durumunda hangi hukuki yollara

¹⁵ Lötcher, s. 175, 176; Serozan/Engin, s. 552; Ammann, s. 24.

¹⁶ Akçaal, s. 217.

¹⁷ Bilgi için bkz. İmre/Erman, s. 447; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 354.

¹⁸ 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi m. 581'e göre, "Mirasçı birden ziyade ise, terekedeki haklar ve borçlar taksime kadar müşa kalır. Tereke mirasçıların mülkü olup, mukavele veya kanun ile muayyen temsil ve idare hakları mahfuz kalmak üzere mirasçılar, bunda müştereken tasarruf ederler. Mirasçılardan birinin talebi üzerine hâkim, taksimin icrasına kadar miras şirketine bir mümessil tayin edebilir."

¹⁹ Aynı yönde bkz. İmre/Erman, s. 448.

²⁰ Yazıcı, s. 31, 32; Akbulut, s. 78.

başvurulabileceği meseleleri ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.

II. BİRLİKTE HAREKET ETME İLKESİNİN İSTİSNALARI

Mirasçılar arasında oybirliği sağlanamadığında, miras ortaklığının hangi şartlar altında işlem yapabileceğinin belirlenmesi önemlidir. Konuya ilişkin TMK m. 640/f. 2’de birlikte hareket etme ilkesinin kanundan ve sözleşmeden doğan yönetim ve temsil yetkisine ilişkin istisnalarının bulunduğu hüküm altına alınmıştır. Bunun dışında doktrin ve uygulama tarafından da söz konusu ilkeye ilişkin bazı istisnalar kabul edilmiştir.

A. Kanundan Doğan İstisnalar (TMK m. 640/f. 2)

Kanundan doğan istisnalar değerlendirilirken, zorunlu hallerde mirasçılardan birinin harekete geçmesi, vekâletsiz iş görmeden doğan davranışlar ve tereke temsilcisi atanması gibi hususlar ele alınmalıdır.

1. Terekeye Dahil Bir Malın Korunmasına İlişkin Zorunlu Haller (Acil Durumlar) (TMK m. 640/f. 4)

Önceki Medeni Kanun döneminde elbirliği hâlinde mülkiyete konu bir malın korunması gereken hallerde de ortakların birlikte hareket etmesi gerekmekte idi. Bu durum uygulamada sorunlara neden olunca, 11.10.1982 tarih ve 3/2 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı²¹ ile çözüm üretilmeye çalışılmıştır. Ancak yeni Medeni Kanun, gerek elbirliği hâlinde mülkiyete ilişkin genel hüküm niteliğindeki TMK m. 702/f. 4 ile gerek miras ortaklığına yeni bir hüküm (TMK m. 640/f. 4) getirerek, elbirliği hâlinde maliklere, miras ortaklığı özelinde ise mirasçılardan her birine tek başına hareket edebilme imkânı vermiştir²². Gerçekten ilgili hükme göre “*Mirasçılardan her biri, terekedeki hakların korunmasını isteyebilir. Sağlanan korumadan mirasçıların hepsi yararlanır.*”

Dikkat edilirse, kanun koyucu, sadece terekeye dahil bir malın korunması için zorunlu olan hallerde, diğer bir ifadeyle acil durumlarda, birlikte hareket etme ilkesinden ayrılmış ve bu tür durumlarda mirasçılardan her birine

²¹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile mirasçılardan biri terekede yer alan bir malı korumak için tek başına dava açtığına, bu dava, taraf teşkili sağlanamadığı için hemen reddedilmiyor, onun yerine mahkeme tarafından diğer mirasçılara davaya katılabilmeleri için uygun bir süre veriliyordu. Bu süre içerisinde de mirasçılar davaya katılmazsa, mahkeme yine davayı reddetmiyor, mirasçılardan birinin talepte bulunması üzerine terekeye temsilci atayıp davaya devam ediyordu. Dural/Öz, s. 454.

²² Dural/Öz, s. 454; Sarı Fidan, s. 88.

terekenin kanuni temsilcisi olarak dava açabilme, icra takibine girişebilme ve ortaklık adına hukukî işlem yapabilme yetkisi tanımıştır²³. Dolayısıyla terekede yer alan bir malın korunmasıyla ilgili olmayıp, terekeye yeni hakların ilave edilmesini sağlayan hukuki yollara mirasçılar tek başlarına başvuramazlar²⁴.

Türk hukukunda genel olarak bir hakkın hemen kullanılmaması halinde o hakkın ortadan kalkacağı ya da talep edilemeyeceği haller acil durum olarak nitelendirilmektedir²⁵. Örneğin, dava açılması için kısa bir süre kalmışsa, açılmadığında hak düşürücü süre dolacaksa ya da ortaklık zarar göreceksa acil durumdan söz edilebilir. Aynı şekilde bir taşınmaza yönelik saldırıyı önlemek amacıyla ya da haksız zilyede karşı miras sebebiyle istihkak davası açılması hallerinde de acil durumdan bahsedilir²⁶. İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında ise, acil durumun varlığı, ancak miras ortaklığının zamanında karar alabilmesi mümkün değilse ve zaman sıkıntısından dolayı terekeye temsilci atanamıyorsa kabul edilmektedir²⁷. Örneğin, terekeye dahil bir evin akan çatısı kısa süre içinde onarılmadığında, miras ortaklığı bundan zarar göreceksa, her mirasçı bu onarımı diğer mirasçıların onayını almadan yapabilir. Çünkü gecikmesinde sakınca bulunan hallerde birlikte hareket etme

²³ Lötcher, s. 178; Sarı Fidan, s. 89; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 413. Bununla birlikte doktrinde acil olmayan durumlarda da mirasçılardan birinin terekeyle ilgili dava açabileceği, fakat bu davayı diğer mirasçılarla birlikte yürütebileceği ya da terekeye bir temsilci atanması gerektiği yönünde görüşler de ileri sürülmektedir. Gökçen Topuz/Seçkin Topuz, "Miras Ortaklığında Mirasçıların Dava Arkadaşlığı", 2008, S. 3, *Ankara Barosu Dergisi*, s. 64, dn. 26. Buna karşılık Yargıtay kararlarında TMK m. 640/f. 4'ün uygulama alanının yalnızca terekenin korunması ile (acil durumlarla) sınırlı tutulduğu, bunun dışındaki hallerde birlikte hareket etme ilkesinin uygulandığı görülmektedir. Konuya ilişkin Y.3 HD. E. 2003/13090, K. 2003/13274 sayılı kararı şu şekildedir:

"...Uyuşmazlık konusu olayda, davacı, murisinden intikal eden taşınmaza (paydaş bulunmayan) davalının elatmasının önlenmesi ile birlikte ecrimisil istemiştir. Terekeye dahil bir taşınmaza elatmanın önlenmesi davası "terekedeki hakların korunması" kavramına dahil olduğundan mirasçılardan herhangi birisi veya birkaçı tarafından açılabilir. Buna karşın ecrimisil davası, "terekedeki hakların korunması" ile ilgili olmayıp terekedeki taşınmazdan yararlanmaya yönelik bulunmaktadır. Böyle bir durumda ana kural gereğince birlikte hareket etme gereği vardır. Bu nedenle, iştirak halinde mülkiyet konusu olan bir mal veya hakka ilişkin (örneğin uyuşmazlık konusu olan olayda olduğu üzere -ecrimisil-) davalının, -bağımsız olarak açıldığı takdirde elbirliği (iştirak) halindeki maliklerin (paydaşların) hepsi tarafından veya hepsine karşı birlikte açılması zorunludur..." <<https://www.kazancihukuk.com>> Erişim Tarihi 15.12.2021.

²⁴ Kılıçoğlu, s. 298.

²⁵ Topuz/Topuz, s. 61.

²⁶ Akbulut, s. 77, 78; Kocayusufoşaoğlu, s. 694.

²⁷ Lötcher, s. 178; Wolf, s.41.

ilkesi uygulanmaz²⁸.

Acil durum varsa, her mirasçı diğer mirasçıların (farazi) onaylarının olup olmadığına bakılmaksızın kanun gereği terekeyi temsile yetkilidir. Söz konusu mirasçı miras ortaklığına karşı sorumludur. Ayrıca aciliyet bulunduğu bir mirasçının yapmış olduğu işlemler, diğer mirasçıların onayı olmasa da geçerlidir. Fakat aciliyet durumu sona erer ermez, bu mirasçının kanuni temsil yetkisi de ortadan kalkar²⁹. Bu halde diğer bütün mirasçıların davaya katılmaları ya da terekeye temsilci atamaları gerekir³⁰.

Diğer taraftan acil durumda açılan davanın sonucu lehe olursa bundan mirasçıların tamamı yararlanır; ancak karar aleyhe olursa sadece davacı mirasçı açısından hüküm ve sonuç doğurur³¹.

2. Vekâletsiz İş Görme (TBK m. 526)

Kanun koyucu, miras ortaklığında açıkça öngörmese de tıpkı onun gibi elbirliği hâlinde mülkiyet ilişkisinin söz konusu olduğu başka bir ortaklık türü olan adi ortaklıklarda, vekâletsiz iş görmenin söz konusu olabileceğini açıkça hükme bağlamıştır. Gerçekten TBK m. 530/f. 2'ye göre “*adi şirket ortaklarından biri, işin yönetimi konusunda yetkili olmamasına rağmen şirketin işini görürse ya da yetkisinin sınırlarını aşarak şirket hesabına muamelede bulunursa; o ortak hakkında vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanır.*” Aralarındaki benzerlikten dolayı gerek TBK m. 530/f. 2 hükmünün kıyasen uygulanması ile gerek vekâletsiz iş görmeye ilişkin genel hüküm niteliğindeki TBK m. 526'ya dayanarak miras ortaklığı hakkında da vekâletsiz iş görmenin uygulama alanı bulacağı söylenebilir. Nitekim doktrinde de genel olarak vekâletsiz iş görmenin miras hukuku bakımından da geçerli olduğu kabul edilmektedir. Buna göre bir mirasçı, yetkisi olmasa bile vekâletsiz iş görmenin şartları gerçekleştiği takdirde miras ortaklığı adına ve hesabına hareket edebilir ve gerçek (caiz) vekâletsiz iş gören gibi değerlendirilebilir³².

Gerçek vekâletsiz iş görmede, iş gören iş sahibinin menfaatine uygun hareket etmektedir, fakat onun iş sahibinin hesabına hareket etme yetkisi yoktur. Gerçek vekâletsiz iş görmenin söz konusu olabilmesi için iş sahibinin

²⁸ Weibel/Mata, s. 14.

²⁹ Löttscher, s. 178.

³⁰ Topuz/Topuz, s. 61.

³¹ Dural/Öz, s. 454; Serozan/Engin, s. 556; Kılıçoğlu, s. 299.

³² Löttscher, s. 179; Wolf, s. 42.

kanunen geçerli bir yasaklamasının bulunmaması ve iş sahibinin farazi iradesi dikkate alındığında işin görülmesinin onun için zaruri olması gerekir³³.

Bu şartlar gerçekleştiğinde vekâletsiz iş gören, işin görülmesi için yaptığı zorunlu ve faydalı masraflarla birlikte ücret ödenmesi konusunda bir teamül varsa hak ettiği ücreti ve uğradığı zararların tazminini isteyebilir (TBK m. 529). İş sahibi ise, vekâletsiz iş görme nedeniyle iş görenin elde ettiği bütün menfaatlerin kendisine devrini isteyebilir³⁴.

Doktrine göre miras ortaklığı bakımından aciliyet teşkil etmeyen hallerde de gerçek vekâletsiz iş görmeye ilişkin TBK m. 526'ya başvurulabilir³⁵. Örneğin, diğer mirasçılardan onayı olmadan terekeye dahil olan bir taşınmazın değerini artırmaya yönelik faaliyette bulunan bir mirasçı, vekâletsiz iş gören olarak nitelendirilebilir³⁶. Kanaatimizce, zaten acil durumlarda vekâletsiz iş görmenin şartları gerçekleşmese bile mirasçılardan her birine tek başına hareket etme imkânı tanınmıştır (TMK m. 640). Dolayısıyla vekâletsiz iş görme, esasen acil olmayan durumlar bakımından önem arz eder.

Diğer taraftan miras ortaklığı vekâletsiz iş gören konumundaki bir mirasçının yaptığı işleme sonradan onay verirse, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulur (TBK m. 531).

3. Tereke Temsilcisi Atanması (TMK m. 640/f. 3)

Uyuşmazlığın söz konusu olduğu bir miras ortaklığından çıkış yollarından biri, terekeye temsilci atanmasıdır. Tereke temsilcisi atayarak miras ortaklığındaki birlikte hareket etme ilkesinden kaynaklanan sakıncalardan kurtulmak mümkündür. Tereke temsilcisi, mirasçıların anlaşmasıyla (oybirliği ile verecekleri bir kararla) belirlenebileceği gibi, mirasçılardan birinin talebi üzerine mirasbırakanın son yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesi tarafından da atanabilir (TMK m. 640/f. 3). Mahkeme tarafından tereke temsilcisi tayin edilirken, diğer mirasçıların onayına gerek yoktur. Eğer mirasbırakan tarafından daha önceden vasiyeti yerine getirme görevlisi atanmışsa veya

³³ Ümmühan Kaya, *Vekâletsiz İşgörme (Özel Uygulama Alanı: Acil Tıbbi Müdahaleler)*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020, s. 70. Vekâletsiz iş görmenin şartları ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Haluk Tandoğan, *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme*, Fakülteler Matbaası, 1957, s. 74 vd.

³⁴ Kaya, s. 136 vd.

³⁵ Wolf, s. 42.

³⁶ Kaya, s. 95.

mahkeme tereke yöneticisini belirlemişse, artık tereke temsilcisi atanamaz. Çünkü tereke temsilcisine olan ihtiyaç ortadan kalkmaktadır³⁷.

Tereke temsilcisi, miras ortaklığının kanuni temsilcisi olarak terekenin yönetimi ve korunması için gerekli olan her türlü hukukî işlemi yapmaya yetkilidir. Örneğin, tereke konusu şeyi elinde haksız olarak bulunduranlara karşı el atmanın önlenmesi davasını açabilir, tereke borçlarını ödeyebilir. Buna karşın terekeye dahil değeri üçüncü bir kişiye devredemez, mirası mirasçılar arasında paylaştıramaz³⁸. Tereke temsilcisinin yaptığı hukuki işlemlerden doğan sorumluluk mirasçılara aittir³⁹.

İsviçre Federal Mahkemesi, tereke temsilcisi atanması için mirasçılar arasında zedelenmiş bir güven ilişkisinin varlığını yeterli görürken, doktrindeki yazarlar miras ortaklığının işlem kabiliyetsizliğinden doğan en azından somut bir tehlikenin gerekli olduğunu savunmaktadırlar⁴⁰.

B. Sözleşmeden Doğan İstisnalar

A. Genel Olarak

Aksi görüşteki bir mirasçıdan dolayı miras ortaklığı işlem yapamaz duruma geldiğinde, ortaklık bizzat alacağı bir kararla birlikte hareket etme ilkesinden kurtulabilir. Bu ilkeden kurtulma, örneğin, sözleşme ile temsilci atanması⁴¹ yoluyla gerçekleştirilebileceği gibi, miras ortaklığını başka bir

³⁷ Dural/Öz, s. 463; Yazıcı, s. 82-84; Sarı Fidan, s. 97, 98; Şener, *Tereke*, s. 2575; İnan/Ertaş/Albaş, s. 555; İmre/Erman, s. 449, 450. Tereke temsilcisi hakkında daha detaylı bilgiye ulaşmak için bkz. Jennifer Picononi, *Der Erbenvertreter nach Art. 602 Abs. 3 ZGB*, Schulthess Juristische Medien AG, 2004, s. 17 vd., Murat Oruç, *Miras Ortaklığı Temsilcisi*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2020, s. 25 vd., Mustafa Alper Gümüş, *Tereke (Miras Ortaklığı) Temsilcisi (TMK m. 640/III)*, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, 2020, s. 46 vd.

³⁸ Weibel/Mata, s. 14; Dural/Öz, s. 464; Sarı Fidan, s. 104.

³⁹ Yazıcı, s. 82; İnan/Ertaş/Albaş, s. 557.

⁴⁰ Löttscher, s. 182. Mirasçılar arasında herhangi bir uyuşmazlık bulunmasa dahi terekenin büyüklüğü ve dağılımı dolayısıyla tereke temsilcisinin atanabileceği yönünde bkz. İnan/Ertaş/Albaş, s. 556. Aksi yönde bkz. Antalya, s. 486; Kocayusufoğlu, s. 697.

⁴¹ Bütün mirasçılar tarafından bir ya da birden çok kişiye genel bir temsil yetkisi verilebileceği gibi, tereke konusu bir malın devri gibi belli hukukî işlemler için özel temsil yetkisi de verilebilir. Kural olarak temsil yetkisi şekle tabi değildir, ancak bankalara ve resmi makamlara karşı ispat gerekçesiyle ve işlem güvenliğinin sağlanabilmesi için bu yetkinin kural olarak yazılı şekilde verilmesi ve bütün mirasçılar tarafından imzalanması gerekir. Wolf, s. 36. Sözleşme ile temsilci atanması halinde, atanmış temsilci tek başına hareket eder (TMK m. 640/f. 2). Bu temsilci, TBK m. 40 vd. hükümlerine tabi olduğundan, mirasçılar verdikleri temsil yetkisini her zaman geri alabilirler (TBK m. 42). Dural/Öz, s. 452. Buna

ortaklığa⁴² ya da paylı mülkiyet ilişkisine dönüştürme (TMK m. 644) şeklinde de gerçekleştirilebilir. Ancak bu kararların geçerliliği için mirasçıların oybirliği şarttır⁴³.

2. Miras Ortaklığı Tarafından Çoğunluk İlkesinin Uygulanmasına Karar Verilmesi

Miras ortaklığında uzlaşma sağlanamadığında, bütün mirasçılar bir araya gelerek kendi aralarında birlikte hareket etme ilkesinin uygulanmayacağını, onun yerine çoğunluk ilkesinin geçerli olduğunu kararlaştırabilirler⁴⁴. Burada çoğunluk ilkesi ile neyin kastedildiği, yani kişi sayısına göre mi yoksa olası miras paylarına yönelik mi çoğunluğun kastedildiği mirasçılar arasındaki sözleşmeye göre belirlenir⁴⁵. Bu ilkenin uygulanabilmesi için tıpkı miras ortaklığını adi ortaklığa dönüştürmede ya da temsilci atamada olduğu gibi oybirliği şartının sağlanması gerekir. Bununla birlikte bazı yazarlara göre, mirasçılar çoğunluk ilkesine onay verdikten sonra bundan tek taraflı olarak dönebilirler; bu halde birlikte hareket etme ilkesi yeniden uygulama alanı bulur⁴⁶.

C. Doktrin ve Uygulamada Kabul Edilen İstisnalar

1. Miras Ortaklığının Belli Bir Mirasçıya Yönelttiği Talepler

Miras ortaklığının tüzel kişiliği olmadığından, taraf ehliyeti de bulunmaz. Dolayısıyla kural olarak miras ortaklığının üçüncü bir kişiye

karşılık İsviçre Federal Mahkemesi, mirasçıların verdikleri yetkiyi ancak oybirliğiyle geri alabileceği görüşündedir. Wehinger/Reich, s. 1158.

⁴² Miras ortaklığının tüzel kişiliği olmayan adi ortaklığa (TBK m. 620 vd.) ya da aile malları ortaklığına (TMK m. 373 vd.) dönüştürülmesi mümkün olduğu gibi Türk Ticaret Kanunu'na tabi bir ticaret ortaklığı da kurulabilir. Bu hallerde miras ortaklığı sona erdiği için artık miras hukuku hükümleri değil, hangi ortaklığa geçilmişse ona ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. Dural/Öz, s. 467; Sarı Fidan, s. 126. Bu noktada kanaatimizce adi ortaklık ile aile malları ortaklığında da ortakların oybirliği ile karar almaları gerektiğinden, miras ortaklığının bu iki ortaklıktan birine dönüştürülmesi, pratik açıdan herhangi bir farklılık oluşturmaz, yani birlikte hareket etme ilkesini bertaraf etmez. Buna karşılık miras ortaklığının ticaret ortaklıklarından birine (örneğin limited şirkete) dönüştürülmesi ile ortaklar birlikte hareket etme ilkesinden kurtulmuş olurlar. Çünkü böyle bir durumda hukuken geçerli bir karar alabilmek için TTK'da aranan toplantı ve karar yeter sayılarına ulaşılmış olması gerekli ve yeterlidir.

⁴³ Löttscher, s. 177.

⁴⁴ Aksi yönde bkz. Şener, *Tereke*, s. 2557; Wehinger/Reich, s. 1157.

⁴⁵ Wolf, s. 38.

⁴⁶ Löttscher, s. 185, 186.

karşı dava açabilmesi için mirasçılardan birlikte hareket etmesi gerekir. Çünkü mirasçılar arasında kural olarak mecburi dava arkadaşlığı söz konusudur. Aynı durum, üçüncü kişilerin miras ortaklığına karşı açacağı davalar için de geçerlidir⁴⁷. Dolayısıyla terekeye dahil olup konusu paradan başka bir şey olan davaların, örneğin, istihkak davası ya da haksız el atmanın önlenmesi davasının mirasçılardan tamamına karşı açılması gerekir. Mirasçılardan bazıları davalı olarak gösterilmezse, usul ekonomisi gereği mahkeme davayı hemen reddetmez. Onun yerine davacıya bütün mirasçılardan davalı olarak göstermesi için kesin bir süre verir. Bu süre içinde davacı gerekli düzeltmeyi yaparsa davaya devam edilir. Aksi halde dava şartı yokluğundan dava reddedilir⁴⁸.

Ancak üçüncü kişilerin alacağına para olduğu hallerde, davanın bütün mirasçılara karşı açılması gerekmez. Zira mirasçılar mirasbırakanın borçlarından müteselsilen sorumlu olduklarından, alacaklı dilediği mirasçıdan para alacağını tahsil edebilir⁴⁹.

Buna karşılık bir mirasçıya karşı diğer tüm mirasçılardan terekeye ilişkin belli talepleri söz konusu ise, bu tek mirasçının onayına gerek olmadan diğer mirasçılar bir araya gelerek gerekli davaları açabilirler. Mirasçılardan birbirlerine karşı açacağı davalarda birlikte hareket etme ilkesi uygulanmaz⁵⁰. Aksi kabul edilseydi, miras ortaklığı devam ettiği sürece mirasçılardan birbirlerine karşı dava açabilme imkânı ortadan kalkardı. Zira bu tek mirasçıdan kendisine karşı dava açılmasına onay vermesini beklemek, işin niteliği gereği mümkün değildir.

O halde örneğin bir mirasçı, mirasbırakanın ölümünden sonra diğer mirasçılardan hilafına terekeye dahil olan konutta oturduğunda, diğer mirasçılardan tereke temsilcisi olmadan bu duruma itiraz edebilirler mi? Mirasbırakan sağken bu mirasçı ile arasında kira sözleşmesi gibi bir sözleşme yapmışsa,

⁴⁷ İnan/Ertaş/Albaş, s. 553, 554; Sarı Fidan, s. 85; İmre/Erman, s. 441; Topuz/Topuz, s. 61; Akbulut, s. 75; Kılıçoğlu, s. 296; Eren, s. 136.

⁴⁸ Antalya, s. 482; Topuz/Topuz, s. 66.

⁴⁹ Antalya, s. 482; Topuz/Topuz, s. 66.

⁵⁰ Yazıcı, s. 100; İnan/Ertaş/Albaş, s. 555; İmre/Erman, s. 444; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 643; Sirmen, s. 307. Burada bütün mirasçılardan davanın karşılıklı taraflarını oluşturdukları için birlikte hareket etme ilkesinin gerçek olmayan istisnası söz konusudur. Wolf, s. 45. Aynı yönde bkz. Y. 3. HD, E. 2004/10875, K. 2004/11141 sayılı kararı: "Mirasçılardan birbirlerine karşı açacağı davada iştirak halinde hareket etmeleri gerekmez. Terekeye ait bir hakkın borçlusu mirasçılardan biri olduğu takdirde diğer mirasçılardan borçlu mirasçıya karşı dava açmaları mümkündür. Terekenin iştirak halinde olması mirasçılardan her biri hakkında dava açmasına engel değildir." <<https://legalbank.net>> Erişim Tarihi 15.01.2022.

İsviçre Federal Mahkemesi, diğer mirasçılarının buna karşı çıkamayacağını kabul etmektedir. Buna karşılık taraflar arasında kira sözleşmesi gibi herhangi bir hukuki ilişki yoksa, diğer mirasçılar mülkiyet hakkından doğan el atmanın önlenmesi davası (*actio negatoria*) ile her halükârda zilyetlikten doğan davaları açabilirler. Onlar bu hukuki yollara da ancak birlikte başvurabilirler⁵¹.

2. Dava Yoluyla Mirasçılıktan Çıkarılma

Bir mirasçı miras ortaklığını karar alamaz bir duruma getirirse, örneğin, yapılacak düzenlemelere hiçbir haklı gerekçesi olmaksızın karşı çıkarsa, diğer mirasçılarının onu ortaklıktan çıkarıp çıkarmayacağı sorusu akla gelir. Özellikle söz konusu mirasçı ile miras ortaklığına devam etmek diğer mirasçılar için çekilmez bir hâl almışsa, doktrindeki bazı yazarlara göre paylı mülkiyete ilişkin TMK m. 696 hükmü kıyasen uygulanabilir. Buna göre “*kendi tutum ve davranışlarıyla veya malın kullanılmasını bıraktığı ya da fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin tutum ve davranışlarıyla diğer paydaşların tamamına veya bir kısmına karşı olan yükümlülüklerini ağır biçimde çiğneyen paydaş, bu yüzden onlar için paylı mülkiyet ilişkisinin devamını çekilmez hale getirmişse, mahkeme kararıyla paydaşlıktan çıkarılabilir*”⁵².

Bununla birlikte kanaatimizce, TMK m. 696 hükmünün kıyasen uygulanacağı haller TMK m. 697’de⁵³ açıkça belirtildiğinden ve miras ortaklığı da bunların arasında yer almadığından, miras ortaklığına devam etmeyi çekilmez hale getiren mirasçı hakkında, doğrudan doğruya TMK m. 696’ya dayanarak mirasçılıktan çıkarılma davası açılması mümkün değildir. Onun yerine elbirliği hâlinde mülkiyeti sona erdiren sebeplere (TMK m. 703) dayanılabilir. Bu kapsamda elbirliği mülkiyetinin paylı mülkiyete dönüştürülmesi istenebilir (TMK m. 644). Elbirliği mülkiyetine devam etmek için haklı bir sebep yoksa, mahkeme, paylı mülkiyete karar verir ve ancak bu aşamadan sonra TMK m. 696 hükmüne dayanarak miras ortaklığıyla uyumsuz hareket eden mirasçıyı paylı mülkiyet ilişkisinin dışına çıkarmak mümkün hale gelir. Bu noktada doğrudan genel hukuk kuralı niteliğindeki hakkın kötüye kullanılması yasağından (TMK m. 2/f. 2) hareketle aynı sonuca

⁵¹ Lötcher, s. 186.

⁵² Lötcher, s. 198. Bu noktada mirasçılıktan çıkarılan mirasçıya miras payına karşılık maddi bir ödeme yapılması gerekir.

⁵³ TMK m. 697: “*Bir paydaşın çıkarılmasına ilişkin hükümler, kıyas yoluyla pay üzerinde intifa veya diğer bir ayni ya da tapuya şerh edilmiş kişisel yararlanma hakkı sahipleri hakkında da uygulanır.*”

ulaşılıp ulaşılamayacağı tartışılabilir. Hakkın kötüye kullanılmasında hukuk düzeni elde edilmek istenen menfaati kişiye tanımamaktadır. Bu sebeple ortaklıkla uyumsuz davranan mirasçının mirasçılıktan çıkarılmasının dayanağı TMK m. 2/f. 2'deki genel düzenleme olması mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla paylı mülkiyette olduğu gibi güven ilişkisinin önem arz ettiği miras ortaklığında da miras ortaklığıyla uyumsuz hareket eden mirasçıya karşı mirasçılıktan çıkarılma davasının açılabilmesi için buna imkân tanıyan bir kanunî düzenlemeye ihtiyaç vardır. Şu an için böyle bir düzenleme yürürlükte olmadığı için yapılması gereken, mirasın sübjektif kısmi taksim yoluyla paylaşılmasıdır.

3. Diğer İstisnalar

Birlikte hareket etme ilkesi, sadece terekeye ilişkin hakların kullanılmasısıyla ilgilidir. Mirasçılardan her biri, miras hukukuna ilişkin olsa bile kendisine ait hakları talep edebilir. Örneğin, mirasbırakanın yaptığı ölüme bağlı tasarrufların iptalini ya da tenkisini her mirasçı tek başına dava konusu yapabilir⁵⁴.

Bunun dışında bir mirasçı belli bir talebi ileri sürme hakkından vazgeçtiğinde artık onun işleme katılmasına gerek yoktur⁵⁵. Aynı şekilde bir mirasçı için belli bir hak herhangi bir şekilde sona erdiğinde de bütün mirasçıların birlikte hareket etmesi gerekmez. Her iki halde de belli bir tereke konusu ile sınırlı kısmi bir tasfiye durumu söz konusudur⁵⁶.

Yine İsviçre Federal Mahkemesi, birlikte hareket etme ilkesinin amacından hareketle her mirasçıya tek başına terekenin aktifıyla ilgili bilgi alma hakkı tanımıştır. Tabii bu durumdan diğer mirasçıların olumsuz yönde etkilenmemesi gerekir⁵⁷. Bu hakkın tanınmasının sebebi, mirasçıların mirasbırakanın külli halefi olmasıdır⁵⁸.

Aynı şekilde her mirasçının kendi hukuki durumunu güvence altına almasını sağlayan talepler açısından da tek başına hareket etme imkânı vardır. Bu kapsamda her mirasçı tereke temsilcisi atanmasını, terekenin resmî defterinin tutulmasını, terekenin deftere geçirilmesini ve mühürlenmesini tek

⁵⁴ İmre/Erman, s. 444; Ammann, s. 28.

⁵⁵ Antalya, s. 484; Kocayusufoğlu, s. 695.

⁵⁶ Wolf, s. 43.

⁵⁷ Lötscher, s. 187.

⁵⁸ Graham-Siegenthaler, s. 341.

başına talep edebilir⁵⁹.

Nihayet mirasbırakanın borçlarından müteselsilen sorumlu olan mirasçılardan her biri, mirasbırakanın alacaklıları tarafından ileri sürülen alacağın kendisi için söz konusu olmadığını açacağı menfi tespit davası ile kayıt altına alabilir. Federal Mahkeme'ye göre, bu davanın açılabilmesi için mirasçının davayı açmakta hukukî yararının bulunması gerekir. Tespit kararı yalnızca davayı açan mirasçı açısından hüküm ve sonuç doğurur; davaya katılmayan diğer mirasçılıları etkilemez⁶⁰.

III. MİRASBIRAKAN TARAFINDAN ÖNGÖRÜLEN KORUYUCU TEDBİRLER

Mirasbırakan sağlığında önlemler alarak ya da ölüme bağlı tasarruflar yaparak ileride miras ortaklığıyla uyumsuz hareket etme ihtimali olan mirasçıdan ortaklığı kurtarabilir, miras ortaklığının işler durumda olmasını güvence altına alabilir ve münferit malvarlığı değerleri ile ilgili oluşabilecek uzlaşmazlıkların önüne geçebilir.

A. Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi Atama

Mirasbırakanın son arzularını yerine getirme görevi kural olarak mirasçılardır. Ancak mirasçılığın menfaati ile mirasbırakanın yaptığı ölüme bağlı tasarrufun bağdaşmadığı hallerde mirasçılar bunları yerine getirmekten kaçınabilir. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, son arzularının yerine getirilmesi için mirasbırakana yapacağı bir ölüme bağlı tasarrufla bir ya da birden çok kişiyi vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak tayin etme imkânı tanımıştır⁶¹ (TMK m. 550). Böylece tereke temsilcisine olan ihtiyaç da ortadan kalkmış olur. Vasiyeti yerine getirme görevlisi, terekenin yönetimi ve temsili ile ilgili kapsamlı bir yetkiye sahiptir. Gerçekten TMK m. 552/f. 1'e göre, "*mirasbırakan tasarrufunda aksini öngörmüş veya sınırlı bir görev vermiş olmadıkça vasiyeti yerine getirme görevlisi, mirasbırakanın son arzularının yerine getirilmesi için gerekli bütün işlemleri yapmakla görevli ve yetkilidir.*" Dolayısıyla vasiyeti yerine getirme görevlisinin kendi görev alanının içinde yer alan hukukî işlemler için münhasır bir yetkisi bulunmaktadır. Bu alanlarda artık mirasçılığın yetkisi ortadan kalkmaktadır⁶². Vasiyeti yerine getirme görevlisi

⁵⁹ Sarı Fidan, s. 56; Wolf, s. 46, 47; Wehinger/Reich, s. 1157.

⁶⁰ Bkz. BGE 89.II.433, 93.II.14, Kocayusufpaşaoğlu, s. 696.

⁶¹ Yazıcı, s. 67.

⁶² Dural/Öz, s. 189; Akçaal, s. 234.

sadece mirasbırakanın son arzularına göre hareket ettiğinden, mirasbırakan onu atayarak miras ortaklığında ileride oluşabilecek uyuşmazlıkların önüne ölüme bağlı tasarruf yoluyla geçmiş olmakta ve ortaklığın çalışır durumda olmasını güvence altına almaktadır.

B. Transmortal ve Postmortal Temsil Yetkisi

TBK m. 43'e göre, hukuki işlemde doğan temsil yetkisi, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça veya işin özelliğinden anlaşılmadıkça, temsil olunanın veya temsilcinin ölümü halinde sona erer. Dolayısıyla aksi açıkça öngörülen hallerde temsil olunanın ölümüne rağmen temsil yetkisinin varlığı aynı şartlarla devam edebilir. Temsil olunanın sağlığında etkisini göstermeye başlayan ve temsil olunan tarafından ölümü halinde de geçerli olmayı sürdüreceği açıkça belirtilen hallerde, transmortal temsil yetkisinden söz edilir. Buna karşılık temsil olunanın sağlığında verdiği ve ancak ölümünden itibaren etkili olacağını öngördüğü hallerde ise postmortal temsil yetkisinden bahsedilir⁶³.

TBK m. 43'te yalnızca transmortal temsil yetkisi düzenlendiğinden bunun geçerli olduğu doktrinde tartışmasız bir şekilde kabul edilirken, postmortal temsil yetkisinin geçerliliği konusunda şüphe duyulmaktadır. Türk/İsviçre hukukunda hâkim görüş, postmortal temsil yetkisinin de geçerli olduğu yönündedir⁶⁴.

Mirasbırakan vasiyeti yerine getirme görevlisinin alternatifi olarak üçüncü bir kişiye gerek transmortal gerek postmortal temsil yetkileri verebilir. Böylece mirasbırakan ölümünden sonra da terekedeki malvarlığı değerleri ile ilgili kendi düşüncesine göre tasarrufta bulunulmasını sağlamış olur⁶⁵. Bu temsil yetkilerinin mirasçılar tarafından geri alınabilmesi mümkün müdür sorusuna, doktrin ile İsviçre Federal Mahkemesi farklı cevaplar vermektedir. Doktrindeki hâkim görüşe göre⁶⁶, her mirasçı tek başına bu iki temsil yetkisini geri alabilir. Buna karşılık Federal Mahkeme, bunun için mirasçıların oybirliğinin gerekli olduğu düşüncesindedir. Kanaatimizce hâkim görüş

⁶³ Oruç Hami Şener, "Postmortal Temsil Yetkileri ve Ticari Mümessillik", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(1), 2010, <<https://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz11-1/3%20sener.pdf>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2021, s. 118 (Temsil); Dilşad Keskin, "İsviçre Hukukunda Tedbir Vekâleti", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 64 (2), 2015, s. 394, dn. 122.

⁶⁴ Şener, *Temsil*, s. 122.

⁶⁵ Şener, *Temsil*, s. 124.

⁶⁶ Wolf, s. 35.

kabul edilirse, bu tür temsil yetkileri miras ortaklığını içine düşebileceği çıkmazdan kurtarmak için yeterli bir güvence oluşturmaz⁶⁷. Bu durum mirasbırakanın iradesinin kolaylıkla bertaraf edilmesi anlamına geldiğinden, Federal Mahkemenin görüşüne üstünlük tanınmalıdır. Böylece mirasbırakanın iradesine uygun bir şekilde tereke yönetilip temsil edilmiş olur.

C. Karar Vermeyi Kolaylaştırmaya Yönelik Düzenlemeler

Mirasbırakan ölümüne bağlı tasarrufta bulunarak miras ortaklığının karar almasını kolaylaştırmaya yönelik düzenlemeler yapabilir. Örneğin, miras ortaklığında çoğunluk ilkesinin geçerli olduğunu ya da uyuşmazlık halinde sorun çıkaran mirasçının her zaman çoğunluğa tabi olacağını öngörmüş olabilir.

Doktrindeki hâkim görüşe göre⁶⁸, bu düzenlemeler emredici nitelikteki birlikte hareket etme ilkesinin ihlali anlamına geldiğinden, hukuka aykırı sayılmalıdır. Bir düzenlemenin hukuka aykırı olması geçersiz olması sonucunu doğurur. Dolayısıyla mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufla öngördüğü aksi yöndeki düzenlemeler hakkında iptal davası açılabilir.

Buna karşılık kanaatimizce, miras ortaklığındaki bütün mirasçıların bir araya gelerek birlikte hareket etme ilkesinin uygulanmayacağını kendi aralarında kararlaştırmaları halinde, bu düzenlemeler geçerli sayıldığına göre, miras ortaklığında söz konusu ilkenin uygulanmayacağına yönelik mirasbırakan tarafından hazırlanan ölümüne bağlı tasarruflar da geçerli kabul edilmelidir. Çünkü bu iki hâl arasında ayırım yapmanın hiçbir haklı gerekçesi yoktur. Ayrıca gerek miras ortaklığına ilişkin TMK m. 640/f.2’de gerek elbirliği hâlinde mülkiyete ilişkin genel hüküm niteliğindeki TMK m. 702’de birlikte hareket etme ilkesinin sözleşmede aksine bir hüküm yoksa geçerli olacağı öngörülmüştür. Bu da söz konusu ilkenin emredici nitelikte olmadığını, sadece miras ortaklığı bakımından kural niteliğinde olduğunu ortaya koymaktadır.

D. Paylaştırma Kuralları

Mirasbırakan terekenin paylaşımı ile ilgili ölümüne bağlı tasarrufta bulunabilir ve terekesindeki belli bir değeri mirasçılarından birine özgüleyebilir (TMK m. 647). Bu paylaştırma kuralı, mirasçılar için bağlayıcıdır. Böylece mirasbırakan ileride miras ortaklığında ortaya çıkabilecek bazı meseleleri engellemiş olur.

⁶⁷ Löttscher, s. 192.

⁶⁸ Löttscher, s. 193; Wolf, s. 31; Ammann, s. 23.

Fakat mirasçılarının oybirliği ile alacakları bir kararla paylaşırma kuralından ayrılmaları mümkündür⁶⁹. Burada mirasçılarının tamamının iradesi hem kanun koyucunun hem de mirasbırakanın iradesinden üstün tutulmuştur. Zira miras ortaklığı kanundan dolayı kendiliğinden oluşmaktadır ve mirasçılarının amacı da ortaklığın sona ermesi ile bir an önce miras paylarını alabilmektir⁷⁰.

IV. MİRASBIRAKAN TARAFINDAN KORUYUCU TEDBİR ÖNGÖRÜLMEDİĞİ HALLERDE BAŞVURULABİLECEK HUKUKİ YOLLAR

A. Mirasın Taksimi

Mirasçılardan biri karşı çıktığı için miras ortaklığında karar alınamaz bir duruma gelindiğinde, bu durumdan kurtulabilmenin en kesin yolu mirasın tamamen taksimidir. Çünkü tamamen taksimle birlikte miras ortaklığı sona erer ve tereke konusu hukuki değerler üzerinde mirasçılar tek başına malik olma imkânı elde ederler⁷¹. Tamamen taksim, mirasçılarının hepsinin anlaşması yoluyla yapılabileceği gibi, taksim davası ile de gerçekleşebilir⁷².

Bununla birlikte mirasın tamamen taksiminden önce kısmen taksimi de mümkündür. Objektif kısmi taksim halinde, sadece terekedeki belli mallar paylaşılıp, diğerleri paylaşmanın dışında tutulmaktadır. Dolayısıyla henüz paylaşılmamış olan tereke malları üzerinde miras ortaklığı tüm mirasçılarla devam etmektedir. Buna karşılık sübjektif kısmi taksim halinde, sadece bazı mirasçılara miras payları verilerek onlar miras ortaklığından uzaklaştırılmakta, diğer mirasçılar arasında ise miras ortaklığı devam etmektedir⁷³.

Görüldüğü üzere, objektif kısmi taksim, miras ortaklığındaki tıkanmaların önüne geçememektedir. Ancak sübjektif kısmi taksimin, miras ortaklığının önünü açan bir müessese olarak değerlendirilmesi mümkündür.

B. Bir Başka Mirasçıya Miras Payının Devri

Miras ortaklığı devam ettiği sürece aslında mirasçılarının belirlenmiş bir

⁶⁹ Dural/Öz, s. 471; Damla Mamük, "Mirasın Paylaşılmasında Mirasçılarının İrade Özgürlüğü ve Bu Özgürlüğün Sınırları", *Ankara Barosu Dergisi*, 2, 2013, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/issue/33846/374796>> Erişim Tarihi 15 Ekim 2021, s. 324.

⁷⁰ Mamük, s. 325.

⁷¹ Lötscher, s. 177.

⁷² Dural/Öz, s. 469.

⁷³ Sarı Fidan, s. 110.

miras payları yoktur; yalnızca tasfiyeden mirasçılara kalacak miras payları vardır. Bununla birlikte kanun koyucu ihtiyaçtan dolayı TMK m. 677 hükmü ile miras payı hakkında sözleşme yapılabilmesine imkân tanımıştır⁷⁴.

Miras payının devri sözleşmeleri iki farklı şekilde yapılabilir. Bunlar, mirasbırakan sağken müstakbel mirasçının gelecekteki miras payını devretmesi ya da mirasbırakanın ölümünden sonra fakat mirasın taksiminden önce miras payının diğer mirasçılardan birine veya üçüncü bir kişiye devredilmesidir⁷⁵.

Miras ortaklığında birlikte hareket etme ilkesinin istisnasını oluşturduğundan, konumuz açısından özellikle mirasbırakanın ölümünden sonra yapılan devir sözleşmeleri önem arz eder. Çünkü mirasbırakan sağken devir sözleşmesi yapılmış olsa bile, bu aşamada henüz miras ortaklığı oluşmadığı için birlikte hareket etme ilkesini ilgilendiren bir durumdan bahsedilemez.

TMK m. 677'ye göre, mirasbırakanın ölümünden sonra fakat mirasın taksiminden önce mirasçılardan biri kendi payını başka bir mirasçıya devredebilir. Yazılı şekilde yapılması gereken bu sözleşme ile devreden mirasçı miras ortaklığından ayrılmış olur. O halde her mirasçı tamamen taksim gerçekleşinceye kadar miras ortaklığının üyesi olarak kalmak zorunda değildir.

Bunun dışında bir mirasçının noterlikçe düzenlenen bir sözleşme ile kendi payını üçüncü bir kişiye devretmesi de mümkündür. Ancak bu durum sadece borçlandırıcı nitelikte bir etki doğurur; yani üçüncü kişi devir sözleşmesine dayanarak terekenin yönetimine müdahale edemez ve mallardan yararlanamaz; o sadece devreden mirasçıya düşen miras payına özgülenen malvarlığını talep etme hakkına sahiptir. Dolayısıyla bu yöntem, devreden mirasçıyı miras ortaklığının dışına itmez⁷⁶. Sadece mirasçının miras payını bir başka mirasçıya devrettiği durumlarda, miras ortaklığının önündeki tikanmanın giderildiğinden bahsetmek mümkündür.

SONUÇ

Miras ortaklığı, mirasbırakanın ölümü ile birlikte kendiliğinden meydana gelen ve mirasın taksimine kadar devam eden dönemde mirasçılar arasında

⁷⁴ Yazıcı, s. 64.

⁷⁵ Yazıcı, s. 64.

⁷⁶ Lötcher, s. 177; İnan/Ertaş/Albaş, s. 552; Akbulut, s. 78; Kılıçoğlu, s. 304, 305.

mevcut olan ortaklığı ifade eder. Mirasçılar terekeye dahil olan hukuki değerler üzerinde elbirliği hâlinde mülkiyet hakkına sahiptir. Bunun sonucu, terekedeki mallarla ilgili tasarrufta bulunabilmek ve terekeyi yönetebilmek için mirasçıların oybirliği ile karar vermelerinin gerekli olmasıdır. Dolayısıyla miras ortaklığında kural olarak birlikte hareket etme ilkesi geçerlidir. Söz konusu ilke, terekeye ilişkin gerek tasarruf gerek yönetim ve temsil işlemleri hakkında uygulanır.

Birlikte hareket etme ilkesi, çoğunluğun karşısında azınlığın korunmasını amaçladığından faydalıdır. Ancak bu ilke katı bir şekilde uygulandığında, sırf bir mirasçının karşı çıkmasından dolayı miras ortaklığının karar alamaması, ortaklığın işlevsiz hale gelmesi gibi istenmeyen sonuçlarla karşılaşılabilir. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, birlikte hareket etme ilkesini yumuşatmaya yönelik bazı istisnai hükümler öngörmüştür. Örneğin, her mirasçıya tereke temsilcisine başvurabilme hakkı tanımıştır (TMK m. 640/f. 3). Bu halde terekenin yönetimi ve temsili konusunda tereke temsilcisi tek başına yetkilidir. Yine acil durumlarda mirasçılardan her birinin diğer mirasçıların onayına gerek kalmadan terekenin korunmasıyla ilgili gerekli önlemleri alabileceği hükme bağlanmıştır (TMK m. 640/f. 4).

Aynı şekilde miras ortaklığına dahil olan mirasçılar da oybirliği ile verecekleri bir kararla birlikte hareket etme ilkesinden kurtulabilirler. Bu noktada elbirliği hâlinde mülkiyeti başka bir ortaklık türüne, örneğin paylı mülkiyet ilişkisine dönüştürebilirler ya da sözleşme yaparak aralarından birini veya üçüncü bir kişiyi iradi temsilci olarak tayin edebilirler.

Nihayet mirasbırakan da ölüme bağlı tasarrufta bulunarak birlikte hareket etme ilkesinden kaynaklanan sakıncaların önüne geçebilir. Örneğin, son arzularını yerine getirmesi için vasiyeti yerine getirme görevlisi atayabilir.

KAYNAKÇA

- Akbulut P E, “Elbirliği Mülkiyeti Çerçevesinde El Atmanın Önlenmesi Davası ve Ecri Misil Tazminatı (Özellikle Miras Ortaklığı Halinde)”, *Legal Hukuk Dergisi*, 16 (181), 2018, s. 69-102.
- Akçaal M, “Elbirliği Mülkiyetinde Yönetim”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (2), 2019, s. 211-249.
- Akipek J/Akıntürk T/Ateş D, *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayınevi, 2018.
- Ammann D, “Die Erbteilungsklage im schweizerischen Erbrecht unter besonderer Berücksichtigung der Kompetenzen des Erbteilungsgerichts (de lege lata und de lege ferenda)”, *SSZR-Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht*, Band/Nr. 33, 2020, <<https://www.swisslex.ch>> Erişim Tarihi 5 Ocak 2022, s. 16-36.
- Antalya G, *Miras Hukuku (C. 3)*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Dural M/Öz T, *Türk Özel Hukuku, Miras Hukuku (C. IV)*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, 2013.
- Eren F, *Mülkiyet Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2016.
- Erişgin N, “Birlikte Mirasçılarının Miras Bırakanın Banka Hesabı Üzerindeki Tasarruf Yetkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52 (3), 2003, s. 121-143.
- Graham-Siegenthaler B, *CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 457-640 ZGB, Art 602*, 2016. <<https://www.swisslex.ch>> Erişim Tarihi 5 Ocak 2022.
- Gümüş M A, *Tereke (Miras Ortaklığı) Temsilcisi (TMK m. 640/III)*, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, 2020.
- İmre Z/Erman H, *Miras Hukuku*, 12. Baskı, Der Yayınları, 2016.
- İnan A N/Ertay Ş/Albaş H, *Miras Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Kaya Ü, *Vekâletsiz İşgörme (Özel Uygulama Alanı: Acil Tıbbi Müdahaleler)*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2020.
- Keskin D, “İsviçre Hukukunda Tedbir Vekâleti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 64 (2), 2015, s. 365-403.

- Keskin D/Demircioğlu R, *Medeni Hukuk II (Eşya Hukuku-Miras Hukuku)*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Kılıçoğlu A, *Miras Hukuku*, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, 2012.
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Miras Hukuku*, 3. Baskı, Filiz Kitabevi, 1987.
- Lötscher C, “Das schwarze Schaf in der Erbegemeinschaft”, *Zeitschrift für Erbrecht*, 174, 2019, <<https://www.swisslex.ch>> Erişim Tarihi 19 Eylül 2021, s. 174-198.
- Mamük D, “Mirasın Paylaşılmasında Mirasçılardan İrade Özgürlüğü ve Bu Özgürlüğün Sınırları”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2, 2013, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/abd/issue/33846/374796>> Erişim Tarihi 15 Ekim 2021, s. 317-329.
- Oğuzman K/Seliçi Ö/Oktay Özdemir S, *Eşya Hukuku*, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, 2017.
- Oruç M, *Miras Ortaklığı Temsilcisi*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2020.
- Picenoni J, *Der Erbenvertreter nach Art. 602 Abs. 3 ZGB*, Schulthess Juristische Medien AG, 2004.
- Sarı Fidan Ö, *Miras Ortaklığı*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016.
- Serozan R/Engin B İ, *Miras Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Sirmen L, *Eşya Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2017.
- Şener O H, “Postmortal Temsil Yetkileri ve Ticari Mümessillik”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11 (1), 2010, <<https://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz11-1/3%20sener.pdf>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2021, s. 113-170 (Temsil).
- Şener O H, “Tereke Temsilcisi Atanmasına İlişkin İlke ve Esaslar”, *Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan*, 3, 2013, <<https://dergipark.org.tr/tr/pub/jyasar/issue/19146/203222>> Erişim Tarihi 12 Aralık 2021, s. 2551-2597 (Tereke).
- Tandoğan H, *Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme*, Fakülteler Matbaası, 1957.
- Tekinay S S/Akman S/Burcuoğlu H/Alttop A, *Tekinay Eşya Hukuku*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, 1989.

- Topuz G/Topuz S, “Miras Ortaklığında Mirasçıların Dava Arkadaşlığı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 3, 2008, s. 60-67.
- Wehinger C/Reich R, *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, OFK-Orell Füssli Kommentar, Art 602, 2016, <<https://www.swisslex.ch>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2021.
- Weibel T/Mata A, *Die Erbteilung*, Schulthess Juristische Medien AG, 2020, <<https://www.swisslex.ch>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2021.
- Wolf S, *Die Teilung der Erbschaft*, Berner Kommentar, Art 602-619 ZGB, 2014, <<https://www.swisslex.ch>> Erişim Tarihi 30 Aralık 2021.
- Yazıcı A N M, *Miras Ortaklığının Paylaşmadan Önceki Durumu*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018.

ANONİM ŞİRKETİN KENDİ PAYLARINI İKTİSABINDA ÖDENMEMİŞ SERMAYE BORCUNUN DURUMU

Aydın Alber YÜCE*
Emre KÖROĞLU**

ÖZET

Anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesi ancak sınırlı hallerde mümkündür. Türk Ticaret Kanunu'nda, bu şekilde iktisap edilecek payların bedelinin tam olarak ödenmesine özellikle vurgu yapılmaktadır. Ancak, bazı durumlarda bedeli tamamen ödenmemiş payların da hukuka aykırı olarak iktisap edilmesi gerçekleşebilir.

Şirketin kendi payını iktisabı sonucu, alacaklı ve borçlu sıfatları birleşmektedir. Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, borcu sona erdiren sebeplerdendir. Bununla beraber, şirketler hukuku açısından bu kadar kesin bir belirleme yapılması mümkün değildir. Zira, özellikle sermaye borcunun muaccel olması durumunda soruna getirilen çözümler farklılaşmaktadır.

Bu çalışmada, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi ve anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesi arasındaki ilişki, sermaye borcu açısından incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Anonim şirket, Anonim şirketin kendi paylarını iktisabı, Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, Bakiye sermaye borcu, Borcun sona ermesi

THE STATUS OF THE BALANCE CAPITAL DEBT WITH REGARD TO THE ACQUISITION OF OWN SHARES IN JOINT STOCK COMPANIES

ABSTRACT

It is feasible for joint stock companies to acquire their own shares in limited circumstances. A tight emphasis is underlined on the full payment of the shares to be acquired in this way in Turkish Commercial Code. Notwithstanding, in some

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı/ KAYSERİ; **e-posta:** aayuce@erciyes.edu.tr;

ORCID: 0000-0002-6178-9143.

** **Dr. Öğr. Üyesi**, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı/ KAYSERİ; **e-posta:** emre_koroglu@erciyes.edu.tr;

ORCID: 0000-0003-4293-2749.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1116334

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 25/06/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 08/03/2022

instances, illegitimate acquisition of unpaid shares may become fact.

As a result of the acquisition, the titles of creditor and debtor merge. The merger of the titles of creditor and debtor is one of the phenomena that terminate the debt. Withal, it is not likely to make such a precise determination from the viewpoint of company law. The solutions to the problem become distinct, particularly by the time the capital debt is receivable.

In this study, the concern in between the merger of the titles of creditor and debtor and the acquisition of own shares by the joint stock company is addressed in regard to the capital debt.

Keywords: *Joint stock company, Acquisition of own shares by a joint stock company, Merger of creditor and debtor titles, Remaining balance capital debt, Expiration of a debt*

GİRİŞ

Anonim şirketin kendi paylarını (*eigene Aktien*) iktisap etmesi, hem Türk Ticaret Kanunu¹ (TTK) ile Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda² (AktG) ve hem de İsviçre Borçlar Kanunu'nda³ (OR) düzenlenen bir hukukî işlemdir⁴. Her üç kanuna genel olarak bakıldığında, anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesinin yasaklanmış bir işlem olmadığı; ancak, iktisabın özellikle sermaye açısından doğurduğu riskler bakımından bazı şartlara bağlanmış olduğu görülmektedir. Böylelikle, şirketin kendi paylarının iktisabının gerektiği durumlarda bunun yapılabilmesine imkân tanınmıştır. Ancak tanınan imkânın sınırsız olarak kullanılması söz konusu olmadığı gibi iktisap edilen payların belirli sürelerde elden çıkarılması gerekmektedir (TTK m. 384 ve m. 385). Şirketin kendi paylarını taahhüt etmesi yasak olduğu için⁵, pay iktisabı ancak devren, diğer bir deyişle şirketin bir pay sahibinden payını satın alması

¹ TTK m. 379 vd.

² AktG §71 vd.

³ OR Art. 659 vd.

⁴ Bunun, anonim şirket paylarının hukukî işlemlere (ve bu arada satıma) konu olabilmesinin doğal bir sonucu olduğu yönünde bkz. Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung - unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts*, 4. Auflage, Schulthess Verlag, 2009, §4, N. 194.

⁵ Bu hususta bkz. TTK m. 388/1 ve AktG §56/1.

şeklinde gerçekleşebilir⁶.

Anonim şirket payları ve dolayısıyla pay sahipliği mevki, pay sahibi sıfatını taşıyan kimselere bazı haklar sağlamaktadır. Bu haklar malî, idarî ve koruyucu haklardır⁷. Pay sahibinin elinde bulundurduğu paylar bakımından bu hakların kullanılması bu kişinin ihtiyarındadır. Ancak, şirketin kendi paylarını iktisap ettiği hallerde bu hakların kimler tarafından ileri sürüleceği merak uyandırabilir. TTK m. 389 hükmü⁸ bu konuda bir çözüm içermektedir. Hükme göre, anonim şirketin iktisap ettiği kendi payları ile yavru şirket tarafından iktisap edilen ana şirketin payları, ana şirketin genel kurulunun *toplantı nisabının hesaplanmasında dikkate alınmaz*. Bedelsiz payların iktisabı hariç, *şirketin devraldığı kendi payları hiçbir pay sahipliği hakkı vermez*. Yavru şirketin iktisap ettiği ana şirket paylarına ait oy hakları ile buna bağlı haklar *donar*.

TTK ve içerdiği hükümlere kaynaklık eden AktG ve OR'de pay sahipliğinden kaynaklanan haklar hakkında bir tercihte bulunulmuşken; pay sahibinin sermaye borcunun durumu hakkında bir belirleme yapılmamıştır⁹.

⁶ Ahmet Türk, *Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi*, Adalet Yayınevi, 2016, s. 27; İlyas Çelikleş, *Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını İktisabı*, Arıkan Yayıncılık, 2006, s. 46; Murat Can Atakan, “Anonim Şirketlerin Kendi Paylarını İktisabının Hukuki Sonuçları”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, 12 (1), 2021, s. 365; Özge Ayan, “Anonim Şirketin Genel Kurul Kararı İle Kendi Paylarını İktisap Etmesi veya Rehin Almasının Koşulları (TTK 379)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27 (1-2), 2013, s. 189; Ali Murat Sevi, *Anonim Ortaklıkta Payın Devri*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 69, dn. 35.

⁷ Öğretide, pay sahiplerinin hakları bakımından farklı ayrımlar da bulunmaktadır. Örnek olarak *Tekinalp*, konularına göre pay sahipliği haklarını, malvarlıksal haklar, katılma hakları, aydınlatıcı haklar ve koruyucu haklar olarak ayırmıştır (Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2019, N. 873 vd.). *Pulaşlı* ise, pay sahibinin haklarını malvarlığı hakları ve katılma hakları olarak ikiye ayırmaktadır (Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020, §28, s. 567 vd.). *Bilgili ve Demirkapı*'nın tasnifine göre pay sahipliği hakları idari ve mali haklardan oluşmaktadır (Fatih Bilgili/Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku*, 9. Bası, Dora Yayıncılık, 2013, s. 495 vd.). *Ayhan, Çağlar ve Özdamar*'ın sınıflandırmasına göre de pay sahipliği hakları, hakların koruma gücü açısından, hak sahiplerinin çevresi açısından ve hakların içeriği açısından incelenmektedir. Burada, hakların içeriği bakımından yapılan ayırmada, malî ve idari haklar tasnifi söz konusudur (Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar/Mehmet Özdamar, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Yetkin Yayıncılık, 2019, s. 423 vd.). Son olarak, kısmen benzer bir başka ayırmada *Bahtiyar*, pay sahipleri haklarını nitelikleri ve kullanılış şekilleri açısından ayırmış ve nitelikleri bakımından pay sahipliği hakları, malî ve kişisel haklar olarak sınıflandırılmıştır (Mehmet Bahtiyar, *Ortaklıklar Hukuku*, 15. Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul 2021, s. 283 vd.).

⁸ Karş. AktG §71b ve OR Art. 659a.

⁹ Bununla birlikte, öğretide, anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesi konusuna temas

Anonim şirketlerde sermaye borcunun alacaklısı şirket tüzel kişiliğidir. Sermaye borcunun borçlusunu ise pay sahibidir. Şirket kendi paylarını iktisap ettiğinde, alacaklısı kendisi olan bir borcun borçlusunu konumuna gelmektedir. Bu durumda alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesiyle ilgili genel prensibin uygulama alanı bulup bulmayacağı üzerinde durulması gerekli bir konudur. Zira TBK m. 135 hükmü uyarınca, alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişide birleşmesiyle borç sona ermektedir. Yine aynı hükme göre, birleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkarsa borç varlığını sürdürmektedir.

Aşağıda, öncelikle anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesiyle ilgili öz bilgilere yer verildikten sonra, kendi paylarını iktisabın ortaklık hakları üzerindeki etkisine temas edilecektir. Bunun ardından, şirketin kendi paylarını iktisap etmesiyle ortaya çıkan hukukî durum, hem sermaye borcunun muaccel olmasına hem de muaccel olmamasına göre incelenecektir.

I. TTK HÜKÜMLERİNE GÖRE ANONİM ŞİRKETİN KENDİ PAYLARINI İKTİSABI

A. Kendi Paylarını İktisabın Amaç ve Faydaları

İlk bakışta şirket için istenmeyen bir durum yaratıyor gibi görünen şirketin kendi paylarını iktisap etmesi imkânı, aslında bazı durumlarda şirketin elindeki önemli bir silâh olarak dikkati çekmektedir. Öncelikle, şirketin kendi paylarını iktisap etmesi, paylarını şirkete satan ortaklar dışındaki ortaklar açısından daha yüksek miktarlarda kâr payı elde edilmesi anlamına gelir¹⁰. Zira, kâr payını sadece piyasalarda el değiştiren paylar alabilmektedir¹¹. Ayrıca, kendi paylarını iktisap etmek, anonim şirket açısından kâr dağıtımına alternatif bir yöntemdir¹². Çünkü paylar, şirket faaliyetleri neticesinde yükselen piyasa değeri üzerinden şirkete satılmaktadır.

edilirken; kendi paylarını iktisabın, şirketin pay sahibinden olan bir alacağının tahsili amacıyla gerçekleştirilebileceği; ancak, bu alacağın sermaye borcundan kaynaklanmaması gerektiği ifade edilmiştir (Çelikaş, s. 47). Dolayısıyla konu, esasen öğretide dikkatleri celp etmiş bir sorundur.

¹⁰ Hayri Domanıç, *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması*, Cilt II, Tıpkı 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 579; Halil Arslanlı, *Anonim Şirketler I – Umumî Hükümler*, 2. Baskı, Fakülteler Matbaası, 1959, s. 120; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 838a; Türk, s. 299; Grigoleit AktG, Grigoleit/Rachlitz, §71, N. 79; MüKo AktG, Oechsler, §71, N. 5; Philip Stein, *Die Aktiengesellschaft-Gründung, Organisation und Finanzverfassung*, Springer Verlag, 2016, s. 182.

¹¹ Arslanlı, s. 120.

¹² Grigoleit AktG, Grigoleit/Rachlitz, §71, N. 79.

Anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesi, şirket yönetiminin pay sahipliği çevresini koruması açısından önemli bir araçtır¹³. Özellikle, pay senetleri borsada işlem gören şirketler açısından, rakip şirketlerin pay çoğunluğunu ele geçirmesinden (*hostile takeover, feindlicher Übernahmen*) korunmak için şirketin kendi paylarını iktisap etmesi gerekebilir¹⁴. Şirketin hisse senedi ile değiştirilebilir ya da hisse senedine dönüştürülebilir tahvil ihraç etmiş olması durumunda, yine pay sahipliği çevresini korumak için, değiştirme ya da alım haklarının başkaları tarafından kullanılmasını engellemek amacıyla şirket kendi paylarını iktisap edebilir¹⁵.

Anonim şirketin imtiyazlı olan veya olmayan paylar arasında değişiklik yapması için, kendi paylarını iktisap etmesi mümkün olabilir¹⁶. Bu anlamda, imtiyazlı payların satın alınmasının ardından, bu imtiyazlar bir esas sözleşme değişikliği ile kaldırılabilir ya da değiştirilebilir¹⁷. Yeni bir imtiyaz türünün bu yolla yaratılması da mümkündür.

Anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesi, şirket bünyesinde bulunan gereğinden fazla fonların pay sahiplerine dağıtılmasını da sağlar¹⁸. Aslında, bir sermaye şirketinde gereğinden fazla fon bulunmasının nasıl bir dezavantaja yol açacağı sorgulanabilir. Bununla beraber, yabancı bir malvarlığını idare etmekte olan yönetim kurulu başta olmak üzere şirket yönetiminin, söz konusu fazla kaynakları verimsiz yatırımlarda değerlendirmesi olasıdır. İşte, şirket kendi paylarını iktisap ettiğinde bu olumsuz durumun önüne geçilmiş olunur¹⁹. Ayrıca, aynı amaçla satın alınan payların, rayiç değerinin tekrar artması halinde satılmasıyla şirketin kazanç elde etmesi de mümkündür²⁰.

Anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesinin gerekçelerinden biri doğrudan TTK'da düzenlenmiştir. TTK m. 381 hükmüne göre, bir şirket, yakın ve ciddi bir kayıptan kaçınmak için gerekli olduğu takdirde kendi paylarını TTK m. 379'da görülen genel kurulun yetkilendirme kararı olmaksızın da

¹³ MüKo AktG, Oechsler, §71, N. 10.

¹⁴ MüKo AktG, Oechsler, §71, N. 10; Pulaşlı, *Genel Esaslar*, §27, N. 14.

¹⁵ Hüffer, Üwe/Koch, Jens, *Aktiengesetz*, 15. Auflage, CH Beck, 2021, AktG §71, N. 19g; Pulaşlı, *Genel Esaslar*, §27, N. 14.

¹⁶ Hüffer/Koch AktG, §71, N. 19g.

¹⁷ Hüffer/Koch AktG, §71, N. 19g.

¹⁸ ZK, Handschin, OR Art. 659-659b/I. -II., N. 1.

¹⁹ ZK, Handschin, OR Art. 659-659b/I. -II., N. 5; Pulaşlı, *Genel Esaslar*, §27, N. 7.

²⁰ Ayan, s. 190.

iktisap edebilir. TTK m. 381 hükmünde bahsedilen tehlike doğrudan şirkete yönelmiş bir tehlike olmalıdır. Pay sahiplerinin biri ya da birkaçına yönelmiş tehlike, şirketin kendi paylarını iktisabının gerekçesi olamaz²¹. HAAO için, borsadaki dalgalanmalar sebebiyle şirketin hisse senetlerinin değer kaybetmesi de iktisabın bir nedeni değildir²². Bununla beraber, sonuçları şirketin kredibilitesini de etkileyebilecek şekilde bir borsa manipülasyonu sonucu şirketin hisse senetlerinin piyasa değeri tehlike altındaysa, şirket bu tehlike ile başa çıkabilmek için kendi paylarını iktisap edebilir²³. Nitekim 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 22. maddesi ve bu maddeye dayanılarak Sermaye Piyasası Kurulu tarafından çıkarılan Geri Alınan Paylar Tebliği²⁴'nin m. 5/4 hükmü de bu kabulü doğrulamaktadır. İlgili Tebliğ'in m. 5/4 hükmünden anlaşıldığı üzere, payları borsada işlem gören anonim ortaklıklar açısından da “yakın ve ciddi bir kayıptan kaçınmak” şirketin kendi paylarını iktisabını gerektirebilir.

B. Kendi Paylarını İktisabın Bazı Sakıncaları

Anonim şirketin kendi paylarını iktisabı, finansal piyasalarda yukarıda temas edilen ihtimallerde önemli bir enstrüman olmasının yanında, bazı tehlikeleri de beraberinde getiren bir işlemdir. Her şeyden önce, anonim şirketin iktisap ettiği kendi payları, şirket açısından herhangi bir malvarlığı değerini temsil etmez²⁵. Çünkü iktisap ile elde edilen değer, zaten şirkete ait olan ve malvarlığındaki katılım oranını gösteren sayısal bir değerden ibarettir²⁶. Şirketin kendi paylarını iktisap etmesi, sermaye yapısında ya da pay sayısında da bir değişikliğe yol açmaz²⁷. Dolayısıyla, anonim şirkette paya değerini katan olgu, payın pay sahibi olan kişi tarafından taahhüt edilmesi ve taahhüt edilen tutarın ödenmesidir²⁸. Şirket kaynaklarıyla payın yine şirket

²¹ MHdB GesR IV, Rieckers, §15, N. 15.

²² MHdB GesR IV, Rieckers, §15, N. 16.

²³ MHdB GesR IV, Rieckers, §15, N. 16.

²⁴ Seri II-22.1, RG. 3.1.2014, S. 28871.

²⁵ BeckOGK, Cahn, AktG §71, N. 2; Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Stämpfli Verlag, 1996, §50, N. 131; Stein, s. 182; Alihan Aydın, *Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi*, Arıkan Yayınevi, 2008, s. 38.

²⁶ BeckOGK, Cahn, AktG §71, N. 2; Marc Bauen/Robert Bernet, *Schweizer Aktiengesellschaft Aktienrecht - Fusionsrecht - Börsenrecht - Steuerrecht*, Schulthess Verlag, 2007, N. 158; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §50, N. 131.

²⁷ Arslanlı, s. 120.

²⁸ Roland von Büren/Walter A. Stoffel/Rolf H. Weber, *Grundriss des Aktienrechts mit Berück-*

tarafından iktisap edilmesi, pay sahibinin anonim şirket payına kattığı değer in yok olmasına sebep olur²⁹.

Anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesiyle, şirkete hiçbir “yeni” kaynak akışı olmaz; aksine, şirkete sermaye olarak yatırılmış tutarlar pay sahiplerine iade edilmiş olunur³⁰. Zira, şirketin iktisap ettiği kendi payları için ödediği tutarlar karşısında gerçek bir karşı edim elde etmemesi, şirket kaynaklarının kâr dağıtımına benzer bir yolla azaltılması sonucunu doğurmaktadır³¹.

Ardından, şirketin kendi paylarını iktisap etmesi, sermayenin zayıflaması rizikosunu beraberinde getirir. Bu sebeple, şirketin kendi paylarını iktisap etmesini belirli sınırlara bağlayan normlar sermayenin korunmasını hedefler³². Bu normların kendi paylarını iktisap yoluyla ihlâl edilmesi şirket likiditesini zayıflatır³³.

Şirketin kendi paylarını iktisap etmesi, bir yandan şirketin kendi ortağı olması gibi anlamsız bir sonucu ortaya çıkarırken; bir yandan da sermayenin pay sahiplerine iade edilmesi yasağına aykırılık barındırmaktadır³⁴. Çünkü, şirketin kendi paylarını iktisap etmesiyle, pay sahipleri tarafından şirkete kaynak (sermaye) olarak aktarılan tutarların yine bu kişilere geçmesi söz konusu olur. Üstelik bu işlem, şirketin kendisi açısından bir anlam taşımayan bir karşı edim karşılığında gerçekleşmektedir.

Şirketin kendi paylarını iktisap etmesi, yönetim kurulunun elinde bir manipülasyon aracı haline de gelebilir. Özellikle, anonim şirketin malî durumunun iyi olmadığı hallerde şirket paylarının piyasa değerinin düşmesi olasıdır. Bu gibi hallerde, yönetim kurulu şirket paylarını yine şirket kaynaklarıyla iktisap ederek, yatırımcı nezdinde gerçek olmayan bir görünüş

sichtung der laufenden Revision, 3. Auflage, Schulthess Verlag, 2011, N. 215.

²⁹ von Büren/Stoffel/Weber, N. 215.

³⁰ BGH, Urt. v. 20. 9. 2011 – II ZR 234/09 (OLG Hamburg), BGH: Keine Sacheinlagen mit eigenen Aktien der Gesellschaft, NZG 2011, s. 1272, N. 14; Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 10. Auflage, Stämpfli, 2007, s. 408; Bauen/Bernet, N. 158; Domaniç, s. 579.

³¹ BeckOGK, Cahn, AktG §71, N. 2; Wibmer OFK OR, Bodmer/Blumenfeld, Art. 659a, N. 2.

³² Hölter AktG, Laubert, §71, N. 1.

³³ Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, §50, N. 133; Böckli, §4, N. 197; Stein, s. 183.

³⁴ MAH AktienR, Stürner, §31, N. 1; Bauen/Bernet, N. 158.

yaratabilir ve böylelikle şirket paylarının değeri yapay olarak artabilir³⁵. Bu durumun sermaye piyasalarına olan güveni sarsacağı kuşkusuzdur³⁶.

Şirketin kendi paylarının iktisap etmesinin sadece sermaye açısından değil, şirketin yönetimi başta, iç ilişkileri açısından da sonuçları vardır. TTK m. 389 hükmü uyarınca³⁷, iktisap edilen şirket paylarının söz konusu şirkete hiçbir pay sahipliği hakkı vermemesi bu anlamda önemlidir. Zira, böyle bir sınırlamanın olmaması, şirketin iktisap ettiği kendi payları için oy kullanabildiği durumlarda, şirketin yönetim organı ile genel kurul arasında bir dengesizlik doğurur³⁸. Çünkü, iktisap edilen payların tekrar yönetim kurulu tarafından elden çıkarılması ancak yönetime bağlı veya yakın kişilere devredilmesi durumunda, yönetim kurulunun iktisaptan önceki eski duruma nazaran ağırlık kazanmasına sebep olur³⁹. Sırf bu sebeple, şirket yönetiminde hâkimiyet sağlanması amacıyla hukuka aykırı bir surette de olsa pay iktisabına gidilmesi de olasılıklar dâhilindedir⁴⁰. Örneğin, yönetim kurulunun iktisadî ya da hukukî aksiyonları önünde engel olarak gördüğü, şirkette bulunmasını istemediği, pay sahipliği haklarından kasıtlı olarak yararlandırmadığı ve hatta genel kurul toplantılarına dahi (hukuka aykırı olarak) almadığı kişilerin paylarını ivazlı olarak iktisap etmesi ve ardından bu payları hakimiyeti altındaki bir gerçek veya tüzel kişiye devretmesi durumunda, genel kurulda kullanılacak oylar açısından denge yönetim kurulu lehine bozulmuş olur. Bu durum, özellikle, yabancı bir malvarlığının idare edildiği anonim şirketler açısından sakıncalıdır.

C. Kendi Paylarını İktisabın Şartları

Türk hukukunda anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesi, TTK m. 379 vd. hükümlerinde düzenlenmektedir. Temel prensip, bir anonim şirketin kendi paylarını, esas veya çıkarılmış sermayesinin *onda birini aşan veya bir işlem sonunda aşacak olan miktarda*, ivazlı olarak iktisap ve rehin olarak

³⁵ Sevi, s. 73; Meier-Hayoz/Forstmoser, s. 408.

³⁶ Kendi paylarını iktisabın şirketin hisse senedi değerini manipülasyonlara karşı koruyucu fonksiyonunun önemi hakkında bkz. Pulaşlı, *Genel Esaslar*, §27, N. 5.

³⁷ Karş. AktG §71b: “*Aus eigenen Aktien stehen der Gesellschaft keine Rechte zu.*”

³⁸ Thomas Raiser/Rüdiger Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 5. Auflage, Vahlen Verlag, 2010, §19, N. 15; Hölters AktG, Laubert, §71, N. 1; Stein, s. 184; İsviçre hukuku açısından aynı yönde bkz. Böckli, §4, N. 202; Türk hukuku perspektifinden bkz. Atakan, s. 365.

³⁹ Rüdiger/Veil, §19, N. 15.

⁴⁰ Ayan, s. 192.

kabul edemeyeceği yönündedir (TTK m. 379/1). Öğretide de ifade edildiği üzere, TTK ile kabul edilen sistem belirli sınırlar dâhilinde serbestçe iktisap yönündedir⁴¹. Anılan sınırlar dâhilinde iktisabın gerçekleşmesi, aşağıdaki koşulların varlığına bağlıdır (TTK m. 379/2-4):

İlk olarak genel kurulun yönetim kurulunu, şirketin kendi paylarını iktisabı konusunda *yetkilendirmesi* gerekir. Bu yetki en çok beş yıl için tanınabilir. Ayrıca bu yetkide, iktisap veya rehin olarak kabul edilecek payların itibarî değer sayıları belirtilerek toplam itibarî değerleriyle söz konusu edilecek paylara ödenebilecek bedelin alt ve üst sınırı gösterilir. İkinci olarak, iktisap edilecek payların bedelleri düşüldükten sonra, *kalan şirket net aktifinin* en az esas veya çıkarılmış sermaye ile kanun ve esas sözleşme uyarınca dağıtılmasına izin verilmeyen yedek akçelerin toplamı kadar olması gerekir. Son olarak da iktisap edilecek *payların bedellerinin tamamının ödenmiş olması* zorunludur.

Sayılan bu koşullar çerçevesinde, birçok durumda finansal piyasalarda bir operasyonel tedbir olarak da kullanılan kendi paylarını iktisap, sermaye borcunun sona erip ermeyeceği bakımından bir anlam taşımaz. Zira, ancak bedeli tamamen ödenmiş paylar iktisap edilebilecektir. İşbu çalışmanın konusunu oluşturan iktisaplar ise, TTK m. 379 ilâ m. 381 hükümlerine aykırı olarak gerçekleşen işlemlerdir. TTK m. 385 hükmüne göre, böyle bir durumda iktisap edilen paylar, iktisap tarihinden sonra en geç altı ay içinde elden çıkarılır. Elden çıkarılamayan paylar ise, sermayenin azaltılması yoluyla hemen yok edilir (TTK m. 386).

D. Kendi Paylarını İktisabın Ortaklık Hakları Üzerindeki Etkisi

TTK, şirketin iktisap ettiği kendi paylarının ortaklık hakları bakımından durumunu m. 389 hükmünde belirlemiştir. Buna göre, şirketin iktisap ettiği kendi payları ile yavru şirket tarafından iktisap edilen ana şirketin payları, ana şirketin genel kurulunun toplantı nisabının hesaplanmasında dikkate alınmaz. Bedelsiz payların iktisabı hariç, şirketin devraldığı kendi payları *hiçbir pay sahipliği hakkı vermez*. Yavru şirketin iktisap ettiği ana şirket paylarına ait oy hakları ile buna bağlı haklar *donar*.

Haklarla ilgili bu belirlemeye karşılık, şirketin iktisap ettiği kendi paylarından kaynaklanan (muhtemel) borçlar ile ilgili herhangi bir tercihte bulunulmamıştır. Açık deyişle, anonim şirket henüz bedelinin tamamı ödenmemiş bir payını iktisap ettiğinde, bu paydan kaynaklanan sermaye

⁴¹ Ayan, s. 187.

borcunun borçlusunun kim olduğu sorusu yanıtlanmamıştır. Sermaye borcunun borçlusunun kim olduğu sorusunun yanıtı, bu borcun devam edip etmediği hususu açısından da önemlidir. Bilindiği üzere, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi borcun sona ermesi sonucunu doğurur. Sermaye borcunun borçlusu pay sahibidir. Bu borcun alacaklısı ise şirket tüzel kişiliğidir. Şirketin kendi paylarını iktisap etmesi halinde bu sıfatların birleşip birleşmeyeceğinin ve buna bağlı olarak da sermaye borcunun devam edip etmeyeceğinin tartışılması gerekmektedir. Aşağıda bu sorunun yanıtı aranmıştır.

II. PAYIN İKTİSABINDA BAKİYE SERMAYE BORCUNUN DURUMU

A. Hukuka Aykırı İktisaba Temel Olan İşlemlerin Hukukî Akıbeti

Anonim şirketin bedeli tamamen ödenmemiş kendi paylarını iktisap etmesi, sonucu hükümsüzlük olan bir tasarruf işlemi değildir. Zira, TTK m. 385 hükmünde, m. 379 ilâ m. 381 hükümlerine aykırı olarak iktisap edilen payların (iktisap tarihinden itibaren) altı ay içerisinde elden çıkarılacağı belirtilmiştir. Eğer, kanun koyucunun iradesi (örn. bedeli tamamen ödenmemiş) payların iktisabına ilişkin hukukî işlemi geçersiz kılmak yönünde olsaydı, bu takdirde hukuka aykırı iktisap halinde elden çıkarma hükmüne ihtiyaç olmazdı. Demek ki bedeli tamamen ödenmemiş olsa da anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesi hükümsüz değildir; ancak, bu paylar ya kısa sürelerde elden çıkarılmalı ya da (elden çıkarma mümkün olmazsa) sermayenin azaltılması yoluyla *hemen*⁴² yok edilmelidir⁴³.

Alman hukukunda ise, (bedeli tamamen ödenmemiş de olsa⁴⁴) şirketin kendi paylarını iktisap etmesine ilişkin tasarruf işleminin geçerli olduğu sonucuna doğrudan ulaşılabilmektedir. Zira, AktG §71/4 hükmüne göre, payın iktisabına ilişkin tasarruf işlemi hüküm ifade ederken; borçlandırıcı işlem geçersizdir⁴⁵. Bundan dolayı, iktisap (anonim şirketin kendi paylarını iktisap

⁴² Bkz. TTK m. 386; “Hemen” ifadesinin, “derhal” ya da “hiç vakit geçirmeden” şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Atakan, s. 373.

⁴³ Atakan, s. 372; Alman hukuku bakımından bu yönde bkz. MüKo AktG, Oechsler, §71, N. 369; Raiser/Veil, §19, N. 29.

⁴⁴ MHdB GesR IV, Rieckers, §15, N. 53.

⁴⁵ Anılan hükme göre; “*Ein Verstoß gegen die Absätze 1 oder 2 macht den Erwerb eigener Aktien nicht unwirksam* (Tasarruf işlemine dair). *Ein schuldrechtliches Geschäft über den Erwerb eigener Aktien ist jedoch nichtig, soweit der Erwerb gegen die Absätze 1 oder 2 verstößt* (Borçlandırıcı işleme dair).”

etmesini düzenleyen) kurallara aykırı da olsa şirket payların sahibi konumuna gelir⁴⁶. Türk hukuku açısından da benzer bir yorumun yapılması önünde bir engel yoktur. Çünkü, tasarruf işlemi neticesinde şirkete bazı yükümlülükler⁴⁷ yüklenmektedir. Bu doğrultuda, borçlandırıcı işlemin, kanunun emredici hükümlerine aykırılık dolayısıyla butlanla sakat olduğu söylenebilir⁴⁸.

B. Nakdî Sermaye Borcunun Muaccel Olması

Anonim şirketin iktisap ettiği kendi paylarından doğan borcun birleşme yoluyla sona erip ermeyeceği yönünden yapılacak tartışmada, sermaye borcunun muaccel hale gelmesi de önemlidir. Aslında, borçlar hukukunun genel prensiplerine göre; alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesiyle borcun sona ermesi için borcun muaccel ya da müeccel olmasının bir önemi yoktur⁴⁹. Her iki durumda da alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi sebebiyle borç sona erer⁵⁰. Buna karşılık, şirketler hukuku alanında ittifakla belirtildiği üzere, anonim şirketin kendi payını iktisap ettiği anda muaccel olan ya da şirketin bu payları elde tuttuğu süre içinde muaccel hale gelen paylardan kaynaklanan sermaye borcu, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesiyle (*Konfusion*) sona erer⁵¹. Ancak, bakiye sermaye borcu müeccel ise, iktisap edilen paylardan doğan hak ve yükümlülükler donar⁵².

1. Esas Sözleşme ile Muaccel Olma

Nakdî sermaye borcunun, bir esas sözleşme hükmü uyarınca muaccel

⁴⁶ BeckOGK, Cahn, AktG, §71, N. 233.

⁴⁷ Bkz. TTK m. 385 ve m 386.

⁴⁸ İsviçre hukukunda ise, bu iki hukuk sistemi dışında bir anlayış söz konusudur ve yapılan işlemin hükümsüz olmayacağı ifade edilmektedir. Zira, kendi paylarını iktisabı düzenleyen kuralların emredici nitelikte olmadığı ifade edilmektedir. Ancak, kendi paylarını iktisap ile yapılan işlemler sermayenin iadesi yasağını aşmak için gerçekleştiriliyorsa bu kez butlan yaptırımını söz konusu olmaktadır (BSK OR II, Lenz/von Planta, Art. 659, N. 11 ve 12).

⁴⁹ İsmail Atamulu/Emre Köroğlu, “Türk Borçlar Hukukunda Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi Sebebiyle Borcun Sona Ermesi (TBK m. 135)”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 23 (1), 2018, s. 157; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükmeleri*, Yetkin Yayınevi, 2021, s. 1192.

⁵⁰ Atamulu/Köroğlu, s. 157.

⁵¹ Grigoleit AktG, Grigoleit/Rachlitz, §71b, N. 10; BeckOGK, Cahn, AktG §71b, N. 12; Hölters AktG, Laubert, §71b, N. 4; MüKo AktG, Oechsler, §71b, N. 15; Hüffer/Koch AktG §71b, N. 6; Henssler/Strohn GesR, Paefgen, AktG §71b, N. 6; MHdB GesR IV, Rieckers, §15, N. 56; MAH AktienR, Stürner, §31, N. 45; Aydın Alber Yüce, *Şirketler Hukuku Ders Notları*, Adalet Yayınevi, 2022, s. 361.

⁵² Grigoleit AktG: Grigoleit/Rachlitz, §71b, N. 10; Ayrıca karşı. TTK m. 389, son cümle.

olması mümkündür. Anonim şirketin sermayesi ile her payın itibarî değeri, bunların ödenmesinin şekil ve şartlarının esas sözleşmede zorunlu unsur olarak yer alması gerektiği (TTK m. 339/2-c) göz önünde tutulursa, TTK m. 344 hükmüne göre peşin ödenmesi gerekli tutar dışında kalan (bakiye) sermaye borcunun ne zaman ödeneceğine de esas sözleşmede yer verilebilir. Bakiye sermaye borcunun ödenme zamanı ile ilgili tercih, doğrudan bir tarih (örn. 1.1.2022) ya da bir zaman dilimi (örn. şirketin tescilinden itibaren altı ay) belirlenmesi suretiyle gerçekleştirilebilir. Belirlenen tarihin gelmesi ya da zaman diliminin geçmesiyle birlikte bakiye sermaye borcu muaccel olur.

2. Yönetim Kurulu Kararı ile Muaccel Olma

Esas sözleşmede, kalan sermaye borcunun ödenmesi zamanı ile ilgili bir tercih yapılmamış ise, bu durumda yönetim kurulunun pay sahiplerine sermaye borcunun ödenmesi için çağrı (apel) yapması gerekir⁵³. Bu çağrı, doğrudan sermaye borçlusuna pay sahibine ya da pay sahiplerine yöneltilmelidir⁵⁴.

Sermaye borcunun muacceliyet kazanacağı çağrıda, sermaye borcunun ödenmesinin özellikle miktar ve zaman bakımından şartları yönetim kurulunun takdirindedir⁵⁵. Ancak yine de bakiye sermaye borcu bulunan birden fazla pay sahibinin bulunması durumunda yönetim kurulu, eşit işlem ilkesi uyarınca, gerek ödenmesi talep edilen tutarlar gerekse ödeme için tanınan süreler bakımından pay sahipleri arasında ayırım yapamaz⁵⁶.

Pay sahiplerinden ödeme için talep edilen tutarların açık ve net bir şekilde ödeme çağrısında yer alması gerekir. Bunun aksine, örneğin, “bakiye sermaye borcunun tamamının ödenmesi talep olunur” biçiminde bir çağrı yapılmamalıdır⁵⁷. TTK m. 481 hükmüne göre, pay sahiplerine yapılacak ödeme çağrısında ödeme tarihi de belirtilmelidir⁵⁸. Ödeme için tanınan süre, pay sahiplerinin gerekli kaynağı elde etmesine yetecek nitelikte olmalıdır⁵⁹.

⁵³ Pulaşlı, *Genel Esaslar*, §29, N. 13; Bahtiyar, s. 280; Ayhan/Çağlar/Özdamar, s. 440.

⁵⁴ BeckOGK, Cahn, AktG §63, N. 18; MAH AktienR, Dißbars/Lönner, §42, N. 4; MHdB GesR IV, Rieckers, §16, N. 12.

⁵⁵ Henssler/Strohn GesR, Paefgen, AktG §63, N. 5.

⁵⁶ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), N. 838e; AktienR, Dißbars/Lönner, §42, N. 4; MHdB GesR IV, Rieckers, §16, N. 11.

⁵⁷ MHdB GesR IV, Rieckers, §16, N. 12.

⁵⁸ Alman hukuku bakımından aynı yönde bkz. AktienR, Dißbars/Lönner, §42, N. 4.

⁵⁹ AktienR, Dißbars/Lönner, §42, N. 4; MHdB GesR IV, Rieckers, §16, N. 12.

Bakiye sermaye borcunun muaccel olması, ödeme çağrısında verilen sürenin son gününün sona ermesiyle başlar⁶⁰. Bu tarihten önce ve de özellikle yönetim kurulunun çağrısının yokluğu halinde sermaye borcu muaccel hale gelmez⁶¹.

C. Bedeli Tamamen Ödenmemiş Payların Hukuka Aykırı Olarak İktisabı ve Bakiye Sermaye Borcu Arasındaki İlişki

1. Müeccel Bakiye Sermaye Borçları Açısından

Pay sahiplerinin henüz ödemedikleri müeccel sermaye borçlarının kendisinden kaynaklandığı payların şirket tarafından iktisap edilmesi halinde, sermaye borcu başta olmak üzere pay sahipliğinden kaynaklanan borçlar (ve haklar) *donar*. Bu payların şirket tarafından elden çıkarılması durumunda ise, pay sahipliği mevkiinin muhatap olduğu yükümlülükler tekrar *canlanır*⁶². Bu kabul, TBK m. 135/II hükmüyle de uyumludur. Zira anılan hükme göre, birleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkarsa, borç varlığını sürdürür ve sanki birleşmeden hiç etkilenmemiş gibi varlığını en başından beri devam ettirir⁶³. Sermaye borcunun varlığını sürdürmesi, ıskat durumunda açık kalan tutarlardan sorumluluğa benzer şekilde, elden çıkarılan payın şirketten önceki sahibinin sorumluluğu anlamına gelmez⁶⁴.

2. Muaccel Bakiye Sermaye Borçları Açısından

Anonim şirket kendi paylarını iktisap ettiğinde, iktisap edilen payların bedelleri tamamen ödenmemiş ve bakiye sermaye borcu muaccel ise bu borç sona erer. Çünkü iktisap ile birlikte anonim şirket, alacaklısı kendisinin olduğu sermaye borcunun borçlusuna haline gelmiştir; diğer bir deyişle, bir kişinin kendisine karşı hem alacaklı, hem de borçlu olması mümkün olmadığı için⁶⁵

⁶⁰ BeckOGK, Cahn, AktG §63, N. 19; Henssler/Strohn GesR, Paefgen, AktG §63, N. 8.

⁶¹ Henssler/Strohn GesR, Paefgen, AktG §63, N. 8; Hüffer/Koch AktG §63, N. 7; MüKo AktG, Bayer, §63, N. 38.

⁶² BeckOGK: Cahn, AktG §71b, N. 12; Hölters AktG, Laubert, §71b, N. 4; Henssler/Strohn GesR, Paefgen, AktG §71b, N. 6; Yüce, s. 361.

⁶³ Peter Gauch/Walter R. Schluop/Susan Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Band II, 10. Auflage, Schulthess, 2014, s. 219, N. 3190; M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Cilt 1, 17. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 585, N. 1797; BSK OR I: Gonzenbach/Gabriel-Tanner, Art. 118, N. 8; Atamulu/Köroğlu, s. 166.

⁶⁴ Heidel AktG, Block, §71b, N. 13.

⁶⁵ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 24. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2019, s. 1418, N. 3988; BK, Becker, Art. 118, N. 1; ZK, Aepli, Art. 118, N. 5; Gauch/Schluop/Emmenegger, s. 218, N. 3181; Atamulu/Köroğlu, s. 155; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku, Genel Hüküm-*

alacaklı ve borçlu sıfatı kendi üzerinde birleşmiştir⁶⁶. Müeccel bakiye sermaye borçları, iktisabın ardından gerçekleştirilen elden çıkarma ile canlanırken; muaccel sermaye borçları, iktisap edilen paylar tekrar elden çıkarılsa bile tekrar canlanmaz⁶⁷.

Şirketin iktisabı anında müeccel, ancak iktisap edilen payın elde tutulduğu zaman dilimi içinde muaccel hale gelen borçlar için de aynı kabul geçerlidir⁶⁸. Bu durum, haklar açısından söz konusu olan sonuca benzemektedir. Zira, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesiyle birlikte haklar da sona ermektedir⁶⁹. Bu bakımdan örneğin, şirketin kendi payını sonradan elden çıkarması halinde payı iktisap eden kişi; önceki dönemlerde başka paylar için ödenmiş kâr payı tutarlarını kendisi için talep edemez⁷⁰.

ler, 21. Baskı, Turhan Kitabevi, 2017, s. 1057.

⁶⁶ Heidel AktG, Block, §71b, N. 13; Hölters AktG, Laubert, §71b, N. 4; Hüffer/Koch AktG §71b, N. 6; MAH AktienR, Stürner, §31, N. 45; MHdB GesR IV, Rieckers, §15, N. 56; İsviçre hukuku bakımından aynı yönde bkz. ZK: Handschin, OR Art. 659-659b/I. -II., N. 30; Alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesinin paydan kaynaklanan haklar üzerindeki etkisi açısından bkz. OFK OR, Amstutz/Marti, Art. 659a, N. 8 ve CHK OR, Trüeb, Art. 659a, N. 2; Hopt/Wiedemann AktG, Merkt, §71b, N. 23; Mehmet Özdamar, *Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisap Etmesi (TTK md. 329)*, Yetkin Yayınevi, 2005, s. 239; Aydın, s. 239.

⁶⁷ Hüffer/Koch AktG §71b, N. 6; MAH AktienR, Stürner, §31, N. 45; MHdB GesR IV, Rieckers, §15, N. 56; Henssler/Strohn GesR, Paefgen, AktG §71b, N. 6; Anonim şirketin iktisap ettiği kendi paylarını elden çıkardığında, bu borcun artık payı devralan tarafından üstlenilmiş kabul edileceği ve tekrar canlanacağı yönündeki farklı görüş için bkz. Özdamar, s. 239 ve Aydın, s. 239.

⁶⁸ Hirte/Mülbert/Roth AktG, Merkt, §71b, N. 23.

⁶⁹ Atamulu/Köroğlu, s. 162 vd.

⁷⁰ CHK OR, Trüeb, Art. 659a, N. 2; Aynı yönde bkz. Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi*, Cilt II, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015, §34, N. 67; Türk hukukunda *Çeliktaş* ise aksi görüştür. Yazara göre, söz konusu kâr payları, ileride payı iktisap edecek kişi adına bloke edilmelidir. Yazar, bu görüşüne gerekçe olarak, iktisap edilen payların şirket bünyesinde muvakkaten bulunmasını ve hakların donmasını ileri sürmektedir (Çeliktaş, s. 210; Aynı yönde bkz. Atakan, s. 368; daha eski öğreti bakımından aynı yönde bkz. Arslanlı, s. 120). İsviçre eski öğretisinde, şirket tarafından iktisap edilmiş paylara da kâr payının düşeceğini belirtmiştir. Bu görüş için bkz. Emil Schucany, *Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht*, 2. Auflage, Orell Füssli Verlag, 1960, Art. 659, N. 10.

Kanaatimizce, şirket bünyesinde kâr payı olarak dağıtılabılır tutarların bulunduğu, ancak kâr dağıtım kararının alınmadığı hallerde, şirketin kendi paylarını iktisap etmesinin ilgili paylardan kaynaklanan haklar üzerinde bir etkisi olmaz. Çünkü bu halde hak (alacak hakkı) henüz ortaya çıkmamıştır. Zira, pay sahibinin kâr payı alma hakkı ancak genel kurulun dağıtım kararı almasıyla birlikte bir talep hakkından alacak hakkına dönüşmüş olur (Aslı E. Gürbüz Usluel, *Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı*, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 2016, s. 68; Zehra Badak, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirkette Pay Sahibinin Kâr Payı Hakkı*, Oniki Levha Yayıncılık, 2018, s. 190; Bahtiyar, s. 284; Pu-

3. Şirket Hesabına İktisap Edilen Paylarda Durum

Anonim şirketin üçüncü bir kişiyle yapmış olduğu ve konusu bu kişiye, şirketin kendi paylarını; şirketin, şirkete bağlı bir şirketin veya şirketin paylarının çoğunluğuna sahip olduğu bir şirketin hesabına alma hakkı tanıyan ya da böyle bir yükümlülük öngören düzenlemeler, şayet gerçekleşen iktisap TTK m. 379 hükmüne uygun ise geçerlidir⁷¹ (TTK m. 380/2). Üçüncü kişilerin şirket adına iktisap ettiği paylar bakımından, müeccel ya da muaccel sermaye borçları varlığını sürdürür⁷². Bu nitelikteki işlemlerde sermaye borcu, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi sebebiyle sona ermez⁷³. Zira alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi sebebiyle bir borcun sona ermesi için alacaklı ve borçlu sıfatlarının aynı kişinin üzerinde birleşmesi gerekmektedir⁷⁴. Ancak bu ihtimalde, paylar her ne kadar şirket adına iktisap edilse de pay sahipliği mevkiini, şirket tüzel kişiliği dışında üçüncü bir kişi almaktadır. Bu üçüncü kişi, şirket tüzel kişiliği dışında bir kişi olacağından, alacaklı ve borçlu sıfatları aslında birleşmemiş olmaktadır. Bu halde, borcun sona ermemesi tabiidir.

Hukuka uygun anılan bu iktisaplar yanında, hukuka aykırı iktisaplar için de aynı düşüncenin geçerli olduğu kanaatindeyiz. Zira bu hâlde dahi (teknik olarak) alacaklı ve borçlu sıfatı birleşmemiştir. Payı, şirket hesabına da olsa, iktisap eden üçüncü kişi konumundadır⁷⁵. Sermaye borcunun alacaklısı payı iktisap edilen şirket iken; bu borcun borçlusu, pay sahibi konumundaki iktisap eden şirkettir. İktisap eden şirketin payı iktisap edilen şirket hesabına hareket etmesi, borcu sona erdirmediği gibi borcun donmasına da yol açmaz.

laşlı, *Genel Esaslar*, §28, N. 13). Böyle bir dağıtım kararının alınmış olması durumunda ise kâr payı, pay sahibi açısından bir alacak ve şirket açısından bir borç niteliğinde olacağından; pay sahibi şirket olduğunda bu borcun da alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesiyle sona erdiğini kabul etmek gerekir. Alman hukukunda da bu doğrultuda kâr payı olarak ortaya çıkan tutarların şirkete de ait olmadığı yönünde bkz. Raiser/Veil, §19, N. 29.

⁷¹ Karş. AktG §71d.

⁷² MAH AktienR, Stürner, §31, N. 45.

⁷³ Hüffer/Koch, AktG §71b, N. 6; MüKo AktG, Oechsler, §71b, N. 15.

⁷⁴ Claire Huguenin, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2. Auflage, Schulthess Verlag, 2014, s. 232, N. 751; ZK, Aepli, Art. 118, N. 15; BSK OR I, Gonzenbach/Gabriel-Tanner, Art. 118, N. 3; Gauch/Schluep/Emmenegger, s. 217, N. 3177; Eren, s. 1418, N. 3987; Kılıçoğlu, s. 1057; Atamulu/Köroğlu, s. 159; Gümüş, Borçlar, s. 1191; Mustafa Alper Gümüş, “Alacaklı ve Borçlu Sıfatının Birleşmesi (BK m. 116)”, *Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7 (2), 2008, s. 33.

⁷⁵ Heidel AktG, Block, §71b, N. 14; Grigoleit AktG, Grigoleit/Rachlitz, §71b, N. 11; MHdB GesR IV, Rieckers, §15, N. 56; Hopt/Wiedemann AktG, Merkt, §71b, N. 25.

4. TTK m. 480/4 Anlamında İkincil Yükümlülüklerin Durumu

Pay devirlerinin şirketin onayına bağlı olduğu hâllerde, esas sözleşmeyle pay sahiplerine sermaye taahhüdünden doğan borçtan başka, belli zamanlarda tekrarlanan ve konusu para olmayan edimleri yerine getirmek yükümlülüğü de yüklenebileceği TTK m. 480/4, birinci cümle hükmünde belirtilmiştir. Bu ikincil yükümlülükler ani edimli ya da sürekli edimli olabilir.

Ani edimli borç ilişkilerinde durum nakdî sermaye borcunda olduğu gibidir. Başka bir deyişle, ikincil yükümlülükleri içeren bir bağlı nama yazılı pay, payın ait olduğu şirket tarafından iktisap edilirse, (ani edimli) ikincil yükümlülükler, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi sebebiyle sona erer⁷⁶. Bunun aksine, anılan nitelikteki paylar şirketin kendisi tarafından iktisap edilmiş olsa dahi, ikinci yükümlülüğün konusu sürekli bir edim ise, şirketin iktisap ettiği kendi payını elinden çıkarması durumunda bu yükümlülükler tekrar canlanır⁷⁷.

5. İskat Sonucu Şirketin Geçici Olarak Devraldığı Paylarda Durum

Sermaye borcunu ödemekte temerrüde düşen pay sahibinin karşılaşıacağı yaptırımlardan biri⁷⁸ de pay sahipliğinden ıskat edilmektir. TTK m. 483 hükmüne göre, mütemerrit pay sahibinin temerrüde konu tutarı ödememesi üzerine, paylara ilişkin haklardan yoksun bırakılması mümkündür.

Hukuka uygun bir ıskat prosedüründen sonra pay sahibinin bu sıfatı ortadan kalkar. Ancak, pay sahipliği sıfatının yitirilmesi, pay sahipliği konumunun da yok olduğu anlamına gelmez⁷⁹. Aksine, anonim şirket, ıskat edilen pay sahibinin yerine pay sahipliği mevkiini işgal eder⁸⁰. Bu halde, temerrüde konu bakiye sermaye borcu açısından, yukarıda temas edilen

⁷⁶ MüKo AktG, Oechsler, §71b, N. 16; Hopt/Wiedemann AktG, Merkt, §71b, N. 26.

⁷⁷ MüKo AktG, Oechsler, §71b, N. 16; Hopt/Wiedemann AktG, Merkt, §71b, N. 26.

⁷⁸ Diğerleri için bkz. TTK m. 482.

⁷⁹ MüKo AktG, Oechsler, §64, N. 69; BeckOGK, Cahn, AktG §64, N. 43; Hölters AktG, Laubert, §64, N. 16.

⁸⁰ BeckOGK, Cahn, AktG §64, N. 43; Hölters AktG, Laubert, §64, N. 16; Henssler/Strohn GesR, Paefgen, AktG §64, N. 9; Bu durumda payların geçici olarak şirketin elinde bulunmasının kendi paylarını iktisap yasağı kapsamında değerlendirilemeyeceği yönünde bkz. Domaniç, s. 581, Özdamar, s. 238; Çeliktaş, s. 191; Anonim ortaklıkta ıskat sonucu, ıskata konu payların şirkete geçmeyeceği ve ıskatın kendi paylarını iktisap sonucunu doğurmadığı yönündeki farklı görüş için bkz. Gökçen Turan, *Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisabının Genel Esasları*, Yetkin Yayınevi, 2018, s. 267.

alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi ortaya çıkar.

Iskat halinde şirketin geçici olarak elinde bulundurduğu paylar açısından, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi gerçekleşmiş olsa dahi, kanun gereği, muaccel bu borçlar sona ermez. Şirketin elinde bulundurduğu paylardan kaynaklanan muaccel sermaye borcunun devamını sağlayan hükümler, TTK m. 482/2 ve m. 483/3'tür. Anılan hükümlerde yer alan "... söz konusu payı satıp yerine başkasını almaya ..." ve özellikle "... Mütemerrit pay sahibi, yeni pay sahibinin ödemelerinden açık kalan tutar için şirkete karşı sorumludur." ifadeleri göstermektedir ki alacaklı ve borçlu sıfatları birleşse de sermaye borcu sona ermemektedir. Aksine, sermaye borcu varlığını sürdürmekte ve hatta iskat edilen pay sahibinin açık kalan tutarlar için sorumluluğu bulunmaktadır.

6. Anonim Şirketin Komisyonculuk Faaliyeti Kapsamında İktisap Ettiği Kendi Paylarında Durum

Alım veya satım komisyonculuğu, komisyoncunun ücret karşılığında, kendi adına ve vekâlet verenin hesabına kıymetli evrak⁸¹ ve taşınırların alım veya satımını üstlendiği, buna karşılık vekâlet verenin ise komisyoncuya belli bir ücret (komisyon) ödemeyi yükümlendiği sözleşmedir (TBK m. 532/I). Bir anonim şirketin, komisyoncu sıfatıyla kendi pay senetlerini müvekkilinin hesabına iktisap etmesi mümkündür⁸². Bu durumda, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi suretiyle iktisap edilen paydan kaynaklanan sermaye borcunun sona ermesi söz konusu olmaz. Zira alım veya satım komisyonculuğu sözleşmesi hukuki niteliği itibariyle dolaylı temsil ilişkisi içeren bir vekâlet sözleşmesidir⁸³. Bu sebeple anonim şirketin komisyoncu sıfatıyla kendi pay

⁸¹ TBK m. 532/ I'de yer alan "kıymetli evrak" ifadesinden poliçe, bono ve çek gibi kambiyo senetleri ya da makbuz senedi ve varant gibi emtia senetlerinin değil, hisse senetleri, tahviller, hazine bonoları gibi menkul değerlerinin anlaşılması gerekmektedir. Çünkü bir bono ya da çek alınıp satılamaz. Ömer Teoman (Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Arslan Kaya/N. Füsün Nomer Ertan), *Ticari İşletme Hukuku*, Birinci Basıdan Üçüncü (Tıpkı) Baskı, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 608, N. 1865; Arslan Kaya (Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/N. Füsün Nomer Ertan), *Ticari İşletme Hukuku*, 4. Baskı, Oniki Levha Yayınevi, 2015, s. 744, N. 1593. Ayrıca bkz. Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Besonderer Teil, Schulthess Verlag, 1988, s. 244.

⁸² Bu yönde bkz. Aydın, s. 241.

⁸³ Eren, s. 483, N. 1332; Oğuzman/Öz, s. 222, N. 667; Teoman (Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan), s. 609 vd., N. 1871 vd.; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, Yeniden Genişletilmiş Tamamlanmış 4 üncü Basıdan 5 inci Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, 2010, s. 631, N. 14; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, Beta Yayıncılık, 2014, s. 1286, 1288; Öz Seçer, *Alım Satım Ko-*

senetlerini iktisap etmesine bağlı olarak ortaya çıkan hak ve borçlar başlangıçta her ne kadar kendi hukuki alanında doğacak olsa da⁸⁴, bunların sonradan müvekkile devrinin yapılması gerekmektedir⁸⁵. Bu bakımdan anonim şirketin komisyoncu sıfatıyla kendi pay senetlerini iktisap etmesi durumunda payların mülkiyetinin şirkete geçmemektedir⁸⁶. Burada ek olarak belirtmemiz gerekir ki, TBK m. 135'e göre alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi için, bir alacak ve borcun sadece aynı kişinin üzerinde birleşmiş olması da yeterli değildir. Alacak ve borç söz konusu kişinin aynı malvarlığı kesimine dahil olup, burada birleşmesi gerekmektedir⁸⁷. Nitekim alacağın ve borcun ancak aynı malvarlığı kesimi içerisinde birleştiği durumlarda sona ermeyi haklı gösterebilecek bir menfaatten söz edilebilmesi mümkündür⁸⁸. Alım veya satım komisyonculuğu sözleşmesine baktığımızda ise, anonim şirketin bu sözleşme kapsamında iktisap ettiği pay senetlerini müvekkiline devretmesi gerektiği için, böyle bir durum söz konusu olmamaktadır.

D. Hukuka Aykırı İktisabın Sebep Olacağı Muhtemel Sorumluluk

Bir paydan kaynaklanan bakiye sermaye borcunun muaccel olmasına karşılık, bu payın şirket tarafından iktisap edilmesinin şirketi zarara uğratacağı şüpheden uzaktır. Zira, yukarıda da temas edildiği üzere, bu halde sermaye borcu alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesiyle sona ermekte ve hatta sonradan bu payların başka bir kişiye devredilerek elden çıkarılması halinde dahi sermaye borcu, TBK m. 135 hükmünün aksine, tekrar canlanmamaktadır. Bunun dışında, belirli bir bedel karşılığında iktisap edilen şirketin kendi payları, iktisap bedelinden daha düşük bir bedelle elden çıkarıldığında da şirket zarara uğramış olur⁸⁹.

misyonculuğu Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 7, 10, 20 vd.; Ali Bozer/Celal Göle, *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, 2020, s. 146; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Cilt V/1, 1, Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 589-590, N. 2662; Murat Doğan/Gökhan Şahan/İsmail Atamulu, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 168.

⁸⁴ Huguenin, s. 1033, N. 3430; Seçer, s. 9 vd.

⁸⁵ Eren, s. 483, N. 1333; Oğuzman/Öz, s. 222, N. 668; Yavuz/Acar/Özen, s. 1286, 1288; Antalya, s. 589, N. 2659; Doğan/Şahan/Atamulu, s. 168; Seçer, s. 10.

⁸⁶ Çelikaş, s.

⁸⁷ ZK, Aepli, Art. 118, N. 20; BSK OR I, Gonzenbach/Gabriel-Tanner, Art. 118, N. 4; Gauch/Schluep/Emmenegger, s. 218, N. 3179; Huguenin, s. 232, N. 752; Eren, s. 1419, N. 3989; Atamulu/Köroğlu, s. 161; Gümüş, *Birleşme*, s. 35; Gümüş, *Borçlar*, s. 1193.

⁸⁸ Gümüş, *Birleşme*, s. 35; Atamulu/Köroğlu, s. 161-162; Gümüş, *Borçlar*, s. 1193.

⁸⁹ Domaniç, s. 586.

Sermaye borcunun bu şekilde, ödeme dışında bir yolla, sona ermesi bedeli tamamen ödenmemiş ve ödenemeyecek payların ortaya çıkmasına yol açar. Karşılığı tam olarak bulunmayan payların varlığı, sermayenin tam olarak temin edilmesi ve sermayenin korunması ilkelerine aykırıdır. Şirket, kendi paylarını iktisap ederek muaccel sermaye borçlarının sona ermesine neden olmakta ve dolayısıyla işletme konusunun gerçekleştirilmesi zorlaşmaktadır. Bu durum, şirket ortaklarının aleyhine olduğu kadar şirket alacaklılarının da aleyhinedir. Çünkü, şirket alacaklılarının şirketten olan alacaklarını tahsil etmek için başvurabilecekleri tek kalem şirket malvarlığıdır. Oysa, muaccel bakiye sermaye borcu bulunan payların iktisap edilmesi, anonim şirket malvarlığının bir kısmını oluşturan sermayenin sadece *görünürde* oluşmasına sebep olmaktadır. Anılan nitelikteki kendi paylarını iktisap ile ortaya çıkan kompozisyon, gerçeği yansıtmamaktadır.

Sayılan bu sonuçların ortaya çıkması, anonim şirketlerde sorumluluk doğuran işlemlerdir. Çünkü bu halde, pay iktisabına karar veren ve bu kararı uygulayan yönetim kurulu üyeleri ve şirket yöneticileri⁹⁰, kanundan ya da esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlâl etmiş olurlar. Sorumlu yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler; şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı sorumludurlar (TTK m. 553/1). TTK m. 553 hükmündeki sorumluluk kusur esasına dayanmaktadır. Kusurun ispatı, bunun varlığını iddia edene düşmektedir⁹¹. Burada, şirketin zarara uğramasına yol açan kendi paylarını iktisap kararının alınması ve uygulanması kusurlu birer işlemdir. Söz konusu hukuka aykırı kararın alındığının ve uygulandığının ispat edilmesi, TTK m. 553 anlamında sorumluluğun kabulü için yeterlidir.

Hukuka aykırı iktisap ile sermaye borcunun sona ermiş olmasından doğan zararın tazmini için öncelikle şirket (doğrudan zararları için) ve ardından, pay sahipleriyle alacaklılar⁹² (dolaylı zararları için) dava açma hakkına sahiptir⁹³. Şirketin uğradığı zararın tazminini, şirket ve her bir pay sahibi isteyebilir. Pay sahipleri (ve TTK m. 556 gereğince alacaklılar) tazminatın *ancak şirkete ödenmesini* isteyebilirler (TTK m. 555).

⁹⁰ Şirketin kendi paylarının iktisabına ve bu payların elden çıkarılmasına yönetim kurulunun karar vereceği yönünde bkz. BSK OR II, Lenz/von Planta, Art. 659, N. 15; Wibmer OFK OR, Bodmer/Blumenfeld, Art. 659a, N. 12. Yönetim kurulunun konu ile ilgili zarar doğurucu iktisaplardan sorumlu olacağı yönünde bkz. Özdamar, s. 241.

⁹¹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 190 gereğince.

⁹² TTK m. 556 uyarınca şirketin iflâsı halinde.

⁹³ Druey/Druey Just/Glanzmann, §14, N. 98.

SONUÇ

TTK (ve AktG) anonim şirketin kendi paylarını iktisap etmesi halinde, pay sahipliğinden doğan hakların durumunu düzenlemiş; ancak, pay sahibinin henüz ödememiş olduğu bakiye sermaye borcunun varlığı halinde, şirketin kendi paylarını iktisabında çözümün ne olacağı sorusu cevapsız bırakılmıştır. Özellikle, borçlar hukukunun genel kaidelerine göre, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi sonucu borcun sona ermesi ve bu halin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması ihtimalinde borcun tekrar canlanması dikkat çekicidir. Şirketler hukuku açısından bu şekilde önceden kesin bir belirlemenin yapılması güçtür.

Anonim şirketin bedeli tamamen ödenmemiş kendi paylarının kanuna aykırı iktisabında nakdi sermaye borcunun alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesiyle sona erip ermeyeceği, öncelikle, sermaye borcunun muaccel olup olmamasına göre farklı sonuçlara tabi olan bir husustur. Ardından, şirketin kendi paylarını şirket hesabına iktisap eden kişinin kim olduğuna göre de söz konusu sonuçlar değişmektedir.

Çalışmamız neticesinde, konu ile ilgili ulaştığımız sonuçlar aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

1. Şirketin iktisap ettiği kendi paylarından doğan sermaye borcu müaccel ise, iktisap ile birlikte bu borç donar. Şirketin iktisap ettiği kendi paylarını elden çıkarması halinde bu borç canlanır ve payı iktisap eden kişiden istenebilir.

2. Şirketin iktisap ettiği kendi paylarından doğan sermaye borcu muaccel ise, iktisap ile birlikte, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi dolayısı ile bu borç sona erer. Ancak, borçlar hukukuna ait genel hükümlerin aksine, payın elden çıkarılmasıyla muaccel olmasından ötürü sona ermiş bu borç tekrar canlanmaz.

3. Şirketin kendi paylarını iktisap etmesi, bir üçüncü kişi aracılığı ile (şirket hesabına olmak üzere) gerçekleşmiş ise, bu durumda alacaklı ve borçlu sıfatları sona ermeyeceğinden, bakiye sermaye borcu (muaccel veya müaccel olmasına bakılmaksızın) donmayacağı gibi, iktisap edilen payların elden çıkarılmasıyla da bu kabulde bir değişiklik olmaz.

4. Şirketin iktisap ettiği paylara bağlı TTK m. 480/4 anlamında ikincil yükümlülükler var ise bunlar da yükümlülüğün niteliğine göre farklı akıbetlere uğrar.

a. Yükümlülük ani edimli ise, kendi paylarını iktisap ile birlikte alacaklı ve borçlu sıfatı birleşeceğinden borç sona erer.

b. Yükümlülük sürekli bir edim niteliğinde ise, kendi paylarını iktisap gerçekleşmiş olsa dahi, iktisap edilen payların elden çıkarılmasıyla birlikte bunlar payı iktisap eden kişiden talep edilebilir.

5. Müttemerrit pay sahibinin ıskat edilmesiyle birlikte, geçici bir süre için ıskat edilen paylar bakımından alacaklı ve borçlu sıfatı birleşmektedir. Ancak, bu birleşme sonucu (esasında muaccel olan) sermaye borcu sona ermemektedir. Çünkü kanun gereği, şirkete geçen bu paylar elden çıkarıldığında sermaye borcu varlığını sürdürmekte, hatta ıskat edilen pay sahibi açık kalan tutarlar için sorumlu olmaktadır.

6. Şirketin kendi paylarını hukuka aykırı bir şekilde iktisap etmesiyle zarara uğratılmasına sebep olan başta yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler, şirketin uğradığı zararlardan sorumludur. Şirket, pay sahipleri ve alacaklılar şirketin uğradığı zararın bu kişilerden tazmin edilmesini isteyebilir.

KAYNAKÇA

- Aeppli V, *Zürcher Kommentar, Band/Nr. V/1h/1, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Das Erlöschen der Obligationen, Art. 114-126 OR*, Schulthess Verlag, 1991 (Anılış: ZK, Aeppli, Art.-, N.-).
- Antalya G, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Cilt V/1, 1, Genişletilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Arslanlı H, *Anonim Şirketler I – Umumî Hükümler*, 2. Baskı, İstanbul 1959.
- Atakan M C, “Anonim Şirketlerin Kendi Paylarını İktisabının Hukuki Sonuçları”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, 12 (1), 2021, s. 363-379.
- Atamulu İ/Koroğlu E, “Türk Borçlar Hukukunda Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi Sebebiyle Borcun Sona Ermesi (TBK m. 135)”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 23 (1), 2018, s. 149-181.
- Ayan Ö, “Anonim Şirketin Genel Kurul Kararı İle Kendi Paylarını İktisap Etmesi Veya Rehin Almasının Koşulları (TTK 379)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 27 (1-2), 2013, s. 185-228.
- Aydın A, *Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi*, Arıkan Yayınevi, 2008.
- Ayhan R/Çağlar H/Özdamar M, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Yetkin Yayıncılık, 2019.
- Badak Z, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirkette Pay Sahibinin Kâr Payı Hakkı*, Oniki Levha Yayıncılık, 2018.
- Bahtiyar M, *Ortaklıklar Hukuku*, 15. Bası, Beta Basım Yayın, 2021.
- Bauen M/Bernet R, *Schweizer Aktiengesellschaft Aktienrecht - Fusionsrecht - Börsenrecht – Steuerrecht*, Schulthess Verlag, Zürich 2007.
- Becker H, *Berner Kommentar, Band/ Nr. VI/ 1, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht*, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, 1945 (BK, Becker, Art.-, N.-).
- Bilgili F/Demirkapı E, *Şirketler Hukuku*, 9. Bası, Dora Yayıncılık, 2013.
- Bozer A/Göle C, *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku

Enstitüsü Yayınları, 2020.

Böckli P, *Schweizer Aktienrecht mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung - unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts*, 4. Auflage, Schulthess Verlag, 2009.

Bucher E, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Besonderer Teil, Schulthess Verlag, 1988.

Çelikaş İ, *Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını İktisabı*, Arıkan Yayınevi, 2006.

Doğan M/Şahan G/Atamulu İ, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.

Domaniç H, *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması*, Cilt II, Tıpkı 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2011.

Druey J N/Druey Just E/Glanzmann L, *Gesellschafts- und Handelsrecht Begründet von Theo Guhl*, 11. Auflage, Schulthess Verlag, 2015 (Anılış: Druey/Druey Just/Glanzmann, §. -, N. -).

Eren F, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 24. Baskı, Yetkin Yayıncılık, 2019.

Forstmoser P/Meier-Hayoz A/Nobel P, *Schweizerisches Aktienrecht*, Stämpfli Verlag, 1996.

Gauch P/Schluop W R/Emmenegger S, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II*, 10. Auflage, Schulthess Verlag, 2014.

Goette W/Habersack M/Kalss S (Hrsg), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1 §§1-75*, 5. Auflage, CH Beck, 2019 (Anılış: MüKo AktG, Yazar, §-, N.-).

Grigoleit H C (Hrsg), *Aktiengesetz Kommentar*, 2. Auflage, CH Beck, 2020 (Anılış: Grigoleit AktG, Yazar, §-, N. -).

Gümüş M A, “Alacaklı ve Borçlu Sifatının Birleşmesi (BK m. 116)”, *Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7 (2), 2018, s. 25-59 (Anılış: Birleşme).

Gümüş M A, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Yetkin Yayınevi, 2021

(Anılış: Borçlar).

Gürbüz Usluel A E, *Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Kâr Payı Alma Hakkı*, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 2016.

Handschin L (Hrsg), *Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, Art. 620-659b OR*, ZK - Zürcher Kommentar, 2. Auflage, Schulthess Verlag, 2016 (Anılış: ZK, Yazar, OR Art. -, N. -).

Heidel T (Hrsg), *Aktienrecht und Kapitalmarktrecht*, 3. Auflage, Nomos Verlag, 2011 (Anılış: Heidel AktG, Yazar, §-, N.-).

Henssler M (Hrsg), *beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Aktienrecht*, CH Beck, 2021 (Anılış: BeckOGK, Yazar, AktG §-, N. -).

Henssler M/Strohn L (Hrsg), *Gesellschaftsrecht*, 5. Auflage, CH Beck, 2021 (Anılış: Henssler/Strohn GesR, Yazar, Kanun §-, N.-).

Hirte H/Mülbert P O/Roth M (Hrsg), *AktG-Aktiengesetz Grosskommentar; Band 3/2, §§67-75*, De Gruyter Verlag, 2018 (Anılış: Hirte/Mülbert/Roth AktG, Yazar, §-, N.-).

Hoffman-Becking M (Hrsg), *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4 Aktiengesellschaft*, 5. Auflage, CH Beck, 2020 (Anılış: MHdB GesR IV, Yazar, §-, N.-).

Honsell H/Vogt N P/Watter R (Hrsg), *Basler Kommentar Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, Art. 1-6 SchlT AG, Art. 1-11 Übest GmbH*, 4. Auflage, Helbing-Lichtenhahn Verlag, 2012. (Anılış: BSK OR II, Yazar, Art. -, N. -)

Honsell H/Vogt N P/Wiegand W (Hrsg), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 5. Auflage, Helbing-Lichtenhahn Verlag, 2011 (Anılış: BSK OR I, Yazar, Art. -, N. -).

Hopt K J/Wiedemann H (Hrsg), *AktG Grosskommentar*, 4. Auflage, De Gruyter Verlag, 2007 (Anılış: Hopt/Wiedemann AktG, Yazar, §-, N.-).

Hölters W (Hrsg), *Aktiengesetz Kommentar*, 2. Auflage, CH Beck, 2017 (Anılış: Hölters AktG, Yazar, §-, N.-)

Huguenin C, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2. Auflage, Schulthess Verlag, 2014.

- Hüffer U/Koch J, *Aktiengesetz*, 15. Auflage, München 2021 (İkinci Atıf: Hüffer/Koch AktG §, N. -).
- Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 21. Baskı, Turhan Kitabevi, 2017.
- Kocayusufoğlu N, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Yeniden Genişletilmiş Tamamlanmış 4 üncü Basıdan 5 inci Tıpkı Bası*, Filiz Kitabevi, 2010.
- Kostkiewicz J K/Wolf S/Amstutz M/Fankhauser R (Hrsg), *OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)*, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag, 2016 (Anılış: OFK OR, Yazar, Art. -, N. -)
- Meier-Hayoz A/Forstmoser P, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 10. Auflage, Stämpfli Verlag, 2007.
- Oğuzman MK/Öz MT, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 17. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019.
- Özdamar M, *Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisap Etmesi (TTK md. 329)*, Yetkin Yayıncılık, 2005.
- Poroy R/Tekinalp Ü/Çamoğlu E, *Ortaklıklar Hukuku I*, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2019.
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020 (Anılış: Genel Esaslar).
- Pulaşlı H, *Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt I ve II*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015 (Anılış: Şerh).
- Raiser T/Veil R, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 5. Auflage, München 2010.
- Roberto V/Trüb H R, *Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung Art. 530-771 OR – VegüV, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3. Auflage, Schulthess Verlag, 2016 (Anılış: CHK OR, Yazar, Art. -, N. -).
- Schucany E, *Kommentar zum Schweizerischen Aktienrecht*, 2. Auflage, Orell Füssli Verlag, 1960.
- Schüppen M/Schaub B (Hrsg), *Münchener Anwalts Handbuch Aktienrecht*, 3.

- Auflage, CH Beck, 2018 (Anılış: MAH AktienR, Yazar, §-, N.-).
- Seçer Ö, *Alım Satım Komisyonculuğu Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Sevi A M, *Anonim Ortaklıkta Payın Devri*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Stein P, *Die Aktiengesellschaft-Gründung, Organisation und Finanzverfassung*, Springer Verlag, 2016.
- Turan G, *Anonim Ortaklıkların Kendi Paylarını İktisabının Genel Esasları*, Yetkin Yayıncılık, 2018.
- Türk A, *Anonim Ortaklığın Kendi Paylarını Edinmesi*, Adalet Yayınevi, 2016.
- Ülgen H/Helvacı M/Kendigelen A/Kaya A/Nomer Ertan N F, *Ticari İşletme Hukuku*, Dördüncü Bası, Oniki Levha Yayıncılık, 2015.
- Ülgen H/Teoman Ö/Helvacı M/Kendigelen A/Kaya A/Nomer Ertan N F, *Ticari İşletme Hukuku*, Birinci Basıdan Üçüncü (Tıpkı) Bası, Vedat Kitapçılık, 2009.
- von Büren R/Stoffel W A/Weber R H, *Grundriss des Aktienrechts mit Berücksichtigung der laufenden Revision*, 3. Auflage, Schulthess Verlag, 2011.
- Wibmer J K (Hrsg), *Aktienrecht Kommentar Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)*, Orell Füssli Verlag, 2016 (Anılış: Wibmer OFK OR, Yazar, Art. -, N. -).
- Yavuz C/Acar F/Özen B, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 10. Baskı, Beta Yayıncılık, 2014.
- Yüce, A A, *Şirketler Hukuku Ders Notları*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022.

İCRA VE İFLÂS KANUNU'NUN 297'NCİ MADDESİNİN İKİNCİ FIKRASINDA ÖNGÖRÜLEN TASARRUF SINIRLAMALARI BAKIMINDAN ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN İYİNİYETİNİN KORUNMASI SORUNU

Mesut KÖKSOY*

ÖZET

İcra ve İflâs Kanunu'nun 297'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre, konkordato mühleti esnasında rehin tesis edilmesi, kefil olunması, ivazsız tasarruflarda bulunulması, taşınmazın, işletmenin faaliyetinin devamı için önem arz eden taşınırın ve işletmenin devamlı tesisatının devredilmesi, takyit edilmesi mahkemeden izin alınmasına bağlıdır. Mahkemeden izin alınmaksızın yapılan hukukî işlemler ise hükümsüzdür. Borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisine getirilen sınırlamalar, geçici mühlete karar verildiği andan itibaren geçerli olmaktadır. Geçici mühlete karar verilmesi hâlinde, bu kararın ilân edilmesi gerekmektedir. Kararın ilân edilmesi, Kanun'da öngörülen tasarruf sınırlamalarının geçerliliği bakımından önem taşımaz. Bununla birlikte üçüncü kişi, geçici mühlete karar verildiğini genellikle kararın ilân edilmesi durumunda öğrenebilmektedir. Geçici mühlete karar verilmiş olmasına rağmen, üçüncü kişi ile borçlunun, Kanun'da sayılan hukukî işlemlerden birini yapmış olması mümkündür. Böyle bir durumda, geçici mühlete karar verilmesi ile kararın ilân edilmesi arasında üçüncü kişinin iyiniyetinin korunup korunmayacağı bir sorun teşkil etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Borçlunun tasarruf yetkisinin sınırlandırılması, konkordato mühleti, üçüncü kişi, iyiniyet kavramı, iyiniyetin korunması.

THE PROBLEM OF PROTECTING THE BONO FIDE OF THE THIRD PARTY WITH REGARD TO THE DISPOSITION LIMITATIONS PROVIDED IN SECOND PARAGRAPH OF THE ARTICLE 297 OF THE ENFORCEMENT AND BANKRUPTCY LAW

ABSTRACT

According to second paragraph of article 297 of the Enforcement and Bankruptcy Law, during the concordat respite, establishing a pledge, warrant, making gratuitous dispositions depend, transferring the immovable, the movable which is important for the continuation of the commercial enterprise and the permanent installation of

* **Arş. Gör.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Ana Bilim Dalı/ANKARA, **e-posta:** mesut.koksoy@hbv.edu.tr,

ORCID : 0000-0001-8929-6124.

DOI : 1034246/ahbvuhfd.1116409

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 07/07/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 03/02/2022

the commercial enterprise, enjoin on obtaining permission from the court. The legal transactions made without the permission of the court are invalid. Limitations on the debtor's power of disposition on her assets become effective from the moment the temporary respite is decided. If a temporary respite is decided, this decision must be announced. The publication of the decision is not important in terms of the validity of the disposition limitations stipulated in the Law. However, the third party can usually learn that the temporary respite has been decided upon the announcement of the decision. It is possible for the third party and the debtor to have made one of the legal transactions listed in the Law, although the temporary respite has been decided. In such a case, it is a question whether the bone fide of the third party will be protected or not in the duration between the decision and the publication.

Keywords: *Limitations of the debtor's power of disposition, concordat respite, third party, concept of bone fide, protection of bono fide*

GİRİŞ

Konkordato mühletine karar verilmesi, borçlunun iflâs etmesi durumundan farklı olarak, tasarruf yetkisinin tamamen ortadan kaldırılmasına neden olmaz. Bu nedenle konkordato borçlusu, malvarlığı üzerinde konkordato mühleti esnasında kural olarak serbestçe tasarruf etme yetkisine sahiptir. İşletmenin ticari hayatta varlığını devam ettirebilmesi, borçlunun geçici ve kesin mühlet esnasında, ticari faaliyetlerini serbestçe devam ettirebilmesini gerektirir¹. Ancak bu yetki sınırsız olmayıp, bazı sınırlamalara tâbi tutulmaktadır. Borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisine sınırlamalar getirilmesi, konkordato alacaklılarının alacaklarının güvence altına alınması bakımından önem taşımaktadır². Zira tasarruf yetkisine hiçbir sınırlama getirilmezse, borçlunun, konkordato alacaklılarının aleyhine işlemler yaparak, malvarlığını elden çıkarması söz konusu olabilir.

Borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisine getirilen sınırlamalar mahkeme kararından kaynaklanabilir. Mahkeme, konkordato mühletine karar verirken veya mühlet içinde, bazı işlemlerin yapılabilmesini konkordato komiserinin iznine tâbi tutabilir. Böyle bir durumda, konkordato borçlusunun

¹ Ahmet Başözgen, *Müflisin Tasarruf Yetkisi*, Turhan Kitabevi, 2005, s. 109-110.

² Daniel Hunkeler, *Kurzkomentar SchKG*, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014, Art. 293c, N. 6; Kurt Amonn/Fridolin Walther, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 9. Auflage, Stämpfli Verlag AG, 2013, s. 530; Daniel Oehri, *Der Sachwalter im Nachlassverfahren: Ein Diener zweier Herren*, Schulthess Juristische Medien AG, 2018, s. 155.

konkordato komiserinden izin veya icazet alması gerekmektedir³. İzin veya icazet alınmaması hâlinde, geçerli bir işlemde bahsedilemez⁴. Borçlunun konkordato komiseri ile işbirliğine yanaşmaması durumunda komiserin borçluyu denetlemesi ya da bazı işlemlerin komiserin izni ile yapılmasına karar verilmesi, konkordato sürecinin gerektiği şekilde yürütülmesi noktasında yetersiz kalabilir⁵. Bu nedenle borçlu, konkordato komiserinin talimatlarına aykırı davranırsa, komiserle işbirliği yapmaktan kaçınırsa veya işletme faaliyetlerini devam ettirebilecek durumda değilse, işletme faaliyetinin devam ettirilmesi komiserle bırakılabilir (İİK m. 297/I).

Borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisine mahkeme tarafından sınırlama getirilmemiş olsa da, Kanun'da bazı işlemlerin yapılması mahkemenin iznine tâbi tutulmaktadır. İcra ve İflâs Kanunu'nun 297/II'nci maddesine göre, borçlunun, mühlete karar verilmesinden itibaren mahkemenin izni olmaksızın rehin tesis etmesi, kefil olması, ivazsız tasarruflarda bulunması, taşınmazını, işletmenin faaliyetinin devamı için önem arz eden taşınırını⁶ ve

³ Hunkeler, Kurzkomentar, Art. 298, N. 9, 11; Marc Hunziker/Michel Pellascio, *Schuld- betreibungs- und Konkursrecht*, Orell Füssli Verlag, 2008, s. 325; Alexander Vollmar, "Art. 298" Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, II, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010, Art. 298, N. 7; Daniel Hunkeler, *Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG*, Universitätsverlag, 1996, s. 209; Hakan Pekcanitez/Güray Erdönmez, *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 74; Müjgan Tunç Yücel, *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 65; Cenk Akil, *Sorularla Adi Konkordato*, Adalet Yayınevi, 2019, s. 95-96.

⁴ Konkordato mühletine karar veren mahkemenin bazı işlemlerin yapılmasını konkordato komiserinin iznine tâbi tuttuğu durumlarda, izin veya icazet alınmaksızın yapılan işlemlerin geçerli olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu tartışmalar için bkz. Pekcanitez/ Erdönmez, s. 88-89; Sümer Altay/Alı Eskiocak, *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 176; Serhat Sarısözen, *Konkordato*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, s. 419; İsviçre hukuku doktrinindeki görüşler için ayrıca bkz. Hunkeler, Kurzkomentar, Art. 298, N. 22; Brigitte Umbach-Spahn/Stephan Kesselbach/Stefan Bossart, "Art. 298" Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2017, Art. 298, N. 12; Franco Lorandi, *Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)*, 2. Auflage, Dike Verlag AG, 2014, s. 123; Amonn/Walther, s. 532; Hunziker/Pellascio, s. 325; Vollmar, Art. 298, N. 15.

⁵ Sema Taşpınar, "Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, XXII (2), 2003, s. 67; Hakan Albayrak, *İflâs Dışı Adi Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları*, Yetkin Yayınları, 2020, s. 144.

⁶ 7327 sayılı İcra ve İflâs Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 19.06.2021 tarihinde resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmesi ile birlikte "işletmenin faaliyetinin devamı için önem arz eden taşınırın devredilmesi ve takyit edilmesi" için

işletmenin devamlı tesisatını devretmesi ve takyit etmesi yasaktır. Görüldüğü üzere borçlunun tasarruf yetkisine doğrudan Kanun tarafından da bazı sınırlamalar getirilebilmektedir. Borçlunun konkordato mühleti esnasında söz konusu işlemleri serbestçe yapabilmesi mümkün olmayıp, bu işlemler ancak mahkemenin izninin bulunması hâlinde borçlu tarafından yapılabilmektedir.

Kanun'da sayılan hukukî işlemlerin mahkemeden izin alınmaksızın yapılması hâlinde, yapılan işlemler hükümsüzdür. Bu noktada, henüz geçici mühlet kararı ilân edilmediği için, borçluya geçici mühlet verildiğini bilmeyen üçüncü kişinin, borçlu ile hukukî işlem yapması hâlinde, iyiniyetinin korunup korunmayacağı hususu önem kazanmaktadır. Bu bakımdan çalışmamızda, geçici mühlete karar verilmesi ile kararın ilân edilmesi arasında, mahkemeden izin alınmaksızın yapılan hukukî işlemlerde üçüncü kişinin iyiniyetinin korunmasının mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi yapılacaktır.

I. İCRA VE İFLÂS KANUNU'NUN 297'NCİ MADDESİNİN İKİNCİ FIKRASINDA ÖNGÖRÜLEN TASARRUF SINIRLAMALARI

A. Tasarruf Sınırlamalarının Başlangıç Anı

İcra ve İflâs Kanunu'nun 297/II'nci maddesinde, mahkemenin iznine tâbi tutulan işlemlerin mühlet kararından itibaren borçlu tarafından serbestçe yapılamayacağına işaret edilmektedir. Bu noktada söz konusu tasarruf sınırlamalarının kesin mühlet kararından itibaren mi, yoksa geçici mühlet kararından itibaren mi geçerli olduğu üzerinde durmak gerekmektedir. İİK'nın 288/I'inci maddesinde geçici mühletin, kesin mühletin sonuçlarını doğuracağı ifade edilmektedir. Maddenin lafzına bakıldığında kesin mühletin sonuçları geçici mühlet için kıyasen uygulanır veya niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanır şeklinde bir ibareye rastlanmamaktadır. Bu nedenle, kesin mühlete ilişkin sonuçların geçici mühlet için de geçerli olduğunu söylemek mümkündür⁷. O hâlde kesin mühletin borçlunun tasarruf yetkisi üzerindeki etkileri geçici mühlet bakımından da aynen geçerli olduğundan, borçlunun geçici mühlet kararından itibaren mahkemeden izin almaksızın, rehin tesis etmesi, kefil olması, ivazsız tasarruflarda bulunması, taşınmazını, işletmenin faaliyetinin devamı için önem arz eden taşınırını ve işletmenin devamlı tesisatını devretmesi ve takyit etmesi mümkün değildir.

de mahkemeden izin alınması gerekmektedir.

⁷ Hunziker/Pellascio, s. 322; Lorandi, SchKG, s. 119; Budak/Tunç Yücel, Öztekin-Konkordato Şerhi, s. 261; Timuçin Muşul, *İflâs ve Konkordato Hukuku*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019, s. 367; Tunç Yücel, s. 22; Albayrak, s. 53-54.

Kanun'da öngörülen tasarruf sınırlamaları geçici mühlete karar verildiği andan itibaren geçerli olmaktadır. Bu nedenle, geçici mühlete hangi tarih ve saatte karar verildiğinin açıkça gösterilmesi önem taşımaktadır⁸. Konkordato talebinin hangi tarihte yapıldığının veya geçici mühlet kararının ilân edilmesinin ise, tasarruf sınırlamalarının başlaması açısından bir önemi bulunmamaktadır⁹.

B. Tasarruf Sınırlamalarının Kapsamı

İcra ve İflâs Kanunu'nun 297/II'nci maddesinde mahkemenin iznine tâbi tutulan işlemler tahdidi olarak sayıldığından, bu işlemlerin kıyas veya yorum yoluyla genişletilmesi mümkün değildir¹⁰. Bu nedenle, hükümde sayılanların dışındaki bir işlemin yapılması için mahkemeden izin almaya gerek yoktur. Bu bakımdan kanun koyucu, belirli kategorideki işlemlerin yapılmasını

⁸ Thomas Bauer/Daniel Staehelin, *Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband zur 2. Auflage*, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2017, Art. 293c, N. 4; Pekcanitez/Erdönmez, s. 31; Tunç Yücel, s. 126; Ayhan Akyürek/Remziye Akyürek, *Konkordato Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2019, s. 242; "...Ankara 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2018/703 Esas sayılı dosyasından verilen geçici mühlet kararı ise 05/10/2018 tarih saat 16:48'de yazdırıldığı ve bu kararın saat 17:04'de (Uyaptan) onaylandığı anlaşılmaktadır. Bu durumda söz konusu takip geçici mühlet kararından önce başlatıldığından takibin iptali gerekmez. İİK'nun 294. maddesine aykırı olarak geçici mühlet içinde takip başlatıldığından söz edilemez..." Antalya BAM, 12. HD. T. 10.07.2019, E. 795, K. 2032.

⁹ Hunkeler, *Kurzkommentar*, Art. 297, N. 5; Karl Spühler/Annette Dolge, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht II*, 7. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2017, s. 151; Bauer/Staehelin, Art. 293c, N. 4; Antoine Favre, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, Universitätsverlag, 1956, s. 362; Carl Jaeger/Hans Ulrich Walder/Thomas M. Kull/Martin Kottmann, *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)*, Band III - Art. 293-352, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 1997/2001, Art. 296, N. 6; Hunkeler, *Nachlassverfahren*, s. 211; Carl Jaeger/Marta Daeniker, *Schuldbetreibungs- und Konkurs-Praxis, Der Jahre 1911-1945*, Orell Füssli Verlag, 1947, s. 510; Walter Kuhn, *Der Nachlassvertrag nach schweizerischem und englischem Recht*, Zurich, 1948, s. 30; Amonn/Walther, s. 528; Baki Kuru, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2013, s. 1459; Necmeddin M. Berkin, *İflâs Hukukunda Konkordato*, İsmail Akgün Matbaası, 1949, s. 67; Burhan Gürdoğan, *İflâs Hukuku Dersleri*, Ajans-Türk Matbaası, 1966, s. 170; Serdar Kale, "7101 Sayılı İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Çerçevesinde İflâs Dışı Adi Konkordato", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1), 2018, s. 224.

¹⁰ Necmeddin M. Berkin, *İflâs Hukuku*, Fakülteler Matbaası, 4. Baskı, 1972, s. 541; İlhan E. Postacıoğlu, *Konkordato*, Fakülteler Matbaası, 1965, s. 58; Altay/Eskiocak, s. 173; Kuhn, s. 69; Ernst Blumenstein, *Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes*, 1911, s. 906; Yeşilova, *Öztek-Konkordato Şerhi*, s. 412; Kemal Arar, *İcra ve İflâs Hükümleri*, C. 2, *İflâs*, 1945, s. 274; Saim Üstündağ, *İflâs Hukuku*, 8. Baskı, 2009, s. 238; Başözen, s. 112, dn. 348; Cumhur Rüzgaresen, *İflâs Sebepleri*, Adalet Yayınevi, 2011, s. 390; Sarısözen, s. 413.

yasaklayarak borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisini sadece negatif yönde sınırlamaktadır¹¹. Kanun'da geçerli olarak yapılabilmesi mahkemenin iznine tâbi tutulan hukuki işlemlerden biri rehin¹² tesis edilmesidir. Buna göre borçlunun geçici mühlete karar verilmesiyle birlikte, malvarlığı üzerinde doğrudan rehin tesis etmesi yasaklanmaktadır. Borçlunun böyle bir hukuki işlemi yapabilmesi, ancak mahkemeden bu konuda izin alması hâlinde mümkündür. Borçlunun malları üzerinde rehin tesis etmesinin izne tâbi olması, borçlunun kendisinin veya başkasının borcunu güvence altına alıp almadığından bağımsız olarak geçerlidir¹³.

Konkordato mühleti esnasında yapılması mahkemenin iznine tâbi olan diğer bir tasarruf işlemi ise borçlunun kefil olmasıdır. Kefalet sözleşmesi ile asıl borcun tamamı veya bir kısmı teminat altına alınabilir¹⁴. Kanun'da kefil olunması bakımından öngörülen yasak, kefaletin bütün türleri¹⁵ bakımından geçerlidir¹⁶. Bu nedenle, adî kefalet, rücu kefalet, zarara kefalet, birlikte kefalet ve müteselsil kefalet mahkemenin iznine tâbidir¹⁷. Borçlunun kefil olması için mahkemeden izin alma zorunluluğu, geçici mühlete karar verildikten sonra gerçekleştirilecek kefaletler bakımından geçerli olmaktadır. Bu nedenle, henüz geçici mühlete karar verilmeden önce borçlu kefil olmuşsa, söz konusu kefaletler geçerliliğini korumakta ve bu hususta mahkemenin iznine de ihtiyaç duyulmamaktadır.

Borçlunun, geçici mühlete karar verildiği tarihten itibaren mahkemeden izin almaksızın taşınmazlarını, işletmenin faaliyetinin devamı için önem arz eden

¹¹ Andreas Coradi, *Der Sachwalter im gerichtlichen Nachlassverfahren nach Art 293 ff. SchKG*, Juris Druck Verlag, 1973, s. 26; Yeşilova, *Öztek-Konkordato Şerhi*, s. 407; Ömer Ulukapı, *Konkordatonun Feshi*, Mimoza Yayınları, 1998, s. 112.

¹² Mahkemenin iznine tâbi olan rehin kavramının kapsamının İcra ve İflâs Kanunu'nun 23'üncü maddesinden hareketle tespit edilmesi gerekmektedir. Bkz. Süha Tanrıver, *Konkordato Komiseri*, Yetkin Yayınları, 1993, s. 73; Yeşilova, *Öztek-Konkordato Şerhi*, s. 415; Albayrak, s. 117.

¹³ Umbach-Spahn/Kesselbach/Bossart, Art. 298, N. 19.

¹⁴ Dilek Aydemir, "Konkordatonun Kefalet Sözleşmesine Etkisi", *Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, 15(43), 2019, s. 523.

¹⁵ Kefaletin türleri hakkında bkz. Levent Börü/Şafak Parlak Börü, "Konkordatonun Kefalet Sözleşmesine Etkisi", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 78(3), 2020, s. 1247-1248.

¹⁶ Tanrıver, s. 74; Yeşilova, *Öztek-Konkordato Şerhi*, s. 416; Ulukapı, s. 115; Akyürek/Akyürek, s. 328.

¹⁷ Tanrıver, s. 74; Ulukapı, s. 115; Cemil Simil, *Konkordatoda Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları*, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 128; Börü/Parlak Börü, s. 1251.

taşınırını ve işletmenin devamlı tesisatını devretmesi de yasak kapsamındadır. 7327 sayılı İcra ve İflâs Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹⁸ ile İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan değişiklik üzerine, işletmenin faaliyetinin devamı için önem arz eden taşınırın devredilmesi de mahkemenin iznine tâbi tutulmuştur. Kanun' da yer alan "kısmen dahi olsa" ibaresine ise yapılan değişiklikten sonra yer verilmemiştir. Bununla birlikte, devir yasağının, sadece, taşınmazların, işletmenin faaliyetinin devamı için önem arz eden¹⁹ taşınırın ve işletmenin devamlı tesisatının bütünüyle devri bakımından değil, ayrı ayrı her bir devir için geçerli olduğu kabul edilmelidir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, Kanun'da işletmenin faaliyetinin devamı için önem arz eden taşınırın devri bakımından mahkemenin izninin alınması öngörüldüğüne göre, borçlunun bu kategoride yer almayan taşınır mallarının mahkeme izni olmaksızın devredilmesine engel bulunmamaktadır.

Devir yasağının yanı sıra borçlunun, mahkeme izin vermediği sürece, taşınmazları, işletmenin faaliyetinin devamı için önem arz eden taşınır ve işletmenin devamlı tesisatını takyit etmesi de mümkün değildir. Buradaki takyitden kasıt borçlunun taşınır ve taşınmaz üzerinde mülkiyetten başka aynî hak tesis edememesidir²⁰. Bu bağlamda borçlunun, mahkeme izni olmaksızın, taşınmaz üzerinde ipotek tesis etmesine, eşyaya bağlı veya kişisel irtifak hakkı tesis etmesine ya da taşınmaz yükü kurmasına imkân yoktur²¹.

Mahkemeden izin alınmaksızın konkordato mühleti esnasında yapılması mümkün olmayan diğer bir işlem ise ivazsız tasarrufta bulunulmasıdır. İvazsız tasarruf kavramı, borçlunun herhangi bir karşılık almaksızın başkalarını zenginleştiren tek taraflı hukukî işlemlerini ifade eder²². İvazsız tasarrufların kapsamına sadece bağışlamalar değil, aynı zamanda borçlunun üçüncü kişi

¹⁸ RG. T. 19.06.2021, S. 31516.

¹⁹ Borçlunun taşınır mallarının işletmenin faaliyetinin devamı için önem arz edip etmediği hususunun nasıl tespit edileceği Kanun'da açıkça belirtilmemiştir. Doktrinde, bu şekilde bir değerlendirme yapılabilmesi için konkordato komiserinin, gerekli görmesi hâlinde bilirkişiye başvurabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Evren Koç/Cengiz Serhat Konuralp/Mehmet Ünsal Candemir, *7327 Sayılı Kanun İle 2004 Sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun Konkordatoya İlişkin Hükümlerinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi*, Sümer Kitabevi, 2021, s. 32.

²⁰ Kuru, El Kitabı, s. 1467; Tanrıver, s. 73; Albayrak, s. 118; Simil, s. 129; Ulukapı, s. 113.

²¹ Simil, s. 129.

²² Gürdoğan, s. 225-226; Ulukapı, s. 115; Akyürek/Akyürek, s. 329. Borçlunun hukuken zorunlu olmamasına rağmen karşılık almaksızın bir edimde bulunması hâlinde ivazsız tasarruf söz konusu olmaktadır (Bilge Umar, *Türk İcra – İflâs Hukukunda İptal Davası*, Fakülteler Matbaası, 1963, s. 65).

lehine malvarlığının durumunu ağırlaştırmaktan başka bir sonuç doğurmayan, sorumluluk üstlenmeye yönelik işlemleri de dâhil edilmektedir²³. Doktrinde, ivazsız tasarrufların kapsamının belirlenmesi bakımından İİK'nın 278'inci maddesinde sayılan durumlardan yararlanılabileceği ifade edilmektedir²⁴. Bu bağlamda, ivazsız tasarruflar, taşınır malların, alacakların ya da diğer hakların devri şeklinde gerçekleşebilmektedir²⁵.

Borçlunun işlemleri ivazlı olmakla birlikte, ivazlar arasında orantısızlık bulunması mümkündür. Sadece sembolik bir karşı edim olmadığı sürece borçlunun karşı edim ile kendi ediminin orantısız olduğu işlemler için mahkemenin iznini almaya gerek bulunmamaktadır²⁶. Edimler arasında orantısızlık bulunması hâlinde, mahkemeden izin alınmasa da, yapılan işlemler geçerlidir. Bununla birlikte işlemin ağırlığına göre konkordato mühletinin kaldırılması söz konusu olabileceği gibi, işleme karşı tasarrufun iptali davası açılması da mümkündür²⁷.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 297/II'nci maddesi uyarınca teorik olarak borçlunun ivazsız tasarruflarda bulunabilmesi için mahkemeden izin alması gerekmektedir. Her ne kadar Kanun'un lafzı uyarınca, borçlunun mahkemeden izin alarak ivazsız tasarruflarda bulunabileceği kabul edilse de, bu tür işlemlerin alacaklıların menfaatine olmayacağı söylenebilir. Bu nedenle, mahkeme ivazsız tasarruflara izin vermemelidir. Nitekim doktrinde, mahkemenin borçlunun ivazsız tasarruflarda bulunmasına izin veremeyeceği de ifade edilmektedir²⁸.

C. Mahkemenin Kanun'da Öngörülen İşlemlere İzin Vermesi

Borçlunun Kanun'da sayılan işlemleri yapması her ne kadar yasaklanmış olsa da, bu yasaklama mutlak değildir²⁹. Diğer bir ifade ile mahkemenin izin

²³ Umar, s. 65; Tanrıver, s. 74; Ulukapı, s. 116.

²⁴ Arar, s. 274; Baki Kuru, *İflâs ve Konkordato Hukuku*, 2. Baskı, Evrim Basım- Yayımlar- Dağıtım, 1988, s. 434, dn. 89; Tanrıver, s. 74; Akyürek/Akyürek, s. 329; Ulukapı, s. 116.

²⁵ Simil, s. 130.

²⁶ Jolanta Kren Kostkiewicz, *Schuldbetreibungs- & Konkursrecht*, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2018, s. 504; Amonn/Walther, s. 531; Umbach-Spahn/Kesselbach/Bossart, Art. 298, N. 21.

²⁷ Simil, s. 130.

²⁸ Altay/Eskiocak, s. 174.

²⁹ Sarısözen, s. 411; Taşpınar, s. 68; Başözen, s. 113. Asliye ticaret mahkemesinin kanunen yasak olan işlemlerden bir kısmının ya da tamamının borçlu tarafından tek başına ya da geçici komiserle birlikte yapılmasına izin vermesi mümkündür (Pekcanitez/Erdönmez, s. 85).

vermesi hâlinde söz konusu hukukî işlemlerin borçlu tarafından geçerli olarak yapılması mümkündür. İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'na göre, hukuken geçerli olarak yapılabilmesi için izin alınmasını gerektiren işlemlere konkordato mahkemesinin yanı sıra alacaklılar kurulu da izin verme yetkisine sahiptir (SchKG Art. 298, Abs. 2). Buna karşılık Türk hukukunda, Kanun'da sayılan yasaklı işlemlerin yapılmasına ancak asliye ticaret mahkemesi izin verebilmektedir. Alacaklılar kuruluna ise, izne tabi tutulan işlemlere izin verme yetkisi tanınmamıştır. Ayrıca borçlunun konkordato komiserinin izni ile de söz konusu yasaklı işlemleri yapması mümkün değildir³⁰.

Kanun'da öngörülen işlemlerin yapılması için, kural olarak borçlu tarafından izin talebinde bulunulmaktadır. Tasarruf yetkisinin borçludan alınarak konkordato komiserine devredilmesi hâlinde ise, talebin konkordato komiseri tarafından ileri sürülmesi gerekmektedir. Kanunen yasaklı olan hukukî işlemleri yapmak için izin istenmesi hâlinde, işlemin önemine uygun olarak talebin gerekçelendirilmesi gerekir³¹. Mahkeme borçlunun veya konkordato komiserinin gerekçeli talebi üzerine, söz konusu işlemlerin yapılmasına izin verebilir³². Kanunen yasak olan işlemlerin yapılmasına mahkemece izin verilirken alacaklıların menfaatlerinin gözetilmesi gerekir³³. Söz konusu tasarrufların yapılmasına ancak borçlunun ticari faaliyetlerini devam ettirilebilmesi bakımından ihtiyaç duyulması hâlinde izin verilmesi gerekir³⁴.

Mahkeme, iznine tâbi olan işlemlerin yapılıp yapılamayacağı hakkında karar vermeden önce konkordato komiserinin görüşünü ve alacaklılar kurulunun muvafakatini³⁵ almak zorundadır (İİK m. 297/II). Görüldüğü üzere

³⁰ Sabri Şakir Ansay, *Hukuk İcra ve İflâs Usulleri*, 5. Baskı, İstiklâl Matbaası, 1960, s. 344.

³¹ Brigitte Umbach-Spahn/Stephan Kesselbach/Roland Burkhalter, "Art. 293b" Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2017, Art. 293b, N. 18.

³² Amonn/Walther, s. 531. İşletme faaliyetlerinin yürütülmesinin komiserine bırakılması durumunda, mahkemenin iznine tâbi tutulan işlemin yapılması için iznin komiser tarafından talep edileceği yönünde bkz. Umbach-Spahn/Kesselbach/Bossart, Art. 298, N. 14.

³³ Kren Kostkiewicz, s. 505.

³⁴ Hunkeler, Kurzkomentar, Art. 298, N. 15; Amonn/Walther, s. 531; Kren Kostkiewicz, s. 505; Kale, s. 237.

³⁵ 7327 sayılı İcra ve İflâs Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 19.06.2021 tarihinde resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmesi ile birlikte mahkemenin, Kanun'da öngörülen işlemler hakkında karar vermeden önce alacaklılar kurulunun muvafakatini alma zorunluluğu getirilmiştir. Değişiklikten önceki düzenlemeye göre ise alacak-

mahkemenin söz konusu işlemlere izin verebilmesi için öncelikle konkordato komiserinin görüşünü alması gerekmektedir. Ancak Kanun'da öngörülen zorunluluk söz konusu işlemlere izin verebilmesi için konkordato komiserinin görüşünün alınması bakımından geçerli olup, mahkemenin bu görüşle bağlılığı söz konusu değildir³⁶. Bu nedenle mahkeme konkordato komiserinin görüşü doğrultusunda karar verebileceği gibi farklı şekilde de karar verme imkânına sahiptir.

Mahkemenin Kanun'da öngörülen işlemler hakkında karar vermeden önce, konkordato komiserinin görüşünün yanı sıra alacaklılar kurulunun muvafakatini de alması gerekmektedir. Alacaklılar kurulunun muvafakat göstermemesi durumunda, mahkemenin söz konusu işlemlerin yapılmasına izin verebilmesi mümkün değildir. Zira Kanun'da alacaklılar kurulunun görüşünün alınmasından değil, muvafakatinin alınmasından bahsedilmektedir. Alacaklılar kurulunun muvafakatinin ne şekilde alınacağıın tespiti bakımından Konkordato Komiserliği ve Alacaklılar Kuruluna Dair Yönetmelik'in 24/III'üncü maddesinde yer alan hükümden yararlanmak mümkündür. Söz konusu hükme göre, alacaklılar kurulu toplantıda hazır bulunanların oy çokluğu ile karar almaktadır. O hâlde muvafakatin alınması bakımından, alacaklılar kurulunun oy çokluğu ile karar vermesinin yeterli olduğunu kabul etmek gerekir³⁷.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, her konkordato prosedüründe alacaklılar kurulunun oluşturulması söz konusu değildir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 289/IV'üncü maddesine göre mahkeme, kesin mühlet kararı ile birlikte veya kesin mühlet içinde alacaklılar kurulu oluşturabilmektedir. Bu nedenle geçici mühlet aşamasında alacaklılar kurulu oluşturulması mümkün değildir. Ayrıca Kanun'da "oluşturulabilir" ifadesine yer verildiği için kesin mühlet aşamasında alacaklılar kurulu oluşturulması kural olarak zorunlu değildir. Bununla birlikte Konkordato Komiserliği ve Alacaklılar Kuruluna Dair Yönetmelik'in 22/II'nci maddesinde, en az üç alacaklı sınıfı bulunması kaydıyla, alacaklı sayısının iki yüz elliye veya alacak miktarının yüz yirmi beş milyon Türk Lirasını aşması hâlinde alacaklılar kurulunun oluşturulmasının zorunlu olduğu ifade edilmektedir. Görüldüğü üzere kesin mühlet aşamasında alacaklılar kurulu oluşturulması zorunluluğu, sadece Yönetmelik'te belirtilen

lılar kurulunun görüşünün alınması yeterli olarak görülmekteydi.

³⁶ Pekcanitez/Erdönmez, s. 84; Albayrak, s. 117; Kale, s. 237.

³⁷ Aynı yönde bkz. Koç/Konuralp/Candemir, s. 32.

hâllerle sınırlı olmakta, bunun dışında kalan durumlar da ise mahkemeye takdir hakkı verilmektedir³⁸. Geline bu noktada, kesin mühlet aşamasında alacaklılar kurulu oluşturulmadığı durumlarda ve geçici mühlet aşamasında mahkemenin, söz konusu işlemler hakkında karar vermeden önce alacaklılar kurulunun muvafakatini alması mümkün olmamaktadır. O hâlde mahkemenin, alacaklılar kurulunun oluşturulmasının mümkün olmadığı durumlarda, sadece konkordato komiserinin görüşünü alması, işlemler hakkında karar verebilmesi için yeterli olarak görülmelidir.

Mahkemenin alacaklılar kurulunun muvafakatini almadan işleme izin vermesi hâlinde, işlemin akıbetinin ne olacağı hususu üzerinde durmak gerekmektedir. Kanun'da konkordato komiserinin görüşünün ve alacaklılar kurulunun muvafakatinin alınması bakımından mahkemeye bir zorunluluk getirilmektedir. Bu zorunluluğa riayet edilmemesi hâlinde işlemin geçerli olup olmayacağı noktasında ise Kanun'da açık bir hükme rastlanmamaktadır. Kanun'un 297/II'nci maddesinde mahkemedan izin alınmaksızın yapılan işlemin hükümsüz olduğu düzenlenmiştir. O hâlde işlemin geçerli olup olmadığı bakımından belirleyici etken, mahkemenin işleme izin vermesidir. Alacaklılar kurulunun muvafakatinin alınmaması ise işlemin geçerliliğine doğrudan etki etmeyip, sadece mahkeme kararının hukuka aykırı olması sonucunu doğurmaktadır³⁹.

D. Mahkemenin İzni Bulunmaksızın Yapılan Tasarruf İşlemlerinin Akıbeti

Bir kimsenin iyiniyetli olup olmadığı, hukukî bir sonucun doğması bakımından gerekli olan şartların bulunmaması durumunda önem taşımaktadır⁴⁰. Zira bir kimsenin iyiniyetli olması, söz konusu eksikliğin bertaraf edilerek hukukî sonucun doğmasını sağlamaktadır⁴¹. Hukuki bir sonucun doğması için kanunda aranan şartlarda eksiklik bulunmaması

³⁸ Mahkeme alacaklılar kurulunun oluşturulması hususunda bir karar verirken, borçlu ile alacaklılar arasındaki ilişkiyi ve uyumsuzluğun çözümünün zorluğunu dikkate almaktadır (Levent Börü, "Adi Konkordatoda Alacaklılar Kurulu", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(2), 2018, s. 346).

³⁹ Koç/Konuralp/Candemir, s. 32

⁴⁰ O. Gökhan Antalya/Murat Topuz, *Medeni Hukuk*, Cilt I, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 415; Mustafa Dural/Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku*, Cilt I, 12. Baskı, Filiz Kitabevi, 2017, s. 235.

⁴¹ Antalya/Topuz, s. 415.

hâlinde, iyiniyetin mevcut olup olmadığının önemi bulunmamaktadır⁴². Bu bakımdan borçlunun tasarruf yetkisinin Kanun tarafından sınırlandırıldığı hâllerde, mahkemeden izin alınmaksızın yapılan işlemlerin geçerli olup olmadığı üzerinde durmak gerekmektedir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 297/II'nci maddesinde, borçlunun, mahkemenin izni dışında mühlet kararından itibaren rehin tesis edemeyeceği, kefil olamayacağı, ivazsız tasarruflarda bulunamayacağı, taşınmazını, işletmenin faaliyetinin devamı için önem arz eden taşınırını ve işletmenin devamlı tesisatını devredemeyeceği, takyit edemeyeceği aksi hâlde yapılan işlemlerin hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. Kanun'da "hükümsüzlük" ifadesine yer verilmesine karşın, bu ifadenin ne şekilde anlaşılması gerektiği açık değildir. Bununla birlikte doktrinde bu hususa ilişkin farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Doktrindeki bir görüşe göre⁴³, Kanun'un 297'nci maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen hükümsüzlüğü sadece konkordato hukuku bakımından anlamak gerekmektedir. Konkordatoda borçlunun tasarruf yetkisine getirilen sınırlandırmalar, alacaklıların korunması amacına hizmet ettiği için, yasak işlemlerin yapılmasının sadece konkordato alacaklılarına karşı hükümsüz sayılması gerekir. Bu işlemlerin maddi hukuk bakımından da hükümsüz olduğunu kabul etmek mümkün değildir.

Doktrindeki ikinci görüşe göre⁴⁴, borçlunun kanunen yasak olan işlemleri mahkemenin izni olmaksızın yapması hâlinde, işlemin maddi hukuk anlamında hükümsüz olduğundan değil, takip hukukuna özgü hükümsüzlüğünden bahsedilmelidir. Burada amaç yargısal kontrol güvencesinin sağlanması olup, bu amacın sonradan gerçekleştirilmesi mümkündür. Bu nedenle, mahkeme işleme icazet verinceye kadar, işlem hukuki sonuç doğurmaz. Hükümsüzlükten dolayı tasarruf konusu yapılan mal geri alınabilir.

Doktrindeki üçüncü görüşe göre⁴⁵, mahkemenin izni alınmaksızın yapılan işlemler hükümsüz olmayıp, belli bir süreye bağlı olmak üzere askıda geçersizdir. İşlem geçersiz olarak doğmuş olmakla birlikte, icazet vermek suretiyle geçerli hâle getirilebilir. Ancak burada icazet verecek olan mahkeme değil, alacaklılardır.

⁴² Antalya/Topuz, s. 415; Dural/Sarı, s. 235.

⁴³ Simil, s. 135.

⁴⁴ Başözen, s. 114.

⁴⁵ Rüzgaresen, s. 392.

Doktrindeki dördüncü görüşe göre⁴⁶, Kanun'da yer alan "hükümsüzlük" ifadesinin "askıda hükümsüzlük" şekline anlaşılması gerekir. Söz konusu işlemlerin geçerliliği mahkemenin iznine tabi tutulmakla birlikte, gerekli iznin ne zaman alınması gerektiği hükümde açıkça belirtilmemektedir. Mahkeme işleme izin verirse, işlem baştan itibaren geçerli olmaktadır. Mahkemenin izin vermemesi hâlinde ise, işlem kesin hükümsüz olarak kabul edilmelidir.

Bizimde katıldığımız görüşe göre ise⁴⁷, Kanun'da sayılan işlemlerin mahkemenin izni olmaksızın yapılması hâlinde, söz konusu işlemlerin kesin hükümsüz olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bu noktada takip hukukuna özgü hükümsüzlükten değil, maddi hukuk anlamında hükümsüzlükten bahsedilmelidir.

Kanun'da sayılan işlemlere izin verme yetkisi mahkemeye ait olduğundan, komiserin izin vermiş olması işlemin geçerli hâle gelmesini sağlamaz⁴⁸. Ayrıca işlemin borçlunun ve alacaklıların menfaatine olması da işlemin hükümsüz olmasını engellemez⁴⁹. Söz konusu hükümsüzlük yaptırımını kendiliğinden hüküm ifade ettiğinden, kesin hükümsüzlüğün tespiti için ayrıca dava açılması gerekli değildir⁵⁰. Bununla birlikte, hükümsüzlüğün borçlu, alacaklılar ve üçüncü kişiler tarafından her zaman ileri sürülmesi mümkündür⁵¹.

⁴⁶ Börü/Parlak Börü, s. 1253.

⁴⁷ Kuru, El Kitabı, s. 1467; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 482; Pekcanitez/Erdönmez, s. 85; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, *İcra ve İflas Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, s. 665; Altay/Eskiocak, s. 173; Yeşilova, ÖzteK-Konkordato Şerhi, s. 419; Akyürek/Akyürek, s. 328; Akil, s. 171; Ulukapı, s. 117; Sarısözen, s. 415.

⁴⁸ Kuru, Konkordato, s. 434, dn. 91; Üstündağ, s. 240; Tanrıver, s. 76; Pekcanitez/Erdönmez, s. 85; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 627; Yeşilova, ÖzteK-Konkordato Şerhi, s. 419; Rüzgaresen, s. 391; Ulukapı, s. 118; Albayrak, s. 124; Akil, s. 171. İsviçre hukuku doktrininde aynı yönde bkz. Jaeger/Daeniker, s. 516; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Art. 298, N. 19; Favre, s. 364; Coradi, s. 31.

⁴⁹ Akyürek/Akyürek, s. 331.

⁵⁰ Kuru, Konkordato, s. 434, dn. 91; Tanrıver, s. 76; Sarısözen, s. 416; Ulukapı, s. 118.

⁵¹ Postacioğlu, s. 58; Berkin, Konkordato, s. 17, 18; Kuru, Konkordato, s. 434, dn. 91; Pekcanitez/Erdönmez, s. 85; Coradi, s. 31; Favre, s. 364; Kuhn, s. 70; Tanrıver, s. 75-76; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Art. 298, N. 19; Blumenstein, s. 906; Arar, s. 274; Albayrak, s. 124; Akyürek/Akyürek, s. 328; Akil, s. 171; Ulukapı, s. 118.

II. KANUN'DA ÖNGÖRÜLEN TASARRUF SINIRLAMALARI BAKIMINDAN ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN İYİNİYETİNİN KORUNMASI

A. İyiniyet Kavramı

İyiniyet, “*bir hakkın kazanılması veya hukukî sonucun doğması yönünden mevcut bir engeli, bir eksikliği veya benzeri bir olguyu bilmemek ve hâlin gerektirdiği özen gösterilse dahi bilecek durumda olmamaktır*”⁵². Tanımdan da anlaşılacağı üzere iyiniyetin varlığından bahsedilebilmesi için hukukî sonucun doğmasına engel olan bir durumun bilinmemesi veya gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olmasına rağmen öğrenilememiş olması gerekir.

İyiniyet kavramı Türk Medenî Kanunu'nun 3'üncü maddesinde, “*Kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz*” şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere kanun koyucu, kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı hâllerde, tercihini iyiniyetin mevcut olduğunun varsayılması yönünde kullanmıştır⁵³. Bu nedenle, iyiniyetli olduğu iddiasında bulunan kişi, bu iddiasını ayrıca ispat yükü altında değildir. Böyle bir durumda, iyiniyet iddiasında bulunan kimsenin, iyiniyetli olmadığı ispat edilmesi gerekir. İyiniyetin mevcut olmadığı ispatı ise, iyiniyet iddiasında bulunan kimsenin muhatabı tarafından gerçekleştirilmelidir⁵⁴. Bu bağlamda iyiniyetin bulunmadığı, karine olarak iyiniyetli sayılan kimsenin, belirli bir hususu bildiği ya da gerekli özeni gösterseydi bilebilecek durumda olduğunun ispatlanması ile ortaya konulmaktadır⁵⁵.

⁵² Dural/Sarı, s. 233. İyiniyetin diğer tanımları için bkz. Antalya/Topuz, s. 410; M. Kemal Oğuzman /Nami Barlas, *Medenî Hukuk*, 22. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 251; Seyfullah Edis, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 5. Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1993, s. 263; İhsan Erdoğan/A. Dilşad Keskin, *Türk Medeni Hukuku - Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku*, 3. Baskı, Gazi Kitabevi, 2020, s. 172.

⁵³ İyiniyetin varlığının asıl olması, doktrinde, iyiniyet karinesi olarak da ifade edilmektedir (Edis, s. 282; Halil Akkanat, *Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması*, Filiz Kitabevi, 2010, s. 37; Yalçın Kavak, *Medeni Hukukta Dürüstlük Kuralı ve İyiniyetin Korunması*, Legal Yayıncılık, 2019, s. 221).

⁵⁴ Edis, s. 285; Antalya/Topuz, s. 446; Dural/Sarı, s. 239; Ergun Özsunay, *Medeni Hukuka Giriş*, Fakülteler Matbaası, 1978, s. 306; Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm- Kişiler Hukuku*, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 262; Oğuzman/Barlas, s. 260; Akkanat, s. 19; Erdoğan/Keskin, s. 178; Kavak, s. 235.

⁵⁵ Edis, s. 285; Dural/Sarı, s. 239; Serozan, s. 271; Oğuzman/Barlas, s. 260; Akkanat, s. 54-55; Erdoğan/Keskin, s. 178; Kavak, s. 235-236.

B. Üçüncü Kişinin İyiniyetinin Korunmasının Şartları

1. Üçüncü Kişinin İyiniyetli Olması

İyiniyetin korunması için öncelikle, borçlu ile işlem yapan üçüncü kişinin iyiniyetli olması gerekir⁵⁶. Hukukî sonucun doğmasına engel olan bir durumun mevcudiyetini bilmeyen ve bilebilecek hâlde de bulunmayan kimse iyiniyetli olarak kabul edilmektedir⁵⁷. O hâlde iyiniyetin varlığından bahsedilebilmesi için hukukî sonucun doğmasını engelleyen durumun bilinmemesi gerekir. Bilmeme, bilgisizlik veya yanlış bilgi şeklinde gerçekleşebilir⁵⁸. Gerek bilgisizlik gerekse yanlış bilgi, iyiniyetin korunması bakımından aynı etkiye sahiptir. Diğer bir ifade ile, her iki durumda da diğer şartlar mevcutsa, iyiniyetin korunması gerekir.

Bu bağlamda, konkordato mühletine karar verilmesi ile kararın ilân edilmesi arasında borçlu ile tasarruf işlemi yapan üçüncü kişinin iyiniyetinin varlığının tespiti bakımından “*bilmeme*” ve “*bilebilecek durumda olmama*” unsurunun nasıl anlaşılması gerektiği üzerinde durulmalıdır. Borçluya konkordato mühleti verilmesi ile borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisine Kanun tarafından sınırlama getirilmesi iki ayrı durumu ifade etmektedir. Bu noktada üçüncü kişinin, bu durumlardan hangisini bilmemesi ve bilebilecek hâlde de olmaması gerektiğinin tespiti, iyiniyet iddiasında bulunulabilmesi için önem taşımaktadır.

⁵⁶ Hukukî işlemin bizzat yapılmadığı, iradî veya kanunî temsilin söz konusu olduğu durumlarda, iyiniyetin korunması için hem temsil edilenin, hem de temsilcinin iyiniyetli olması gerekir (Edis, s. 270, 276; Dural/Sarı, s. 240; Serozan, s. 264; Akkanat, s. 79; Oğuzman/Barlas, s. 257; Erdoğan/Keskin, s. 177; Kavak, s. 257.) Tüzel kişilerin taraf olduğu bir hukukî işlemde ise iyiniyetin korunması, tüzel kişinin iradesini açıklayan organı oluşturan kişilerin tamamının iyiniyetli olmasına bağlıdır (Dural/Sarı, s. 240; Serozan, s. 264; Erdoğan/Keskin, s. 177; Akkanat, s. 79; Özsunay, s. 308; Kavak, s. 258).

⁵⁷ Antalya/Topuz, s. 411; Oğuzman/Barlas, s. 251; Özsunay, s. 294; Hüseyin Altaş, *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7)*, Yetkin Yayınları, 2014, s. 312. “Hukuksal eksikliğin bilinmesi” ve “hukuksal eksikliğin bilinmesinin gerekmesi” hukuki açıdan aynı etkiye sahiptir (Kavak, s. 284). İyiniyetin varlığı, bir hakkın kazanılmasını veya belirli bir hukukî sonucun elde edilmesini sağlamaktadır (Dural/Sarı, s. 235-236; Oğuzman/Barlas, s. 250-251; Serozan, s. 265; Erdoğan/Keskin, s. 179). Ancak iyiniyetli kimseye sağlanan koruma her zamana “tam koruma” şeklinde olmayıp bazen de “kısmî koruma” şeklinde ortaya çıkmaktadır. Hukukî eksikliğin neden olduğu olumsuz sonuçların tamamen ortadan kaldırıldığı hâllerde “tam koruma”, belirli ölçüde hafifletildiği hâllerde ise “kısmî koruma” söz konusu olmaktadır (Akkanat, s. 1).

⁵⁸ Akkanat, s. 47. Bir kimsenin bir olay hakkında hiçbir bilgiye sahip olmaması bilgisizliği, eksik ya da yanlış tasavvurları ise yanlış bilgiyi ifade etmektedir (Edis, s. 264; Erdoğan/Keskin, s. 173).

Kanun'da öngörülen rehin tesisi, kefil olma, ivazsız tasarruflarda bulunma, taşınmazını, işletmenin faaliyetinin devamı için önem arz eden taşınırını ve işletmenin devamlı tesisatını devretme, takyit etme işlemleri bakımından üçüncü kişinin iyiniyetli olduğundan bahsedilebilmesi için, bu işlemlerin borçlu tarafından serbestçe yapılamıyor olduğunun bilinmemesi yeterli değildir. Bu noktada önemli olan, üçüncü kişinin, borçluya konkordato mühleti verildiğini bilmemesi veya bilebilecek durumda olmamasıdır⁵⁹. Zira Kanun'da öngörülen tasarruf sınırlamaları mühlet kararından itibaren başlamaktadır. Konkordato mühletine karar verildiği üçüncü kişi tarafından biliniyorsa, artık borçlunun söz konusu tasarrufları serbestçe yapamayacağını bilmediği iddiasında bulunulamaz.

Bir kimsenin iyiniyetli olarak kabul edilebilmesi için hukukî sonucun doğmasına engel olan durumu bilmemesinin yanı sıra, bilebilecek hâlde de bulunmaması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile bilgisizlik veya yanlış bilgi, iyiniyetin korunması bakımından tek başına yeterli olmayıp, ayrıca bu durumun mazur görülebilir olması da gerekir⁶⁰. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 3'üncü maddesinde "*durumun gereklerine*"⁶¹ göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse *iyiniyet iddiasında bulunamaz*" hükmüne yer verilmiştir. O hâlde bir kimsenin iyiniyetinin korunması için duruma göre kendisinden beklenen özeni göstermiş olması gerekir. Bu bağlamda üçüncü kişinin iyiniyetli olduğunun kabul edilebilmesi, kendisinden beklenen dikkat ve özeni gösterdiği hâlde konkordato borçlusu hakkında konkordato mühletine karar verildiğini öğrenememiş olmasına bağlıdır⁶².

Bilgisizlik veya yanlış bilginin mazur görülmesi, kanundan doğan bilme yükümlülüğüne ya da durumun gereği olan bilme yükümlülüğüne

⁵⁹ Umbach-Spahn/Kesselbach/Bossart, Art. 298, N. 23; Berkin, İflâs, s. 541; Bauer/Stachelin, Art. 298, ad N 13 u. 16; Tanrıver, s. 78.

⁶⁰ Edis, s. 263; Erdoğan/Keskin, s. 173; Altaş, s. 315 vd; Kavak, s. 256. Bilgisizlik veya yanlış bilginin mazur görülebilmesi için bu durumun kişinin kendi kusurundan doğmamış olması gerekmektedir. Zira hiç kimsenin kendi kusuruna dayanarak bir hak elde etmesi mümkün değildir (Kavak, s. 260). Bilgisizlik veya yanlış bilginin kişinin kendi kusurundan kaynaklanmadığının kabul edilmesi için, hukuki sonucun doğmasına engel teşkil eden bir durumun varlığından şüphe edilmesi hâlinde, araştırma yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekir (Edis, s. 265).

⁶¹ Kanun'da gösterilmesi gereken dikkat ve özeninin derecesi açıkça belirtilmeyip "*durumun gerekleri*" bir ölçü olarak kabul edilmiştir (Kavak, s. 260; Akkanat, s. 18).

⁶² Berkin, Konkordato, s. 52.

uymayı zorunlu kılmaktadır⁶³. Kanunda bir hususun ilân edilmesi gerektiği düzenlenmişse, kanundan doğan bilme yükümlülüğü⁶⁴ söz konusu olmaktadır⁶⁵. İlânın usulüne uygun olarak gerçekleştirilmesi hâlinde ise, üçüncü kişilerin, ilân edilen hususları bilmediğini ileri sürmesi mümkün değildir⁶⁶. İcra ve İflâs Kanunu'nun 288/II'nci maddesinde geçici mühlet kararının ticaret sicili gazetesinde ve Basın-İlân Kurumu'nun resmî ilân portalında ilân olunacağı açıkça düzenlenmiştir. Buna göre geçici mühlete karar verildiğinin ilân edilmesi hâlinde üçüncü kişi, borçluya geçici mühlet verildiğini bilmediğini ileri süremez. Böyle bir durumda, üçüncü kişinin, iyiniyet iddiasına itibar edilmesi mümkün değildir. Zira kararın ilânı, iyiniyetin varlığını ortadan kaldırmaktadır. Bu bağlamda, konkordato borçlusu ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 297/II'nci maddesinde öngörülen tasarruf işlemlerinden birini yapan üçüncü kişinin iyiniyet iddiasında bulunması, konkordato mühletine karar verilmesi ile kararın ilân edilmesi arasındaki süre bakımından söz konusu olabilmektedir.

2. Kanunda İyiniyete Hukukî Bir Sonuç Bağlanması

İyiniyetin korunması genel bir ilke olmayıp, istisnaî bir uygulama alanına sahiptir⁶⁷. Diğer bir ifade ile bir kimsenin iyiniyetli olması, iyiniyetinin her durumda korunacağı anlamına gelmemektedir. Nitekim TMK'nın 3'üncü maddesinde iyiniyetin her durumda korunacağına değil, kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda korunacağına işaret edilmektedir. Bu nedenle, iyiniyetin korunması, kanunun sadece iyiniyete sonuç bağladığı durumlarda mümkündür⁶⁸. O hâlde borçlu ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 297/II'nci maddesinde sayılan işlemlerden birini yapan üçüncü kişi, borçluya konkordato mühleti verildiğini bilmediği için iyiniyetli kabul edilse dahi,

⁶³ Edis, s. 265; Erdoğan/Keskin, s. 174; Kavak, s. 262.

⁶⁴ İyiniyet iddiasında bulunan kimseye özel bir "bilme yükümlülüğü" getirilmemesi durumunda ise gösterilmesi gereken özenin ölçüsü, her somut olay bakımından hâkim tarafından ayrıca belirlenmektedir. Zira herkesin göstereceği dikkat ve özenin aynı olması mümkün değildir (Dural/Sarı, s. 240; Oğuzman/Barlas, s. 261; Edis, s. 269; Akkanat, s. 19, 84; Erdoğan/Keskin, s. 176; Kavak, s. 258).

⁶⁵ Edis, s. 265; Erdoğan/Keskin, s. 174; Altaş, s. 318; Kavak, s. 262.

⁶⁶ Akkanat, s. 91; Edis, s. 265; Erdoğan/Keskin, s. 174; Altaş, s. 318; Kavak, s. 263.

⁶⁷ Akkanat, s. 17.

⁶⁸ Antalya/Topuz, s. 409; Edis, s. 273; Serozan, s. 270; Oğuzman/Barlas, s. 254; Erdoğan/Keskin, s. 177; Dural/Sarı, s. 235; Altaş, s. 323; Kavak, s. 281, 288; Akkanat, s. 8, 17, 39. İyiniyetin korunduğu hâllerde bir kimsenin muhatabın içinde bulunduğu duruma güvenerek hukukî işlem yapması ve hukukun da bu kimsenin davranışına değer vermesi söz konusudur (Kavak, s. 230).

iyiniyetinin korunması için, Kanun'da iyiniyetin korunacağına ilişkin düzenlemenin bulunup bulunmadığına da bakılmalıdır. Zira üçüncü kişinin iyiniyetinin varlığı yeterli olmayıp, ayrıca Kanun'da buna hukukî bir sonuç bağlanmış olması gerekir.

Kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağlamadığı durumlarda iyiniyetin varlığı, hukukî sonucun elde edilmesi bakımından herhangi bir etkiye sahip değildir⁶⁹. Bu nedenle bir hukuk kuralının iyiniyete hukukî sonuç bağlayıp bağlamadığının tespiti önem taşımaktadır. Kanunda “*iyiniyet*” kavramına açıkça yer verilmiş olması mümkündür⁷⁰. Bununla birlikte, “*iyiniyet*” kavramı açıkça kullanılmamış olsa dahi Kanunda, “*bilmeli*”, “*bilmesi gerekir*” şeklinde ifadelere yer verilmesi de iyiniyete hukukî bir sonuç bağlandığının bir göstergesidir⁷¹. Örneğin, İcra ve İflâs Kanunu'nun 192'nci maddesinde, iflâsın açılmasından sonra müflisin hiçbir ödeme kabul edemeyeceği, ancak iflâsın ilânından evvel müflise ödemede bulunan borçlunun iflâstan haberi yoksa borcundan kurtulacağı düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere borçlunun iflâs ettiği hususunun bilinmemesi hâlinde, borçluya yapılan ödeme kişinin borçtan kurtulmasını sağlamaktadır. Söz konusu hükümde “*iyiniyet*” kavramına doğrudan yer verilmemiş olsa dahi, iflâs eden borçluya yapılan ödemenin geçerli olarak kabul edilmesi, iyiniyetin korunduğunun bir göstergesidir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 192'nci maddesinde, borçlu hakkında iflâsın açıldığını bilmeyen üçüncü kişinin iyiniyetinin korunacağına açıkça işaret edilmiştir. Bununla birlikte aynı Kanun'un 297/II'nci maddesinde, mahkemeden izin alınmaksızın yapılan işlemlerin hükümsüz olduğu belirtilmiş, borçlu ile işlem yapan üçüncü kişinin iyiniyetinin korunacağına ilişkin ise açık hükme yer verilmemiştir. Ayrıca Kanun'un ifadesinden üçüncü kişinin iyiniyetinin korunacağı sonucuna da ulaşılammaktadır.

⁶⁹ Edis, s. 273; Antalya/Topuz, s. 416; Oğuzman/Barlas, s. 254; Dural/Sarı, s. 235; Altaş, s. 323.

⁷⁰ Örneğin, Türk Medeni Kanunu'nun 777/I'inci maddesine göre, “*Başkasının taşınır bir malını davasız ve aralıksız beş yıl iyiniyetle ve malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kimse, zamanaşımı yoluyla o taşınırın maliki olur*”. Türk Borçlar Kanunu'nun 42/III'üncü maddesine göre, “*Temsil olunan verdiği yetkiyi üçüncü kişilere açıkça veya dolaylı biçimde bildirmişse, bu yetkiyi tamamen veya kısmen geri aldığı onlara bildirmediği takdirde, yetkinin geri alındığını iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez*”.

⁷¹ Antalya/Topuz, s. 416; Edis, s. 274; Altaş, s. 324.

C. Üçüncü Kişinin İyiniyetinin Korunup Korunmayacağına Değerlendirilmesi

1. İsviçre Hukukundaki Durum

İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 298/II'nci maddesine göre, konkordato mahkemesinin veya alacaklılar kurulunun izni olmaksızın, mühlet esnasında, hukuken geçerli olarak sabit varlıklar devir veya takyit edilemez, kefil olunamaz rehin tesis edilemez veya ivazsız tasarruflarda bulunamaz. Görüldüğü üzere sabit varlıkların devredilmesi veya takyit edilmesi, kefil olunması, rehin tesis edilmesi ve ivazsız tasarruflarda bulunulması izne tâbi tutulmaktadır. Ancak Türk hukukundan farklı olarak İsviçre hukukunda, taşınmaz kavramı yerine sabit varlıklar kavramı kullanılmaktadır⁷². Sabit varlıklar, belirli ticari faaliyet için uzun süreli tesis edilen malvarlığıdır. Bir varlığın sabit varlık olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği, gelecekte borçlunun ticari faaliyetine hizmet edip etmeyeceğine bağlıdır⁷³. Bu bakımdan sabit varlıklar kavramının kapsamına özellikle taşınmazlar, şirket şubesi veya bağımsız işletme bölümleri girmektedir⁷⁴. Ayrıca finansal varlıklar (menkul mallar, uzun vadeli alacaklar), maddi olmayan varlıklar (patentler, lisanslar, markalar, iş ilişkileri, ticari itibar) üretim tesisleri, teçhizat, araçlar da bu kapsamda değerlendirilmektedir⁷⁵.

Türk hukukunda izne tâbi tutulan işlemler hakkında karar verme yetkisi sadece mahkemeye tanınmışken, İsviçre hukukunda konkordato mahkemesinin yanı sıra alacaklılar kurulu da söz konusu işlemlerin yapılmasına izin verebilmektedir. İzin alınmaksızın yapılan işlemlerin akıbetinin ne olacağı hususunda ise İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte İsviçre hukuku doktrininde, izin alınmaksızın yapılan işlemlerin medeni hukuk bakımından geçerli olduğu ancak icra hukuku bakımından alacaklılara karşı ileri sürülemeyeceği ifade edilmektedir⁷⁶. Ayrıca elden çıkarılan malvarlığının koşulsuz olarak geri

⁷² Lorandi, SchKG, s. 123; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Art. 295, N. 4; Amonn/Walther, s. 531; Kren Kostkiewicz, s. 505; Oehri, s. 13; Vollmar, Art. 298, N. 2; Umbach-Spahn/Kesselbach/Bossart, Art. 298, N. 17; Hunkeler, Kurzkomentar, Art. 298, N. 14.

⁷³ Kren Kostkiewicz, s. 505; Vollmar, Art. 298, N. 11.

⁷⁴ Amonn/Walther, s. 531; Vollmar, Art. 298, N. 11.

⁷⁵ Vollmar, Art. 298, N. 11; Umbach-Spahn/Kesselbach/Bossart, Art. 298, N. 17; Hunkeler, Kurzkomentar, Art. 298, N. 14.

⁷⁶ Umbach-Spahn/Kesselbach/Bossart, Art. 298, N. 16; Hunkeler, Kurzkomentar, Art. 298, N. 4; Lorandi, SchKG, s. 123; Amonn/Walther, s. 532; Kren Kostkiewicz, s. 506; Vollmar,

alınabileceği kabul edilmektedir⁷⁷. Buna göre, sadece konkordato alacaklıları hükümsüzlüğü ileri sürme hakkına sahip olup, borçlu veya üçüncü kişilerin ise böyle bir hakkı bulunmamaktadır⁷⁸.

İsviçre hukukunda, konkordato mühletinin etkilerinin mühlet kararından itibaren ortaya çıkacağı kabul edilmektedir⁷⁹. Nitekim İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda da söz konusu işlemlerin, mühlet esnasında, izin alınmaksızın hukuken geçerli olarak yapılamayacağına işaret edilmektedir (SchKG Art. 298, Abs. 2). Bu bağlamda konkordato mühletine karar verilmesi ile kararın ilân edilmesi arasında üçüncü kişinin iyiniyetinin korunup korunmayacağı hususunun ele alınması gerekmektedir. İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 298/III'üncü maddesinde, "iyiniyetli üçüncü kişilerin hakları saklıdır" hükmüne yer verilmiştir. İsviçre hukukunda Kanun'un getirdiği sınırlamaların mühlet kararı ile birlikte geçerli olduğu, ancak üçüncü kişi durumdan ilân ile haberdar olacağından, karar ile ilân arasında üçüncü kişinin iyiniyetinin korunması gerektiği kabul edilmektedir⁸⁰. Üçüncü kişinin iyiniyetin korunması sadece mühlet kararı ile kararın ilân edilmesi arasında söz konusu olmaktadır. Borçlunun tasarruf yetkisine Kanun'la getirilen sınırlamaların ve mühlet kararının ilânı ile birlikte üçüncü kişilerin iyiniyet iddiaları artık dinlenemez⁸¹.

2. Türk Hukukundaki Durum

4949 sayılı Kanun⁸² ile İcra ve İflâs Kanunu'nda değişiklik yapılmadan önce, Kanun'da öngörülen tasarruf yetkisi sınırlamalarının mühletin ilânı ile başlayacağı, bu tarihten itibaren mahkemeden izin alınmaksızın yapılan

Art. 298, N. 14; Franco Lorandi, "Genehmigungsbedürftige Geschäfte während der Nachlassstundung (Art. 298 Abs. 2 SchKG)", 2004, 1, *Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht*, s. 77.

⁷⁷ Amonn/Walther, s. 532; Kren Kostkiewicz, s. 506; Vollmar, Art. 298, N. 14.

⁷⁸ Kren Kostkiewicz, s. 506; Vollmar, Art. 298, N. 14; Lorandi, *Geschäfte*, s. 77.

⁷⁹ Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Art. 296, N. 6; Hunkeler, *Kurzkommentar*, Art. 297, N. 5; Spühler/Dolge, s. 151; Bauer/Staehelin, Art. 293c, N. 4; Favre, s. 362; Hunziker/Pellascio, s. 325; Hunkeler, *Nachlassverfahren*, s. 211; Jaeger/Daeniker, s. 510; Amonn/Walther, s. 528; Kren Kostkiewicz, s. 499; Kuhn, s. 30.

⁸⁰ Umbach-Spahn/Kesselbach/Bossart, Art. 298, N. 22, 23; Spühler/Dolge, s. 152; Lorandi, *SchKG*, s. 123; Kren Kostkiewicz, s. 499; Bauer/Staehelin, Art. 298, ad N 13 u. 16; Hunkeler, *Kurzkommentar*, Art. 293c, N. 29.

⁸¹ Umbach-Spahn/Kesselbach/Bossart, Art. 298, N. 22; Kren Kostkiewicz, s. 499; Bauer/Staehelin, Art. 298, ad N 13 u. 16; Hunkeler, *Kurzkommentar*, Art. 298, N. 30.

⁸² RG. 30.07.2003, S. 25184.

işlemlerin hükümsüz olduğu kabul edilmekteydi⁸³. Dolayısıyla tasarruf yetkisine yönelik sınırlamalar, mühletin ilânından itibaren başlayacağı için üçüncü kişinin iyiniyetinin korunması sorunu da ortaya çıkmamaktaydı⁸⁴. Zira konkordato mühletinin ilân edilmesi ile birlikte üçüncü kişinin iyiniyetli olduğu iddiası dikkate alınmamaktaydı. Bununla birlikte, her ne kadar söz konusu işlemlerin yapılması ilândan itibaren yasaklanmış olsa da, doktrinde konkordato mühletine karar verilmesi ile mühletin ilânı arasında söz konusu işlemlerin yapılması hâlinde üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmadığına bakılması ve iyiniyetli olmaması durumunda⁸⁵ işlemin hükümsüz olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmekteydi⁸⁶. Mevcut düzenlemeye göre ise, borçlunun, İcra ve İflâs Kanunu'nun 297/II'nci maddesinde sayılan tasarruf işlemlerini, mühlet kararından itibaren, mahkemen izin almaksızın yapabilmesi mümkün değildir. Mahkemen izin alınmaksızın yapılan tasarruf işlemleri kesin hükümsüzdür. Kanun'da öngörülen tasarruf sınırlamaları geçici mühlete karar verildiği tarihten itibaren geçerli olmaktadır. Borçluyla hukukî işlem yapan üçüncü kişinin, geçici mühlete karar verildiğinden ve söz konusu tasarruf sınırlamalarından haberdar olması, genellikle geçici mühlet kararının ilân edilmesinden sonra mümkün olabilmektedir. Bu noktada geçici mühlet kararı ile kararın ilânı arasında borçluyla hukukî işlem yapan üçüncü kişinin iyiniyetinin korunup korunmayacağı hususu bir sorun teşkil etmektedir.

İcra ve İflâs Kanunu'nda, İsviçre hukukundaki düzenlemeden farklı olarak, geçici mühlet kararı ile ilân arasında, borçlu ile işlem yapan üçüncü

⁸³ Arar, s. 274; Üstündağ, s. 238; Kuru, Konkordato, s. 435; Postacıoğlu, s. 53; Tanrıver, s. 78.

⁸⁴ Bununla birlikte, her ne kadar söz konusu işlemlerin yapılması ilândan itibaren yasaklanmış olsa da, doktrinde konkordato mühletine karar verilmesi ile mühletin ilânı arasında söz konusu işlemlerin yapılması hâlinde üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmadığına bakılması ve iyiniyetli olmaması durumunda ise işlemin hükümsüz olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmekteydi. Bu konuda bkz. Postacıoğlu, s. 59; Berkin, İflâs, s. 541; Kuru, Konkordato, s. 435, dn. 93; Tanrıver, s. 78.

⁸⁵ Konkordato mühleti ilân edilmediği için borçlu hakkında konkordato sürecinin başladığını bilmeyen ve bilmemesi kusurundan kaynaklanmayan üçüncü kişinin iyiniyetli olarak kabul edilmesi gerekir (Berkin, Konkordato, s. 52; Tanrıver, s. 78). Buna karşılık duruma göre gerekli dikkat ve özeni gösterseydi veya gerekli araştırmayı yapsaydı borçlunun konkordato talebinde bulunduğunu öğrenebilecek durumda olan üçüncü kişinin iyiniyetli olduğundan bahsedilemez (Berkin, Konkordato, s. 52). İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda, üçüncü kişinin iyiniyetinin korunacağı açıkça düzenlemeden önce doktrinde, mühlete karar verilmesi ile kararın ilân edilmesi arasında üçüncü kişinin iyiniyetinin korunması gerektiği kabul edilmekteydi. Bu konuda bkz. Lorandi, Geschäfte, s. 79-80.

⁸⁶ Postacıoğlu, s. 59; Berkin, İflâs, s. 541; Kuru, Konkordato, s. 435, dn. 93; Tanrıver, s. 78. Kanunen yasak olan işlemlerin mühletin ilân edilmesinden önce gerçekleştirilmesi hâlinde söz konusu işlemlerin hükümsüzlüğünün iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği hakkında bkz. Berkin, Konkordato, s. 52.

kişinin iyiniyetinin korunacağına ilişkin açık düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu hususa ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Bir görüşe göre⁸⁷, tasarruf yasaklarının başlangıç anı olarak geçici mühlete karar verildiği tarihin açıkça düzenlenmesinden dolayı artık mühlet kararı ile kararın ilânı arasında, açık bir kanun hükmü bulunmadığı sürece işlemin karşı tarafı olan üçüncü kişinin iyiniyetinin korunması mümkün değildir. Ayrıca yapılan işlemler hükümsüz olduğu için, üçüncü kişi iyiniyetli olsa dahi, işlemin geçerli olduğunu ileri süremez.

Diğer bir görüşe göre⁸⁸, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisine getirilen sınırlandırılmaldan haberdar olmayıp borçlu ile hukukî işlem yapan kimselerin sırf bu durum nedeniyle kötüniyetli olduğunu söylemek mümkün değildir. Kanun'da açıkça belirtilmemiş olsa dahi, geçici mühlete karar verilmesi ile geçici mühlet kararının ilân edildiği tarih arasında üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarına itibar edilmesi gerekmektedir. Buna karşılık, mühlet kararı ile kararın ilânı arasında borçluya mühlet verildiğini bilen veya bilmesi gereken kişinin iyiniyetli olduğundan bahsedilemez⁸⁹.

3. Görüşümüz

Üçüncü kişinin, borçluya geçici mühlet verildiğinden haberdar olması, genellikle geçici mühlet kararının ilân edilmesi üzerine mümkün olabilmektedir. Bu nedenle üçüncü kişi, malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisinin tam olduğuna güvenip borçluyla hukukî işlem yaptığını belirterek iyiniyet iddiasında bulunabilir. Ancak iyiniyetin varlığı, iyiniyetin korunması bakımından tek başına yeterli olmamaktadır. İyiniyetin korunabilmesi için ayrıca kanunda iyiniyete hukukî sonuç bağlanmış olması da gerekmektedir. İyiniyet kavramına kanunda açıkça yer verilebileceği gibi, iyiniyetin korunacağı dolaylı olarak da belirtilmiş olabilir. Bu şekilde bir düzenleme olmadığı sürece iyiniyetin korunması söz konusu değildir. Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 3'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan "*Kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır*" ifadesi, iyiniyetin ancak kanunda iyiniyete hukukî sonuç bağlandığı durumlarda korunacağını göstermektedir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 297/II'nci maddesinde ise, konkordato mühletine karar verilmesinden sonra, mahkemeden izin

⁸⁷ Albayrak, s. 128-130. Aynı yönde ayrıca bkz. Simil, s. 142-143.

⁸⁸ Pekcanitez/Erdönmez, s. 92. Üçüncü kişinin iyiniyetinin korunması gerektiği yönünde ayrıca bkz. Yeşilova, Öztekin-Konkordato Şerhi, s. 420; Sarısözen, s. 236; Akyürek/Akyürek, s. 330; Akil, s. 173.

⁸⁹ Akyürek/Akyürek, s. 330-331.

alınmaksızın yapılan işlemlerin hükümsüz olduğu düzenlenmekte, üçüncü kişinin iyiniyetinin korunacağına ilişkin doğrudan veya dolaylı bir hüküm yer almamaktadır. Bu nedenle kanaatimizce geçici mühlete karar verildikten sonra, İİK'nın 297/II'nci maddesinde yer alan işlemlerin mahkemeden izin alınmaksızın yapılması hâlinde, borçlu ile işlem yapan üçüncü kişinin iyiniyetinin korunması mümkün olmamalıdır. Şayet kanun koyucunun böyle bir amacı olsa idi, iflâsın açılması ile ilânı arasında iyiniyetin korunacağını düzenlediği gibi (İİK m. 190/II, m. 191/II, m. 192), burada da böyle bir düzenleme yapabirdi. Bu şekilde bir düzenleme yapılmamış olmasından ve borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisine Kanun tarafından getirilen sınırlamaların konkordato mühletine karar verilmesinden itibaren geçerli olduğu düzenlemesinden hareketle, kanun koyucunun, geçici mühlet kararı ile kararın ilânı arasında üçüncü kişinin iyiniyetinin korunmasını istemediği şeklinde yorum yapılması mümkündür.

SONUÇ

Konkordato mühletine karar verilmesi ile borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi kural olarak kendiliğinden ortadan kalkmamaktadır. Bununla birlikte, İcra ve İflâs Kanunu'nun 297/II'nci maddesinde borçlunun rehin tesis etmesi, kefil olması, ivazsız tasarruflarda bulunması, taşınmazını, işletmenin faaliyetinin devamı için önem arz eden taşınırını ve işletmenin devamlı tesisatını devretmesi, takyit etmesi mahkemenin iznine tâbi tutulmakta, mahkemeden izin alınmaksızın yapılan işlemler ise hükümsüz olarak kabul edilmektedir. Borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisine Kanun tarafından getirilen sınırlamalar, geçici mühlete karar verildiği andan itibaren geçerli olmakta, kararın ilân edilmesi ise önem taşımamaktadır. Bu noktada geçici mühlet kararı ile kararın ilân edilmesi arasında, konkordato mühleti verildiğini bilmeyerek borçluyla hukukî işlem yapan üçüncü kişinin iyiniyetinin korunup korunmayacağı sorusunun cevabı önem taşımaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 3/T'inci maddesinde, "*Kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır*" düzenlemesine yer verilmiştir. O hâlde iyiniyetin korunması, ancak kanunda iyiniyete hukukî sonuç bağlandığı durumlarda mümkün olmaktadır. İcra ve İflâs Kanunu'nun 297/II'nci maddesinde ise, konkordato mühletine karar verilmesinden sonra, mahkemeden izin alınmaksızın yapılan tasarruf işlemleri bakımından üçüncü kişinin iyiniyetinin korunacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle geçici mühlet kararından itibaren, İİK'nın 297/II'nci maddesinde yer alan tasarruf işlemlerinin mahkemeden izin alınmaksızın yapılması hâlinde, borçlu ile işlem yapan üçüncü kişinin iyiniyetinin korunması mümkün olmamalıdır.

KAYNAKÇA

- Akil C, *Sorularla Adi Konkordato*, Adalet Yayınevi, 2019.
- Akkanat H, *Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması*, Filiz Kitabevi, 2010.
- Akyürek A/Akyürek R, *Konkordato Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2019.
- Albayrak H, *İflâs Dışı Adi Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları*, Yetkin Yayınları, 2020.
- Altaş H, *Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri (TMK m. 1-7)*, Yetkin Yayınları, 2014.
- Altay S/Eskioçak A, *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2019.
- Amonn K/Walther F, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, 9. Auflage, Stämpfli Verlag AG, 2013.
- Ansay S. Ş, *Hukuk İcra ve İflâs Usûlleri*, 5. Baskı, İstiklâl Matbaası, 1960.
- Antalya O. G/Topuz M, *Medeni Hukuk, Cilt I*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Arar K, *İcra ve İflâs Hükümleri, C.2, İflâs*, 1945.
- Atalı M/Ermenek İ/Erdoğan E, *İcra ve İflâs Hukuku*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021.
- Aydemir D, "Konkordatonun Kefalet Sözleşmesine Etkisi", *Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi*, 15(43), 2019, s. 519-558.
- Başözen A, *Müflisin Tasarruf Yetkisi*, Turhan Kitabevi, 2005.
- Bauer T/Stachelin D, *Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Ergänzungsband zur 2. Auflage*, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2017.
- Berkin N. M, *İflâs Hukuku*, 4. Baskı, Fakülteler Matbaası, 1972 (İflâs).
- Berkin N. M, *İflâs Hukukunda Konkordato*, İsmail Akgün Matbaası, 1949 (Konkordato).
- Blumenstein E, *Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes*,

1911.

Börü L, “Adi Konkordatoda Alacaklılar Kurulu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(2), 2018, s. 341-372.

Börü L/Parlak Börü, Ş, “Konkordatonun Kefalet Sözleşmesine Etkisi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 78(3), 2020, s. 1239-1277.

Coradi A, *Der Sachwalter im gerichtlichen Nachlassverfahren nach Art 293 ff. SchKG*, Juris Druck Verlag, 1973.

Dural M/Sarı S, *Türk Özel Hukuku, Cilt I*, 12. Baskı, Filiz Kitabevi, 2017.

Edis S, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 5. Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1993.

Erdoğan İ/Keskin A. D, *Türk Medenî Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 3. Baskı, Gazi Kitabevi, 2020.

Favre A, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, Universitätsverlag, 1956.

Gürdoğan B, *İflâs Hukuku Dersleri*, Ajans-Türk Matbaası, 1966.

Hunkeler D, *Das Nachlassverfahren nach revidiertem SchKG*, Universitätsverlag, 1996 (Nachlassverfahren).

Hunkeler D, *Kurzkommentar SchKG*, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2014 (Kurzkommentar).

Hunziker M/Pellascio M, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, Orell Füssli Verlag 2008.

Jaeger C/Daeniker M, *Schuldbetreibungs- und Konkurs- Praxis, Der Jahre 1911-1945*, Orell Füssli Verlag, 1947.

Jaeger C/Walder H. U/Kull T. M/Kottmann M, *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), Band III-Art. 293-352*, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 1997/2001.

Kale S, “7101 Sayılı İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Çerçevesinde İflâs Dışı Adi Konkordato”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1), 2018, s. 213-269.

Kavak Y, *Medeni Hukukta Dürüstlük Kuralı ve İyiniyetin Korunması*, Legal Yayıncılık, 2019.

- Koç E/Konuralp C. S/Candemir M. Ü, *7327 Sayılı Kanun İle 2004 Sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun Konkordatoya İlişkin Hükümlerinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi*, Sümer Kitabevi, 2021.
- Kren Kostkiewicz J, *Schuldbetreibungs- & Konkursrecht*, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2018.
- Kuhn W, *Der Nachlassvertrag nach schweizerischem und englischem Recht*, Zurich, 1948.
- Kuru B, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2013 (El Kitabı).
- Kuru B, *İflâs ve Konkordato Hukuku*, 2. Baskı, Evrim Basım- Yayımlı- Dağıtım, 1988 (Konkordato).
- Lorandi F, "Genehmigungsbedürftige Geschäfte während der Nachlassstundung (Art. 298 Abs. 2 SchKG)", 2004, 1, *Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht*, s. 73-116 (Geschäfte).
- Lorandi F, *Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)*, 2. Auflage, Dike Verlag AG, 2014 (SchKG).
- Muşul T, *İflâs ve Konkordato Hukuku*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019.
- Oehri D, *Der Sachwalter im Nachlassverfahren: Ein Diener zweier Herren*, Schulthess Juristische Medien AG, 2018.
- Oğuzman M K/Barlas N, *Medeni Hukuk*, 22. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2016.
- Özsunay E, *Medeni Hukuka Giriş*, Fakülteler Matbaası, 1978.
- Öztek S/Budak A C/Tunç Yücel M/Kale S/Yeşilova B, *Yeni Konkordato Hukuku*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019 (Öztek-Konkordato Şerhi).
- Pekcanitez H/Atalay O/Sungurtekin Özkan M/Özekes M, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Pekcanitez H/Erdönmez G, *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Postacıoğlu İ E, *Konkordato*, Fakülteler Matbaası, 1965.
- Rüzgaresen C, *İflâs Sebepleri*, Adalet Yayınevi, 2011.
- Sarisözen M S, *Konkordato*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021.

- Serozan R, *Medeni Hukuk Genel Bölüm - Kişiler Hukuku*, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2015.
- Simil C, *Konkordatoda Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları*, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Spühler K/Dolge A, *Schuldbetriebs- und Konkursrecht II*, 7. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2017.
- Tanrıver S, *Konkordato Komiseri*, Yetkin Yayınları, 1993.
- Taşpınar S, “Adî Konkordato Hakkında İcra ve İflâs Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, XXII(2), 2003, s. 49-92.
- Tunç Yücel M, *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Ulukapı Ö, *Konkordatonun Feshi*, Mimoza Yayınları, 1998.
- Umar B, *Türk İcra – İflâs Hukukunda İptal Davası*, Fakülteler Matbaası, 1963.
- Umbach-Spahn B/Kesselbach S/Bossart S, “Art. 298” Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2017.
- Umbach-Spahn B/Kesselbach S/Burkhalter R, “Art. 293b” Jolanta Kren Kostkiewicz/Dominik Vock (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*, 4. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2017.
- Üstündağ S, *İflâs Hukuku*, 8. Baskı, 2009.
- Vollmar A, “Art. 298” Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, II, 2. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 297'nci Maddesinin İkinci Fıkrasında Öngörülen...

HAYVANLAR ÜZERİNDE SINIRLI AYNİ HAK TESİSİ

Elif BOLAT TÜRKDOĞAN*

ÖZET

Eşya, üzerinde bireysel hâkimiyet sağlanabilecek, ekonomik bir değer taşıyan, kişi dışındaki cismanî (maddi) varlıklardır. Aynı hak, eşya üzerinde söz konusu olur. Aynı haklar, sağladığı yetkiye göre, mülkiyet hakkı ve sınırlı ayni haklar olmak üzere ikiye ayrılır. Türk Medeni Kanunu hükümleri çerçevesinde kurulabilecek sınırlı ayni haklar; irtifak hakları, taşınmaz yükü ve rehin haklarıdır. Hayvanlar üzerinde sınırlı ayni hak tesisi ise hayvanlar üzerinde intifa hakkı, hayvan rehni ve hayvanlar üzerinde hapis hakkı olmak üzere üç şekilde ortaya çıkmaktadır. Hayvanlar üzerinde intifa hakkı, aksine düzenleme olmadıkça, sahibine hayvanlar üzerinde tam yararlanma yetkisi sağlamaktadır. Hayvan rehni, taşınurların ancak zilyetliğin alacaklıya devri suretiyle rehnedilebilmesi kuralının bir istisnasıdır. Ticari amaçla edinilen ve elde bulundurulmuş hayvanlar, hapis hakkının konusunu oluşturur.

Anahtar Kelimeler: Eşya, sınırlı ayni hak, intifa hakkı, hayvan rehni, hapis hakkı.

ESTABLISHMENT OF THE LIMITED REAL RIGHTS ON ANIMALS

ABSTRACT

Properties are tangible (material) assets other than personality, which have an economic value, on which individual dominance can be achieved. The real right is a concern of properties. The real rights can be divided into two categories as the right of property and the limited real rights considering the granted power. The real rights, servitude, the right of incumbrance and right of pledge are the rights which can be established in the framework of the provisions of Turkish Civil Code. The limited real rights on animals appears in three different ways: usufruct on animals, animal pledge and lien on animals. The right of usufruct on animals gives the owner full authority to right to benefit the animals unless there is a regulation to the contrary. Animal pledge constitutes an exception to the rule that movables can only be pledged by transferring the possession to the creditor. Animals acquired and kept for commercial purposes constitutes the subject of the right of lien on animals.

Keywords: Property, limited real right, usufruct, animal pledge, lien.

* **Arş. Gör.**, Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı / TOKAT, **e-posta:** elif.bolat@gop.edu.tr,

ORCID: 0000-0002-0377-084X.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1116482

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 30/12/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 26/04/2022

GİRİŞ

Türk – İsviçre Hukukuna göre eşyadan bahsedilebilmesi için, cismani (maddi) bir varlığa sahip olma, cismani (maddi) varlığa sahip şeyin belirli olması, mülk edinmeye elverişli olması ve şahsi (kişisel) olmaması unsurlarının bir arada bulunması gerekmektedir. Hayvanların; cismanilik taşıma, sınırları belli olma, üzerinde hâkimiyet kurulmaya elverişli olma ve kişilik dışında olma unsurlarını taşımaları nedeniyle eşya olarak nitelendirildikleri görülmektedir.

Son zamanlarda, hayvanların ticari amaçlar dışında da edinilmesiyle hayatımızdaki öneminin artması, beraberinde pek çok ülkede, hayvanların korunması ile ilgili özel kanunların çıkarılması zorunluluğunu getirmiştir. Hukukumuzda, 01.07.2004 tarih ve 5199 sayılı “Hayvanları Koruma Kanunu” yürürlüktedir. Ayrıca Türk Hukukunda hayvan rehni ayrıntıları, “Hayvan Rehni Tüzüğü” ve “Hayvan Rehni Tüzüğü’nün Uygulanması Hakkında Yönetmelik”te düzenlenmiştir.

Çalışmada, hayvanlar üzerindeki sınırlı ayni haklar; hayvanlar üzerinde intifa hakkı, hayvan rehni ve hayvanlar üzerinde hapis hakkı olmak üzere üç temel başlıkta incelenecektir.

I. HAYVANIN EŞYA NİTELİĞİ

A. Eşya Kavramı

Türk Medeni Kanunu’nda¹ kaynak İsviçre Medeni Kanunu’nda olduğu gibi, eşya kavramı tanımlanmamış; kavramın açıklanması doktrine bırakılmıştır. Bununla birlikte kanunun ayni haklara ilişkin hükümleri incelendiğinde, ilke olarak cismani varlığı bulunan mallara eşya niteliği verildiği görülmektedir. Bu şekilde, Türk Hukukunda eşya kavramına dar bir açıdan yaklaşılmaktadır². Örneğin, TMK m. 684-687’de mülkiyet hakkı kapsamında; TMK m. 704 vd. ve TMK m. 988’de taşınmaz mülkiyeti, TMK m. 762’de ise taşınır mülkiyeti düzenlenmektedir. Bu hükümlerden eşyanın cismani (maddi) nitelikte olduğu sonucuna varılmaktadır.

Hukuki anlamda eşya, üzerinde bireysel hâkimiyet sağlanabilecek,

¹ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, RG, T. 8.12.2001, S. 24607.

² Oliver Kälın, *Der Sachbegriff im schweizerischen ZGB*, 2002, s. 41; M. Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 21. Baskı, Filiz Kitabevi, 2018, s. 4-8; Mehmet Ünal / Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı, Savaş Yayınevi, 2017, s. 15; Sanem Aksoy Dursun, *Eşya Kavramı*, Oniki Levha Yayınları, 2012, s. 22.

ekonomik bir değer taşıyan, kişi dışındaki cismani (maddi) varlıklardır³. Bu tanımdan hareketle, Türk – İsviçre Hukukunda eşyadan bahsedilebilmesi için, cismani (maddi) bir varlığa sahip olma, cismani (maddi) varlığa sahip şeyin belirli olması, cismani varlığa sahip olan şeyin mülk edinmeye elverişli olması ve cismani varlığa sahip şeyin şahsi (kişisel) olmaması unsurlarının bir arada bulunması gerekmektedir⁴.

B. Hayvanın Eşya Sayılıp Sayılmayacağı Hususunun Değerlendirilmesi

Hayvanların; cismanilik taşıma (maddi varlığı olma), sınırları belli olma, üzerinde hâkimiyet kurulmaya elverişli olma ve kişi dışı olma unsurlarını taşımaları nedeniyle uzun yıllar eşya olarak nitelendirildikleri görülmektedir. Son zamanlarda, hayvanların ticari amaçlar dışında edinilmesiyle hayatımızdaki yer ve öneminin artması, beraberinde pek çok ülkede, hayvanların korunması ile ilgili özel kanunların çıkarılması zorunluluğunu getirmiştir⁵.

15 Ekim 1978 tarihinde Paris’te, “Hayvan Hakları Evrensel Bildirgesi”nin⁶ ilan edilmesi ve bu bildirge doğrultusunda yapılan ulusal düzenlemelerin yürürlüğe girmesiyle, hayvanların eşya olup olmadığı ile ilgili tartışmalar ortaya çıkmıştır. Özellikle, İsviçre Medeni Kanunu’nun 1 Mayıs 2003 tarihinde

³ Heinrich Honsell / Nedim Vogt / Thomas Geiser (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB*, 5. Auflage, 2015 (Wiegand), Vor Art. 641, N. 6; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, *Tekinay Eşya Hukuku Cilt I*, Yeniden incelenmiş ve genişletilmiş 5. Bası, Filiz Kitabevi, 1989, s. 19 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 8; Hasan Erman, *Eşya Hukuku Dersleri*, Gözden Geçirilmiş 8. Basım, Der Yayınları, 2018, s. 3; A. Lale Sirmen, *Eşya Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, 2018, s. 4; Jale Akipek / Turgut Akıntürk/ Derya Ateş, *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayınları, 2018, s. 26; O. Gökhan Antalya, *Eşya Hukuku Cilt I Giriş Temel Kavramlar Genel İlkeler*, Legal Yayıncılık, 2017, s. 16; Mehmet Serkan Ergüne, *Taşınır Mülkiyeti*, Oniki Levha Yayıncılık, 2017, s. 5-7.

⁴ Eşya kavramının unsurları ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Heinz Rey, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum*, 3. Auflage, 2007, s. 21; Ünal/Başpınar, s. 16 vd.; Sirmen, s. 5-11; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 27; Aksoy Dursun, s. 24-37. Eşya olup olmadığı tartışmalı varlıklarla ilgili detaylı bilgi için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 5-8; Ünal/Başpınar, s. 20 vd.; Aksoy Dursun, s. 72-189.

⁵ Aksoy Dursun, s. 182.

⁶ Detaylı bilgi için bkz. Cengiz Koçhisarlıoğlu / Özlem Söğütlü Erişgin, “Hayvanın Hukuki Konumu”, *Yaşar Üniversitesi Dergisi*, 8 (Özel Sayı), 2013, <<https://dergipark.org.tr/download/article-file/179474>>, Erişim Tarihi 26 Aralık 2021, s. 1703-1704.

yürürlüğe giren 641a maddesi⁷, Alman Medeni Kanunu (BGB) § 90a⁸ ve Avusturya Medeni Kanunu (ABGB) § 285a maddelerinde⁹, hayvanların eşya olmadığı açıkça belirtilmiştir. Bununla birlikte, aksine hüküm bulunmadıkça, bu ülkelerde hayvanlar, eşyalarla aynı hükümlere tabidirler¹⁰.

Türk hukuk sisteminde hayvan hakları, yabancı hukuk sistemlerinin aksine Medeni Kanun'da düzenlenmemiştir. Medeni Kanun'dan ayrı olarak, 01.07.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5199 sayılı “Hayvanları Koruma Kanunu”¹¹ ile hayvan hakları¹² uygulama alanı bulmaktadır. Bu kanunda, yabancı hukuk sistemlerindeki gibi, hayvanların eşya olmadıklarına ilişkin net bir hüküm bulunmasa da hayvanların yaşama hakkına¹³ sahip olduğu

⁷ Bu hükme göre, “Hayvanlar eşya değildir. Hayvanlar için özel düzenlemeler bulunmadıkça, eşyaya ilişkin hükümler hayvanlara da uygulanır.” (Aksoy Dursun, s. 184’ten naklen). Ayrıca bkz. Antalya, s. 23; Koçhisarlıoğlu/Söğütlü Erişgin, s. 1706-1708.

⁸ Bu hükme göre, “Hayvanlar eşya değildir. Hayvanlar özel kanunlarla korunur. Eşyaya ilişkin hükümler hayvanlara, başka bir düzenleme yoksa uygun düşüğü ölçüde uygulanabilir.” (Aksoy Dursun, s. 183’ten naklen). Ayrıca bkz. Koçhisarlıoğlu/Söğütlü Erişgin, s. 1705-1706.

⁹ Bu hükme göre, “Hayvanlar eşya değildir; hayvanlar özel kanunlarla korunur. Eşya için geçerli olan kanun hükümleri ancak farklı bir kanun hükmü bulunmadığı sürece hayvanlara uygulanabilir.” (Aksoy Dursun, s. 183’ten naklen). Ayrıca bkz. Koçhisarlıoğlu/Söğütlü Erişgin, s. 1705.

¹⁰ Ünal/Başpınar, s. 23; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 10; Sirmen, s. 7-8; Ergüne, *Taşınır Mülkiyeti*, s. 10; Emre Cumahıoğlu, “Medeni Hukukta Hayvan Hakları ve Hayvanlar Üzerindeki Hak”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19 (Özel Sayı – 2017 Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan), 2017, 573-610, <<https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/16-EMRE-CUMALIOGLU.pdf>>, Erişim Tarihi 26 Aralık 2021, s. 577. Konu ile ilgili olarak yabancı hukuk sistemlerinden örneklerle ilgili bkz. Özgün Çelebi, “Kişi ve Eşya Ayrımı Bağlamında Hayvanların Hukuki Statüsü”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 76 (2), 2018, 559–622, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/694267>>, Erişim Tarihi 29 Aralık 2021, s. 574-581.

¹¹ Kabul Tarihi: 24/6/2004, Resmî Gazete Sayı: 25509.

¹² Hayvan hakları ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Halil Yılmaz, “Hayvan Haklarına Bakış”, *TBB Dergisi*, 2006 (62), <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2006-62-200>>, Erişim Tarihi 29 Aralık 2021, s. 212-229; Deniz Tavşancıl Kalafatoğlu, “Türkiye’de Hayvan Hakları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 93 (6), 2019, s. 73-104; Ahmet Hakan Aylı, “Hayvan Haklarının Felsefi Temellendirmesi ve Türkiye Üzerine İnceleme”, 93 (1), 2019, <<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/yayinlar/dergi/doc/ibd20191.pdf#page=147>>, Erişim Tarihi 29 Aralık 2021, s. 146-152. Hayvan hakları hukukunun güncel eğilimleri ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Çelebi, s. 564-572.

¹³ Hayvanları Koruma Kanunu’nda hayvanların yaşam hakkına sahip olduğunun belirtildiği hükümlere şunlar örnek olarak gösterilebilir: Hayvanları Koruma Kanunu m. 1’e göre, “Bu Kanunun amacı, hayvanların rahat yaşamlarını ve hayvanlara iyi ve uygun muamele edilmesini temin etmek, hayvanların acı, ıstırap ve eziyet çekmelerine karşı en iyi şekilde korunmalarını, her türlü mağduriyetlerinin önlenmesini sağlamaktır.” m. 3’e göre, “a) Ya-

vurgulandığından, onların eşya olmadıkları sonucuna ulaşılabilir¹⁴. Özellikle Hayvanları Koruma Kanunu'nu ile ilgili olarak, 09/07/2021 tarihli ve 7332 sayılı Kanunun getirdiği değişikliklerde bu durum açıkça görülebilir¹⁵. Diğer

şama ortamı: Bir hayvanın veya hayvan topluluğunun doğal olarak yaşadığı yeri” m. 4’e göre, “Hayvanların korunmasına ve rahat yaşamlarına ilişkin temel ilkeler şunlardır: a) Bütün hayvanlar eşit doğar ve bu Kanun hükümleri çerçevesinde yaşama hakkına sahiptir. b) Evcil hayvanlar, türüne özgü hayat şartları içinde yaşama özgürlüğüne sahiptir. Sahipsiz hayvanların da sahipli hayvanlar gibi yaşamları desteklenmelidir. e) Nesli yok olma tehlikesi altında bulunan tür ve bunların yaşama ortamlarının korunması esastır. f) Yabani hayvanların yaşama ortamlarından koparılmaması, doğada serbestçe yaşayan bir hayvanın yakalanıp özgürlükten yoksun bırakılmaması esastır. g) Hayvanların korunması ve rahat yaşamlarının sağlanmasında; insanlarla diğer hayvanların hijyen, sağlık ve güvenlikleri de dikkate alınmalıdır.” Danıştay 10. Dairesi, 03.10.2012 T., E. 2012/3990, K. 2012/4561: “Bursa ile Karacabey İlçesinde bulunan Ayı Rehabilitasyon Merkezi ile Ankara Çubuk İlçesinde bulunan barınağın karşılaştırılarak ayının yaşı, cinsi, barınakta büyüdüğü ve yukarıda anılan raporda rahatsızlığının bulunduğu belirtilmesi nedeniyle yeni gelişen bu durumun da göz önünde bulundurulması suretiyle yeniden bir bilirkişi incelemesi yaptırılarak boz ayının naklinin uygun olup olmadığı yönünde bir karar verilmesi gerekmektedir.” (Legal Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi 27 Aralık 2021).

¹⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 10; Cumalıoğlu, s. 578-579. Aksi görüşte Koçhisarhoğlu/Söğütlü Erişgin’e göre, “5199 Sayılı Kanun’dan hareketle dolaylı olarak böyle bir sonuca varılabildiğini mümkün görmüyoruz. Her şeyden önce anılan Kanun’un ratio legis’i bu doğrultuda değildir. Kanun, hayvanları koruma kanunudur; onun içindir ki, zaten yasa koyucu hayvanın eşya olup olmadığı sorunu ile ilgilenmemektedir. Bu sorun, eşya hukukunun, dolayısıyla Medeni Kanun’un alanına girer. Bu nedendir ki, değişik ülkelerde yapılan yeni düzenlemeler de Medeni Kanunlarda yer almaktadırlar. Örneğin, İsviçre’de de bir Hayvanları Koruma Kanunu çıkarılmıştır ve fakat hayvanın eşya sayılıp sayılmayacağına ilişkin düzenlemeler Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu’na konulmuştur.” (Koçhisarhoğlu/Söğütlü Erişgin, s. 1712).

¹⁵ Hayvanları Koruma Kanunu “hayvan bahçeleri ve doğal yaşam parkları” kenar başlıklı m. 22’ye göre, “İşletme sahipleri ve belediyeler hayvanat bahçelerini, doğal yaşama ortamına en uygun şekilde tanzim etmekle ve ettirmekle yükümlüdürler. (Mülga ikinci cümle: 9/7/2021-7332/10 md.) / (Ek ikinci fıkra: 9/7/2021-7332/10 md.) Gerçek veya tüzel kişiler, hayvanların etolojisine ve habitatına uygun, serbest dolaşımına imkân sağlayan doğal yaşam parkları kurabilir. / (Ek üçüncü fıkra: 9/7/2021-7332/10 md.) Hayvanat bahçeleri ile doğal yaşam parklarının kuruluşu ile çalışma usul ve esasları Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.” Hayvanları Koruma Kanunu “yasaklar” kenar başlıklı m. 14’teki değişiklikler şunlardır: “j) (Değişik: 9/7/2021-7332/5 md.) Hayvanlara cinsel saldırıda bulunmak veya tecavüz etmek. l) (Değişik: 9/7/2021-7332/5 md.) Bakanlıkça belirlenen tehlike arz eden hayvanları üretmek, sahiplenmek, sahiplendirmek, barındırmak, beslemek, takas etmek, sergilemek, hediye etmek ve bunların ülkemize girişini, satışını ve reklamını yapmak. m) (Ek: 9/7/2021-7332/5 md.) Hayvanlara işkence yapmak veya acımasız ve zalimce muamelede bulunmak. n) (Ek: 9/7/2021-7332/5 md.) Ev hayvanını terk etmek.” Hayvanların korunmasının ceza hukuku boyutuna ilişkin olarak detaylı bilgi için bkz. Zekiye Özen İnci, “Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye’de Hayvanların Ceza Hukuku Bakımından Korunması”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5 (1), 2019, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/810592>>, Erişim Tarihi 29 Aralık 2021, s. 1-24; Ayşen Çilenti Konuralp / Orhan Emre Konuralp, “Türk Hukukunda Hayvanların Korun(ma)ması”,

bir ifadeyle, Hayvanları Koruma Kanunu'nda belirtildiği üzere, hayvanların yaşama hakkına sahip olması ve 09/07/2021 tarihli ve 7332 sayılı Kanunun getirdiği değişikliklerde de bu hususa yönelik ilgili hükümlerin iyileştirilmesi bakımından hayvanlar, eşya kavramından uzaklaşır.

Bizim de katıldığımız doktrindeki hâkim görüşe¹⁶ göre hayvanlar, maddi varlığı olma (cismanilik), sınırları belli olma, üzerinde fiili ve hukuki hâkimiyet kurulmaya elverişli olma ve kişilik dışında olma unsurlarını taşımaları nedeniyle eşya olarak nitelendirilir. Bu özellikleri sebebiyle hayvanlar, satış sözleşmesine de konu olabilir¹⁷. Ayrıca, Yargıtay'a göre de hayvanlar, eşya olarak nitelendirilir¹⁸.

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6 (1), 2021, 77-92, s. 84 vd. Hayvanlara verilen zararın özel hukuk boyutuyla ilgili olarak detaylı bilgi için bkz. Hüseyin Can Aksoy, "Türk ve İsviçre Hukuklarında Evcil Hayvanlara Verilen Zararlara İlişkin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluk", *TBB Dergisi*, (129), 2017, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-129-1643>>, Erişim Tarihi 29 Aralık 2021, s. 161-194.

¹⁶ "Mülkiyet ve diğer aynı hak konusu olabilen şeylere kaideten eşya dendiğine göre hayvanlar; söz konusu özel düzenlemeye rağmen, kanaatimizce eşya olma niteliklerini korumaktadırlar. Ne var ki onların bakımı (HKK. m. 5), korunması ve yaşamaları (HKK. m. 4), sahiplenilmesi (HKK. m. 10), kesilmeleri, öldürülmeleri (HKK. m. 12), diğer eşyalara nispetle farklı ve kendine özgü yapısı olan kurallara bağlanmıştır. Yoksa bu düzenlemeler sonucu hayvanlar; hukuki bakımdan eşya olma özelliklerini kaybetmiş değildirlir." (Ünal/Başpınar, s. 24). Konu ile ilgili geniş bilgi için bkz. İsmet Sungurbey, *Hayvan Hakları*, Maltepe Üniversitesi Yayınları, 1999, s. 124 vd. "Hayvanlara kişilik tanınması başka şey, bunların (tanınan hakların) hayvanlar adına kimi kişi ve kuruluşlarca kullanılması gene başka bir şeydir." (Sungurbey, s. 132). Benzer şekilde Aksoy Dursun'a göre, "Eşyanın bütün unsurlarını tam olarak sağlayan bir varlığın eşya olmaktan çıkarılması ancak bir kanun hükmüyle gerçekleştirilebilir. Kaldı ki, böyle bir değişiklik hayvan haklarının daha iyi bir şekilde korunması için gereklidir de. Bu bakımdan İsviçre ve Alman Medeni Kanunlarına paralel biçimde Türk Hukukunda da bir dizi değişikliğe ihtiyaç vardır. Hayvanın sadece eşya olmadığına hüküm altına alınması başlı başına yeterli değildir. İsviçre ve Almanya'da olduğu gibi gerek Medeni Kanun'a gerek Borçlar Kanunu'na gerekli hükümler eklenmeli, 'hayvan eşya değildir' söyleminin dışına çıkıp hayvanların muhtaç olduğu özel statüye ve korunmaya kavuşması sağlanmalıdır." (Aksoy Dursun, s. 187-188).

¹⁷ "Hayvan yine hukuk objesi, insan da onun hukuk süjesini oluşturur. Hayvan yine hukuki işleme konu olur, mülkiyetin konusunu oluşturur. Yani satış sözleşmesinin konusunu oluşturmakta, üzerlerinde de mülkiyet veya diğer bir sınırlı hak kurulabilir." (Antalya, s. 24). Nitekim TBK m. 220'ye göre, "Hayvan satışında satıcı, yazılı olarak üstlenmedikçe veya ağır kusuru olmadıkça ayıptan sorumlu olmaz." TBK m. 224'e göre ise, "Hayvan satışında satıcının sorumlu olacağı süre yazılı olarak belirlenmemiş ve ayıp da hayvanın gebeliğine ilişkin değilse satıcı, ancak ayıbın devrin yapıldığı veya alıcının devralmada temerrüdünün gerçekleştiği günden başlayarak dokuz gün içinde kendisine bildirilmesi ve ayrıca, hayvanın bilirkişilerce gözden geçirilmesinin aynı süre içinde yetkili makamdan istenmesi hâlinde sorumlu olur."

¹⁸ Yarg. 11. HD. 24.04.2016 T., E. 2015/15669, K. 2016/4582: "Dava taşıma sözleşmesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. Canlı hayvan naklinden kaynaklanan ziya hasar

II. HAYVANLAR ÜZERİNDE SINIRLI AYNİ HAK TESİS EDİLMESİ

A. Genel Olarak

Eşya Hukuku, kişilerin eşya üzerindeki hâkimiyetlerinin kapsamını, içeriğini, kuruluş biçimini ve kişilerin bu hâkimiyet dolayısıyla birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyen Medeni Hukuk dalıdır. Eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan haklara “ayni haklar” (dingliche Rechte) denir. Ayni hak, herkese karşı ileri sürülebilen mutlak haklardandır¹⁹. Ayni haklar, mal üzerinde sağladıkları yetkiye göre, mülkiyet hakkı ve sınırlı ayni haklar olarak ikiye ayrılır²⁰.

Türk Medeni Kanunu hükümleri çerçevesinde kurulabilecek sınırlı ayni haklar; irtifak hakları (TMK m. 779-838), taşınmaz yükü (gayrimenkul mükellefiyeti) (TMK m. 839-849) ve rehin haklarıdır (TMK m. 850-972). Ayni hakkın konusunu eşya oluşturduğuna göre, hayvanlar üzerinde sınırlı ayni hak tesisi için hayvanların eşya sayılması gerekir. Bu durumda hayvanlar üzerinde sınırlı ayni hak tesisi, hayvanlar üzerinde intifa hakkı, hayvan rehni ve hayvanlar üzerinde hapis hakkı olmak üzere üç şekilde ortaya çıkar.

veya teslimdeki gecikme halinde, taşımacı sorumluluktan kurtulabilir. Canlı hayvan nakli, konusu olan eşyanın canlı karakteri dolayısıyla özel risk içermektedir. Canlı hayvanlar, yolculukları esnasında, dış risklerden kolaylıkla etkilenebilir. Elbette ki, taşıyıcının, canlı hayvan taşımacılığına özel riskler dolayısıyla uğranılan zarardan 6102 Sayılı TTK m. 878/1 b.(f) maddesine dayanarak sorumluluktan kurtulabilmesi ve 6102 Sayılı TTK 878/5 maddesindeki uygun illiyet bağı karinesinden faydalanabilmesi için, halin icabına göre, kendisine düşen bütün önlemleri aldığını ve verilen özel talimatlara uyduğunu ispatlaması gerekir. Böylece canlı hayvan taşımalarında, taşımacının özel riskler dolayısıyla kaçınılmazlık karinesine dayanabilmesi imkânı kaldırılmıştır. Yukarıda açıklanan hususlar göz önüne alınarak davalının sorumluluğunun bu hükümler çerçevesinde belirlenmesi gerekirken anılan düzenleme kapsamında herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamış, kararın öncelikle bu sebeple bozulması gerekmiştir.” (www.kazanci.com, çevrimiçi, Erişim Tarihi 28 Aralık 2021).

¹⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 6-8; Rona Serozan, *Eşya Hukuku I*, Genişletilmiş 3. Bası, Filiz Kitabevi, 2014, s. 22 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1; Akipek/Akintürk/Ateş, s. 1-2; Sirmen, s. 1. Ayni hak ile ilgili ileri sürülen görüşler için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 2-4; Akipek/Akintürk/Ateş, s. 3-7; Sirmen, s. 1-4.

²⁰ Serozan, s. 41; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 23; Akipek/Akintürk/Ateş, s. 19; Sirmen, s. 29.

B. Hayvanlar Üzerinde İntifa Hakkı

1. Genel Olarak İntifa Hakkı

İrtifak haklarının konusu kural olarak eşyadır. Ancak, bu eşya genelde taşınmazdır. Çünkü irtifak haklarından sadece intifa hakkının konusu taşınırlar olabilir. Diğer bir ifadeyle, intifa hakkı dışındaki irtifak hakları, taşınırlar üzerinde kurulamazlar²¹. TMK m. 794 ila 822'nci maddeleri arasında düzenlenen intifa hakkı, belirli bir gerçek veya tüzel kişiye hakkın konusu üzerinde tam bir yararlanma yetkisi veren, devredilemeyen ve miras yoluyla geçmeyen bir ayni haktır²². TMK m. 819/II'ye göre, "İntifa hakkı

²¹ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 641; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku -III- Sınırlı Ayni Haklar*, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 39. İntifa hakkı ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Burak Özen, *Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı*, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 19 vd. Taşınır eşyada intifa hakkı ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Serozan, s. 336-340. Yarg. 13. HD. 03.07.2003 T., E. 2003/5183, K. 2003/9068: "Sınırlı ayni haklardan olan intifa hakkı taşınır, taşınmazlar haklar veya bir mal varlığı üzerinde kurulabilir. Aksine düzenleme olmadıkça hak sahibine konusu üzerinde tam yararlanma yetkisi sağlar. İntifa hakkı konusunun tamamen yok olması taşınmazlardan tescilin terkinin yasal intifa hakkı sebebinin ortadan kalkması ile sona erer. Mülkiyet sahibi taşınmazın metruk olduğundan yıkıldığını, savunmuştur. Belediyeden yıkım izni davalının başvurusu ile alınmış, metruk olduğu belirtilmiş, ancak belediye tarafından bir yıkım kararı verilmemiştir. Öte yandan davacı tarafından açılan davada taşınmazdan yıkımdan önce yararlanıldığı kabul edilerek davacı lehine kira tazminatına hükmedilmiş, karar dairemizce onanmıştır. Bu durumda taşınmazın davalı tarafından yıkımdan önce kullanıldığı, intifa hakkının devam ettiği kabulü zorunludur." (www.kazanci.com, çevrimiçi, Erişim Tarihi 28 Aralık 2021). Yarg. 14. HD. 20.02.2008 T., E. 2008/1466, K. 2008/2074: "Dava, intifa hakkına el atmanın önlenmesi istemine ilişkindir. Türk Medeni Kanunu'nun 794. maddesi hükmünce intifa hakkı taşınırlar, taşınmazlar, haklar veya bir mal varlığı üzerinde kurulabilir. Aksine düzenleme olmadıkça bu hak, sahibine konusu üzerinden tam yararlanma yetkisi sağlar. İntifa hakkına hukuka aykırı bir el atma varsa hak sahibi bunun dava yoluyla giderilmesini isteyebilir. İntifa hakkı konusu bir taşınmaz mal ise hak sahibi doğrudan yararlanabileceği gibi, bu hakkını örneğin üçüncü bir kişiye taşınmazı kiralamak suretiyle de kullanabilir. İntifa hakkının sona ermesi sebeplerini düzenleyen Türk Medeni Kanunu'nun 796. maddesine göre hakkın konusu tamamen yok olmadıkça taşınmazlarda tescilin terkinin yapılmadıkça yasal intifa hakkı sebebi ortadan kalkmadıkça haktan yararlanmak mümkündür. Kuşkusuz, intifa hakkı bir süreye bağlanmışsa, bu sürenin geçmesiyle gerçek kişilerde hak sahibinin ölümü, tüzel kişilerde ise tüzel kişiliğin ortadan kalkmasıyla sona erer." (www.kazanci.com, çevrimiçi, Erişim Tarihi 28 Aralık 2021).

²² Bülent Köprülü / Selim Kaneti, *Sınırlı Ayni Haklar*, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Fakülter Matbaası, 1982-1983, s. 95; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 827; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 674; Erman, s. 165; Sirmen, s. 539; Ayan, s. 68. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. HD. 14.02.2017 T., E. 2017/71, K. 2017/94: "Dava mülkiyet hakkına dayalı el atmanın önlenmesi ve eciri misil istemine ilişkindir. İntifa hakkına sahip bulunan kimse, hayatı ile ya da sözleşme ile belirlenen süre ile sınırlı olarak başkalarına ait bir malın tamamından veya bir kısmından, özüne dokunmamak şartıyla faydalanmak ve kullanmak hakkına sahiptir. Zira çıplak mülkiyet sahibinin taşınmazı kullanma hak ve

sahibi, değeri biçilerek kendisine teslim olunan diğer taşınırlar üzerinde, aksi kararlaştırılmadıkça, serbestçe tasarrufta bulunabilir; ancak, bu yetkisini kullandığı takdirde bu şeylerin biçilen değerlerini *geri verme sırasında ödemekle yükümlü olur. Bu ödeme, tarım işletmesi gereçleri, hayvan sürüleri, ticari mallar veya benzeri şeylerde aynı cins ve nitelikte eşya verilmesi suretiyle yerine getirilebilir.*"²³ Diğer bir ifadeyle, değeri takdir edilerek üzerinde intifa hakkı kurulan taşınır, hayvan sürüsü ise, intifa hakkı sahibi aynı cins, nitelik ve miktarda taşınır eşya yani hayvan ile geri verme borcunu ifa edebilmektedir. Buradan, intifa hakkının taşınırlar, taşınırlardan da hayvanlar üzerinde kurulabileceği sonucuna rahatlıkla ulaşılabilmektedir.

2. Hayvanlar Üzerinde İntifa Hakkı

Hayvanlar üzerinde intifa hakkının kurulabilmesi için hayvanların zilyetliğinin, intifa hakkını kazanacak kişiye, bu amaçla geçirilmesi gerekmektedir. Hayvanların zilyetliğinin devrinde, geçerli bir hukuki sebebin bulunması gerekmektedir. Bu hukuki sebep, kural olarak, intifa hakkı kurma taahhüdünü içeren bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin geçerliliği, taşınmazlardan farklı olarak, herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Ancak, hukuki sebebin miras sözleşmesi veya vasiyet halinde ortaya çıkması halinde, bunların kendi özel şekil şartlarına uygunluğu gerekmektedir²⁴.

a. Hayvan üzerinde intifa hakkı sahibinin hakları ve yükümlülükleri

İntifa hakkı, sınırlı ayni haklar içerisinde kapsamı en geniş olandır. Gerçekten, hayvanlar üzerindeki intifa hakkı, aksine düzenleme olmadıkça,

yetkisi yoktur. Bu hakkın kurulmasıyla malikin yararlanma yetkisi intifa hakkı sahibi lehine tamamen sınırlandırılmış olur. İntifa hakkı sahibi hak konusu eşyanın üzerinde doğrudan doğruya fiili hâkimiyet sahibidir. Davaya konu taşınmaz kullanma ve her türlü semeresinden faydalanma hakkı intifa hakkı sahibine geçtiğinden, davaya konu taşınmaza el attığı iddia edilen kişilere karşı dava açma hakkının da intifa hakkı sahibine geçtiği kuşkusuzdur. Davaya kayıt maliki tarafından açıldığı gibi intifa hakkı sahibi tarafından açılmış bir dava da bulunmamaktadır. Davacının istinaf talebinin reddi gerekir." (Legal Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi 27 Aralık 2021).

²³ Yarg. 3. HD. 08.06.1992 T., E. 1991/15727, K. 1992/11676 :*"Davada; 1988-1989 yıllarına ilişkin ecri misil istendiği cihetle, intifadan men koşulunun 1988 yılını da kapsayacak biçimde gerçekleşmiş olup olmadığının saptanarak ona göre sonuca gidilmesi, anılan ihtarnameden başka delil bulunmadığı takdirde ise (ihtarnameye uyulmadığından tanınan 30 günlük süre dikkate alınamayacağından), o tarih ile 28.8.1989 olan dava tarihi arasında geçen süre içinde eğer söz konusu tarladan ikinci bir ürün alınabiliyorsa o ürün üzerinde davacının payına düşen oranda belirlenecek ecrimisile hükmedilmesi, değilse davanın reddine karar verilmesi gerekir."* (Legal Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi 27 Aralık 2021).

²⁴ Köprülü/Kaneti, s. 114-115; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 680; Ayan, s. 74.

sahibine hayvanlar üzerinde tam yararlanma yetkisi sağlamaktadır (TMK m. 794/II). Hayvan üzerinde intifa hakkı sahibi; hayvanı zilyetliğinde bulundurma, yönetme, kullanma ve ondan yararlanma yetkilerine sahiptir. Hayvan üzerinde intifa hakkı sahibinin bu yetkileri kullanırken, iyi bir yönetici gibi özen göstermesi gerekmektedir (TMK m. 803)²⁵.

“Doğal ürünler” kenar başlıklı TMK m. 804/I’e göre, “*İntifa hakkı süresi içerisinde olgunlaşan doğal ürünler, intifa hakkı sahibine aittir.*” Bu durumda, hayvan üzerinde intifa hakkı sahibi, bu hayvanın intifa hakkı süresinde doğurmasıyla yavru hayvan üzerinde mülkiyet hakkına sahip olacaktır. Çünkü yavru hayvan, niteliği gereği hayvanın doğal verimidir. Nitelikleri itibariyle, malın doğal verimi veya ürünü sayılmayan bütünleyici parçaları ise malike aittir (TMK m. 804/III).

Sözleşmede aksine hüküm yoksa veya durum ve koşullardan hak sahibince şahsen kullanılması gerektiği anlaşılmıyorsa, hayvan üzerinde intifa hakkının kullanılması başkasına devredilebilir. Hayvan üzerinde intifa hakkının kullanılmasının başkasına devredilmesi durumda, hayvanın maliki, haklarını, devralana karşı doğrudan doğruya ileri sürebilecektir (TMK m. 806)²⁶. Burada dikkat edilmesi gereken husus, hayvan üzerinde intifa hakkı sahibinin intifa hakkını değil; intifa hakkının kullanımını başkasına devrettiğidir.

²⁵ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 685. Yarg. 14. HD. 01.05.2008 T., E. 2008/4791, K. 2008/5624: “*İntifa hakkı sahibi hakkın konusu olan mal zilyetliğinde bulundurma, yönetme, kullanma ve ondan yararlanma hakkına sahip olup, bu haklarını gerçek akidene ve gerekse üçüncü kişilere karşı ileri sürebilir. İntifa hakkı sahibinin hakkın konusu mal üzerinde oluşan saldırının kaldırılmasını istemesi yetkisi de vardır.*” (www.kazanci.com, çevrimiçi, Erişim Tarihi 28 Aralık 2021). Yarg. 3. HD. 01.12.2003 T., E. 2003/13930, K. 2003/13810: “*İntifa hakkı belirli bir eşya üzerinde tam olarak kullanma ve yararlanma yetkisi veren aynı bir haktr. Bu hakkın kurulmasıyla malikin yararlanma yetkisi intifa hakkı sahibi lehine tamamen sınırlanmış olur. Bu nedenle (intifa hakkı) hak konusunun tüm ekonomik faydalarını kapsadığından, malike yalnız “çıplak (kuru) mülkiyet” kalır ve o eşya üzerinde sadece hukuksal tasarruf yetkisini muhafaza etmekle yetinir. Bu nedenle, intifa hakkı sahibinin eşyanın doğrudan doğruya zilyetliğine hakkı vardır ve zilyetliği koruyan tüm araçlardan ve davalardan yararlanır. Zira intifa hakkı sahibi eşyanın (nesnenin) fiili zilyedi, malik ise asli zilyedir.*” (www.kazanci.com, çevrimiçi, Erişim Tarihi 28 Aralık 2021).

²⁶ Yarg. 12. HD. 20.06.2013 T., E. 2013/14653, K. 2013/23252: “*Olayda intifa hakkının hak sahibince şahsen kullanılması gerektiğine yönelik sözleşmede hüküm bulunmadığı gibi, ihale konusu olan konaklama tesisi müstakil apart vasıfı taşınmaz üzerindeki intifa hakkının durum ve koşullardan hak sahibince şahsen kullanılması gerektiği anlaşılamamaktadır. Bu durumda, intifa hakkı şahsa bağlı olmadığından, başkasına devredilmesinde, haczedilmesinde ve satılmasında bir usulsüzlük bulunmamaktadır. Diğer taraftan, Tapu sicil müdürlüğünün tescil talebini reddetmesi idari bir işle olup, idari yargıda dava konusu yapılabileceğinden anılan husus ihalenin feshini gerektir bir neden değildir.*” (Legal Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi 27 Aralık 2021).

Hayvan üzerinde intifa hakkı sahibi, hakkın konusu hayvanın muhafazası ve olağan bakımı için gerekenleri yapmakla yükümlüdür (TMK m. 812/I)²⁷. Hatta hayvanın muhafazası için daha önemli bir işin yapılması veya önlemin alınması gerekiyorsa, hayvan üzerinde intifa hakkı sahibi, durumu, hayvanın malikine bildirmelidir (TMK m. 812/II).

Hayvan üzerinde intifa hakkı sahibi, hayvanın olağan bakım ve işletme giderlerini karşılamakla yükümlüdür (TMK m. 813/I). Örneğin, hayvana verilen yem, olağan bakım gideri olarak kabul edilmelidir. Ayrıca, yerel adetlere göre iyi bir yönetimin gereği olduğu takdirde, hayvan üzerinde intifa hakkı sahibi, hayvan malikinin lehine hayvanı yangına ve diğer tehlikelere karşı sigorta ettirmekle yükümlüdür (TMK m. 815/I).

Son olarak, hayvan üzerinde intifa hakkı sahibi, intifa hakkının sona ermesiyle hayvanı, malikine geri vermekle yükümlüdür (TMK m. 799).

b. Hayvan malikinin hakları ve yükümlülükleri

Hayvan üzerinde intifa hakkı, kural olarak hayvan malikinin tasarruf yetkisini sınırlamamaktadır. Dolayısıyla, hayvan maliki, hayvanın mülkiyetini başkasına devredebileceği gibi, hayvan üzerinde yeni sınırlı ayni haklar kurabilir. Ancak, söz konusu sınırlı ayni haklar, iyiniyete sağlanan korumadan (TMK m. 988, 1023) kaynaklanabilecek istisna haricinde, intifa hakkından sonra gelecektir²⁸.

Hayvan maliki, hayvanın hukuka aykırı ya da niteliğine uygun düşmeyen kullanılış biçimine itiraz edebilir (TMK m. 807). Haklarının tehlikeye düştüğünü ispat eden hayvan maliki, hayvan üzerinde intifa hakkı sahibinden güvence isteyebilir (TMK m. 808/I). Bunun için, hayvan üzerinde intifa hakkı sahibinin kusurunun bulunması gerekmez; tehlikenin objektif olması yeterlidir²⁹.

²⁷ İntifa hakkına konu olan malın korunması ile ilgili bkz. Yarg. 1. HD. 13.02.1973 T., E. 1972/942, K. 1973/851: “Müşterek mülkte intifa hakkı sahibi olan davalının bir daireyi yıkararak dükkân yaptırdığını ileri sürmüş, menî muaraza ve eski halin de iadesi istediğinde bulunmuştur. Mahkemece, dükkânı paydaşın yaptırdığı, adet ve hisse ekseriyetinin muvafakatı olduğu gerekçeleriyle dava reddedilmiştir. Dava konusu yer üzerindeki tadilatın intifa hakkı sahibi bulunan davalının muvafakatına dayanılarak onun nam ve hesabına yapıldığı aşikâr olduğuna göre davanın husumet yönünden reddedilmesi doğru değildir. Bu duruma göre Medenî Kanununun 736’ncı maddesi göz önünde tutulmak suretiyle sonuca varılması gereklidir.” (Legal Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi 27 Aralık 2021).

²⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 853; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 690-691; Ayan, s. 86-87.

²⁹ Köprülü/Kaneti, s. 146; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 854; Akipek/Akıntürk/Ateş, s.

Hayvan maliki, kanunun kendisine tanıdığı haklar saklı kalmak üzere, hayvan üzerinde intifa hakkı sahibinin yetkilerini kullanmasına katlanmak mecburiyetindedir. Yine hayvan maliki, intifa hakkı süresince, hayvanın kullanılmaya elverişli bir şekilde intifa hakkı sahibinde kalmasını sağlamak zorundadır³⁰.

3. Hayvanlar Üzerinde İntifa Hakkının Sona Ermesi

Hayvan üzerinde intifa hakkı, konusunu oluşturan hayvanın tamamen yok olması halinde, ortadan kalkar (TMK m. 796/I)³¹. Hayvan malikinin, yok olmada herhangi bir kusuru yoksa artık malı tekrar meydana getirmesi, kullanılmaya elverişli hale sokmasına gerek yoktur (TMK m. 798/I). Bununla birlikte, yok olduktan sonra hayvanı tekrar meydana getirmek ve kullanılmaya elverişli hale sokmak mümkün olmayacağından, TMK m. 798/I hükmü, hayvan üzerinde kurulan intifa hakkı bakımından uygulanmaz.

Hayvan üzerinde intifa hakkı, hak sahibinin feragat etmesiyle sona erebileceği gibi, sürenin dolması ya da hak sahibinin ölmesi durumlarında da

690-691; Ayan, s. 87. Yarg. 14. HD. 13.03.2008 T., E. 2008/1826, K. 2008/3216: “*Hakkın tehlikeye düştüğünü ispat eden malik güvence isteyebileceği gibi intifa hakkı sahibinin kendisine tanınan uygun sürede güvence göstermemesi veya hakkın konusu olan malı malikin itiraz etmesine rağmen hukuka aykırı şekilde kullanmaya devam etmesi hallerinde, Sulh Hakiminden intifa hakkı sahibinin zilyetliğini kaldırarak hakkın konusunu atayacağı bir kayyuma tevdi etmesini talep edebilir. Görüldüğü gibi çıplak mülkiyet sahibi hukuki korumasını talep mercii Sulh Hukuk Mahkemesidir.*” (Legal Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi 28 Aralık 2021).

³⁰ Köprülü/Kaneti, s. 151; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 856; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 691-692; Ayan, s. 88-89.

³¹ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 694. İntifa hakkının sona ermesi ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Özen, s. 147 vd. Yarg. 14. HD. 20.02.2008 T., E. 2008/1466, K. 2008/2074: “*İntifa hakkının sona ermesi sebeplerini düzenleyen Türk Medeni Kanununun 796. maddesine göre hakkın konusu tamamen yok olmadıkça taşınmazlarda tescilin terkinin yapılmadıkça yasal intifa hakkı sebebi ortadan kalkmadıkça haktan yararlanmak mümkündür. Kuşkusuz, intifa hakkı bir süreye bağlanmışsa, bu sürenin geçmesiyle gerçek kişilerde hak sahibinin ölümü, tüzel kişilerde ise tüzel kişiliğin ortadan kalkmasıyla sona erer.*” (www.kazanci.com, çevrimiçi, Erişim Tarihi 28 Aralık 2021). Yarg. 14. HD. 03.04.2007 T., E. 2007/572, K. 2007/3595: “*Dava, intifa hakkını terkinin istemiyle açılmıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 796 ve 797. maddeleri hükmüne intifa hakkı konusunun yok olması taşınmaz ise tescilinin terkinin yasal intifa hakkı sebebinin ortadan kalkması sürenin dolması hak sahibi olan gerçek veya tüzel kişinin intifa hakkından vazgeçmesi veya hak sahibinin ölümü üzerine sona erer. Somut olayda ise, yasanın intifa hakkının terkinin nedenleri olarak gösterdiği hiçbir sebebin varlığı iddia ve ispat edilmiş değildir. Her ne kadar mahkemece dava değişik gerekçeyle reddedilmiş ise de kurulan hüküm sonuçta davanın reddine ilişkin bulunduğundan sonucu itibarıyla doğrudur.*” (www.kazanci.com, çevrimiçi, Erişim Tarihi 28 Aralık 2021).

sona ermektedir (TMK m. 796/II)³².

Geri verme anında, hayvan maliki ve hayvan üzerinde intifa hakkı sahibi tarafından ileri sürülebilecek bütün istem hakları, bu andan başlayarak bir yıl geçmekle zamanaşımına uğramaktadır (TMK m. 802).

C. Hayvan Rehni

1. Genel Olarak Hayvan Rehni Kavramı

Taşınır rehninde kural olarak, üzerinde rehin kurulmak istenen şeyin zilyetliğinin alacaklıya geçirilmesi gerekmektedir. Bu durum TMK m. 939/I'de "*Kanunda öngörülen ayrık durumlar dışında taşınırlar, ancak zilyetliğin alacaklıya devri suretiyle rehnedilebilir.*" şeklinde ifade edilmiştir³³. Bu kuralın en belirgin istisnası, hayvan rehnidir.

Hayvan rehni, taşınırların ancak zilyetliğin alacaklıya devri suretiyle rehnedilebilmesi kuralının bir istisnasını oluşturmaktadır. Gerçekten hayvan rehni düzenleyen TMK m. 940/I'e göre, "*Yetkili makamlar tarafından izin verilen kuruluşlar ile kooperatiflerin alacaklarının güvence altına alınması için, zilyetlik devredilmeden de, icra dairesinde tutulacak özel sicile yazılmak suretiyle hayvanlar üzerinde rehin kurulabilir. Bu amaçla tutulacak sicil Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikle belirlenir.*" Böylece teslim edilmelerine gerek kalmaksızın hayvanlar üzerinde rehin hakkı kurulabilmektedir³⁴.

³² Detaylı bilgi için bkz. Köprülü/Kaneti, s. 120-122; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 694.

³³ Taşınır rehni ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Faruk Acar, *Rehin Hukuku Dersleri*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 147 vd.; Serozan, s. 341-368. Yarg. 8. HD. 13.02.2007 T., E. 2006/7967, K. 2007/692: "*Tapusuz taşınmazlar; satış ve devir bakımından taşınır mal hükmündedir. Taşınır mallar, ancak zilyetliğin alacaklıya devri suretiyle rehnedilir. Borcun ödenmemesi halinde, taşınırın mülkiyetinin alacaklıya geçmesini öngören sözleşme hükümleri geçersizdir. Alacaklı, borçluya ait olup onun rızasıyla zilyedi bulunduğu taşınır, borç ödeninceye kadar hapsedebilir; borçluya onları vermektan kaçınabilir. Olayda, davacı dava dilekçesi ile mülkiyet iddiasında da bulunmuş ise de taşınır mallarda rehin zilyetliğin teslimi ile kurulur. Borcun ödenmemesi durumunda, alacaklının hapis hakkı olmakla birlikte mülkiyetin geçişine ilişkin anlaşma hükümsüzdür. Davacı, dava dilekçesinde zilyetlik nedenine de dayanmış olup gayrimenkul rehin senedine konu borcun da ödenmediği anlaşılması bulunduğu göre, davanın kabulüne karar verilmesi gerekir.*" (www.kazancı.com, çevrimiçi, Erişim Tarihi 28 Aralık 2021).

³⁴ Hayvan rehni ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Mehmet Serkan Ergüne, *Hukukumuzda Taşınır Rehni, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehni Kuruluşu*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Bası, Filiz Kitabevi, 2020, s. 5-10. Yarg. 19. HD. 15.04.2009 T., E. 2009/2790, K. 2009/3133: "*Kural olarak taşınırların rehnedilmesi teslim suretiyle mümkündür. Ancak bir sicile tescili zorunlu taşınırların bu sicile yazılmak suretiyle rehni de yasa koyucu tarafından*

Hayvan rehninin kabulündeki amaç, özellikle bir tarımsal işletmenin faaliyetlerinin devamı için rehin verenin elinde bulunması zorunlu olan hayvanların, el değiştirmesi gerekmeden, bir krediye teminat oluşturmalarını sağlamaktır. Ayrıca, rehinli alacaklı açısından hayvanların korunması ve bakımı güçtür; hayvan rehni zilyetliğin teslimine gerek görülmeyle bu güçlük ortadan kaldırılmak istenmiştir³⁵.

Türk Hukukunda hayvan rehninin ayrıntıları, “Hayvan Rehni Tüzüğü”³⁶ ile “Hayvan Rehni Tüzüğü’nün Uygulanması Hakkında Yönetmelik”te³⁷ düzenlenmiştir.

2. Lehine Hayvan Rehni Kurulabilecek Alacaklılar

Hayvan rehni, yetkili makamlar tarafından izin verilen kuruluşlar ile kooperatiflerin alacaklarının güvence altına alınması için kurulmaktadır (TMK m. 940/I). Diğer bir ifadeyle, hayvan rehni, herhangi bir alacak için değil, yetkili makamlar tarafından izin verilen kuruluşlar ile kooperatiflerin alacakları için kurulmaktadır.

Hayvan rehni kurmak için izin verilen kuruluşlar, Hayvan Rehni Tüzüğü’nde belirtilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası ve kooperatifler ile özel kanunları veya Türk Ticaret Kanunu gereğince tüzel kişiliğe sahip bir itibar müessesesi olarak kurulan sermaye şirketleri, merkezlerinin bulunduğu yerdeki valilikçe izin verilmek şartıyla, Medeni Kanun m. 854 (yeni TMK m.

kabul edilmiştir. Somut olayda davalı lehine noterde rehin tesis edilmiş, ancak teslim gerçekleşmemiştir. Bu durumda rehin tarihi, tescilin yapıldığı tarih olarak kabul edilmelidir.” (Legal Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi 27 Aralık 2021). Yarg. 2. HD. 09.01.2014 T., E. 2013/17403, K. 2014/386: “Kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar bakımından, teslimine bağlı rehin yanında, zilyetliğin alacaklıya devrine gerek olmaksızın, taşınır malın kayıtlı bulunduğu sicile kaydedilmek suretiyle taşınır mal üzerinde rehin kurulabilir. Böyle bir rehin teslimine bağlı taşınır rehni olmadığından, TBK’nın 586. maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesine göre müteselsil kefilin takibine engel teşkil etmez. Dosya içeriğinde rehin sözleşmesi ve sicil kaydı mevcut olup kurulan TMK’nın 940. maddesine göre oluşturulan sicilli taşınır rehni olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece bu yön üzerinde durulmadan alacağın taşınır rehniyle güvence altına alınmış olduğu gerekçesiyle ihtiyati haciz isteminin reddine karar verilmesi doğru olmamış, ihtiyati haciz isteyen vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle, hükmün ihtiyati haciz isteyen yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” (Legal Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi 27 Aralık 2021).

³⁵ Köprülü/Kaneti, s. 503; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1036; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 851; Sirmen, s. 678-679; Ayan, s. 289; Şeref Ertaş, *Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, Fakülteler Barış Kitabevi, 2014, s. 584.

³⁶ 16.09.1965 tarihli ve 12102 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

³⁷ 24.08.1966 tarihli ve 12383 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

940/I) gereğince, rehin alacaklısı olabilirler (Hayvan Rehni Tüzüğü m. 2/I).

Hayvan Rehni Tüzüğü m. 2 hükmüne göre, izin verilen müesseseler, merkez ve şubelerinin bulunduğu illerin merkezlerindeki ticaret sicili memurluklarında, Adalet Bakanlığınca yapılacak yönetmeliğe göre tutulacak bir sicile kaydedilir. İzin veren valilik, durumu kayıt yapılmak üzere o il merkezindeki ticaret sicili memurluğuna ve izin verilen müessese merkezince isimleri bildirilecek şubelerin bulunduğu illerin merkezlerindeki ticaret sicili memurluklarına duyurur (Hayvan Rehni Tüzüğü m. 3/I-II). Hayvan Rehni Tüzüğü'nün 2 ve 3. maddelerinden anlaşılacağı üzere, izin almayan bir kurum lehine TMK m. 940/I'e göre hayvan rehni kurulamamaktadır.

3. Hayvan Rehninin Konusu

Hayvan rehninin konusu ile ilgili olarak, İsviçre Medeni Kanunu'nun 885. maddesinde, çiftlik veya sürü hayvanları ifadesi kullanılmıştır. Buna göre hayvan rehninin konusu sadece koyun, inek, eşek, at gibi dört ayaklı, ehlileştirilmiş sürü veya çiftlik hayvanlarından oluşmaktadır. Dolayısıyla, kedi veya av köpeği gibi hayvanlar üzerinde, sadece teslim bağli rehin kurulabilmektedir³⁸.

Türk Medeni Kanunu hayvan rehni konusunda, İsviçre Medeni Kanunu'ndan ayrılmaktadır. Gerçekten hayvan rehnini düzenleyen TMK m. 940/I'de³⁹ “hayvanlar” şeklinde genel bir ifade kullanılmıştır. İsviçre Medeni

³⁸ Köprülü/Kaneti, s. 502-503; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1036; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 851-852; Sirmen, s. 679; Ayan, s. 290; Ertas, s. 584.

³⁹ TMK m. 940'ın gerekçesi şu şekildedir: “Yürürlükteki Kanunun 854'üncü maddesini karışılmakta olup, iki fıkra hâlinde düzenlenmiştir. Maddeyle teslim koşuluna bağlı olmaksızın icra dairesinde tutulacak özel sicile yazılmak suretiyle hayvanlar üzerinde taşınır rehni kurulması öngörülmüştür. Maliklerinin, rehnedilen hayvandan yararlanmasına olanak sağlanması ve ayrıca hayvanların alacaklı için yaratacağı bakım külfeti dikkate alınarak bu istisnai taşınır rehnine olanak yaratılmıştır. Kaynak Kanundaki gibi rehni konusu olabilecek hayvanların “çiftlik hayvanı” olması unsuruna madde metninde yer verilmemiş ise de maddeyle sadece belirli kurumlar lehine bu yolla rehin kurulmasına izin verilerek, “hayvancılık” yapan çiftçilere teslim koşulsuz rehin ile kredi temini amaçlandığından, bu madde hükmünün uygulanması İsviçre'dekinden farklılık göstermeyecektir. Yürürlükteki metindeki “mahallin hükümeti mülkiyesi” ifadesi yerine daha açık ve kapsamlı olan “yetkili makam” ifadesi tercih olunmuştur. KOMİSYONUN DEĞİŞİKLİK GEREKÇESİ: Tasarının 940'ıncı maddesi, zilyetliğin alacaklıya devrine gerek olmadan kurulabilen hayvan rehni yanında, günümüzün gelişen sosyal ve ekonomik koşullarına uygun olarak, kanunen bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar üzerinde, gerçek veya tüzel kişilerin alacaklarının güvence altına alınması için zilyetlik devredilmeden de, taşınır malın kayıtlı bulunduğu sicile yazılmak suretiyle rehin kurulmasını, rehinli taşınırı satın alan üçüncü kişilerin de taşınır üzerinde bir rehin bulunup bulunmadığını öğrenebilmelerini sağlamak amacıyla “Ayrık durumlar”

Kanunu'ndaki gibi hayvanlar üzerinde herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Bu nedenle, her türlü hayvan üzerinde hayvan rehni kurulabilir. Türk Hukukunda hayvan rehni tüm hayvanlara uygulanabileceğinden, TMK m. 940/I hükmü, İsviçre Medeni Kanunu'na göre daha geniş kapsamlıdır⁴⁰.

4. Hayvan Rehninin Kazanılması

Hayvan rehni, TMK m. 940/I'e göre, “*zilyetlik devredilmeden de icra dairesinde tutulacak özel sicile yazılmak suretiyle*” kurulmaktadır. Hayvan rehninin kurulabilmesi için iki unsur gerekmektedir: Öncelikle hayvanın maliki ile kuruluş arasında bir hayvan rehni sözleşmesinin yapılması gerekir. Hayvan Sicili Tüzüğü m. 12/II'ye göre bu sözleşme, resmi şekle tabi değildir. Ancak, tescilin yapılabilmesi için en azından yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. Hayvan rehninin kurulabilmesinin ikinci unsuru ise, TMK m. 940/I'e göre, hayvan rehni siciline tescilin yapılmasıdır⁴¹.

a. Hayvan rehni sicili

TMK m. 940/I'de bahsedilen sicil⁴², hayvan rehni sicilidir. Hayvan rehni sicili, icra dairelerinde tutulur. Bir asliye mahkemesinin yargı çevresi içerisinde birden çok icra dairesi mevcutsa, sicili tutma görevi, Adalet Bakanlığı'na belirtilecek icra dairesinindir. (Hayvan Rehni Tüzüğü m. 4).

Hayvan rehninin kaydında, *üç bölümlü bir sicil defteri tutulması*

kenar başlığı ile yeniden düzenlenmiştir.”

⁴⁰ Köprülü/Kaneti, s. 503; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 851-852; Sirmen, s. 679. Karşı görüşte bkz. Ertaş, s. 584-585; Turhan Esener / Kudret Güven, *Eşya Hukuku*, Genişletilmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınları, 2015, s. 547. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir'e göre, “*Hükmün amaca uygun olarak yorumlanması, bizim hukukumuzda da sadece sürü veya çiftlik hayvanları üzerinde hayvan rehni kurulmasının söz konusu olabileceğini gösterir. Zira istisnaen tanınmış olan teslimsiz sicilli hayvan rehni, rehin verenin hayvanlarının dolaysız zilyetliğini başkasına devretmesinden doğacak zararlara meydan vermeden kredi bulabilmesi için tanınmıştır. Rehni verenin dolaysız zilyetliğinin sona ermesi dolayısıyla ekonomik olarak zarara uğraması, çiftlik ve sürü hayvanları açısından söz konusu olur.*” (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1036).

⁴¹ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 852-853; Ayan, s. 290-291; Sirmen, s. 679; Aydın Aybay / Hüseyin Hatemi, *Eşya Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 294.

⁴² Sicil üzerine şerh ile ilgili bkz. Yarg. 19. HD. 19.02.2009 T., E. 2009/1006, K. 2009/1282: “*Dava, sıra cetveline itiraza ilişkindir. Taraflar arasında akdedilmiş bir rehin sözleşmesi bulunmadığı gibi, zilyetliğin de rehni alana geçirildiğine ilişkin açıklık bulunmadığı; zilyetliğin iadesinin, borçlunun ekonomik durumunu korumaya yönelik iyiniyetli bir davranış olarak yorumlanamaz. Bir sicile tescili zorunlu bulunan taşınurların zilyetlik devredilmeden sicil üzerine şerh verilmek suretiyle rehnedilmesi mümkündür.*” (www.kazanci.com, çevrimiçi, Erişim Tarihi 28 Aralık 2021).

gerekir. Birinci bölüme, hayvan rehinleri tarih sırasıyla kaydedilir. İkinci ve üçüncü bölümler, fihrist bölümleridir. *İkinci bölüm*, rehin veren gerçek kişi ise soyadının, tüzel kişi ise unvanının; üçüncü bölüm, rehin alacaklısının unvanının ilk harfine göre tutulur. Ayrıca, sicil defterinin örneğini Adalet Bakanlığı bir yönetmelikle tespit eder (Hayvan Rehni Tüzüğü m. 5).

Hayvan rehni sicili alenidir. Menfaati bulunan herkes, sicilde bir kayıt bulunup bulunmadığını ve varsa mahiyeti hakkında sözlü veya yazılı bilgi verilmesini sicili tutan memurdan isteyebilir (Hayvan Rehni Tüzüğü m. 8). Hayvan rehni siciline kayıt, olumsuz bir etkiye sahiptir. Diğer bir ifadeyle, sicile kayıt yapılmadıkça, hayvan rehni kurulmaz. Buna karşılık, tapu kütüğünden farklı olarak, hayvan rehni sicilinin olumlu etkisi yoktur. Diğer bir ifadeyle, yolsuz yapılan tescile güven korunmamıştır. Bu nedenle, hayvan rehnine ilişkin tescil yolsuzsa, buna güvenip hayvan rehniyle temin edildiğini zannederek bir alacağı temlik eden kimsenin iyiniyeti, korunmamaktadır⁴³.

Hayvan rehni sicili, TMK m. 7’de düzenlenen resmi sicil ve senetlerdendir. Ancak, herkesin sicilde yer alan konuları bildiği yönünde bir karine mevcut değildir⁴⁴.

b. Hayvan rehni siciline kayıt

Hayvan rehni siciline kayıt için talep ve tescil gereklidir.

(1) Talep

Hayvan rehni, rehnedilen hayvanın mutata olarak bulunduğu yerdeki icra memurluğunda tutulan sicile kaydedildiğinden talebin de bu icra memurluğuna yapılması gerekmektedir⁴⁵.

⁴³ Köprülü/Kaneti, s. 504; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1038; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 853; Sirmen, s. 679.

⁴⁴ Köprülü/Kaneti, s. 505; Ayan, s. 291.

⁴⁵ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 853. Hayvan Rehni Tüzüğü’nün “kaydın yapılacağı yer” kenar başlığını taşıyan 9. maddesi şu şekildedir: “*Hayvan rehni, rehnedilen hayvanın mutata olarak bulunduğu yerdeki icra memurluğunda tutulan sicile kaydedilir. /Hayvanın mutata olarak bulunduğu yer sahibinin isteği ile devamlı şekilde bakılıp tutulduğu yerdir. Bu yerin neresi olduğu, o yer veterinerliğince verilecek bir belge ile belirtilir. /Hayvanın mutata olarak bulunduğu yerin tespitinde veterinerlikçe tereddüt edilen hallerde, hayvan sahibinin ikametgâhının bulunduğu yer kayıt mahallidir. /Hayvanların yaylağa ve kışlağa çıkarılması mutata olan hallerde, yaylak ve kışlak, yılın diğer aylarında hayvanın bakılıp tutulduğu yerden ayrı bir icra memurluğunun yetki çevresinde ise, hayvan rehni, yaylak ve kışlağın bulunduğu yerlerde tutulan hayvan rehni sicillerine de kaydedilir. Bu şekilde mükerrer kayıt yapıldığı, her sicile ait defterin birinci bölümünün özel hanesine işaret edilir. /Bu sicillerden*

Hayvan rehni siciline kayıt, icra memuruna verilecek, kayıt isteğini kapsayan ve her iki tarafça yahut noterde düzenlenmiş vekâletnameye dayanılarak vekillerince imzalanmış bir beyannameyle yapılır (Hayvan Rehni Tüzüğü m. 12/I). Bu beyannamenin kimin tarafından icra memuruna verilmesinin gerektiği, noterde düzenlenen bir rehin sözleşmesinin olup olmamasına göre farklı hükümlere tabidir.

Rehin tesisi hakkındaki anlaşma noterde düzenlenmişse, beyanname, her iki tarafça veya noterde düzenlenmiş vekâletnameyle yetkili vekillerince yahut sadece rehin veren kimse tarafından veya vekilince verilir (Hayvan Rehni Tüzüğü m. 12/II). Hayvan rehni kaydını tesis eden icra dairesi, kayıt sırasında rehin alacaklısının veya vekilinin hazır bulunmadığı hallerde, kaydın tesisini rehin alacaklısına veya vekiline bildirir (Hayvan Rehni Tüzüğü m. 20). Buna karşılık, rehin tesisi hakkındaki anlaşma noterde düzenlenmemişse, beyannamenin, her iki tarafça veya noterde düzenlenmiş vekâletnameyle yetkili vekillerince, icra memuruna verilmesi gerekir. İcra memuru taraflar ve vekillerinin kimliklerini tespit etmeden kaydı yapmaz (Hayvan Rehni Tüzüğü m. 12/III).

Talebe eklenmesi gereken belgeler şunlardır:

- Varsa, noterde düzenlenmiş rehin sözleşmesi aslı veya örneği,
- Hayvanın mutad olarak bulunduğu yeri gösteren veterinerlik belgesi,
- Rehin verenin ikametgâhını gösterir belge,
- Talep, temsilci tarafından imzalanmışsa, onun yetkisini gösterir noterde düzenlenmiş vekâletname örneği.

Bu belgeler, kaydın dayanağı olarak sicilin tutulduğu icra dairesinde saklanır. (Hayvan Rehni Tüzüğü m. 12/IV-V).

(2) Tescil

İcra memuru, talebin usulüne uygun yapılarak tescilin şartlarının varlığına kanaat getirdikten sonra, hayvan rehni sicile tescil eder. Hayvan rehni, tarih sırasıyla kaydedilir (Hayvan Rehni Tüzüğü m. 5/II).

Hayvanlar, sicile; değeri, nev'i cinsiyeti ve özel alametleri (soy, yaş, renk gibi sair belirtici nitelikler) gösterilerek ayrı ayrı kaydedilir (Hayvan Rehni

birine kayıt, rehin hakkının doğması için kâfidir."

Tüzüğü m. 13). Buradaki tescil kurucu fonksiyona sahiptir. Diğer bir ifadeyle rehin, sicile tescil anında kurulmuş olmaktadır. Tescil yapılmadığı sürece, hayvan rehni kurulmuş olmaz⁴⁶.

5. Hayvan Rehninin Hükümleri

Medeni Kanun'da, hayvan rehninin hükümleri ile ilgili olarak özel düzenlemeler bulunmamaktadır. Bu nedenle, teslimine bağlı rehni düzenleyen kurallar, mahiyetine uygun düştüğü oranda burada da uygulanacaktır⁴⁷. Ayrıca, Hayvan Rehni Tüzüğü'nde de konuyla ilgili düzenlemeler bulunmaktadır.

a. Rehin verenin rehnedilen hayvanın ayıpsız olduğunu tekeffül etme borcu

Hayvan Rehni Tüzüğü m. 22'ye göre, rehin veren, icra memuruna sunulan beyannamede veya varsa noterde yapılan sözleşmede, rehnedilen hayvanın her türlü ayıptan uzak olduğunu tekeffül etmek mecburiyetindedir. Aksi halde, rehin verenin sorumluluğu doğmaktadır.

b. Rehin verenin rehin konusunu muhafaza borcu

Teslim şartlı taşınır rehninde, muhafaza borcu zilyet olan rehin alandır. Buna karşılık, hayvan rehninde hayvanın teslimi gerekmediğinden, bu borç, zilyetliği elinde bulunduran rehin verenin üzerindedir⁴⁸. Bu nedenle de rehin veren, rehnedilen hayvanın canlı olarak ve kıymetinde azalma vuku bulmadan muhafazasından sorumludur (Hayvan Rehni Tüzüğü m. 23).

Rehin verenin rehin konusunu muhafaza borcuna aykırı davranması halinde, rehin alan, Medeni Kanun'un 865'inci ve devamı maddelerinin kıyasen uygulanmasıyla, gerekli tedbirlerin alınmasını isteyebilmektedir⁴⁹.

c. Hayvanın aynı anda iki rehin hakkına konu teşkil edememesi

Hayvan Rehni Tüzüğü m. 24/I'e göre, hayvan üzerinde kurulmuş bir rehin hakkı varken, ikincisi kurulamaz. Diğer bir ifadeyle, bir hayvan üzerinde,

⁴⁶ Köprülü/Kaneti, s. 509; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1039; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 854; Esener/Güven, s. 547; Ayan, s. 291.

⁴⁷ Köprülü/Kaneti, s. 511; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1039; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 854; Ayan, s. 292.

⁴⁸ Köprülü/Kaneti, s. 511; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1039; Ayan, s. 292.

⁴⁹ Köprülü/Kaneti, s. 511; Ayan, s. 292.

aynı anda sadece bir tane rehin hakkı kurulabilmektedir⁵⁰.

d. Rehini verenin rehin konusu üzerinde bazı tasarruflarda bulunmama borcu

Rehini veren, rehlinli alacaklının onayı olmadan, rehlinli hayvanı elinden çıkarmamalı veya rehlinli alacaklının zararına tasarruflarda bulunmamalıdır. Aksi durumda, rehin hakkını bilmeyen ve bilmesi gerekmeyen iyiniyetli üçüncü kişilerin kazanımları korunmaktadır (TMK m. 988). Böyle bir durumda, rehin veren malikin, ortaya çıkan zarardan sorumluluğu doğmaktadır⁵¹.

6. Hayvan Rehninin Sona Ermesi

Teslime bağlı taşınır rehnini sona erdiren nedenler⁵², zilyetliğin kesin olarak kaybı haricinde, hayvan rehnini de sona erdirmektedir.

Hayvan rehni, hayvan rehni siciline kayıt ile doğduğundan, kaydın terkinini ile de sona erebilmektedir. Alacağın sona ermesine rağmen, rehlinli alacaklı terkin talebinde bulunmaya yanaşmazsa, rehin veren malik, mahkemeye başvurarak terkinin yapılmasını sağlayabilmektedir (Hayvan Rehni Tüzüğü m. 18).

Hayvan Rehni Tüzüğü'nün 18. maddesinde, "kayıt silmeyi gerektiren haller" şu şekilde düzenlenmiştir:

- a) Rehini alacaklısı kaydın silinmesine yazılı olarak müsaade etmişse,
- b) Kesinleşmiş bir mahkeme hükmü ile hayvan rehninin mevcut olmadığı veya ortadan kalktığı sabit olursa,
- c) Hayvan rehni, rehnin paraya çevrilmesi yolu ile sona ermişse,
- d) 14'üncü maddeye⁵³ göre yeni bir kayıt tesis edilmişse,

⁵⁰ Akipek/Akintürk/Ateş, s. 854. Köprülü/Kaneti'ye göre, "Bu hükmü, kanuna uygun olarak, hayvan üzerinde ilk sırada bir rehin hakkı varken, aynı sırada bir rehnin kurulması yasağı olarak anlamak gerekir; sonra gelen bir rehnin, sırası belirtilerek tesciline yasal bir engel ve böyle bir engeli destekleyen herhangi bir gerekçe yoktur." (Köprülü/Kaneti, s. 510).

⁵¹ Köprülü/Kaneti, s. 511; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1039; Akipek/Akintürk/Ateş, s. 855; Esener/Güven, s. 547; Aybay/Hatemi, s. 294; Ayan, s. 292.

⁵² Taşınır rehninin sona ermesi ile ilgili bkz. Köprülü/Kaneti, s. 497-502; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1033-1036; Akipek/Akintürk/Ateş, s. 606-607; Sirmen, s. 677-678; Ayan, s. 273-274; Acar, s. 253 vd.

⁵³ Hayvan Rehni Tüzüğü m. 14'e göre, "Hayvanın mütat olarak bulunduğu yerin değiştirilmesi halinde, bu yer başka bir icra dairesinin yetki çevresine giriyorsa, rehin veren, yeni yerde-

e) 15'inci madde gereğince⁵⁴ kayıt yenilenmiş veya süresi içinde kayıt yenileme isteğinde bulunulmamışsa.

D. Hayvanlar Üzerinde Hapis Hakkı

1. Genel Olarak Hapis Hakkı Kavramı

Hapis hakkı, kanuni şartların gerçekleşmesi durumunda, alacaklıya zilyetliğinde bulunan ve geri verilmesi gerekli olan borçluya ait taşınır mallar ve kıymetli evrakı geri vermeyerek alacağının teminatı olarak alıkoyma ve paraya çevirme yetkisi veren bir ayni haktır⁵⁵. Hayvanlar üzerinde hapis hakkında ise, alacaklı, borçluya ait olup onun rızasıyla zilyedi bulunduğu hayvanları, borcun muaccel olması ve niteliği itibarıyla bu hayvanın alacak ile bağlantısı bulunması halinde, alacağının teminatı olarak, alıkoyabilmekte ve paraya çevirebilmektedir (TMK m. 950/I).

2. Hayvanlar Üzerinde Hapis Hakkının Konusu

Hapis hakkının konusu, kural olarak, paraya çevrilmesi mümkün bir değere sahip taşınır şeylerdir. Buna göre, hayvanlar üzerindeki hapis hakkının konusu, hayvanlardır. Ancak hayvanlar açısından, aile üyesi gibi görülen hayvanlar ve ticari hayvanlar şeklinde bir ayrıma gitmek gerekir. Zira

ki veterinerlikten alacağı belgeyi de göndermek suretiyle durumu, rehni kaybetmiş olan icra dairesine derhal bildirmek zorundadır. Bu icra dairesi, hayvanın mütat olarak bulunduğu yerde değişiklik olduğunu yeni yerdeki icra dairesine bildirir ve kaydın bir örneğini dayanağı belgelerle birlikte gönderir. /Yeni yerdeki icra dairesi hayvan rehni sicile kaydeder ve kaydın yapıldığını eski kaydın bulunduğu yer icra dairesine bildirir. /Eski kaydın bulunduğu yer icra dairesi, bu bildirme üzerine sicildeki kaydı siler.”

⁵⁴ Hayvan Rehni Tüzüğü m. 15'e göre, “Sicili tutan icra memuru, 9'uncu maddenin birinci ve üçüncü fıkralarına göre yapılmış ve 3 yılı doldurmuş bulunan kayıtların ilgilileri olan rehin alacaklılarına, her yılın Kasım ayında, o yılsonuna kadar yenileme isteğinde bulunmadıkları takdirde, kaydın silineceğini tebliğ eder. /Rehin alacaklısı bu süre içinde kaydın yenilenmesini isterse, hayvan rehni yeniden kaydedilir ve eski kayıt silinir. /Yenileme isteği süresinde yapılmazsa kayıt re'sen silinir.”

⁵⁵ Köprülü/Kaneti, s. 512; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1043; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 857-858; Erman, s. 188; Sirmen, s. 681; Ayan, s. 305-306. Hapis hakkı ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Ergüne, *Taşınır Rehni*, s. 11-31. Yarg. 12. HD. 05.03.2009 T., E. 2008/22953, K. 2009/4625: “Hapis hakkı, kanundan doğan bir tür rehin hakkıdır. Kira alacağına dayalı olarak hapis hakkı kullanılarak menkullerin tespiti yapıldıktan sonra rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabilir. Rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takipte, haciz aşaması bulunmadığından, istihkak iddiaları rehlinli malın satışının istenmesinden sonra, paraya çevirme aşamasında incelenir. Somut olayda, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılmış ise de paraya çevirme aşamasına gelinmemiştir.” (www.kazanci.com, çevrimiçi, Erişim Tarihi 28 Aralık 2021).

Hayvanları Koruma Kanunu m. 5/V'e göre, "*Ticarî amaç güdülmeden (...)56 bakılan ev (...)57 hayvanları sahiplerinin borcundan dolayı haczedilemezler.*" Buna göre, ticari amaç güdülmeden bakılan ev hayvanları58, hapis hakkının da konusuna girmezler. Buna karşılık, ticari amaçla edinilen ve elde bulundurulmuş hayvanlar, hapis hakkının konusunu oluşturmaktadırlar.

3. Hayvanlar Üzerinde Hapis Hakkının Şartları

Hapis hakkının hayvanlar üzerinde kurulabilmesi için aşağıdaki şartların bir arada bulunması gerekmektedir59:

- Hapis hakkına konu olacak hayvanın aile üyesi gibi görülen hayvan değil; ticari amaçla edinilen ve elde bulundurulmuş hayvan olmalıdır.
- Alacaklının hapis hakkına konu olacak hayvana, borçlunun rızası ile zilyet olması gerekmektedir. Buna karşılık, alacaklının, borçlu tarafından kendisine bırakılan üçüncü kişiye ait eşyalar üzerinde, TMK m. 988 hükmünün şartlarının gerçekleşmesiyle de hapis hakkının kullanılması mümkündür60. Alacaklı, borçluya ait olmayan hayvanlar üzerinde de zilyetliğin iyiniyetle kazanılmasının korunduğu ölçüde hapis hakkına sahip olacaktır (TMK m. 950/III).
- Alacaklı ve borçlu arasında, geçerli ve muaccel bir alacağın bulunması gerekmektedir.
- Hayvan ile alacak arasında doğal bir bağıllık ilişkisinin bulunması gerekmektedir. Bağıllık ilişkisinin bulunup bulunmadığı, dürüstlük ilkesi (TMK m. 2) çerçevesinde belirlenmektedir. Ayrıca, zilyetlik ve alacak ticarî ilişkiden doğmuşsa, tacirler arasında bu bağlantı var sayılır (TMK m. 950/II).

⁵⁶ 9/7/2021 tarihli ve 7332 sayılı Kanunun 3'üncü maddesiyle, bu fıkarda yer alan "bilhassa ev ve bahçesi içerisinde" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

⁵⁷ 9/7/2021 tarihli ve 7332 sayılı Kanunun 3'üncü maddesiyle, bu fıkarda yer alan "ve süs" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

⁵⁸ Hayvanları Koruma Kanunu m. 3/1 bendine göre, "(Değişik: 9/7/2021-7332/1 md.) *Ev hayvanı: Gerçek veya tüzel kişiler tarafından özellikle evde, iş yerlerinde ya da arazisinde özel ilgi ve refakat amacıyla muhafaza edilen, bakımı ve sorumluluğu sahiplerince üstlenilen her türlü hayvanı*"nı ifade etmektedir. Ayrıca bkz. Cumalıoğlu, s. 588-593.

⁵⁹ Detaylı bilgi için bkz. Köprülü/Kaneti, s. 516-524; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1044-1049; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 858-863; Sirmen, s. 681-684; Ayan, s. 308-311.

⁶⁰ Köprülü/Kaneti, s. 517-518; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1045; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 859; Sirmen, s. 681; Ayan, s. 308.

- Hapis hakkı, herhangi bir şekilde bertaraf edilmemiş olmalıdır. Alacaklı bir sözleşmeyle hayvanı hapis hakkından feragat etmişse veya borçlu, malı teslim ederken ya da daha önce açık bir şekilde talimat vererek hapis hakkını ortadan kaldırmışsa, hapis hakkı kullanılamayacaktır (TMK m. 951/II)⁶¹.

4. Hayvanlar Üzerinde Hapis Hakkının Hükümleri

Hayvanlar üzerinde hapis hakkı alacaklıya, hayvanı borçluya geri vermekten kaçınma ve hayvanı paraya çevirme imkânı sağlamaktadır⁶². Alacaklı, alacağının karşılanmasına yetecek kadar hayvan üzerinde hapis hakkını kullanabilir. Fazlasını geri vermekle yükümlüdür. Aksi takdirde, hakkı olmadan hayvanları alıkoyduğundan borçlunun uğradığı zararı tazminle yükümlü olur⁶³.

Borcun ödenmemesi halinde, hapsedilen hayvanların paraya çevrilmesi konusunda teslimine bağlı rehin hükümleri uygulanarak, paraya çevirme, İcra ve İflas Kanunu m. 23 ve 145-153'e göre yapılır (TMK m. 953/I)⁶⁴.

Hayvanın paraya çevrilebilmesi için, alacaklının paraya çevirmeden önce borçluya ihtarda bulunmuş olması gerekmektedir. Borçlu, yapılan ihtarla rağmen borcunu ödemez ve yeterli teminat da gösterilmezse, alacaklı, hayvanların paraya çevrilmesini talep edebilir. İcra ve İflas Kanunu m. 23 ve 145-153'e göre yapılan paraya çevirme sonucunda elde edilen meblağdan alacaklının alacağı karşılandıktan sonra, artan kısmı borçluya iade edilmektedir⁶⁵.

5. Hayvanlar Üzerinde Hapis Hakkının Sona Ermesi

Teslime bağlı rehni sona erdiren sebepler, hapis hakkının sona ermesi bakımından da geçerlidir⁶⁶. Teslime bağlı rehinden (TMK m. 943/II) farklı

⁶¹ Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 862-863. Ancak, borçlunun aciz haline düştüğü olaylar bu kuralın istisnasıdır. Bu durumlarda, aksi yöndeki kararlaştırmaya rağmen hapis hakkı kullanılabilir (TMK m. 952).

⁶² Köprülü/Kaneti, s. 524-525; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1049; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 863-864; Sirmen, s. 685; Ayan, s. 311-312.

⁶³ Köprülü/Kaneti, s. 525; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1049; Sirmen, s. 685; Ayan, s. 311.

⁶⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1050; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 864-865; Sirmen, s. 685; Ayan, s. 312.

⁶⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1050; Sirmen, s. 685; Ayan, s. 312.

⁶⁶ “Dolayısıyla, hapsedilen şeyin bütünüyle yok olması, iyiniyetli bir üçüncü kişiye devredilmesi (TMK m. 988), borcun faiziyle birlikte ödenmesi (TMK m. 950/I), borçlu tarafından

olarak, alacaklının elinden zilyetliğin çıkması durumunda hayvanlar üzerinde hapis hakkı sona ermektedir. Buna karşılık, alacaklının elinden rızası olmaksızın zilyetliğin çıkması durumunda alacaklı, hayvanları tekrar ele geçirmek için dava açabilir (TMK m. 982, 989)⁶⁷.

SONUÇ

Hukuki anlamda eşya, üzerinde bireysel hâkimiyet sağlanabilecek, ekonomik bir değer taşıyan, kişi dışındaki cismani (maddi) varlıklardır. Eşya üzerinde Türk Medeni Kanunu hükümleri çerçevesinde kurulabilecek sınırlı ayni haklar; irtifak hakları (TMK m. 779-838), taşınmaz yükü (gayrimenkul mükellefiyeti) (TMK m. 839-849) ve rehin haklarıdır (TMK m. 850-972). Ayni hakkın konusunu eşya oluşturur. Hayvanlar üzerinde sınırlı ayni hak tesisi için de hayvanların eşya sayılması gerekir. Bu durumda, hayvanlar üzerinde sınırlı ayni hak tesisi; hayvanlar üzerinde intifa hakkı, hayvan rehni ve hayvanlar üzerinde hapis hakkı olmak üzere üç şekilde ortaya çıkar.

İrtifak haklarından sadece intifa hakkının konusu taşınırlar olabilir. Bu nedenle sadece intifa hakkı hayvanlar üzerinde söz konusu olur. Hayvanlar üzerinde intifa hakkının kurulabilmesi için hayvanların zilyetliğinin intifa hakkını kazanacak kişiye, bu amaçla geçirilmesi gerekir. İntifa hakkı, sınırlı ayni haklar içerisinde kapsamı en geniş olandır. Hayvanlar üzerinde intifa hakkı, aksine düzenleme olmadıkça, sahibine hayvanlar üzerinde tam yararlanma yetkisi sağlar (TMK m. 794/II). Hayvanlar üzerinde intifa hakkı sahibi; malı zilyetliğinde bulundurma, yönetme, kullanma ve ondan yararlanma yetkilerine sahiptir. Hayvanlar üzerinde intifa hakkı sahibinin bu yetkileri kullanırken, iyi bir yönetici gibi özen göstermesi gerekir (TMK m. 803).

Hayvan rehni, taşınırların ancak zilyetliğin alacaklıya devri suretiyle rehnedilebilmesi kuralının bir istisnasını oluşturur. Hayvan rehnini düzenleyen TMK m. 940/I'e göre, teslimedilmelerine gerek kalmaksızın hayvanlar üzerinde rehin hakkı kurulabilmektedir. Hayvan rehninin kabulündeki amaç, özellikle bir tarımsal işletmenin yolunda yürümesi için rehin verenin elinde bulunması zorunlu olan hayvanların, el değiştirmesi gerekmeden, bir krediye teminat oluşturmalarını sağlamaktır. Türk Medeni Kanunu hayvan rehni konusunda,

yeterli oranda başka bir güvence gösterilmesi (TMK m. 953/I) gibi durumlarda hapis hakkı ortadan kalkar." (Ayan, s. 312).

⁶⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 1051; Sirmen, s. 685; Ayan, s. 314.

İsviçre Medeni Kanunu'ndan ayrılmaktadır. Hayvan rehnini düzenleyen, TMK m. 940/I'de "hayvanlar" şeklinde genel bir ifade kullanılmıştır. İsviçre Medeni Kanunu'ndaki gibi hayvanlar üzerinde herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Türk Medeni Kanunu'nda, hayvan rehni'nin hükümleriyle ilgili olarak özel düzenlemeler bulunmadığından, teslim bağı rehni düzenleyen kurallar, mahiyetine uygun düştüğü oranda burada da uygulanacaktır. Ayrıca, Hayvan Rehni Tüzüğü'nde de konuyla ilgili düzenlemeler bulunmaktadır.

Hayvanlar üzerinde hapis hakkında ise, alacaklı, borçluya ait olup onun rızasıyla ziyedi bulunduğu hayvanları, borcun muaccel olması ve niteliği itibarıyla bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması halinde, alacağının teminatı olarak hayvanları, alıkoyabilmekte ve paraya çevirebilmektedir. Aile üyesi gibi görülen ev hayvanları, hapis hakkının da konusuna girmez. Buna karşılık, ticari amaçla edinilen ve elde bulundurulmuş hayvanlar, hapis hakkının konusunu oluşturmaktadırlar. Hayvanlar üzerinde hapis hakkı alacaklıya, hayvanı borçluya geri vermekten kaçınma ve hayvanı paraya çevirme imkânı sağlamaktadır. Borcun ödenmemesi halinde, hapsedilen hayvanların paraya çevrilmesi konusunda teslim bağı rehin hükümleri uygulanarak, paraya çevirme, İcra ve İflas Kanunu m. 23 ve 145-153'e göre yapılır. Hayvanın paraya çevrilebilmesi için, alacaklının paraya çevirmeden önce borçluya ihtarda bulunmuş olması gerekmektedir. Borçlu, yapılan ihtar rağmen borcunu ödemez ve yeterli teminat da gösterilmezse, alacaklı, hayvanların paraya çevrilmesini talep edebilir.

KAYNAKÇA

- Acar F, *Rehin Hukuku Dersleri*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Akipek J / Akıntürk T / Ateş D, *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayınları, 2018.
- Aksoy Dursun S, *Eşya Kavramı*, Oniki Levha Yayınları, 2012.
- Aksoy H C, “Türk ve İsviçre Hukuklarında Evcil Hayvanlara Verilen Zararlara İlişkin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluk”, *TBB Dergisi*, (129), 2017, <<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-129-1643>>, Erişim Tarihi 29 Aralık 2021, s. 161-194.
- Antalya O G, *Eşya Hukuku Cilt I Giriş Temel Kavramlar Genel İlkeler*, Legal Yayıncılık, 2017.
- Ayan M, *Eşya Hukuku -III- Sınırlı Ayni Haklar*, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Aybay A / Hatemi H, *Eşya Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Aylı A H, “Hayvan Haklarının Felsefi Temellendirmesi ve Türkiye Üzerine İnceleme”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 93 (1), 2019, <<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/yayinlar/dergi/doc/ibd20191.pdf#page=147>>, Erişim Tarihi 29 Aralık 2021, s. 146-152.
- Cumalıoğlu E, “Medeni Hukukta Hayvan Hakları ve Hayvanlar Üzerindeki Hak”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19 (Özel Sayı – 2017 Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan), 2017, <<https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2017/11/16-EMRE-CUMALIOGLU.pdf>>, Erişim Tarihi 26 Aralık 2021, s. 573-610.
- Çelebi Ö, “Kişi ve Eşya Ayırımı Bağlamında Hayvanların Hukuki Statüsü”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 76 (2), 2018, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/694267>>, Erişim Tarihi 29 Aralık 2021, s. 559–622.
- Çilenti Konuralp A / Konuralp O E, “Türk Hukukunda Hayvanların Korun(ma)ması”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6 (1), 2021, s. 77-92.
- Ergüne M S, *Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Bası, Filiz Kitabevi, 2020 (Ergüne, *Taşınır Rehni*).

- Ergüne M S, *Taşınır Mülkiyeti*, Oniki Levha Yayıncılık, 2017 (Ergüne, *Taşınır Mülkiyeti*).
- Erman H, *Eşya Hukuku Dersleri*, Gözden Geçirilmiş 8. Basım, Der Yayınları, 2018.
- Ertuş Ş, *Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 11. Baskı, Fakülteler Barış Kitabevi, 2014.
- Esener T / Güven K, *Eşya Hukuku*, Genişletilmiş 6. Baskı, Yetkin Yayınları, 2015.
- Honsell H / Vogt N/ Geiser T (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB*, 5. Auflage, 2015 (Wiegand), Vor Art. 641, N. 6.
- Kälin O, *Der Sachbegriff im schweizerischen ZGB*, 2002.
- Koçhisarlıoğlu C / Söğütlü Erişgin Ö, “Hayvanın Hukuki Konumu”, *Yaşar Üniversitesi Dergisi*, 8 (Özel Sayı), 2013, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/179474>>, Erişim Tarihi 26 Aralık 2021, s. 1691-1723.
- Köprülü B / Kaneti S, *Sınırlı Ayni Haklar*, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, 1982-1983.
- Oğuzman M. K / Seliçi Ö / Oktay-Özdemir S, *Eşya Hukuku*, 21. Baskı, Filiz Kitabevi, 2018.
- Özen B, *Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı*, Vedat Kitabçılık, 2008.
- Özen İnci Z, “Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye’de Hayvanların Ceza Hukuku Bakımından Korunması”, *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5 (1), 2019, <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/810592>>, Erişim Tarihi 29 Aralık 2021, s. 1-24.
- Rey H, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum*, 3. Auflage, 2007.
- Serozan R, *Eşya Hukuku I*, Genişletilmiş 3. Bası, Filiz Kitabevi, 2014.
- Sirmen A. L, *Eşya Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, 2018.
- Sungurbey İ, *Hayvan Hakları*, Maltepe Üniversitesi Yayınları, 1999.

Tavşancıl Kalafatoğlu D, “Türkiye’de Hayvan Hakları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 93 (6), 2019, s. 73-104.

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, *Tekinay Eşya Hukuku Cilt I*, Yeniden incelenmiş ve genişletilmiş 5. Bası, Filiz Kitabevi, 1989.

Ünal M / Başpınar V, *Şekli Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 9. Baskı, Savaş Yayınevi, 2017.

Yılmaz H, “Hayvan Haklarına Bakış”, *TBB Dergisi*, 2006 (62), <<http://tbbergisi.barobirlik.org.tr/m2006-62-200>>, Erişim Tarihi 29 Aralık 2021, s. 212-229.

**KARAYOLU İLE ULUSLARARASI EŞYA TAŞIMA
SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN KONVANSİYON (CMR)
HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE TAŞIMA VE TESLİM ENGELLERİ
(TTK İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK)**

Yasemin AŞLAR ÜÇYILDIZ*

ÖZET

Taşıma ve teslim engelleri, borçlar hukukundaki ifa engelleri müessesesinin taşıma hukuku alanındaki özel bir türüdür. Bu engeller ulusal taşımalarından daha çok uluslararası taşımalarda ortaya çıkar. Zira ithalat-ihracat yasakları, gümrük işlemlerinin tamamlanamaması ve sınırların kapatılması gibi tipik taşıma engelleri, uluslararası taşımalar için gündeme gelir. Özellikle pandemi sürecinde ülkeler arası sirkülasyonu önlemek için birçok ülke tarafından alınan tedbirler sebebiyle, taşıma ve teslim engelleri uygulamada çok daha fazla karşılık bulmuştur. Çalışmada esasen uluslararası karayolu taşımalarında ortaya çıkan taşıma ve teslim engelleri ele alınacaktır. CMR'nin 14 ve 15. maddeleri çerçevesinde engel kavramının sınırları tespit edilecek, taşıma ve teslim engeli arasındaki fark ortaya konulacaktır. İçeriği ve sınırları açıklamaya muhtaç olan "imkânsızlık" (CMR m. 14/1) kavramı doktrindeki görüşlere de yer verilerek aydınlatılmaya çalışılacaktır. CMR'deki taşıma ve teslim engellerine ilişkin düzenlemeler TTK ile büyük ölçüde örtüşmektedir ancak aralarında bazı önemli farklar da bulunmaktadır. Bu sebeple, CMR gereğince yapılan değerlendirmeler TTK ile karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Taşıma Engeli, Teslim Engeli, İmkânsızlık, CMR, Uluslararası Eşya Taşıma

**CARRIAGE AND DELIVERY OBSTACLES WITHIN THE FRAMEWORK
OF THE CONVENTION ON THE CONTRACT FOR THE INTERNATIONAL
CARRIAGE OF GOODS BY ROAD (CMR) PROVISIONS
(IN COMPARISON WITH THE TURKISH COMMERCIAL CODE)**

ABSTRACT

Transportation and delivery obstacles are a special type in the field of transport law of the performance barrier institution in the Law of Obligations. These obstacles arise more in international transport than national transport. Because typical transport

* Arş. Gör., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı/ANKARA, e-posta: yasemin.aslar@hbv.edu.tr

ORCID: 0000-0002-4011-6871.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1116492

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 14/12/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 11/02/2022

barriers such as import-export bans, incompleteness of customs procedures and closing borders come to the fore for international transports. Due to the measures taken by many countries to prevent inter-country circulation, especially during the pandemic process, transportation and delivery obstacles have emerged much more in practice. The study will mainly focus on transportation and delivery obstacles that arise in international road transport. Within the framework of CMR Articles 14 and 15, the boundaries of the concept of obstacle will be determined and the difference between transportation and delivery obstacle will be revealed. The concept of "impossibility" (CMR art. 14/1), the content and boundaries of which should be explained, will be tried to be enlightened by including the opinions in the doctrine. The regulations on transportation and delivery obstacles in the CMR largely overlap with the TCC, but there are some important differences between them. Therefore, the evaluations made in accordance with the CMR will be made in comparison with the Turkish Commercial Code.

Keywords: *Carriage Obstacle, Delivery Obstacle, Impossibility, CMR, International Carriage of Goods*

GİRİŞ

Taşıma süreci, niteliği itibarıyla birtakım risklere ve engellere açık bir süreçtir. Özellikle taşımanın uluslararası boyutta gerçekleştiği durumlarda çok daha fazla risk ve engel unsuru bulunmaktadır. Bu sebeple sınır ötesi taşımalarda, taşımayı kesintiye uğratabilecek ya da teslim işleminin tamamlanmasını önleyecek engellerle karşılaşma olasılığı da daha yüksektir. Bir eşyanın bir yerden başka bir yere taşındığı durumlarda, taşıma ya da teslimin kararlaştırıldığı şekilde yapılmasını önleyen bu engeller taşıma hukuku terminolojisinde "taşıma ve teslim engelleri" olarak adlandırılmış olup TTK ve CMR'de bu müesseseye özgü hukuki sonuçlar öngörülmüştür. Bu sonuçların hangi durumlarda söz konusu olacağını ortaya koyabilmek için her şeyden önce hangi engellerin taşıma ve teslim engeli niteliğinde olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir.

Taşıma ve teslim engelleri, çalışmada kara yolunda yapılan uluslararası eşya taşımaları açısından CMR hükümleri çerçevesinde ele alınacaktır. CMR Konvansiyonu, müessesenin önemine binaen taşıma ve teslim engellerine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler içermektedir (CMR m. 14, 15, 16). Taşıma engeli kavramı, CMR m. 14/1 hükmünde, imkânsızlık kavramı üzerinden açıklanmıştır. Ancak CMR bağlamında kullanılan imkânsızlık kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklamaya muhtaçtır. Çalışmada -TTK m. 869 hükmü ile karşılaştırmalı olarak- imkânsızlık kavramının açıklığa kavuşturulması,

taşıma ve teslim engellerinin sınırlarının çizilmesi ve örneklendirilmesi hedeflenmektedir. Çalışmanın nihai amacı, ne tür engellerin CMR anlamında taşıma ve teslim engeli olarak nitelendirilebileceğinin tespitine ilişkin değerlendirmelerde bulunmak ve doktrindeki farklı görüşlere de yer vererek konuya ışık tutmaktır. Çalışmanın odak noktası hukuki nitelendirmeye özgü meseleler olduğu için engellere bağlanan hukuki sonuçlar büyük oranda çalışmanın kapsamı dışında kalacaktır.

CMR'nin resmî Türkçe tercümesi çok fazla çeviri hatası içerdiğinden, İngilizce orijinal metin ve Almanca tercüme metni ile mukayese edilerek değerlendirmelerde bulunulmuş ve bu suretle Türkçe tercüme metni açısından -en azından ilgili hükümler çerçevesinde- söz konusu olan eksiklikler ve hatalar da ortaya konulmaya çalışılmıştır. Almanya'nın Türkiye'den çok daha önce -onaylama yolu ile- CMR'ye taraf olması ve dış ticaret hacminin çok yüksek olmasına paralel olarak taşıma hukuku alanında çok zengin içtihat ve bilimsel görüşlere sahip olduğu bilinmektedir. Bu sebeple Alman doktrini ve içtihatlarından yararlanmak çalışmanın derinlik kazanması açısından faydalı görülmüş ve gerekli görülen yerlerde bu müktesebata da yer verilmiştir.

I. HUKUKİ DÜZENLEME

“Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi (CMR)”¹ hükümlerinin uygulanması, her şeyden önce uluslararası kara yolu taşımaları açısından gündeme gelecektir. CMR esasen uluslararası karayolu taşımacılığına ilişkin hususları yeknesak hâle getirmeyi amaçlamaktadır. Eşyanın taşınmak üzere fiilen teslim edildiği yer ile taşıma neticesinde teslim edileceği yerin iki farklı ülkenin sınırları dahilinde olması hâlinde, bir başka deyişle eşyanın bir ülkeden başka bir ülkeye taşındığı durumlarda *uluslararası taşıma* söz konusu olur². Belirtmek gerekir ki taşıma

¹ 07.12.1993 tarihli ve 3939 sayılı Kanun ile uygun bulunan (14.12.1993 tarih ve 21788 numaralı RG) “Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı için Mukavele Sözleşmesi (CMR)” ile bu Sözleşmeye ek 05.07.1978 tarihli Protokole, Sözleşmenin 47. maddesine ihtirazi kayıt konulması suretiyle Türkiye Cumhuriyeti'nin katılması, Bakanlar Kurulu tarafından 02.12.1994 tarihinde kararlaştırılmıştır (04.01.1995 tarih ve 22161 sayılı R.G.).

² Sabih Arkan, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1982, s. 2; Sami Aksoy, *Taşıma Hukukunda Fiili Taşıyıcı*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 11; Hakan Karan, *Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon, CMR Şerhi*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, 2011, s. 26; Muharrem Gençtürk, *Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Genel Kavramlar, Gecikmeden Doğan Sorumluluk)*, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 637. Uluslararası taşıma kavramının iç hukuk düzenlemeleri ve uluslararası sözleşmeler gereğince yapılan tanımları için bkz. Hüseyin Ülgen, *Uluslararası Taşımacılık ve Hukuki Sorunları*, İstanbul Ticaret Odası, Yayın

işleminin uluslararası nitelikte olup olmaması açısından taşıma sözleşmesinin taraflarından birinin ya da taşıma aracının tâbiyetinin farklı bir ülkeye ait olmasının bir önemi yoktur³.

Hangi uluslararası taşımalara CMR hükümlerinin uygulanacağı meselesi CMR m. 1/1'den hareketle tespit edilmelidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki sözleşme taraflarının ikametgâhları ve tâbiyetleri CMR'nin uygulanma koşulları açısından önemli değildir (CMR m. 1/1). Hükme göre, kara yolunda taşıtlar⁴ ile ücret karşılığında yapılan eşya taşımaya ilişkin bir sözleşmesinin bulunması ön koşuluyla, eşyanın taşıyıcıya teslim edildiği yer ile gönderilene teslim edileceği yerin iki farklı ülke olması ve bu iki ülkeden en azından birinin CMR'ye taraf olması hâlinde, taşıma sözleşmesinden kaynaklanan hukuki uyumsuzluklara CMR Konvansiyonu hükümleri uygulanır⁵. Dolayısıyla yükleme ya da teslim yerinin Türkiye Cumhuriyeti olduğu sınır ötesi kara yolu taşımaları açısından hukuki bir uyumsuzluk söz konusu olduğunda, CMR m. 1/1 gereğince Konvansiyon hükümleri öncelikli olarak uygulama alanı bulur.

Taşıma ve teslim engelleri CMR'nin m. 14 ilâ 16. maddelerinde düzenlenmiştir. CMR m. 14 hükmünde eşyanın teslim yerine ulaşmasından önce ortaya çıkan engeller (taşıma engelleri) öngörülmüştür. Söz konusu hükmün 1. fıkrasında taşıma sözleşmesinin yerine getirilmesinin imkânsız hâle gelmesi hâlinde taşıyıcının yükümlülüğü düzenlenirken; 2. fıkrasında taşımanın başlangıçta kararlaştırılandan başka bir şekilde de olsa yerine getirilebildiği özel durumlar ele alınmıştır⁶. CMR m. 15'te eşyanın teslim

No: 1988-27, 1988, s. 28 vd.

³ Aksoy, Fiili Taşıyıcı, s. 11.

⁴ Konvansiyon'un uygulanması bakımından "taşıtlar" sözcüğü, CMR m. 1/2 gereğince -19.09.1949 tarihli Karayolu Trafîği Anlaşması'nın 4'üncü maddesinde tanımlandığı gibi-motorlu taşıtlar, dizi halinde taşıtlar, römorklar ve yarı römorklar anlamına gelir.

⁵ Sabih Arkan, "Karayolu ile Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Uygulanma Koşulları ve Taşıyıcının Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümleri (TTK ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme)", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 10 (2), 1979, s. 401.

⁶ CMR 14'ün 1. ve 2. fıkrasında taşıma engelinin iki farklı türü ele alınmıştır: m. 14/1'de taşıma sözleşmesinin yerine getirilmesini imkânsız kılan taşıma engelleri düzenlenirken m. 14/2'de giderilebilen taşıma engelleri düzenlenmiştir (Bkz. Karl-Heinz Thume, *CMR Kommentar: Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr*, 3. Auflage, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH Heidelberg, 2013 Art. 14 CMR Rn. 4; Bernd Andresen/Hubert Valder, *Speditions-, Fracht- und Lagerrecht: Handbuch des Transportrechts mit Kommentaren*, 1. Auflage, Erich Schmidt Verlag (ESV), 2019, Art. 14 CMR Rn. 14. Taşıma senedinde öngörülen güzergâh üzerinden taşımanın gerçekleştirilmesi imkânsızken, eşyanın başka bir yol üzerinden taşınmasının mümkün olduğu

yerine ulaşmasından sonra ortaya çıkan engeller (teslim engelleri) ve hukuki sonuçları düzenlenmiştir. CMR m. 16 hükmünde ise, taşıma ve teslim engeli durumunda taşıyıcının alabileceği tedbirlere ve talep haklarına yer verilmiştir.

“*Taşıma ve Teslim Engelleri*” başlıklı TTK m. 869 hükmünde kanun yapma tekniği açısından CMR modeline dayanan bölme yoluna gidilmeyerek taşıma engeli, teslim engeli ve bu engellerin hukuki sonuçları tek bir hükümde birleştirilmiştir. Böylece Konvansiyonun 14, 15 ve 16. maddeleri tek bir maddede düzenlenerek TTK m. 869 hükmü ile iç hukuka aktarılmıştır. Türk Ticaret Kanunu’nun “*Taşıma İşleri*” başlıklı dördüncü kitabı genel olarak 25.06.1998 tarihli Alman Taşıma Hukuku Reform Kanunu’ndan (*Transportreformgesetz*)⁷ yararlanılarak hazırlanmıştır. TTK m. 869’un mehzazı da esasen § 419 HGB hükmüdür. Uluslararası eşya taşıma hukukuna ilişkin yeknesak kurallar getirmeyi amaçlayan CMR ile Alman taşıma hukuku arasındaki çelişkileri önlemek isteyen kanun koyucunun mümkün olduğunca CMR’ye paralel bir düzenleme yapma çabası içinde olduğu görülmektedir. Mehzaz düzenlemenin HGB olmasından hareketle, Türk kanun koyucunun da TTK açısından aynı saikle hareket ettiğini söylemek mümkündür. Zira TTK’nın taşıma hukukuna ilişkin hükümleri, içerik itibarıyla CMR ile büyük oranda örtüşmektedir. Ancak taşıma ve teslim engellerine ilişkin aralarında bazı farklar da bulunduğu için konu TTK ile karşılaştırılmalı olarak ele alınacaktır.

II.TAŞIMA ENGELİ (CMR m. 14)

Taşıma engeli, CMR m. 14 hükmünden hareketle eşyanın teslim yerine ulaşmasından önce taşımanın taşıma senedinde⁸ öngörülen koşullara göre yapılmasının imkânsız hâle geldiği ya da imkânsızlaşmasının muhtemel olduğu hâller şeklinde tanımlanabilir. Taşıma engelinin varlığı açısından sadece eşyanın bir yerden başka bir yere götürülüp götürülmemesi yani salt taşımanın yapılıp yapılmaması değil, usulüne uygun bir şekilde yapılıp

durumlarda CMR m. 14/2 bağlamında bir taşıma engelini söz konusu olduğu yönünde bkz. Helga Jesser, *Frachtführerhaftung nach der CMR: Internationaler und nationaler Strassengütertransport*, Verlag Orac Wien,1992, s. 90.

⁷ Gesetz zur Neuregelung des Fracht-, Speditions- und Lagerrechts (Transportrechtsreformgesetz- TRG), (BGBl. I 1998 S. 1588).

⁸ Alm. “*Frachtbrief*”, İng. “*consignment note*”. Türk Ticaret Kanunu’nun 768 vd. hükümlerinde kullanılan “*taşıma senedi*” kavramı, CMR’nin Türkçe tercüme metninde “*sevki mektubu*” şeklinde çevrilmiştir. Kavramların paralel ve yeknesak olarak kullanılmasını sağlamak adına çalışmamızda CMR’de kullanılan sevki mektubu yerine taşıma senedi kavramı tercih edilmiştir.

yapılmaması esas alınır. Taşımanın usulüne uygun olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin saptanmasında taşıma senedindeki koşullar dikkate alınır (CMR m. 14/1). Bir engelin, CMR anlamında taşıma engeli olarak nitelendirilebilmesi için zamanlama olarak eşyanın teslim yerine ulaşmasından önce gerçekleşmesi gerekir. Zira teslim yerine ulaşma anından itibaren ortaya çıkan engeller CMR m. 15 gereğince teslim engeli teşkil eder. CMR’de engel kavramı imkânsızlık kavramı üzerinden açıklandığından, engelin söz konusu olup olmadığının tespiti için imkânsızlıktan ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesine ihtiyaç vardır.

A. İmkânsızlık

CMR gereğince taşıma engelinden söz edilebilmesi için taşıma sözleşmesinin taşıma senedinde öngörülen koşullara uygun bir şekilde yerine getirilmesinin herhangi bir sebeple imkânsız hâle gelmesi gerekir (CMR m. 14/1). Ancak hükmün İngilizce orijinal metninde⁹ kullanılan “*impossible*” kavramına ilişkin olarak Kıta Avrupası hukuk sistemindeki imkânsızlık ile common law (Anglo-Sakson Hukuk Sistemi) anlamındaki imkânsızlığın aynı olup olmadığı belirsizdir. Bu sebeple Konvansiyonun Fransızca ve İngilizce orijinal metninde kullanılan “*impossible*” ifadesi hukuki terminoloji açısından sadece rehber olarak kullanılabilir. İmkânsızlık kavramının içeriği hükmün anlam ve amacı dikkate alınarak tespit edilmelidir¹⁰. Taşımanın yerine getirilmesinin imkânsız olması, Türk hukuku açısından edimin ifa edilemezliğini gerektirir¹¹. Ancak buradaki imkânsızlık, TBK m. 112 ve 136 çerçevesinde değerlendirilmemelidir¹². CMR anlamında imkânsızlık,

⁹ İngilizce orijinal metin için bkz. 04.01.1995 tarih 22161 sayılı R.G.

¹⁰ Ingo Koller, *Transportrecht, Kommentar zu Spedition, Gütertransport und Lagergeschäft*, 9. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2016, Art. 14 CMR Rn. 3; Karsten Schmidt, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 7, §§ 407-619, Transportrecht, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2020, MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 14 CMR Rn. 5.

¹¹ Fremuth, (Fremuth/Thume), § 419 HGB Rn. 4; Carsten Thomas Ebenroth/Karlheinz Boujong/ Detlev Joost/Lutz Strohn, *Handelsgesetzbuch*, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, Reuschle, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), § 419 HGB Rn. 3.

¹² Koller, Art. 14 CMR Rn. 3; MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 14 CMR Rn. 5. TBK m. 112 ve 136 anlamındaki imkânsızlık hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Dural, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık*, 1. Baskı, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 25 vd.; Mustafa Dural, “*İmkânsızlık Kavramı ve Türleri*”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1973, 7 (1), s. 11- 58; Seçkin Topuz/Ferhat Canbolat, “Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57 (3), 2008, s. 675 vd.; A. Dilşad Keskin, “Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkânsızlık”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11 (1-2), 2007, s. 220 vd.

taşıyıcının kendisinden beklenen ölçüde çaba ile taşımayı taşıma senedinde öngörülen şekilde yerine getirememesi şeklinde anlaşılmalıdır¹³. Buna göre, bir engelin aşılabilmesi için taşıyıcının beklenemez çabalar harcaması gerekiyorsa, bu durumda CMR m. 14/1 anlamında bir taşıma engelinin söz konusu olduğunu kabul etmek gerekir¹⁴. Bu bağlamda objektif, sübjektif ve geçici imkânsızlık hâllerinin taşıma engeli niteliğinde olup olmadığını ayrı ayrı değerlendirmekte fayda vardır.

1.Objektif İmkânsızlık

Taşıma engeline ilişkin CMR m. 14 hükmünde bahsi geçen imkânsızlık kavramı, objektif imkânsızlık olarak anlaşılmalıdır¹⁵. Buna göre, taşımanın taşıma senedine uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi, aynı şartlar altında bulunan herkes için imkânsız hâle gelmelidir. Objektif imkânsızlık, fiili ya da hukuki olabilir¹⁶. Taşıma senedinde aktarma yasağının kararlaştırıldığı

¹³ Rolf Herber/Henning Piper, *CMR Internationales Strassentransportrecht Kommentar*, 1. Auflage, Verlag C. H. Beck, 1996, Art. 14 CMR Rn. 5.

¹⁴ Johann Georg Helm, *Frachtrecht II, CMR*, 2. Auflage, Walter De Gruyter Berlin-New York 2002, Anh. VI § 452, Art. 14 CMR Rn. 5; Glöckner, Herbert, *Leitfaden zur CMR: Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassengüterverkehr*; Kommentar, 7. Auflage, Erich Schmidt Verlag (ESV), Art. 14 CMR Rn.1; Malcolm A. Clarke, *International Carriage of Goods By Road: CMR*, 5. Edition, Informa London, 2009, s. 89; Koller, Art. 14 CMR Rn. 3; Herber/Piper, Art. 14 CMR Rn. 8.

¹⁵ Georg M. Precht/Kurt Endrigkeit, *CMR-Handbuch über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr*, 3. Auflage, Deutscher Verkehrs-Verlag, 1972, Art. 14 CMR Rn. 1. Helm/Frachtrecht, Anh. VI § 452, Art. 14 CMR Rn. 2; Claus-Wilhelm Canaris / Wolfgang Schilling / Peter Ulmer, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch* begründet von Hermann Staub, 14. Band, CMR (Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr), bearbeitet von Fabian Reuschle, 5. Aufl., Berlin 2016, GroßkommHGB/Reuschle, Art. 14 CMR Rn. 9; Koller, Art. 14 CMR Rn. 3; Thomas Braun, *Das frachtrechtliche Leistungsstörungsrecht nach dem Transportreformgesetz: Eine Untersuchung der frachtrechtlichen Leistungsstörungstatbestände der §§ 407 ff HGB unter besonderer Berücksichtigung der Bezüge zum bürgerlichen Recht*, Dissertation, 1. Auflage, LIT Verlag, 2002, s. 17; Thume/Temme, Art. 14 CMR Rn. 5; Franco Ferrari/Eva-Maria Kieninger/Peter Mankowski/Karsten Otte/Ingo Saenger/Götz Schulze/Ansgar Staudinger, *Internationales Vertragsrecht Rom I-VO, CISG, CMR, FactÜ Kommentar*, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2018, Ferrari/Otte, Art. 14 CMR Rn. 4; Andresen/Valder, Art. 14 CMR Rn. 6; Herber/Piper, Art. 14 CMR Rn. 6; Adolf Baumbach/Klaus J. Hopt/Hanno Merkt, *Handelsgesetzbuch HGB mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht)*, 38. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2018, Art. 14 CMR Rn. 1; Jesser, s. 88; Boesche, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), Art. 14 CMR Rn. 2; Clarke, s. 89; Muhammetnazar İlyasov, *TTK ve CMR'ye Göre Karayoluyla Eşya Taşımacılığında Taşıma ve Teslim Engelleri*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 120.

¹⁶ Boesche, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), Art. 14 CMR Rn. 2; Braun, s. 17; Ferrari/Otte, Art. 14 CMR Rn. 2; Koller, Art. 14 CMR Rn. 3; Thume/Temme, Art. 14 CMR Rn. 5. Bkz.

durumlarda, kullanılan taşıma aracının o araçla sürüşe devam etmenin artık mümkün olamayacağı şekilde hasara uğraması *fiili imkânsızlık* durumuna örnek olarak verilebilir¹⁷. Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin bir kararında, gümrük makamlarının yaptığı kontrolde silolar ile süt tozu taşıyan trende gümrük etiketinin bulunmaması gerekçesiyle taşınan süt tozunun gümrük işlemlerinin tamamlanamaması ve ürünün ithalatının reddedilmesi hâli ise *hukuki imkânsızlık* olarak kabul edilmiştir¹⁸.

Taşıma engellerine ilişkin CMR m. 14/1 hükmü, taşımanın *taşıma senedinde belirtilen* koşullara göre objektif imkânsız olduğu durumlarda uygulanır¹⁹. Burada imkânsızlığın söz konusu olup olmadığının tespiti için kıstas, taşıma sözleşmesinde değil, taşıma senedinde belirtilen şartlardır. Dolayısıyla taşıma sözleşmesi ile taşıma senedinin içeriğinin uyuşmadığı durumlarda taşıma senedindeki bilgiler esas alınır²⁰. Bu durumda taşıma sözleşmesinin esas alınması, hükmün amacı ve mantığı açısından çok daha yerinde olurdu. Zira taşıma senedi kural olarak sadece karine etkisine

OLG Frankfurt 12. Zivilsenat, 24.06.1991, 12 U 152/90, VersR. 1992, s. 1157.

¹⁷ Ferrari/Otte, Art. 14 CMR Rn. 3; Thume/Temme, Art. 13 CMR Rn. 8.

¹⁸ OLG Frankfurt 12. Zivilsenat, 24.06.1991, 12 U 152/90, VersR. 1992, s. 1157.

¹⁹ Helm/Frachtrecht, Anh. VI § 452, Art. 14 CMR Rn. 2; Braun, s. 18; Thume/Temme, Art. 14 CMR Rn. 8; MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 14 CMR Rn. 5; Ferrari/Otte, Art. 14 CMR Rn. 4; Fritz Fremuth/Karl Heinz Thume, *Kommentar zum Transportrecht*, §§ 407-475h HGB, CMR, WA, und ADSp, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH Heidelberg, 2000, Art. 14 CMR Rn. 3. Taşıma senedinin düzenlenmesi CMR bağlamında zorunlu olmadığı, aksine CMR m. 4 gereğince taşıma sözleşmesinin kurulması için tarafların anlaşması yeterli olduğu hâlde CMR m. 14/1'de taşıma senedindeki kayıtlar esas alınmıştır. Burada CMR'nin uygulanacağı taşımalarda uygulamada genellikle taşıma senedinin düzenlendiği ve taşımaya ilişkin önemli hususların taşıma senedinde yer aldığından hareketle böyle bir düzenleme getirilmiş olabileceği yönünde bkz. Herber/Piper, Art. 14 CMR Rn. 2). CMR'de olduğu gibi Türk Ticaret Kanunu'nda da taşıma senedi olmaksızın eşya taşınması olasılığı öngörülmüşken (TTK m. 856/2), 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu'nda (19.07.2003 tarih 25173 sayılı R.G.), eşya taşımalarının taşıma senedi olmaksızın yapılamayacağı hükmüne bağlanmıştır (KTK m. 6/1, 7/5). Taşıma senedi olmadan eşya taşıyan taşıyıcılara KTK m. 26 (d) gereğince idari para cezası verilir. Karayolu Taşıma Kanunu'na göre yapılan taşımalara ilişkin hukuki esaslar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mertol Can, "4925 Sayılı Karayolu Taşıma Kanunu'na Göre Karayoluyla Yapılan Taşımaların Tabi Olduğu Hukuki Esaslar", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (1-2), 2005, s. 11-63; Hakan Karan, "Karayolu Taşıma Kanunu ve Yönetmeliği", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 22 (3), 2000, s. 99-320.

²⁰ Helga Jesser, *Frachtführerhaftung nach der CMR: Internationaler und nationaler Strassengütertransport*, Verlag Orac Wien, 1992, s. 88; Helm/Frachtrecht, Anh. VI § 452, Art. 14 CMR Rn. 2; MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 14 CMR Rn. 5; Thume/Temme, Art. 14 CMR Rn. 6; GroßkommHGB/Reuschle, Art. 14 CMR Rn. 3.

sahipken²¹ taşıma sözleşmesine dayanan anlaşma, müzakere mekanizmasının bir sonucudur ve bu sebeple de taşıma senedindeki kayıtlara kıyasla her zaman tarafların çıkarlarına daha uygundur²². Ancak hükmün açık lafzının bu yoruma imkân vermediği ve dolayısıyla kayıtların örtüşmemesi durumunda taşıma senedinin esas alınması gerektiği kanaatindeyiz. Öte yandan eğer taşıma koşulları taşıma senedinde yer almıyorsa ya da taşıma senedi hiç düzenlenmemişse CMR m. 14/1 kıyasen uygulanır²³ ve bu tür durumlarda taşıma sözleşmesinin içeriği esas alınır²⁴.

CMR m. 14 hükmünün uygulanabilmesi için, taşıma senedinde yer alan taşımaya ilişkin belirli bir şartın yerine getirilememesi yeterlidir²⁵. Bu sebeple, engelin taşımanın objektif imkânsızlığına yol açıp açmadığını belirlemek için taşıma senedinin içeriği ile ortaya çıkan ya da çıkması muhtemel olan durumun karşılaştırılması gerekir. Engel, eşyanın taşıma senedinde öngörülen güzergâh üzerinde²⁶ veya belirlenen taşıma süresi içinde²⁷ ya da aktarma yasağına uygun olarak²⁸ taşınmasını imkânsız hâle getiriyorsa taşıma engelidir. Bu bağlamda,

²¹ Koller, Ingo, “Das Standgeld bei CMR-Transporten”, *TranspR*, 1988, s. 131.

²² Ferrari/Otte, Art. 14 CMR Rn. 5.

²³ Herber/Piper, Art. 14 CMR Rn. 2; Boesche, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), Art. 14 CMR Rn. 3. Sadece taşıma senedinin düzenlenmediği durumlarda kıyasen uygulanacağı yönünde bkz. Ferrari/Otte, Art. 14 CMR Rn. 5; Thume/Temme, Art. 14 CMR Rn. 7; MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 14 CMR Rn. 5; Thume, (Fremuth/Thume), Art. 14 CMR Rn. 3.

²⁴ Thume/Temme, Art. 14 CMR Rn. 7; Ferrari/Otte, Art. 14 CMR Rn. 5; Boesche, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), Art. 14 CMR Rn. 3; Thume, (Fremuth/Thume), Art. 14 CMR Rn. 3.

²⁵ Herber/Piper, Art. 14 CMR Rn. 7.

²⁶ Hubert Widmann, *Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassengüterverkehr (CMR)*, 1. Auflage, Neuwied / Kriefel / Berlin, Luchterhand Verlag, 1993, s. 68; Hubert Schmidt, (Hrsg.), *COVID-19: Rechtsfragen zur Corona-Krise*, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2020, Rn. 39; MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 14 CMR Rn. 5; Boesche, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), Art. 14 CMR Rn. 3; Jesser, s. 89; Loewe ETR 1976, s. 547; Herber/Piper, Art. 14 CMR Rn. 7; Koller, Art. 14 CMR Rn. 3.

²⁷ Andresen/Valder, § 419 HGB Rn. 4; Timo Didier/Bernd Andresen, *CMR, Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr Kommentar*, 8. Auflage, Erich Schmidt Verlag (ESV), 2015, Art. 14 CMR Rn. 4; Loewe, Roland, *Erläuterungen zum Übereinkommen vom 19. Mai 1956 über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr (CMR)*, *European Transport Law 1976*, s. 547; Herber/Piper, Art. 14 CMR Rn. 7; Boesche, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), Art. 14 CMR Rn. 3; Schmidt/Thume, Corona-Krise § 12, Rn. 39; Alihan Aydın, *CMR'ye Göre Taşıyıcının Ziya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, 2. Bası, Arıkan Basım Yayın, 2006, s. 47; Koller, Art. 14 CMR Rn. 3; Jesser, s. 89.

²⁸ Boesche, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), Art. 14 CMR Rn. 3; Loewe ETR 1976, s. 547; Jesser, s. 89; Herber/Piper, Art. 14 CMR Rn. 7; MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 14 CMR Rn. 5;

hava koşulları yüzünden teslim süresine objektif açıdan uyulamaması ya da doğa olayı, resmî önlemler veya grevler²⁹ yüzünden gidiş güzergâhındaki yolun kullanılamaması durumunda objektif imkânsızlık söz konusudur³⁰. Ayrıca transit geçiş yasağının bulunması³¹, savaş sebebiyle sınırların kapatılması³² ve gümrük makamları tarafından getirilen ithalat yasakları³³ ile gümrük belgelerinin eksik olması sebebiyle aracın gümrükten geçişine izin verilmemesi³⁴ de taşıma engeli teşkil eder. Bu tür durumlarda, eşyanın taşıma

Aydın, s. 47; İlyasov, s. 120.

²⁹ Grevin yasa dışı olması, taşıma engeline sebep olmasını engellemez (Didier (Didier/Andresen), Art. 14 CMR Rn. 7).

³⁰ Thume/Temme, Art. 14 CMR Rn. 8; Didier (Didier/Andresen), Art. 14 CMR Rn. 7.

³¹ Peter J. Decker, *Das Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassengüterverkehr (CMR)*, 8. Auflage, Erich Schmidt Verlag (ESV), 1985, Anm. 29; GroßkommHGB/Reuschle, Art. 14 CMR Rn. 1; Didier (Didier/Andresen), Art. 14 CMR Rn. 7; Burak Adıgüzel, *Taşıma Hukuku*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019, s. 139-140; Andresen/Valder, Art. 14 CMR Rn. 7. Bkz. OLG Frankfurt 12. Zivilsenat, 24.06.1991, 12 U 152/90, VersR. 1992, s. 1157.

³² Didier (Didier/Andresen), Art. 14 CMR Rn. 7; GroßkommHGB/Reuschle, Art. 14 CMR Rn. 1; Andresen/Valder, Art. 14 CMR Rn. 7. Terörist bir saldırı sebebiyle taşıma yolunun kapanması ile hükümetler arası bir kriz nedeniyle sınır kapısının veya transit geçiş yapılacak ülke karayolunun geçişe kapatılmış olması da taşıma engeli niteliğindedir (Can, *Taşıma Hukuku*, s. 56).

³³ GroßkommHGB/Reuschle, Art. 14 CMR Rn. 1; Andresen/Valder, Art. 14 CMR Rn. 7; Didier (Didier/Andresen), Art. 14 CMR Rn. 7; Adıgüzel, s. 139. Bkz. OLG Frankfurt 12. Zivilsenat, 24.06.1991, 12 U 152/90, VersR. 1992, s. 1157. Yargıtay'ın bir kararında Türkiye'den Irak'a taşınması kararlaştırılan yoğurt ve peynirden oluşan gıda emtiasının Irak yetkili makamları tarafından yapılan kontroller sonucu eşyanın mutabık kalınan şartları haiz bulunmadığı ve tarihlerinin hatalı yazıldığı gerekçesiyle geldiği ülke olan Türkiye'ye iade kararının verilmesi hâli teslim engeli olarak nitelendirilmiştir. Yargıtay bu neticeyi "...eşyalar üzerinde yaptığı tespit ve aldığı kararın Türkiye'ye kesin iadenin yapılması olduğu, davaya konu ihtilafın teslim engelinden kaynaklandığı, CMR 15. maddesine göre taşıyıcının davalı gönderenden talimat istediği..." şeklinde ifade etmiştir. Her ne kadar dava konusu olay bağlamında neticeye etkisi olmasa da buradaki durumun -eşyanın teslim yerine varmasından önce gerçekleşmesinden hareketle- teslim engeli değil, taşıma engeli olduğu kanaatindeyiz. (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin konuya ilişkin 25.02.2015 T., 2014/17300 E., 2015/2490 K. sayılı kararı için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 06.12.2021)).

³⁴ Aynı yönde bkz. Thume/Temme, Art. 14 CMR Rn. 8. Yargıtay uluslararası taşımaya ilişkin bir kararında gümrük belgelerinin eksik düzenlenmesi sebebiyle taşıma aracının gümrükten geçişine izin verilmemesini taşıma engeli olarak kabul etmiştir. Yargıtay'ın 11. Hukuk Dairesi'nin 19.02.2018 T., 2016/13156 E., 2018/1166 K. sayılı bu kararı için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 10.12.2021). Bunun yanı sıra Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi, taşıyıcının gerekli gümrük belgelerine sahip olmaması ve eşyanın başka yere de taşınmaması hâlinde objektif imkânsızlığın söz konusu olduğuna karar vermiştir (OLG Hamm 11.03.1976 NJW 1976, s.

senedinde öngörülen koşullardan farklı bir şekilde taşınması mümkünse, CMR m. 14/2 hükmü uygulanır. Taşıma sırasında öngörülemeyen başka yollara girme zorunluluğunun ortaya çıkması, başlangıçta belirlenen güzergâh taşıma senedinde belirtilmediği sürece taşımanın imkânsızlığı anlamına gelmez³⁵.

CMR m. 14/1 hükmünün orijinal metnindeki “*it is or becomes impossible*” ifadesinden hareketle taşımanın teslim süresi içerisinde yerine getirilmesinin imkânsız hâle gelmiş olması şart değildir. Eşyanın zamanında teslim yerine ulaşamayacağı muhtemel olduğu durumlarda da CMR m. 14’te düzenlenen hukuki sonuçlar uygulanır. Bir başka deyişle mezkûr hükmün uygulanabilmesi için imkânsızlığın meydana gelmiş olması ya da meydana gelmesinin muhtemel olması gerekir^{36,37}. Hükmün orijinal İngilizce metninde yer alan “*it is or becomes impossible*” ifadesi, Almancaya “*unmöglich ist oder unmöglich wird*”³⁸ şeklinde aslına uygun bir şekilde çevrilirken, Türkçeye iki farklı ihtimalin varlığı göz ardı edilerek “*imkânsız hâle gelirse*” şeklinde

2077, 2078; Ferrari/Otte, Art. 14 CMR Rn. 3, dpn. 3’ten naklen).

³⁵ Thume/Temme, Art. 14 CMR Rn. 9; Glöckner, Art. 14 CMR Rn. 1; Herber/Piper, Art. 14 CMR Rn. 8; Loewe ETR 1976, s. 547. Bkz. OLG München 28.06.1983, TranspR 1984, s. 186, 187.

³⁶ Koller, Art. 14 CMR Rn. 3 (*voraussichtlich*); MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 14 CMR Rn. 10 (*mit großer Wahrscheinlichkeit*); GroßkommHGB/Reuschle, Art. 14 CMR Rn. 12 (*mit großer Wahrscheinlichkeit*); İlyasov, s. 120. CMR m. 14/1’in uygulanabilmesi için, imkânsızlığın zaten ortaya çıkmış ya da çıkmasının yakın olması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Thume/Temme, Art. 14 CMR Rn. 7 (*kurz bevorsteht*); Ferrari/Otte, Art. 14 CMR Rn. 2 (*in absehbarer Zeit*).

³⁷ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi bir kararında, deniz yolu ile yapılması kararlaştırılan taşıma ile ilişkin “...davalı vekilinin istinaf başvurusunun, fuara katılmak zorunda olan davacının gidişte hava yoluyla yapılacak taşımayı kabul etmek zorunda kaldığı, fuar ve taşıma konusunda uzman taşıma işleri organizatörü ve akti taşıyıcı olan davalının davacıyı yanılttığı, bu durumun taşıma engeli olduğu, sözleşmeye uygun taşıma ve süresinde fuara yetişememe sebebinin 28 gün yerine 44 gün süreceği belirtilen deniz taşıma sürecinden kaynaklandığından anılan sorunun davalının tasarruf alanında gerçekleşmiş bir taşıma engeli olduğu...”na hükmetmiştir. Yargıtay “...Bölge Adliye Mahkemesince esastan reddine ilişkin kararın usul ve yasaya uygun olduğu kanısına varıldığından davalı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.” şeklinde hüküm tesis ederek ilgili kararın bu kısmını onaylamıştır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 09.12.2019 T., 2019/1173 E., 2019/7972 K. sayılı bu kararı için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 10.12.2021).

³⁸ Söz konusu ifade Alman doktrininde, yalnızca taşımanın taşıma senedinde belirtilen teslim süresi içerisinde gerçekleşmesinin imkânsız olduğu durumlarda değil, teslim süresine uylamayacağı ihtimalinin olduğu hâllerde de CMR m. 14/1’in uygulanmasının mümkün olduğu şeklinde yorumlanmıştır (Bkz. Koller, Art. 14 CMR Rn. 3; MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 14 CMR Rn. 10).

çevrilmiştir³⁹. Hükümün orijinal metne uygun bir şekilde “*imkansızlaşmışsa veya imkansızlaşıyorsa*” şeklinde çevrilmesi daha yerinde olurdu⁴⁰.

Engeli kimin sebep olduğu ya da engelin ortaya çıkmasında kimin kusurlu olduğu taşıma engelinin söz konusu olup olmadığının tespiti açısından önemli değildir⁴¹. Engelin kaynağı, CMR m. 16/1 gereğince masrafların karşılanması bakımından önem arz eder⁴².

2. Sübjektif İmkânsızlık

Taşıma sözleşmesinin taşıma senedinde öngörülen koşullara uygun şekilde yerine getirilmesinin sübjektif olarak imkânsız olduğu hâllerde, taşıma engeli söz konusu olmaz. Bir başka deyişle sübjektif imkânsızlık taşıma engeline neden olmaz⁴³. Eğer taşıyıcı, taşıma işini gerektiği şekilde yapabilmek için bir başkasını (örneğin bir alt taşıyıcıyı) devreye sokarak engeli aşabiliyorsa ifa imkânsız değildir; elbette ki bunun için taşıma senedinde buna engel olan bir kayıt bulunmamalıdır⁴⁴. Taşıyıcının yetersizliği taşıma engeline sebep olamayacağı için, örneğin taşıma aracında ortaya çıkan teknik bir arızanın taşıma engeli olarak nitelendirilebilmesi için, taşımada kullanılacak belirli bir aracın taraflarca kararlaştırılmış olması ya da taşımanın ikame bir araçla da teslim süresi içerisinde yerine getirilemiyor olması gerekir⁴⁵.

³⁹ CMR'nin Fransızca metninde de iki farklı ihtimali belirtecek şekilde “*est ou devient impossible*” ifadesi kullanılmıştır.

⁴⁰ Aynı yönde bkz. Abuzer Kendigelen/Alihan Aydın, “Karayoluyla Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesine İlişkin Antlaşma (CMR)- Resmi Çeviriye İlişkin Sorunlar ve Bir Serbest Çeviri Denemesi”, Kendigelen, Abuzer, *Makalelerim Cilt II, 2001-2006*, Vol. 1, s. 58.

⁴¹ Clarke, s. 89; Herber/Piper, Art. 14 CMR Rn. 2; Koller, Art. 14 CMR Rn. 2, 3; Thume/Temme, Art. 14 CMR Rn. 2; Ferrari/Otte, Art. 14 CMR Rn. 6; İlyasov, s. 119. Engel sebebinin dışardan ya da taşıyıcının şahsından kaynaklanması önemli değildir (Bkz. OLG Frankfurt 12. Zivilsenat, 24.06.1991, 12 U 152/90, VersR. 1992, s. 1157; Koller, Art. 14 CMR Rn. 2).

⁴² Thume/Temme, Art. 14 CMR Rn. 2; Koller, Art. 14 CMR Rn. 2.

⁴³ Braun, s. 17; Thume/Temme, Art. 14 CMR Rn. 5; Ferrari/Otte, Art. 14 CMR Rn. 4; Herber/Piper, Art. 14 CMR Rn. 5; Baumbach/Hopt/Merkt, Art. 14 CMR Rn. 1; Jesser, s. 88; Helm/Frachtrecht, Anh. VI § 452, Art. 14 CMR Rn. 2; GroßkommHGB/Reuschle, Art. 14 CMR Rn. 9; Koller, Art. 14 CMR Rn. 3; Clarke, s. 89-90; Boesche, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), Art. 14 CMR Rn. 2; İlyasov, s. 120.

⁴⁴ Clarke, s. 89; Widmann, s. 68.

⁴⁵ GroßkommHGB/Reuschle, Art. 14 CMR Rn. 1; Didier/Andresen, Art. 14 CMR Rn. 7; Andresen/Valder, Art. 14 CMR Rn. 7. Ayrıca engel nedeni taşıma aracındaki eksiklik (bilinmeyen bir parça ya da yapım hatası gibi), taşıma personelinin çalışmaması (örneğin hastalık veya grev sebebiyle) veya taşıma yolunun seçimi ile ilgiliyse burada taşıma işletmesinin özel riskleri, dolayısıyla işletmesel kararların söz konusu olduğu yönünde bkz. Canaris,

Bir başka deyişle, taşıma senedinde aktarma yasağı kararlaştırılmamışsa ve taşıma aktarma yoluyla usulüne uygun bir şekilde sürdürülebiliyorsa, teknik arıza CMR m. 14 anlamında imkânsızlık olarak kabul edilemez⁴⁶. Sürücünün hastalık sebebiyle yokluğu da subjektif imkânsızlığa sebep olduğu için taşıma engeli niteliğinde değildir⁴⁷.

Taşıma sözleşmesi, taşıma senedinde belirlenen koşullara uygun bir şekilde başka yollar kullanılarak ya da aktarma yoluyla yerine getirilebilir durumda ise, objektif imkânsızlık teşkil etmez⁴⁸. Örneğin gönderen aktarmayı yasaklamamışsa ve aracın motoru arızalanırsa taşıyıcı bakımından subjektif imkânsızlık söz konusu olur⁴⁹. Çünkü bu durumda başka bir taşıyıcı, eşyayı gönderilene taşıyabilir. Subjektif imkânsızlığın ortaya çıkması hâlinde taşıyıcı taşımanın gerçekleşmesini mümkün kılacak önlemler almalıdır, bu bağlamda örneğin başka bir araç kullanılmalı ya da alt taşıyıcıyı devreye sokmalıdır⁵⁰. Ancak aracın kazaya uğraması⁵¹ ya da teknik bir arıza vermesi hâlinde, teslim süresi içerisinde ikame aracın sağlanamaması taşıma engeli oluşturur⁵².

3. Geçici İmkânsızlık

Engelin taşımayı sürekli olarak imkânsız hâle getirmesi zorunlu değildir, geçici imkânsızlığa sebep olması da yeterlidir⁵³. Fakat geçici bir engelin CMR

Claus-Wilhelm, *Handelsrecht*, 24. vollständig neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, 2006, § 31 II, Rn. 52 vd.

⁴⁶ Jesser, s. 89, Anm. 430; Andresen/Valder, Art. 14 CMR Rn. 7; Thume/Temme, Art. 14 CMR Rn. 9; Ferrari/Otte, Art. 14 CMR Rn. 4. Macaristan'dan Türkiye'ye taşıma yapan aracın seyir halindeyken akü tesisatı ve plastik aksamalarının alev alması sonucu çıkan yangın nedeniyle eşyanın zarar görmesi ve taşımanın durmasının taşıma engeli niteliğinde olduğu yönünde bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 01.11.2013 T., 2013/1396 E., 2013/19374 K. sayılı kararı (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) (Erişim Tarihi: 10.12.2021).

⁴⁷ GroßkommHGB/Reuschle, Art. 14 CMR Rn. 1. Bkz. ve karşı. Andresen/Valder, Art. 14 CMR Rn. 7.

⁴⁸ Jesser, s. 89, Anm. 430; Thume/Temme, Art. 14 CMR Rn. 9.

⁴⁹ Thume/Temme, Art. 14 CMR Rn. 9; Jesser, s. 89, Anm. 430.

⁵⁰ Ferrari/Otte, Art. 14 CMR Rn. 4.

⁵¹ Yargıtay, önüne gelen bir uyumsuzlukta teslim yeri Fransa olan bir taşıma aracının taşıma sırasında Bulgaristan'da kaza geçirmesini somut olayın şartlarına göre taşıma engeli olarak nitelendirilmiştir. 11. Hukuk Dairesi'nin 10.11.2014 T., 2014/10128 E., 2014/17209 K. sayılı bu kararı için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 10.12.2021).

⁵² GroßkommHGB/Reuschle, Art. 14 CMR Rn. 12.

⁵³ Boesche, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), Art. 14 CMR Rn. 3; Thume/Temme, Art. 14

14 anlamında taşıma engeli olarak kabul edilebilmesi için, bu engel taşımanın taşıma senedinde öngörülen teslim süresi içerisinde yerine getirilmesini imkânsız kılmalıdır⁵⁴. Örneğin yaz mevsiminde geçiş güzergâhında beklenmedik bir şekilde aniden soğuk havalardan bastırılması şeklinde doğada geçici olarak ortaya çıkan bir engel ya da sınır kapısında gümrük memurları tarafından grev yapılması veya bir protesto çerçevesinde kamyonların abluka altına alınması gibi geçici durumlar kural olarak taşımanın imkânsız hâle gelmesine yol açmaz⁵⁵. Ancak geçici imkânsızlık sebebiyle taşımanın taşıma senedinde belirtilen süre içerisinde herhangi bir taşıyıcı tarafından gerçekleştirilmesi artık mümkün değilse CMR m. 14 anlamında imkânsızlık söz konusudur⁵⁶. Buna göre teslimin zamanında gerçekleştirilemeyeceğinin anlaşıldığı veya engelin ne zaman ortadan kalkacağına öngörülemeyen geçici imkânsızlık hâllerinde de CMR m. 14 uygulanmalıdır⁵⁷.

Kararlaştırılan teslim süresinin taşıma senedinde belirtilmediği fakat taşıma sözleşmesinde düzenlendiği ya da teslim süresinin CMR m. 19'a göre⁵⁸ belirleneceği durumlarda CMR m. 14 kıyasen uygulanabilir⁵⁹. Bunun

CMR Rn. 6; Koller, Art. 14 CMR Rn. 3; Ferrari/Otte, Art. 14 CMR Rn. 6; GroßkommHGB/Reuschle, Art. 14 CMR Rn. 4; Andresen/Valder, Art. 14 CMR Rn. 5; Didier (Didier/Andresen), Art. 14 CMR Rn. 5; Braun, s. 18. Bkz. ve karş. İlyasov, s. 118.

⁵⁴ GroßkommHGB/Reuschle, Art. 14 CMR Rn. 5; Boesche, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), Art. 14 CMR Rn 3; Koller, Art. 14 CMR Rn. 3; Didier (Didier/Andresen), Art. 14 CMR Rn. 5; Thume/Temme, Art. 14 CMR Rn. 6. Ayrıca bkz. OLG München 12.04.1990, TranspR 1990, s. 280, 285; Andresen/Valder, Art. 14 CMR Rn. 5.

⁵⁵ MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 14 CMR Rn. 10.

⁵⁶ Koller, TranspR 1988, s. 131; GroßkommHGB/Reuschle, Art. 14 CMR Rn. 12; Ferrari/Otte, Art. 14 CMR Rn. 6; MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 14 CMR Rn. 10; Boesche, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), Art. 14 CMR Rn. 3; Koller, Art. 14 CMR Rn. 3; Thume/Temme, Art. 14 CMR Rn. 6.

⁵⁷ HGB açısından bkz. Ensthaler/Bracker/Janßen, § 419 HGB Rn. 3.

⁵⁸ CMR m. 19 hükmü gereğince “Yük kararlaştırılan zaman limiti içinde teslim edilmemiş ise veya kararlaştırılmış zaman limiti olmadığı hallerde, taşımanın normal süresi ve özellikle parçalı yüklerde tüm yükü bir araya getirmek için gerekli zaman, gayretli bir taşımacıya gerekli zamanı geçiyor ise teslimde gecikme var demektir”.

⁵⁹ Herber/Piper, Art. 14 CMR Rn. 6; Koller, Art. 14 CMR Rn. 3; GroßkommHGB/Reuschle, Art. 14 CMR Rn. 3, 4; Boesche, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), Art. 14 CMR Rn. 3. Taşıma senedinin düzenlenmediği durumlarda CMR m. 14'ün taşıma senedi yerine taşıma sözleşmesi esas alınacak şekilde kıyasen uygulanabileceği yönündeki benzer bir görüş için bkz. Thume/Temme, Art. 14 CMR Rn. 7; Thume, (Fremuth/Thume), Art. 14 CMR Rn. 3. Taşıma senedinde düzenlenen teslim süresine ya da CMR m. 19'a göre belirlenen teslim süresine uyulmaması durumunda CMR m. 14'ün uygulanacağı yönündeki görüş için bkz. MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 14 CMR Rn. 10; Didier (Didier/Andresen), Art. 14 CMR Rn.

yanı sıra taşıma senedinin hiç düzenlenmediği hâllerde de hüküm kıyasen uygulanmalıdır⁶⁰. Netice itibarıyla CMR m. 14 hükmünün uygulanabilmesi için imkânsızlığın sürekli olması şart değildir. Bahsi geçen koşullar altında geçici olması da hükmün uygulanabilmesi için yeterlidir.

B. İfa Güçlüğü

Bir güçlüğü ortaya çıkması, tek başına objektif imkânsızlık oluşturmadığı için⁶¹ her ifa güçlüğü taşıma engeli niteliğinde değildir⁶². Buna göre ifanın alelade güçleşmesi ve maliyet artışları⁶³ bir engelin CMR m. 14 anlamında taşıma engeli olarak nitelendirilebilmesi için yeterli değildir⁶⁴.

4. Taşıma senedine süreye ilişkin herhangi bir kayıt düşülmemişse sürenin CMR m. 19'a göre belirleneceği, dolayısıyla bu hâlde özenli bir taşıyıcının uyması gereken sürenin esas alınacağı yönünde bkz. Ferrari/Otte, Art. 14 CMR Rn. 6; Thume/Temme, Art. 14 CMR Rn. 6.

⁶⁰ Boesche, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), Art. 14 CMR Rn. 3; Koller, Art. 14 CMR Rn. 3; Koller, TranspR 1988, s. 130.

⁶¹ Ferrari/Otte, Art. 14 CMR Rn. 8; Glöckner, Art. 14 CMR Rn. 1; Boesche, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), Art. 14 CMR Rn. 2; Koller, Art. 14 CMR Rn. 3; Didier (Didier/Andresen), Art. 14 CMR Rn. 5.

⁶² Herber/Piper, Art. 14 CMR Rn. 8; Ferrari/Otte, Art. 14 CMR Rn. 8; MüKoHGB-2009/Czerwenka, § 419 HGB Rn. 7; Andresen/Valder, Art. 14 CMR Rn. 6; Thume, Art. 14 CMR Rn. 14; Reuschle, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), § 419 HGB Rn. 17; Peter Glanegger / Kusterer Stefan / Johannes Selder / Christian Kirmberger / Werner Ruß / Ulrich Stuhlfelner, *Heidelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Handelsrecht, Bilanzrecht, Steuerrecht*, 7. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg 2006, HeidelbergerKommHGB/Ruß, § 419 HGB Rn. 2; Reuschle, (Hartenstein/Reuschle), Kpt. 1, Rn. 213; Claus-Wilhelm Canaris/ Mathias Habersack/ Carsten Schäfer, *Handelsgesetzbuch Großkommentar*, begründet von Hermann Staub, Bearbeiter: Patrick Schmidt, 12. Band, 2. Teilband, §§ 407-450, 5. Auflage, De Gruyter, 2013, § 419 HGB Rn. 4; Jürgen Ensthaler, *Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch mit UN-Kaufrecht*, von Jürgen Ensthaler, (Hrsg.), 8. Auflage, Luchterhand Verlag, 2015, Ensthaler/Bracker/Janßen, § 419 HGB Rn. 3; Andreas Möglich, *Das Neue Transportrecht, Einführung-Kommentar-Texte*, 1. Auflage, Bundesanzeiger Verlag, 1998, § 419 HGB Rn. 3.

⁶³ Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi, taşıyıcının savaş nedeniyle transit geçiş yasağı yüzünden başka bir yola girmesinin taşıyıcı için ek giderlere sebep olduğu bir davada, CMR m. 14/1'i uygulamaktan kaçınmıştır (OLG München 28.06.1983, TranspR 1984, s. 186, 187).

⁶⁴ Olaf Hartenstein/Fabian Reuschle, *Handbuch des Fachanwalts Transport- und Speditionsrecht*, 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2015, Kpt. 1, Rn. 213; Fremuth, (Fremuth/Thume), § 419 HGB Rn. 3; Koller, Art. 14 CMR Rn. 3; Donald James Hill/Andrew Messent, *CMR: Contracts for the International Carriage of Goods By Road*, by Andrew Messent with David A. Glass, 2. Edition, Lloyds Of London Press Ltd, London 1995, s. 94; Thume/Temme, Art. 14 CMR Rn. 17; Reuschle, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), § 419 HGB Rn. 7. Bkz. OLG München 28.06.1983, TranspR 1984, s. 187; OLG Hamburg 25.02.1988, TranspR 1988, s. 278.

Öte yandan taşıyıcı, kendisinden beklenemeyecek çabalarda bulunma yükümlülüğü altında olmadığından, önemli bir güçlüğü belli koşullar altında imkânsızlığa yol açabileceğini kabul etmek gerekir⁶⁵. İfa güçlüğüne ilişkin değerlendirmeler her somut olay açısından ayrı ayrı yapılmalıdır, ancak taraflarca belirli bir güzergâhın kararlaştırılmadığı ve aktarma yasağının da öngörülmediği durumlarda, taşıma başka yollar üzerinden ya da aktarma yoluyla gerçekleştirilebilir durumda ise taşımanın bu şekilde güçleşmesi taşıma engeli olarak kabul edilemez⁶⁶. Dolayısıyla alelade bir güçlüğü söz konusu olması hâlinde taşıyıcı sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisine de sahip değildir⁶⁷ ve buna rağmen sözleşmeyi sona erdirirse taşıma sözleşmesinin ihlâli söz konusu olur⁶⁸.

III.TESLİM ENGELİ (CMR m. 15)

CMR m. 15/1'de eşyanın teslim yerine varmasından sonra şartların eşyanın teslimini engellediği hâllerde, teslim engelinin söz konusu olacağı öngörülmüştür. Bunun yanı sıra hükümde, gönderilenin eşyayı teslim almaktan kaçınma hâli, taşıma senedinin ibrazına ilişkin istisnai durum ile gönderilenin teslimi isteme hakkı ve eşyanın başka bir kişiye teslimi yönünde talimat verilmesi ihtimaline ilişkin esaslar düzenlenmiştir. Buradan hareketle ilgili hükümde esasen teslim engeli hâlinde eşya ile nasıl bir yol izleneceğinin düzenlendiği, taşıyıcının diğer haklarına yer verilmediği söylenebilir⁶⁹.

CMR m. 15 hükmünde, teslim engeli kavramına ilişkin teknik anlamda hukuki bir tanıma yer verilmemiştir. Bu nedenle de teslim engelinin, üzerinde mutabık kalınan kesin bir tanımı yoktur. Doktrinde farklı tanımlamalar yapılmıştır. Bir tanıma göre teslim engeli, taşınan eşyanın kararlaştırılan zamanda gönderilene tesliminin herhangi bir sebeple objektif imkânsız hâle gelmesi durumudur⁷⁰. Bir başka tanıma göre, eşyanın teslim yerine

⁶⁵ Andresen/Valder, Art. 14 CMR Rn. 6; Ferrari/Otte, Art. 14 CMR Rn. 8.

⁶⁶ Fremuth, (Fremuth/Thume), § 419 HGB Rn. 3; Didier (Didier/Andresen), Art. 14 CMR Rn. 5. Benzer yönde bkz. Andresen/Valder, Art. 14 CMR Rn. 6.

⁶⁷ Thume/Temme, Art. 14 CMR Rn. 14; Reuschle, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), § 419 HGB Rn. 17.

⁶⁸ Glöckner, Art. 14 CMR Rn. 1; Loewe, s. 547; Reuschle, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), § 419 HGB Rn. 17; Thume/Temme, Art. 14 CMR Rn. 14; Herber/Piper, Art. 14 CMR Rn. 9.

⁶⁹ Koller, Art. 15 CMR Rn. 1. Taşıma ve teslim engeli durumunda taşıyıcının alabileceği tedbirlere ve talep haklarına ilişkin esaslar CMR m. 16 hükmünde düzenlenmiştir.

⁷⁰ Ferrari/Otte, Art. 15 CMR Rn. 2; Thume/Temme, Art. 15 CMR Rn. 3; Koller, Art. 15 CMR Rn. 2.

varmasından sonra, kararlaştırılan zamanda gönderilene teslim edilmesine engel olan hâllerdir⁷¹. Başka bir tanıma göre, eşyanın teslim edileceği yere varmasından sonra ortaya çıkan ve eşyanın gönderilene teslim edilmesini önleyen sebepler teslim engeldir⁷². CMR'nin 14 ilâ 16. maddelerinden yola çıkarak teslim engeli, teslim yerine ulaşma anından sonra eşyanın zamanında ve usulüne uygun bir şekilde teslimini engelleyen şartların ortaya çıkması hâli olarak tanımlanabilir. Teslim engeli kavramının içeriğini doldurabilmek için imkânsızlık, ifa güçlüğü, kabulden kaçınma ve ödemedenden kaçınma durumlarının ayrı ayrı ele alınması faydalı olacaktır.

A. İmkânsızlık ve İfa Güçlüğü

CMR m. 15 anlamında engel kavramının değerlendirilmesi ve anlamlandırılması bakımından, CMR m. 14'teki imkânsızlık kavramı için geliştirilen ölçütler burada da geçerlidir⁷³. Dolayısıyla teslimin objektif imkânsız olduğu hâller, hiç kuşkusuz teslim engeli teşkil eder⁷⁴. Burada da imkânsızlığın söz konusu olup olmadığının tespiti için taşıma senedinde belirtilen şartlar esas alınır. Taşıma senedinin düzenlenmediği hâllerde, CMR m. 15 kıyasen uygulanır⁷⁵. İfa güçlüğü bakımından da taşıma engeli açısından ortaya konulan ilkeler teslim engeli için de geçerlidir⁷⁶.

Teslimin kararlaştırılan zamanda gerçekleştirilmesinin imkânsız hâle gelmesi, taşıyıcının veya gönderilenin şahsından kaynaklanan ya da dışardan

⁷¹ MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 15 CMR Rn. 2; Ferrari/Otte, Art. 15 CMR Rn. 2; Fremuth/Thume, Art. 15 CMR Rn. 2.

⁷² Mertol Can, *CMR ve Alman Ticaret Kanunu ile Mukayeseli Olarak Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları, Birinci Cilt*, Ankara 2017, s. 62. Teslim engelinin kapsamını daraltan bir başka tanıma göre ise teslim engeli, eşyanın teslim edilmesini kati surette önleyen ya da belirsiz bir süre geciktiren durumlardır, gecikme durumunda bekleme süresi taşıyıcı için beklenemez şekilde uzun olmalıdır (Bkz. Fremuth, (Fremuth/Thume), § 419 HGB Rn. 7; Müglich, s. 51).

⁷³ Boesche, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), Art. 15 CMR Rn. 2; GroßkommHGB/Reuschle, Art. 15 CMR Rn. 3; Koller, Art. 15 CMR Rn. 2; Thume/Temme, Art. 15 CMR Rn. 3; Helm/Frachtrecht, Anh. VI § 452, Art. 15 CMR Rn. 3. Bkz. II.1.A.

⁷⁴ Thume/Temme, Art. 15 CMR Rn. 3; Herber/Piper, Art. 15 CMR Rn. 5; Koller, Art. 15 CMR Rn. 2; Ferrari/Otte, Art. 15 CMR Rn. 2; Boesche, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), Art. 15 CMR Rn. 2; Helm/Frachtrecht, Anh. VI § 452, Art. 15 CMR Rn. 3; GroßkommHGB/Reuschle, Art. 15 CMR Rn. 3.

⁷⁵ Helm/Frachtrecht, Anh. VI § 452, Art. 14 CMR Rn. 2; Herber/Piper, Art. 15 CMR Rn. 2; Boesche, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), Art. 15 CMR Rn. 1; Thume/Temme, Art. 15 CMR Rn. 1; GroßkommHGB/Reuschle, Art. 15 CMR Rn. 2.

⁷⁶ Bkz. II.B.

gelen bir sebep dolayısıyla ortaya çıkabilir⁷⁷. Bu bağlamda gönderilenin işletmesinde grev olması⁷⁸ ya da gerekli boşaltma ekipmanlarının bulunmaması⁷⁹ sebebiyle eşyanın gönderilen tarafından boşaltılamaması veyahut taşıyıcının boşaltma ile yükümlü olduğu hâllerde taşıma aracının boşaltma tertibatının çalışmaması⁸⁰ teslim engeli niteliğindedir. Yerel makamların ya da mahkemelerin eşyanın teslimini yasaklaması da CMR bağlamında teslim engeline sebep olur⁸¹.

Teslim yeri, taşıma senedinde belirtilebilir ya da geçerli bir talimat ile sonradan belirlenebilir⁸². Eğer geçerli bir talimat ile teslim yeri değiştirilirse, ilk başta belirlenen teslim yeri anlamını yitirir (CMR m. 12/1). Taşıyıcının makul çabalarına rağmen, gönderilenin bulunamadığı durumlarda teslim engeli söz

⁷⁷ Koller, Art. 15 CMR Rn. 2; Baumbach/Hopt/Merkt, Art. 15 CMR Rn. 1; Thume/Temme, Art. 15 CMR Rn. 3.

⁷⁸ Helm/Frachtrecht, Anh. VI § 452, Art. 14 CMR Rn. 6; GroßkommHGB/Reuschle, Art. 15 CMR Rn. 6; MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 15 CMR Rn. 2; Didier (Didier/Andresen), Art. 15 CMR Rn. 8.

⁷⁹ Boesche, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), Art. 15 CMR Rn. 2; MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 15 CMR Rn. 2; Helm/Frachtrecht, Anh. VI § 452, Art. 14 CMR Rn. 6; Ferrari/Otte, Art. 15 CMR Rn. 3; Loewe ETR 1976, s. 548; Thume/Temme, Art. 15 CMR Rn. 3; Clarke, s. 91; Didier (Didier/Andresen), Art. 15 CMR Rn. 8. Ayrıca bkz. OLG Köln 23.02.1972, BB 1973, s. 405.

⁸⁰ MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 15 CMR Rn. 2. Yükleme alanındaki metal kapağın üstünden geçilmesi sonucu aracın lastiklerinin patlaması ve yakınlarda araca uygun bir lastiğin de bulunmaması sebebiyle aracın yükleme yerine girememesinin taşıyıcının riziko alanına giren bir taşıma engeli niteliğinde olduğu yönünde bkz. Vural Seven/ Ahmet Batuhan Oyal, "Taşıma Hukukunda Riziko Alanı İlkesi Bağlamında Nötr Alan ve COVID-19'un Nötr Alan Olarak Değerlendirilmesi", İstanbul Hukuk Mecmuası, 78 (2), 2020, s. 645.

⁸¹ GroßkommHGB/Reuschle, Art. 15 CMR Rn. 6; MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 15 CMR Rn. 2; Helm/Frachtrecht, Anh. VI § 452, Art. 14 CMR Rn. 6.

⁸² Arkan, Sorumluluk, s. 10; Thume/Temme, Art. 15 CMR Rn. 3; Herber/Piper, Art. 15 CMR Rn. 1; Ferrari/Otte, CMR Art. 15 Rn. 7; Koller, § 407 HGB Rn. 10b; Altan Edis, *Die Haftung des Frachtführers nach schweizerischen Obligationen- und türkischem Handelsrecht*, Diss., 1. Auflage, Herbert Lang, Bern - Peter Lang, Frankfurt, 1975, s. 34-35; Albert Wehrli, *Haftung des Frachtführers nach dem schweizerischen Obligationenrecht*, Diss., Romanshorn: Buchdruckerei der Schweizerischen Bodensee-Zeitung, 1920, s. 8.

konusudur⁸³. Gönderilenin taşınması dolayısıyla adresinin değişmesinden⁸⁴ veya adresin gönderen tarafından yanlış ya da eksik yazılmasından dolayı⁸⁵ gönderilenin makul çabalara rağmen bulunamaması, bu bağlamda değerlendirilebilecek bir teslim engeli niteliğindedir. Ancak teslimin salt güçleşmesi kural olarak teslim engeli niteliğinde olmadığından⁸⁶, taşıyıcı gönderileni bulmak için beklenebilirlik sınırları dahilinde araştırma yapmakla

⁸³ Helm/Frachtrecht, Anh. VI § 452, Art. 15 CMR Rn. 5; Ferrari/Otte, Art. 15 CMR Rn. 5; MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 15 CMR Rn. 2; Boesche, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), Art. 15 CMR Rn. 2; Clarke, s. 91; Herber/Piper, Art. 15 CMR Rn. 7; Lenz, Straßengütertransportrecht, Rn. 428; Arkan, Sorumluluk, s. 57; Glöckner, Art. 15 CMR Rn. 4; GroßkommHGB/Reuschle, Art. 15 CMR Rn. 5; Koller, Art. 15 CMR Rn. 2; Decker, Anm. 42; Staub/P. Schmidt, § 419 HGB Rn. 13; Reuschle, (Hartenstein/ Reuschle), Kpt. 1, Rn. 219; Seven, Vural, (6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK m. 856–893) Hükümlerine Göre) Taşıma Hukukunda Gönderilen, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2012, s. 203; Franz Schlegelberger, *Handelsgesetzbuch*, Erläutert von Ernst Geßler, Wolfgang Hefermehl, Wolfgang Hildebrandt, Georg Schröder, Band IV, §§ 386-460, 5. Auflage, Verlag Franz Vahlen GmbH München, 1976, § 437 a.F. HGB Rn. 3; Peter Jabornegg, (Hrsg.), *Kommentar zum HGB, Handelsgesetzbuch mit Firmenbuchgesetz und Handelsmaklerrecht*, 2. Auflage, Springer-Verlag Wien New York, 2010, § 437 a.F. HGB Rn. 2. Ayrıca bkz. OLG Hamburg 25.02.1988, VersR 1988, s. 909. Yargıtay da bir kararında gönderilenin bulunamaması hâlinin teslim engeli niteliğinde olduğunu “...davalının malı teslim etme yerine ulaştırıldığına gönderileni bulamadığını dolayısıyla bir teslim engeli ile karşılaştığı...” şeklinde ifade etmiştir (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 24.01.2012 T., 2012/12151 E., 2014/2845 K. için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 06.12.2021)). Bir başka uyuşmazlıkta ilk derece mahkemesi “...davalı dava konusu malı teslim etme yerine ulaştırıldığına gönderileni bulamadığını dolayısıyla bir teslim engeli ile karşılaştığı”nı kabul etmiştir ve ilgili karar Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 09.02.2016 T., 2015/3257 E., 2016/1189 K. sayılı kararı ile onanmıştır. İlgili karar için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 10.12.2021).

⁸⁴ Ferrari/Otte, Art. 15 CMR Rn. 5; MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 15 CMR Rn. 2. Bkz. OLG Hamburg 25.02.1988, VersR 1988, s. 909.

⁸⁵ Helm/Frachtrecht, Anh. VI § 452, Art. 15 CMR Rn. 5; Staub/P. Schmidt, § 419 HGB Rn. 13; MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 15 CMR Rn. 2; Herber/Piper, Art. 15 CMR Rn. 7; Glöckner, Art. 15 CMR Rn. 4; Schlegelberger/Geßler, § 437 a.F. HGB Rn. 3; GroßkommHGB/Reuschle, Art. 15 CMR Rn. 5; Lenz, Straßengütertransportrecht, Rn. 428. Bkz. OLG Hamburg 25.02.1988, VersR 1988, s. 909. Yargıtay bir kararında “...eşyanın teslim edileceği yerde teslim engeli çıkması durumunda taşıyıcı, göndericiyi durumdan haberdar ederek talimat almalıdır. Her ne kadar, davalı tarafça adresin açık olarak belirtilmemesi nedeniyle alıcının bulunamadığı savunulmuşsa da anılan hüküm gereğince davacıdan talimat alınması gerekmektedir.” şeklinde hüküm tesis etmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 09.05.2018 T., 2016/11300 E., 2018/3394 K sayılı bu karar için bkz. Kürşat Göktürk/ Mehmet Çelebi Can/Esra Kaşak, *Karayoluyla Eşya ve Yolcu Taşıma Hukuku, Gerekeçeli – İçtihatlı – Madde Karşılaştırmalı*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020, s. 54. Bkz. OLG Hamburg 25.02.1988, TranspR 1988, s. 277. Karş. OLG Stuttgart 13.10.1999, TranspR 2001, s. 127

⁸⁶ MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 15 CMR Rn. 4; Koller, Art. 15 CMR Rn. 2.

yükümlüdür⁸⁷. Taşıyıcı, sadece yerine getirilmesi ek çaba gerektirdiği için teslim yükümlülüğünden kurtulamaz; teslim için makul bir çaba harcamak zorundadır⁸⁸.

İsnat edilebilirlik ve kusur, CMR m. 15 gereğince teslim engelinin söz konusu olup olmadığı açısından hiçbir önem arz etmez⁸⁹. Kusur, CMR m. 16/1 gereğince masrafların karşılanması meselesi ile ilgilidir. Dolayısıyla teslimin gönderilenin ya da taşıyıcının şahsından kaynaklanan veya dışardan gelen bir sebeple imkânsız hâle gelmesi teslim engelinin varlığı açısından esas alınmaz⁹⁰.

B. Kabulden Kaçınma (CMR m. 15/1)

Teslim engeline ilişkin CMR m. 15/1 hükmünün ikinci cümlesinde “*Eğer alıcı yükü kabul etmezse...*” ifadesine yer verilerek teslimin imkânsız hâle gelmesinin gönderilenden kaynaklı sebeplerle de gerçekleşebileceğine işaret edilmiştir. Teslim, gönderilenin teslim için belirlenen şartları yerine getirememesi ya da getirmek istememesi gibi gönderilenin şahsından kaynaklanan bir sebepten dolayı da imkânsız hâle gelebilir⁹¹. Bu bağlamda değerlendirilebilecek en önemli teslim engeli, kabulden kaçınmadır (CMR m. 15/1). Gönderilenin kararlaştırılan zamanda teslim edilecek eşyayı kabul etmemesi durumunda, CMR m. 15/1 gereğince kabulden kaçınma söz konusu olur⁹².

⁸⁷ Herbert Lersch, *Die Rechtsstellung des Empfängers aus dem Frachtvertrag beim Landfrachtgeschäft*, Dissertation, Coburg 1931, s. 75-76; Glöckner, Art. 15 CMR Rn. 4; Boesche, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), Art. 15 CMR Rn. 2; MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 15 CMR Rn. 4; Herber/Piper, Art. 15 CMR Rn. 7; Ferrari/Otte, Art. 15 CMR Rn. 5; Koller, Art. 15 CMR Rn. 2; Thume/Temme, Art. 15 CMR Rn. 3; Clarke, s. 92; Helm/Frachtrecht, Anh. VI § 452, Art. 15 CMR Rn. 5; GroßkommHGB/Reuschle, Art. 15 CMR Rn. 5; Staub/P. Schmidt, § 419 HGB Rn. 13; Didier (Didier/Andresen), Art. 14 CMR Rn. 13. Ayrıca bkz. OLG Hamburg 25.02.1988, TranspR 1988, s. 278; OLG Stuttgart 13.10.1999, TranspR 2001, s. 127, 129.

⁸⁸ MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 15 CMR Rn. 4.

⁸⁹ Herber/Piper, Art. 15 CMR Rn. 6; MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 15 CMR Rn. 2; Boesche, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), Art. 15 CMR Rn. 2; Thume/Temme, Art. 15 CMR Rn. 4; Ferrari/Otte, Art. 15 CMR Rn. 6; Helm/Frachtrecht, Anh. VI § 452, Art. 14 CMR Rn. 6; GroßkommHGB/Reuschle, Art. 15 CMR Rn. 6; Lenz, Uwe, *Straßengütertransportrecht*, Köln 1988, Rn. 425. Bkz. OLG Düsseldorf 15.12.1983, TranspR 1984, s. 40.

⁹⁰ Aynı yönde bkz. Thume/Temme, Art. 15 CMR Rn. 3; Koller, Art. 15 CMR Rn. 2.

⁹¹ Koller, Art. 15 CMR Rn. 2.

⁹² Boesche, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), Art. 15 CMR Rn. 6; Ferrari/Otte, Art. 15 CMR Rn. 2; Herber/Piper, Art. 15 CMR Rn. 17, 18; Clarke, s. 90. Kesin olarak kaçınması gerek-

Kabulden kaçınma bir başka deyişle eşyaların teslimi sırasında gönderilenin katılım işlemlerini kesin olarak reddetmesi, CMR m. 15'te teslim engelinin özel bir türü olarak düzenlenmiştir⁹³. Teslimi kabulden kaçınma, şekil şartlarına tabi olmayan ve varması gereken bir irade açıklamasıdır⁹⁴. Eşyanın açıkça reddedilmesi şart değildir, gönderilenin kararlaştırılan zamanda ve kararlaştırılan şekilde kendisine sunulan eşyayı kabul etmek istemediğinin davranışlarından çıkarılabilmesi⁹⁵, bir başka deyişle zimnen belirtilmesi de yeterlidir⁹⁶. Örneğin gönderilenin taşıyıcıya eşyayı geri taşıma talimatı vermesi, zimnen kaçınma anlamına gelir⁹⁷. Burada gönderilenin sözleşmede belirlenen zamanda eşyayı kabul etmektен kaçınacağına taşıyıcı tarafından anlaşılabilir olması esastır⁹⁸. Kabulden kaçınma durumunda taşıyıcının bir süre belirleyerek gönderilene eşyayı kabul etme niyetinin olup olmadığını netleştirme hakkı tanınması gerekir; gönderilen bu süreyi boşaltma yapmadan ya da CMR m. 12/2 gereğince talimat vermeden geçirirse taşıyıcı teslimden kaçınmanın gerçekleştiği sonucuna varabilir⁹⁹. Gönderilenin eşyayı reddetmede haklı ya da haksız olması¹⁰⁰, kusurlu ya da kusursuz¹⁰¹ olması teslim engelinin varlığı açısından önemli değildir.

Eşyanın teslim yerine ulaşmasından sonra, gönderilenin eşyayı sözleşmeye uygun bir şekilde boşaltmaktan kaçınması da teslim engeli

tiği yönündeki görüş için bkz. Lenz, Straßengütertransportrecht, Rn. 429; GroßkommHGB/Helm, Art. 15 CMR Rn. 4. Bkz. OLG Düsseldorf, 12.01.1984 TranspR 1984, s. 102, 103; OLG Frankfurt am Main 30.05.1996, TranspR 1997, s. 427, 431; Kantongerecht Rotterdam 24.05.1966, ETL 1966, s. 729, 730.

⁹³ Ferrari/Otte, Art. 15 CMR Rn. 9; Helm/Frachtrecht, Anh. VI § 452, Art. 15 CMR Rn. 4; GroßkommHGB/Reuschle, Art. 15 CMR Rn. 4; Koller, Art. 15 CMR Rn. 2; Herber/Piper, Art. 15 CMR Rn. 16. Ayrıca bkz. OLG Hamburg 31.03.1994, VersR 1996, s. 127.

⁹⁴ Maximiliane Meyer-Rehfuess, *Das frachtvertragliche Weisungsrecht*, Dissertation, 1. Auflage, Luchterhand Verlag GmbH, 1995, s. 31.

⁹⁵ Baumbach/Hopt/Merkt, Art. 15 CMR Rn. 1; MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 15 CMR Rn. 4.

⁹⁶ Koller, Art. 15 CMR Rn. 2; Baumbach/Hopt/Merkt, Art. 15 CMR Rn. 1; MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 15 CMR Rn. 5; Heymann, Erst, *Handelsgesetzbuch, Kommentar*, §§ 343-475h HGB, Band 4, 2. Auflage, De Gruyter, § 419 HGB Rn. 5.

⁹⁷ MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 15 CMR Rn. 5.

⁹⁸ Ferrari/Otte, Art. 15 CMR Rn. 9; Koller, Art. 15 CMR Rn. 2.

⁹⁹ MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 15 CMR Rn. 5.

¹⁰⁰ Herber/Piper, Art. 15 CMR Rn. 17; Glöckner, Art. 15 CMR Rn. 3; Boesche, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), Art. 15 CMR Rn. 6; Koller, Art. 15 CMR Rn. 2; Didier (Didier/Andresen), Art. 15 CMR Rn. 12.

¹⁰¹ Koller, Art. 15 CMR Rn. 2.

niteliğindedir¹⁰². Zira CMR m. 15 ve m. 17’de kullanılan teslim kavramı, hükümlerin anlam ve amaçları bakımından aynı nitelikte değildir. Şöyle ki CMR m. 17 sorumluluk süresinin ne zaman sona ereceğini düzenler¹⁰³ ve taşıyıcının sorumlu olmadığı boşaltma işlemini sorumluluk süresinin dışında tutar. CMR m. 15 ise, taşıyıcının sözleşmeyi ihlâl etmeden eşyadan nasıl kurtulabileceği meselesine yanıt verir; burada teslim, eşyanın gönderilene teslim edilmesi yolu ile aracın tamamen boşaltılması anlamına gelir¹⁰⁴ ve bu mümkün değilse teslim engeli söz konusudur¹⁰⁵.

Gönderilenin eşyayı kabulden kaçınması durumunda, gönderen CMR m. 12 ve 13’teki genel ilkelere göre talimat verme hakkını daha önce kaybetmiş ya da kullanmamış olsa bile talimat verme hakkına sahiptir. Dolayısıyla bu hâlde talimat verme hakkı gönderene döner ve gönderen taşıma senedinin birinci nüshasını ibraz etmeden eşya üzerinde tasarruf etme hakkına sahiptir (CMR m. 15/1). Öte yandan CMR m. 15/2 hükmü ile eşyayı kabulden kaçınan gönderilene, gönderenin talimatlarının gelmesine kadar bir tür pişmanlık hakkı (*Reuerecht*) sağlanmıştır¹⁰⁶. Buna göre, gönderilen eşyayı kabul etmemiş bile olsa, gönderenden aksine bir talimat gelmedikçe eşyaların kendisine teslimini isteyebilir.

C. Ödemeden Kaçınma

Taşıyıcının gönderilenden belli bir tutarı tahsil etmeden eşyayı teslim etmeme yükümlülüğü altına girmesi, Konvansiyon hükümleri gereğince *teslimde ödeme* müessesesi olarak adlandırılır (CMR m. 21). Taşıyıcının

¹⁰² MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 15 CMR Rn. 3. Benzer yönde bkz. Helm/Frachtrecht, Anh. VI § 452, Art. 15 CMR Rn. 2; GroßkommHGB/Reuschle, Art. 15 CMR Rn. 2. Eşyanın teslim yerine varmasından sonra, gönderilenin eşyayı boşaltmaktan kaçınması durumunda alacaklının temerrüdüne ilişkin borçlar hukuku genel hükümlerine (§ 293 BGB) başvurulamayacağı yönünde bkz. MüKoHGB/Thume, § 419 HGB Rn. 14. HGB açısından bkz. MüKoHGB/Thume, § 419 HGB Rn. 14; Koller, § 419 HGB Rn. 15. Gönderilenin teslim işlemini kabul edip aracı boşaltmaktan kaçınması hâlinde, TTK m. 869 hükmünün kıyasen uygulanacağı yönünde bkz. Koller, Art. 15 CMR Rn. 2.

¹⁰³ Hüseyin Ülgen, *Hava Taşıma Sözleşmesi*, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1987, s. 170 vd.; Arslan Kaya, “Taşıyıcının Karayolu ile Eşya Taşımaya İlişkin Uluslararası Sözleşmede (CMR) Öngörülen Sorumluluğun Esasları – II”, *İÜHF.M.*, 1998, 56 (1-4), s. 240 vd.

¹⁰⁴ GroßkommHGB/Reuschle, Art. 15 CMR Rn. 7; MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 15 CMR Rn. 3; Helm/Frachtrecht, Anh. VI § 452, Art. 15 CMR Rn. 7.

¹⁰⁵ MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 15 CMR Rn. 3.

¹⁰⁶ MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 15 CMR Rn. 1.

teslimde ödemeyi tahsil etme yükümlülüğü, taşıma sözleşmesinin yapıldığı sırada kararlaştırılabileceği gibi sonrasında gönderenin talimatı ile de ortaya çıkabilir¹⁰⁷. Eşyanın teslimdeki ödeme tutarı tahsil edilmeksizin teslimi hâlinde, taşıyıcı tazminat ödemekle yükümlüdür, dolayısıyla ödemedən kaçınan gönderilene eşya teslim edilmemelidir. Bu sebeple teslimde ödemenin kararlaştırıldığı hâllerde, gönderilenin ödemedən kaçınması kuşkusuz teslim engeli olarak kabul edilmelidir¹⁰⁸.

Gönderilenin CMR m. 13/2 gereğince teminatı ya da -teslimde ödemedede olduğu gibi- teslim sırasında derhâl ödenmesi gereken diğer bedelleri ödemekten kaçınması durumu da teslim engeli niteliğindedir¹⁰⁹. Zira

¹⁰⁷ Ecehan Yeşilova Aras, *Uluslararası Karayolu ile Yük Taşımacılığında Teslim Süresinin Aşılması ve Teslimde Ödeme (CMR m. 19, 20, 21)*, Adalet Yayınevi, 2010, s. 76; Herber/Piper, Art. 21 CMR Rn. 1; Koller, Art. 21 CMR Rn. 2.

¹⁰⁸ Aynı yönde bkz. Lenz, *Straßengütertransportrecht*, Rn. 429; Herber/Piper, Art. 15 CMR Rn. 19; Koller, Art. 15 CMR Rn. 2; Ferrari/Otte, Art. 15 CMR Rn. 4; Thume/Temme, Art. 15 CMR Rn. 6; Boesche, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), Art. 15 CMR Rn. 6; MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 15 CMR Rn. 2; Decker, Anm. 42. Ayrıca bkz. BGH 05.02.1987, TranspR 1987, s. 180.

¹⁰⁹ Loewe ETR 1976, s. 548; Koller, Art. 15 CMR Rn. 2; MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 15 CMR Rn. 2; Ferrari/Otte, Art. 15 CMR Rn. 4; Didier (Didier/Andresen), Art. 15 CMR Rn. 11; GroßkommHGB/Reuschle, Art. 15 CMR Rn. 4; Herber/Piper, Art. 15 CMR Rn. 19; Boesche, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), Art. 15 CMR Rn. 6; Helm/Frachtrecht, Anh. VI § 452, Art. 15 CMR Rn. 17; Widmann, s. 72; Precht/Endrigkeit, Art. 15 Rn. 1. Bkz. ve karşı. Yargıtay 11. H.D. 23.01.2020 T., 2018/3265 E., 2020/696 K. *Temme*, gönderilenin taşıma bedeli ya da teslim sırasında ödenmesi gereken diğer bedelleri ödemekten kaçınmasını teslim engeli olarak kabul eden görüşün sadece sonucu itibariyle doğru olduğunu ileri sürmüştür. Yazara göre, gönderenin taşıyıcıyı taşıma bedelinin ya da eşyanın değerinin tahsili ile görevlendirmesi (teslimde ödeme) durumu farklıdır; gönderilen bunları ödemekten kaçınırsa, taşıyıcı taşıma sözleşmesini yerine getirmeyebilir, çünkü gönderene teminat getirmeyi değil, taşıma bedelinin ya da eşyanın değerinin tahsilini borçlanmıştır. Gönderilenin taşıma bedelini ödemekten kaçınması hâlinde ise CMR m. 13/2 uygulanır ve buna göre taşıyıcı kural olarak taşıma sözleşmesini teslim ile yerine getirmekle yükümlü olmaya devam eder. Ayrıca yazar eşyanın çoğu zaman taşıyıcıya ödenecek taşıma bedeline oranla daha yüksek değere sahip olması sebebiyle taşıyıcının sözleşmeyi yerine getirmek için çaba harcamasının gönderenin de menfaatine olduğunu ve böylece taşıma bedeli miktarınca teminat ediminin (*Sicherheitsleistung*) ortaya çıktığını ileri sürerek bu durumun tarafların menfaatine daha uygun olduğunu savunmuştur (Thume/Temme, Art. 15 CMR Rn. 6). Bkz. ve karşı. Glöckner, Art. 15 CMR Rn. 2. Gönderilenin teminatı ödememesi durumunda CMR m. 15/1 anlamında teslim engelinin söz konusu olduğu yönünde bkz. Thume/Temme, Art. 15 CMR Rn. 6; Ferrari/Otte, Art. 15 CMR Rn. 4. Ayrıca bkz. ve karşı. OLG Hamburg, 03.11.1983, 6 U 118/83, VersR 1984, 235 vd. Yargıtay bir kararında "...*yükün teslim yeri olan Fransa'ya varışından sonra dava dışı müşterinin kendi bankası ile yaşadığı sorundan kaynaklı akreditif ilişkisinin kurulamaması sebebiyle, akreditif ödeme şekli öngörülen satış sözleşmesinde bir teslim engelinin çıktığı ve bu teslim engeli ile karşılaşan davalı taşıyıcının davacı taşıtandan herhangi bir talimat istemeden malları CMR senedinde ihbar kişisi sıfatıyla yer alan dava*

gönderilenin teslim talebi ile CMR m. 13/2 gereğince taşıma senedinden doğan ödemeleri yapma yükümlülüğü arasındaki ilişki sebebiyle ödemedi kaçınma, teslim katılım yükümlülüğünü reddetme anlamına gelir ve kabulden kaçınma niteliğindedir¹¹⁰. Öte yandan gönderilen, gönderen tarafından taşımaya ilişkin ödemelerden muaf tutulmuşsa ve bu husus taşıma belgelerinden anlaşılıyorsa ya da gönderilen CMR m. 13/2 gereğince teminat göstermeye hazır ise ödemedi kaçınma durumu CMR m. 15 anlamında teslim engeline sebep olmaz¹¹¹. Gönderilenin ödeme yapmaktan kaçınma hususunda haklı olup olmaması, teslim engelinin varlığı noktasında esas alınmaz¹¹².

IV. TAŞIMA ve TESLİM ENGELİNE İLİŞKİN CMR HÜKÜMLERİNİN TTK m. 869 ile KARŞILAŞTIRILMASI

Karayolu ile yapılan uluslararası eşya taşımalarındaki taşıma ve teslim engellerine ilişkin CMR'nin 14, 15 ve 16'ncı maddeleri TTK m. 869 hükmü için mehz düzenlemelerdir. Ancak belirtmek gerekir ki TTK hükmü, içerik olarak CMR ile büyük ölçüde benzer olmakla birlikte CMR'den başka şekilde yapılandırılmış ve genişletilmiştir. Her şeyden önce kanun yapma tekniği açısından, taşıma engeli (CMR m. 14), teslim engeli (CMR m. 15) ve taşıyıcının talep ve yetkileri (CMR m. 16) CMR'de ayrı ayrı düzenlenmişken TTK m. 869'da bu ayırım ortadan kaldırılarak taşıma ve teslim engelleri ile hukuki sonuçları tek bir hükümde birleştirilmiştir¹¹³. TTK'daki hüküm, içerik olarak CMR ile geniş ölçüde örtüşse de bazı önemli noktalarda ayrılan yönleri de vardır.

Taşıma engeline ilişkin TTK m. 869'da taşımanın “sözleşmeye uygun

dışı müşteriye teslim ettiği göz önüne alınarak bir değerlendirme yapılması...” gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay'ın 11. Hukuk Dairesi'nin 23.01.2020 T., 2018/3265 E., 2020/696 K. sayılı ilgili kararı için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 06.12.2021).

¹¹⁰ Didier (Didier/Andresen), Art. 15 CMR Rn. 11. Benzer yönde bkz. Reuschle, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), § 419 HGB Rn. 6; Herber/Piper, Art. 15 CMR Rn. 19.

¹¹¹ Didier (Didier/Andresen), Art. 15 CMR Rn. 11.

¹¹² Reuschle, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), § 419 HGB Rn. 6; Herber/Piper, Art. 15 CMR Rn. 17; Koller, Art. 15 CMR Rn. 2; Glöckner, Art. 15 CMR Rn. 3.

¹¹³ 1998 yılında Almanya'da Reform Kanunu ile taşıma hukuku alanında kanuni değişiklikler yapılmıştır, Türk Ticaret Kanunu'nun “*Taşıma İşleri*” başlıklı dördüncü kitabı geniş ölçüde 25.06.1998 tarihli Alman Taşıma Hukuku Reform Kanunu'ndan (*Transportrechtsreformgesetz- TRG*) yararlanılarak hazırlanmıştır. (Bkz. Gesetz zur Neuregelung des Fracht-, Spediti- ons- und Lagerrechts, BGBl. I 1998 S. 1588). Buna göre Türk Ticaret Kanunu, kanun yapma tekniği açısından CMR'den ziyade HGB'ye benzemektedir.

olarak yapılamayacağı anlaşılırsa”¹¹⁴ ifadesi kullanılırken CMR m. 14/1’de “*imkânsızlaşmışsa veya imkânsızlaşıyorsa*” ifadesi kullanılmıştır. CMR ile TTK arasındaki farklardan biri CMR lafzında yer alan “*imkânsızlık*” kavramının TTK’da kullanılmaması noktasında ortaya çıkar. Ancak daha önce de belirtildiği gibi CMR’de belirtilen imkânsızlık kavramının içeriği hükmün anlam ve amacı dikkate alınarak tespit edilmelidir¹¹⁵. Buna göre aşılabilmesi için taşıyıcının beklenemez çabalar harcaması gereken engeller CMR m. 14/1 anlamında taşıma engeli olarak kabul edilmelidir¹¹⁶. CMR anlamında imkânsızlık kavramı bu perspektiften yola çıkarak anlamlandırıldığında hükümlerin lafzındaki farklılığın içerik açısından esaslı bir fark yaratmadığı görülmektedir.

Taşıma engelinin söz konusu olup olmadığının tespiti için CMR m. 14/1’de *taşıma senedindeki kayıtlar* esas alınırken, TTK m. 869’da taşımanın *taşıma sözleşmesine* uygun olarak yapıp yapılmaması esas alınmıştır. TTK açısından taşıma senedi düzenleme zorunluluğunun bulunmadığı göz önünde bulundurulmuş (TTK m. 856 vd.) ve bununla tutarlı bir şekilde doğrudan sözleşmenin içeriği esas alınmıştır. Bu düzenleme, CMR’ye kıyasla çok daha isabetlidir. Ancak yine de bu noktada taşıma senedinin TTK m. 858 gereğince sözleşmenin içeriğine ilişkin ispat gücü¹¹⁷ yarattığı gerçeğini de göz ardı etmemek gerekir¹¹⁸. Zira iki tarafça imzalanan taşıma senedi, taşıma sözleşmesinin içeriğine ilişkin kanıt oluşturur ve bu nedenle de TTK açısından da belirli bir önemi haizdir. Öte yandan CMR açısından kıstas her ne kadar taşıma senedi olsa da taşıma senedinin düzenlenmediği ya da taşıma senedi

¹¹⁴ TTK gereğince taşıma engeli, hukuk sistemimizdeki imkânsızlığa özgülenez (Bkz. TTK m. 869/1 madde gerekçesi). Zira ifa engeli imkânsızlığı da içine alan bir üst kavramdır.

¹¹⁵ Koller, Art. 14 CMR Rn. 3; MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 14 CMR Rn. 5. Bu hususta bkz. II.A.

¹¹⁶ Helm, Johann Georg, *Frachtrecht II, CMR*, 2. Aufl., Berlin-New York 2002, Anh. VI § 452, Art. 14 CMR Rn. 5; Glöckner, Herbert, *Leitfaden zur CMR: Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassengüterverkehr*, Kommentar, 7. Auflage, Erich Schmidt Verlag (ESV), Berlin 1991, Art. 14 CMR Rn.1; Clarke, Malcolm A., *International Carriage of Goods By Road: CMR*, 5. Edition, Informa London, 2009, s. 89; Koller, Art. 14 CMR Rn. 3; Herber/Piper, Art. 14 CMR Rn. 8. CMR m. 14/1’deki imkânsızlığı TBK m. 112 ve 136 çerçevesinde değerlendirmek gerekir (Bkz. Koller, Art. 14 CMR Rn. 3; MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 14 CMR Rn. 5). Bu hususta bkz. II.A

¹¹⁷ Taşıma senedinin ispat kuvveti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ecehan Yeşilova, “CMR-Taşıma Senedinin İspat Kuvveti”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(1), 2005, s. 237 vd.

¹¹⁸ Helm/Frachtrecht, Anh. VI § 452, Art. 14 CMR Rn. 13; Koller, Art. 14 CMR Rn. 2.

düzenlendiği hâlde taşıma koşullarına yer verilmediği durumlarda, CMR m. 14/1 hükmü kıyasen uygulanır ve bu hâlde taşıma sözleşmesinin içeriği esas alınır¹¹⁹. Bu bağlamda CMR m. 14 çerçevesinde de akdî mutabakatın önemli olduğunu kabul etmek gerekir¹²⁰.

CMR’de giderilemeyen (CMR m. 14/1) ve giderilebilen (CMR m. 14/2) taşıma engelleri arasında ayırım yapılmıştır. CMR m. 16/2’de ise bu ayırım gözetilerek “*Madde 14 paragraf 1 de ve madde 15 de öngörülen durumlarda taşımacı yükü onları tasarruf etme hakkına sahip olan kişi hesabına derhal boşaltabilir.*” şeklinde bir düzenleme getirilmiştir. Buradan CMR m. 14/2 anlamındaki engellerin CMR m. 16/2 hükmü kapsamında olmadığı sonucu çıkmaktadır. Bir başka deyişle bu ayırma bağlı olarak CMR m. 16/2 gereğince taşıyıcıya verilen olanaklar, teslim engelleri (CMR m. 15) ve giderilemeyen taşıma engellerinin (CMR m. 14/1) varlığı hâlinde söz konusu olacaktır¹²¹. Bu hâllerde, taşıyıcının talimat almak ya da eşyayı derhâl boşaltmak şeklinde seçimlik hakkı vardır ve bu sebeple taşıyıcı önceden talimat almakla¹²² yükümlü değildir¹²³. Taşımanın hâlâ mümkün olduğu durumlarda (CMR m. 14/2) ise,

¹¹⁹ Herber/Piper, Art. 14 CMR Rn. 2; Boesche, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), Art. 14 CMR Rn. 3. Sadece taşıma senedinin düzenlenmediği durumlarda kıyasen uygulanacağı yönünde bkz. Ferrari/Otte, Art. 14 CMR Rn. 5; Thume/Temme, Art. 14 CMR Rn. 7; MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 14 CMR Rn. 5; Thume, (Fremuth/Thume), Art. 14 CMR Rn 3.

¹²⁰ Braun, s. 20.

¹²¹ Loewe ETR 1976, s. 547; Herber/Piper, Art. 14 CMR Rn. 23; Jesser, 88; Thume/Temme, Art. 16 CMR Rn. 14. CMR m. 16/2’nin taşıma engelinin bütün türleri için uygulanacağı yönünde bkz. Koller, Art. 16 CMR Rn. 5.

¹²² Taşıyıcı buna rağmen talimat almaya karar verirse, gönderenin vereceği talimatı makul bir süre beklemelidir (Ferrari/Otte, Art. 16 CMR Rn. 9; MüKoHGB/Jesser-Huß, Art. 16 CMR Rn. 9; Thume, (Fremuth/Thume), Art. 16 CMR Rn 8.).

¹²³ Loewe ETR 1976, s. 503; Boesche, (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn), Art. 16 CMR Rn. 7; Herber/Piper, Art. 16 CMR Rn. 17; Koller, Art. 14 CMR Rn. 6; Ferrari/Otte, Art. 16 CMR Rn. 9; Thume, (Fremuth/Thume), Art. 16 CMR Rn 8; Jesser, 88; Hill/Messent, s. 95. Bkz. BGH 05.02.1987, VersR 1987, s. 678, 679. Yargıtay’ın teslim engeline ilişkin bir kararında “...taşıyıcının böyle bir teslim engeli ile karşılaşması halinde nasıl hareket edeceği CMR’nin 15 ve 16’ncı maddelerinde hükme bağlanmış olup, buna göre böyle bir engelle karşılaşan taşıyıcı, CMR’nin 15/1. maddesi uyarınca ya teslim engelini gönderene bildirip, ondan talimat almak ve bu talimata uygun davranmak ya da 16/II’nci maddesi uyarınca doğrudan doğruya yükü boşaltmak haklarına sahiptir. Taşıyıcı, bu iki yoldan dilediğini kullanabilir...” şeklindeki değerlendirmeleri de bu görüşü destekler niteliktedir. (Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 07.07.2017 T. 2016/611 E., 2017/4087 K.; <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> Erişim Tarihi: 07.12.2021). Taşıyıcının kural olarak öncelikle tasarruf hakkına sahip kişiden talimat alması gerektiği şeklindeki aksi yön-deki görüş için bkz. Helm/Frachtrecht, Anh. VI § 452, Art. 15 CMR Rn. 15; Thume/Temme, Art. 15 CMR Rn.10.

talimat alınmaksızın eşyanın derhâl boşaltılması, depolanması ya da satılması imkânı bertaraf edilmiştir¹²⁴. Elbette ki taşıyıcı gönderilenden uygun bir zaman içinde talimat alamamış ise, tasarruf hakkına sahip kişinin yararlarına en uygun görülen önlemleri alma yükümlülüğü (CMR m. 14/2) kapsamında boşaltma, depolama ya da satma imkânına sahiptir; ancak bunu yapmadan önce mutlaka talimat almakla yükümlüdür. Öte yandan, taşıyıcı talimat almaya çalışırken ya da talimatın alınmasından sonra, taşımanın artık taşıma senedinde öngörülenden farklı bir şekilde de yerine getirilmesi imkânsız hâle gelirse, burada da CMR m. 16/2 uygulama alanı bulur¹²⁵. Özetle CMR'de m. 14'te yer alan bu ayrıma m. 16 hükmü ile farklı hukuki sonuçlar bağlanmıştır. CMR bakımından durum böyle iken, TTK m. 869/1'de taşıma engellerine ilişkin bir ayrıma yer verilmemiştir ve buna bağlı olarak 869/3 gereğince tüm taşıma engelleri için talimat almanın önceliği ilkesi söz konusudur. Dolayısıyla TTK m. 869 hükmü engelin giderilebilip giderilemediğine göre bir ayırım yapmaması ve bu ayrıma farklı hukuki sonuçların bağlanmaması yönüyle CMR'den farklıdır.

SONUÇ

Taşıma engeli, CMR m. 14 hükmünden hareketle, eşyanın teslim yerine ulaşmasından önce sözleşmesinin taşıma senedinde öngörülen koşullara göre uygulanmasının imkânsız hâle geldiği ya da imkânsızlaşmasının muhtemel olduğu hâller şeklinde tanımlanabilir. Bir engelin, CMR anlamında taşıma engeli olarak nitelendirilebilmesi için zamanlama olarak eşyanın teslim yerine ulaşmasından önce gerçekleşmesi gerekir. Taşıma engeli kavramı, Konvansiyon'da imkânsızlık kavramı üzerinden açıklandığı için öncelikle imkânsızlık kavramından ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konulması gerekir.

CMR m. 14/1'deki imkânsızlık TBK m. 112 ve 136 anlamında anlaşılmalı, hükmün anlam ve amacından hareketle bir engelin aşılabilmesinin taşıyıcı için beklenemez çabalar gerektirdiği hâllerde taşıma engelinin söz konusu olduğu kabul edilmelidir. Bu hâlde objektif imkânsızlık hâlleri, hiç kuşkusuz taşıma engeli niteliğindedir. Burada objektif imkânsızlığın fiilî ya da hukuki nitelikte olması önemli değildir. Taşımanın

¹²⁴ Herber/Piper, Art. 14 CMR Rn. 23.

¹²⁵ Loewe ETR 1976, s. 547-548; Herber/Piper, Art. 14 CMR Rn. 23. Bu durum, artık CMR m. 14/2 kapsamında değerlendirilemez, CMR m. 14/1 kapsamındadır ve dolayısıyla taşıyıcı, talimat istemiş olsa bile CMR m. 16/2 gereğince eşyaları boşaltarak taşımayı sona erdirebilir (Loewe ETR 1976, s. 548).

taşıma senedine uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi aynı şartlar altında bulunan herkes için imkânsız hâle geldiğinde, taşıma engelinin varlığı kabul edilmelidir. Sübjektif imkânsızlık hâlleri ise kural olarak taşıma engeli olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla taşımanın gerektiği şekilde yapılabilmesi için bir başkasını devreye sokarak engel aşılabiliyorsa burada taşıma engeli söz konusu değildir. Elbette ki bunun için her şeyden önce taşıma senedinde buna mâni olan bir kaydın bulunmaması gerekir. Bir engelin taşıma engeli niteliğinde olabilmesi için taşımayı sürekli olarak imkânsız hâle getirmesi zorunlu değildir, taşımanın taşıma senedinde öngörülen teslim süresi içerisinde yerine getirilmesini imkânsız kılması şartıyla geçici imkânsızlık durumları da CMR m. 14/1'in uygulanması için yeterlidir. Öte yandan taşımaya ilişkin bir güçlüğün söz konusu olması, tek başına objektif imkânsızlık oluşturmadığı için her ifa güçlüğü taşıma engeli niteliğinde değildir. İfa güçlüğünün taşıma engelini sebep olup olmadığı hususu, elbette ki her somut olay açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Ancak belirtmek gerekir ki alelade bir güçlük veya maliyet artışları, tek başına taşıma engeli teşkil etmez.

İmkânsızlığın söz konusu olup olmadığının tespiti için CMR gereğince kıstas, taşıma sözleşmesinde değil, taşıma senedinde belirtilen şartlardır. Müzakere mekanizmasının bir ürünü olması ve bu yönüyle taşıma senedine kıyasla tarafların çıkarlarına daha uygun olması sebebiyle, CMR'de de taşıma sözleşmesinin esas alınması daha isabetli olurdu. Ancak CMR m. 14/1 hükmünün açık lafzı karşısında engelin var olup olmadığının tespitinde taşıma senedinin esas alınması gerektiğini kabul etmek durumundayız. Diğer taraftan taşıma koşullarının taşıma senedinde yer almadığı ya da taşıma senedinin hiç düzenlenmediği hâllerde, CMR m. 14/1 hükmü kıyasen uygulanmak suretiyle taşıma sözleşmesinin içeriği esas alınmalıdır.

CMR m. 14/1 hükmünün uygulanabilmesi için taşımanın teslim süresi içerisinde yerine getirilmesinin imkânsız hâle gelmiş olması şart değildir, imkânsızlığın muhtemel olması da yeterlidir. Ayrıca engele kimin sebep olduğu ya da engelin ortaya çıkmasında kimin kusurlu olduğu taşıma engelinin söz konusu olup olmadığının belirlenmesi açısından önemli değildir. Engelin kaynağı CMR m. 16/1 gereğince giderlerin karşılanması noktasında önem arz eder.

Teslim yerine ulaşma anından sonra, eşyanın kararlaştırılan zamanda gönderilene tesliminin herhangi bir sebeple engellenmesi teslim engeli olarak nitelendirilir. İmkânsızlık kavramının sınırlarının çizilmesi ve ifa güçlüğü bakımından taşıma engeli için geliştirilen ölçütler teslim engeli için de geçerlidir. Teslim taşıyıcının şahsından kaynaklanan veya dışardan gelen

bir sebeple engellenebileceği gibi gönderilenin şahsından kaynaklanan bir sebeple de engellenebilir. Gönderilenin şahsından kaynaklanan en önemli teslim engeli, CMR m. 15/1’de teslim engelini özel bir türü olarak düzenlenen kabulden kaçınma hâlidir. Kabulden kaçınma, kararlaştırılan zamanda teslim edilecek eşyanın gönderilen tarafından kabul edilmemesi şeklinde gerçekleşir. Bunun için eşyanın açıkça reddedilmesi şart değildir, iradenin zımni bir şekilde beyan edilmesi de yeterlidir. Gönderilenin kabulden kaçınması, talimat verme hakkının gönderene geçmesine ve taşıma senedinin ibrazının kanunen ihmal edilebilmesine imkân verir (CMR m. 15/1).

Kabulden kaçınmanın gündeme getirdiği bir başka mesele ödemedeki kaçınma hâlidir. CMR m. 21 gereğince teslimde ödemenin kararlaştırıldığı hâllerde, gönderilenin ödemedeki kaçınması şüphesiz ki teslim engeli olarak kabul edilmelidir. Bunun yanı sıra gönderilenin CMR m. 13/2 gereğince teminatı ya da teslim sırasında derhâl ödenmesi gereken diğer bedelleri ödemekten kaçınması hâlinde de teslim engelini söz konusu olduğu kanaatindeyiz. Zira gönderilenin teslim talebi ile CMR m. 13/2 gereğince taşıma senedinden doğan ödemeleri yapma yükümlülüğü arasındaki bağlantı dikkate alındığında ödemedeki kaçınma, teslim katılım yükümlülüğünün reddedilmesi anlamına gelir ve bu durum da kabulden kaçınma niteliğindedir. Öte yandan gönderilenin gönderen tarafından taşımaya ilişkin ödemelerden muaf tutulduğunun taşıma belgelerinden anlaşıldığı ya da gönderilenin CMR m. 13/2 gereğince teminat göstermeye hazır olduğu durumlarda ödemedeki kaçınmanın teslim engeli niteliğinde olmadığını belirtmek gerekir.

CMR m. 14 ve 15 hükümleri TTK m. 869 hükmü ile iç hukuka aktarılmıştır. Ancak TTK’da kanun yapma tekniği açısından CMR’den farklı bir düzenleme esası benimsenmiştir. Şöyle ki taşıma engeli, teslim engeli ve taşıyıcının talep ve yetkileri CMR’de ayrı ayrı düzenlenmişken TTK m. 869’da taşıma ve teslim engelleri ile hukuki sonuçları tek bir hükümde birleştirilmiştir. TTK’daki bu hüküm, içerik olarak CMR ile geniş ölçüde örtüşse de bazı noktalarda ayrılan yönleri de vardır. Bu bağlamda, CMR’de engel kavramı imkânsızlık kavramı üzerinden ele alınırken TTK’da taşımanın “sözleşmeye uygun olarak yapılamayacağı” ifadesi ile açıklanmıştır. CMR m. 14 anlamında taşıma engelini söz konusu olup olmadığının tespiti için *taşıma senedindeki kayıtlar* esas alınırken, TTK m. 869 için taşımanın *taşıma sözleşmesine* uygun olarak yapılıp yapılmadığı esas alınmıştır. CMR m. 14’ün birinci ve ikinci fıkrasında giderilebilen ve giderilemeyen taşıma engelleri arasında ayırım yapılarak bu iki hâle ayrı hukuki sonuçlar bağlanırken, TTK m. 869/1’de böyle bir ayırma yer verilmemiştir.

KAYNAKÇA

- Adıgüzel B, *Taşıma Hukuku*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019.
- Aksoy S, *Taşıma Hukukunda Fiili Taşıyıcı*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Andresen B / Valder H, *Speditons-, Fracht- und Lagerrecht: Handbuch des Transportrechts mit Kommentaren*, 1. Auflage, Erich Schmidt Verlag (ESV), 2019.
- Arkan S, “Karayolu ile Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Uygulanma Koşulları ve Taşıyıcının Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümleri (TTK ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme)”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 10 (2), 1979, s. 397-414 (Arkan, Uluslararası Sözleşme).
- Arkan S, *Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1982 (Arkan, Sorumluluk).
- Aydın A, *CMR’ye Göre Taşıyıcının Ziya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu*, 2. Bası, Arıkan Basım Yayın, 2006.
- Baumbach A / Hopt K J / Merkt H, *Handelsgesetzbuch HGB mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht)*, 38. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2018.
- Braun T, *Das frachtrechtliche Leistungsstörungsrecht nach dem Transportreformgesetz: Eine Untersuchung der frachtrechtlichen Leistungsstörungstatbestände der §§ 407 ff HGB unter besonderer Berücksichtigung der Bezüge zum bürgerlichen Recht*, Dissertation, 1. Auflage, LIT Verlag, 2002.
- Can M, *CMR ve Alman Ticaret Kanunu ile Mukayeseli Olarak Türk Taşıma Hukukunun Genel Esasları, Birinci Cilt*, 1. Baskı, İmaj Yayınevi, 2017 (Can, Taşıma Hukuku).
- Can M, “4925 Sayılı Karayolu Taşıma Kanunu’na Göre Karayoluyla Yapılan Taşımaların Tabii Olduğu Hukukî Esaslar”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (1-2), 2005, s. 11-63 (Can, Karayolu Taşıma Kanunu).
- Canaris C W / Habersack M / Schäfer C, *Handelsgesetzbuch Großkommentar*, begründet von Hermann Staub, Bearbeiter: Patrick Schmidt, 12. Band, 2. Teilband, §§ 407-450, 5. Auflage, Verlag: De Gruyter, 2013, (Staub/P. Schmidt).

- Canaris C W, *Handelsrecht*, 24. vollständig neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, 2006, (Canaris).
- Canaris C W / Schilling W / Ulmer P, *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Staub, Hermann (Begr.), 14. Band, CMR (Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr), 5. Auflage, De Gruyter, 2016 (Großkommentar).
- Clarke M A, *International Carriage of Goods By Road: CMR*, 5. Edition, Informa London, 2009.
- Decker P J, *Das Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassengüterverkehr (CMR)*, 1. Auflage, Verkehrsverlag Fischer, 1985.
- Didier T / Andresen B, *CMR, Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr Kommentar*, 8. Auflage, Erich Schmidt Verlag (ESV), 2015.
- Dural M, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık*, 1. Baskı, Fakülteler Matbaası, 1976 (Dural, Sonraki İmkânsızlık).
- Dural M, "İmkânsızlık Kavramı ve Türleri", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 7 (1), 1973, s. 11- 58.
- Ebenroth C T / Boujong K / Joost D / Strohn L, *Handelsgesetzbuch, Band 2, §§ 343-475h, Transportrecht, Bank- und Börsenrecht*, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2020.
- Edis A, *Die Haftung des Frachtführers nach schweizerischem Obligationen- und türkischem Handelsrecht*, Diss., 1. Auflage, Herbert Lang, Bern - Peter Lang, Frankfurt, 1975.
- Ensthaler J, *Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch mit UN-Kaufrecht*, von Jürgen Ensthaler, (Hrsg.), 8. Auflage, Luchterhand Verlag, Köln 2015.
- Ferrari F / Kieninger E M / Mankowski P / Otte K / Saenger I / Schulze G / Staudinger A, *Internationales Vertragsrecht Rom I-VO, CISG, CMR, FactÜ Kommentar*, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2018.
- Fremuth F / Thume K H, *Kommentar zum Transportrecht, §§ 407-475h HGB, CMR, WA, und ADSp*, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH Heidelberg, 2000.
- Gençtürk M, *Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Genel Kavramlar;*

Gecikmeden Doğan Sorumluluk), 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2006.

Glanegger P / Stefan K / Selder J / Kirnberger C / Ruß W / Stuhlfelner U, Heidelberg *Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Handelsrecht, Bilanzrecht, Steuerrecht*, 7. Auflage, C. F. Müller, 2006 (HeidelbergKommHGB/İşleyen).

Glöckner H, *Leitfaden zur CMR: Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassengüterverkehr*, Kommentar, 7. Auflage, Erich Schmidt Verlag (ESV), 1991.

Göktürk K / Can M Ç / Kaşak E, *Karayoluyla Eşya ve Yolcu Taşıma Hukuku, Gereççeli – İctihatlı – Madde Karşılaştırmalı*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020.

Hartenstein O / Reuschle F, *Handbuch des Fachanwalts Transport- und Speditionsrecht*, 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2015.

Helm J G, *Frachtrecht II, CMR*, 2. Auflage, Walter De Gruyter Berlin-New York, 2002.

Herber R / Piper H, *CMR Internationales Strassentransportrecht Kommentar*, 1. Auflage, Verlag C. H. Beck, 1996.

Heymann E, *Handelsgesetzbuch, Kommentar, §§ 343-475h HGB*, Band 4, 2. Aufl., De Gruyter, 2005.

Hill D J / Messent A, *CMR: Contracts for the International Carriage of Goods By Road*, by Andrew Messent with David A. Glass, 2. Edition, Lloyds Of London Press Ltd, 1995.

İlyasov M, *TTK ve CMR'ye Göre Karayoluyla Eşya Taşımacılığında Taşıma ve Teslim Engelleri*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019.

Jabornegg P (Hrsg.), *Kommentar zum HGB, Handelsgesetzbuch mit Firmenbuchgesetz und Handelsmaklerrecht*, 2. Auflage, Springer-Verlag Wien New York, 2010.

Jesser H, *Frachtführerhaftung nach der CMR: Internationaler und nationaler Strassengütertransport*, Verlag Orac Wien, 1992.

Karan H, *Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesi Hakkında Konvansiyon, CMR Şerhi*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, 2011 (Karan, Şerh).

Karan H, “Karayolu Taşıma Kanunu ve Yönetmeliği”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 22 (3), 2000, s. 99-320 (Karan, Karayolu Taşıma).

Kaya A, “Taşıyıcının Karayolu ile Eşya Taşımasına İlişkin Uluslararası

Sözleşmede (CMR) Öngörülen Sorumluluğun Esasları – II”, *İÜHF.M.*, 56 (1-4), 1998, s. 239-267.

Kendigelen A / Aydın A, “Karayoluyla Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesine İlişkin Antlaşma (CMR)- Resmi Çeviriye İlişkin Sorunlar ve Bir Serbest Çeviri Denemesi”, Kendigelen, Abuzer, *Makalelerim Cilt II, 2001-2006*, Vol. 1, s. 42-77.

Keskin A D, “Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkânsızlık”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11 (1-2), 2007, s. 209-231.

Kırman A, *Hava Yolu ile Yapılan Uluslararası Yolcu Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu*, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1990.

Koller I, *Transportrecht, Kommentar zu Spedition, Gütertransport und Lagergeschäft*, 9. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2021.

Koller I, “Das Standgeld bei CMR-Transporten”, *TranspR*, 1988, s. 129 vd (Koller, *TranspR* 1988).

Lenz U, *Straßengütertransportrecht*, 1. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 1988.

Lersch H, *Die Rechtsstellung des Empfängers aus dem Frachtvertrag beim Landfrachtgeschäft*, Dissertation, Gedruckt im Tageblatt-Haus Coburg, 1931 (Lersch, Empfänger).

Loewe R, *Erläuterungen zum Übereinkommen vom 19. Mai 1956 über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr (CMR)*, *European Transport Law*, 1976, s. 503-597.

Meyer-Rehfuess M, *Das frachtvertragliche Weisungsrecht*, Dissertation, 1. Auflage, Luchterhand Verlag GmbH, 1995.

Müglich A, *Das Neue Transportrecht, Einführung-Kommentar-Texte*, 1. Auflage, Bundesanzeiger Verlag, 1998.

Precht G M / Endrigkeit K, *CMR-Handbuch über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr*, 3. Auflage, Deutscher Verkehrs-Verlag, 1972.

Schlegelberger F, *Handelsgesetzbuch*, Erläutert von Ernst Geßler, Wolfgang Hefermehl, Wolfgang Hildebrandt, Georg Schröder, Band IV, §§ 386-460, 5. Auflage, Verlag Franz Vahlen GmbH München, 1976.

Schmidt K, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 7, §§ 407-619, *Transportrecht*, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2020 (MüKoHGB/

İşleyen).

Schmidt H (Hrsg.), *COVID-19: Rechtsfragen zur Corona-Krise*, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2020 (Schmidt/İşleyen, Corona-Krise Bölüm).

Seven V, (6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK m. 856–893) Hükümlerine Göre) *Taşıma Hukukunda Gönderilen*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2012.

Seven V / Oyal, A B, “Taşıma Hukukunda Riziko Alanı İlkesi Bağlamında Nötr Alan ve COVID-19’un Nötr Alan Olarak Değerlendirilmesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 78 (2), 2020, s. 611-655.

Thume KH, *CMR Kommentar: Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr*, 3. Auflage, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH Heidelberg, 2013.

Topuz S /Canbolat, F, “Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, 57 (3), s. 673-718.

Ülgen H, *Hava Taşıma Sözleşmesi*, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1987, (Ülgen, Hava Taşıma).

Ülgen H, *Uluslararası Taşımacılık ve Hukuki Sorunları*, İstanbul Ticaret Odası, Yayın No: 1988-27, 1988 (Ülgen, Uluslararası Taşımacılık).

Wehrli A, *Haftung des Frachtführers nach dem schweizerischen Obligationenrecht*, Diss., Romanshorn: Buchdruckerei der Schweizerischen Bodensee-Zeitung, 1920.

Widmann H, *Übereinkommen über den Beförderungsvertrag im internationalen Strassengüterverkehr (CMR)*, 1. Auflage, Neuwied / Krißel / Berlin, Luchterhand Verlag, 1993.

Yeşilova E, “CMR-Taşıma Senedinin İspat Kuvveti”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7 (1), 2005, s. 237-273 (Yeşilova, Taşıma Senedi).

Yeşilova Aras Ecehan, *Uluslararası Karayolu ile Yük Taşımacılığında Teslim Süresinin Aşılması ve Teslimde Ödeme (CMR m. 19, 20, 21)*, Adalet Yayınevi, 2010, (Yeşilova Aras, Teslimde Ödeme).

KREDİ KARTI SÖZLEŞMESİNİN TÜKETİCİ KREDİSİ NİTELİĞİ

Furkan ÖZDEMİR*

ÖZET

6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da (TKHK), kredi kartı sözleşmelerinin faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya benzer şekilde taksitle ödeme imkânı sağlanması halinde, tüketici kredisi sözleşmesi olarak değerlendirileceği hüküm altına alınmıştır. Hükümde yer alan "imkân sağlanması" ifadesinin nasıl anlaşılacağı meselesi, doktrinde görüş ayrılıklarının yaşanmasına sebep olmuştur. Kredi kartı sözleşmesinin tüketici kredisi olarak değerlendirilebilmesi için borcun faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında, fiilen üç ayı aşacak şekilde ertelenmesi veya taksitlendirilmesi gerektiği çeşitli gerekçelerle savunulmuştur. Ne var ki tüketici hukukunun amaçları ve hükmün kaleme alınışı dikkate alındığında bu imkânın sözleşmede kararlaştırılması yeterli görülmeli, ertelemenin veya taksitlendirmenin fiilen yapılması şartı aranmamalıdır.

Anahtar Kelimeler: Kredi Kartı, Kredi Kartı Sözleşmesi, Tüketici Kredisi, İmkân Sağlama, Erteleme veya Taksitlendirme.

CONSUMER CREDIT NATURE OF CREDIT CARD CONTRACT

ABSTRACT

In the new Law on Consumer Protection numbered 6502, it is regulated that credit card contracts will be considered as a consumer credit contract if the possibility to delay the payment for more than three months in return for interest or a similar benefit or if the possibility to pay in installments is similarly provided. The issue of how to understand the expression "providing possibility" in the provision has led to differences of opinion in the doctrine. It has been defended on various grounds that in order for the credit card agreement to be considered as a consumer credit, the obligation must be de facto delayed for more than three months in return for interest else a similar benefit or de facto made an installment plan for more than three months in return for interest else a similar benefit. However, considering the purposes of consumer law and the wording of the provision, it should be considered sufficient to decide on this possibility in the contract, and the condition of making the de facto

* Arş. Gör., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı / ADANA, e-posta: fozdemir@cu.edu.tr,

ORCID: 0000-0002-9872-1409

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1116499

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 21/12/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 29/03/2022

delay or de facto installment should not be sought.

Keywords: *Credit Card, Credit Card Contract, Consumer Credit, Providing Possibility, Delay or Installment*

I. GİRİŞ

Ekonomik yaşamda en klasik ödeme aracı paradır. İnsanlar dâhil oldukları borç ilişkilerindeki ödeme borcunu genellikle para ile ifa etmektedir. Ne var ki insanlık tarihinin dinamik yapısı, paranın en temel ödeme aracı olarak kalmasına izin vermemiştir. Farklı yerlere ulaşımın kolaylaşması insanlar arasındaki ekonomik ilişkilerin çeşitlenmesine sebep olmuş, bu çeşitlilik de para gibi kullanılabilir ödeme araçlarına olan ihtiyacı artırmıştır. Nitekim bulunduğu yerden farklı bir yere giden bir kişinin gündelik ihtiyaçlarını karşılamak için yüklü miktarda para taşımak zorunda olması, başta güvenlik olmak üzere birçok problemi beraberinde getirmiştir. Söz konusu pratik ihtiyaçlar sebebiyle paranın dışında kullanılabilir ödeme aracı arayışına girilmiş, bu ihtiyaca cevap vermek amacıyla kredi kartı sistemi geliştirilmiştir.

İlk kez 1894 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde “*Hotel Credit Letter Company*” tarafından çıkarılan kredi kartı, başlangıçta sınırlı alanlarda kullanılmıştır¹. Kullanım alanının genişlemesiyle birçok kurum ve kuruluş kredi kartı çıkarmış ve günümüzün önemli kartlı sistem kuruluşlarının temeli atılmıştır. Bu kuruluşların piyasaya sürdükleri kredi kartlarının Amerika ve Avrupa’da kabul edilmesiyle birlikte kredi kartı kullanımı tüm dünyada yaygınlaşmıştır².

¹ Hans Giger, *Kreditkartensysteme, Eine ökonomisch-juristische Studie*, 2. Auflage, Schult-hess Verlag, 2018, s. 77; Friedrich Graf von Westphalen/Gregor Thüsing, *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Werkstand: 46. EL*, Beck Verlag, 2020, Rn. 1; Ömer Teoman, *Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması*, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Beta Yayınları, 1996, s. 13; Mustafa Çeker, *Kredi Kartı Uygulaması ve Özel Hukuk Açısından Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanımı*, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1997, s. 2; Hasan İlgüzar, *Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2003, s. 34; Oğuzhan Buhur, *Hukuki Yönleriyle Kredi Kartı*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2020, s. 2; Ebru Ceylan, *Türk, İsviçre ve Avrupa Birliği Hukukunda Kredi Kartını Kullanan Tüketicinin Hukuki Durumu*, 1. Baskı, Beta Yayınları, 2010, s. 6; Ali Tolga Erendaç, *Kredi Kartı Sözleşmesi*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2021, s. 9.

² Giger, s. 77; Şebnem Akipek, *Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, 1999, s. 187; Şebnem Akipek, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52(3), 2003, s. 105.

Kredi kartının Türkiye’de kabul görmesi ise 80’li yılların sonuna tekabül etmektedir. “*Diners Club*” tarafından 1968 yılında çıkarılan kart, Türkiye’de kullanılan ilk kredi kartı olsa da bu kartın yaygınlaşması kolay olmamıştır³. 1980’li yıllardan itibaren Türk ekonomisinin kabuk değiştirmesi, liberal ekonomik sisteme ait unsurların daha kolay benimsenmesine yol açmıştır. Buna paralel olarak Türkiye’de 80’li yılların ikinci yarısından itibaren kredi kartı kullanımını artmıştır.

Kredi kartının tarihî gelişimi değerlendirildiğinde öncelikli kullanım amacının ödeme olduğu göze çarpmaktadır⁴. Bununla birlikte kredi kartının tek işlevi ödeme aracı olması değildir. Nitekim kredi kartının bankalar tarafından çıkarılması, bu kartın zamanla kredi aracı olarak da kullanılmasına sebep olmuştur⁵. Ödeme ve kredi aracı olma işlevi, kredi kartının kullanımını daha da artırmış, bu denli yaygın bir kullanım da hukuki uyumsuzlukları beraberinde getirmiştir. Gelinek noktada söz konusu uyumsuzlukların çözümü adına gerek diğer hukuk düzenlerinde gerekse de Türk hukukunda kredi kartına ilişkin hukuki düzenlemeler yapılmıştır.

Türk hukukunda kredi kartına ilişkin ilk hukuki düzenlemeler, 1990⁶ ve 1996⁷ tarihli Türkiye Bankalar Birliği (TBB) tebliğleridir. Söz konusu tebliğlerin ardından 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da (eTKHK) yapılan 2003 yılı değişiklikleri ile tüketici kredileri bu Kanun’un kapsamına alınmış, kredi kartı da tüketici kredisine atıf yapılarak düzenlenmiştir. 01/03/2006 tarihinde yürürlüğe giren 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu’nda (BKKKK) ise kredi kartıyla ilgili detaylı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu Kanun’un yürürlüğe girmesiyle

³ Çeker, s. 3; Akipek, Tüketici Kredisi, s. 187; Akipek, Kredi Kartı, s. 105.

⁴ Giger, s. 78; Westphalen/Thüsing, Rn. 1; Teoman, s. 225 vd.; Çeker, s. 43; İlgüzar, s. 49 vd.; Akipek, Tüketici Kredisi, s. 189; Akipek, Kredi Kartı, s. 104; Şebnem Akipek Öcal, “Tüketici Kredisi ve Kredi Kartları Bakımından Tüketicinin Korunması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 9 (Özel Sayı), 2014, s. 63; Ümit Gezder, *Tüketici Kredisi Sözleşmeleri*, 1. Baskı, Beta Yayınları, 1998, s. 30; Ceylan, Kredi Kartı, s. 28; Erendaç, s. 20.

⁵ Giger, s. 79; Westphalen/Thüsing, Rn. 1; Çeker, s. 43; İlgüzar, s. 49 vd.; Akipek, Tüketici Kredisi, s. 189; Akipek, Kredi Kartı, s. 104; Akipek Öcal, s. 63; Ceylan, Kredi Kartı, s. 27-28; Erendaç, s. 22 vd.

⁶ 03.08.1990 tarihli, 924 sayılı Kredi Kartı Uygulamalarına İlişkin Mesleki Tanzim Kararı Tebliği, <www.tbb.org.tr/dosyalar/yasal_duzenlemeler/tbb_tebbligleri/tbb_1990_08_03.doc> Erişim Tarihi 20 Ekim 2021.

⁷ 25.09.1996 tarihli, 998 sayılı Bankaların Tüketici Kredisi Uygulamasında Yükümlü Oldukları İlkeler ve Koşullar Tebliği, www.tbb.org.tr/Dosyalar/Yasal_Duzenlemeler/TBB_Tebbligleri/TBB_1996_09_25.doc, Erişim Tarihi 20 Ekim 2021.

eTKHK'nın kredi kartlarına ilişkin hükümleri yürürlükten kalkmamış, aksine bu hükümlerin kredi kartı uyumsuzluklarına uygulanmasına devam edilmiştir.

28/05/2014 tarihli 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) yürürlüğe girmesiyle birlikte kredi kartı sözleşmesi bakımından yeni bir sayfa açılmış, bu sözleşme "*Tüketici Kredisi Sözleşmeleri*" kenar başlığı altında düzenlenmiştir. İlgili düzenlemede, bütün kredi kartı sözleşmelerinin tüketici kredisi sözleşmesi olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı hüküm altına alınmıştır. Nitekim Kanun, kredi kartı sözleşmelerinin tüketici kredisi gibi değerlendirilebilmesi için gerekli olan şartları belirlemiştir. Buna göre, "*kredi kartı sözleşmeleri, faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya benzer şekilde taksitle ödeme imkânı sağlanması hâlinde*" tüketici kredisi sözleşmesi olarak değerlendirilir (TKHK m. 22/f. 2). Bu nitelikleri taşımayan kredi kartı sözleşmelerinin tüketici kredisi sözleşmesi olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Çalışmanın konusunu, kredi kartı sözleşmesinin tüketici kredisi niteliği oluşturmaktadır. Bu amaçla öncelikle kredi kartı sisteminin işleyişi ve kredi kartı sözleşmesi genel hatlarıyla incelenecek, ardından bu sözleşmenin tüketici kredisi sözleşmesi olarak nitelendirilmesi için Kanun'da aranan şartlar ele alınacaktır⁸.

II. KREDİ KARTI SİSTEMİNİN İŞLEYİŞİ

A. Kredi Kartı Kavramı

Kredi kartı doktrinde en genel anlamıyla, "tüketicinin bir mal veya hizmetin bedeli olarak o anda nakit para ödemediği mal veya hizmeti almasını sağlayan bir tür kimlik" olarak tanımlanmaktadır⁹. Bunun dışında söz konusu kartlara ilişkin yasal bir tanım, BKKKK'nın 3'üncü maddesinde yer almaktadır. İlgili hüküm uyarınca, "Nakit kullanımı gerekmeksizin mal ve hizmet alımı veya nakit çekme olanağı sağlayan basılı karta veya fiziki varlığı bulunmayan kart numarasına", kredi kartı adı verilir (BKKKK m. 3-g). Bu tanımda kredi kartının ödeme ve kredi aracı olma işlevlerine işaret edilmektedir. Kart, nakit kullanmaksızın mal veya hizmet alımı imkânı sağladığında ödeme, nakit çekme imkânı sağladığında ise kredi aracı olmaktadır¹⁰.

⁸ Çalışma konusunun sınırlarını aşmamak adına kredi kartı sözleşmelerinin tüketici kredisi olarak değerlendirilmesinin hukuki sonuçları çalışmanın kapsamına alınmamıştır.

⁹ Akipek, Tüketici Kredisi, s. 186; Akipek Öcal, s. 62-63.

¹⁰ Kredi kartı ile nakit çekildiği durumlarda kredi kartının kredi aracı olma işlevi belirgin olsa

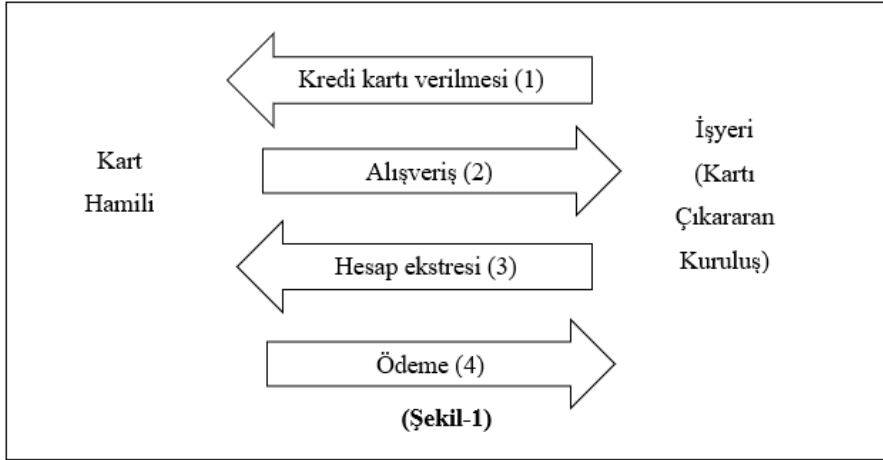
Kredi kartı plastik bir malzeme üzerine fiziken basılabileceği gibi sadece bir numaradan ibaret de olabilir. Fizikî varlığı bulunmayan bu tip kredi kartlarına, “*sanal kart*” adı verilmektedir¹¹.

Kredi kartının tüm işlevlerini yerine getirmesi ancak bir kredi kartı sisteminin içinde mümkün olur. İki veya daha fazla tarafın yer aldığı bu sistemde, kredi kartının işlevlerini yerine getirmesi için gerekli olan hukuki ve teknik alt yapı inşa edilmektedir.

B. Kredi Kartı Sistemleri

Sisteme katılan taraf sayısına göre kredi kartı sistemleri üçe ayrılmaktadır. Bu sistemler: İki taraflı sistem, üç taraflı sistem (basit-genişletilmiş) ve karma sistemdir¹².

• İki Taraflı Sistem¹³



İki taraflı sistemde kartı çıkararan kuruluş, müşterilerine kredi kartı

da yalnızca ödeme aracı olarak kullanıldığı hallerde de kredi aracı olma işlevinden bahsedilebilir. Bu hususta bkz. II, A.

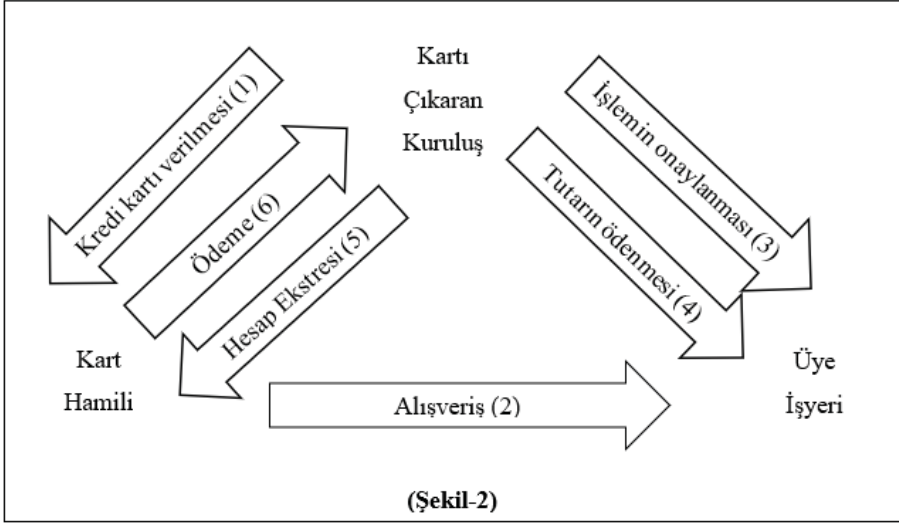
¹¹ Erendaç, s. 30.

¹² Giger, s. 86 vd.; Westphalen/Thüsing, Rn. 2 vd.; Teoman, S. 46 vd.; Çeker, s. 7 vd.; Erden Kuntalp, “Yargıtay Kararları Işığında Kredi Kartı”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar- XIII, (5-6 Nisan 1996)*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1996, s. 274. İşgüzar, s. 39 vd.; Akipek, Tüketici Kredisi, s. 190 vd.; Akipek, Kredi Kartı, s. 106 vd.; Buhur, s. 5 vd.; Ceylan, Kredi Kartı, s. 23 vd.; Erendaç, s. 32 vd.

¹³ Şema için bkz. Giger, s. 87; Çeker, s. 8.

vermekte, bu suretle onlara kendisine ait işyerinde nakit kullanmaksızın alışveriş yapma olanağı sunmaktadır. Bu sistemin en temel özelliği, üye işyerinin aynı zamanda kartı çıkaran kuruluş olmasıdır¹⁴. Kart hamili, kendisine verilen kredi kartı ile kartı çıkaran kuruluşa ait işyerlerinde nakit kullanmaksızın alışveriş yapmaktadır. Kartın kullanımının ardından kartı çıkaran kuruluş, kart hamiline hesap ekstresi göndermekte, yapılan harcamaların bedeli dönem sonunda kart hamilinden tahsil edilmektedir¹⁵.

• Üç Taraflı Sistem (Basit)¹⁶



Basit üç taraflı sistemde; kartı çıkaran kuruluş, kart hamili ve üye işyeri yer almakta, kartı çıkaran kuruluş, kart hamili ve üye işyeri ile sözleşmeler akdetmektedir¹⁷. Bu kuruluşun kredi kartı hamili ile yaptığı sözleşme, kredi

¹⁴ Giger, s. 87; Carolin Junker, “Rechtsbeziehungen im Kreditkartengeschäft”, *Deutsches Steuerrecht*, Heft 40, 1994, s. 1461; Westphalen/Thüsing, Rn. 2; Teoman, s. 46; Çeker, s. 7-8; Kuntalp, s. 274; İşgüzar, s. 39; Akipek, Tüketici Kredisi, s. 190; Akipek, Kredi Kartı, s. 106; Buhur, s. 5-6; Ceylan, Kredi Kartı, s. 23; Erendaç, s. 33.

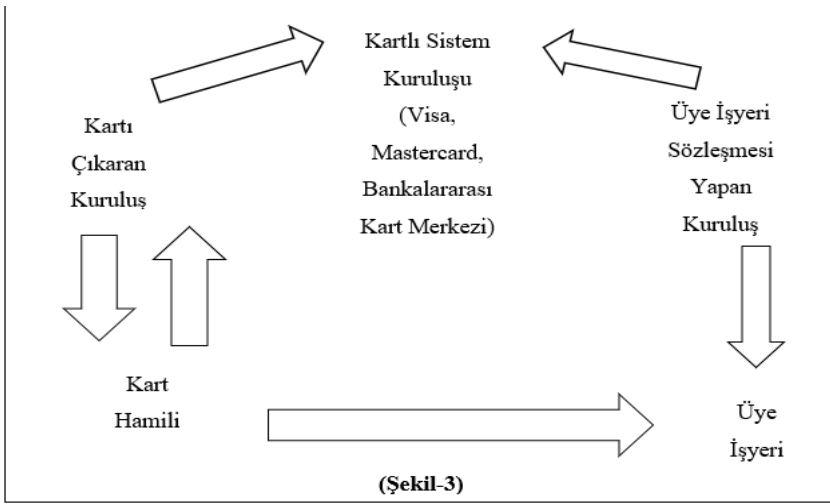
¹⁵ Giger, s. 87; Junker, s. 1461; Çeker, s. 7-8; Kuntalp, s. 274; İşgüzar, s. 39; Akipek, Tüketici Kredisi, 190; Akipek, Kredi Kartı, s. 106; Buhur, s. 6; Ceylan, Kredi Kartı, s. 23; Erendaç, s. 33.

¹⁶ Şema için bkz. Giger, s. 88; Çeker, s. 9.

¹⁷ Giger, s. 88; Junker, s. 1461; Westphalen/Thüsing, Rn. 3; Teoman, s. 47; Çeker, s. 8; Kuntalp, s. 274-275; Akipek, Tüketici Kredisi, s. 190-191; Akipek, Kredi Kartı, s. 106; Buhur, s. 8; Ceylan, Kredi Kartı, s. 23; Erendaç, s. 34.

kartı sözleşmesi¹⁸; üye işyeri ile yaptığı sözleşme ise üye işyeri sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır¹⁹. Kart hamili, kartı çıkaran kuruluş ile sözleşme yapan üye işyerinde nakit kullanmaksızın kredi kartıyla alışveriş yapmaktadır. Üye işyeri söz konusu alışverişi kartı çıkaran kuruluşa bildirmekte²⁰, kartı çıkaran kuruluş da alışverişi onaylamaktadır²¹. Alışverişin onaylanmasıyla kart hamilinin üye işyerine olan borcu sona erer²². Kartı çıkaran kuruluş üye işyeri sözleşmesi uyarınca, onayladığı alışverişin tutarını üye işyerine ödemektedir²³. Kredi kartı ile yapılan harcamaların toplam bedeli ise kartı çıkaran kuruluşça dönem sonunda kart hamilinden tahsil edilmektedir²⁴.

Üç Taraflı Sistem (Genişletilmiş)²⁵



(Şekil-3)

¹⁸ Çeker, s. 61; İşgüzar, s. 63; Buhur, s. 8; Ceylan, Kredi Kartı, s. 57; Erendaç, s. 57.

¹⁹ Çeker, s. 49; İşgüzar, s. 70; Buhur, s. 8; Ceylan, Kredi Kartı, s. 85; Erendaç, s. 62.

²⁰ Giger, s. 89; Teoman, s. 47; Çeker, s. 9; Kuntalp, s. 275; İşgüzar, s. 40 vd.; Buhur, s. 8; Ceylan, Kredi Kartı, s. 68; Erendaç, s. 49 vd.

²¹ Teoman, s. 47; Çeker, s. 9; Kuntalp, s. 275; İşgüzar, s. 40 vd.; Buhur, s. 8; Ceylan, Kredi Kartı, s. 21; Erendaç, s. 49; Erendaç, s. 50.

²² Erendaç, s. 209 vd.

²³ Giger, s. 89; Teoman, s. 47; Çeker, s. 9; İşgüzar, s. 40 vd.; Buhur, s. 8; Ceylan, Kredi Kartı, s. 68; Erendaç, s. 34 vd.

²⁴ Giger, s. 89; Teoman, s. 47; Çeker, s. 9; İşgüzar, s. 40 vd.; Buhur, s. 8; Ceylan, Kredi Kartı, s. 68; Erendaç, s. 34 vd.

²⁵ Şema için bkz. Giger, s. 90; Çeker, s. 11. Genişletilmiş üç taraflı sistem "Interchange Siste-

Genişletilmiş üç taraflı sistemde, kart çıkarmak isteyen kuruluşlar bizzat kendileri kredi kartı çıkarmak yerine uluslararası kredi kartı şirketleriyle lisans sözleşmesi akdetmektedir²⁶. Bu ihtimalde sistemin işleyişini kartlı sistem kuruluşu organize eder. Kart çıkarmak isteyen kuruluş, lisans sözleşmesi vasıtasıyla kartlı sistem kuruluşunun kredi kartını kendi müşterilerine sunar²⁷. Kart hamili, kartı çıkaran kuruluşun sözleşme ilişkisi içinde olmadığı bir işyerinden alışveriş yapsa bile işyerinin üye işyeri sözleşmesi yaptığı kuruluş, kartlı sistem kuruluşu aracılığıyla alışveriş kartı çıkaran kuruluşa iletmektedir²⁸. Kartı çıkaran kuruluşun onayı ve alışveriş tutarının ödenmesi de yine kartlı sistem kuruluşu vasıtasıyla gerçekleşmektedir. Onay sonucunda kart hamilinin üye işyerine olan borcu sona ermekte, dönem sonunda kredi kartı ile yapılan harcamaların toplam bedeli, kartı çıkaran kuruluşca kart hamilinden tahsil edilmektedir²⁹.

- Karma sistem

Karma sistem iki ve üç taraflı kredi kartı sistemlerinin özelliklerini bünyesinde barındırır³⁰. Bu sistemde kartı çıkaran kuruluş aynı zamanda üye işyeridir³¹. Bununla beraber kredi kartı, kartı çıkaran kuruluş dışındaki işyerlerinde de kullanılabilir³². Kartın işyeri tarafından çıkarılması iki taraflı sistemin; diğer işyerlerinde de kullanılabilmesi ise üç taraflı sistemin bir özelliğidir.

Günümüzde en yaygın olarak kullanılan kredi kartı sistemi, genişletilmiş

mi” olarak da adlandırılmaktadır. Bu hususta bkz. İşgüzar, s. 43.

²⁶ Giger, s. 89-90; Westphalen/Thüsing, Rn. 4; Teoman, s. 48; Çeker, s. 10; Akipek, Kredi Kartı, s. 107-108; Buhur, s. 9; Ceylan, Kredi Kartı, s. 24.

²⁷ Giger, s. 90; Teoman, s. 48; Çeker, s. 10; Buhur, s. 9; Ceylan, Kredi Kartı, s. 24; Erendaç, s. 37.

²⁸ Çeker, s. 10; Erendaç, s. 36 vd.

²⁹ Çeker, s. 10; Erendaç, s. 36 vd.

³⁰ Teoman, s. 49; Çeker, s. 12; Akipek, Kredi Kartı, s. 108; Buhur, s. 10; Ceylan, Kredi Kartı, s. 25; Erendaç, s. 40.

³¹ Teoman, s. 49; Çeker, s. 12; Akipek, Kredi Kartı, s. 108; Buhur, s. 10; Ceylan, Kredi Kartı, s. 25; Erendaç, s. 40.

³² Teoman, s. 49; Çeker, s. 12; Akipek, Kredi Kartı, s. 108; Buhur, s. 10; Ceylan, Kredi Kartı, s. 25; Erendaç, s. 40.

üç taraflı sistemdir³³. Bu sistemde taraflar arasında; kredi kartı sözleşmesi, üye işyeri sözleşmesi, lisans sözleşmesi ve temel ilişkiden doğan sözleşme (kart hamili-üye işyeri arasındaki sözleşme) olmak üzere birçok sözleşme akdedilmektedir. Çalışma bakımından önemli olan sözleşme ise kart hamili ile kartı çıkaran kuruluş arasında akdedilen kredi kartı sözleşmesidir. Nitekim tüketici kredisi olarak değerlendirilebilecek tek sözleşme, kart hamili ile kartı çıkaran kuruluş arasındaki bu sözleşmedir³⁴. Sistemi oluşturan taraflar arasında akdedilen diğer sözleşmelerin tüketici kredisi nitelendirmesi bakımından bir önemi bulunmamaktadır³⁵.

C. Genel Olarak Kredi Kartı Sözleşmesi

Kredi kartı sözleşmesi, kartı çıkaran kuruluşun kart hamiline nakit ödemeksizin alışveriş yapma imkânı sağlamayı; kart hamilinin de yaptığı harcamaların tutarını kart çıkaran kuruluşa ödemeyi borçlandığı bir sözleşmedir³⁶. Kredi kartını çıkaran kuruluşun (genellikle) banka olması, zamanla kart hamiline nakit çekme hakkının tanınması sonucunu doğurmuştur³⁷. Günümüzde çıkarılan kredi kartlarında, kart hamiline nakit çekme imkânının sağlanması da borçlanılmaktadır. Ne var ki nakit çekme imkânının sağlanması, kredi kartı sözleşmesinin asli bir unsuru olarak kabul edilmemektedir³⁸.

Kredi kartı sözleşmesinin tarafları, kartı çıkaran kuruluş ve kart hamilidir³⁹. BKKKK, kartı çıkaran kuruluş olabilecek kişileri belirlemiştir. Buna göre kredi kartı, mevzuat gereği bu kartı düzenleme yetkisine sahip olan bankalar veya ilgili diğer kuruluşlar tarafından düzenlenir (BKKKK m.

³³ Çeker, s. 10.

³⁴ Giger, s. 181.

³⁵ Giger, s. 184.

³⁶ Giger, s. 189; Junker, s. 1464; Teoman, s. 164 vd.; Çeker, s. 62 vd.; İşgüzar, s. 63; Buhur, s. 102; Ceylan, Kredi Kartı, s. 85 vd.; Erendaç, s. 67; Özlem Tüzüner, "Banka Kredi Kartı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Kart Hamili Bakımından Avantajlarının Sorgulanması", Hakan Tokbaş/Alı Suphi Kurşun (Ed.), *Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları Külliyyatı, Bankacılık Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları*, Aristo Yayınevi, 2015, s. 161 vd.; Ayça Akkayan Yıldırım, "Kredi Kartı Sözleşmelerinin Bağlı Tüketici Kredisi Olarak Nitelendirilip Nitelendirilemeyeceği Sorunu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 73(1), 2015, s. 262.

³⁷ Erendaç, s. 68.

³⁸ Teoman, s. 234; Çeker, s. 71; Erendaç, s. 210 vd.

³⁹ Giger, s. 189; Teoman, s. 158; Çeker, s. 67; İşgüzar, s. 63; Akipek, Kredi Kartı, s. 109; Buhur, s. 100; Ceylan, Kredi Kartı, s. 85; Erendaç, s. 71 vd.; Akkayan Yıldırım, s. 263.

3-g). Sözleşmenin diğer tarafında yer alan kart hamili ise gerçek veya tüzel bir kişi olabilir⁴⁰.

Sözleşmenin hukuki niteliği 5464 sayılı Kanun'dan önce oldukça tartışmalıydı. Bu dönemde kredi kartı sözleşmesinin, eser, vekâlet, hizmet ve garanti sözleşmesi olduğuna ilişkin görüşler ileri sürülmüştür⁴¹. Kredi kartının ödeme aracı olma işlevi ekseninde yapılan tartışmalar, tespitlerin iş görme sözleşmelerinin etrafında yoğunlaşmasına sebep olmuştur. Bu dönemde en fazla taraftar bulan görüş ise sözleşmenin sui generis bir sözleşme olduğunu ve sözleşmeye vekâlet sözleşmesine ait hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiğini ileri süren görüştür⁴². BKKKK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte kanaatimizce bu tartışmaların bir önemi kalmamıştır. Zira BKKKK'nın çeşitli hükümlerinde kredi kartı sözleşmesinin esaslı unsurları düzenlenmiştir. Bu sebeple kredi kartı sözleşmesi, artık kanunda düzenlenen isimli bir sözleşmedir⁴³.

Kredi kartı sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir⁴⁴. Asıl tartışma, sözleşmenin tam iki tarafa mı yoksa eksik iki tarafa mı borç yüklediğine ilişkindir⁴⁵.

⁴⁰ Çeker, s. 67; Buhur, S. 100; Erendaç, s. 77.

⁴¹ Bu tartışmalar için bkz. Teoman, s. 165 vd.; Çeker, s. 68 vd.; İşgüzar, s. 66 vd.; Seza Reisoğlu, "Banka Kredi Kartları ve Uygulama Sorunları", *Bankacılar Dergisi*, (49), 2004, s. 104; Akipek, Kredi Kartı, s. 108-109; Buhur, s. 11 vd.; Ceylan, Kredi Kartı, s. 88 vd.; Erendaç, s. 95 vd.

⁴² Bu hususta bkz. Ceylan, Kredi Kartı, s. 88 vd.

⁴³ Aynı yönde bkz. Ceylan, Kredi Kartı, s. 88-89; Ebru Ceylan, "Kredi Kartlarıyla İlgili 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yenilikler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (117), 2015, s. 249; Tüzüner, s. 173; Erendaç, s. 100.

⁴⁴ Giger, s. 190-191; Teoman, s. 163; Çeker, s. 68; İşgüzar, s. 66; Ceylan, Kredi Kartı, s. 88; Tüzüner, s. 174.

⁴⁵ İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler kendi içerisinde, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ve eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olmak üzere ikiye ayrılır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklı edimlerin mübadelesi amaçlanmıştır. Bu tip sözleşmelerde taraflardan her birinin borcu, diğer tarafın borcunun karşılığını teşkil eder. Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ise tarafların borçları karşılıklı olarak ve aynı anda değil, sıra ile doğmakta veya taraflardan biri sözleşmenin yapıldığı anda kesin olarak borç altına girmekte, diğerinin borçlanması ise bazı şartların gerçekleşmesine bağlanmaktadır. Bu hususta bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, 7. Bası, Filiz Kitabevi, 2017, s. 99; Selahattin Sulhi Tekinay/ Sermet Akman/ Halûk Burcuoğlu/Atillâ Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, 1993, s. 53 vd.; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021, s. 224-225; M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt-1, 17. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 48.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre⁴⁶, kartı çıkaran kuruluş, limit dahilinde ödünç vermeyi taahhüt ederken; kart hamili, kartı kullandığında geri ödeme borcu altına girmektedir. Dolayısıyla edimler arasında herhangi bir synallagma söz konusu değildir. Bu sebeple kredi kartı sözleşmesi, eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

Doktrinde bir başka görüşe göre⁴⁷ ise kredi kartı sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu görüşü temsil eden yazarlardan *Çeker*'e göre⁴⁸, kartı çıkaran kuruluş nakit kullanılmaksızın alışveriş yapılabilmesi için gerekli imkânları sunmayı borçlanırken; kredi kartı hamili, yıllık ödenti ve harcamaya ilişkin tutarın ödenmesi borcu altına girmektedir. Bu sebeple sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

İsviçre hukukunda *Giger*, sözleşmenin akdedildiği kredi kartı sistemine göre bir ayırım yapmaktadır. Yazara göre⁴⁹, iki taraflı sistemde akdedilen kredi kartı sözleşmesi, eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bununla birlikte taraflar kararlaştıracakları hükümlerle sözleşmeyi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme haline getirebilirler. Örneğin, kart hamilinin nakit kullanılmaksızın harcama yapma karşılığında kartı çıkaran kuruluşa periyodik olarak ödeyeceği harç veya borç tamamen ifa edilene kadar nakit kullanılmaksızın yaptığı harcamalar için ödemekle yükümlü olacağı faiz, sözleşmeyi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme haline getirecektir. Yazar, üç taraflı sistem içinde imzalanan kredi kartı sözleşmesini ise tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak nitelendirmektedir. Buna göre⁵⁰, kart hamili üç taraflı sistemde kredi kartı çıkaran kuruluşa periyodik olarak harç ödemekle yükümlüdür. Bu yükümlülük ile kartı çıkaran kuruluşun yükümlülüğü mübadele ilişkisi içinde olduğundan üç taraflı sistemde kredi kartı sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

⁴⁶ Tüzüner, s. 174; Erendaç, s. 101-102.

⁴⁷ Teoman, s. 163; Çeker, s. 68; İşgüzar, s. 66; Akipek, Kredi Kartı, s. 108; Ceylan, Kredi Kartı, s. 88.

⁴⁸ Çeker, s. 68.

⁴⁹ Giger, s. 162-163. Alman hukukunda *Westphalen/Thüsing*'e göre, kart hamilinin asli edimi, harcamaların tutarını kartı çıkaran kuruluşa ödemektir. Bu yükümlülük kart hamilinin asli yükümlülüğü olsa da kredi kartı çıkaran kuruluşun yükümlülüğü ile karşılıklı ilişki içinde değildir. Kart hamilinin diğer yükümlülükleri, mutabık kalınan üyelik ücretinin, özel hizmetler için ilgili işlem ücretinin ve kredi faizinin ödenmesidir. Bu hususta bkz. *Westphalen/Thüsing*, Rn. 14.

⁵⁰ Giger, s. 190-191.

Kanaatimizce, kredi kartı sözleşmesi eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Zira kredi kartı sözleşmelerinde, kart hamili kartı kullandıkça borç altına girmekte olup hamilin kredi kartını kullanma gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Kredi kartı hamilinin borcunun doğabilmesi için alışveriş yapması gerekir. Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan biri sözleşmenin yapıldığı anda kesin olarak borç altına girerken; diğerinin borçlanması belirli şartların gerçekleşmesine bağlıdır⁵¹. Kredi kartı sözleşmesinde de kart hamilinin borç altına girmesi alışveriş yapmasına bağlı olduğundan, bu sözleşme eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

Doktrinde bazı yazarlarca kredi kartı sözleşmesinin çerçeve bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir⁵². Çerçeve sözleşme ile taraflar önce genel bir sözleşme kurmakta, ardından yaptıkları özel (münferit) sözleşmeler ile çizmiş oldukları genel çerçeveyi doldurmaktadır⁵³. Bu sözleşmede ileride kurulacak münferit sözleşmelere ilişkin bazı hükümler önceden kararlaştırılmakta ancak taraflara münferit sözleşmeleri yapma borcu yüklenmemektedir⁵⁴. Kredi kartı sisteminin işleyişi değerlendirildiğinde bu sözleşmeyi çerçeve sözleşme olarak kabul etmek güçtür. Zira kredi kartı sözleşmesi ile kart hamili nakit kullanmaksızın alışveriş yapmayı veya nakit çekmeyi arzularken, kartı çıkaran kuruluş bu işlemlerin yapılabilmesi için gerekli imkânların sağlanmasını borçlanmaktadır. Sözleşme taraflarının daha sonradan başka sözleşmeler yapma şeklinde bir iradesi bulunmaz. Yapılan alışverişin onaylanarak harcama tutarının üye işyerine aktarılması ve kredi kartı borcunun kart hamili tarafından ödenmesi, ayrı birer sözleşme olmayıp kredi kartı sözleşmesinin ifası niteliğindedir. Tüm bu sebeplerle kredi kartı sözleşmesi çerçeve bir sözleşme olarak değerlendirilmemelidir⁵⁵.

Kredi kartı sözleşmesinin hukuki niteliği ile ilgili olarak değinilmesi

⁵¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 99; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 53 vd.; Eren, s. 224-225; Oğuzman/Öz, s. 48.

⁵² Giger, s. 191; Westphalen/Thüsing, Rn. 13; İşgüzar, s. 67; Ceylan, Kredi Kartı, s. 89.

⁵³ Eugen Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Schulthess Verlag, 1988, s. 109; Ernst A. Kramer, *Berner Kommentar, Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen*, Stämpfli Verlag, 1991, Art. 22, N. 76; Kocayusufpaşaoğlu, s. 112-113; Eren, s. 226-227.

⁵⁴ Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 9. Auflage, Schulthess Verlag, 2008, N. 1099; Kocayusufpaşaoğlu, s. 112. Bazı durumlarda çerçeve sözleşmenin münferit sözleşmeleri yapma borcu doğurması hakkında bkz. Kramer, Art. 22, N. 76.

⁵⁵ Ayrıntılı değerlendirme için bkz. Tüzüner, s. 173; Erendaç, s. 102 vd.

gereken son husus, sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğudur⁵⁶. Kartı çıkaran kuruluş, sürekli bir biçimde kredi kartını nakit kullanmaksızın ödeme aracı olarak kullanabilme imkânı sağlar. Bu yükümlülük de sözleşmeyi sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme haline getirir.

III. TÜKETİCİ KREDİSİ OLARAK KREDİ KARTI SÖZLEŞMESİ

A. Kredi Kartının Kredi Aracı Olma İşlevi

Önceki başlıklarda da vurgulandığı üzere, kredi kartı ödeme aracı olarak kullanılabilmesi gibi kredi aracı olarak da kullanılabilir. Ne var ki kredi kartının kredi aracı olması, herkes tarafından kabul gören bir işlev değildir.

Nitekim *Teoman*⁵⁷, kredi kartı çıkaran kuruluşun kart hamiline kredi kullandırmadığını vurgulamış, alışveriş tarihi ile kredi kartı borcunun ödendiği tarih arasında geçen zaman diliminde, kredi sebebiyle kullanım karşılığı olarak bir edim ifa edilmediğinden, kredi kartı ile kredi arasında bir ilişki bulunmadığını ifade etmiştir. Kredi kartının kredi aracı olma işlevini reddeden yazar, alışverişin yapıldığı tarih ile ödeme tarihinin farklı olmasını kredi kartı sisteminin işleyişinin doğal bir sonucu olarak değerlendirmiştir⁵⁸. Yazar sistemin işleyişine ilişkin bu değerlendirmesini, kredi kartı borcunun taksitler halinde ödendiği durumlar bakımından da yapmıştır. Buna göre⁵⁹, kartı çıkaran kuruluşun kart hamiline aylık hesap özetinde yer alan borcu taksitler halinde ödeme imkânı sunması, doğrudan sistemin işleyişine ilişkin bir husustur. Nasıl ki herhangi bir satıcı, satış bedelinin taksitler halinde ödenmesine izin veriyorsa kartı çıkaran kuruluş da böyle bir imkân sunabilir⁶⁰. Hesap özeti taksitler halinde ödenmesine izin verilmesi, kredi kartı sözleşmesini kredi açma sözleşmesi haline getirmez.

Kanaatimizce kredi kartının kredi aracı olma işlevinin bulunup bulunmadığını değerlendirmeden önce, krediden ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır. Latince “*credere*” kelimesinden türetilen kredi

⁵⁶ Giger, s. 191; Junker, s. 1464; Westphalen/Thüsing, Rn. 13; Teoman, s. 163; Çeker, s. 63; İşgüzar, s. 67; Ceylan, Kredi Kartı, s. 89; Akkayan Yıldırım, s. 262.

⁵⁷ Teoman, s. 225 vd.

⁵⁸ Teoman, s. 229.

⁵⁹ Teoman, s. 236-237.

⁶⁰ Teoman, s. 236-237.

terimi, anlam itibarıyla güvenilir olmaya işaret eder⁶¹. Doktrinde kredinin sübjektif ve objektif iki unsurdan meydana geldiği kabul edilmektedir⁶². Kredinin sübjektif unsuru, güvendir⁶³. Kredi veren, kredi alan kişinin ödeme isteğine ve ödeme kabiliyetine güvenmektedir. Her hukuki ilişkide belirli ölçüde güven olsa da taraflardan biri edimini ifa etmek için bir süreden faydalanacaksa güven unsuru daha da önemli hale gelir. Objektif unsur ise belirli bir satın alma gücünün geçici bir süreyle kredi alan kişiye tahsis edilmesidir⁶⁴. Kredi veren kişi, kredi alanın ödeme isteği ve ödeme kabiliyetine güven duyduğu için bu kişiye geçici bir süreliğine satın alma gücü sağlamaktadır. Bahsi geçen iki unsurun birbirlerine sıkı surette bağlı olduğu da kabul edilmektedir⁶⁵.

Kredinin yukarıda açıklanan iki unsuru dikkate alındığında, kredi kartının kredi aracı olma işlevinin bulunduğu rahatlıkla söylenebilir. Kart hamilinin harcama tutarlarını taksitler halinde ödediği veya kredi kartından nakit çektiği durumlarda kredinin varlığı oldukça açıktır⁶⁶. Nitekim her iki durumda da kart hamiline satın alma gücü verilmektedir. İlk durumda borç ötelenmekte, ikinci durumda ise kart hamiline doğrudan nakit para tahsis edilmektedir. Kredi kartının verilmesi ve bu imkânların sunulması da kredinin sübjektif unsuru olan güvenin varlığını kanıtlar niteliktedir.

Kart hamilinin kart borcunu hesap döneminin sonunda tamamen ödediği durumlar bakımından ise ayrı bir değerlendirme yapılmalıdır. Zira bu ihtimalde kredi kartı ödeme aracı olarak kullanılmakta, dolayısıyla herhangi bir kredinin kullanılıp kullanılmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır.

Kredi kartının yalnızca ödeme aracı olarak kullanıldığı hallerde kredinin bulunmadığını ileri süren yazarlara göre⁶⁷, bu gibi durumlarda kart hamiline

⁶¹ Burak Özen, *Kredi Açma Sözleşmeleri*, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 2 vd.; Başak Şit, *Türk Hukukunda Banka Kredisi Kavramı ve Buna Bağlı Sonuçlar*, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2011, s. 3; Akipek, *Tüketici Kredisi*, s. 7-8; Gezder, s. 21-22.

⁶² Özen, s. 3 vd.; Şit, s. 7; Akipek, *Tüketici Kredisi*, s. 7-8; Gezder, s. 21-22.

⁶³ Özen, s. 3-4; Şit, s. 7-8; Akipek, *Tüketici Kredisi*, s. 7-8; Gezder, s. 21-22.

⁶⁴ Özen, s. 4; Şit, s. 8; Akipek, *Tüketici Kredisi*, s. 7-8; Gezder, s. 21-22.

⁶⁵ Özen, s. 4.

⁶⁶ Çeker, s. 43; İşgüzar, s. 153; Akipek Öcal, s. 63; Şit, s. 118; Mustafa Alper Gümüş, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, C. 1, (Madde 1-46), Filiz Kitabevi, 2014, s. 179; Ceylan, *Kredi Kartı*, s. 36-37; Ceylan, *Yenilikler*, s. 246; Akkayan Yıldırım, s. 263.

⁶⁷ Teoman, s. 230.

kendi malvarlığı ile karşılanamayan bir satın alma gücü tahsis edilmemekte ve kredi kartıyla malvarlığının izin vermediği bir harcama yapılmamaktadır. Kart hamiline satın alma gücü tahsis edilmeyen bu gibi durumlarda, herhangi bir krediden de bahsedilemeyecektir. Bu görüşe göre⁶⁸, istisnai durumlarda kart hamili malvarlığının elvermediği bir harcamayı yapabilese de bu harcama karşılığında faiz veya benzeri bir menfaat elde edilmediğinden kredinin varlığını kabul etmek mümkün değildir.

Bu görüşün aksini savunan yazarların haklı olarak belirttiği üzere⁶⁹, faiz veya komisyon alınması, kredinin zorunlu bir unsuru değildir. Nitekim bazı kredilerde kredi veren kişinin faiz talebinde bulunması mümkün olmaz⁷⁰. Ayrıca kart hamilinin kredi kartı borcunun tamamını hesap döneminin sonunda ödemesi, bu ödemenin halihazırda mevcut olan malvarlığından yapıldığı anlamına gelmez. Kart hamili, nakit taşımaktan kurtulmak için kredi kartı kullanabileceği gibi elde edemediği bir satın alma gücünü de kullanmak isteyebilir⁷¹. Nitekim hiç parası olmayan bir kişinin kredi kartıyla mal veya hizmet satın aldığı bir ihtimalde, kartı çıkaran kuruluşun sağladığı satın alma gücünden faydalanılmaktadır. Tüm bu sebeplerle kart borcu dönem sonunda ödense bile kredinin varlığı konusunda herhangi bir şüphe duyulmamalıdır⁷².

Ulaşılan bu sonucu bazı hukuki düzenlemeler ile desteklemek de mümkündür. 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde Hazine Müsteşarlığı tarafından çıkarılan 11 no'lu Tebliğ'de, kredi kartı limitinin gayrinakdi bir kredi olduğu, kredi kartının kullanılmasıyla birlikte ortaya çıkan harcama tutarının kart hamilinden tahsis edilinceye kadar nakdi kredi olarak değerlendirileceği ve tahsis edilen limit ile nakdi krediye dönüşen tutar arasındaki farkın ise gayrinakdi kredi olarak varlığını devam ettireceği düzenlenmiştir⁷³. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun (BankK) 50'nci maddesinde yer alan "*kredi kartı verilmesi suretiyle kullanılan krediler*" ibaresi ile TKHK'nın 22'nci maddesinin ilk fıkrasında yer alan

⁶⁸ Teoman, s. 230.

⁶⁹ Şit, s. 119.

⁷⁰ Bu hususta bkz. Şit, s. 94.

⁷¹ Şit, s. 119.

⁷² Çeker, s. 43; İşgüzar, s. 153; Reisoğlu, s. 100; Şit, s. 119 vd.; Ceylan, Kredi Kartı, s. 36-37; Tüzüner, s. 169.

⁷³ Tebliğ için bkz. <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22197.pdf>> Erişim Tarihi 21 Ekim 2021. Kredi kartının nakdi ve gayrinakdi kredi niteliği hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kuntalp, s. 278 vd.

“benzeri finansman şekilleri aracılığıyla alınan kredi” ifadesi de kredi kartı sözleşmelerinin kredi aracı olma işlevine işaret etmektedir⁷⁴.

Kredi kartı ile sağlanan kredi, bir defada alınıp tek seferde veya taksitler halinde ödenen kredilerden olmadığı için aynı zamanda dönerlik özelliği gösteren (rotatif) bir kredidir⁷⁵. Kredi kartı sözleşmesinin yapıldığı esnada bir limit belirlense de kullanılacak kredinin miktarı tam olarak bilinemediğinden geri ödeme süresi de hesaplanamamaktadır. Bu sebeple kredi kartı ile sağlanan kredi, belirsiz süreli bir kredidir⁷⁶.

Kredi kartı sözleşmesi ile sağlanan krediyle ilgili çalışma bakımından önemli olan nokta ise söz konusu kredinin tüketici kredisi olarak kabul edildiği durumlardır. 4077 sayılı Kanun’un “Kredi Kartları” kenar başlıklı 10/A maddesinde, kredi kartı ile mal veya hizmet alımı sonucunda nakdi krediye dönüşen veya nakit çekim suretiyle kullanılan kredilerin, tüketici kredisine ilişkin hükümlere tabi olacağı düzenlenmişti. 6502 sayılı TKHK’da ise kredi kartları kenar başlıklı bir düzenleme yer almamış, kredi kartı sözleşmelerinin tüketici kredisi sayılması için bazı şartlar öngörülmüştür. Çalışmanın bundan sonraki başlıklarında Kanun’un aradığı bu şartlar incelenecektir.

B. Kredi Kartı Sözleşmesinin Tüketici Kredisi Olarak Kabul Edilme Şartları

1. Genel Olarak

6502 sayılı Kanun’un 22’nci maddesinin 3’üncü fıkrasına göre, “Kredi kartı sözleşmeleri, faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya benzer şekilde taksitle ödeme imkânı sağlanması halinde, tüketici kredisi sözleşmesi olarak değerlendirilir.” Söz konusu hüküm uyarınca, kredi kartı sözleşmelerinin tüketici kredisi olarak

⁷⁴ Benzeri finansman şekilleri aracılığıyla alınan kredinin en temel örneğinin kredi kartları olduğu hakkında bkz. Gümüş, s. 179; İbrahim Murat Haznedar, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Bankacılık Uygulamaları Bakımından Getirdiği Yenilikler”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 88(3), 2014, s. 10; Mehmet Deniz Yener, “6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un Tüketici Kredileri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, 7(13), 2015, s. 410; Ömer Çınar, “Tüketici Kredisi Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Hükümleri”, Hakan Tokbaş/Alı Suphi Kurşun (Ed.), *Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları Külliyyatı, Bankacılık Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları*, Aristo Yayınevi, 2015, s. 45.

⁷⁵ İşgüzar, s. 154; Akipek, Tüketici Kredisi, s. 189; İ. Yılmaz Aslan, *6502 Sayılı Kanun’a Göre Tüketici Hukuku*, 5. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, 2015, s. 485.

⁷⁶ Ceylan, Yenilikler, s. 270.

değerlendirilebilmesi için iki şartın bir arada bulunması gerekir. Bunlardan ilki, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya benzer şekilde taksitle ödeme imkânının sağlanmasıdır. İkinci şart ise söz konusu erteleme veya taksitlendirmenin faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında yapılmasıdır. Her ne kadar hükümde yer almasa da kredi kartı hamilinin tüketici olması, kredi kartı sözleşmelerinin tüketici kredisi olarak kabul edilmesinin bir diğer şartıdır.

2. Ödemenin Üç Aydan Daha Uzun Süre Ertelenmesi veya Benzer Şekilde Taksit İmkânının Sağlanması

a. Genel olarak

Kredi kartı sözleşmelerinin tüketici kredisi olarak değerlendirilmesinin ilk şartı, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya benzer şekilde taksit imkânının sunulmasıdır. Hükümün kaleme alınışından da anlaşılacağı üzere, bu iki durumun aynı anda gerçekleşmesi gerekmez. İki ihtimalden birinin gerçekleşmesi, ilk şartın sağlanması bakımından yeterlidir.

Hükümde öngörülen ilk durum, ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi imkânının sağlanmasıdır. Ödemenin ertelenmesinden kasıt, kart hamilinin dönem sonunda yalnızca asgari tutarı ödeyerek kalan borcu ötelemesidir.

Kredi kartı sözleşmesinin tüketici kredisi olarak değerlendirildiği ikinci durum, kredi kartı hamilinin yapacağı ödemeler bakımından taksit imkânının sağlanmasıdır. Hükümde taksit imkânının “benzer şekilde” sağlanması gerektiği düzenlenmiştir. Söz konusu ifade iki yönden değerlendirilmelidir. Öncelikle vurgulanmalıdır ki ilerleyen başlıklarda ele alınacak olan erteleme veya taksitlendirmenin faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında yapılması şartı, benzer şekilde imkân sağlamanın kapsamına girer. Bir başka deyişle, kartı çıkaran kuruluş, sağladığı taksitlendirme imkânının kullanılması durumunda, faiz veya benzeri bir menfaat elde etmelidir. Bu husus bakımından herhangi bir tartışma yoktur. Değerlendirilmesi gereken asıl nokta, ilk durumda gerekli olan üç aydan daha uzun süre erteleme şartının, taksitlendirme bakımından da geçerli olup olmadığıdır. Bu şartın taksitlendirmeye olan yansımaları ise taksitlendirmenin yapıldığı ay sayısının tespiti şeklinde gerçekleşir. Bu noktada iki farklı görüş mevcuttur.

Doktrinde bir görüşe göre⁷⁷, hükümde yer alan “benzer şekilde” ifadesi, taksitlendirmenin üç aydan daha fazla olması gerekliliğini ifade eder. Bu sebeple iki veya üç aylık taksitlendirme imkânının söz konusu olduğu hallerde, tüketici kredisinin varlığından söz edilemez.

Doktrinde kabul edilen diğer bir görüşe göre⁷⁸ ise hükümde taksitlendirmenin sayısına ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Dolayısıyla yapılacak olan nitelendirme, taksit sayısından bağımsızdır.

Kanaatimizce, kredi kartı sözleşmelerinin tüketici kredisi kapsamında değerlendirilebilmesi için taksitlendirme imkânının üç ayı aşacak şekilde olması gerekir. Benzer şekilde ifadesini, hem taksitlendirme karşılığında faiz veya benzeri bir menfaatin alınması hem de taksitlendirme imkânının üç ayı geçmesi gerektiği şeklinde anlamak gerekir. Zira önemli olan hususun vadesi gelmiş bir ödemenin ertelenmesi olduğu gerekçede açıkça vurgulanmıştır⁷⁹. Erteleme, toplam borç üzerinden asgari tutarın belirlenerek geriye kalan kısmın ödemesinin ertelenmesi şeklinde olabileceği gibi yapılan harcamanın taksitlendirilmesi şeklinde de olabilir. Tüketici kredisi sayılmak bakımından önemli olan kıstas faiz veya benzeri menfaat karşılığında bir erteleme imkânının sağlanması ise ertelemenin iki farklı görünümü arasında bir ayrım yapılmamalıdır.

b. “Erteleme veya taksitle ödeme imkânı sağlanması” ifadesinin anlamı

(1) Genel olarak

6502 sayılı Kanun’da, kredi kartı sözleşmesinin tüketici kredisi olarak değerlendirilebilmesi için “ödemelerin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya benzer şekilde taksitle ödeme imkânının sağlanması” gerektiği düzenlenmiştir. Hükümde geçen “imkân sağlanması” ifadesinin hangi anlama geldiği, cevap bulunması gereken önemli bir sorudur. Acaba kredi kartı sözleşmesinin akdedildiği anda tüketici kredisinin varlığından bahsedilebilecek midir? Yoksa bu sözleşmeyi tüketici kredisi

⁷⁷ Gümüüş, s. 181; Çınar, s. 38; Davut Gürses, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Cayma Hakkı”, *Legal Hukuk Dergisi*, 12(140), 2014, s. 269.

⁷⁸ Akkayan Yıldırım, s. 266

⁷⁹ Gerekçe TKHK m. 22, <<https://sayilikanuncom.files.wordpress.com/2019/11/9253c-6502-sayc4b11c4b1-tc3bcketicinin-korunmasc4b1-hakkc4b1nda-kanunun-gerekc3a7esi.pdf>> Erişim Tarihi 15 Ekim 2021.

olarak değerlendirebilmek için erteleme veya taksitlendirme işlemlerinin fiilen yapılması mı gerekir? Bu sorunun cevabı gerek Türk hukukunda gerekse de benzer bir düzenlemenin mevcut olduğu İsviçre hukukunda oldukça tartışmalıdır. Söz konusu soruya verilecek olan cevap, sözleşmeye uygulanacak kanun hükümlerinin de belirleyicisi olacaktır. Bu sebeple doktrinde ileri sürülen görüşleri ayrı başlıklar altında incelemenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

(2) Erteleme veya taksitlendirme imkânının fiilen kullanılması gerektiği görüşü

Bu görüşe göre⁸⁰, kredi kartı sözleşmesinin tüketici kredisi olarak değerlendirilebilmesi için kredi kartı borcunun belirli bir kısmının ödenmesi, geriye kalan kısmının ise üç aydan daha fazla ertelenmesi veya üç ayı aşacak şekilde taksitlendirilmesi gerekir. Kredi kartı hamiline böyle bir imkânın tanınmadığı veya tanınan imkânın hamil tarafından kullanılmadığı durumlarda, tüketici kredisinin varlığından bahsedilemez.

Benzer bir düzenlemenin yer aldığı⁸¹ İsviçre hukukunda bu görüşün en önemli savunucusu, *Giger*’dir. *Giger*, İsviçre Tüketici Kredisi Kanunu’nun (KKG) amacından hareket ederek bazı çıkarımlar yapmaktadır. Buna göre, İsviçre Tüketici Kredisi Kanunu’nun en temel amacı, bireylerin aşırı borçlanmasını önlemektir⁸². İnsanlar geçmiş dönemlerde yalnızca kendi imkânlarıyla bedelini ödeyebilecekleri mal ve hizmetleri satın alırdı. Ne var ki bu durum ilerleyen yıllarda değişmiş, nüfusun büyük bir bölümü elde etmek istediği mal veya hizmetleri, krediler vasıtasıyla temin etmeye başlamıştır. Bu durum gelecekteki kariyer gelişimine güvenebilecek ve daha yüksek kazanç elde edebilecek tüketiciler bakımından faydalı olsa da zayıf karakterler bakımından finansal olarak yönetilemez borçların ortaya

⁸⁰ Giger, s. 170 vd.; Akipek Öcal, s. 64; Gümüş, s. 179 vd.; Akkayan Yıldırım, s. 265; Haznedar, s. 10; Yener, s. 410-411; Murat Aydoğdu, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015, s. 239; Aslan, s. 485; Sezer Çabri, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021, s. 478-479.

⁸¹ KKG Art.1/2-b:

“*Als Konsumkreditverträge gelten auch:*

b. Kredit- und Kundenkarten sowie Überziehungskredite, wenn sie mit einer Kreditsption verbunden sind; als Kreditsption gilt die Möglichkeit, den Saldo einer Kredit- oder Kundenkarte in Raten zu begleichen.”, <<https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2002/593/de>> Erişim Tarihi 22 Ekim 2021.

⁸² Giger, s. 171.

çıkmasına sebep olabilir. Bunu engellemek adına İsviçre Tüketici Kredisi Kanunu kabul edilmiş, Kanun'da aşırı borçlanmanın önlenmesi için çeşitli hükümler öngörülmüştür⁸³. Kredi ve müşteri kartlarının da kredi aracı olarak kullanılabilmesi, bu kartlara ilişkin sözleşmelerin de tüketici kredisi olarak değerlendirilmesi sonucunu doğurmuştur. Bu amaçla İsviçre Tüketici Kredisi Kanunu'nun ilk maddesinde, kredi kullanma opsiyonu sunan kredi ve müşteri kartlarının tüketici kredisi olarak kabul edileceği düzenlenmiştir (KKG Art.1/f.2-b).

Giger, söz konusu hükmü yorumlarken Kanun'un amacı ve taraf iradelerini merkeze koymuştur. Yazara göre⁸⁴, Kanun'un temel amacı aşırı borçlanmayı önlemektir. Kredi kartı borcunun tamamı dönem sonunda ödeniyorsa kart yalnızca ödeme aracı olarak kullanılıyor demektir. Kredi ve müşteri kartlarının kredi aracı olarak kullanılmadığı bu gibi hallerde, tüketici kredisine ilişkin koruyucu hükümlerin uygulanması hususunda bir ihtiyaç ortaya çıkmaz.

Yazar görüşünü inşa ederken hukuki işlem teorisi bakımından merkez bir kavram olan iradeyi de kullanmaktadır. Buna göre, tarafların iradesinin kredi kartının kredi aracı olma işlevini kullanmaya yönelik olmadığı durumlarda, tüketici kredisinden bahsedilemez⁸⁵. Kart hamili ve kartı çıkaran kuruluş, sözleşmenin imzalandığı sırada kartın kredi aracı olarak kullanılmasını genellikle arzu etmemektedir. Nitekim sayısal veriler incelendiğinde, çoğu kart hamilinin kredi kartı borcunun tamamını dönem sonunda ödediği görülmektedir⁸⁶.

Yazar, Kanun'un amacı ve taraf iradelerinin yanı sıra KKG Art. 7'de düzenlenen, Kanun'un uygulama alanı dışında yer alan istisnalardan da faydalanmaktadır⁸⁷. Hükümde düzenlenen çeşitli istisnalardan yola çıkan yazar, kredinin, faiz veya benzeri bir menfaat alınmadan tahsis edildiği haller ile tüketicinin krediyi üç ay içinde geri ödemekle yükümlü olduğu durumlarda bu Kanun'un uygulanamayacağını belirtmiş, kredi kartı borcunun zamanında ödendiği ve üç ayı geçecek şekilde taksitlendirme yapılmadığı durumlarda, kredi kartı sözleşmesinin tüketici kredisi olarak değerlendiremeyeceğini

⁸³ Giger, s. 171.

⁸⁴ Giger, s. 171.

⁸⁵ Giger, s. 188.

⁸⁶ Bu hususta bkz. Giger, s. 178.

⁸⁷ Giger, s. 227.

vurgulamıştır⁸⁸. Zira bu ihtimalde ne faiz alınmakta ne de üç ayı aşan bir erteleme yapılmaktadır.

Sonuç itibariyle *Giger'e* göre⁸⁹, kredi kartı sözleşmelerinin tüketici kredisi olarak değerlendirilebilmesi için kredi kartının kredi opsiyonuna sahip bir kart olması, kartın kredi işlevinin etkin bir şekilde kullanılacağına ilişkin anlaşma yapılması ve bu işlevin de etkin şekilde kullanılması gerekir. Bu şartların sağlanmadığı hallerde tüketici kredisinin varlığından bahsedilemez.

Türk hukukunda da *Giger'in* görüşüne benzer bir yaklaşım bulunmaktadır. Bu yaklaşıma göre⁹⁰, kredi kartı sözleşmesinin akdedilmesiyle birlikte ortaya çıkan kredi, gayrinakdi bir kredidir. Dolayısıyla kredi kartı sözleşmesi bu aşamada tüketici kredisi niteliğinde değildir.

Bu denli açık bir şekilde ifade edilmese de kredi kartı sözleşmesinin kredinin aktif bir şekilde kullanıldığı hallerde tüketici kredisi olarak kabul edileceğini ifade eden görüşler de bulunmaktadır. Nitekim doktrinde bazı yazarlar⁹¹, “ödemenin üç aydan daha uzun süre ertelenmesi veya benzer şekilde taksitlendirme imkânını”, kartı çıkaran kuruluş tarafından tüketiciye mesaj olarak gönderilen “... TL'lik alışverişinizi %.. faiz ile ... ayda ödeyebilirsiniz” şeklindeki banka uygulamaları olarak tasvir etmektedir. Yine tüketici kredisi sözleşmesinden cayma hakkına ilişkin bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirildiğininin, POS (*Point of Sale*) cihazının verdiği belgeye “okudum” şerhi ve atılacak bir imza ile ispatlanabileceğini savunan yaklaşımlar⁹², dolaylı olarak kredi işlevinin etkin şekilde kullanılması gerektiğini ifade etmektedir. Zira cayma hakkı, tüketici kredisi sözleşmesinin kurulduğu tarihten itibaren on dört gün içerisinde kullanılabilir (TKHK m. 24/f. 1). Bu sürenin işleyebilmesi için kredi verenin cayma hakkının bulunduğuna ilişkin olarak tüketiciyi bilgilendirmesi zorunludur⁹³. Kredi kartı sözleşmelerinde bu yükümlülüğün yerine getirildiğinin alışveriş sonrasında POS cihazının verdiği belgeye yazılacak şerh ve atılacak imza ile ispatlanacağını söylemek, kartın kredi işlevinin etkin bir şekilde kullanıldığı

⁸⁸ Giger, s. 227.

⁸⁹ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Giger, s. 170 vd.

⁹⁰ Akkayan Yıldırım, s. 265.

⁹¹ Haznedar, s. 10-11. Ayrıca bkz. Akkayan Yıldırım, s. 267. Benzer bir yaklaşım için bkz. Çabri, s. 478-479.

⁹² Gümüş, s. 186-187.

⁹³ Gümüş, s. 186.

durumlarda kredinin ortaya çıkacağını ifade etmek anlamına gelir. Dolayısıyla yukarıda bahsi geçen her iki yaklaşım da dolaylı olarak kredi işlevinin etkin şekilde kullanılmasını bir şart olarak aramaktadır.

Yargıtay⁹⁴ da bir kararında kredi kartı sözleşmesinde taksitlendirme olmadığı için bu sözleşmenin tüketici kredisi olarak değerlendirilemeyeceğini vurgulamış, uyuşmazlığa TKHK'nın tüketici kredisine ilişkin hükümlerinin uygulanamayacağını ifade etmiştir. Yüksek mahkeme söz konusu kararında sözleşmenin tüketici kredisi niteliğinin dışında kredi aracı olma işlevine bile şüphe ile yaklaşmıştır.

(3) Erteleme veya taksitlendirme imkânının verilmesinin yeterli olduğu görüşü

Bu görüşü benimseyen yazarlara göre⁹⁵, üç ayı aşan erteleme veya benzer şekilde taksitlendirme imkânının kredi kartı sözleşmesinde öngörülmesi, sözleşmenin tüketici kredisi olarak nitelendirilmesini sağlar. Söz konusu nitelendirmenin yapılabilmesi için ertelemenin fiilen yapılması veya borcun fiilen taksitlendirilmesi gerekmiyip bu yönde bir imkânın sözleşmede düzenlenmesi yeterlidir.

Sözleşmeyle erteleme veya taksitlendirme imkânının verilmesinin yeterli olacağını savunan bu görüş⁹⁶, yukarıda bahsi geçen⁹⁷ İsviçre Tüketici Kredisine Kanunu'nun ilk maddesinden yola çıkmaktadır. İlgili hükme göre, kredi ve müşteri kartlarının tüketici kredisi olarak değerlendirilebilmesi için kartın kredi opsiyonlu bir kart olması gerekir. Kredi veya müşteri kartının bakiyesini taksitle (kısmi) ödeme imkânının olduğu hallerde, kredi opsiyonunun varlığı kabul edilmektedir. Bu hüküm uyarınca, kredi kartı sözleşmelerinin tüketici kredisi niteliğinde olup olmadığının değerlendirilmesinde önemli ve

⁹⁴ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 25/05/2016 tarih ve E. 2016/200, K. 2016/9352 sayılı kararı, <www.legalbank.net> Erişim Tarihi 23 Ekim 2021.

⁹⁵ Cornelia Stengel, *Anwendungsbereich des Konsumkreditgesetzes, Kredit und Leasing, Kredit-und-Kundenkarten sowie Überziehungskredite für Konsumenten*, Schulthess Verlag, 2014, s. 113, N. 329; Yeşim M. Atamer, *Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2016, s. 27 vd.; Yeşim M. Atamer, "Tüketici Kredisine Hukukunda Reform Projeleri ve Avrupa Birliği Hukuku İle Uyumu", *Banka ve Tüketici Hukuku Sempozyumu*, On İki Levha Yayınları, 2010, s. 241; Erendaç, s. 112-113.

⁹⁶ Stengel, s. 105 vd., N. 306 vd.; Atamer, *Kredi*, s. 28; Atamer, *Reform*, s. 251.

⁹⁷ Bu hususta bkz. III, B, 2, b, (2).

belirleyici olan husus, kredi kartının ekonomik işlevidir⁹⁸. Kredi opsiyonunun sağlandığı hallerde, kart kredi aracı olma işlevine de sahiptir. Bu sebeple kredi fiilen kullanılmasa da kredi kartı sözleşmesi tüketici kredisi niteliğindedir.

Bu görüşü benimseyen yazarlara göre⁹⁹, şu anki uygulamada yaygın bir şekilde karşılaşılan kredi kartı ile ödemeye ek taksitler sunmaya yönelik banka uygulamalarının, tüketici kredisi nitelendirmesine bir etkisi bulunmamaktadır. Bunun sebebi, kart hamiline daha sözleşmenin başında kredi imkânının tahsis edilmesidir. Sözleşmeye tüketici kredisi niteliğini kazandıran şey, başlangıçta tahsis edilen bu imkândır. Kredi kartına ek taksitler sunulmasının nitelendirme bakımından bir önemi bulunmamaktadır.

Önceki başlıkta ele alındığı üzere, İsviçre hukukunda *Giger* ilgili hükmü farklı yorumlamakta, kredi kartı sözleşmesinin tüketici kredisi olarak kabul edilmesi için kredi işlevinin fiilen kullanılması gerektiğini ileri sürmektedir. Buna karşın İsviçre hukukunda bu hükmü *Giger* gibi yorumlamayan yazarlar da bulunmaktadır.

Bu yazarlara göre¹⁰⁰, Kanun'da kullanılan “*kredi opsiyonu*” (*Kreditoption*) ifadesi hukuki bakımdan talihsizdir. Zira bu ifade doğrultusunda kredi kartı bakiyesinin taksitle ödenmesi (kısmi olarak) imkânının sunulması yeterlidir. Bu noktada kredi kartı limitinin tanımlanıp kredi kartının teslim edildiği hallerde, kredi imkânının sunulup sunulmadığı belirsizdir. Açıklanmaya muhtaç olan bu ifade hukuki açıdan talihsiz bir kullanım olsa da hükmün yorumu ile bir sonuca ulaşılabilir. Buna göre, kartı veren kuruluş kredi kartı sözleşmesinde aylık bakiyeyi taksitler (kısmi olarak) halinde ödeme imkânını tanımlıysa kredi kartı sözleşmesinin içinde ek bir kredi açma sözleşmesi de yer almaktadır¹⁰¹. Bu ihtimalde kredi tutarı ve bunun ödenecek kısmı önceden belirlenmemekte, yalnızca sözleşme ile üst

⁹⁸ Atamer, Kredi, s. 28; Atamer, Reform, s. 251.

⁹⁹ Atamer, Kredi, s. 28; Atamer, Reform, s. 252.

¹⁰⁰ Stengel, s. 109, N. 317. Aynı yönde bkz. Luca Maranta/Philippe Spitz, *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)*, *UWG 3, Art. 3 Abs. 1 lit. k–n Stämpfli Handkommentar*, in Peter Jung/Philippe Spitz, Stämpfli Verlag, 2016, s. 563, N. 33. KKG Art.1/2-b hükmünde “*üç ayı aşan erteleme veya taksitlendirme*” ile “*faiz veya benzeri bir menfaatin alınması*” ibarelerinin yer almaması Türk hukukunda yapılacak olan tespitlerde, bu yazarların değerlendirmelerinin kullanılmasını engellemez. Zira İsviçre’de de kredinin, faiz veya benzeri bir menfaat alınmadan tahsis edildiği haller ile tüketicinin krediyi üç ay içinde geri ödemekle yükümlü olduğu durumlarda KKG’nin uygulanamayacağı düzenlenmiştir (KKG Art. 7). Yazarlar bu hükümleri göz önünde bulundurarak görüşlerini inşa etmiştir.

¹⁰¹ Stengel, s. 112, N. 326.

bir kredi limiti kararlaştırılmaktadır¹⁰². Hüküm kredi opsiyonuna sahip olan tüm kredi kartlarını kredi imkânı kullanılmasa da tüketici kredisi kapsamında değerlendirmektedir¹⁰³. Bu sebeple hükümle çelişen bir yorumun yapılması mümkün gözükmemektedir. Yalnızca ödeme aracı olarak kullanılan kredi kartlarının tüketici kredisi olarak kabul edilmemesi arzu ediliyorsa hükümde bu doğrultuda bir değişiklik yapılmalıdır¹⁰⁴. Değişiklik yapılmadığı sürece kredinin fiilen kullanılması şartı aranmaz.

(4) Görüşümüz

Kredi kartı sözleşmesinin tüketici kredisi niteliğiyle ilgili olarak benzer düzenlemelerin yer aldığı İsviçre ve Türk hukukundaki görüşler değerlendirildiğinde, kredi kartı sözleşmesinin tüketici kredisi sayılması için erteleme veya taksitlendirmenin fiilen yapılmasına gerek olmadığı kanaatindeyiz. Bu sebeple üç aydan daha fazla erteleme veya benzer şekilde taksitlendirme hakkı sözleşme ile kart hamiline tanınıyor ve bu hak kullanıldığında faiz veya benzeri bir menfaat sağlanıyorsa kredi kartı sözleşmesi tüketici kredisi niteliğindedir. Her ne kadar bu görüş benimsenmiş olsa da erteleme veya taksitlendirmenin fiilen yapılması gerektiğini savunan yazarların da haklı olduğu bazı noktalar vardır. Çalışmanın bu başlığı altında öncelikle bu noktalara değinilecek, ardından görüşümüzü destekleyen argümanlar ele alınacaktır.

6502 sayılı Kanun'un 22'nci maddesinin gerekçesinde¹⁰⁵, banka kartlarının kural itibarıyla ödeme aracı olarak kullanıldığı belirtilmiş, bu kartların söz konusu hükmün kapsamına girebilmesi için kredilendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Diğer ülke uygulamalarında “*Debit Cart*” olarak adlandırılan ve tüketicinin yalnızca mevduatındaki parayı kullanmasına imkân tanıyan banka kartları, yalnızca ödeme aracı işlevi bulunan kartlara örnek olarak gösterilmiştir. Gerekçede kredi kartı sözleşmesinin tüketici kredisi olarak değerlendirilebilmesi için önemli olan noktanın vadesi gelmiş bir ödemenin ileri bir tarihe ertelenmesi ve kredi kurumunun bundan menfaat elde etmesi olduğu vurgulanmıştır. Tüm bunların yanında erteleme

¹⁰² Stengel, s. 112, N. 325; Maranta/Spitz, s. 563, N. 33.

¹⁰³ Stengel, s. 113, N. 329; Maranta/Spitz, s. 563, N. 33.

¹⁰⁴ Bu hususta bkz. Stengel, s. 113, N. 329.

¹⁰⁵ TKHK'nın gerekçesi için bkz. <<https://sayilikanuncom.files.wordpress.com/2019/11/9253c-6502-sayc4b11c4b1-tc3bcketicinin-koronmasc4b1-hakkc4b1nda-kanunun-gerekc3a7esi.pdf>> Erişim Tarihi 15 Ekim 2021.

baştan karşılaştırılabileceği gibi vade anında da karşılaştırılabileceği ifade edilmiştir. Gerekçede vurgulanan hususlar değerlendirildiğinde, kanun koyucunun yalnızca ödeme aracı olarak kullanılan banka kartlarını hükmün kapsamı dışında bıraktığı, kredi kartıyla erteleme veya taksitlendirme yapılmadığı takdirde kartın yalnızca ödeme aracı olarak kullanıldığı, dolayısıyla bu ihtimalde kredi kartı sözleşmesinin tüketici kredisi olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşılabilir. Bu sonuç da ertelemenin veya taksitlendirmenin fiilen yapılması gerektiğini savunan görüşü destekler niteliktedir. Ne var ki yalnızca gerekçede yer alan bu ifadeler dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmamalı, kredi kartı sözleşmesinin tüketici hukukunun koruyucu şemsiyesinden faydalanmasının sebepleri ve hükmün mevcut hali de göz önünde bulundurulmalıdır.

Bu noktada görüşümüzü şekillendiren ilk husus, kredi kartlarının tüketici hukukunun koruyucu şemsiyesi altına alınmasına yol açan etkenlerdir. Kredi kartının kullanıldığı ilk yıllarda kart hamillerinin bilinçsiz davranışları “*kartzede*” olarak adlandırılan bir kesimin ortaya çıkmasına sebep olmuş, hukuki düzenlemelerin yetersizliği bu durumun yaşattığı olumsuzlukları derinleştirmiştir¹⁰⁶. Söz konusu gelişmelerin sonucunda kredi kartı sözleşmesi, kredi aracı olma işlevi dikkate alınarak eTKHK’da düzenlenmiştir. Kanun koyucu bu noktada kredi kartı sözleşmesi ile sunulan krediyi, kart hamili bakımından bir risk olarak değerlendirmiştir. Tüketici kredisi niteliğindeki kredi kartı sözleşmelerini düzenleyen hükmün mevcut hali göz önünde bulundurulduğunda, kredinin kullanılmasına ilişkin bu riski sözleşmenin imzalandığı anda dikkate almak, tüketici hukukunun niteliğine daha uygundur. Bu sayede arzu edilen koruma sözleşmenin akdedildiği ilk andan itibaren devreye sokulmuş olur. Erteleme veya taksitlendirmeye ilişkin her işlemde sonra koruyucu hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağını kontrol etmektense, sözleşmenin kurulduğu anda bu korumayı sağlamak daha faydalı olacaktır.

Bu görüşü benimsememizin diğer bir sebebi Kanun’un kaleme alınış biçimidir. Zira hükümde “*imkân sağlama*” ifadesi kullanılmıştır. Kartı çıkaran kuruluş bu imkânı kredi kartı sözleşmesi ile sağlamaktadır. Harcamalar yapıldıktan sonra asgari tutarın ödenerek geriye kalan borcun ertelenmesi veya taksitlendirilmesi, yeni bir imkân sağlama değildir. Aksine bu halde

¹⁰⁶ Bu hususta bkz. Akipek Öcal, s. 63.

sözleşme ile taahhüt edilen imkân sağlama borcu ifa edilmektedir¹⁰⁷. Bu sebeple tüketici kredisine niteliği ertelemenin veya taksitlendirmenin yapıldığı anda değil, sözleşmenin kurulduğu anda kazanılır.

Bunun yanında tüketici kredisine ilişkin bazı hükümlerin kredi kartı sözleşmesine uygulanabilmesi için tüketici kredisine niteliğinin kredi kartı sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte kazanılması gerekir. Bu duruma örnek olarak cayma hakkı verilebilir. Nitekim cayma hakkı, sözleşme kurulduktan itibaren on dört gün içerisinde kullanılabilir. Kredi kartı sözleşmesi, kart hamili ile kartı çıkaran kuruluşun icap ve kabulleriyle birlikte kurulur. Ödemenin ertelenmesi veya taksitlendirilmesi ise sözleşmenin ifası niteliğindedir. Dolayısıyla bu aşamada cayma hakkının kullanılması söz konusu değildir. Bu durumun aksine bir kabul, asgari tutarın ödenerek geriye kalan borcun ertelendiği veya taksitlendirildiği her durumda yeniden bir cayma hakkının kullanılacağı anlamına gelir. Hükümün böyle bir amacının bulunmadığı oldukça açıktır.

Son olarak kredi kartı sözleşmesinde tarafların kredi işlevinin etkin bir şekilde kullanılması hususunda anlaşması gerektiğini ifade eden *Giger'e* katılmadığımızı da vurgulamak isteriz. Zira kart hamili ve kartı çıkaran kuruluş, çoğu hükmü genel işlem koşulu niteliğinde olan¹⁰⁸ kredi kartı sözleşmelerinde, erteleme veya taksitlendirme imkânının etkin bir şekilde kullanılması meselesinin üzerinde bu netlikle durmayacaktır. Nitekim kartı çıkaran kuruluş genellikle tüketici kredi kartı sözleşmesinin içeriğinde yer alması zorunlu olan hususları dikkate alarak genel işlem şartları niteliğindeki hükümleri içeren sözleşmeyi önceden hazırlar. Bu hükümler ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak üzere hazırlandığı için sözleşme, soyut ve genel nitelikli hükümlerden meydana gelmektedir (TBK m. 20/f. 1). İlgili kuruluş bu sözleşmeyle kredi limitini, alışveriş işlemlerinde uygulanacak akdi ve temerrüt faizi ile nakit çekim faizini hukuki sınırlar içerisinde belirleyerek kart hamiline sunmaktadır. Bu hükümlerin mutlaka sözleşmede yer almasını sağlamak adına, kart kullanımına bağlı olarak kart hamilinden alınabilecek olan ücret, komisyon, masraf ve vergilerin neler olacağına dair açıklamaların ve bunların tutarlarına ilişkin bilgilerin kredi kartı sözleşmesinin asgari içeriğinde bulunması gerektiği, Banka Kartları

¹⁰⁷ Aynı yönde bkz. Erendaç, s. 113.

¹⁰⁸ Bu hususta bkz. Güler Gümüşsoy, "Bankacılık İşlemlerinde Genel İşlem Koşulları", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(1), 2014, s. 177 vd.

ve Kredi Kartları Hakkında Yönetmeliğin (BKKKY) 24'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Kartı çıkaran kuruluş tarafından önceden hazırlanan hükümlerin sözleşme hükmü haline gelebilmesi için bu hükümlerin varlığı hakkında kart hamilinin bilgilendirilmesi¹⁰⁹ ve hükümlerin kart hamili tarafından kabul edilmesi gerekir¹¹⁰. Kart hamilinin sözleşmedeki genel işlem koşulu niteliğindeki hükümleri kabul etmesi; açık, örtülü veya global benimseme yoluyla olabilir¹¹¹. Kredi kartı sözleşmesinde bu benimseme çoğunlukla global benimseme ile gerçekleşir¹¹². Global benimsemede kart hamili hükümleri okumadan (detaylı), düşünmeden ve anlamadan bir bütün olarak kabul etmektedir¹¹³. Böyle bir benimseme kural olarak geçerli olsa da genel işlem koşullarında olağan dışı ve şaşırtıcı kayıtlar varsa bu hükümler sözleşmenin içeriğine dahil olmaz¹¹⁴. Bunun yanında bireysel anlaşmada genel işlem koşullarına ters düşen bir hüküm varsa genel işlem koşulu değil, bireysel anlaşmadaki hüküm geçerlidir¹¹⁵. Genel işlem koşullarının sözleşme hükmü haline gelmesini engelleyen bu tip durumlar dışında, kredi kartı sözleşmesine uygulanacak anapara faizi ile nakit çekim karşılığında ödenecek faizin sözleşme hükmü haline gelmesi, kartın kredi işlevine ilişkin hususların sözleşmenin içeriğine dahil olmasını sağlar. Zira kartın yalnızca ödeme aracı olarak kullanıldığı hallerde faiz veya benzeri bir menfaat ödeme borcu bulunmamaktadır. Tüm bu aşamalardan sonra bir de kredi kartının kredi işlevinin etkin şekilde kullanılacağına ilişkin irade beyanı aramak, sözleşme hükmü haline gelen hususların dışarıda bırakılması anlamına gelir. Nitelendirme bakımından önemli olan husus kredi imkânının sağlanması ise

¹⁰⁹ Kartı çıkaran kuruluş, bilgilendirme borcu kapsamında sözleşmenin içeriği hakkındaki bilgileri kart hamiline sunmakla yükümlüdür (BKKKK m. 8/f. 4). Kuruluş, sözleşme şartlarını şubelerinde asarak ilan etme, SMS veya e-posta gibi yöntemlerle bu yükümlülüğünü yerine getirebilir. Bu hususta bkz. Erendaç, s. 166. Ayrıca bkz. TBK m. 21/f. 1.

¹¹⁰ Ernst A. Kramer/Bruno Schmidlin, *Berner Kommentar, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR*, Stämpfli Verlag, 1986, Art. 1, N. 187; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, N. 1128; Kocayusufpaşaoğlu, s. 232 vd.

¹¹¹ Kramer/Schmidlin, Art. 1, N. 187 vd.; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, N. 1130; Kocayusufpaşaoğlu, s. 232 vd.

¹¹² Erendaç, s. 168.

¹¹³ Kramer/Schmidlin, Art. 1, N. 201; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, N. 1128; Kocayusufpaşaoğlu, s. 236.

¹¹⁴ Kramer/Schmidlin, Art. 1, N. 190; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, N. 1141; Bucher, s. 146; Kocayusufpaşaoğlu, s. 237. Ayrıca bkz. TBK m. 21/f. 2.

¹¹⁵ Kramer/Schmidlin, Art. 1, N. 182; Gauch/Schluep/Schmid/Rey/Emmenegger, N. 1139; Kocayusufpaşaoğlu, s. 236.

bu duruma ilişkin hükümlerin sözleşmede yer alması yeterli olup ek bir kriter aramaya lüzum yoktur. Aksine bir kabul, tüketici hukukunun koruyucu normlarına tabi olması gereken bir sözleşmenin bu korumadan mahrum kalması sonucunu doğurabilir.

Tüm bu değerlendirmelere rağmen kredi kartı sözleşmesinin TKHK'da ayrı bir başlık altında düzenlenmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz. Bu sayede kredi kartı sözleşmesinin sağladığı kredinin kendine özgü nitelikleri dikkate alınarak ortaya çıkan keskin yorum farklılıkları engellenebilir. Böyle bir düzenleme, tüketici kredisine ilişkin hükümlerin kredi kartı sözleşmesine ne zaman uygulanabileceği tartışmalarının önüne geçecektir.

3. Erteleme veya Taksitlendirmenin Faiz veya Benzeri Bir Menfaat Karşılığında Olması

Kredi kartı sözleşmelerinin tüketici kredisi olarak değerlendirilebilmesi için gerekli olan diğer şart, erteleme ya da taksitlendirmenin faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında yapılmasıdır. Kredi kartı sözleşmesinin tüketici kredisi kapsamına girmesi için sözleşmede mutlak surette faiz ifadesinin kullanılmasına gerek yoktur. Bu doğrultuda vade farkı, komisyon veya başka bir ad altında ivaz veya benzeri bir menfaat elde ediliyorsa bu şartın gerçekleştiği kabul edilir.

4. Kredi Kartı Hamilinin Tüketici Olması

Kredi kartı sözleşmelerinin tüketici kredisi olarak değerlendirilmesi için aranan diğer şart, kart hamilinin tüketici olmasıdır¹¹⁶. Bu şart her ne kadar TKHK m. 22'de yer almasa da uyuşmazlıkların çözümüne TKHK'nın uygulanabilmesi için gereklidir. Bu sebeple kart hamilinin ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel bir kişi olması gerekir (TKHK m. 3-k).

Bu noktada tüzel kişi veya tüzel kişinin yetkilisi adına düzenlenen firma kredi kartlarının ayrıca ele alınması gerekir. Firma kredi kartları, bir tüzel kişi veya onun yetkilisi adına çıkarılan ve yapılan harcamadan tüzel kişinin sorumlu olduğu bir kredi kartı türüdür¹¹⁷. Kartı firma adına kullanmış olan yetkilinin yaptığı harcamalar bireysel ihtiyaçlara yönelik olsa

¹¹⁶ İlgüzar, s. 159-160; Akipek, Kredi Kartı, s. 111; Tüzüner, s. 177.

¹¹⁷ Çeker, s. 41-42; İlgüzar, s. 45; Ceylan, Kredi Kartı, s. 28-29; Ceylan, Yenilikler, s. 259.

bile harcamadan tüzel kişi firma sorumludur¹¹⁸. Tüzel kişinin firma olduğu hallerde, bu firma aynı zamanda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 16'ncı maddesinin ilk fıkrası uyarınca tacirdir. Tüzel kişi tacirlerin ise adi iş sahası yoktur¹¹⁹. Dolayısıyla bu kapsamda çıkarılan kredi kartlarını, tüketici kredisi olarak değerlendirmemek gerekir. Ticari olmayan amaçlarla hareket eden tüzel kişilerin kullandıkları kartların ise tüketici kredisi olarak kabul edilmesi mümkündür.

SONUÇ

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 22'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca, kredi kartı sözleşmelerinin tüketici kredisi sözleşmesi olarak değerlendirilebilmesi için kart hamiline faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ödemeyi üç aydan daha uzun süre erteleme veya benzer şekilde taksitlendirme imkânının sağlanması gerekir. Hükümde yer alan "*benzer şekilde*" ifadesinden hem taksitlendirmenin faiz veya benzeri menfaat karşılığında yapılması hem de taksit sayısının üçten fazla olması gerektiği anlaşılmalıdır.

Kredi kartı sözleşmelerinin tüketici kredisi olarak değerlendirilmesi için aranan erteleme veya taksitlendirme şartlarının sağlanabilmesi için söz konusu erteleme veya taksitlendirmenin fiilen yapılması gerekmeyip böyle bir imkânın kredi kartı sözleşmesinde sunulması yeterlidir. Burada önemli olan nokta, kredi kartının ekonomik işlevidir. Kart hamili, kredi kartı sözleşmesi kurulduğunda harcamaların asgari tutarını ödeyerek geri kalan kısmı faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında üç aydan daha uzun süre erteleyebilme ya da taksitlendirme hakkına sahipse, bu hak fiilen kullanılsa bile sözleşme tüketici kredisi sözleşmesi olarak kabul edilmelidir. Hükümün gerekçesinde yer alan bazı ifadeler erteleme veya taksitlendirmenin fiilen yapılması gerektiğini düşündürse de tüketici hukukunun amaçları ve hükümün kaleme alınışı göz önünde bulundurularak bu imkânın sözleşmede kararlaştırılması yeterli görülmeli, erteleme veya taksitlendirme, borcun ifası

¹¹⁸ İşgüzar, s. 45; Ceylan, Kredi Kartı, s. 28-29.

¹¹⁹ Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 24. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2018, s. 74; Reha Poroy/Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 15. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 76; Mehmet Bahtiyar, *Ticari İşletme Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yayınları, 2018, s. 69-70. 6502 sayılı TKHK ile birlikte tüzel kişi tacirlerin de tüketici olabileceği hakkında aksi görüş için bkz. Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar/Mehmet Özdamar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 12. Bası, Yetkin Yayınları, 2019, s. 21; İpek Yücer Aktürk, "Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20(2), 2016, s. 103 vd.

olarak değerlendirilmelidir. Uygulamadaki kredi kartlarının büyük çoğunluğu bu imkânı sözleşmenin kurulduğu sırada vermektedir. Bu durum, çoğunlukla asgari tutarın ödenerek geri kalan kısmın faiz karşılığında ertelenmesi yoluyla ortaya çıkmaktadır. Bunun dışında kredi kartlarının büyük çoğunluğunda faiz karşılığı üç aydan daha fazla taksitlendirme veya nakit avans kullanımı imkânları da mevcuttur. Bütün bu imkânlara rağmen tüketici dilerse toplam borcun tamamını ödeme yoluna da gidebilir. Toplam borcun tamamının son ödeme tarihinde ödendiği bu gibi hallerde, ne fiilen faiz veya benzeri bir menfaat alınmakta ne de ödeme üç aydan daha uzun süre ertelenmektedir. Buna rağmen kart hamilinin toplam borcu ödeme yolunu seçmesi, kredi kartı sözleşmesinin tüketici kredisi olarak değerlendirilmesini engellememeli, bu şartın kredi kartının ekonomik işlevi ile birlikte sağlandığı kabul edilmelidir.

Hükümde yer almasa da kredi kartı sözleşmelerinin tüketici kredisi sayılması için gerekli olan şartlardan sonuncusu, kart hamilinin tüketici olmasıdır. Ticari olmayan amaçlarla hareket eden tüketici, gerçek veya tüzel bir kişi olabilir. Kredi kartının firma kartı niteliğinde olduğu hallerde, tüzel kişi tacirlerin adi iş sahası olamayacağı için bu kredi kartı sözleşmelerinin tüketici kredisi sözleşmesi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

Son olarak belirtmek gerekir ki kredi kartı sözleşmesinin TKHK'da ayrı bir başlık altında düzenlenmesi, hükmün mevcut hali sebebiyle ortaya çıkan bazı tartışmaların önüne geçebilir. Kredi kartı ile sağlanan kredinin kendine özgü niteliği dikkate alınarak yapılacak böyle bir düzenleme, tüketici hukuku kurallarına tabi olma ile güdülen amaca da daha iyi hizmet edecektir.

KAYNAKÇA

- Akipek Ş, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Kredi Kartları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 52(3), 2003, s. 103-119. Anılış: (Akipek, Kredi Kartı).
- Akipek Ş, *Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, 1999. Anılış: (Akipek, Tüketici Kredisi).
- Akipek Öcal Ş, “Tüketici Kredisi ve Kredi Kartları Bakımından Tüketicinin Korunması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 9 (Özel Sayı), 2014, s. 57-65.
- Akkayan Yıldırım A, “Kredi Kartı Sözleşmelerinin Bağlı Tüketici Kredisi Olarak Nitelendirilip Nitelendirilemeyeceği Sorunu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 73(1), 2015, s. 261-278.
- Arkan S, *Ticari İşletme Hukuku*, 24. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2018.
- Aslan İ Y, *6502 Sayılı Kanun’a Göre Tüketici Hukuku*, 5. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, 2015.
- Atamer Y M, “Tüketici Kredisi Hukukunda Reform Projeleri ve Avrupa Birliği Hukuku İle Uyumu”, *Banka ve Tüketici Hukuku Sempozyumu*, On İki Levha Yayınları, 2010, s. 241-274. Anılış: (Atamer, Reform).
- Atamer Y M, *Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2016. Anılış: (Atamer, Kredi).
- Aydoğdu M, *Tüketici Hukuku Dersleri*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015.
- Ayhan R/Çağlar H/Özdamar M, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 12. Bası, Yetkin Yayınları, 2019.
- Bahtiyar M, *Ticari İşletme Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yayınları, 2018.
- Bucher E, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Schulthess Verlag, 1988.
- Buhur O, *Hukuki Yönleriyle Kredi Kartı*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2020.
- Ceylan E, *Türk, İsviçre ve Avrupa Birliği Hukukunda Kredi Kartını Kullanan Tüketicinin Hukuki Durumu*, 1. Baskı, Beta Yayınları, 2010. Anılış:

(Ceylan, Kredi Kartı).

- Ceylan E, “Kredi Kartlarıyla İlgili 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yenilikler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (117), 2015, s. 233-284. Anılış: (Ceylan, Yenilikler).
- Çabri S, *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2021.
- Çeker M, *Kredi Kartı Uygulaması ve Özel Hukuk Açısından Kredi Kartının Hukuka Aykırı Kullanımı*, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1997.
- Çınar Ö, “Tüketici Kredisi Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Hükümleri”, Hakan Tokbaş/Alı Suphi Kurşun (Ed.), *Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları Külliyyatı, Bankacılık Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları*, Aristo Yayınevi, 2015, s. 37-69.
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, Yetkin Yayınları, 2021.
- Erendaç A T, *Kredi Kartı Sözleşmesi*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, 2021.
- Gauch P/Schluep W R/Schmid J/Emmenegger S, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 9. Auflage, Schulthess Verlag, 2008.
- Gezder Ü, *Tüketici Kredisi Sözleşmeleri*, 1. Baskı, Beta Yayınları, 1998.
- Giger H, *Kreditkartensysteme, Eine ökonomisch-juristische Studie*, 2. Auflage, Schulthess Verlag, 2018.
- Gümüş M A, *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, C. I, (Madde 1-46), Filiz Kitabevi, 2014.
- Gümüşsoy G, “Bankacılık İşlemlerinde Genel İşlem Koşulları”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(1), 2014, s. 177-211.
- Gürses D, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Cayma Hakkı”, *Legal Hukuk Dergisi*, 12(140), 2014, s. 265-305.
- Haznedar İ M, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Bankacılık Uygulamaları Bakımından Getirdiği Yenilikler”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 88(3), 2014, s. 5-33.

- İşgüzar H, *Banka Kredi Kartı Sözleşmeleri*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, 2003.
- Junker C, “Rechtsbeziehungen im Kreditkartengeschäft”, *Deutsches Steuerrecht*, Heft 40, 1994, s. 1461-1466.
- Kocayusufpaşaoğlu N, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, 7. Bası, Filiz Kitabevi, 2017.
- Kramer E A, *Berner Kommentar, Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen*, Stämpfli Verlag, 1991.
- Kramer E A/Schmidlin B, *Berner Kommentar, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR*, Stämpfli Verlag, 1986.
- Kuntalp E, “Yargıtay Kararları Işığında Kredi Kartı”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar- XIII, (5-6 Nisan 1996)*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1996, s. 273-299.
- Maranta L/Spitz P, *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), UWG 3, Art. 3 Abs. 1 lit. k–n Stämpflis Handkommentar*, in Peter Jung/Philippe Spitz, Stämpfli Verlag, 2016.
- Oğuzman M K/Öz M T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt-1, 17. Bası, Vedat Kitapçılık, 2019.
- Özen B, *Kredi Açma Sözleşmeleri*, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Poroy R/Yasaman H, *Ticari İşletme Hukuku*, 15. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2015.
- Reisoğlu S, “Banka Kredi Kartları ve Uygulama Sorunları”, *Bankacılar Dergisi*, (49), 2004, s. 100-123.
- Stengel C, *Anwendungsbereich des Konsumkreditgesetzes, Kredit und Leasing, Kredit-und-Kundenkarten sowie Überziehungskredite für Konsumenten*, Schulthess Verlag, 2014.
- Şit B, *Türk Hukukunda Banka Kredisi Kavramı ve Buna Bağlı Sonuçlar*, 1. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2011.
- Tekinay S S/Akman S/Burcuoğlu H/Altop A, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, 1993.

- Teoman Ö, *Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması*, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Beta Yayınları, 1996.
- Tüzüner Ö, “Banka Kredi Kartı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Kart Hamili Bakımından Avantajlarının Sorgulanması”, Hakan Tokbaş/Ali Suphi Kurşun (Ed.), *Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları Külliyatı, Bankacılık Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları*, Aristo Yayınevi, 2015, s. 161-187.
- Westphalen F G v /Thüsing G, *Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Werkstand: 46. EL*, Beck Verlag, 2020.
- Yener M D, “6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un Tüketici Kredileri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, 7(13), 2015, s. 409-436.
- Yücer Aktürk İ, “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20(2), 2016, s. 103-128.

VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ, ARNAVUTLUK CUMHURİYETİ MEDENİ KANUNU VE KOSOVA CUMHURİYETİ BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE MALIN TESLİM YERİNİN BELİRLENMESİ

Fatmira MULAJ*

ÖZET

Bu çalışmanın amacı Viyana Satım Sözleşmesi, Arnavutluk Cumhuriyeti Medeni Kanunu ve Kosova Cumhuriyeti Borçlar Kanunu'na göre, karşılaştırmalı olarak malın teslim yerinin belirlenmesidir. Malın teslim yerine geçilmeden önce, teslim kavramı incelenmeye çalışılmıştır. Viyana Satım Sözleşmesi'nde teslim kavramı hakkında bir tanım bulunmamaktadır; fakat teslimin nerede, ne zaman ve ne şekilde olacağı hakkında bilgiler mevcuttur. Çalışmanın devamında, malın teslim yerinin belirlenmesi ele alınmaktadır. Viyana Satım Sözleşmesi'ne göre satıcı, malları alıcıya teslim etmek, mallara ilişkin belgeleri alıcıya vermek ve malların mülkiyetini alıcıya geçirmekle yükümlüdür. Ancak, bu borçlardan sadece sözleşmede taraflarca aksinin kararlaştırılmadığı veya herhangi bir düzenleme bulunmadığı zaman bahsetmek mümkündür. Çünkü, Viyana Satım Sözleşmesi'nin malın teslim yerine ilişkin hükümleri tamamlayıcı hukuk kuralı olarak nitelendirilmektedir. Malın teslim yeri açısından ise CISG, ACMK ve KCBK büyük ölçüde paralellik arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Teslim yeri, satış sözleşmesi, CISG, Kosova Cumhuriyeti Borçlar Kanunu, Arnavutluk Cumhuriyeti Medeni Kanunu.

DETERMINATION OF THE PLACE OF DELIVERY ACCORDING TO THE CISG, THE CIVIL CODE OF THE REPUBLIC OF ALBANIA AND THE CODE OF OBLIGATIONS OF THE REPUBLIC OF KOSOVO

ABSTRACT

The aim of this study is to explain the place of delivery of the goods comparatively according to CISG, the Civil Code of the Republic of Albania and the Code of Obligations of the Republic of Kosovo. Before moving to the place of delivery of the goods, the concept of delivery has been tried to be examined. There is no definition of

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü Doktora Öğrencisi/ANKARA,
e-posta: fatmira_92@hotmail.com
ORCID: 0000-0002-8059-2266.
DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1116342

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 15/11/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 04/02/2022

the concept of delivery in the CISG, but it has been determined where, when and how the delivery will take place. After that, the determination of the place of delivery of the goods will be discussed. As stipulated in the CISG, the seller is obliged to deliver the goods to the buyer, to hand over the documents pertaining to the goods to the buyer and to transfer the ownership of the goods to the buyer. However, it is possible to mention these debts only when the parties do not agree otherwise or there is no arrangement in the contract. Because the provisions of the CISG related to the place of delivery are qualified as a complementary law rule. In terms of the place of delivery of the goods, CISG, ACMK and KCBK are largely parallel.

Keywords: *Place of delivery, the contract of sale, CISG, the Code of Obligations of the Republic of Kosovo, the Civil Code of the Republic of Albania.*

GİRİŞ

Satıcının temel yükümlülüğü malları alıcıya teslim etmektir¹. Bu yükümlülüğün ifa yeri Viyana Satım Sözleşmesi'nin (CISG) 31. maddesinde tespit edilmektedir. Malların taşınması ile ilgili yükümlülükler CISG'nin 32. maddesinde yer verilmektedir. Teslim yükümlülüğünün ne zaman yerine getirilmesi gerektiği CISG'nin 33. maddesinde belirtilmektedir. Satıcının başka bir yükümlülüğü ise mallara ilişkin belgeleri alıcıya teslim etmektir. Viyana Satım Sözleşmesi'nin 34. maddesi satıcının borcu ile ilgili kurallar içermektedir.

Viyana Satım Sözleşmesi'nde teslim kavramı hakkında bir tanım bulunmamaktadır, fakat teslimin nerede, ne zaman ve ne şekilde olacağı belirtilmektedir². Taraflar sözleşmede teslim yeri, zamanı ve şekli ile ilgili herhangi bir düzenleme yapmışlar ise, teslim borcu öncelikle bu düzenlemelerde öngörülen kurallar uyarınca yerine getirilecektir. Taraflar bu konuda düzenleme yapmamışlarsa veya yapmalarına rağmen meydana getirilen düzenlemeler yetersiz bulunuyorsa, taraflar arasındaki alışkanlıklar veya ticari teamüller de dikkate alınabilmektedir. Yahut eksik kalan konular varsa, CISG'nin 31. maddesi ve diğer hükümleri uygulanmaktadır³.

¹ Larry DiMatteo, Lucien Dhooge, Stephanie Greene, Virginia Maurer ve Marisa Pagnattaro, *International Sales Law: A Critical Analysis of CISG Jurisprudence*, Cambridge University Press, 2005, s. 101.

² Zafer Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku – CISG*, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 153.

³ Stefan Kröll, Loukas A. Mistelis ve María del Pilar Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Commentary*, Hart Publishing,

CISG'nin 31. maddesinde teslim terimi sadece satıcı açısından düzenlenmiştir. Başka bir deyişle, teslimin gerçekleştirilebilmesi için satıcının katılımı yeterlidir. Buna göre, bu yükümlülüğü yerine getirmek için teslim alıcının katılımı gerekli değildir⁴. Teslim ile malların mülkiyetinin ve zilyetliğinin geçirilmesi hedeflenmektedir. Her iki tarafın bazı eylemleri yapması ile malların mülkiyetinin ve zilyetliğinin geçirilmesi mümkün olacaktır⁵. Ancak, Viyana Satım Sözleşmesi'nde teslim kavramı zilyetliğin ve mülkiyetin geçmesi ile ilgili konulardan bağımsız olarak değerlendirilmiştir. Dolayısıyla satıcı, CISG'de veya satım sözleşmesinde bulunan teslim ile ilgili eylemleri yaparak teslim borcunu yerine getirmektedir. Zilyetliğin ve mülkiyetin geçmesi ise uygulanacak olan millî hukuklara başvurarak yerine getirilmektedir⁶.

Satış sözleşmesi, Arnavutluk Cumhuriyeti Medeni Kanunu (ACMK) ve Kosova Cumhuriyeti Borçlar Kanunu (KCBK) tarafından düzenlenen ve bir kişiden başka bir kişiye, mülk devrinin gerçekleştirildiği en önemli sözleşmelerden biridir⁷. Bu sözleşmenin amacı, bir malın mülkiyetinin bir bedel karşılığında devredilmesidir. Satış sözleşmesine göre, satıcının sattığı malı alıcıya teslim etmesi ve mülkiyet hakkını devretmesi ve diğer taraftan ise, alıcının satıcıya bedelini ödeyip malı teslim alması gerekmektedir⁸.

Arnavut doktrininde mal teslimi kavramı, satış sözleşmesine ve işin

2011, s. 393; Fritz Enderlein ve Dietrich Maskow, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*, Oceana Publications, 1992, s. 127; Ingeborg H. Schwenzer ve Peter Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention On The International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, 2016, Art. 30, N.1; Yeşim Atamer, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları*, Beta Yayınevi, 2005, s. 134; Larry DiMatteo, Lucien Dhooge, Stephanie Greene, Virginia Maurer ve Marisa Pagnattaro, "The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence", *Northwestern Journal of International Law and Business*, 24(2), 2004, s. 385.

⁴ Zeytin, CISG, s. 150; Ercüment Erdem, "Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu" in Yeşim Atamer (Ed.), *Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması*, On İki Levha Yayıncılık, 2008, s. 107; Atamer, *Aykırılığın Sonuçları*, s. 134.

⁵ Schlechtriem, Schwenzer, Art.30, N. 9.

⁶ Yeşim Atamer, "Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı", *İstanbul Barosu Dergisi*, 69(10,11,12), 1995, s. 556.

⁷ Ardian Nuni, Ilir Mustafaj ve Asim Vokshi, *E drejta e detyrimeve II*, Shtepia Botuese e Librit Universitar, 2008, s. 9.

⁸ KCBK'nın 438. maddesinin 1. fıkrası.

niteliğine göre, alıcının malları teslim alma imkânına sahip olabilmesi için satıcının yapması gereken işlemlerin bütünü ifade eder⁹. Bu duruma benzer olmakla birlikte teslim kavramı Kosova Cumhuriyeti Borçlar Kanunu'nda, satıcının malı sözleşmede belirtilen zamanda ve yerde alıcıya teslim etme yükümlülüğü olarak tanımlanmaktadır¹⁰. Kural olarak teslim yükümlülüğü, satıcı tarafından malın alıcıya teslim edilmesiyle veya mallara ilişkin belgelerin alıcıya teslim edilmesiyle yerine getirilmiş olacaktır¹¹.

Arnavut doktrinine göre malları teslim etmenin farklı yolları vardır: fiziki teslim, belgelerin sembolik teslimi veya bir parçanın teslimi (örneğin, depo anahtarlarının teslimi)¹². Malların alıcıya veya taşıyıcıya teslim edilmesi durumunda, satıcının sözleşmeden doğan teslim borcu sona ermiş sayılmaktadır. Satıcı, teslimat sırasında alıcıya, alıcının bununla malı teslim alabileceği kıymetli bir evrak sunsa bile, satıcının malı teslim borcu gerçekleşmiş olacaktır¹³.

Kosova hukukunda satış sözleşmesinin akdedildiği anda mal üzerindeki mülkiyet hakkı alıcıya geçmektedir. Satış sözleşmesi ile üçüncü bir kişinin zilyetliğinde bulunan mallar üzerindeki mülkiyet hakkı da devredilebilir (örneğin, kiracının zilyetliğinde bulunan mal). Bu durumda da mal üzerindeki mülkiyet hakkı, sözleşmenin akdedildiği andan itibaren alıcıya geçer. Malın mülkiyetinin alıcıya geçmesiyle birlikte, üçüncü kişi, önceki mal sahibi ile kararlaştırılan tüm koşulları yeni sahibine bildirme hakkına sahiptir¹⁴.

I. GENEL OLARAK TESLİM YERİNİN BELİRLENMESİ

A. Viyana Satım Sözleşmesi

Teslim yeri ilk olarak satıcı ve alıcı arasındaki sözleşmenin hükümlerine göre tespit edilir. Taraflar teslim yeri ile ilgili herhangi bir düzenleme yapmamışlarsa, CISG'nin 31. maddesi tamamlayıcı hukuk kuralı olarak dikkate alınmaktadır. CISG'de teslim yeri kavramını açıklayan bir tanıma yer verilmemiş, ancak teslim yerine ilişkin farklı olanaklar öngörülmüştür. Buna

⁹ Alajdin Alishani, *E drejta e detyrimeve, Pjesa e përgjithshme*, Universiteti i Prishtinës, 2002, s. 33.

¹⁰ KCBK'nın 450. maddesinin 1. fıkrası.

¹¹ KCBK'nın 450. maddesinin 2. fıkrası.

¹² Armand Krasniqi, *E drejta biznesore*, European College Dukagjini, 2014, s. 360.

¹³ Riza Smaka, *E drejta biznesore*, Universiteti Mbreteror Iliria, 2008, s. 371.

¹⁴ Alishani, s. 34.

rağmen teslim yeri kavramı doktrinde yazarlar tarafından tanımlanmaktadır. Satım sözleşmesi bakımından teslim yeri, satıcının malları teslim etme yükümlülüğünü yerine getirmek için gerekli tüm işlemlerin yapılması gereken yer anlamına gelir¹⁵.

CISG'nin 31. ve 33. maddeleri, satıcının malların teslimine ilişkin yükümlülüğünü düzenlemektedir. CISG'nin 31. maddesinde teslim yeri, malları teslim etme yükümlülüğünün içeriği ve satıcının bu yükümlülüğü yerine getirmek için yapması gereken işlemler belirtilmektedir. Satım sözleşmesinin konusu olan malın bir yerden bir yere taşınması gerektiği takdirde, malın ilk taşıyıcıya teslim edilmesi durumunda satıcının teslim yükümlülüğü sona ermektedir¹⁶.

Taşımayı içeren satış sözleşmeleri ile ilgili olarak, CISG'nin 31. maddesinin (a) bendine göre malların teslim yeri, malların ilk taşıyıcıya teslim edildiği yerdir. Doktrinde yer alan bir görüşe göre¹⁷, mallar ilk taşıyıcıya teslim edilmelidir. Bu durumda malların ilk taşıyıcıya teslim edilmiş sayılabilmesi için depo veya limana konulması gerekmemektedir. Ayrıca malların taşınmasını ayarlarken satıcının dikkate alması gereken en önemli şeylerden birisi alıcının malları kolay teslim alabilmesidir¹⁸. Bu maddeye göre taşıyıcı hava, deniz, nehir, kara ve demiryolu gibi her taşıma şeklini kullanma hakkına sahiptir¹⁹.

CISG'nin 31. maddesinin (b) bendinde ise dört farklı durum söz konusudur:

- Satış sözleşmesi özel olarak belirlenmiş mallarla ilgilidir ve sözleşmenin imzalanması sırasında her iki taraf da bu malların nerde olduğunu bilmektedir²⁰.
- Mal satım sözleşmesi, belirli bir stoktan karşılanacak mallarla ilgilidir (örneğin, bir şarap fıçısı, bir akaryakıt tankının içeriği veya yananmış bir geminin kargosu); bu stoktan belirli bir miktar satılır ve her iki taraf da sözleşmenin yapıldığı zaman bu stokun nerede olduğunu

¹⁵ Atamer, Aykırılığın Sonuçları, s. 138; Erdem, Satıcının malları, s. 113.

¹⁶ CISG'nin 31. maddesinin (a) bendi.

¹⁷ C. Massimo Bianca ve Michael Joachim Bonell, *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, 1987, s. 251.

¹⁸ Schlechtriem, Schwenger, Art. 31, N. 11.

¹⁹ Bianca, Bonell, s. 253.

²⁰ Schlechtriem, Schwenger, Art. 31 N. 46.

bilmektedir²¹.

- Satış sözleşmesi, satıcı veya üçüncü bir şahıs tarafından henüz imal edilmemiş mallarla ilgilidir ve her iki taraf sözleşmenin kurulduğu esnada imalatın nerede yapılacağını bilmektedir.
- Satış sözleşmesi üretilecek mallara ilişkindir ve her iki taraf da sözleşmenin imzalandığında üretimin nerede yapılacağını bilmektedir (örneğin, bir tarladan pamuk, bir ormandan kereste veya bir taş ocağından çakıl)²².

B. Arnavutluk Cumhuriyeti Medeni Kanunu

Viyana Satım Sözleşmesi'nde olduğu gibi, Arnavut mevzuatında da teslim kavramı hakkında bir tanım bulunmamaktadır. Doktrinde yer alan bir tanıma göre ise “*teslim*”, malın alıcıya fiilî ve maddi olarak teslim edilmesi, böylece alıcıya maldan yararlanma fırsatı verilmesi anlamına gelmektedir²³. Arnavutluk Cumhuriyeti Medeni Kanunu'nda konu ile ilgili sadece aşağıdaki madde yer almaktadır: “*Mal, sözleşmenin yapıldığı andaki durumuna göre teslim edilecektir. Mal, taraflarca sözleşmede aksi belirtilmedikçe, satıştan itibaren tahakkuk eden geliri ve sözleşmenin kurulmuş olduğu günden itibarenki bütünleyici parça ve meyveleri ile birlikte teslim edilmektedir*”²⁴.

Satım sözleşmesinde teslim yeri ile ilgili herhangi bir düzenleme yer almaması durumunda ACMK'nın 711. maddesine göre satıcı, malları aşağıda belirtilen yerlerde alıcıya teslim etmektedir:

- Satış sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa ve satıcı malları başka bir yerde teslim etmek zorunda değilse, satıcı, malları alıcıya ulaştırılmaları için ilk taşıyıcıya vererek teslim yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktır.
- Sözleşmenin tür ve miktar olarak belirlenmiş mallara veya ferdan belirlenmiş mallara, belirli bir stoktan karşılanacak mallara veya imal edilecek veya üretilecek mallara ilişkin olması ve tarafların

²¹ Peter Schlechtriem ve Petra Butler, *UN Law on international sales, The UN Convention on the International Sale of Goods*, Springer, 2009, s. 109.

²² Peter Huber ve Alastair Mullis, *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners*, European Law Publishers, 2007, s. 116.

²³ Mariana Tutulani Semini, *E Drejta e Detyrimeve dhe Kontratave, Pjesa e Posaqme*, Skanderbeg Books, 2006, s. 9.

²⁴ ACMK'nın 711. maddesinin 1. fıkrası.

sözleşmenin kurulduğu sırada malların belirli bir yerde bulunduğunu veya orada imal edileceğini yahut üretileceğini bilmeleri durumunda satıcı, malları bu yerde alıcının tasarrufuna hazır bulundurmak zorundadır.

- Diğer hallerde, satıcı, sözleşmenin kurulduğu sırada malın bulunduğu yerde veya böyle bir yerin tespit edilemediği durumda, satıcının yerleşim yerinin veya işyerinin bulunduğu yerde malları alıcının tasarrufuna hazır bulundurmak zorundadır.

Sonuç olarak, malın teslim yeri açısından Arnavutluk Medeni Kanunu'nun 711. maddesi ile Viyana Satım Sözleşmesi'nin 31. maddesinin oldukça benzer olduğunu ve aynı çözümleri sunduğunu belirtmekte fayda vardır.

C. Kosova Cumhuriyeti Borçlar Kanunu

KCBK'nın 450. maddesinin 1. fıkrasına göre satıcının, malı alıcıya sözleşmede belirtilen zamanda ve yerde teslim etmesi gerekmektedir²⁵. Satım sözleşmesinde teslim yeri ile ilgili herhangi bir düzenleme yer almaması durumunda, KCBK'nın 454. ve 455. maddelerine göre satıcı, malları aşağıda belirtilen yerlerde alıcıya teslim etmekle yükümlüdür:

- Satış sözleşmesinin malların taşınmasını gerektirdiği ve sözleşmede ifa yerinin belirtilmediği durumlarda, malın taşıyıcıya veya taşımayı organize eden kişiye teslim edilmesiyle satıcının teslim yükümlülüğü sona ermektedir.
- Teslim yeri sözleşmede belirlenmemişse, malın teslimi, sözleşmenin kurulduğu anda satıcının yerleşim yeri veya fiilen oturduğu yerde ya da böyle bir yerleşim yeri yoksa, satıcının mutlak ticari faaliyetini ifa ederken sözleşme akdetmesi halinde malın teslimi işyerinin bulunduğu yerde olmaktadır.
- Sözleşmenin kurulduğu anda, taraflarca malın nerede olduğu veya nerede üretileceği biliniyorsa, malın bu yerde teslim edilmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak, malın teslim yeri açısından KCBK'nın 454. ve 455. maddeleri ile CISG'nin 31. maddesinin oldukça benzer olduğunu söylemek mümkündür.

²⁵ KCBK'nın 450. maddesinin 1. fıkrası.

II. GÖNDERME BORÇLARINDA TESLİM YERİ

A. Viyana Satım Sözleşmesi

CISG'nin 31. maddesinin birinci fıkrasından anlaşıldığı üzere teslim yeri tespit edilirken ilk önce tarafların iradeleri dikkate alınmaktadır. Teslim yeri ile ilgili satım sözleşmesinde herhangi bir düzenleme yer almaması durumunda teslim yeri, taraflar arasındaki alışkanlıklara veya ticari teamüllere göre belirlenmektedir. Bunun da olmaması durumunda yedek kurallar olarak CISG'nin 31. maddesinde bulunan hükümler uygulanmaktadır²⁶.

Gönderme borcu CISG'nin 31. maddesinin (a) bendinde düzenlenmiştir. Bu maddede teslim borcu, “*satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa, malları alıcıya ulaştırmaları için ilk taşıyıcıya vermek*” olarak ifade edilmektedir. Satım sözleşmesinde malların taşınması öngörülmüş ise “*gönderme borcu*”ndan bahsetmek mümkündür. Buna göre, satıcı malı ilk taşıyıcıya vermekle yükümlüdür²⁷.

Satım sözleşmesinin konusu olan malın bir mekândan bir mekâna taşınması gerekiyorsa, CISG'nin 31. maddesinin (a) bendi, taşınması gerekmiyorsa 31. maddesinin (b) veya (c) bendi uygulanmaktadır²⁸. Malın taşınması gerekli olması halinde, gönderme borcunun söz konusu olup olmayacağı değerlendirilecektir. Doktrinde yer alan bir anlayışa göre ise, CISG'nin 31. maddesinin (a) bendinin uygulama alanı bulması için taşıma eyleminin satıcı tarafından yapılması gerekmektedir²⁹.

CISG'nin 31. maddesinde gönderme borcu açık bir şekilde düzenlenmemiş olmakla birlikte, madde dikkatlice analiz edilince gönderme borcunun örtülü olarak düzenlendiği ortaya çıkmaktadır. Maddede malların tesliminin belirlenmiş bir yerde yapılacağından söz edilmektedir. Yani, sözleşmede taraflarca karar verilen bir teslim yeri vardır. Bu yer alıcının işyeri, alıcının yerleşim yeri veya başka bir yer de olabilmektedir³⁰.

²⁶ Erdem, Satıcının malları, s. 112-113; Schlechtriem, Butler, s. 108; John Felemegas, *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, Cambridge University Press, 2007, s. 350; Atamer, Aykırılığın Sonuçları, s. 141.

²⁷ Schlechtriem, Butler, s. 108; Huber, Mullis, s.110-111; Atamer, Aykırılığın Sonuçları, s. 142; Zeytin, CISG, s. 154.

²⁸ Atamer, Aykırılığın Sonuçları, s. 153; Schlechtriem, Schwenger, Art. 31, N. 13.

²⁹ Felemegas, s. 350; Atamer, Aykırılığın Sonuçları, s. 153.

³⁰ Schlechtriem, Butler, s. 108.

CISG'nin 31. maddesinin (a) bendinde “malların taşınmasını gerektiriyorsa” deyimini bulunmasına karşın, gönderme borcunun olup olmadığı satış sözleşmesinden, taraflar arasındaki alışkanlıklardan veya teamüllerden anlaşılmaktadır. Yani, gönderme borcunun varlığından bahsedilebilmesi için, malların bir yerden bir yere taşınmasını gerektiren hallerin ortaya çıkması yeterli değildir. Aynı zamanda tarafların, malların taşınması ile ilgili karar vermiş olmaları da gerekmektedir³¹.

Gönderme borcu mevcut olduğu hallerde mallar belirtilen yere satıcı tarafından teslim edilecektir. Bu süreçte mallara gelebilecek hasarın yanı sıra, taşıma ve gerektiğinde sigorta giderlerini sadece satıcı üstlenmektedir³². Yani, malların belirtilen yere gönderilmesine kadar mallar her şekilde satıcının sorumluluğu altındadır. Malların taraflarca kararlaştırılan yerde ve zamanda teslim edilmesiyle beraber satıcının teslim yükümlülüğü sona ermektedir³³.

Satıcının malı, teslim borcunun CISG'nin 31. maddesinin (a) bendinde bulunan kavrama göre gönderme borcu olarak nitelendirilememesi ve CISG'nin 31. maddesinin (b) bendindeki istisnalara dâhil olmaması halinde, teslim yerinin tespit edilmesi konusunda CISG'nin 31. maddesinin (c) bendi uygulanmaktadır³⁴.

B. Arnavutluk Cumhuriyeti Medeni Kanunu

Viyana Satım Sözleşmesi'nin 31. maddesinde olduğu gibi, Arnavutluk Medeni Kanunu ve Kosova Cumhuriyeti Borçlar Kanunu da malların ilk taşıyıcıya teslim edilmesini öngörmektedir. Arnavut doktrininde belirtildiği gibi, genel olarak teslim yeri öncelikle taraflar arasındaki sözleşmeye göre tespit edilmektedir. Bu gibi durumlarda mesele basittir. Malın teslim yerinin sözleşmede belirtilmediği durumlarda ise, teslim yeri farklı ihtimallere göre tespit edilmektedir. Teslim yerine gelince, mallar satıcı tarafından taşıyıcıya veya sözleşmede belirtilen kişiye teslim edilmektedir³⁵.

³¹ Huber, Mullis, s.111; Zeytin, CISG, s. 153-154.

³² Peter Schlechtriem, *Uniform Sales Law: The UN Convention on Contracts for the International Sale of Good*, Manz, 1986, s. 64.

³³ Secretariat Commentary, *Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods prepared by the Secretariat*, UN DOC. A/CONF. 97/5, 1978, Art.31, N.7, <<http://www.cisg-online.ch/index.cfm?pageID=644#Article%2031>>, Erişim Tarihi 20 Ekim 2021.

³⁴ Atamer, *Aykınlığın Sonuçları*, s. 142; Huber, Mullis, s.109.

³⁵ Tutulani Semini, s. 12.

Diğer taraftan, ACMK'nın 711. maddesinin 2. fıkrasına göre, satış sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa ve satıcı malları başka bir yerde teslim etmek zorunda değilse, satıcı, malları alıcıya ulaştırılmaları için ilk taşıyıcıya vererek teslim yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaktadır.

C. Kosova Cumhuriyeti Borçlar Kanunu

Kosova hukukuna göre satıcı, malları sözleşmede belirtilen yerde alıcıya teslim etmekle yükümlüdür. Sözleşmede teslim yeri belirtilmemişse, mallar sözleşmenin yapıldığı tarihte satıcının yerleşim yerinde veya bunun yokluğunda fiilen oturduğu yerde alıcıya teslim edilmektedir. Taraflar, sözleşmeyi imzaladıkları anda ferden belirlenmiş malların nerede olduğunu veya nerede üretilceğini bilmiyorlarsa, sözleşmenin yapıldığı anda malların buldukları yer teslim noktası olarak kabul edilmektedir³⁶.

KCBK'nın 455. maddesine göre, satış sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa ve sözleşmede ifa yeri belirtilmiyorsa malın taşıyıcıya veya taşımayı organize eden kişiye teslim edilmesiyle birlikte satıcının teslim yükümlülüğü sona ermektedir. Bu madde, sözleşmede malın teslim yerinin belirtilmediği ve malın taşınması gerektiği hallerde uygulanmaktadır. Bu durumda, malların taşıyıcıya veya taşımayı organize eden kişiye teslim edilmesine ilişkin resmî prosedürlerin yerine getirilmesi, satıcının teslim borcunun bir parçası olarak sayılmaktadır. Satıcının, malı taşıyıcıya veya taşımayı organize eden kişiye teslim etmesi halinde, hasar alıcıya geçmektedir. Dolayısıyla, taşıyıcının malı teslim aldığı anda satıcı teslim yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaktadır³⁷.

Aynı zamanda Kosova Cumhuriyeti Borçlar Kanunu'na göre, malı alıcıya teslim etmekle yükümlü olan satıcı, mutata şekilde ve mutata şartlarda belirli bir yere taşınmanın gerçekleştirilmesi için gerekli sözleşmeleri yapmak zorundadır³⁸.

KCBK'nın 456. maddesi, tarafların malın teslim yeri olarak belirlenen yerde satıcı tarafından teslim edileceğini kararlaştırmaları halinde uygulanmaktadır. Satış sözleşmesinde taraflarca belirlenen yerde malın teslim edilmesi için, satıcının mutata şekilde ve mutata koşullar altında taşıyıcı ile sözleşme yapması gerekmektedir. Bu nedenle satıcı, malların taşınması

³⁶ Alishani, s. 35.

³⁷ Abdulla Aliu, *Komentar Ligji për Marrëdhëniet e Detyrimeve*, UNDP, 2013, s. 20.

³⁸ KCBK'nın 456. maddesi.

için taşıyıcı ile bir sözleşme yapmak zorundadır. Ayrıca, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, malların taşıyıcıya teslimine ilişkin tüm masrafları satıcının karşılaması gerekmektedir³⁹.

Sonuç olarak, KCBK'nın 455. ve 456. maddeleri, ACMK'nın 711. maddesinin 2. fıkrası ile CISG'nin 31. maddesinin (a) bendinin benzerlik arz ettiği söylenebilir.

III. MALLARIN BAĞIMSIZ BİR TAŞIYICI TARAFINDAN TAŞINMASI İHTİMALİNDE TESLİM YERİ

Viyana Satım Sözleşmesi taşıyıcı terimini tanımlamamaktadır. Bu terim, Uluslararası Ticaret Odası (ICC) tarafından şu şekilde tanımlanmıştır: *“Taşıyıcı, bir taşıma sözleşmesine dayanarak, demiryolu, karayolu, deniz yolu, havayolu, içsu taşımaları veya farklı taşıma türlerinin bir kombinasyonu ile taşımının gerçekleştirilmesini taahhüt eden herhangi bir gerçek veya tüzel kişidir”*⁴⁰.

Taşıyıcı, olağan faaliyeti olarak diğer tüzel veya gerçek kişiler için taşıma işlemleri ile ilgilenen, yani sözleşmeye göre bir ücret karşılığında mal taşımakla yükümlü olan kişidir. Taşıyıcı, gerçek veya tüzel kişi olup taşıyıcının fiil ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Taşıyıcının belirli bir malı kararlaştırılan yerde teslim etmesi ve malı gönderen kişinin bu hizmet karşılığında anlaşılan ücreti ödemesi gerekmektedir⁴¹.

CISG'nin 31. maddesinin (a) bendinin uygulama alanı bulabilmesi için, bu hüküm metninde de belirtildiği gibi, malların bağımsız bir taşıyıcı tarafından taşınması gerekmektedir. Yani, taraflar bu konuda satım sözleşmesinde düzenleme yapmış olabilirler, eğer böyle bir düzenleme yoksa gönderme borcunun mevcut olması taraflar arasındaki alışkanlıklardan veya teamüllerden anlaşılır. Aksi takdirde gönderme borcundan bahsedilmesi mümkün değildir⁴².

Taşımacılık hizmeti posta işletmeleri, hava yolu, demir yolu, deniz veya kara yoluyla sağlanabilmektedir⁴³. Bazı durumlarda birden fazla taşıyıcı

³⁹ Aliu, s. 20-21.

⁴⁰ Incoterms 2010: *ICC Official Rules for the Interpretation of Trade Terms, by the International Chamber of Commerce (ICC)*, 2010, s. 9.

⁴¹ Smaka, s. 415.

⁴² Schlechtriem, Schwenger, Art.31, N. 14, 15.

⁴³ Atamer, *Aykırılığın Sonuçları*, s. 155.

olabilir, yani malın taşınması için farklı taşıma çeşitlerinin kullanılması gerekmektedir. Örneğin, malın taşınmasını gerçekleştirebilmek için hem demir yolu hem de hava yolu taşımacılığına başvurmak gerekebilir. CISG'nin 31. maddesinin (a) bendi kapsamında, malların ilk taşıyıcıya vermesiyle teslim borcu yerine getirilmiş olmaktadır⁴⁴.

Taşıyıcı bağımsız olmalıdır. Ancak, Viyana Satım Sözleşmesi'nde bununla ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamasına rağmen doktrinde bu husus tartışma konusu değildir. Malın satıcıda kalması halinde, yani mal satıcının kontrolünde olduğu zaman, CISG'nin 31. maddesinin (a) bendi anlamında bir taşıma eylemi bulunmadığı için, malın hasarı alıcıya geçmemektedir⁴⁵.

Taşıyıcının bağımsız olup olmayacağını değerlendirilmesinde, taşınmanın satıcı tarafından yapıp yapılmayacağı durumunun da belirtilmesi gerekmektedir. Malların taşınması satıcının çalışanları tarafından yapıldığı takdirde, söz konusu olan taşıyıcı, CISG'nin 31. maddesinin (a) bendi anlamında bir taşıyıcı özelliğini taşıyamamaktadır. Taşıyıcı ve satıcı arasında hizmet sözleşmesi yoksa ve taşıma işletmenin faaliyet alanına girmiyorsa, bağımsız bir taşıyıcıdan bahsetmek mümkündür⁴⁶.

Malların taşınması konusunda bağımsız bir taşıyıcının olması koşulunun yanında bu işin kimin tarafından düzenleneceği de belirtilmelidir. Viyana Satım Sözleşmesi'nde taşıma işinin kim tarafından ayarlanacağı ile ilgili bir hüküm bulunmamaktadır⁴⁷. Doktrindeki bir görüşe göre, CISG'nin 31. maddesinin (a) bendi kapsamında, gönderme borcu içeren sözleşmenin ortaya çıkması için taşıma eyleminin mutlaka satıcı tarafından düzenlenmesi gerekmektedir⁴⁸. Bu durumda malın taşınması, satıcının inisiyatifinde gerçekleştirilecek ise, teslim yükümlülüğünün bir ögesi olarak gerekli sözleşmeleri satıcı yapmalıdır⁴⁹. Malların gönderilmesi için gereken sözleşmeler yapılmazsa,

⁴⁴ Huber, Mullis, s.112-114; Atamer, Aykırılığın Sonuçları, s. 156; Schlechtriem, Schwenger, Art.31, N.19; Erdem, Satıcının malları, s. 108.

⁴⁵ Huber, Mullis, s.113-115; Atamer, Aykırılığın Sonuçları, s. 155.

⁴⁶ John Honnold ve Harry Flechtner, *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer Law International, 2009, s. 311-313; Huber, Mullis, s.113-115; Bianca, Bonell, s. 253; Atamer, Aykırılığın Sonuçları, s. 153-157.

⁴⁷ Bianca, Bonell, s. 259.

⁴⁸ Schlechtriem, Schwenger, Art.31, N.13; Atamer, Aykırılığın Sonuçları, s. 153.

⁴⁹ Kröll, Mistelis, Perales Viscallias, s. 443; Schlechtriem, Schwenger, Art.32, N. 19.

mallar teslim edilmeyecek ve bundan dolayı satıcı da teslim yükümlülüğünü gerçekleştirmeyecektir⁵⁰. Diğer yandan, doktrinde bulunan farklı bir görüşe göre CISG'nin 31. maddesinin (a) bendinin uygulanabilmesi için taşıma işlemlerinin kimin inisiyatifinde düzenlendiği önemli değildir, sadece bu işlemlerin bağımsız bir taşıyıcı tarafından yerine getirilmesi yeterlidir⁵¹. Yani, taşıma eylemi içeren bir satım sözleşmesi varsa, taşıma her bir ihtimale uygun olarak gerçekleştirilebilmektedir⁵².

Malların ilk taşıyıcıya teslim edileceği yerin sözleşmede tespit edilmemesi durumunda, bu konuya ilişkin karar verme yetkisi satıcıya aittir⁵³. Bu kararı satıcının CISG'nin 7. maddesindeki dürüstlük kuralına dayanarak vermesi gerekmektedir. Böylece mallar, malların bulunduğu yerden veya satıcının işyerinden ilk taşıyıcı tarafından teslim alınabileceği gibi, mallar satıcı tarafından taşıyıcının işyerine de teslim edilebilir⁵⁴. Satıcı malın teslim edileceği yer ile ilgili karar verme yetkisini kullanırken malın taşınmasını tehlikeye atacak, alıcının zararına olacak veya teslimi geç kalacak şekilde karar vermişse, sözleşmeye aykırı davranmış olmaktadır⁵⁵.

Taşıma işleri, taşıma komisyoncusu tarafından da yapılabilir. Gereken sözleşmelerin yapılması ile birlikte taşıma komisyoncusu taşıma işlerinin gerçekleşmesini sağlayabilmektedir⁵⁶. Bu sözleşmeler komisyoncunun adına ve satıcı hesabına yapılmaktadır. Taşıma konusu olan mal, komisyoncu tarafından taşıyıcıya teslim edilince satıcı açısından teslim borcu yerine getirilmiş sayılmaktadır. Fakat malın komisyoncuya verilmesi durumunda, satıcının teslim borcunun yerine getirip getirilmediği meselesi tartışma konusudur. Doktrinde yer alan bir görüşe göre, komisyoncuya malın devredilmesi yeterli olmayıp, CISG'nin 31. maddesinin (a) bendinin anlamında teslim borcu ancak malın bağımsız taşıyıcıya verilmesiyle sona ermektedir⁵⁷. Diğer taraftan, doktrinde bulunan başka bir görüşe göre, satıcının teslim

⁵⁰ Kröll, Mistelis, Perales Viscallias, s. 443.

⁵¹ Kröll, Mistelis, Perales Viscallias, s. 413.

⁵² Atamer, Aykırılığın Sonuçları, s. 153.

⁵³ Schlechtriem, Butler, s.108; Kröll, Mistelis, Perales Viscallias, s. 423.

⁵⁴ Bianca, Bonell, s. 253; Huber, Mullis, s.112; Honnold, Flechtner, s.311-313.

⁵⁵ Kröll, Mistelis, Perales Viscallias, s.423; Honnold, Flechtner, s. 311-313.

⁵⁶ Schlechtriem, Schwenger, Art.31, N. 21; Kröll, Mistelis, Perales Viscallias, s. 417;

⁵⁷ Atamer, Aykırılığın Sonuçları, s. 156-157.

yükümlülüğü mal komisyoncuya teslim edilince yerine getirilmektedir⁵⁸. Kanaatimizce, mal komisyoncu tarafından teslim alındığında satıcının teslim borcu sona ermektedir. Çünkü, komisyoncu bağımsız bir süjedir ve malın teslimi ile birlikte malın fiilî hakimiyeti de ona geçmektedir.

Komisyoncu, yalnız taşıma işlerinin ayarlanmasıyla ilgilenirse ve malları satıcıdan teslim almazsa, CISG'nin 31. maddesinin (a) bendi kapsamında bir taşıyıcı olarak sayılamamaktadır⁵⁹. KCBK'nın 455. ve 456. maddeleri, ACMK'nın 711. maddesinin 2. fıkrası ile CISG'nin 31. maddesinin (a) bendinin benzerlik arz ettiği yönünde yukarıda taşıyıcı hakkında yapılan açıklamalar Arnavut ve Kosova hukuklarına göre de geçerlidir⁶⁰.

IV. ARANACAK BORÇLARDA TESLİM YERİ

A. Viyana Satım Sözleşmesi

Aranacak borçlara ilişkin düzenleme CISG'nin 31. maddesinin (b) ve (c) bentlerinde yer almaktadır. CISG'nin 31. maddesinin (b) bendine göre tespit edilen durumların varlığı söz konusu ise, malın bulunduğu veya imal edileceği yerde alıcı ya da yetkilendirdiği kişi tarafından teslim alınması gerekmektedir. Bununla birlikte, sözleşmenin kurulduğu anda taraflarca malın bulunduğu yerin bilinmesi de gerekmektedir. Taraflar bir parça borcu veya belirli bir stoktan karşılanacak ve türü belirlenmiş bir cins borcu üzerinde sözleşme yapmış olabilirler. Bu ihtimallerde satıcı ve alıcı malların nerde bulunduğunu veya malların nerde imal edileceğini yahut üretileceğini bilmelidirler⁶¹.

Aranacak borçlarda, alıcının veya yetkilendirdiği temsilcisinin malı teslim alması gerektiği durumlarda satıcı, tespit edilen yerlerde malları alıcının tasarrufuna hazır bulundurarak teslim yükümlülüğünü gerçekleştirmektedir⁶². Satıcının teslim yükümlülüğünü yerine getirmiş olabilmesi için, kendisiyle

⁵⁸ Erdem, Satıcının malları, s. 130.

⁵⁹ Kröll, Mistelis, Perales Viscallias, s. 417; Schlechtriem, Schwenzler, Art.31, N. 22.

⁶⁰ Tutulani Semini, s. 106-110.

⁶¹ Schlechtriem, Schwenzler, Art.31, N. 42; Secretariat Commentary, Art.31, N.13; Schlechtriem, Butler, s.109; Bianca, Bonell, s. 254; Kröll, Mistelis, Perales Viscallias, s.424; Erdem, Satıcının malları, s. 134; Henry Gabriel, "General provisions, obligations of the seller, and remedies for breach of contract by the seller" in Franco Ferrari, Harry Flechtner, Ronald A. Brand (Eds.), *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention*, European Law Publishers, 2003, s. 348; Erdem, Satıcının malları, s.136.

⁶² Huber, Mullis, s.115, Gabriel, s.348; Zeytin, CISG, s. 155.

ilgili olan tüm eylemleri yapmış olması gerekmektedir. Yani, alıcının veya yetkilendirdiği temsilcisinin malı teslim almak istediği zaman ortada herhangi bir engel olmamalıdır. Satıcı malları hazırlamalı ve alıcı gelir gelmez malların teslimi mümkün olmalıdır⁶³.

Taraflar arasındaki satım sözleşmesinde malların teslim zamanı ile ilgili hiçbir düzenleme yer almamışsa veya malların sözleşmenin akdedildiği tarihten itibaren uygun bir sürede teslim edilmesi gerekiyorsa, satıcı malları hazır bulundurup bu durumu alıcıya bildirmelidir. Alıcıya bilgi verilmesi ile satıcının teslim borcu gerçekleşmiş olmaktadır. Teslim borcunun gerçekleştirilmiş sayılabilmesi için, alıcı tarafından bu durum hakkında bilgi elde edilip edilmemesinin bir önemi yoktur⁶⁴.

CISG'nin 31. maddesinin (b) bendinde, yukarıda bahsettiğimiz gibi, dört farklı durum yer almaktadır. Bu durumlarda, alıcının malları, tarafların yerleştirildiğini bildiği yerden veya tarafların üretileceğini veya imal edileceğini bildiği yerden teslim alması gerektiğini belirtmektedir. Bu hüküm çok özeldir çünkü sadece genel bir teslim yerini (örneğin, malların bulunduğu şehir) değil, malların teslim edileceği kesin noktayı (örneğin belirli bir fabrika) belirler. Satıcı, malları alıcının tasarrufuna sunmalı, malların bulunduğu, üretileceği veya imal edileceği yere koymalı ve alıcı bunları tam olarak bu yerden teslim almalıdır⁶⁵. Eğer sözleşmenin yapıldığı anda taraflar malların bulunduğu yeri bilmiyorlarsa, CISG'nin 31. maddesinin (b) bendinin yerine (c) bendi uygulanacaktır⁶⁶.

B. Arnavutluk Cumhuriyeti Medeni Kanunu

Arnavutluk hukukunda, satım sözleşmesinde malların taşınmasının öngörülmediği haller, Medeni Kanun'un 711. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmektedir. Bu hükme göre, sözleşmenin tür ve miktar olarak belirlenmiş mallara veya ferdan belirlenmiş mallara, belirli bir stoktan karşılanacak mallara veya imal edilecek ya da üretilecek mallara ilişkin olması ve tarafların sözleşmenin kurulduğu sırada malların belirli bir yerde bulunduğunu veya orada imal edileceğini yahut üretileceğini bilmeleri durumunda satıcı, malları

⁶³ Schlechtriem, Butler, s.109; Atamer, Aykırılığın Sonuçları, s. 159.

⁶⁴ Atamer, Aykırılığın Sonuçları, s. 159.

⁶⁵ Schlechtriem, Schwenger, Art.31, N.43.

⁶⁶ Huber, Mullis, s.116. Schlechtriem, Butler, s.109; Schlechtriem, s. 6-9; Atamer, Aykırılığın Sonuçları, s. 145-146.

bu yerde alıcının tasarrufuna hazır bulundurmak zorundadır. Viyana Satım Sözleşmesi ile Arnavutluk Medeni Kanunu'nun konuyu benzer şekilde düzenlediğini belirtmekte fayda vardır.

C. Kosova Cumhuriyeti Borçlar Kanunu

Teslim yeri ile ilgili olarak satım sözleşmesinde herhangi bir düzenlemenin yer almaması durumunda, KCBK'nın 454. maddesinin 2. fıkrasına göre, sözleşmenin kurulduğu anda, taraflarca malın nerede olduğu veya nerede üretileceği biliniyorsa, malın bu yerde teslim edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, bu maddeye göre, alıcı malı, sözleşmenin kurulduğu anda malın bulunduğu veya üretileceği yerden teslim almalıdır. Bu kural, teslim edilecek malın satıcının yerleşim yerinde veya fiilen oturduğu yerde bulunmadığı durumlar için geçerlidir⁶⁷. Sonuç olarak, malın teslim yeri açısından KCBK'nın 454. maddesinin 2. fıkrası ile CISG'nin 31. maddesinin (b) bendinin benzer olduğunu belirtmek gerekir.

V. DİĞER DURUMLARDA TESLİM YERİ

A. Viyana Satım Sözleşmesi

Gönderme borcu söz konusu değil ise ve CISG'nin 31. maddesinin (b) bendinde sayılan istisnalardan biri varsa teslim yeri olarak malın olduğu yer veya imal edileceği yer kullanılmaktadır. Satıcının malı teslim borcunun (a) ve (b) bentleri kapsamında yer almaması durumunda CISG'nin 31. maddesinin (c) bendi uygulanmalıdır. Buna göre malın teslim edileceği yer satıcının işyeridir. Ayrıca alıcının malı teslim alması gerektiği durumlarda satıcı, tespit edilen yerlerde malları alıcının tasarrufuna hazır bulundurarak teslim yükümlülüğünü yerine getirmektedir⁶⁸.

CISG'de işyeri kavramı hakkında bir tanım bulunmamaktadır; çünkü Antlaşma tarafları müşterek bir tanım üzerinde aynı fikirde olamamışlardır⁶⁹. Doktrinde pek çok yazar tarafından işyeri kavramı tanımlanmaktadır. Bir yazara göre işyeri kavramı “*işyeri ticari işlemler için sürekli ve düzenli bir yerdir ve 'ad hoc' ilişkiler için geçici olarak bulunan yerleri kapsamaz*” olarak ifade

⁶⁷ Aliu, s. 19.

⁶⁸ Schlechtriem, Schwenzler, Art.31, N. 2,3,4; Schlechtriem, s. 64.

⁶⁹ Zeytin, CISG, s. 51; Zafer Zeytin, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) Uygulama Alanına İlişkin Bir İnceleme”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 24(3), 2008, s. 236.

edilir⁷⁰. Farklı bir yazar ise işyerini “uluslararası fuar veya otel gibi geçici olarak kalınan yerler dışında kalan şube, acente gibi tacir yardımcılarını içeren, sürekli ve sabit ticari kuruluş yeri” olarak tanımlamaktadır⁷¹. Diğer bir yazara göre ise işyerinin tanımı şu şekildedir: “merkez gibi katı kurallara tabi olmayan sürekli ve düzenli iş yapılan yerdir”⁷².

Genel olarak kabul edilen işyeri kavramı, tarafların ticari faaliyetlerini düzenli ve sürekli olarak yürüttüğü yeri ifade etmektedir⁷³. İşyeri, şirketin merkezi olmayabilir; çünkü gerekli şartların yerine getirildiği durumlarda, şubeler ve yavru şirketlerin de ayrı ayrı işyeri olarak nitelendirilmesi mümkündür⁷⁴. Çağdaş ticari hayat şartları gereğince, tarafların birden çok ülkede işyerleri bulunabilmektedir. Bu durumda, CISG’nin uygulama alanının belirlenmesinde hangi işyerinin esas alınacağı sorusu da ortaya çıkmaktadır⁷⁵. Tarafların birinin birden fazla işyeri varsa, “sıkı ilişki” terimi devreye girmektedir. Birden fazla işyeri olduğunda meselenin CISG’nin 10. maddesine göre her somut olayda dürüstlük kuralları dikkate alınarak çözümlenmesi gerekmektedir⁷⁶.

Satım sözleşmesinin konusu olan mal, alıcı tarafından satıcının işyerinden teslim alınacaktır. Bu durumda satıcı bahsedilen yerde malı hazır

⁷⁰ Ercüment Erdem, “Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, *İzmir Barosu Dergisi*, 54(1), 1989, s. 94; Ercüment Erdem, “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 16(3), 1992, s. 43.

⁷¹ Carolina Saf, “A Study of the Interplay between the Conventions Governing International Contracts of Sale”, Thesis, Queen Mary and Westfield College 1999, s. 23.

⁷² Ali Gümrak Tokar, *11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı*, Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 37.

⁷³ Bozhidara Borisova, “Geographic sphere of application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Pace Law School Institute of International Commercial Law*, 2003, s. 7, <<http://www.cisg.law.pace.edu./biblio/borisova.html>>, Erişim Tarihi 01 Mayıs 2019.

⁷⁴ Tokar, s. 38.

⁷⁵ Kevin Bell, “The Sphere of Application of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Pace International Law Review*, 8(1), 1996, s. 245.

⁷⁶ CISG’nin 10. maddesi: “Bu Antlaşmanın amacı çerçevesinde, (a) taraflardan birinin birden fazla işyerinin olması halinde, sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde taraflarca bilinen veya dikkate alınan koşullar değerlendirilerek sözleşme ve sözleşmenin ifası ile en yakın irtibat içinde olan işyeri esas alınır, (b) taraflardan birinin hiçbir işyerinin olmaması halinde mutlak meskeni esas alınır”.

bulundurarak yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktır⁷⁷. Satıcının işyeri veya mutat meskeni değişirse, malın teslim edileceği yer tartışma konusu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir görüşe göre, ek giderlere neden olmamak şartıyla, mallar satıcının yeni işyerinde alıcı tarafından teslim alınabilir⁷⁸. Diğer taraftan farklı bir görüşe göre ise, satıcı tarafların sözleşmede anlaştıkları yerde malları teslim etmekle yükümlüdür⁷⁹.

B. Arnavutluk Cumhuriyeti Medeni Kanunu

Arnavut hukukuna göre, taraflar satım sözleşmesinde teslim yeri ile ilgili herhangi bir düzenleme yapmamışlarsa, malların taşınması gerekmiyorsa ve ACMK'nın 711. maddesinin 3. bendinde sayılan istisnalardan biri yoksa, ACMK'nın 711. maddesinin 4. bendine başvurmak gerekir.

ACMK'nın 711. maddesinin 4. bendine göre:

“Diğer hallerde, satıcı, sözleşmenin kurulduğu sırada malın bulunduğu yerde veya böyle bir yerin tespit edilemediği durumda, satıcının yerleşim yerinin veya işyerinin bulunduğu yerde malları alıcının tasarrufuna hazır bulundurmaya zorundadır”.

Sonuç olarak, hem ACMK'nın 711. maddesinin 4. fıkrasında hem de CISG'nin 31. maddesinin (c) bendinde de “satıcının işyerinin bulunduğu yer”in malların teslim yeri olarak tespit edilebileceği öngörülmektedir. Diğer yandan, bu iki madde arasındaki fark ise, ACMK'nın 711. maddesinin 4. fıkrasında, “satış anında malların bulunduğu yer” veya “satıcının mutat meskeninin bulunduğu yer”in malın teslim yeri olarak gösterilmesidir.

C. Kosova Cumhuriyeti Borçlar Kanunu

KCBK'nın 454. maddesinin 1. fıkrasına göre:

“Teslim yeri sözleşmede belirlenmemişse, malın teslimi, sözleşmenin kurulduğu anda satıcının yerleşim yeri veya fiilen oturduğu yerde veya böyle bir yerleşim yeri yoksa, satıcının mutat ticari faaliyetini ifa ederken sözleşme akdetmesi halinde malın teslimi işyerinin bulunduğu yerde olacaktır”.

Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, malın teslim yeri bu maddeye göre

⁷⁷ Schlechtriem, Butler, s.109; Schlechtriem, Schwenger, Art.31, N.46; Bianca, Bonell, s. 254; Erdem, Satıcının malları, s. 136.

⁷⁸ Schlechtriem, Schwenger, Art.31, N.46; Schlechtriem, Butler, s.109; Huber, Mullis, s.116; Schlechtriem, s. 64.

⁷⁹ Kröll, Mistelis, Perales Viscallias, s. 424; Enderlein, Maskow, s.133; Zeytin, CISG, s.119.

belirlenmektedir. Satıcı gerçek bir kişi ise, mal sözleşmenin kurulduğu anda satıcının yerleşim yeri veya fiilen oturduğu yerde teslim edilmektedir. Satıcı tüzel kişi ise, malın teslimi satıcının işyerinin bulunduğu yerde olmaktadır⁸⁰. Kosova doktrininde tüzel ve gerçek kişilerin arasında böyle bir ayırım yapılmasının uygun olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü, gerçek kişilerin mutlak ticari faaliyeti ve işyeri de olabilir. Sonuç olarak, malın teslim yeri açısından KCBK'nın 454. maddesinin 1. fıkrasının Viyana Sözleşmesi'nin 31. maddesinin (c) bendi ile benzerlik gösterdiğini söylemek mümkündür.

SONUÇ

CISG'nin 31. maddesinin birinci fıkrasından anlaşıldığı gibi, teslim yeri tespit edilirken ilk önce tarafların iradeleri dikkate alınmaktadır. Satım sözleşmesinde teslim yeri ile ilgili herhangi bir düzenlemenin yer almaması durumunda, teslim yeri taraflar arasındaki alışkanlıklara veya ticari teamüllere göre belirlenmektedir. Bunun da olmaması durumunda, yedek kurallar olarak CISG'nin 31. maddesinde bulunan hükümler uygulanmaktadır. Bu madde taşımayı içeren ve içermeyen satış sözleşmeleri arasındaki farklılığı göstermektedir. Taşımanın gerekli olduğu durumlar (a) bendinde bulunmaktadır. Ardından gelen bentler gönderme borcu içermeyen satış sözleşmelerine uygulanmaktadır. Taşımayı içeren satış sözleşmeleri ile ilgili olarak, CISG'nin 31. maddesinin (a) bendine göre, malların teslim yeri malların ilk taşıyıcıya teslim edildiği yerdir.

Gönderme borcu söz konusu değil ise ve (b) bendinde sayılan istisnalardan biri varsa, teslim yeri olarak malın olduğu yer veya imal edileceği yer kullanılmaktadır. Satıcının malı teslim borcunun (a) ve (b) bentleri kapsamında yer almaması durumunda, CISG'nin 31. maddesinin (c) bendine başvurulmaktadır. Buna göre malın teslim edileceği yer satıcının işyeridir. Ayrıca alıcının malı teslim alması gerektiği durumlarda satıcı, tespit edilen yerlerde malları alıcının tasarrufuna hazır bulundurarak teslim yükümlülüğünü yerine getirmektedir.

Sonuç olarak, Viyana Satım Sözleşmesi'nde olduğu gibi, Arnavut ve Kosova mevzuatında da teslim kavramı hakkında bir tanım bulunmamaktadır. Malın teslim yeri açısından ACMK'nın 711. maddesi, KCBK'nın 454. ve 455. maddeleri ve CISG'nin 31. maddesinin oldukça benzer olduğunu söylemek mümkündür.

⁸⁰ Aliu, s. 18.

KAYNAKÇA

- Alishani A, *E drejta e detyrimeve, Pjesa e përgjithshme*, Universiteti i Prishtinës, 2002.
- Aliu A, *Komentar Ligji për Marrëdhëniet e Detyrimeve*, UNDP, 2013.
- Atamer Y, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları*, Beta Yayınevi, 2005. (Atamer, Aykırılığın Sonuçları)
- Atamer Y, “Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı”, *Istanbul Barosu Dergisi*, 69(10,11,12), 1995, s. 551-568.
- Bell K, “The Sphere of Application of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Pace International Law Review*, 8(1), 1996, s. 237-258.
- Bianca C M ve Bonell M J, *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè, 1987.
- Borisova B, “Geographic sphere of application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Pace Law School Institute of International Commercial Law*, 2003, <<http://www.cisg.law.pace.edu/biblio/borisova.html>>, Erişim Tarihi 01 Mayıs 2019.
- Dimatteo L, Dhooge L, Greene S, Maurer V ve Pagnattaro M, *International Sales Law: A Critical Analysis of CISG Jurisprudence*, Cambridge University Press, 2005.
- Dimatteo L, Dhooge L, Greene S, Maurer V ve Pagnattaro M, “The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, 24(2), 2004, s. 299-440.
- Enderlein F ve Maskow D, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*, Oceana Publications, 1992.
- Erdem E, “Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, *İzmir Barosu Dergisi*, 54(1), 1989, s. 90-107.

- Erdem E, “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 16(3), 1992, s. 35-105.
- Erdem E, “Saticının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu” in Yeşim Atamer (Ed.), *Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması*, On İki Levha Yayıncılık, 2008, s. 105-161. (Erdem, Saticının malları)
- Felemegas J, *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, Cambridge University Press, 2007.
- Gabriel H, “General provisions, obligations of the seller, and remedies for breach of contract by the seller” in Franco Ferrari, Harry Flechtner, Ronald A. Brand (Eds.), *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention*, European Law Publishers, 2003, s. 336-362.
- Honnold J ve Flechtner H, *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer Law International, 2009.
- Huber P ve Mullis A, *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners*, European Law Publishers, 2007.
- Krasniqi A, *E drejta biznesore*, European College Dukagjini, 2014.
- Kröll S, Mistelis A L ve Perales Viscasillas M P, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Commentary*, Hart Publishing, 2011.
- Nuni A, Mustafaj I ve Vokshi A, *E drejta e detyrimeve II*, Shtepia Botuese e Librit Universitar, 2008.
- Saf C, “A Study of the Interplay between the Conventions Governing International Contracts of Sale”, Thesis, Queen Mary and Westfield College 1999.
- Schlechtriem P, *Uniform Sales Law: The UN Convention on Contracts for the International Sale of Good*, Manz, 1986.
- Schlechtriem P ve Butler P, *UN Law on international sales, The UN Convention on the International Sale of Goods*, Springer, 2009.

Schwenzer I ve Schlechtriem P, *Commentary on the UN Convention On The International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, 2016.

Secretariat Commentary, *Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods prepared by the Secretariat*, UN DOC. A/CONF. 97/5, 1978, Art.31, N.7, <<http://www.cisg-online.ch/index.cfm?pageID=644#Article%2031>>, Erişim Tarihi 20 Ekim 2021.

Smaka R, *E drejta biznesore*, Universiteti Mbreteror Iliria, 2008.

Toker A G, *11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı*, Seçkin Yayıncılık, 2005.

Tutulani Semini M, *E Drejta e Detyrimeve dhe Kontratave, Pjesa e Posaçme*, Skanderbeg Books, 2006.

Zeytin Z, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku – CISG*, Seçkin Yayıncılık, 2015. (Zeytin, CISG)

Zeytin Z, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) Uygulama Alanına İlişkin Bir İnceleme”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 24(3), 2008, s. 217-264.

KAMU HUKUKU >>

BOŞ

İDARİ YARGILAMA HUKUKUNDA KANUN YOLLARINDA HÜKMÜN İNFAZININ DURDURULMASI

Çınar Can EVREN*

İsmail UÇAR**

ÖZET

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 27. maddesinde idari işlemin yürütülmesinin durdurulması; yine aynı Kanun'un 52. maddesinde ise mahkeme kararlarının yürütülmesinin (hükümün infazının) durdurulması düzenlenmektedir. İYUK m. 52'deki düzenleme İYUK m. 27'dekine göre son derece yetersizdir. Kanun koyucu İYUK m. 52'de hükümün infazının durdurulması kurumuna, neredeyse, sadece yer vermekle yetinmiş; kanun yolu mercilerine (üst derece mahkemeleri) hükümün infazını durdurma yetkisi tanımış; ancak bu yetkinin, teminat şartı hariç, hangi esas ve usuller dairesinde kullanılabileceğini tamamen yargı içtihatlarına bırakmıştır. Kural olarak idare lehine getirilmiş olan, davacının hakkına kavuşmasını bir süre daha geciktireceğinden istisnai nitelikte olması gereken bir kurumun esas ve usullerinin belirlenmesi; üst mahkemeler tarafından hükümün infazının durdurulması şartlarının ve bu durdurmanın hukuki sonuçlarının öngörülmesi gerekir. Bu belirleme yapılırken Türk idare hukuku ve idari yargısına kaynaklık eden Fransız hukukundan da yararlanılmalıdır.

Anahtar Kelimeler: İstinaf, temyiz, mahkeme kararları, kanun yolları, yürütmenin durdurulması, hükümün infazının durdurulması.

STAY OF EXECUTION OF JUDGMENTS IN APPEAL PROCEDURE OF ADMINISTRATIVE JURISDICTION

ABSTRACT

The stay of the execution of the administrative act is regulated by article 27 of the act relating to the procedure of administrative justice n° 2577 and the stay of the execution of the judgments is regulated by article 52 of the same law. The provision of article 52 of the act is extremely inadequate compared to the provision of article 27. In article 52 of the act, the legislator limits himself to almost only mentioning

* **Doç. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı / ANKARA. e-posta: cinar.evren@hbv.edu.tr

ORCID: 0000-0003-3685-5046

** **Araştırma Görevlisi**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı / ANKARA. e-posta: ismail.ucar@hbv.edu.tr

ORCID: 0000-0002-4378-0487

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1116442

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 07/02/2022

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 11/02/2022

the institution of the stay of the execution of judgments; authorize the high courts to suspend the execution of judgments; however, the principles and procedures by which this power may be exercised, except for the requirement of guarantee, are left entirely to jurisprudence. It is necessary to determine the principles and procedures of such an institution, which, as a rule, is provided in favor of the administration and should be exceptional because it can set back the exercise of the right of the applicant for a certain period, and to regulate the conditions of stay of execution of judgments by high courts and the legal consequences. In this determination, French law, which is the source of Turkish administrative law and administrative jurisdiction, should also be used.

Keywords: *Appeal, cassation, judgement, legal remedies, suspension of execution, stay of execution of judgement.*

LE SURSIS À L'EXÉCUTION DES JUGEMENTS DANS LES VOIES DE RECOURS EN CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

RÉSUMÉ

Le sursis à l'exécution de l'acte administratif est régi par l'article 27 de la loi relative à la procédure de justice administrative n° 2577 et le sursis à l'exécution des jugements est régi par l'article 52 de la même loi. La disposition de l'article 52 de la loi est extrêmement inadéquate par rapport à la disposition de l'article 27. Dans l'article 52 de la loi, le législateur s'est limité à presque seulement mentionner l'institution du sursis à l'exécution des jugements ; celui-ci donne le pouvoir de suspendre de l'exécution des jugements aux juridictions supérieures ; cependant, les principes et les procédures selon lesquels ce pouvoir peut être exercé, à l'exception de l'exigence de caution, sont entièrement laissés à la jurisprudence. Il est nécessaire de déterminer les principes et les procédures d'une telle institution, qui, en règle générale, est prévue en faveur de l'administration et devrait être exceptionnelle car elle peut reculer l'exercice du droit du demandeur pendant un certain temps, et il est nécessaire de régir les conditions du sursis à l'exécution des jugements par les juridictions supérieures et les conséquences juridiques de ce sursis. Lors de cette détermination, le droit français, qui est la source du droit administratif et du contentieux administratif turcs, devrait également être profité.

Mots Clés: *L'appel, la cassation, les jugements, les voies de recours, le sursis à l'exécution, la suspension de l'exécution des jugements.*

GİRİŞ

İdarenin işlem ve eylemleri nasıl yargı denetime tabi tutuluyorsa, etkili bir yargısal denetim için idari davaların da kendi içlerinde belli bir denetime tabi tutulmaları gerekir. İdari davaların denetlenmesi ise kanun yollarına

başvurulmasıyla gerçekleşir¹. İdari işlemlere karşı dava açılmasının işlemin yürütmesini durdurulmaması gibi kanun yolu başvurusu da başvuruya konu mahkeme kararının infazını durdurmaz. Ancak kanun yolu incelemesinin etkili ve anlamlı olabilmesi için, gerektiğinde incelemeye konu hükmün infazının durdurulmasına karar verilebilmesini sağlayan bir kuruma ihtiyaç duyulmaktadır. Aksi halde, bazı durumlarda, kanun yolu incelemesi sonucu verilecek kararın bir anlamı kalmayacaktır. Kanun yolu aşamasında hükmün infazının durdurulmasına ilişkin düzgün işleyen bir kurumun varlığı, etkili bir kanun yolu incelemesinin ön şartlarından biridir.

Hükmün infazının durdurulması kurumu, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) “*Temyiz veya istinaf istemlerinde yürütmenin durdurulması*” başlıklı 52. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddede hükmün infazının durdurulması için genel şartlar öngörülmediği gibi istinaf-temyiz, iptal davası-tam yargı davası, davanın reddi-davanın kabulü kararı, davacı-davalı gibi ayrımlar da gözetilmemiştir. Ayrıca hükmün infazının durdurulması kararının hukuki sonuçlarına yönelik de yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla 52. maddenin, hükmün infazının durdurulması kurumunu düzenleme konusunda oldukça yetersiz kaldığı rahatlıkla söylenebilir. Fransız idari yargılama hukukunda ise hükmün infazının durdurulması istinaf ve temyiz bakımından ayrı ayrı düzenlenmiş ve farklı şartlar öngörülmüştür. Ayrıca istinaf aşaması daha detaylı düzenlenmiş; başvuranın davacı veya davalı olması, davanın iptal ya da tam yargı davası olması gibi ayrımlar gözetilerek çeşitli yargısal durumlara özgü farklı şartlar öngörülmüştür².

Bu çalışmada, hükmün infazının durdurulması kurumunun Türk hukukundaki düzenlenişi incelenirken Fransız hukukundaki durumdan da yeri geldiğince bahsedilecektir.

I. GENEL OLARAK KANUN YOLLARINDA HÜKMÜN İNFAZININ DURDURULMASI KURUMU

Gerek İYUK m. 27, gerekse İYUK m. 52 uyarınca, kanunlarda istisna

¹ Olivier Gohin, *Contentieux administratif*, 6. Baskı, Lexis Nexis, 2009, s. 379; Kamile Türkoğlu Üstün / İsmail Uçar, “Fransız ve Alman İdari Yargılama Usulünde İstinaf İncelemesinin Kapsam ve Sınırları”, *Danıştay Dergisi*, 151, 2019, s. 98.

² Fransız idari yargılama hukukunda kanun yollarına ilişkin bkz. Gürsel Kaplan, *Fransız İdari Yargılama Hukukunda Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016; Ramazan Çağlayan, *İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa-Türkiye: Mukayeseli Bir Deneme)*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.

öngörülmediği müddetçe, dava açılması veya kanun yoluna başvurulması, dava konusu işlemin veya hükümün yürütülmesini durdurmaz. Bu açıdan idari işlemler ile mahkeme kararlarının icrailik özelliğinin benzerlik gösterdiği söylenebilir.

Fransız idari yargılama hukukunda da mahkeme kararlarıyla idari işlemler arasında bu yönde bir benzerlik kurulmakta³; kanun yolları başvurusunun durdurucu etkiye sahip olmamasının, idari işlemler gibi mahkeme kararlarının da yürütülebilir niteliği haiz olmasından⁴ kaynaklandığı kabul edilmektedir⁵.

Kanun yolu başvurusunun durdurucu etkiye sahip olmaması, iptal davası açıldığında idari işlemin yürütülmesinin durmaması ile benzerlik gösterir. Ancak kanun yolu başvurusunun durdurucu etkiye sahip olmamasıyla ilk derecede iptal davasının durdurucu etkisinin olmamasının birbirinden farklı sebepleri bulunmaktadır. İlk derecede iptal davasının dava konusu işlemin yürütülmesini kendiliğinden durdurmaması kuralı ile idari faaliyetin korunması amaçlanırken; kanun yolları aşamasında bu amaç geçerli değildir. İlk derece yargılamasındaki kural idare lehineyken⁶, kanun yolu başvurusunun durdurucu etkiye sahip olmaması daha çok idarenin aleyhinedir⁷. Zira ilk derecede dava idare lehine sonuçlanmışsa, dava açılmadan önceki hukuki durumda bir farklılık olmayacaktır. Davanın davacı lehine sonuçlanması

³ CE, 2 Temmuz 1982, *Huglo et autres*, No. 25288 ve 25323, *Rec.* 257; Florent Blanco, *Contentieux administratif*, PUF, 2019, s. 716. Gohin idari yargılama hukukunda kanun yolu başvurusunun durdurucu etkiye sahip olmamasını bu benzerlik ile açıklamaktadır. Yazara göre idari yargı, yargılama ile idari faaliyet arasındaki karmaşadan doğmuştur. Bu sebeple yargı yerinin kesin hüküm kudreti ile idarenin kesin karar alma gücü arasında bağlantı bulunmaktadır. O yüzden idari kararların yararlandığı rejimin yargı kararlarına da aktarılması gerekir. Gohin, s. 354.

⁴ Bu durumun önemli istisnası ise içtihatla ortaya çıkmıştır. Conseil d'Etat (CE), daha önceden yürütmenin durdurulması (référé-suspension) kararı verilen bir davada, dava ret kararı verilmesi halinde, idari yargı yerlerinin bu kararın etkilerini zaman bakımından ayarlama yetkisine sahip olduğunu kabul etmiştir. Böylece bir bakıma yürütmenin durdurulması kararının etkileri, davanın reddi kararına rağmen, bir süre daha uzatılmaktadır. CE, 27 Ekim 2006, *Soc. Techna*, *Rec.* 541, Aktaran, Bernard Pacteau, *Traité de contentieux administratif*, Presses Universitaire de France, 2008, s. 389-390.

⁵ Jean-Claude Ricci, *Contentieux administratif*, 5. Baskı, Hachette, 2016, s. 248; Blanco, s. 716.

⁶ İradesini tek yanlı olarak empoze edebilen idare için, dava açılmasıyla davaya konu işlemin yürütülmesinin durdurulmaması kuralı bir ayrıcalık niteliğindedir. Maxime Lei, *Le principe de l'absence d'effet suspensif des recours contentieux en droit administratif*, Université de Toulon, 2018, s. 737.

⁷ Pacteau, s. 511.

halinde ise idarenin kararı uygulamak için harekete geçmesi gerekecektir. İdare, kararın kesinleşmesini (kanun yollarının tüketilmesini) bekleme bahanesiyle, ilk derece mahkemesi kararını uygulamaya yönelik işlem ve eylemlerde bulunmaktan kaçınılabilmektedir. Ancak eğer ilk derece mahkemesi kararı davacıyı tatmin etmişse, idarenin kanun yolu başvurusunda bulunması, kararın uygulanması önünde bir engel teşkil edemez. Bu sebeple kanun yolu başvurusunun durdurucu etkisinin olmamasından, kamu hizmetinden yararlananlar idareye nazaran daha çok fayda sağlar⁸. Ayrıca bu kuralla ilk derece mahkemesi hakimlerinin otoritesi de korunur. Uyuşmazlık, kanun yolları aşamasına geldiğinde önceden zaten hukuki bir çözüme kavuşmuştur⁹. Artık başvuruya konu olan doğrudan bir idari işlem değil; mahkeme hükmüdür¹⁰.

Kanun yolu başvurusunun durdurucu etkiye sahip olmamasının pratik sebeplerinden biri de kanun yolu başvurularının sistematik hale gelmesinin önüne geçmektir. Kanun yolu başvurusunun durdurucu etkisi olsaydı hiç kuşkusuz bu başvurular sistematik hale gelir; mahkeme kararından tatmin olmayan herkes başvuruda bulunurdu. Ayrıca, kanun yolu başvurusunun durdurucu etkisi kabul edilse, karmaşık ve geri dönülemez hukuki durumlar da ortaya çıkabilirdi. Zira ilk derece mahkemesi kararıyla oluşan hukuki durum, kanun yoluna başvurulmasıyla kendiliğinden tam tersine çevrilmiş olur ve bu durum da kuşkusuz çok önemli hukuki karmaşalar yaratırdı¹¹.

Yürütmenin durdurulması¹² dendiğinde akla, büyük çoğunlukla, idari işlemin yürütülmesinin durdurulması gelir¹³. Ancak idari işlemin yürütülmesinin durdurulması, yürütmenin durdurulması kurumunun dar anlamını oluşturur. Geniş anlamda yürütmenin durdurulması sadece idari işlemin değil, yargı kararının (hükmün) da yürütülmesinin durdurulmasını içerir. Bununla birlikte günlük dilde yürütmenin durdurulması kurumunun daha çok dar anlamıyla kullanıldığını söylemek mümkündür¹⁴.

⁸ Pacteau, s. 511.

⁹ Lei, s. 736.

¹⁰ Lei, s. 741.

¹¹ Pacteau, s. 511-512.

¹² Bu konuda bkz. Ayhan Tekinsoy, *İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2013.

¹³ Onur Karahanoğulları, *İdari Yargı, İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 528.

¹⁴ Metin Kırathlı, “Yürütmenin Durdurulması”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi*

Pozitif hukuk açısından, yürütmenin durdurulması hem idari işlemlerin hem de mahkeme kararlarının yürütülmesinin durdurulması şeklinde tezahür eder¹⁵. Nitekim İYUK'ta hem idari işlemlere ilişkin m. 27 hükmü hem de mahkeme kararlarına ilişkin m. 52 hükmü “yürütmenin durdurulması” başlığı altında düzenlenmiştir.

Doktrinde yürütmenin durdurulmasına ilişkin kapsayıcı tanımlar verildiği görülmektedir. Örneğin Uler'e göre yürütmenin durdurulması “... bir idarî davada, davacının istemi üzerine, yargı yerinin bir idarî işlem ya da yargı kararının uygulanmasını dava sonuna kadar ertelemesi”dir¹⁶. Karahanoğulları'na göre ise yürütmenin durdurulması, “idarî işlemler ve kanun yolunda mahkeme kararları aleyhine ve istem üzerine verilebilen, işlem veya kararın hukuksal etkisini askıya alan bir karardır.”¹⁷

İdari işlemlerin ve mahkeme kararlarının yürütülmesinin durdurulmasının benzer biçimde (yürütmenin durdurulması şeklinde) ifade edilmesinin karışıklığa neden olduğu ileri sürülmüş, iki kurumu birbirinden ayırmak için de mahkeme kararlarının yürütmesinin durdurulması yerine, “hükmün durdurulması”¹⁸, “uygulamanın ertelenmesi”¹⁹, “infazın durdurulması”²⁰ denmesi önerilmiştir. Biz de aynı cümle içinde adeta tekerleme gibi aynı kelimelerin birden fazla kullanılmasının doğuracağı anlama zorluğunu gözeterek, mahkeme kararlarının yürütmesinin durdurulması yerine “hükmün infazının durdurulması” demeyi tercih ediyoruz. Bu sayede okuyucu hükmün infazının durdurulması denince İYUK m. 52'deki düzenlemeyi; yürütmenin durdurulması denince de idari işlemin yürütülmesinin durdurulmasını anlayacaktır.

Anayasa m. 125 uyarınca²¹ “İdari işlemin uygulanması halinde telafisi

Dergisi, 21(4), 1966, s. 179.

¹⁵ Lütfi Duran'ın konuşması, *Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması*, Türk Hukuk Kurumu Yayınları, Ankara, 1966, s. 42.

¹⁶ Yıldırım Uler, *İptal Kararlarının Sonuçları*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 4.

¹⁷ Karahanoğulları, s. 527.

¹⁸ Kıratlı, s. 179.

¹⁹ Ali D. Ulusoy, *İdari Yargılama Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 252.

²⁰ Kazım Yenice / Yüksel Esin, *Açıklamalı – İçtihatlı – Notlu İdari Yargılama Usulü*, Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983, s. 737.

²¹ İdari işlemin yürütülmesinin durdurulması kurumuna Anayasa'da yer verilmesinin nedeni olarak, kurumun Türk hukukunda üzerinde çok tartışılmış ve bazen de önemli bunalımlara

güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.”

İYUK m. 27’de ise yürütmenin durdurulması detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Maddede Danıştay’da veya idari mahkemelerde dava açılmasının dava edilen idari işlemin yürütülmesini durdurmayacağı genel kural olarak belirtilmiş, devamında mahkemelerin hangi hallerde işlemin yürütülmesini durdurabileceği düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca idari işlemin yürütülmesi; 1) uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve 2) idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, 3) kural olarak davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra 4) gerekçe gösterilerek (işlemin hangi gerekçelerle hukuka açıkça aykırı olduğu ve işlemin uygulanması halinde doğacak telafisi güç veya imkânsız zararların neler olduğu belirtilerek) ve yine 5) kural olarak teminat karşılığında durdurulabilir.

İYUK m. 52’de ise kanun yollarına başvurulmasının hâkim, mahkeme veya Danıştay kararlarının yürütülmesini durdurmayacağı genel kural olarak ifade edilmiş; devamında ise bu kararların teminat karşılığında yürütülmesinin durdurulmasına, temyiz istemini incelemeye yetkili Danıştay dava dairesi, kurulu veya istinaf başvurusunu incelemeye yetkili bölge idare mahkemesince karar verilebileceği ifade edilmiştir. Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, hükümlerin infazının durdurulmasında kanun koyucunun aradığı tek şart teminat olup; bu şart da maddenin 2 ve 3. fıkralarında yer alan “2. *İptal davalarında teminat istenmeyebilir. / 3. İdareden ve adli yardımdan yararlananlardan teminat alınmaz.*” hükümleriyle bir hayli yumuşatılmış; hatta İYUK m. 52’nin genellikle idare lehine getirilmiş bir düzenleme olduğu düşünüldüğünde, herhangi bir şarta yer verilmemiştir.

İYUK m. 52’deki düzenlemenin genellikle ve çoğunlukla idare lehine getirilmiş bir düzenleme olduğunu ifade etmemizin nedeni, bu hükümden, tespit edebildiğimiz kadarıyla davacı gerçek veya özel hukuk tüzel kişinin sadece bir halde yararlanabilecek olmasıdır: Tam yargı davalarında gündeme gelebilecek bu ihtimale göre, ilk derecede davacı lehine tazminata hükmedilmiş, idare istinaf aşamasında İYUK m. 52’ye göre hükmün infazının durdurulmasını istememiş veya istemiş ancak bu talebi reddedilmiş ve istinaf

neden olmuş olması gösterilmektedir. İl Han Özay, *Devlet, İdari Rejim ve Yargısal Korunma*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986, s. 152.

incelemesi sonunda ilk derece mahkemesinin tazminat kararı kaldırılarak dava reddedilmişse; davacı, temyize başvurma hakkı olduğu hallerde, bu başvuru ile istinaf mahkemesi kararının infazının durdurulmasını talep ederek, ilk derecedeki karar neticesinde elde ettiği tazminat hakkının idareye iadesini temyiz incelemesi sonuna dek erteleme imkanına kavuşabilir.

Fransız idari yargılama hukukunda da Fransız İdari Yargı Kodu (Code de justice administrative -CJA) L. 4 maddesi uyarınca, Kanun'daki özel hükümler dışında yargı yerleri aksi yönde karar vermediği sürece, dilekçelerin yürütmeyi durdurucu etkisi yoktur. Bu genel kuralın bir uzantısı olarak, kanun yolu başvuruları da yürütmeyi durdurucu etkiye sahip değildir. (CJA, R. 811-14, R. 821-5). İstinafa başvuran taraf, istinaf incelemesi süresince ilk derece mahkemesi kararına uygun davranmakla yükümlüdür²². Başka bir deyişle, ilk derece mahkemesi kararına karşı yapılan istinaf başvurusu, iptal edilen işlemi tekrardan yürürlüğe sokmayacağı gibi; tazminat ödemeye mahkûm edilen tarafı ödeme yapma yükümlülüğünden de kurtarmaz²³. İdare de istinafa başvurmuş olsa bile ilk derecede iptal kararı verilmişse bu kararın gereğini yerine getirmek²⁴; tam yargı davasında tazminata hükmedilmişse mahkûm edildiği miktarı davacıya ödemek zorundadır²⁵. Yine ilk derecede iptal kararını elde edemeyen davacı da istinaf merciinin kararını beklerken dava konusu idari işlemin sonuçlarına uygun davranmak zorundadır²⁶.

Türk hukukundan farklı olarak Fransız hukukunda istinaf başvurusunun durdurucu etkiyi haiz olmaması mutlak bir kural değildir. İstinaf başvurusunun, bazı istisnai durumlarda, istinafa konu hükümün yürütülmesini kendiliğinden durduracağı kabul edilmektedir. Örneğin seçime ve disiplin yargılamalarına ilişkin bazı uyuşmazlıklarda²⁷ ve grup dava uygulamalarında²⁸ istinafa başvurulması istinafa konu hükümün infazını kendiliğinden durur.

İYUK m. 27'deki düzenleme işlemin muhatabını korumaya yöneliktir²⁹.

²² Camille Broyelle, *Contentieux administratif*, 5. Baskı, LGDJ, Paris, 2017, s. 338, 369; Blanco, s. 716.

²³ Broyelle, s. 338.

²⁴ Remi Rouquette, *Petit traité du procès administratif*, 8. Baskı, Dalloz, 2018, s. 1126.

²⁵ Blanco, s. 716.

²⁶ Blanco, s. 716.

²⁷ Blanco, s. 717; Broyelle, s. 369; Pacteau, s. 512.

²⁸ Blanco, s. 717.

²⁹ Sarıcaya göre idari işlemin yürütülmesinin durdurulması her şeyden önce davacıyı koruyan

Nitekim kimi uyuşmazlıklarda ancak bir yürütmenin durdurulması kararı sayesinde yargılama sonucu alınacak iptal kararının bir anlamı olabilir. İYUK m. 52'deki düzenleme ise, esas olarak, iptal ve tam yargı davaları sonucu verilen iptal veya tazminat kararının infazının kanun yolu denetimi sonuçlanıncaya kadar uygulanmasını önlemek suretiyle, Anayasa m. 138 ve İYUK m. 28 uyarınca idarenin yargı kararlarını yerine getirmesi zorunluluğunu geçici olarak erteleyen istisnai bir yoldur. Diğer bir ifade ile İYUK m. 27 hükmü iptal davalarında davacının hak ve menfaatlerini korumayı amaçlarken İYUK m. 52 hükmü iptal ve tam yargı davaları sonucu alınan kararların infazını gerçekleştirmek yükümlülüğünde olan idarenin bu yükümlülüğünü belirli bir süre geciktirmesine imkân veren bir yoldur.

Mahkeme kararlarında ve doktrinde genel kabul gördüğü üzere yürütmenin durdurulması kararı iptal kararı gibi hüküm ve sonuç doğurur ve yürütmenin durdurulması kararı ile dava konusu işlemin tesisinden önceki duruma dönülür. Buna karşılık İYUK m. 52 uyarınca verilecek hükmün infazının durdurulması kararları için bu kararların da geçmişe etkili olarak sonuç doğuracağına yönelik bir kanun hükmü, yerleşik mahkeme içtihadı veya doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır.

İYUK m. 52'de düzenlenen hükmün infazının durdurulması istisnai bir yol olarak kabul edilmelidir. "İstisnai olmak"tan kastımız ise idarenin bu yola her başvurduğunda üst mahkemelerin alt derece mahkemesi hükmünün infazının durdurulmasına karar verememesidir. Bu açıdan hükmün infazının durdurulmasına karar verilmesi, idari işlemin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmesinden daha zor olmalıdır. Zira hükmün infazının durdurulması bahis konusu olduğunda, ihtilaf bir kere bir mahkemede tetkik edilmiş; doğru ya da yanlış bir kere yargı denetiminden geçmiştir³⁰. Dahası bu yönde bir karar, alt derecede yargılanıp haklı çıkmış tarafın hakkına bir süre daha kavuşamaması sonucunu doğuracaktır.

Fransız hukukunda da hükmün infazının durdurulmasına karar verilmesi, idari işlemin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilmesine nazaran daha zordur³¹. 30 Haziran 2000 tarihli Kanun'la gerçekleştirilen ivedi yargılama

bir müessese olmakla birlikte bunun yanında kamu yararını, kamu düzenini ve hatta hukuk düzenini de korur. Ragıp Sarıca, "Tehiri İcra", in. *Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması*, Türk Hukuk Kurumu Yayınları, Ankara, 1966, s. 29.

³⁰ Duran, s. 43.

³¹ Pacteau, s. 512.

usulü (référé) reformuyla ilk derece yargılamasındaki yürütmenin durdurulması müessesesi değiştirilerek daha hafif şartlarla ivedi yargılama usulüne tabi kılınmıştır. Buna göre aciliyet durumunun ortaya konması ve idari işlemin hukuka aykırı olduğuna ilişkin ciddi kuşku olması, davaya konu işlemin yürütülmesinin durdurulması için yeterlidir. Ancak söz konusu reformla, kanun yolları aşamasında hükmün infazının durdurulması usullerinde bir değişiklik yapılmamıştır. Böylece reform öncesi idari işlemin yürütülmesinin durdurulması ile hükmün infazının durdurulması arasında var olan paralellik ortadan kaldırılmıştır³². Dolayısıyla ilk derecede idari işlemin yürütülmesinin durdurulması kararı verilmesi, kanun yolları aşamasında hükmün infazının durdurulmasına karar verilmesinden daha kolay hale gelmiştir.

İptal davaları açısından, İYUK m. 52'deki düzenlemede sadece davalı idarenin yararlanabileceğine, davacının yararlanamayacağına ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Bilakis 52. maddenin 1. fıkrasında hükmün infazının durdurulması kararlarının teminat karşılığı verileceği belirtilmiş aynı maddenin 3. fıkrasında da *“İdareden ve adli yardımdan yararlananlardan teminat alınmaz”* hükmüne yer verilmek suretiyle, adli yardımdan yararlanmayan davacı lehine teminat karşılığında bu yönde bir karar verilebileceği anlamına gelecek bir düzenleme yapılmıştır. Diğer bir ifade ile maddenin 1 ve 3. fıkralarının bir arada değerlendirilmesinden, sanki kanun koyucunun davacının da hükmün infazının durdurulmasını isteyebileceğini öngördüğü sonucu çıkmaktadır. Bununla birlikte maddenin 1. fıkrasına 4001 sayılı Kanun'la eklenen *“Davanın reddine ilişkin kararlara karşı temyiz ya da istinaf yoluna başvurulması halinde, dava konusu işlem hakkında yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi 27 nci maddede öngörülen koşulun varlığına bağlıdır.”* şeklindeki cümle davacının (yukarıda belirttiğimiz istisna dışında) İYUK m. 52'de düzenlenen hükmün infazının durdurulması yoluna başvuramayacağını, başvursa dahi hukuki durumunda herhangi bir değişiklik olmayacağını teyit eder niteliktedir. Zira eklenen hüküm uyarınca davacının isteyeceği idari işlemin yürütülmesinin durdurulması olup üst derece yargı yerinin denetleyeceği de yine idari işlemin kendisi olacaktır.

İptal davasının reddine dair hükmün kanun yollarında infazının durdurulması, davacıya herhangi bir fayda sağlamaz. Zira davanın reddi ile mevcut hukuki durumda bir değişiklik olmaz; dava konusu işlemin icrailiği

³² Gohin, s. 355.

de devam eder³³. Diğer bir ifade ile, alt derece yargı yerlerinin davanın reddi yönündeki hükümlerinin infazı söz konusu olmaz. Bu kararlardan sonra idarece yapılan işlem ve eylemler, davaya konu edilen idari işlemin icrasından ibarettir. İdari işlemin iptali talebinin reddine dair hükümlere karşı kanun yolu aşamalarında yapılan infazın durdurulmasına yönelik isteklerin kabulünün pratik bir yararı yoktur³⁴.

Doktrinde İYUK m. 52'ye 4001 sayılı Kanun'la eklenen hükmün bir sonucu olarak davacının kanun yolları aşamasında idari işlemin yürütülmesinin durdurulmasını isterken hükmün infazının da durdurulmasını istemesi gerektiği ifade edilmekte³⁵; Danıştay da aynı yönde kararlar vermektedir³⁶.

³³ Celal Karavelioğlu, *Açıklamalı, İçtihatlı ve İstinaf Kurumuyla İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 1614.

³⁴ Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 1253.

³⁵ Karavelioğlu, s. 1615.

³⁶ “*Karar veren Danıştay Onüçüncü Dairesi’nce, Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 52’nci maddesi uyarınca dosya incelendikten sonra işin gereği görüldü: Dosyanın incelenmesinden, aralarında dava konusu Konya İli 22 A-3. Grup TKMP Kapsamında Mekansal Bilgi Sisteminin Altyapısına Yönelik Harita Yapım İşi ‘ihalesinin de bulunduğu toplam 112.825.600,13 TL yaklaşık maliyetli 15 Grup halinde 2B Kadastro, 38 Grup halinde 22-A Uygulaması ve 2 Grup halinde Tesis Kadastro ihalelerine ilişkin ihale komisyonunca yapılan değerlendirme sonuçlarına göre, üzerinde iş kalan istekçilerin toplam sözleşme bedelinin 88.259.597,41 TL olduğu; bu miktarın yaklaşık maliyete göre %22 indirim karşılıklı geldiği; diğer taraftan, söz konusu ihaleler ile ilgili olarak Bayındırlık ve İskan Bakanlığı ile Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü’ne yapılan başvurular neticesinde 55 adet ihalenin Bakanlık Makamının bilgisi ve talimatları dahilinde iptal edildiği görülmüştür. Dava konusu edilen ihaleler; gruplandırılarak merkezde oluşturulan ihale komisyonunca tek elden gerçekleştirilmiştir. Bu yöntemde mevzuata aykırılık görülmemekle birlikte; grup olarak gerçekleştirilen ihalelerde, her ihale konusu işe teklif veren istekli sayısı, teklif miktarları yaklaşık maliyetleri ayrı ayrı olduğundan, ihale yetkilisi tarafından rekabet şartlarının oluşup oluşmadığının, her ihale müstakil olarak kendi şartları içinde değerlendirilmek suretiyle takdir edilmesi gerekmektedir. Bu durumda, ihale yetkili tarafından uyuşmazlık konusu ihaleye özgü rekabet şartlarının oluşup oluşmadığı yönünde bir değerlendirme yapılmak suretiyle karar verilmesi gerekirken, 55 adet ihale için hesaplanan yaklaşık maliyete göre yeterli indirim yapılmadığı gerekçesiyle uyuşmazlık konusu ihalenin iptal edilmesine ilişkin dava konusu işlemden hukuka uygunluk görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle, **temyiz edilen İdare Mahkemesi kararının ve dava konusu işlemin yürütülmesinin durdurulmasına, karar verildi.**” D13D: 04.02.2013, E:2012/3286, aktaran, Karavelioğlu: s. 1616. Ayrıca bkz. “...uyuşmazlığın niteliğine ve temyiz dilekçesinde ileri sürülen nedenlere göre 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 27. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmiş olması nedeniyle, anılan Yasanın 52. maddesinin 1. Fıkrası uyarınca **dava konusu işlemin ve Ankara 17. İdare Mahkemesince verilen 26.6.2015 günlü, E: 2014/829, K: 2015/1045 sayılı kararın yürütülmesinin durdurulmasına, ... karar verildi**”. D5D: 16.11.2015, E. 2015/6032, (YD kararı), aktaran, Bahtiyar Akyılmaz / Murat Sezginer / Cemil Kaya, *Açıklamalı – İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, Savaş Yayınevi,*

Bir an için tam yargı davasında tazminat talebi reddedilen davacının da İYUK m. 52'deki düzenlemeden yararlanarak ret hükmünün infazının durdurulmasını isteyebileceği düşünülebilir. Ancak bu halde davacı açısından mahkeme kararı ile ortaya konmuş bir hakkın varlığından söz edilemez. Zira ancak tam yargı davası sonunda davacı lehine hükmedilen tazminat, davacı lehine bir hakkın varlığının hüküm altına alınması anlamına gelir³⁷. Üst derece yargı yeri yapacağı kanun yolu denetimi sırasında ilk derece mahkemesi kararını esas bakımından hukuka aykırı bulursa istinaf mercii olarak bizzat kendi vereceği kararda veya temyiz mercii olarak verdiği bozma kararı sonrası dosyanın tekrar gönderileceği mahkeme kararında, direnme kararı verilmesi hali hariç, davacı zaten tazminatna kavuşacaktır. Ancak tazminat için iptal davasında olduğu gibi durdurulmazsa önlenemeyecek bir zararın varlığından söz edilemez. Zira davacı tazminatını yargılama sonunda faiziyle hak edecek ve karşısında her zaman için ödeme gücü olduğu kabul edilen bir idare bulacaktır.

İdare tarafından İYUK m. 28'deki mahkeme kararlarını yerine getirme zorunluluğunun önüne geçmek için kullanılabilir³⁸ ve davacının hakkına kavuşmasını bir süre daha geciktirecek bir yol olan hükümün infazının durdurulması kurumunun, Kanun'da esasa ve usule ilişkin herhangi bir şart öngörülmediğinden, tamamen mahkemenin takdir yetkisine bağlı olduğunu düşünmek, hukuki güvenlik ilkesinin hâkim olduğu hukuk devletlerinde geçerli olmamalıdır. Bu nedenle kanun yolu mercilerinin hükümün infazının durdurulmasına karar verirken hangi esas ve usullere bağlı olması gerektiği ortaya konulmalıdır.

II. KANUN YOLLARINDA HÜKMÜN İNFAZININ DURDURULABİLMESİNİN ŞARTLARI

Hükümün infazının durdurulması kurumunun mevzuatta yeterince düzenlenmemiş ve Danıştay'ın bu yöndeki kararlarının pek azının yayınlanmış olması³⁹, hangi hallerde bu kararın verilebileceğinin belirlenmesini zorlaştırmaktadır.

Ankara, 2019, s. 1731.

³⁷ Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 1728.

³⁸ Turgut Candan, "İtiraz ve Temyiz Başvuruları Dolayısıyla Verilen Yürütmenin Durdurulması Kararlarının İptal Davasına Konu İdari İşlemin Yürütülebilirliği Üzerinde Etkileri", *Ankara Barosu Dergisi*, (4), 1992, s. 558. (İtiraz ve Temyiz Başvuruları).

³⁹ Kırath, s. 173.

Doktrinde hükmün infazının durdurulmasına bir bütün olarak karşı çıkan görüşlere dahi rastlanmaktadır. Derdiman'a göre, Kanun'da bu kuruma ilişkin şartlara yer verilmemesi, Anayasa m. 142'de yer alan "*Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.*" şeklindeki hükme aykırıdır. Yazara göre İYUK m. 52'deki düzenleme mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine de aykırılık oluşturur. Zira ilk derece mahkemesinin bozma kararına bile direnme hakkı varken verilecek olan hükmün infazının durdurulması kararına direnme hakkının olmaması düşünülemez. Son olarak da aynı yazar hükmün infazının durdurulmasına karar verilmesi ile mahkeme kararlarının verdiği güvenin sarsıldığını ileri sürmektedir⁴⁰.

İYUK m. 52'deki düzenleme, kamu düzenini ilgilendiren idari işlemlerin yargılama konusu olması ve idarenin ödediği tazminatı geri alamaması ihtimali karşısında gereklidir. Bu noktada önemli olan, bu kararların istisnai oldukları da gözetilerek, hangi şartlar altında verilebileceğinin tespiti.

Hükmün infazının durdurulmasının şartları konusunda, kanun koyucunun hüküm sevk etmemesinin nedenleriyle ilgili çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Örneğin hangi hallerde talebin haklı ve ciddi sebeplere dayandığının ve kararın icrasının telafisi imkânsız veya oldukça önemli zararlar doğuracağına önceden kesin kriterlerle ortaya konmasının imkânsız olduğu, bu nedenle kanun koyucunun mahkemeye geniş bir takdir yetkisi tanıdığı, ileri sürülen görüşlerden biridir⁴¹. Benzer bir diğer görüşe göre de temyiz ve istinaf mercileri dosyanın ve istemin durumuna göre, hükmün infazının durdurulması hakkında herhangi bir kısıtlama olmadan karar verebilir⁴².

İYUK m. 52'de şart öngörülmemiş olması, üst derece mahkemesinin talebi keyfi ve gerekçesiz biçimde ret veya kabul edilebileceği anlamına gelmez⁴³. Nitekim doktrinde de konuyla ilgili çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Örneğin Kaplan'a göre üst derece mahkemeleri inceleme konusu hükmün hukuka uygunluğu konusunda edindiği ilk izlenim ve hükmün infazına devam olunması halinde yaratabileceği olumsuz sonuçları birlikte değerlendirerek bir sonuca

⁴⁰ Cengiz Derdiman, *İdari Yargının Genel Esasları*, 3. Baskı, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa, 2014, s. 327.

⁴¹ Kenan Aral, *Danıştay Muhakeme Usulü*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1965, s. 249; Fuad Azgur, *Gereğçeli Yeni Danıştay Kanunu ve Önemli İçtihatlarla İdari Yargılama Usul ve Esasları*, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1965, s. 138.

⁴² Şeref Gözübüyük / Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt. II, İdari Yargılama Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 1018.

⁴³ Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2016, s. 448. (İdari Yargı).

ulaşmalıdır⁴⁴. Ulusoy, kanun yollarında hükmün infazının durdurulabilmesi için kanun yolu aşamasının sonuçlanmasına kadar geçecek süre içinde hükmün uygulanması halinde acil zarar veya mağduriyet doğabilecek olması gerektiğini ifade etmektedir⁴⁵. Yenice ve Esin'e göre ise Danıştay temyiz incelemesi sonunda bozulacağı anlaşılan ve infazı durdurulmadığı takdirde ilgili taraf için giderilmesi güç zararlar doğuracak hükümler hakkında infazın durdurulmasına karar vermektedir⁴⁶.

Doktrindeki bu görüşlerden sonra hükmün infazının durdurulması şartlarını şu şekilde sıralayabiliriz:

A. Hükmün İnfazının Durdurulabilmesi İçin Kanun Yoluna Başvurulmuş ve Başvurunun Konusunu Oluşturan Hükmün İnfazının da Durdurulması Talep Edilmiş Olmalıdır

Hükmün infazının durdurulması için mutlaka bir talep gerekir. Diğer bir ifade ile sonuçları ne kadar ağır olacak olursa olsun, bu yönde bir talep olmadıkça üst derece mahkemesi bu konuda resen bir karar veremez.

Hükmün infazının durdurulması, en erken kanun yoluna başvuru dilekçesiyle ya da bu başvuru görüşülürken talep edilebilir. Kanun yolu başvurusu olmadan sadece mahkeme hükmün infazının durdurulması amacıyla başvuruda bulunulamaz⁴⁷.

İstinaf veya temyiz dilekçesinde veya sonradan ayrı bir dilekçe ile bu aşamalarda, hükmün infazının durdurulması talep edildiğinde, talebin dayandığı gerekçelerin de ortaya konması gerekir.

Ne hükmün infazının durdurulmasının düzenlendiği İYUK m. 52'de ne de duruşmanın düzenlendiği İYUK m. 17 ve devamında herhangi bir sınırlama bulunmadığından, istinaf ve temyiz aşamalarında yapılacak duruşma sırasında da aynı talep dile getirilebilir.

Kanun koyucu İYUK'ta hükmün infazının durdurulması talebinin sadece bir defa yapılabileceğine ilişkin açık bir hüküm getirmemiştir. Herhangi bir sınırlama öngörülmemiş olması karşısında talep, kanun yolu aşamalarında birden fazla da yapılabilir. Hükmün infazının durdurulması için yapılan

⁴⁴ Kaplan, *İdari Yargı*, s. 448.

⁴⁵ Ulusoy, s. 252.

⁴⁶ Yenice / Esin, s. 737.

⁴⁷ Kaplan, *İdari Yargı*, s. 448; Karavelioğlu, s. 1612.

önceki talep yeterli delil gösterilmediği gerekçesiyle reddedilse dahi sonradan yapılacak talepte yeni deliller sunulabilir ve üst derece mahkemelerince infazın durdurulmasına karar verilebilir.

İYUK m. 52/4'de yer alan “*Temyiz ve istinaf incelemesi sırasında yürütmenin durdurulması istemleri hakkında verilen kararlar kesindir.*” şeklindeki hüküm gereği verilen kararlara karşı bir itiraz yolu yoktur. Verilen karara herhangi bir itiraz yolu bulunmamakla birlikte; karşı tarafın bu kararın kaldırılmasını, kararı veren üst derece mahkemesinden istemesi önünde de herhangi bir engelleyici hüküm bulunmamaktadır⁴⁸.

Fransız hukukunda kanun yolu aşamasında hükmün infazının durdurulması talebi, istinaf ya da temyiz başvurusunun ferisi niteliğinde kabul edilmektedir⁴⁹. İstinafta hükmün infazının durdurulması için öncelikle istinaf dilekçesinden ayrı bir dilekçeyle talepte bulunulmalı⁵⁰ ve istinaf dilekçesiyle birlikte bu dilekçe de mahkemeye sunulmalıdır. Bu kurala uyulmadan gerçekleştirilen talepler “kabul edilemezlik” kararına yol açar. (R. 811-17-1). İstinaf başvurusunda bulunulmadan, sadece ilk derece mahkemesi kararının infazının durdurulmasını talep etmek mümkün değildir⁵¹.

Fransız idari yargılama hukukunda, diğer yargısal başvurularda olduğu gibi temyiz başvurusunun da kural olarak durdurucu etkisi bulunmamaktadır. Ancak istinafta olduğu gibi temyizde de temyiz başvurusuyla birlikte ayrı bir dilekçe ile başvuruya konu hükmün infazının durdurulması talep edilebilir. (CJA, R. 821-5-1). Temyiz başvurusunun süresinde yapılmış olması şartıyla, temyize konu kararın infazının durdurulması, temyiz incelemesi devam ederken, sonradan da yapılabilir⁵².

Fransız hukukunda istinaf merciinin, hükmün infazının durdurulması talebine ilişkin verdiği karara karşı bu kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde temyiz yoluna başvurulabilir. (R. 811-19). CE, istinaf merciinin hükmün infazının durdurulması talebini reddeden kararı üzerinde sınırlı bir inceleme gerçekleştirmektedir⁵³. Ancak ret kararının gerekçesinin tam

⁴⁸ Yenice / Esin, s. 738.

⁴⁹ Gohin, s. 354

⁵⁰ Blanco bu durumu şekilciliğin kanıtı olarak nitelendirmektedir. Blanco, s. 717.

⁵¹ Broyelle, s. 338.

⁵² CE, 23 Haziran 2010, *Cne de Servais*, No. 339245, Aktaran, Ricci, s. 252.

⁵³ CE, 12 Mart 2007, *Min. Équipement*, Aktaran, Ricci, s. 249.

ve eksiksiz olması gerektiğine hükmetmektedir⁵⁴. Ayrıca esas incelemesini gerçekleştirecek olan istinaf mercii de daha önce verdiği infazın durdurulması kararını değiştirebilir⁵⁵. (R. 811-18). İstinafta olduğu gibi temyiz mercii de daha önce verdiği yürütmenin durdurulması kararını her zaman kaldırma yetkisine sahiptir. (CJA, R. 821-5).

B. Hükmün İnfazının Durdurulabilmesi İçin Talebin Geçerli Sebeplere Dayanması ve Haklılığı Konusunda İlk Bakışta Bir Kanaat Oluşması Gerekir

Üzerinde en çok tartışma olan husus, üst derece mahkemesinin esasa ilişkin hangi şartların varlığı halinde hükmün infazının durdurulmasına karar verebileceğidir.

İYUK m. 52’de esasa ilişkin şartlara yer verilmemesi bir yandan idare hukukunun içtihadı bir hukuk dalı olması ile bağdaşır ve bu niteliğini desteklerken bir yandan da mahkemelerin bu konuda karar verirken çekimser kalması tehlikesini barındırır. Bu nedenle konuya ilişkin açık bir kanuni düzenlemenin varlığının gerektiği söylenebilir⁵⁶.

Doktrinde konuyla ilgili çeşitli görüşler ileri sürülmüştür: Çağlayan, iptal hükmünün infazının durdurulması için de İYUK m. 27’de aranan şartların bulunması gerektiğini ifade etmektedir⁵⁷. Karavelioğlu ise, tek başına hükmün hukuka aykırı olmasının yeterli olacağı görüşündedir⁵⁸. Aslan’a göre de İYUK m. 27 ve m. 52 ayrımı karşısında 27. maddede öngörülen şartların kanun yolları aşamasında verilen hükmün infazının durdurulması kararları için aranmayacağı kabulü gerekir. Ancak yazara göre yine de iki şart aranmakta olup bunlardan ilki ilk derece mahkemesi kararının esastan incelenmesinde bozulma ihtimalinin yüksek olması; ikinci şart ise ilk derece mahkemesi kararının uygulanmasının ilgili taraf için giderilmesi güç veya

⁵⁴ CE, 6 Temmuz 2007, *Ville de Paris*, Aktaran, Ricci, s. 249.

⁵⁵ CE, 29 Kasım 2002, *Cté d’aggl. De Saint-Étienne-Métropole*, Rec., s. 421, Aktaran, Pacteau, s. 514.

⁵⁶ Kıratlı, yürütmenin hangi hallerde ve şartlarda durdurabileceğinin kanunda belirtilmemesinin memnuniyeti gerektiren bir durum olduğunu, kodifikasyonun birçok bakımdan gerekli ve yararlı olmakla birlikte içtihat hukukunun gelişmesini az çok sınırladığını, içtihat hukuku olan idare hukukunun kanunlaştırma nedeniyle zarar görmesinin ihtimal dışı olmadığını ifade etmiştir. Kıratlı, s. 195.

⁵⁷ Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 515.

⁵⁸ Karavelioğlu, s. 1612.

imkansız zararlar doğuracak olmasıdır⁵⁹. Son olarak Candan'a göre de üst derece mahkemesi idari yargılama hukukunun gereklerine uygun olarak bizzat kendi içtihatlarıyla oluşturduğu kimi koşullarla bağlıdır. Bu koşullar; kanun yolu başvurusuna (istinaf ve temyiz) konu edilen ilk derece yargı yerinin kararının hukuka aykırı görülmesi ve kararın uygulanması durumunda giderilmesi (telafisi) güç veya imkânsız zararların doğma olasılığının bulunmasıdır. Yine Candan'a göre İYUK m. 27'deki düzenlemeden farklı olarak bu koşullardan yalnızca birinin bulunması infazın durdurulmasına karar vermek için yeterlidir⁶⁰.

Kanaatimizce üst derece mahkemelerin hükmün infazının durdurulmasına karar verebilmesi için alt derece mahkemesi kararının esas bakımından hukuka aykırılığının ilk bakışta görülebilir olması ve dahası mahkeme kararının uygulanmasının idare için büyük zararlar doğurması ihtimalini taşıması gerekir. Büyük zararın ne olacağını tayin yetkisi her somut olayda talebi inceleyen üst derece mahkemesine aittir. Ancak örneğin bir idari işlemi iptal eden alt derece mahkemesi hükmünün hukuka aykırı olduğu kolayca görülebiliyor ve işlemin iptali nedeniyle icra edilememesi de kamu düzeninin bozulması sonucunu doğuruyorsa, üst derece mahkemesi alt derece mahkemesi hükmünün infazının durdurulmasına karar verebilmelidir.

Doktrinde hükmün infazının durdurulması genellikle iptal davalarına hasredilmekle birlikte tam yargı davalarında kullanılması önünde de herhangi bir engel bulunmamaktadır. Nitekim önceden de vurgulandığı üzere İYUK m. 27'de ve 52'de düzenlenen müesseseler birbirinden farklı olup ilki sadece idari işlemler için gündeme gelebilirken ikincisi İYUK m. 2'de sayılan bütün idari dava türleri için gündeme gelebilir. Bu kabul karşısında, açılan bir tam yargı davası sonucu hükmedilen tazminat miktarı çok yüksekse, alt derece mahkemesi kararının hukuka aykırı olduğu kolayca anlaşılabilir ve ileride tazminat talebinde haksız olduğu anlaşılan taraftan bu tazminatın geri alınamaması riski bulunuyorsa, üst derece mahkemesinin hükmün infazını durdurabilmesi gerekir.

Türk hukukunda İYUK m. 52'de yer alan düzenlemenin yetersizliğinin aksine Fransız hukukunda konu daha detaylı bir biçimde, istinaf ve temyiz kanun yollarında farklı usuller belirtilmek suretiyle, mevzuattaki yerini almıştır.

⁵⁹ Zehreddin Aslan, *İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması*, 2. Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul, 2001, s. 64 vd.

⁶⁰ Candan, s. 1250 vd.

1. Fransız İdari Yargılama Hukukunda İstinafta Hükümün İnfazının Durdurulması

Fransız idari yargılama hukukunda, istinaf aşamasında, ilk derece mahkemesi kararı aleyhine olan taraf için, bu kararın sonuçlarından kurtulmasına olanak sağlayan üç farklı hükümün infazının durdurulması usulü ve bu üç farklı usul için de farklı şartlar öngörülmüştür. Üç usulden ikisi istinafa başvuran ilk derece yargılamasının davalısına yani kural olarak idareye; biri ise ilk derece yargılamasında sıfatı ister davacı ister davalı olsun istinafa başvuran tüm taraflara yöneliktir⁶¹.

a. İlk derece yargılamasının davalısı tarafından başvurulabilecek usul

İlk derece yargılamasının davalısı olan tarafın aleyhine olan hükme karşı istinaf başvurusu sonucunda, başvuruya konu hükümün infazının durdurulması için iki farklı usul öngörülmüştür.

(1) İptal kararının infazının durdurulması

İlk derece mahkemesinde bir idari işlem veya idari sözleşme⁶² kısmen veya tamamen iptal edilmişse, istinafta talep edilmesi halinde bu hükümün infazı durdurulabilir. İptal davasının kabulü yönündeki ilk derece mahkemesi kararının istinaf başvurusuna konu edilerek infazının durdurulması talep edilen durumlarda, aciliyet veya telafisi güç zarar gibi şartlar öngörülmemiştir. Bu durumda infazın durdurulması kararı verilebilmesi için şu üç şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir: **1.** İstinafa başvuran tarafın ileri sürdüğü hususlar (hukuki nedenler ve ispat vasıtaları) ciddi görülmelidir. **2.** Bu hususlar istinafa konu iptal hükmünün kaldırılmasını haklı kılacak nitelikte olmalıdır. **3.** Bu hususlar ayrıca davaya konu idari işlemin iptali talebinin reddini haklı kılacak nitelikte olmalıdır. (CJA, art. R. 811-15).

Yukarıdaki üç şartın “birlikte” gerçekleşmesi halinde hükümün infazı durdurulur. Burada dikkat edilmesi gereken, idarenin istinaf başvurusunda ileri sürdüğü hususların ciddi ve ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasını haklı kılacak nitelikte olmasının infazın durdurulması kararı verilmesi için yeterli olmadığıdır. Bunların aynı zamanda ilk derecedeki davacının iptal talebinin reddini de haklı gösterecek nitelikte olması gerekir. Başka bir deyişle, istinaf mercii, istinafa başvuran tarafın ileri sürdüğü hususların, ilk

⁶¹ Broyelle, s. 338.

⁶² CE, 11 Mart 2009, *Sté Meuse Compost*, Aktaran, Ricci, s. 248.

derece hakimlerince ulaşılan çözümlü çürütecek nitelikte olup olmadığını da değerlendirmek zorundadır⁶³. Sonuç olarak istinafa başvuran tarafın, istinaf mercii, idari işlemin aslında iptal edilmemesi gerektiğine ikna etmesi halinde, hükmün infazının durdurulması kararı verilir⁶⁴. İlk derece mahkemesi hükmünün, örneğin, yürütülen usule ilişkin hususlar bakımından hatalı olması yeterli değildir. Aynı zamanda iptal davasının aslında reddedilmesi gerektiği de ortaya konmalıdır. Bu sebeple, istinaf mercii sadece başvuruya konu hükmün hukuka ve usule uygun olup olmadığını değil; aynı zamanda ilk derecede ileri sürülen hususların akıbetini de incelemek zorundadır⁶⁵.

İstinaf mercii, ilk derecede verilen iptal hükmünün infazını kısmen durdurarak iptal kararının geçmişe etkisini sınırlayabileceği de kabul edilmektedir. CJA, R. 811-15 maddesinde öngörülen şartlar tam olarak gerçekleşmemiş olsa bile iptal hükmünün geçmişe etkisi hukuki güvenliği ve kamu yararını ağır biçimde etkileyen sonuçlar ortaya çıkarıyorsa, istinaf mercii hükmün zaman bakımından etkisini düzenleyecek şekilde infazın kısmen durdurulması kararı verebilir⁶⁶.

(2) Davalının tazminat ödemeye mahkûm edildiği durumlarda infazın durdurulması

İstinafta infazın durdurulmasına ilişkin bir diğer durum, istinaf başvurusunda bulunan tarafın, bu başvurusunun olumlu sonuçlanması ihtimalinde, kendisine yüklenmemesi gereken bir miktar parayı kesin olarak kaybetme riskiyle karşı karşıya olmasıdır. (CJA, art. R. 811-16). İdarenin ilk derecede ödemeye mahkûm edildiği parayı ödemesi durumunda, daha sonra istinaf sonucu lehine olursa, idare tarafından ödenen paranın karşı tarafça iadesinin “kuşkulu” olduğu hallerde infazın durdurulması söz konusu olabilir⁶⁷. İstinaf başvurusunda bulunan tarafın istinaf mercii, istinafta başarı şansının yüksek olduğuna ikna etmesine gerek yoktur; istinaf sonucunun lehine olması durumunda ödemeye mahkûm edildiği parayı kesin olarak kaybetme riskini

⁶³ Mattias Guyomar / Bertrand Seiller, *Contentieux administratif*, 2. Baskı, Dalloz, 2012, s. 70.

⁶⁴ Broyelle, s. 339.

⁶⁵ Guyomar / Seiller, s. 70.

⁶⁶ CAA Paris, 11 Mayıs 2009, *min. du Travail, des Relations sociales, de la Famille, de la Solidarité et de la ville a. Et Unsa*, No. 370300, Aktaran, Bruno Bachini, “Modulation dans le temps et demande de sursis à exécution d’un jugement”, *AJDA*, 2009, s. 2066.

⁶⁷ Pacteau, s. 512-513.

ortaya koyması yeterlidir⁶⁸. Bu duruma, lehine tazminata hükmedilen tarafın iflas açıklaması ya da tasfiye sürecinde olması örnek gösterilebilir⁶⁹. Hüküm, borç ödemedi aciz durumda olan tarafa karşı ilk derece mahkemesi kararı sonucunda tüm riski üstlenmek zorunda kalan davalı tarafın haklarını koruma amacı taşımaktadır⁷⁰. “Mali erteleme” niteliğindeki bu özel usul, uygulamada, yüksek miktardaki tazminatlarda söz konusu olmaktadır⁷¹.

İlk derece yargılamasındaki davalının söz konusu riski ortaya koyması yeterli olsa da bu durum “otomatik” olarak infazın durdurulması kararı verilmesi sonucunu doğurmaz. Aleyhine başvuruda bulunulan tarafın göstereceği teminatlar ya da kefil teklifi, istinaf merciince dikkate alınmalıdır⁷².

Bu usul istisnai olarak iki özel hukuk kişinin karşılıklı taraf olduğu durumlarda da kullanılabilir. Ancak idareye karşı bu yola başvurmak mümkün değildir. Zira idare her zaman borcunu ödeyebilecek durumda kabul edilir⁷³.

Somut olaya göre bu usulde infazın kısmen durdurulması kararı verilmesi de mümkündür⁷⁴. Örneğin ilk derece mahkemesinde hükmedilen tazminatın yalnızca bir kısmı bakımından infazın durdurulması kararı verilebilir.

Fransız idari yargılama hukukunda, tahkikat ivedi yargılaması (référé-instruction)⁷⁵ ve ön ödeme ivedi yargılaması (référé-provision)⁷⁶ sonucunda da davalı taraf ivedi yargılama usulü hâkimi kararıyla borçlu duruma düşebilir ve bu karara karşı da kanun yoluna başvurulabilir. Bu iki durumda kanun yolu aşamasında infazın durdurulması kararının verilebilmesi farklı şartlara tabi tutulmuştur. Dolayısıyla bu durumlarda yukarıda belirtilen şartın

⁶⁸ Broyelle, s. 339.

⁶⁹ CE, 3 Şubat 1989, *Dpt du Haut-Rhin*, No. 102114, Aktaran, Broyelle, s. 339.

⁷⁰ Blanco, s. 718.

⁷¹ Blanco, s. 718.

⁷² CE, 22 Mart 1985, *Min. Urb. c/ SCI L'Empereur; Tab.*, Aktaran, Pacteau, s. 513.

⁷³ CE, 5 Haziran 1985, *Le Gos, Rec.*, p. 176; CE, 3 Temmuz 1985, *Bénétreau, Rec.*, s. 216, Aktaran, Pacteau, s. 512-513.

⁷⁴ CE, 18 Mayıs 1945, *Comp. gén. fr. des tramways, Rec.*, s. 101, Aktaran, Pacteau, s. 513.

⁷⁵ Bu usulde ivedi yargılama usulü hâkimi, öncesinde tesis edilmiş bir idari işlem olmasa bile, bilirkişi incelemesi ya da tahkikat için gerekli diğer tüm önlemleri almak üzere karar verebilmektedir. (CJA, R. 532-1).

⁷⁶ Bu usulde ivedi yargılama usulü hâkimi, esasa ilişkin bir talep olmasa bile, yükümlülüğün varlığı ciddi olarak itiraz edilebilir nitelikte değilse, alacaklı lehine bir ön ödemeye hükmedebilir. (CJA, R. 541-1).

gerçekleşmesi infazın durdurulması kararının verilmesi için yeterli değildir. İspat ivedi yargılaması (référé-instruction) sonucunda verilen hükmün kanun yolu incelemesinde infazının durdurulması için bu hükmün uygulanmasının kamu yararını ya da istinafa başvuran tarafın haklarını ağır biçimde zarara uğratması gerekir. (CJA, R. 533-2). Avans ivedi yargılaması (référé-provision) sonucunda verilen hükmün kanun yolu incelemesinde infazının durdurulması için ise bu hükmün infazı halinde telafisi güç sonuçların doğacak olması ve kanun yolu başvurusunda ileri sürülen hususların ciddi; başvuruya konu kararın kaldırılmasını ve ilk derecedeki talebin reddini haklı kılacak nitelikte görünmesi gerekmektedir. (CJA, R. 541-6).

b. İlk derece yargılamasının hem davacısı hem de davalısı tarafından başvurulabilecek usul

Yukarıdaki iki usulün dışında da istinafta hükmün infazının durdurulması kararı verilebilir. Bunun için “telafisi güç sonuçlar” ve “ileri sürülen hususların ciddiliği” şartlarının sağlanması gerekmektedir. Talepte bulunanın ileri sürdüğü hususlar istinaf merciince ciddi görülmelidir. Ayrıca istinafa konu hükmün infazı halinde telafisi güç sonuçlar doğacak olmalıdır. (CJA, R. 811-17). Örneğin para kaybı riski, telafisi güç sonuç olarak kabul edilmektedir⁷⁷. Yukarıda bahsedilen özel iki halin “tamamlayıcısı”⁷⁸ niteliğinde olan bu usule ilk derece yargılamasında sıfatı ister davacı ister davalı olsun istinaf talebinde bulunan taraflarca başvurulabilir.

Kural olarak ilk derecede alınan dava ret kararının infazının durdurulması mümkün değildir. Zira dava ret kararı, davacının dava açılmadan önceki hukuki durumunda herhangi bir değişiklik yapmaz. Kendi başına doğrudan bir etkisi olmayan ret kararı telafisi güç sonuç da doğurmaz⁷⁹. Ancak aksi halde, yani dava ret kararının davacının önceki hukuki durumunda değişiklik yaratması halinde, istinafta hükmün infazının durdurulması mümkündür⁸⁰. Örneğin

⁷⁷ Burada karşı taraf bir kamu tüzel kişisi de olsa parasal kayıp ihtimali telafisi güç sonuç şartını sağlamak için yeterli olabilmektedir. Örneğin CE bir uyuşmazlıkta, bir bucağın mali durumundaki bozukluğu dikkate almıştır. CE, 4 Kasım 2005, *Sté La Routière Guyanaise*, No. 274333, Aktaran, Broyelle, s. 339.

⁷⁸ Blanco, s. 718; Rouquette, s. 1129. Gohin bu usulü kanun yolları aşamasında yürütmenin durdurulmasının genel rejimi olarak nitelendirmektedir. Temyizde yürütmenin durdurulması rejiminde de aynı şartlar öngörülmüştür. Gohin diğer iki usulü yürütmenin durdurulmasının özel rejimleri olarak nitelendirmektedir. Gohin, s. 355-356.

⁷⁹ CE, 12 Ocak 2005, *Oukéo*, No. 254590, *Rec.* s. 16, Aktaran, Broyelle, s. 340.

⁸⁰ Ricci, s. 249; Guyomar / Seiller, s. 70; Broyelle, s. 340.

yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin idari işlemlere dava açıldığından, işlemin yürütmesi kendiliğinden durur. Bu sebeple dava reddedildiğinde davacının hukuki durumunda değişiklik olmaktadır. Dolayısıyla bu gibi hallerde ret kararının infazı durdurulabilir⁸¹.

Dava ret kararlarında, ilk derece yargılamasındaki davacının maruz kaldığı zarar sadece dolaylı olarak mahkeme kararından kaynaklanmaktadır. Örneğin iptal davasının reddinde, mahkeme idareye hak vermekte ve davacının menfaatini olumsuz etkileyen uyuşmazlık konusu işlemin etkilerini sürdürmesini sağlamaktadır⁸². Bu durumda yürütmenin durdurulması talebi mahkeme kararına değil; idari işleme yönelmelidir. CE bu durumda hükümün infazının durdurulması taleplerini reddetmektedir⁸³. Ancak idari işlemin yürütülmesini durdurma talebinde bulunmanın önünde bir engel yoktur. İstinaf aşamasında da yürütmeyi durdurucu ivedi yargılama usulüne (référé-suspension) başvurulabileceği kabul edilmektedir⁸⁴. Tek yargıyla karar verilen bu usul daha hızlı olmasının yanından aynı zamanda daha hafif şartlar gerektirmektedir. Buna göre istinafa başvuran davacının aciliyet durumunu ortaya koyması ve idari işlemin hukuka aykırı olduğuna ilişkin ciddi kuşku olması, davaya konu işlemin yürütmesinin durdurulması için yeterli olacaktır.

2. Fransız İdari Yargılama Hukukunda Temyizde Hükümün İnfazının Durdurulması

Fransız kanun koyucusu istinaftan farklı olarak temyizde farklı durumlar için farklı şartlar öngörmemiştir. Buna göre temyizde hükümün infazının durdurulması için hükümün uygulanmasının telafî güç sonuçlar doğuracak olması ve başvuruda bulunanın ileri sürdüğü hususların ciddi olması gerekir. (CJA, R. 821-5). İnfazın durdurulması kararının kısmi olarak verilebilmesi de mümkündür. Örneğin CE, tam yargı davasına ilişkin bir istinaf mahkemesi hükümünün infazını kısmen durdurmuştur⁸⁵. İstinafta olduğu gibi burada da temyiz mercii daha önce verdiği infazın durdurulması kararını her zaman

⁸¹ CAA Marseille, 6 Mart 2008, *Chanti*, Aktaran, Ricci, s. 249.

⁸² Broyelle, s. 340.

⁸³ CE, 12 Ocak 2005, *Oukéo*, No. 254590, *Rec.* s. 16; CE, 15 Mart 2006, *SCEA Les Escrivoles*, No. 277707, Aktaran, Broyelle, s. 340.

⁸⁴ CE, 18 Mayıs 2005, No. 275409, Aktaran, Broyelle, s. 340; CE, 29 Mart 2002, No. 244523, (Erişim Tarihi 1 Ekim 2020, İnternet: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT00008025542?isSuggest=true>)

⁸⁵ CE, 28 Mart 2007, *Lajoie, Tab.*, AJDA, 2007, s. 716.

kaldırma yetkisine sahiptir. (CJA, R. 821-5).

C. Hükümün İnfazının Durdurulması Kararı Karşı Tarafın Savunması Alınmadan Verilir

İYUK m. 27 uyarınca idari işlemin yürütülmesinin durdurulması talep edildiğinde, kural olarak mahkemenin bu konuda bir karar vermeden önce davalı idarenin savunmasını alması ya da savunma süresinin geçmesi gerekir. İYUK m. 52’de ise hükümün infazının durdurulması talebi halinde karşı tarafın savunmasının alınacağına dair herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Dahası İYUK m. 48/5’te yer alan⁸⁶ “Yürütmenin durdurulması isteği bulunan teyiz dilekçeleri, karşı tarafa tebliğ edilmeden dosya ile birlikte, yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verilmek üzere kararı veren bölge idare mahkemesince Danıştay Başkanlığına, Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak baktığı davalarda, görevli dairece konusuna göre İdari veya Vergi Dava Daireleri Kuruluna gönderilir. Danıştayda görevli daire veya kurul tarafından yürütmenin durdurulması istemi hakkında karar verildikten sonra tebligat bu daire veya kurulca yapılarak dosya tekemmül ettirilir.” şeklindeki hüküm de savunma alınmasının zorunlu olmadığını ortaya koymaktadır.

Hükümün infazının durdurulması istemleri halinde karşı tarafın savunmasının alınmamasının nedeni, kurumun istisnai nitelikte olmasından ve Anayasa ve İYUK uyarınca mahkeme kararlarının belirli bir süre içinde idarece yerine getirilmesi zorunluluğundan kaynaklanır. İYUK m. 28’e göre iptal ve tam yargı davalarında idarenin mahkeme kararlarının gereklerini en fazla 30 günlük bir süre içinde yerine getirmesi gerekir. Kanun yollarına başvurulmuş olması ise idarenin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Diğer bir ifade ile idare, kanun yollarına başvurduğu gerekçesiyle mahkeme kararının icaplarına uygun işlem tesis etmekten ve eylemleri yapmaktan ya da ödemeyi gerçekleştirmekten imtina edemez. Kanun’da düzenlenen 30 günlük sürenin kısalığı karşısında, hükümün infazının durdurulması taleplerinde karşı tarafın talep hakkında savunmasını almak, bu yola kamu düzeninin gerektirdiği zorunlu hallerde ve istisnai olarak gidilebileceği için, kurumdan beklenen faydanın alınmasına engel olacaktır. Ancak mevzuata savunmaya ilişkin bir hüküm getirilecek olursa, bu hükümle birlikte savunma süresi kısa tutulmalı ve üst derece mahkemesinin talep hakkındaki kararını savunma süresi de dahil 30 günlük süre içinde vereceğine yönelik bir düzenleme de getirilmelidir.

⁸⁶ Bu hüküm uyarınca karşı tarafın *cevapları alınmadan karar verilmesinin* hakkaniyete uymadığı ve karşı tarafın hak arama hürriyetini ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Derdiman, s. 327.

Fransız hukukunda ise çelişme ilkesinin bir gereği olarak karşı tarafın savunması alınmaksızın hükmün infazının durdurulmasına karar verilemez. Savunma süresinin ne kadar olacağı ve dilekçeler evresinin ne zaman sonlanacağı hâkim kararıyla belirlenebilmektedir. (CJA, R611-16 ve R611-19).

Ç. Hükmün İnfazının Durdurulması Kararı Gerekçeli Verilir

İdari işlemin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilecekse bu kararda gerekçe gösterilmesi zorunluluğu Anayasa'nın 125. maddesinde düzenlenmiştir. Ayrıca İYUK'un 27/2. fıkrasında da idari işlemin yürütülmesinin durdurulmasına karar verilebilmesi için mahkemenin gerekçe göstermesi gerektiği belirtilmiş; bununla da yetinilmeyerek fıkranın sonraki cümlelerinde *“Yürütmenin durdurulması kararlarında idari işlemin hangi gerekçelerle hukuka açıkça aykırı olduğu ve işlemin uygulanması halinde doğacak telafisi güç veya imkânsız zararların neler olduğunun belirtilmesi zorunludur”* hükmüne de yer verilmek suretiyle yasama tekniğine ne denli uygun olduğu tartışmalı bir düzenleme yapılarak yürütmenin durdurulması kararı verilmesi bir hayli zorlaştırılmıştır.

İYUK m. 52'de düzenlenen hükmün infazının durdurulmasında ise üst derece mahkemesinin karar verirken gerekçe göstermesi gerektiğine yönelik herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Her ne kadar Candan'a göre⁸⁷ Danıştay bu kararları gerekçeli yazmak zorunda olmadığı görüşündeyse de kişilerin hak ve menfaatlerine bir süre daha ulaşmalarına engel olacak bir kararın gerekçesiz verilebilmesini kabul etmek imkansızdır.

Üst derece mahkemelerinin önlerine gelen İYUK m. 52 kapsamındaki taleplerde ikinci başlıkta yer verilen şartların sağlandığına ilişkin gerekçeleri ortaya koymaları gerekir. Nitekim Anayasa'nın *“Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.”* şeklindeki 141. madde hükmü karşısında, hükmün infazının durdurulması kararları da gerekçeli verilmek zorundadır.

Fransız hukukunda ise mahkeme kararlarının gerekçeli olacağına ilişkin genel hükmün (CJA, L. 9) bir uzantısı olarak, hükmün infazının durdurulması talebine ilişkin verilecek kararların da gerekçeli olması gerekmektedir⁸⁸.

⁸⁷ Candan, s. 1251.

⁸⁸ CE, 6 Temmuz 2007, *Ville de Paris*, Aktaran, Ricci, s. 249.

D. Hükümün İnfazının Durdurulmasını İsteyen İdareden Teminat Alınmaz

Teminat, idari işlemin yürütmesinin veya hükmün infazının durdurulması dolayısıyla karşı tarafın uğrayabileceği zararları karşılamak amacıyla yönelik bir kurumdur⁸⁹. Her ne kadar İYUK m. 52/1’de hükmün infazının durdurulmasına teminat karşılığında karar verileceği ifade edilmişse de maddenin 3. fıkrasında “*İdareden ve adli yardımdan yararlananlardan teminat alınmaz.*” hükmü yer almaktadır.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, İYUK m. 52’deki düzenleme idarenin İYUK m. 28 uyarınca mahkeme kararlarının gereklerini yerine getirme yükümlülüğünü, kanun yolları aşamasında nihai karar verilinceye veya üst derece mahkemesi vermiş olduğu hükmün infazının durdurulması kararını kaldırıncaya kadar erteler. Diğer bir ifade ile belirttiğimiz istisnai hal hariç, esas olarak davalı idarenin kullanabileceği bir yoldur. İYUK m. 52/3. fıkrasında yer alan idareden teminat alınmaz hükmü karşısında, idarenin alt derece mahkemesi hükmünün infazının durdurulmasını istediği hallerde kendisinden teminat alınmayacaktır.

Tam yargı davalarında ise ilk derecede davacı lehine tazminata hükmedilmesi ancak istinafta bu kararın kaldırılarak davanın reddine karar verilmesi halinde davacı temyiz aşamasında istinaf mahkemesi kararının infazının durdurulmasını talep ettiğinde, diğer şartların da varlığı halinde ve teminat karşılığında hükmün infazının durdurulmasına karar verilebilecektir.

Fransız hukukunda ise hükmün infazının durdurulması için herhangi bir teminat şartının öngörülmediğini belirtmek gerekir.

III. HÜKMÜN İNFAZININ DURDURULMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

İdari işlemler ile mahkeme kararları, aksi ispat edilinceye kadar, hukuka uygun sayılır, yürütülür, infaz edilir ve bütün hukuki sonuçlarını doğurur⁹⁰.

İdare kanun yollarına başvurduğu gerekçesiyle yargı kararını uygulamaktan imtina edemez. Bu yükümlülük ancak kanun yolu aşamasında verilecek olan alt derece mahkemesi hükmünün infazının durdurulması ile, geçici bir süre, askıya alınabilir⁹¹.

⁸⁹ Yenice / Esin, s. 585.

⁹⁰ Gözübüyük / Tan, s. 931; Aslan, s. 64.

⁹¹ Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 1729.

İYUK m. 28 uyarınca idare tarafından icaplarına göre yerine getirilmesi gereken kararlar, dava konusu işlemin iptaline ve tazminat ödenmesine ilişkin olanlardır. İYUK m. 52 uyarınca infazı durdurulabilecek olanlar da yine bu kararlarıdır⁹².

Üst derece mahkemelerinden alınacak hükmün infazının durdurulmasına yönelik bir karar sayesinde idarenin, Anayasa m. 138 ve İYUK m. 28 uyarınca öngörülen yükümlülüğü geçici bir süre için duracak; bu sayede idare, iptal edilen işlemle aynı minvalde bir işlem tesis edebilecek veya aleyhine hükmolunan tazminatı ödemekten kurtulacaktır.

İYUK m. 52’de temyiz ve istinaf aşamasında temyiz ve istinafa konu mahkeme kararının ne kadar bir süre için infazının duracağına yönelik bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Hükmün infazını durduran kararın temyiz veya istinaf başvurusunun karara bağlanmasına kadar geçerli olması gerekir⁹³. Ancak infazın durdurulmasına karar veren üst yargı mercii, talep üzerine, verdiği kararı kanun yolu aşaması tamamlanmadan da kaldırabilir.

Hükmün infazının durdurulması kararının hukuki sonuçları açısından belirsizlik esasen iptal davalarında kendini gösterir. Üst derece mahkemesi iptal hükmünün infazının durdurulmasına karar verirse ne olacak, iptal edilen işlem en başından hukuka uygun hale mi gelecek yoksa iptal edilen işlem hukuk aleminden silinmiş olduğu için idare aynı minvalde yeni bir işlem yapabilme imkanına mı kavuşacaktır?

İYUK m. 52’de hükmün infazının durdurulmasına karar verilmesinin iptal davasına konu idari işleme ne şekilde etki edeceğine dair herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Temyiz merci olarak baktığı davalarda İYUK m. 52 hükmünü uygulayan Danıştay’ın da bu konuda bir açıklamasının olmadığı not edilmektedir⁹⁴.

Doktrinde Aslan, ilk derece mahkemesi idari işlemi iptal etmiş olsa bile iptal hükmünün infazının durdurulmasına karar verilmişse işlemin tekrar canlanacağını, uygulanabilir hale geleceğini ifade etmektedir⁹⁵. Ancak kanaatimizce, mahkemenin iptal hükmü ile idari işlem geriye etkili bir biçimde tesis edildiği andan itibaren hukuk aleminden silinmiş olduğundan hükmün

⁹² Candan, s. 1248.

⁹³ Yenice / Esin, s. 738; Karavelioğlu, s. 1615.

⁹⁴ Candan, *İtiraz ve Temyiz Başvuruları*, s. 559.

⁹⁵ Aslan, s. 64.

infazının durdurulması ile iptal edilen idari işlemin yeniden canlanması mümkün olmayacaktır. Kaldı ki hükmün infazının durdurulması kararlarının iptal veya idari işlemin yürütülmesinin durdurulması kararları gibi geçmişe etkili olarak sonuç doğuracağına ilişkin bir kanun hükmü veya yerleşik mahkeme içtihadı bulunmamaktadır. Ancak hükmün infazının durdurulması ile infazı durdurulan iptal hükmünün hukuki etkisi de duracağından, idare iptal edilen işlemle aynı mahiyette yeni bir işlem tesis edebilecektir. İkinci işleme karşı açılacak bir iptal davasında ise üst mahkemenin hükmün infazının durdurulmasına yönelik olarak verdiği kararı, işlemde başkaca bir hukuka aykırılık yoksa, işlemin iptaline engel olacaktır. Benzer görüşte olan Candan'a göre de iptal kararı idari işlemin yapıldığı tarihten geçerli olmak üzere hukuk düzeninden kaldırılması, hiç doğmamış sayılması sonucunu doğurur. Üst derece mahkemesince verilen infazın durdurulmasına dair kararlar, iptal kararının bu sonucuna etki yapmazlar. İnfazı durdurulan kararlar iptal olunan idari işlem, infazın durdurulması kararı ile yeniden varlık kazanamaz. İdare de varlık kazanamayan idari işlemi, üst derece mahkemesinin vermiş olduğu hükmün infazının durdurulması kararına rağmen uygulayamaz⁹⁶. Bu açıdan, kanun yolu başvurusuna konu edilen alt derece mahkemesi kararının üst derece mahkemesince infazının durdurulmasının etkisi, yalnızca idareyi hükmün infazı yükümlülüğünden geçici olarak kurtarmaktan ibarettir. Üst derece mahkemelerinin verdikleri hükmün infazının durdurulması kararlarının, iptal edilen idari işlemlere geçici bir süre için de olası yeniden varlık kazandırması, İYUK'a bu yönde bir hüküm konmasına bağlıdır⁹⁷.

Tam yargı davalarına gelince; yapılan yargılama sonucu idare tazminata mahkûm edilmiş ve bu tazminatı da davacıya ödemişse ancak idare kanun yollarına başvurduğunda tazminat hükmünün infazının durdurulmasını da istemiş ve üst mahkemece bu talep kabul edilmişse artık davacıya ödenen tazminatın idareye iadesi gerekecektir.

Fransız hukukunda ise durum daha farklıdır. CE, 2017 yılında verdiği bir kararda ilk derece mahkemesinin iptal kararının istinaf merciince infazının durdurulması halinde ne gibi hukuki sonuçlar doğacağını belirlemiştir⁹⁸. İstinaf merciince hükmün infazı durdurulduğunda, nihai karar verilene dek

⁹⁶ Ancak uygulamada üst yargı yerince verilen yürütmenin durdurulması kararlarının, bu sonucu sağladığının kabul edildiği de ifade edilmektedir. Candan, s. 1252.

⁹⁷ Candan, s. 1252.

⁹⁸ CE, 7 Haziran 2017, *Société Margo Cinéma*, No. 404480; Marie-Christine de Montecler, "Effets du sursis à exécution d'un jugement d'annulation", *AJDA*, 2017, s. 1201.

istinafa konu ilk derece mahkemesi hükmünün uygulanmasına yönelik önceden tesis edilmiş olan işlemler etkisini yitirir. İlk derecede iptal edilen idari işlem ise yeniden yürütülebilir niteliğe kavuşur. Hükümün infazının durdurulması kararı verilen uyuşmazlıklarda, istinaf mercii nihai kararında ilk derecede alınan iptal kararını kaldırırca, davaya konu idari işlem artık hukuk düzeninde yeniden yerini alır; daha önce iptal kararını yerine getirmek üzere tesis edilen işlemlerin ise yürürlükten kalkmasına yol açar. İstinaf merciinin iptal kararına karşı yapılan istinaf başvurusunu reddetmesi halinde ise iptal kararı yeniden yürütülebilir hale gelir; bu kararın uygulanmasına yönelik olarak daha önceden tesis edilen işlemler de yeniden etki göstermeye başlar.

SONUÇ

Hükümün infazının durdurulmasını düzenleyen İYUK m. 52, yetersiz bir hükümdür. İYUK m. 52'deki düzenlemeden sadece ilk derece yargılamasındaki davalı idarenin yararlanabileceğine, davacının yararlanamayacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmasa da hüküm bu haliyle, kural olarak, idarenin başvurabileceği bir yol gibi görünmektedir. Zira iptal davasının reddi kararında davacının üst mahkemeden talebi ret kararının değil; davaya konu idari işlemin yürütmesinin durdurulması olacaktır. Tam yargı davalarında ise davacı açısından mahkeme kararı ile ortaya konmuş bir hakkın varlığından söz edilemeyeceğinden; tazminat talebi reddedilen davacının İYUK m. 52'deki düzenlemeden yararlanarak ret hükmünün infazının durdurulmasını isteyebilmesi mümkün görünmemektedir. Tam yargı davalarında bu konuda istisna olabilecek husus, ilk derecede davacı lehine tazminata hükmedilmesi, istinafta ise bu kararın kaldırılarak davanın reddi kararı verilmesidir. Bu durumda davacı, temyiz aşamasında istinaf mahkemesi kararının infazının durdurulmasını talep ederek, ilk derecedeki karar neticesinde elde ettiği tazminat hakkının idareye iadesini temyiz incelemesi sonuna dek erteleme imkanına kavuşabilir.

Alt derecede yargılanıp haklı çıkmış tarafın (davacının) hakkına bir süre daha kavuşamaması sonucunu doğurabilecek nitelikte olduğundan istisnai bir yol olarak kabul edilmesi gereken bu düzenlemede esasa ilişkin genel şartlar öngörülmemiştir. Ancak kuşkusuz idarenin bu yola her başvurduğunda üst mahkemelerin alt derece mahkemesi hükmünün infazının durdurulmasına karar verememesi gerekir. Kanaatimizce üst derece mahkemelerinin hükümün infazının durdurulmasına karar vermesi için alt derece mahkemesi kararının esas bakımından hukuka aykırılığının ilk bakışta görülebilir olması ve dahası mahkeme kararının uygulanmasının büyük zararlar doğurması ihtimalini

taşıması gerekir. Ancak bu şartların gerçekleşmesi halinde hükmün infazının durdurulması kararı verilebilmelidir.

İYUK m. 52 düzenlemesinde, hükmün infazının durdurulmasının hukuki sonuçları da düzenlenmemiştir. Kanaatimizce iptal hükmünün infazının durdurulması kararı, davaya konu idari işlemi canlandırmayacaktır. Bu karar yalnızca idareyi hükmün infazı yükümlülüğünden geçici olarak kurtarır.

İYUK m. 52 hükmü daha detaylı ve açık bir biçimde, istinaf ve temyiz kanun yollarının farklılıkları gözetilerek, bu yola başvurabilecek taraflar ve hükmün iptal veya tazminat hükmü olması da göz önünde bulundurularak yeniden düzenlenmeye muhtaçtır.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz B / Sezginer M / Kaya C, *Açıklamalı – İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- Aral K, *Danıştay Muhakeme Usulü*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1965.
- Aslan Z, *İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması*, 2. Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul, 2001.
- Azgun F, *Gerekçeli Yeni Danıştay Kanunu ve Önemli İçtihatlarla İdari Yargılama Usul ve Esasları*, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1965.
- Bachini B, “Modulation dans le temps et demande de sursis à exécution d’un jugement”, *AJDA*, 2009, s. 2066.
- Blanco F, *Contentieux administratif*, PUF, 2019.
- Broyelle C, *Contentieux administratif*, 5. Baskı, LGDJ, Paris, 2017.
- Candan T, “İtiraz ve Temyiz Başvuruları Dolayısıyla Verilen Yürütmenin Durdurulması Kararlarının İptal Davasına Konu İdari İşlemin Yürütülebilirliği Üzerinde Etkileri”, *Ankara Barosu Dergisi*, (4), 1992, s. 558-570. (İtiraz ve Temyiz Başvuruları).
- Candan T, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Çağlayan R, *İdari Yargılama Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Çağlayan R, *İdari Yargı Kararlarına Karşı Başvuru Yolları (Fransa-Türkiye: Mukayeseli Bir Deneme)*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017.
- Derdiman C, *İdari Yargının Genel Esasları*, 3. Baskı, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa, 2014.
- Duran L, *Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması*, Türk Hukuk Kurumu Yayınları, Ankara, 1966, s. 42, (Konuşma).
- Gohin O, *Contentieux administratif*, 6. Baskı, Lexis Nexis, 2009.
- Gözübüyük Ş / Tan T, *İdare Hukuku Cilt. II, İdari Yargılama Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- Guyomar M / Seiller B, *Contentieux administratif*, 2. Baskı, Dalloz, 2012.

- Kaplan G, *İdari Yargılama Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2016. (İdari Yargı).
- Kaplan G, *Fransız İdari Yargılama Hukukunda Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2016.
- Karahanoğulları O, *İdari Yargı, İdarenin Hukuka Zorlanması (Yargı kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- Karavelioğlu C, *Açıklamalı, İçtihatlı ve İstinaf Kurumuyla İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Kıratlı M, “Yürütmenin Durdurulması”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 21(4), 1966, s. 173-196.
- Lei M, *Le principe principe de l'aabsence d'effet ssuspensif des recours recours contentieux en droit administratif*, Université de Toulon, 2018.
- Montecler M.C, “Effets du sursis à exécution d'un jugement d'annulation”, *AJDA*, 2017, s. 1201.
- Özay İ. H, *Devlet, İdari Rejim ve Yargısal Korunma*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986.
- Pacteau B, *Traité de contentieux administratif*, Presses Universitaire de France, 2008.
- Ricci J-C, *Contentieux administratif*, 5. Baskı, Hachette, 2016.
- Rouquette R, *Petit traité du procès administratif*, 8. Baskı, Dalloz, 2018.
- Sarıca R, “Tehiri İcra”, in. *Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması*, Türk Hukuk Kurumu Yayınları, Ankara, 1966, s. 26-30.
- Tekinsoy A, *İdari Yargılama Hukukunda Yürütmenin Durdurulması*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2013.
- Türkoğlu Üstün K / Uçar İ, “Fransız ve Alman İdari Yargılama Usulünde İstinaf İncelemesinin Kapsam ve Sınırları”, *Danıştay Dergisi*, 151, 2019, s. 95-150.
- Uler Y, *İptal Kararlarının Sonuçları*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.
- Ulusoy A, *İdari Yargılama Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Yenice K / Esin Y, *Açıklamalı – İçtihatlı – Notlu İdari Yargılama Usulü*, Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983.

1876'DAN 2017'YE DEVLET BAŞKANLARININ ANAYASAL GÜÇLERİ

Özhan DEMİRKOL*
M. Balkan DEMİRDAL**

ÖZET

Türkiye'de yasama-yürütme ilişkileri literatürde önemli bir çalışma konusu olmuştur. Ancak bu hususu karşılaştırmalı bir şekilde inceleyemeye yönelik sayısal veri sağlayan çalışma bulunmamaktadır. Bu çalışma Krouwel'in Başkanlık-Parlamentarizm Ölçeğini 1876'dan 2017'ye dek Anayasal gelişmeleri kapsayacak şekilde uyarlamıştır. Çalışma kapsamında hükümet sistemlerinin temel özelliklerine değinilmiş ve hükümet sistemlerini sınıflandırmakta kullanılan başkanlık gücü ölçeklerine dair bir literatür taraması yürütülmüştür. Bir sonraki aşamada Krouwel'in Başkanlık-Parlamentarizm Ölçeği literatürde sıklıkla kullanılan diğer ölçeklerde mevcut bulunan kriterler ve Türk Anayasal gelişmelerine uygun olarak uyarlanmıştır. Çalışma sonucunda 2017 Anayasa değişikliği sonrasında devlet başkanının gücünün neredeyse 1876 Anayasasınca belirtilen devlet başkanı güçlerine sahip olduğu bulunmuştur.

Anahtar Kelimeler: Devlet başkanı, başkanlık gücü endeksi, başkanlık-parlamentarizm ölçeği, Osmanlı İmparatorluğu, Türkiye Cumhuriyeti

CONSTITUTIONAL POWERS OF HEADS OF STATE FROM 1876 TO 2017

ABSTRACT

The relationship between legislative and executive has been an important subject of academic studies. However, we have not found any studies to provide numerical data for comparative analysis. This study is an attempt to increase the validity of Krouwel's 'Presidentialism-Parliamentarism Scale' to explain the developments in presidential powers between 1876 and 2017 in Turkey. Within this context, we dealt with the basic characteristics of governmental systems and provided a review of the literature on presidential powers. Next, we adopted the criteria used in different studies on

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Niğde Ömer Halisdemir Üniversitesi, İİBF, Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Bölümü, Siyaset ve Sosyal Bilimler ABD/ NİĞDE, e-posta: ozhandem@gmail.com
ORCID: 0000-0002-0244-4129

** **Dr. Öğr. Üyesi,** Niğde Ömer Halisdemir Üniversitesi, İİBF, Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri ABD/NİĞDE, e-posta: mbalkan@ohu.edu.tr
ORCID: 0000-0002-9277-2600

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1116449

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 14/09/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 09/02/2022

presidential power indices to provide an accurate picture of the development of presidential powers in Turkey between 1876 and 2017. Our analysis revealed that the president of Turkish Republic in Turkey nearly held the powers of the Ottoman Rulers in 1876.

Keywords: *Head of state, presidential power index, presidentialism-parliamentarism scale, Ottoman Empire, Republic of Turkey*

GİRİŞ

16 Nisan 2017 yılında gerçekleşen halk oylaması sonrasında yürürlüğe giren anayasa değişikliğiyle ‘Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi’ ya da ‘Türk tipi başkanlık sistemi’ olarak adlandırılan başkanlık sistemine geçilmiştir. Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi siyasi gücün tek elde toplanması, kontrol ve denge mekanizmalarının göz ardı edilmesi gibi çeşitli eleştirilere uğramıştır¹. Öyle ki ‘parlamentar sisteme dönüş’ ve ‘güçlendirilmiş parlamenter sistemin’ kurulması konuları 2020 sonu itibariyle tüm muhalefet partileri tarafından dile getirilmektedir².

‘Türk tipi başkanlık sistemi’ ya da ‘Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi’ gibi Türk hükümet sistemini tanımlamak için kullanılan kavramların çokluğu hükümet sistemlerinin sınıflandırılmasındaki genel zorluktan kaynaklanmaktadır. Karşılaştırmalı politika alanında egemen yaklaşım, kuvvetler ayrılığına dayanan dört ana hükümet sistemi tipi olan başkanlık, yarı-başkanlık, parlamenter ve meclis hükümet sistemlerinin temel özelliklerinin tanımlanması ve farklı ülkelerdeki hükümet sistemlerinin bu ideal tiplerin özelliklerine referansla değerlendirilmesidir. 1980’lerin sonunda komünist rejimlerin yıkılması sonrasında farklı kurumsal özelliklere sahip çok sayıda demokratik rejimin ortaya çıkması, bu rejimlerdeki yasama-yürütme ilişkileri çeşitliliğinin dört ideal tip etrafında incelenmesini zorlaştırmıştır. Bu nedenle gittikçe artan sayıda çalışma, farklı ülkelerdeki yasama-yürütme ilişkilerini sayısal kriterlere dayanarak karşılaştırmaktadır. Yasama-yürütme ilişkileri açısından hükümet sistemlerini sınıflandırmaya yönelik araştırmaların bir

¹ Referandum öncesi cumhurbaşkanlığı sistemi lehine ve aleyhine iddialar için bkz. Berk Esen / Şebnem Gümüşçü, “A Small Yes for Presidentialism: The Turkish Constitutional Referendum of April 2017”, *South European Society and Politics*, 22(3), 2017, s. 306–313.

² Murat Sevinç, “Güçlendirilmiş” Parlamenter Sistem Ne Demek?”, *Diken*, 16 Ağustos 2020, <<http://www.diken.com.tr/guclendirilmis-parlamenter-sistem-ne-demek/>> Erişim Tarihi 03 Aralık 2020.

bölümü devlet başkanlarının formel gücünü ‘başkanlık gücü endeksleri’ (*presidential power index*) kullanarak incelemişlerdir³. Diğerleri ise meclise odaklanmışlar ve yürütmeye kıyasla yasama organının gücünü ölçmek için çeşitli ‘parlamento gücü endeksleri’ (*parliamentary powers index*) geliştirmişlerdir⁴. Yaklaşık 30 yıldır bu alandaki gelişmelere rağmen endeksler yoluyla yasama-yürütme ilişkilerinin değerlendirilmesi Türk akademisyenler tarafından tercih edilen bir metot olmamıştır⁵.

Türkiye’de yasama-yürütme ilişkilerini ve cumhurbaşkanının yetkilerini inceleyen geniş ve kapsamlı bir literatür bulunmaktadır. Başgil, Arsel, Aldıkaçtı, Kuzu, Özbudun, Tanör, Gözler ve Anayurt Osmanlı İmparatorluğu’ndan günümüze değişen Türk anayasalarında yasama ve yürütme ilişkileri hakkında önemli çalışmalar yürütmüştür⁶. Ayrıca kimi araştırmacılar Türkiye’de cumhurbaşkanının gücü konusunda önemli katkılar sağlamıştır⁷. Türk cumhurbaşkanlarının yetkileri konusundaki kapsamlı bu çalışmaların yanı sıra kimi çalışmalar Türkiye’de yasama-yürütme ilişkilerini karşılaştırmalı bir şekilde incelemiştir⁸. Karşılaştırmalı çalışmalardaki ana

³ Başkanlık gücü endeksleri ile ilgili kapsamlı bir literatür taraması için bkz. David Doyle, “Measuring Presidential and Prime Ministerial Power”, Rudy B Andeweg vd. (Ed.), *The Oxford Handbook of Political Executives*, Oxford University Press, 2020, s. 731-741.

⁴ Parlamento gücü endeksleri konusunda örnek çalışmalar için bkz. M Steven Fish / Matthew Kroenig, *The Handbook of National Legislatures: A Global Survey*, Cambridge University Press, 2009; Lisa von Trapp, “Benchmarks and Self-Assessment Frameworks for Parliaments”, Mitchell O’Brien / Rick Staphenurst / Lisa von Trapp (Ed.), *Benchmarking and Self-Assessment for Parliaments*, The World Bank, 2016, s. 7-60.

⁵ Başkanların yetkilerine ve başkanlık sistemlerinin sınıflandırılmasına dair Türk akademisyenlerce yürütülen kimi önemli çalışmalar için bkz. Şule Özsoy Boyunsuz, *Dünyada Başkanlık Sistemleri*, İmge Kitabevi, 2017; Ahmet Ekinci, *Yükselen Bir Hükümet Sistemi Tercihini Olarak Tek Başlı Karma Hükümet Sistemleri*, Yetkin Yayınevi, 2020.

⁶ Bu konudaki kimi önemli çalışmalar için bkz. Ali Fuat Başgil, *Esas Teşkilat Hukuku*, Baha Matbaası, 1960; İlhan Arsel, *Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları*, Mars Matbaası, 1965; Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, Fakülteler Matbaası, 1970; Burhan Kuzu, *Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Güçlendirilmesi Eğilimi*, Filiz Kitabevi, 1987; Ergun Özbudun, *1921 Anayasası*, Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, 1992; Ergun Özbudun, *1924 Anayasası*, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınevi, 2011; Bülent Tanör, *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri*, Yapı Kredi Yayınları, 2007; Bülent Tanör, *Anayasal Gelişme Tezleri*, Yapı Kredi Yayınları, 2008; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Bası, Ekin Yayınevi, 2018; Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, Seçkin Yayıncılık, 2018.

⁷ Bu konuda önemli bir çalışma için bkz. Salih Önder, *Türk Parlamenter Sisteminde Cumhurbaşkanının Rolü*, Turhan Kitabevi, 2007.

⁸ Bu konuda kimi örnekler için bkz. Murat Sezginer, “Güçlü Yürütme Anlayışı ve Türki-

yaklaşım yarı-başkanlık ve başkanlık tipi hükümet sistemlerinin ideal örnekleri olarak kabul edilen Fransa ve ABD'ye kıyasla Türkiye'de değişen yasama-yürütme ilişkilerinin incelenmesidir. Bu yaklaşımın sonucunda karşılaştırılan ülke sayısı iki ila dört arasında değişmektedir. Başkanlık gücü endeksi kullanılarak devlet başkanlarının güçlerinin sayısallaştırılması, çok daha fazla ülke arasında karşılaştırma yapılmasını ve karşılaştırmalarda sistematik bir yaklaşım izlenilmesini sağlamaktadır. Ancak Siaroff'un çalışması dışında Türk devlet başkanlarının resmi güçlerini sayısallaştırmaya yönelik bir çalışmaya rastlanmamıştır⁹.

Başkanlık gücü endekslerini incelemeye değer kılan üç neden bulunmaktadır. Öncelikle, Türkiye'de devlet başkanının gücünün değişiminin sayısal olarak incelenmesi en başta hükümet sistemlerinin demokrasi üzerindeki etkisi konusundaki tartışmalara ampirik veri sağlayacaktır. Muhalefet partileri ve kimi araştırmacılar Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin Türkiye'nin otoriterleşmesine neden olacağını iddia etmektedirler¹⁰. Bu iddiaların ampirik olarak araştırılması için demokrasi endekslerine benzer bir şekilde başkanlık gücü endeksi kullanılabilir. İkinci olarak, Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemini savunan siyaset bilimciler genellikle bu sistemin siyasal istikrarı sağlayacağını iddia etmektedirler¹¹. Ancak bu iddiaların ampirik veriler kullanarak test edilmesi gerekmektedir. Dahası, iddiaların başkanlık-parlamenter sistem ikiciliği kapsamında tartışan bu çalışmalar aynı hükümet sistemi içinde devlet başkanının gücünün artırılıp azaltılabileceğini göz ardı etmektedirler. Son olarak devlet başkanının gücü, parti sistemi, demokratik rejime destek gibi çeşitli bağımlı değişkenleri etkileyebilir. Örneğin başkanlık gücü endeksleri, hükümet sistemlerinin parti sistemi üzerindeki etkilerinin

ye'deki Görünümü", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(1), 1990, s. 67-93; Hüseyin Gül / İhsan Kamalak / Songül Sallan Gül, "Amerikan Başkanlık ve Fransız Yarı-Başkanlık Sistemleri Işığında Türkiye'nin Yeni Cumhurbaşkanlığı Hükümeti Sistemi", *Strategic Public Management Journal*, 3, 2017, s. 101-120; Mehmet Merdan Hekimoğlu, *Anayasa Hukukunda Karşılaştırmalı 'Demokratik Hükümet Sistemleri' ve Türkiye*, Detay Yayıncılık, 2009.

⁹ Alan Siaroff, "Comparative Presidencies: The Inadequacy of the Presidential, Semi-Presidential and Parliamentary Distinction", *European Journal of Political Research*, 42(3), 2003, s. 302.

¹⁰ Bu araştırmacılara bir örnek olarak bkz. Esen / Gümüüşü, s. 320.

¹¹ Bu iddiaya dair örnek bir çalışma için bkz. Doğan Kılınç, "Türkiye'de Bitmeyen Tartışma: Hükümet Sistemi Üzerine Değerlendirmeler", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20(1), 2016, s. 447.

incelenmesi için kullanılmaktadır¹². Başkanlık gücü demokratik rejimlere olan desteği etkileyebilir, oy verme davranışlarında oynaklığı artırabilir, hükümet kurma süresini etkileyebilir, ya da vatandaşların hükümete dair algılarını şekillendirebilir¹³. Dolayısıyla Türkiye’de hükümet sistemi değişikliğinin çeşitli bağımlı değişkenler üzerindeki etkisinin belirlenebilmesi ve bu etkinin diğer ülkelerle karşılaştırılabilmesi için öncelikle cumhurbaşkanının gücüne dair bir ölçüt geliştirilmesi lazımdır.

Bu çalışma Türkiye’de yasama-yürütme ve hükümet sistemleri konularında yapılan çalışmalarca henüz ele alınmamış olan başkanlık gücü endeksleri konusunda bilgi sunmayı ve bu endekslerden biri olan Krouwel’in “Başkanlık-Parlamentarizm Ölçeğini” uyarlayarak Osmanlı İmparatorluğu’ndan günümüze devlet başkanlarının zaman içinde değişen gücünü karşılaştırmayı amaçlamaktadır¹⁴. Bu doğrultuda ilk olarak hükümet sistemlerinin temel özellikleri anlatılacak, sonrasında ise başkanlık gücü endeksleri üzerine bir literatür taraması yürütülecektir. Son olarak Krouwel tarafından geliştirilmiş başkanlık-parlamentarizm ölçeği Türk anayasal gelişmelerine uyarlanarak 1876’dan 2017’ye devlet başkanlığı makamının zaman içinde değişen anayasal yetkileri incelenecektir.

I. HÜKÜMET SİSTEMİ TÜRLERİ VE ÖZELLİKLERİ

Ülkeler arasındaki yasama-yürütme ilişkilerindeki çeşitlilik nedeniyle bütün ülkeleri kapsayacak şekilde hükümet sistemi sınıflandırması yapmak oldukça güçtür. Yine de siyaset bilimciler arasında ideal hükümet sistemi

¹² Bu konudaki örnek çalışmalar için bkz. Terry D Clark / Jill N Wittrock, “Presidentialism and the Effect of Electoral Law in Postcommunist Systems: Regime Type Matters”, *Comparative Political Studies*, 38(2), 2005, s. 171-88; Allen Hicken / Heather Stoll, “Electoral Rules and the Size of the Prize: How Political Institutions Shape Presidential Party Systems”, *Journal of Politics*, 70(4), 2008, s. 1109-1127.

¹³ Bu bulgulara dair çalışmalar için bkz. Shane P Singh / Ryan E Carlin, “Happy Medium, Happy Citizens: Presidential Power and Democratic Regime Support”, *Political Research Quarterly*, 68(1), 2015, s. 3-17; Josephine T Andrews / Richard L Bairrett, “Institutions and the Stabilization of Party Systems in the New Democracies of Central and Eastern Europe”, *Electoral Studies*, 33, 2014, s. 307-321; Lee Savage, “How and When Do Presidents Influence the Duration of Coalition Bargaining in Semi-Presidential Systems?”, *European Journal of Political Research*, 57(2), 2018, s. 308-332; Stephen Whitefield, “Mind the Representation Gap: Explaining Differences in Public Views of Representation in Postcommunist Democracies”, *Comparative Political Studies*, 39(6), 2006, s. 733-758.

¹⁴ Başkanlık-parlamentarizm ölçeği hakkında detaylı bilgi için bkz. André Krouwel, “Measuring Presidentialism and Parliamentarism: An Application to Central and East European Countries”, *Acta Politica*, 38(4), 2003, s. 333-364.

tipleri ve bu tiplerin temel özellikleri konusunda görece bir uzlaşma mevcuttur. Önceleri başkanlık sistemi ile parlamenter sistem olarak ikiye ayrılan hükümet sistemleri Duverger'in yarı-başkanlık sistemi kavramını işlevselleştirmesi ile birlikte üç ideal hükümet türü etrafında incelenmeye başlamıştır¹⁵. Üçüncü demokrasi dalgası sonrasında yeni demokrasilerdeki yasama-yürütme ilişkilerinde yaşanan çeşitlilik, siyaset bilimcileri bu çeşitlilik içindeki ortak noktaları esas alarak üç ideal hükümet sistemi türünün en temel özelliklerini belirlemeye yöneltmiştir¹⁶.

Literatürde hükümet sistemlerini sınıflandırmada kullanılan temel boyutlar birbirine benzemektedir. Sartori devlet başkanının seçim yöntemi ve yürütme gücünün odağı boyutlarına dayanarak başkanlık ve parlamenter hükümet sistemlerini ayırt etmiştir¹⁷. Aynı boyutları kabul eden Mainwaring, devlet başkanının görevden alınması hususunda meclisin yetkisine de değinmiştir¹⁸. Lijphart kuvvetler ayrılığı/birliği, meclisin güvenoyu yetkisi ve yürütme gücünün kolektifliği boyutlarını kullanmıştır¹⁹. Stepan ve Skach yürütmenin gücünün meclise bağlılığı ve yürütmenin seçimleri yenileyebilmesi boyutlarını kullanmıştır²⁰. Özetle, yürütmenin yasamadan bağımsız bir şekilde seçilmesi, varlığını sürdürebilmesi ve güçler ayrılığı boyutları kullanılarak hükümet sistemleri sınıflandırılmıştır²¹.

Saf haliyle başkanlık sistemi, devlet başkanının yürütme organının başı

¹⁵ Maurice Duverger, "A New Political System Model: Semi-Presidential Government", *European Journal of Political Research*, 8, 1980, s.165-187.

¹⁶ Dördüncü bir hükümet sistemi olan meclis hükümeti sisteminde kuvvetler yasama organında toplanmıştır. Ancak yasama organının idarenin işlem ve eylemlerinin tümünü doğrudan ifa etmesi imkânsız olduğu için, yasama organı tarafından üyeleri arasından seçilmiş bir yürütme organı da bulunmaktadır. Yürütme tamamen yasama organına bağlıdır; başlı başına politika üretmemekte ve yasama organı dilediği zaman yürütmeyi görevden alabilmektedir. Hükümet sistemleri sınıflandırmasında parlamenter sistemin bir çeşidi olarak değerlendirilen bu hükümet sistemini ayrıca ele almadık.

¹⁷ Giovanni Sartori, "Neither Presidentialism nor Parliamentarism", Juan J Linz / Arturo Valenzuela (Ed.), *The Failure of Presidential Democracy*, Johns Hopkins University Press, 1994, s. 106.

¹⁸ Scott Mainwaring, "Presidentialism, Multiparty Systems, and Democracy: The Difficult Equation", *Comparative Political Studies*, 26(4), 1993, s. 198.

¹⁹ Arend Lijphart, "Introduction", Arend Lijphart (Ed.), *Parliamentary versus Presidential Government*, Oxford University Press, 1992, s. 2.

²⁰ Alfred Stepan / Cindy Skach, "Constitutional Frameworks and Democratic Consolidation Parliamentarism versus Presidentialism", *World Politics*, 46(1), 1993, s. 3-4.

²¹ Krouwel, s. 343.

olduğu ve halk tarafından sabit bir süre için doğrudan seçildiği bir hükümet sistemidir. Başkan meclisi feshedemez, meclis de başkanı görevden alamaz²². Yürütme organı sadece başkandan oluştuğu, yani tek başlı bir yapı olduğu için, bakanlar ve başkan yardımcılarını sadece başkanın yardımcı elemanı niteliğindedir. Öte yandan parlamenter sistemlerde yasama fonksiyonunun asıllığı ilkesi saf bir şekilde zuhur etmektedir. Tali olan yürütme fonksiyonunu kullanacak olan yürütme organı, yetkiyi doğrudan halktan almak yerine yasama organı vasıtası ile sahip olmaktadır. Dolayısıyla yürütme organı yasama organına karşı sorumludur. İstisnaları olsa da yürütme organı genellikle ikili bir yapıya sahiptir²³. Bu ikili yapının bir kanadını meclis karşısında siyasi sorumluluğu olmayan ve bu nedenle tek başına yapacağı işler sınırlandırılmış bir devlet başkanı oluşturmaktadır. Devlet başkanı cumhuriyet rejiminde meclis tarafından seçilirken meşruti monarşi rejimlerinde geleneksel usuller ile belirlenmektedir. Yürütmenin ikinci kanadını ise meclise karşı hem kolektif hem de bireysel olmak üzere siyasi sorumluluğu bulunan ve Bakanlar Kurulu ya da kabine ismiyle de anılan hükümet oluşturmaktadır. Meclis yürütmenin ikinci kanadını oluşturan hükümeti soru, genel görüşme, meclis soruşturması ya da gensoru gibi usuller ile denetleyebilir veya düşürebilir. Öte yandan hükümetin de meclisi fesih yetkisi bulunmaktadır²⁴. Son hükümet sistemi olan yarı başkanlık sistemi, başkanlık sistemi ile parlamenter sistemin belli özelliklerinin aynı pota içerisinde eritilmesi ile ortaya çıkmıştır. Duverger'e göre yarı başkanlık sisteminin temel özellikleri devlet başkanının halk tarafından seçilmesi ve güçlü yetkilerle donatılması ile yürütme organında devlet başkanı yanında bir de yasamaya karşı siyasi sorumluluğu bulunan bir hükümetin var olmasıdır²⁵.

İngiltere, ABD ve Fransa ile özdeşleştirilen parlamenter, başkanlık ve yarı başkanlık sistemlerini referans alarak günümüz demokrasilerindeki hükümet sistemlerini değerlendirmek oldukça zorlaşmıştır. 1980'lerde 40'lı rakamlarda olan demokratik ülke sayısının 1990'lı yılların başından itibaren 110'a ulaşması, incelenecek ülke sayısını ve yasama-yürütme

²² Matthew S Shugart, "Of Presidents and Parliaments", *East European Constitution Review*, 2(1), 1993, s. 30.

²³ İstisnalar için bkz. Arend Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler*, Yetkin Yayınevi, 1996, s. 66-67.

²⁴ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, Beta Basım, 2005, s. 401.

²⁵ Duverger, s. 165. Ayrıca bkz. Nur Uluşahin, *Saf Hükümet Sistemleri Karşısında İki Başlı Yürütme Yapılanması*, Yetkin Yayınevi, 2007.

ilişkisinin çeşitliliğini artırmıştır²⁶. Özellikle yeni demokrasilerde yasama-yürütme ilişkilerindeki çeşitlilik bu ülkelerdeki hükümet sistemlerini başkanlık-parlamentarizm ikiliği çerçevesinde incelenmesini zorlaştırmış ve yeni hükümet sistemi tiplerinin kavramsallaştırılmasıyla sonuçlanmıştır. Parlamentarizm, yarı başkanlık ve başkanlık sınıflandırmasını yasama-yürütme ilişkileri çeşitliliğini açıklamakta yeterli bulmayan akademisyenler 'dönüşümlü başkanlık' (*alternating presidentialism*), 'başkanlık benzeri hükümet' (*quasi-presidentialism*), 'sınırlı başkanlık' (*limited presidentialism*), 'melez başkanlık' (*hybrid presidentialism*), 'hiper-başkanlık' (*hyper-presidentialism*), tek başlı hükümetler (*monist mixed government systems*), ya da 'çift başlı sistemler' (*dual leadership systems*) gibi yeni hükümet sistemi sınıfları geliştirmişlerdir²⁷. Ancak yeni hükümet sistemi sınıflandırmaları aynı ülke içinde zaman içinde değişen ilişkileri analiz etmekte yetersiz kalmaktadır. Bu yüzden farklı ülkelerdeki hükümet sistemlerini ABD, Fransa ve İngiltere ideal tiplerine referansla değerlendirme yaklaşımı yerini daha dinamik ve ölçüm odaklı sınıflandırmalara bırakmıştır.

II. BAŞKANLIK GÜCÜ ENDEKSLERİ

Shugart ve Carey'in 'Başkanlar ve Meclisler' adlı eserinden bu yana gittikçe artan sayıda çalışmada kullanılan başkanlık gücü endeksleri, farklı hükümet sistemlerinde devlet başkanının formel yetkilerini sayısallaştırmaya yönelik olarak geliştirilmiş ölçeklerdir²⁸. İncelenen ülkeler ve zaman dilimi, kullanılacak kriterler ve bu kriterlerin puanlandırılması konusunda farklılık gösteren bu ölçeklerin tamamı analiz birimi olarak demokratik rejime sahip ülkeleri ele almıştır (Tablo 1). Ancak Krouwel dışındaki araştırmacılar meşruti monarşilerin inceleme kapsamı dışında bırakılması gerektiğini savunmuşlardır. Ayrıca formel yetkiler gerçekteki uygulamalara birebir uygun olmasa da tüm çalışmalar farklı gözlemcilerin aynı kriterleri benzer şekilde puanlamasını sağlayarak ölçüt güvenilirliğini artırmak için devlet başkanlarının formel yetkilerine odaklanmışlar ve bu yetkilerin kaynağı olarak anayasaları kullanmışlardır²⁹.

²⁶ Elgun A Taghiyev, "Measuring Presidential Power in Post-Soviet Countries", *CEU Political Science Journal*, 2(3), 2006, s. 11–12.

²⁷ Krouwel, s. 338. Ayrıca bkz. Ekinci, s. 170-225.

²⁸ Matthew S Shugart / John M Carey, *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge University Press, 1992, s. 148–166.

²⁹ David Doyle / Robert Elgie, "Maximizing the Reliability of Cross-National Measures of Presidential Power", *British Journal of Political Science*, 46(4), 2016, s. 733.

Tablo 1. Başkanlık gücü endekslerini kullanan çalışmalar

Yazar	Analiz Birimi	Zaman	Kriter	Puanlama
Shugart ve Carey (1992)	35 başkanlık rejimi	Artzamanlı	10	Ordinal
Frye (1997)	24 post-komünist ülke	Eş zamanlı	27	Ordinal
Metcalf (2000)	9 Avrupa ülkesi	Eş zamanlı	11	Ordinal
Roper (2002)	10 Avrupa ülkesi	Eş zamanlı	6	Ordinal
Siaroff (2003)	130 ülke	Artzamanlı	9	Dikotom
Krouwel (2003)	12 Post-komünist ülke	Artzamanlı	7	Ordinal
Johannsen ve Norgaard (2003)	97 ülke	Eş zamanlı	37	Ordinal
Clark ve Wittrock (2005)	14 post-komünist ülke	Eş zamanlı	4	Ordinal
Taghiyev (2006)	15 post-komünist ülke	Eş zamanlı	26	Ordinal
Armingeon ve Careja (2007)	28 post-komünist ülke	Artzamanlı	29	Ordinal
Zaznaev (2015)	15 post-komünist ülke	Eş zamanlı	10	Ordinal

Yazarlar tarafından derlenmiştir.

İncelenen ülke sayısı açısından iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. Genel yaklaşım benzer tarihsel, kültürel ve siyasi mirası paylaşan ülkelerin bölgesel düzeyde tasnif edilmesidir. Örneğin Frye ve Krouwel, komünizm sonrasında Orta ve Doğu Avrupa’da kurulan demokrasilerde başkanlık gücünü incelemiştir³⁰. Johannsen ve Norgaard ile Siaroff gibi diğer araştırmacılar ise bölgeler arası farklılıkları göz ardı ederek çok sayıda demokratik ülkeyi ele almıştır³¹. Benzer bir farklılık incelenen zaman diliminde de görülmektedir. Örneğin Zaznaev başkanlık gücünü tek bir zaman diliminde (eş zamanlı-

³⁰ Timothy Frye, “A Politics of Institutional Choice: Post-Communist Presidencies”, *Comparative Political Studies*, 30(5), 1997, s. 528

³¹ Lars Johannsen / Ole Norgaard, “IPA: The Index of Presidential Authority. Explorations into the Measurement and Impact of a Political Institution”, *ECPR Joint Sessions*, University of Edinburgh, 28 March - 2 April, 2003, s. 1-32, <https://www.researchgate.net/publication/315756690_IPA_The_Index_of_Presidential_Authority_Explorations_into_the_measurement_of_impact_of_a_political_institution> Erişim Tarihi: 29 Ağustos 2021; Siaroff, s. 296-302.

synchronic) ölçerken, Siaroff devlet başkanlarının gücünü farklı zaman dilimlerinde (artzamanlı-*diachronic*) ölçmüştür³².

Devlet başkanının gücünü ölçmek için kullanılan kriter sayısında iki farklı eğilim mevcuttur. Bir grup araştırmacı devlet başkanlarının yasama-yürütme ilişkilerini ilgilendiren temel yetkilerine odaklanmış ve bu yetkileri ölçmek için az sayıda kriter kullanmayı tercih etmiştir³³. Bu yaklaşımın ardında ölçek geçerliliğini artırma çabası yatmaktadır. Çok sayıda kriterlerin toplamı olarak başkanlık gücünü değerlendirmek, çok sayıda sembolik güce sahip ancak siyasi açıdan güçsüz başkanları olduklarından daha güçlü gösterebilir. Bunun yerine başkanlık sistemlerinin ortak paydasını oluşturan az sayıda kriter kullanılması başkanlık güç endekslerinin geçerliliğini artırmaktadır³⁴. Öte yandan ikinci gruptaki çalışmalar ölçek güvenilirliğini artırmak için başkanların her bir yetkisini çok sayıda kriter kullanarak ele almıştır³⁵. Bu yaklaşıma göre yasama-yürütme ilişkilerindeki her bir detayın bir kriter tarafından karşılanması ülkeler arasındaki bireysel farklılıkları daha iyi yakalayarak aynı kriterlere farklı araştırmacılarca benzer cevaplar verilmesini sağlayacak ve ölçek güvenilirliğini artıracaktır³⁶. Devlet başkanlarının tüm yetkilerinin eşdeğer olmadığını kabul eden bu yaklaşımda, başkanların önemsiz yetkileri düşük, önemli yetkileri ise yüksek bir katsayı ile çarpılarak ölçek geçerliliği artırılmaya çalışılmıştır. Örneğin Johannsen ve Norgaard, başkanların sembolik, atama ve siyasi güç boyutlarına ait kriterleri sırasıyla 1, 2 ve 3 ile çarparak ağırlıklandırmıştır³⁷.

³² Oleg Zaznaev, "Measuring Presidential Power in Post-Communist Countries: Rectification of Mistakes", *Mediterranean Journal of Social Sciences*, 6(1), 2015, s. 443-448; Siaroff, s. 296-302.

³³ Clark / Wittrock, s. 182; Lee K Metcalf, "Measuring Presidential Power", *Comparative Political Studies*, 33(5), 2000, s. 669-670; Gabriel Negretto, "Political Parties and Institutional Design: Explaining Constitutional Choice in Latin America", *British Journal of Political Science*, 39(1), 2009, s. 137-138; Steven D Roper, "Are All Semipresidential Regimes the Same? A Comparison of Premier-Presidential Regimes", *Comparative Politics*, 34(3), 2002, s. 259-260.

³⁴ Jessica Fortin, "Measuring Presidential Powers: Some Pitfalls of Aggregate Measurement", *International Political Science Review*, 34(1), 2013, s. 104.

³⁵ Frye, s. 548; Klaus Armingeon / Romana Careja, "Comparative Data Set for 28 Post-Communist Countries, 1989-2007", *Institute of Political Science University of Zurich*, 2007, <<https://www.cpsds-data.org/index.php/data>> Erişim Tarihi: 18 Ağustos 2021; Johannsen / Norgaard, s. 22.

³⁶ Johannsen / Norgaard, s. 9.

³⁷ Johannsen / Norgaard, s. 10.

Endeks kriterlerinin cevaplanması ve puanlandırılmasında sadece Siaroff dikotom ölçek kullanmış ve başkan belirli güce sahip olduğunda 1, olmadığında ise 0 puan vermiştir³⁸. Ancak, devlet başkanları güçlerini genellikle hükümet ya da meclisle paylaştığı için diğer araştırmacılar ordinal ölçek kullanmayı tercih etmiştir. Örneğin Krouwel; başkan atama yetkilerine tek başına sahip olduğunda 1, yetkilerini başka kurumla paylaştığında 0,5, atama yetkisine sahip olmadığında 0 puan vermiştir³⁹. Frye ve Armingeon ve Careja aynı ölçeği kullanmışlar, ancak kriterlerin puanlanmasında başkanın seçim yöntemini göz önüne alarak puanları ağırlıklandırmış, kriterden alınan puanları doğrudan seçilen başkanlar için 1, dolaylı olarak seçilen başkanlar için 0.5 ile çarpmışlardır⁴⁰.

III. METOT VE ARAÇLAR

Bu çalışmada 1876'dan günümüze dek Osmanlı İmparatorluğu padişahlarının ve Türkiye Cumhuriyeti cumhurbaşkanlarının güçleri başkanlık gücü endeksleri kullanılarak incelenecektir. Çalışmamızın güvenilirliğinin artırılması için literatürde önerildiği üzere anayasa metinleri kullanılacaktır. Bu bağlamda, padişah ve cumhurbaşkanlarının yetkilerini düzenleyen 1876, 1921, 1924, 1961 ve 1982 anayasaları ile yetkilerinde değişiklik yaratan 1909, 1923, 2007 ve 2017 anayasa değişiklikleri de incelenecektir. Ayrıca inceleme konusu olmasa da konumuzla dolaylı olarak alakalı olan 1914, 1971 ve 2001 anayasa değişikliklerine de çalışmamızda yer verilecektir.

1876'dan başlayan anayasal dönemde devlet başkanlarının gücünü ölçmek için Krouwel tarafından geliştirilen 'başkanlık-parlamentarizm ölçeği' kullanılacaktır⁴¹. Orta ve Doğu Avrupa'daki post-komünist ülkelerde devlet başkanının parlamentoya kıyasla gücünü ölçmek için geliştirilen ölçek, devlet başkanının seçimi, parlamentonun feshi, hükümet üyelerinin ataması, güven ve güvensizlik oyu, yasa tasarısı sunma ve veto ile yürütme yetkilerini ölçen kriterlerden oluşmaktadır (Tablo 2). Ölçeğin başkanlık ve parlamentarizm düzeyi adıyla iki alt ölçeği bulunmaktadır. Başkanlık düzeyi alt ölçeğinde yetkiler sadece halk tarafından seçilen devlet başkanına aitse 1, meclise aitse 0, meclis ve başkan arasında paylaştırılmışsa 0,5 puan verilerek devlet başkanının gücü hesaplanır. Aynı şekilde, meclis gücü alt ölçeğinde yetkiler

³⁸ Siaroff, s. 303–305.

³⁹ Krouwel, s. 359–362.

⁴⁰ Frye, s. 547–548; Armingeon / Careja.

⁴¹ Krouwel, s. 333–364.

sadece devlet başkanını seçme yetkisini haiz meclis tarafından kullanılıyorsa 1, devlet başkanına aitse 0, yetki paylaşımı durumunda 0,5 puan verilerek meclisin gücü hesaplanır. Devlet başkanı gücü puanların toplamından meclis gücü puan toplamı çıkarılarak başkanlık-parlamentarizm derecesi bulunur. Pozitif sonuç hükümet sisteminin 'başkancı' (*presidentialist*) özelliklerinin güçlendiğini, negatif sonuç ise başkancı özelliklerin azaldığını gösterir.

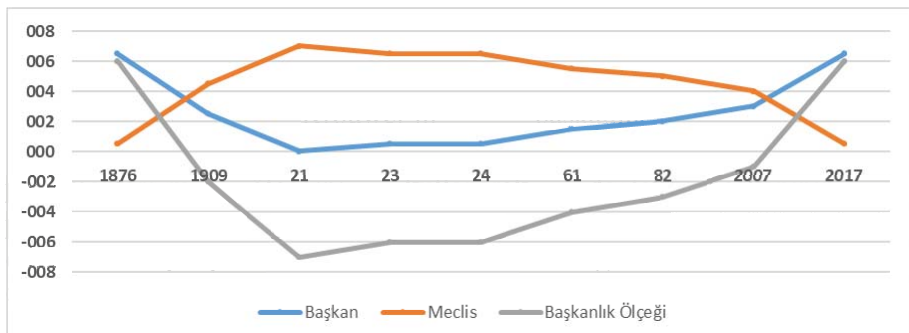
Tablo 2. Krouwel'in başkanlık-parlamentarizm ölçeği

Kriter	Seçenekler	Katsayı	
		Başkanlık	Parlamentarizm
Devlet başkanı seçimi	Halk tarafından	1,00	0
	Meclis tarafından	0	1,00
Meclisin feshi yetkisi	Başkana ait	1,00	0
	Yetki paylaşımı	0,50	0,50
	Meclise ait	0	1,00
Başbakan ve bakanların belirlenmesi	Başkana ait	1,00	0
	Yetki paylaşımı	0,50	0,50
	Meclise ait	0	1,00
Göreve başlama güvenoyu	Gereklidir	0	1,00
	Gerekli değildir	1,00	0
Görev sırasında güvenoyu	İstifa gerektirir	0	1,00
	İstifa gerektirmez	1,00	0
Yasa Yapımı	Başkan kanun tasarısı hazırlayabilir	1,00	0
	Başkanın veto yetkisi bulunur	0,50	0,50
	Sadece meclis yasa tasarısı hazırlayabilir	0	1,00

Yürütme gücünün odağı	Başkan	1,00	0
	Başkan ve meclise karşı sorumlu kabine arası yetki paylaşımı	0,50	0,50
	Meclis	0	1,00

Çalışmamızda başkanlık-parlamentarizm ölçeğini kullanmamızın beş sebebi bulunmaktadır. Öncelikle Krouwel'in başkanlık-parlamentarizm ölçeği, parlamenter monarşi ile yönetilen bir geçmişe sahip Türkiye Cumhuriyeti gibi ülkelerde kullanılmaya müsaittir. İkincisi, literatürde yaygın bir şekilde kullanılan Shugart ve Carey'in sadece başkanlık hükümet sistemine sahip ülkeleri inceleyen başkanlık gücü endeksinin aksine Türkiye gibi hem parlamenter hem de başkanlık sistemi deneyimine sahip ülkelerde kullanılabilir⁴². Üçüncü ve daha önemlisi, başkanlık-parlamentarizm ölçeği sadece devlet başkanlarının değil, parlamentonun da yasama-yürütme ilişkilerine ait temel yetkilerini ele almakta ve böylece bir hükümet sisteminde başkanı ya da meclisi güçlendiren noktaları aynı anda ölçmektedir. Dördüncüsü, daha önceden Türkiye'yi incelerken kurumlar arası yetki paylaşımını göz ardı etmiş Siaroff'un aksine kurumlar arası paylaşılan yetkilere yer vermektedir⁴³. Beşinci ve son olarak, Anayasa Mahkemesi ya da Merkez Bankası başkanının atanması gibi geçmişte mevcut olmayan kurumlara ait kriterler kullanan Frye ve Armingeon ve Careja'nın aksine hükümet sistemlerini sınıflandırmada temel yetkilere odaklanmaktadır⁴⁴.

Şekil 1. Krouwel'in başkanlık-parlamentarizm ölçeğine göre Türkiye'de başkan ve parlamentonun gücünün değişimi



⁴² Shugart / Carey, s. 155.

⁴³ Siaroff, s. 302.

⁴⁴ Frye, s. 548; Armingeon / Careja.

sınırlanmıştır. 1982 anayasası sonrasında ise devlet başkanının parlamento karşısındaki gücü giderek artmış ve Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçişle birlikte en yüksek seviyeye ulaşmıştır. Ancak şekilde de görüleceği üzere Krouwel'in ölçeği devlet başkanlarının gücünü kimi zaman gerçekçi bir şekilde gösterememektedir. Örneğin 1923-1946 arası tek parti döneminde cumhurbaşkanının fiili gücü bir hayli yüksek olmasına rağmen gerçekte meclis güçlü gözükmemektedir. Bu yüzden Shugart ve Carey ile Siaroff'un kullandığı kriterleri göz önünde tutarak ve Krouwel'in ölçeğini Türk anayasal tarihinde devlet başkanının parlamento karşısındaki gücünü daha gerçekçi resmedecek şekilde Türkiye örneği için uyarlamayı ve böylece ölçek geçerliliğini artırmayı amaçlamaktayız. Çalışmamızın geri kalanında Krouwel'in temel kriterlerine sadık kalarak uyarladığımız ölçek ve bu ölçek çerçevesinde Türk anayasal gelişmelerinin kısa bir tarihçesi sunulmaktadır.

IV. TÜRK ANAYASA TARİHİNDE DEVLET BAŞKANLARININ DEĞİŞEN GÜCÜ

Krouwel'in başkanlık-parlamentarizm ölçeğinde alt ölçekler kullanılmamışsa da diğer başkanlık ölçekleri alt ölçekler kullanmıştır⁴⁵. Biz de devlet başkanı-parlamento ilişkisini üç alt ölçek etrafında incelemenin daha analitik bir yaklaşım sağlayacağını düşünüyoruz. Bu bağlamda, çalışmamız üç ana başlık altında gerçekleşmektedir: devlet başkanının belirlenme şekli, parlamento ve yasamaya ilişkin yetkileri ve yürütmeye ilişkin yetkileri.

A. Devlet Başkanının Belirlenme Şekli

Yasama ya da yürütme yetkileriyle doğrudan ilişkili olmasa da devlet başkanının parlamento karşısındaki gücünü dolaylı yollardan etkileyen önemli bir faktör devlet başkanının belirlenme şeklidir. Devlet başkanının halk tarafından seçilmesi meşruiyetini ve dolayısıyla meclis karşısında gücünü artıracaktır⁴⁶. Bu yüzden, diğer kriterlerle doğrudan ilişkili olmayan bu kriter ayrı bir başlık altında incelenmektedir (Tablo 3).

⁴⁵ Shugart / Carey, s. 150.

⁴⁶ Siaroff, s. 303.

Tablo 3. Devlet başkanının belirlenme şekli

Seçenek	Katsayı		1876	1909	21	23	24	61	82	2007	2017
	B	P									
Hanedanlık/Doğrudan seçim	1,00	0	✓	✓						✓	✓
Meclis	0	1,00			✓	✓	✓	✓	✓		
Toplam Başkanlık Puanı			1	1	0	0	0	0	0	1	1
Toplam Parlamentarizm Puanı			0	0	1	1	1	1	1	0	0
Başkanlık-parlamentarizm farkı			+1	+1	-1	-1	-1	-1	-1	+1	+1

+ devlet başkanının gücünün arttığını, - ise parlamentonun gücünün arttığını göstermektedir.

Krouwel ve Siaroff devlet başkanının halk tarafından seçildiği durumlarda parlamentoya karşı daha güçlü olacağını varsaymıştır⁴⁷. Ancak 1876'dan itibaren parlamenter bir monarşi olan Osmanlı İmparatorluğu'nda devlet başkanı olan padişahlar hanedan üyeleri arasından 'Ekber Evlat' prensibi ile belirlenmektedir. Bu durumda padişahlar parlamento tarafından atanmış cumhurbaşkanı gibi mi yoksa halk tarafından seçilmiş cumhurbaşkanı gibi mi ele alınmalıdır? Bu sorunun 'çifte meşruiyet' kavramıyla cevaplandırılabilirliğini düşünmekteyiz. Başkanlık rejimlerinde başkan ve parlamentonun ayrı ayrı halk tarafından seçilmesi her iki kuruma da ayrı meşruiyet sağladığı gibi parlamenter monarşilerde de kralın geleneksel otoritesi ve parlamentonun demokratik otoritesi her iki kuruma ayrı meşruiyet sağlamaktadır. Bu nedenle parlamenter monarşilerde kralların seçilmiş bir başkan olarak kabul edileceğini varsayabiliriz.

Kökenleri I. Ahmet'e dayanan 'Ekberiyet ve Erşediyet' ilkesi çerçevesinde Osmanlı hanedanı üyeleri arasındaki en yaşlı erkek üyenin tahta geçirilmesi sistemi 1876'da yürürlüğe giren Kanun-i Esasi döneminde anayasal statüye kavuşmuştur (1876/m.3; 1909/m.3). Kurtuluş Savaşı yıllarında ilan edilen 1921 tarihli Teşkilât-ı Esasiye Kanunu ise meclis hükümet sistemini getirmiş ve 1922 yılında saltanat kaldırılmıştır. 1921 Anayasası her ne kadar bir devlet başkanı öngörmemişse de milletvekilleri tarafından seçilen Büyük Millet Meclisi (BMM) başkanına devlet başkanı yetkileri tanımıştır (1921/m.9). 1921 Anayasasında 29 Ekim 1923 tarih ve 364 sayılı kanun ile yapılan değişiklik ile ülkenin rejimi Cumhuriyet olarak ilan edilmiş ve devlet başkanı olarak cumhurbaşkanlığı makamı oluşturulmuştur (1923/m.11). Oluşturulan bu yeni makamın BMM üyeleri tarafından kendi üyeleri arasından seçileceği belirtilmiştir (1923/m.10). Bu ilke 2007 yılına dek yürürlükte kalmıştır (1924/m. 31; 1961/m.95; 1982/m.102). 2007 yılında

⁴⁷ Siaroff, s. 303; Krouwel, s. 359.

yapılan anayasa değişikliği ile cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi ilkesi getirilmiş (2007/m.101) ve 2017 anayasa değişikliklerinde bu ilke sabit kalmıştır (2017/m.101).

B. Devlet Başkanının Parlamento ve Yasamaya İlişkin Yetkileri

Krouwel başkanın parlamento ve yasama yetkisi ile ilgili iki kriter belirtmiştir: meclisin feshi ve yasa yapımı⁴⁸. Bu kriterlerin yanı sıra devlet başkanının meclis üyelerini belirleme üzerindeki yetkisinin de devlet başkanının meclis karşısında gücünü artıracığına inanıyoruz. Ayrıca Krouwel tarafından tek bir kriter altında ele alınan kanun yapım ve veto yetkisinin üç ayrı kriter olarak değerlendirilmesi Türk anayasal gelişmelerinin daha gerçekçi bir resmini çizecektir. Dolayısıyla devlet başkanının yasama ve parlamentoya dair yetkileri meclis üyelerinin belirlenmesi, meclisin feshi, veto yetkisinin sınırı ve niteliği ile kararname çıkarma yetkisi etrafında incelenecektir (Tablo 4). Ancak, devlet başkanının anayasa değişikliklerine dair yetkileri çalışmamızda basitliği sağlamak adına kapsam dışı bırakılmıştır.

Tablo 4. Devlet başkanının parlamento ve yasamaya ilişkin yetkileri

Kriter	Seçenek	Katsayı		1876	1909	21	23	24	61	82	2007	2017
		B	P									
Meclis üyelerinin belirlenmesi	Meclis üyelerini belirleme/partili	1,00	0	✓	✓			✓				✓
	Tarafsız	0	1,00			✓	✓		✓	✓	✓	
Meclisin feshi	Mutlak	1,00	0	✓								
	Şartlı	0,50	0,50		✓				✓	✓	✓	✓
	Sadece meclis	0	1,00			✓	✓	✓				
Veto yetkisinin sınırı	Her kanun	1,00	0	✓	✓							
	Bütçe kanunu dışındaki kanunlar	0,50	0,50					✓	✓	✓	✓	✓
	Yok	0	1,00			✓	✓					
Veto yetkisinin niteliği	Mutlak	1,00	0	✓								
	Güçleştirici	0,50	0,50		✓							✓
	Geciktirici	0,25	0,75					✓	✓	✓	✓	
	Yok	0	1,00			✓	✓					
Kararname çıkarma yetkisi	Her zaman belirli alanlarda	1,00	0									✓
	Olağanüstü durumlarda Bakanlar Kurulu aracılığıyla	0,50	0,50							✓	✓	
	Yok	0	1,00	✓	✓	✓	✓	✓	✓			

⁴⁸ Krouwel, s. 360–362.

1. Meclis Üyelerinin Belirlenmesinde Devlet Başkanının Rolü

Krouwel'in ölçeğinde göz ardı edilen önemli bir husus, devlet başkanlarının meclis üyelerini atama ya da mecliste grubu bulunan partiler üzerindeki kontrolü sayesinde yasama organı üzerinde etkili olabileceğidir. Özellikle 2017 anayasa değişikliği sürecinde tartışılan cumhurbaşkanlığının tarafsızlığı konusu, cumhurbaşkanının meclis üyelerini belirlemedeki gücü sayesinde dolaylı olarak yasama organını şekillendirme potansiyeli ile alakalıdır. Keza 1925-1946 arası tek parti döneminde resmîyette güçsüz olan cumhurbaşkanı, meclis üyelerini belirleyebilmesi sayesinde fiilîyatta oldukça güçlü olmuştur. Dolayısıyla bu kriterin göz önüne alınması gerekmektedir.

1876 Anayasası Meclis-i Ayan ve Meclis-i Mebusan'dan oluşan çift meclisli bir sistem öngörmüştür. Meclisi Ayan üyeleri padişah tarafından atanan üst meclis, Meclisi Mebusan ise üyeleri genel seçimlerle belirlenen alt meclistir. Her iki meclis birlikte Meclis-i Umumi'yi oluşturmaktadır. Siyasi partiler ise 1878-1908 arası İstibdat Dönemi'nde fillî olarak yasaklanmış, 1908 genel seçimlerinden itibaren mecliste göreve başlamışlardır. Buna rağmen 1876-1908 arası dönem resmî olarak anayasal monarşidir.

1876'dan 1921'e dek geçen sürede padişah herhangi bir siyasi parti liderliği vazifesini yürütmemiştir. Ancak, bu dönemde padişahın parlamento üzerindeki gücü Meclis-i Ayan üyelerini belirleme yetkisi üzerinden gerçekleşmiştir. Üye sayısı Meclis-i Mebusan'ın üye sayısının üçte birini geçmeyen ve üyeleri padişah tarafından ömür boyu olarak atanan Meclis-i Ayan (1876/m.53, 60, 62), Meclis-i Mebusan'ın kabul ettiği kanun ve bütçe tasarılarını inceleyip değiştirebilir ve alt meclise geri gönderebilir (1876/m.64). Ayrıca kanun çıkarabilir ve mevcut kanunlarda değişiklik yapabilir (1876/m.53; 1909/m.53). Bu anlamda padişah Meclis-i Ayan üyelerini atama yetkisi ile yasamayı şekillendirmiştir.

1921 Anayasası tek meclisli sistem öngörmüş, BMM üyelerinin seçimle göreve geleceğini hükmetmiş (1921/m.5), ancak milletvekili adaylarının belirlenmesinde partilerin rolüne dair bir düzenleme getirmemiştir. 9 Eylül 1923 tarihinde kurulan Cumhuriyet Halk Partisi (CHP), 1946 seçimlerine dek ülkeyi tek parti olarak yönetmiştir. 1924 Anayasası ile başlayan süreçten 1961 Anayasasına dek, cumhurbaşkanının parti genel başkanlığı konusunda herhangi bir engel getirilmemiştir. 1927'den 1943'e kadar seçimlere tek başına giren CHP'de milletvekilleri; CHP genel başkanı olan devlet başkanı, başbakan olan CHP genel başkan vekili ile CHP genel sekreteri tarafından belirlenmiştir.

1947 DP kongresi sonrasında parti il örgütlerinin milletvekili adaylarını belirlemedeki gücü artırılmış ve 1950'de Demokrat Parti'nin (DP) iktidara gelişiyle birlikte cumhurbaşkanı seçilen Celal Bayar DP genel başkanlığından istifa etmiştir. Ancak buna rağmen 1960 darbesine dek cumhurbaşkanının parlamentoyu şekillendirme yetkisi varlığını sürdürmüştür⁴⁹.

1961 Anayasası ile cumhurbaşkanının meclis ve siyasi parti üyeliği yasaklanmış (1961/m. 95), yeniden uygulamaya koyulan çift meclisli sistemde üst meclis olan Cumhuriyet Senatosunun 165 üyesinden 15'ini belirleme yetkisi cumhurbaşkanına verilmiştir (1961/m. 70). Ancak güven oylamasının Cumhuriyet Senatosu yerine Millet Meclisinde yapılması neticesinde hükümetin Millet Meclisine karşı sorumlu olması (1961/m.103), bütçe kanununun kabulünde (1961/m.94) ve kanunların kabul edilme sürecinde son sözün Millet Meclisinde olması gibi hususlar temel alındığında Cumhuriyet Senatosunun gücünün, üyeleri halk tarafından seçilen alt meclis olan Millet Meclisine kıyasla oldukça düşük olduğu söylenebilir⁵⁰. Bu nedenle bu dönemde meclis üyelerinin belirlenmesinde önemsiz bir etkiye sahip bir cumhurbaşkanından bahsedebiliriz. 1982 Anayasasıyla çift meclisli sistem ve cumhurbaşkanınca meclis üyelerinin bir bölümünün belirlenmesi yetkisi kaldırılmış ve cumhurbaşkanının parti ve meclis üyeliği önündeki yasak devam etmiştir (1982/m.101). 2017 anayasa değişikliği ile birlikte cumhurbaşkanının meclis üyeliği önündeki yasak devam etmişse de parti genel başkanı olması önündeki yasak kaldırılmıştır (2017/m.101). 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nca parti genel merkezine tanınan ve milletvekili adaylarının belirlenmesi için 1983 seçimlerinden günümüze dek sıklıkla kullanılan merkez yoklaması usulü, parti genel başkanının milletvekillerini belirleme yetkisini genel merkeze ve dolayısıyla liderin inisiyatifine bırakmıştır⁵¹. Bu durum ise partili cumhurbaşkanının meclis üyelerini belirlemede etkisini artırmıştır.

2. Meclisin Feshi

Devlet başkanının yasamayı doğrudan etkileyebileceği yetkilerden birisi şüphesiz meclisi fesih yetkisidir. Krouwel meclisin feshine dair üç farklı seçenek sunmuştur: sadece başkan meclisi feshedebilir, sadece meclis kendini

⁴⁹ Oya Araslı, *Adaylık Kavramı ve Türkiye'de Milletvekilliği Adaylığı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972, s. 160-162.

⁵⁰ Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 49.

⁵¹ Mehmet Ali Aydın, "Milletvekili Adaylarının Belirlenme Usulü ve Önseçim", *Yasama Dergisi*, 5, 2007, s. 93-96.

feshedebilir ya da aralarında yetki paylaşımı bulunur⁵². Krouwel'in kriterlerini anayasa hukuku alanında yürütülen çalışmalarda kullanılan terminolojiye göre uyarlamak için bu kriterleri mutlak fesih, şartlı fesih ve sadece meclisin fesih yetkisi şeklinde değiştirmeyi uygun bulduk.

1876 Anayasası padişaha meclisin işleyişini belirleme konusunda geniş yetkiler sunmuştur. Meclis-i Umumi padişah tarafından toplantıya çağırılabilir, tatile sokulabilir, toplantı süreleri değiştirilebilir ve daha da önemlisi feshedilebilir (1876/m.7). 1909 yılında yapılan değişiklikte padişahın meclisi fesih yetkisi sınırlandırılmış, bu yetkiyi kullanabilmesi için üç ay içinde Meclis-i Mebusan seçimlerinin yenilenmesi şartı ile Meclis-i Ayan'dan onay alması zorunluluğu getirilmiştir (1909/m.7). Üç ay içinde seçimlerin yenilenmesi şartı 1914 yılında önce dört aya çıkarılmış, sonra tekrar üç aya indirilmişse de şartlı fesih yetkisi varlığını sürdürmüştür. 1921 Anayasası ise meclisin feshine dair bir hüküm bulundurma da iki senede bir gerçekleşecek ve seçimlerin icrasının mümkün olmadığı durumlarda (1921/m.5) yalnız bir seneliğine ertelenebilecek BMM seçimlerinin yenilenmesi kararı fiilen meclis tarafından kullanılmıştır. 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu meclisin nasıl feshedileceğine dair bir düzenleme getirmeyerek fiiliyatta meclisin feshi yetkisini Türkiye Büyük Millet Meclisine (TBMM) bırakmıştır.

1961 ve 1982 Anayasalarına göre meclis istediği an kendini feshedebilirken devlet başkanının fesih yetkisini kullanması belirli şartlara bağlanmıştır. 1961 Anayasasına göre Millet Meclisi süresi dolmadan seçimlerin yenilenmesine karar verebilir (1961/m.69). Cumhurbaşkanı ise gensoru (1961/m. 89) ve güvensizlik oyu (1961/m. 104) nedeniyle on sekiz aylık süre için Bakanlar Kurulu'nun iki defa düşmesi ve üçüncü defa güvensizlik oyu alması durumunda başbakanın talebiyle ve Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu başkanlarına danışarak seçimlerin yenilenmesine karar verebilir (1961/m.108). 1982 Anayasasına göre de meclis istediği an kendini feshedebilirken (1982/m.77) cumhurbaşkanının fesih yetkisi belirli şartlara bağlanmıştır. Bakanlar Kurulunun güvenoyu alarak göreve başlayamaması (1982/m.110) ya da gensoru (1982/m. 99) ve güvensizlik oyu (1982/m. 111) nedeniyle düşürülmesi durumunda kırk beş gün içinde yeni bir Bakanlar Kurulu kurulamaması veya kurulduğu halde güvenoyu alamaması durumunda cumhurbaşkanı, TBMM başkanına danışarak seçimlerin yenilenmesine karar verebilir. Ayrıca başbakanın güvensizlik oyu ile düşürülmeden istifa etmesi

⁵² Krouwel, s. 360.

üzerine kırk beş gün içinde veya yeni seçilen TBMM başkanlık divanı seçiminden sonra yine kırk beş gün içinde Bakanlar Kurulunun kurulamaması hallerinde de cumhurbaşkanı TBMM başkanına danışarak seçimleri yenileyebilir (1982/m.116).

2007 yılında yapılan değişikliklerle gensoru, güvenoyu ve güvensizlik oyu nedeniyle hükümetin kurulamaması durumunda seçimin yenileceğine dair hüküm geçerliliğini sürdürmüştür (2007/m.116). 2017 anayasa değişiklikleri ile seçimlerin TBMM tarafından yenilenmesi için gerekli olan genel karar yeter sayısı üye tamsayısının beşte üçüne çıkarılarak meclisin seçimleri yenileme yetkisi zorlaştırılmıştır (2017/m.116). Dahası, parlamenter sistemdeki anlamıyla Bakanlar Kurulu artık var olmadığından, cumhurbaşkanının seçimleri yenileme yetkisini gensoru, güvenoyu ve güvensizlik oyu sonrasında hükümetin kurulamaması şartına bağlayan hüküm kaldırılmış ve cumhurbaşkanına dilediği an seçimleri yenileme hakkı verilmiştir. Ancak cumhurbaşkanının ya da TBMM'nin seçimleri yenileme kararı alması durumunda TBMM ve cumhurbaşkanlığı seçimlerinin birlikte yapılması zorunludur (2017/m.116). Dolayısıyla başkanın şartlı fesih yetkisi devam etmiştir.

3. Başkanın Veto Yetkisinin Sınırı

Krouwel yasa yapımı hususunu sadece meclis ya da başkana ait veya başkanın veto yetkisi bulunmaktadır şeklinde üç seçenek etrafında değerlendirmiştir⁵³. Ancak veto ve kanun yapma yetkisini tek bir kriter etrafında değerlendiren bu kriter gerek 1876'dan günümüze devlet başkanlarının yetkilerini, gerekse genel olarak devlet başkanlarının gücünü ölçmekte yetersizdir. Bu nedenle Shugart ve Carey'in sınıflandırmasına benzer bir şekilde bu kriterin başkanın veto yetkisinin sınırı ve veto yetkisinin niteliği olarak iki ayrı kriter etrafında incelenmesi gerektiğine inanıyoruz⁵⁴. Ayrıca devlet başkanlarının anayasa değişikliklerine dair yetkilerini karşılaştırmada basitlik ve böylece ölçek geçerliliğini sağlamak adına çalışma kapsamı dışında tutuyoruz.

1876 Anayasası padişahın veto edebileceği kanunların kapsamına dair bir sınır çizmemiştir (1876/m. 53). 1909 yılında yapılan değişiklik bu durumu devam ettirmiştir (1909/54). 1921 Anayasası ise kanunlar arasında bir ayrıma

⁵³ Krouwel, s. 362.

⁵⁴ Shugart / Carey, s. 150.

gitmediği gibi devlet başkanına veto yetkisi de tanımamıştır (1921/m.7). 1924 Anayasası ise bütçe kanunu haricindeki kanunlar için cumhurbaşkanına kanunları bir daha görüşülmek üzere meclise geri gönderme yetkisi tanımıştır (1924/m.35). Bu uygulama 1961 Anayasasında aynen korunmuştur (1961/m.93). 1982 Anayasası ise cumhurbaşkanına bütçe kanunu haricindeki kanun tasarı ve teklifleri için veto yetkisi tanımıştır (1982/m. 89, 104)⁵⁵. 2017 Anayasa değişikliği ile bütçe kanun teklifi Cumhurbaşkanınca hazırlanmaya başlanmıştır. Eğer bütçe kanun teklifi meclis tarafından reddedilir ve geçici bütçe kanunu çıkarılamazsa yeni bütçe kanunu çıkarılıncaya dek bir önceki yılın bütçesinin yeniden değerlendirilmesine göre artırılarak uygulanır (2017/m. 161). Bu anlamda bütçe konusunda cumhurbaşkanının yetkileri arttırılmıştır. Ancak meclis tarafından kabul edilen bütçe kanununu (2017/m.87) cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisi yoktur (2017/m. 89).

4. Başkanın Veto Yetkisinin Niteliği

Devlet başkanının vetosu üçlü şekilde sınıflandırılabilir: başkanın vetosu kaldırılmaz (mutlak veto), veto edilen kanunun meclisten kabul edilmesi için nitelikli bir çoğunluk aranır (güçleştirici veto), ya da cumhurbaşkanınca tekrar görüşülmek üzere geri gönderilen kanun meclis tarafından basit çoğunlukla tekrar kabul edilirse devlet başkanı kanunu yayınlamak zorundadır (geciktirici veto). 1876 Anayasasına göre kanun tasarı ve değişiklikleri padişahın onayına bağlıdır (1876/m.53). Heyeti Vükela tarafından sunulacak kanun teklifi ve değişiklik önerileri ile görev alanıyla ilgili olmak kaydıyla Meclisi Ayan ve Meclisi Mebusan üyeleri tarafından verilebilecek kanun tasarıları padişahın izin vermesi sonrasında Şurayı Devlet'e havale olur. Şurayı Devlet'te düzenlenen kanun tasarıları ya da kanun değişikliği önerileri önce Meclisi Mebusan sonra Meclisi Ayanda oylamaya sunulur (1876/m.55). Her iki meclis tarafından ekseriyetle kabul edilen kanun tasarıları padişahın onaylaması durumunda kanunlaşır (1876/m.54). Dolayısıyla 1876 Anayasasında padişahın mutlak veto yetkisi bulunmaktadır. 1909 yılındaki anayasa değişikliği ile padişah tarafından geri gönderilen kanunların meclis tarafından tekrar kabulü için 2/3 şartı getirilerek mutlak veto yetkisi güçleştirici veto yetkisine dönüştürülmüştür (1909/m.54). 1921 Anayasasında ise kanun tasarıları sunma hakkı meclise tanınmış ve dönemin devlet başkanı olan BMM başkanına herhangi bir veto yetkisi verilmemiştir (1921/m. 7). 1923 yılında da bu konuda herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

⁵⁵ Devlet başkanının Anayasa değişikliğine dair yetkileri çalışmamız kapsamında incelenmemiştir.

1924 Anayasası yasama yetkisinin meclis tarafından kullanılacağını (1924/m.6, 26) ve cumhurbaşkanının kanunları on gün içinde yayımlayabileceği gibi tekrar görüşülmek üzere meclise geri gönderebileceğini belirtmiştir (1924/m. 35). Meclis tarafından tekrar kabul edilen kanunlar ise cumhurbaşkanınca yayınlanmak zorundadır. Bu uygulama 1961 Anayasasında korunmuştur (1961/m.93). Cumhurbaşkanının geciktirici veto yetkisi 1982 Anayasasınca korunmuş, ancak kanunların cumhurbaşkanınca yayınlanma süresini on beş güne çıkarmıştır. Ayrıca 2001 yılında yapılan değişiklikle meclise sadece cumhurbaşkanınca uygun bulunmayan maddeleri görüşme zorunluluğu getirilmiştir (2001/m.89). 2017 anayasa değişikliği cumhurbaşkanının bu haklarını koruduğu gibi cumhurbaşkanı tarafından meclise gönderilen kanun tasarılarında değişiklik yapılması için salt çoğunluk şartı getirerek cumhurbaşkanının yetkisi 1909 anayasa değişikliğine kıyasla daha da güçsüz olsa da güçleştirici veto niteliğine bürünmüştür (2017/m. 89).

5. Devlet Başkanın Yetkili Olduğu Alanlarda Kararname Çıkarma Yetkisi

1876 yılından 1971 anayasa değişikliğine dek yürütme organına olağan dönemlerde kararname çıkarma yetkisi verilmemiştir⁵⁶. Ancak meclisin toplantıda olmadığı olağanüstü hallerde, meclis toplanana kadar Heyet-i Vükela'nın geçici olarak kanun-ı muvakkat çıkarabileceği Kanun-i Esasi'de düzenlenmiştir (1876/m. 36). 1909 anayasa değişikliği bu hükmü korumuş ve ilk toplantıda bu kanunun meclisçe tevdi edilmesi şartını getirmiştir (1876/m. 36). 1921 ve 1924 Anayasaları yürütmenin kanun çıkarma yetkisinin sadece meclise ait olduğunu belirtse de kimi durumlarda yürütme organına yasama işlemi niteliğinde yetkiler tanımıştır⁵⁷. Ancak bahsi geçen anayasalarda devlet başkanına kararname çıkarabilmesine dair doğrudan herhangi bir hüküm yoktur. Dolayısıyla bu dönemde devlet başkanının olağan ya da olağanüstü dönemde kararname çıkarma yetkisi olduğunu söyleyemeyiz.

1961 Anayasasının ilk hali yürütmenin kararname çıkarma gücüne dair bir ifadeye yer vermese de 20 Eylül 1971 tarihli ve 1499 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile TBMM'nin kanunla Bakanlar Kuruluna Kanun Hükmünde Kararname (KHK) çıkarma yetkisi tanınması öngörülmüştür (1971/m.64). Her ne kadar cumhurbaşkanı gerekli gördüğü taktirde Bakanlar Kuruluna başkanlık etme yetkisine sahipse de (1961/m.97), cumhurbaşkanı sorumsuz olduğu ve karşı imza kuralı gereğince cumhurbaşkanının

⁵⁶ Kemal Gözler, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, Ekin Yayınevi, 2000, s. 15–21.

⁵⁷ Gözler, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, s. 18–20.

işlemlerinin başbakan ve ilgili bakanlar tarafından imzalanması gerektiğinden cumhurbaşkanının KHK çıkarma yetkisi bulunduğu söylenemez. 1982 Anayasası ise KHK rejiminde köklü değişiklikler yapmış ve cumhurbaşkanına daha geniş yetkiler tanımıştır. Olağanüstü hâl dönemlerinde cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu meclisten yetki kanunu almadan KHK çıkarabilir (1982/m.104). 2017 anayasa değişikliği neticesinde ise Bakanlar Kuruluna tanınan KHK çıkarma yetkisine benzer bir düzenleme cumhurbaşkanına verilmiş ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisi doğrudan doğruya anayasada düzenlenmiştir (2017/m. 104).

C. Devlet Başkanının Yürütmeye İlişkin Yetkileri

Çalışmamızda Krouwel'in devlet başkanının yürütme yetkisini analiz etmekte kullandığı dört kriter, Türk anayasal gelişmelerine uygun şekilde başbakanın belirlenmesi, bakanların belirlenmesi, göreve başlamak için güven oyu şartı, bakanların görevden alınması ve yürütmenin odağı olmak üzere beşe çıkartılmıştır⁵⁸. Ayrıca yargı yetkisi ve organlarına dair başkan ve meclisin yetkileri inceleme dışı tutulmuştur (Tablo 5).

Tablo 5. Devlet başkanının yürütmeye ilişkin yetkileri

Kriter	Seçenek	Katsayı		1876	1909	21	23	24	61	82	2007	2017
		B	P									
Başbakanın belirlenmesi	Başkan	1,00	0	✓	✓		✓	✓	✓	✓	✓	✓
	Bakanlar Kurulu/Meclis	0	1,00			✓						
Bakanların belirlenmesi	Başkan	1,00	0	✓								✓
	Başbakanın talebi üzerine Başkan	0,50	0,50		✓		✓	✓	✓	✓	✓	
	Meclis	0	1,00			✓						
Göreve başlamak için güvenoyu	Gerekli değil	1,00	0	✓								✓
	Gerekli	0	1,00		✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓	
Bakanların görevden alınması	Başkan	1,00	0	✓								✓
	Gensoru/Başbakanın talebi üzerine Başkan	0,50	0,50		✓					✓	✓	
	Sadece gensoru	0	1,00			✓	✓	✓	✓			
Yürütmenin odağı	Başkan	1,00	0	✓								✓
	Başkan ve Bakanlar Kurulu arası yetki paylaşımı	0,50	0,50		✓					✓	✓	
	Bakanlar Kurulu	0	1,00			✓	✓	✓	✓			
Toplam Başkanlık Puanı				5	2,5	0	1,5	1,5	1,5	2,5	2,5	5
Toplam Parlamentarizm Puanı				0	2,5	5	3,5	3,5	3,5	2,5	2,5	0
Başkanlık-Parlamentarizm Farkı				+5	0	-5	-2	-2	-2	0	0	+5

+ devlet başkanının gücünün arttığını, - ise parlamentonun gücünün arttığını göstermektedir.

⁵⁸ Krouwel, s. 359–362.

1. Başbakanın Belirlenmesi

Devlet başkanının yürütme üzerindeki gücünün temel göstergelerinden birisi başbakanı ve Bakanlar Kurulu üyelerini belirleme yetkisidir. Bu yetki Krouwel tarafından tek bir başlık altında incelenmişse de 1876'dan günümüze devlet başkanlarının yetkisini gerçekçi bir şekilde incelemek için bu kriterin başbakan ve bakanların belirlenmesine dair iki ayrı kriter olarak incelenmesinde fayda görmekteyiz.

1876 Anayasası dönemin başbakanı olan sadrazamı görevlendirme yetkisini padişaha tanımıştır (1876/m.7). 1909 yılındaki anayasa değişikliği bu yetkiyi devam ettirmişse de (1909/m.27), 1921 Anayasasına göre meclise karşı sorumlu olan Bakanlar Kurulu üyeleri kendi içlerinden bir başbakan seçmektedir (1921/m.9). 1923 anayasa değişikliği ile başbakanı belirleme yetkisi tekrar devlet başkanına tanınmış (1923/m.12) ve 2017'ye dek bu yetki cumhurbaşkanına ait kalmıştır (1924/m.44; 1961/m.102; 1982/m.109). 2017 anayasa değişikliği ile başbakanlık kurumu kaldırılmıştır. Ancak 2017 değişikliklerinde cumhurbaşkanının geniş yetkilerini göz önüne alırsak, Başbakanlık makamının devam etmesi durumunda cumhurbaşkanının başbakanı belirleme yetkisine sahip olmaya devam edeceği varsayımında bulunulabilir. Bu bağlamda söz konusu kriteri değerlendirme dışı tutmaktansa 2017'de başbakanı atama yetkisinin cumhurbaşkanına tanınabileceği değerlendirilmesi yapılmıştır.

2. Bakanların Belirlenmesi

1876 Anayasası padişaha Heyet-i Vükela Vekilleri olarak adlandırılan bakanları belirleme yetkisini tanımıştır (1876/m.27). 1909 anayasa değişikliği ile bu yetki sadrazama devredilmiştir (1909/m.29). 1921 Anayasası Bakanlar Kurulu anlamına gelen İcra Vekilleri Heyetinin BMM tarafından milletvekilleri arasından seçileceğine hükmetmiştir (1921/m.8). 1923 anayasa değişikliği ile birlikte bakanların başbakan tarafından belirlenmesi ve başkan tarafından meclisin onayına sunulması usulü getirilmiş (1923/m.12) ve bu usul 2017 yılına dek yürürlükte kalmıştır (1924/m. 42; 1961/m. 102; 1982/m. 109). 2017 anayasa değişikliği sonrasında bakanların görevlendirmesinde tek yetkili cumhurbaşkanı olmuştur (2017/m.106). Bu minvalde bakanların atanması, sorumlulukları, görevden alınmaları gibi hususlar değerlendirildiğinde bakanların parlamenter sistemdeki bakanlardan tamamen farklı bir kimliğe büründüğü ve cumhurbaşkanının yardımcı elemanı gibi nitelendirilebileceği görülmektedir.

3. Hükümetin Göreve Başlaması İçin Güvenoyu Şartı

Devlet başkanının yürütme üzerindeki gücünün bir diğer göstergesi hükümet ve bakanların görevden alınmasına dair usullerdir. Krouwel göreve başlamak için güvenoyu gerekliliği ve görev sırasında güvenoyu aranması şartı şeklinde iki kriter kullanarak devlet başkanı ve parlamentonun yürütme üzerindeki gücünü incelemiştir⁵⁹. Türk anayasal tarihinde göreve başlamak için güvenoyu ile görev sırasında güvenoyu arasında 1961 Anayasasına dek bir fark olmadığı için bu iki kriteri tek bir kriter altında toplayacak ve Türk siyasi tarihini daha çok şekillendirmiş olan göreve başlamak için güvenoyu şartına odaklanacağız. Zira parlamentoya kıyasla devlet başkanının siyasi gücünü inceleyen çalışmalar da göreve başlamak için güvenoyu şartına odaklanmaktadır⁶⁰.

1876 Anayasasına göre Heyet-i Vükela Padişaha karşı sorumludur (1876/m.7). Hükümetin göreve başlamak için güvenoyu şartı 1909 yılındaki anayasa değişikliği ile getirilmiştir (1909/m.30). Bu usul 2017 anayasası değişikliğine dek yürürlükte kalmıştır (1921/m.8; 1923/m.12; 1924/m.44; 1961/m.103; 1982/m.110). 2017 yılındaki anayasa değişikliği neticesinde Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçiş ile birlikte göreve başlamak için meclisten güvenoyu alma şartı kaldırılmıştır.

4. Bakanların Görevden Alınması

Bakanların görevden alınmasına dair 1961 ve 1982 Anayasaları genel seçimler öncesinde bazı bakanların istifasını zorunlu tutmaktadır (1961/m.109; 1982/m.114). Seçim zamanlarına ait bu anayasal zorunlulukları kapsam dışı tutarak bakanların görevden ayrılmalarını üç kategori altında inceleyebiliriz: Devlet başkanının talebiyle görevden ayrılma, gensoru veya başbakanının talebi nedeniyle devlet başkanı tarafından görevden ayrılma ve sadece gensoru nedeniyle görevden ayrılma.

1876 Anayasası, Bakanlar Kurulunun ya da üyelerinin görevden alınması yetkisini padişaha tanımıştır (1876/m.7). 1909 yılındaki anayasa değişikliği ile padişaha sadrazamın teşkil ve arz edeceği vükelanın onaylanması ve icabında usulüne göre görevden alınma ve değiştirilmesi yetkisi tanınırken Meclis-i Mebusan'a gensoru ve güvensizlik oyu yetkisi verilmiştir (1909/m.7, 38). 1921 Anayasası gensoru ve güvensizlik oyu konusunda herhangi bir

⁵⁹ Krouwel, s. 361.

⁶⁰ Johannsen / Norgaard, s. 22; Frye, s. 548.

hüküm belirtilmemiş ama bakanların belirlenmesi yetkisi parlamentoya verilerek bakanların görevden alınması yetkisi fiilen parlamento tarafından kullanılmıştır (1921/m. 3; 1923/m. 4). 1924 Anayasası ise gensoru yetkisinin TBMM'ye ait olduğunu belirtmiştir (1924/m.22). 1961 Anayasası gensoru yetkisinin sadece Millet Meclisine ait olduğunu belirtmişse de (1961/m. 89), 1971 anayasa değişikliğiyle meclisin gensoru yetkisini kullanma şartını 'gensoru önergesi bir siyasi parti grubu adına ya da en az 10 milletvekilinin imzasıyla verilir' ifadesi ekleyerek nispeten zorlaştırılmıştır (1971/m.89). 1982 Anayasası meclisin gensoru yetkisini kullanma şartını 20 milletvekiline çıkararak daha da zorlaştırmış (1982/m.99) ve cumhurbaşkanına başbakanın teklifi üzerine bakanların görevine son verme yetkisi tanınmıştır (1982/m.104). 2017 anayasa değişikliğiyle birlikte cumhurbaşkanı yardımcılarını ile bakanları atama ve görevlerine son verme yetkisi cumhurbaşkanına tanınmıştır (2017/m.104).

5. Yürütmenin Odağı

Krouwel yürütmenin gücünün sadece başkana ya da meclise ait olabileceği gibi başkan ile meclise karşı sorumlu kabine arasında da paylaşılabilirliğini belirtmiştir.⁶¹ Ancak meclis hükümetleri haricinde yürütme gücü, Bakanlar Kurulu aracılığıyla kullanıldığı için bu son seçeneği meclise karşı sorumlu Bakanlar Kurulu olarak değiştirmeyi uygun bulduk.

1876 tarihli Kanun-i Esasi yürütme yetkilerini padişahın elinde toplamıştır. Egemenliğin ve hilafetin tek sahibi olan (1876/m.4), kutsal ve sorumsuz olan padişah (1876/m.5), kara ve deniz kuvvetleri komutanı olarak silahlı kuvvetlerin başkomutanıdır (1876/m.7). Dönemin Bakanlar Kurulu olan Heyet-i Vükela'yı toplantıya çağırır, kararlarını onaylar (1876/m.28) ve Heyet-i Vükela toplanmadığı zamanlarda muvakkaten kanun çıkarma yetkisini kendi başına kullanabilir (1876/m.36). Dahası, padişah olağanüstü durumlarda Kanun-i Esasi'yi askıya alarak devleti tek başına yönetebilmektedir (1876/m.113). Ancak 1909 yılında yapılan değişiklikler neticesinde padişahın yürütme alanındaki yetkileri kısıtlanmıştır. Öncelikle padişahın mutlak egemenliğinin sınırlandırılması adına, Anayasanın 3. Maddesine "*şer'i, şerif ve Kanun-i Esasi ahkâmına uyacağına ve vatan ve millete bağlılık göstereceğine yemin eder*" ibaresinin eklenmesi dikkat çekmektedir. Ayrıca yabancı devletlerle yapılan anlaşmaları onaylama yetkisi meclise devredilmiş, padişahın tek başına yapabileceği işlemler de sınırlandırılarak, esas sorumlu

⁶¹ Krouwel, s. 362.

kanat olan Heyet-i Vükela'nın padişahın yaptığı işlemlerin altına imza atması zorunluluğu getirilmiştir (1909/m.30). Bu bağlamda karşı imza kuralının anayasada kabul edildiğini söylemek mümkündür. Dolayısıyla padişah ve Heyet-i Vükela arasında yetki paylaşımı getirilmiştir.

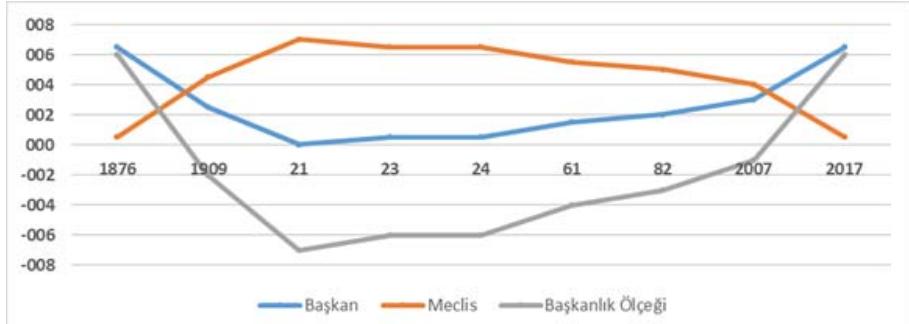
1921 Anayasası ile meclis hükümeti modeli getirilmiş ve yasama ve yürütme erklerinin BMM'de toplanması sağlanmıştır (1921/m.2). Vekiller Heyetinin kararlarının onaylanması yetkisi dönemin devlet başkanı olan meclis başkanına ait bir yetki olsa da (1921/m.9), devletin meclis tarafından idare edileceği ve hükümetin de BMM hükümeti adını alacağı ibareleri ile meclisin yürütme üzerindeki hakimiyeti pekiştirilmiştir (1921/m.3). 1923 yılında yapılan anayasa değişikliği ile meclisin hükümeti İcra Vekilleri ile idare edeceği hükmü getirilerek yürütmenin odağını meclise karşı sorumlu Bakanlar Kurulu oluşturmaya devam etmiştir (1923/m.4). 1924 Anayasasında da cumhurbaşkanı yürütmenin sorumsuz kanadını oluşturmakta, esas sorumluluk sahibi olan Bakanlar Kuruluna (1924/m.46) gerekli gördüğü halde başkanlık edebilmekte (1924/m.32), tüzükleri imzalamakta (1924/m.52) ve kurulun aldığı kararların altına imza atma yetkisi bulunmaktadır (1924/m.39). Ayrıca meclis üyeleri arasından başbakanı atayabilmekte, meclis üyeleri arasından başbakanca seçilen üyeleri onaylamakta ve herhangi bir savaş durumunda (1924/m.44) Bakanlar Kurulunun teklifi üzerine Genelkurmay Başkanını tayin edebilmektedir (1924/m.40). Yürütmeye dair bu kısıtlı yetkiler dışında her yıl Kasım ayında meclise söylev vermek (1924/m.36), törenli oturumlarda meclise başkanlık etmek (1924/m.2), yabancı devlet temsilcilerini tayin etmek ve yabancı devletlerin temsilcilerini kabul etmek (1924/m.37) gibi devletin başı olmasından kaynaklı törensel yetkileri bulunmaktadır.

1961 Anayasası cumhurbaşkanının törensel yetkilerini korumuştur. Cumhurbaşkanı yabancı devletlere Türk temsilcilerini gönderir ve Türkiye'ye gönderilen devlet temsilcilerini kabul eder, TBMM tarafından bir kanunla onaylanmış milletlerarası antlaşmaları yayınlar (1961/m.65) ve Başkomutanlık kurumunu TBMM adına temsil eder (1961/m.110). Yürütmenin asıl odağını ise Millet Meclisine karşı sorumlu Bakanlar Kurulu oluşturmaktadır. Ancak, cumhurbaşkanının yürütmeye dair kısıtlı da olsa yetkileri bulunmaktadır. Gerekli gördükçe Bakanlar Kuruluna başkanlık edebilme (1961/m.97), Milli Güvenlik Kurulu'nun (MGK) başkanı olma (1961/m.111), doğrudan ya da Bakanlar Kurulunun istemi üzerine TBMM'yi toplantıya çağırabilme (1961/m. 83) ve Bakanlar Kurulunun teklifiyle Genelkurmay Başkanını atayabilme (1961/m. 110) bu kısıtlı yetkilere örnek gösterilebilir.

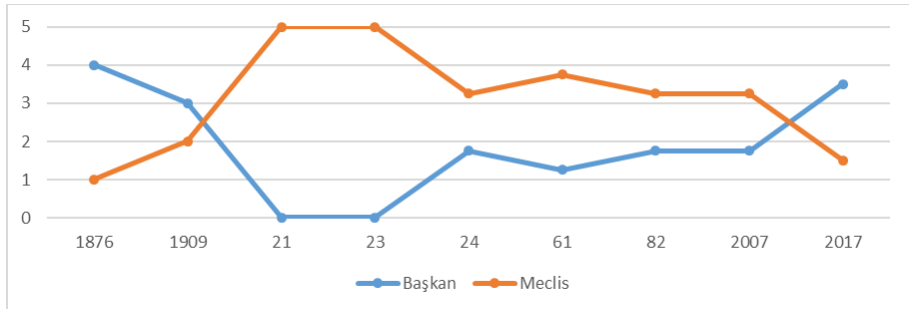
1982 Anayasası ise cumhurbaşkanının törensel yetkilerini korumanın yanı sıra yürütmeye dair yetkilerini genişletmiştir. Cumhurbaşkanı, başbakanın teklifi üzerine bakanları atar veya görevden alır, başbakanı atar ve istifasını kabul eder, gerekli gördükçe Bakanlar Kurulunu toplantıya çağırır ve toplantılara başkanlık eder, Bakanlar Kurulunun teklifi üzerine Genelkurmay Başkanını atar, MGK'yı toplantıya çağırır ve toplantılara başkanlık eder, başbakan ve Genelkurmay Başkanının önerilerini dikkate alarak MGK gündemini düzenler, ülkenin ani bir silahlı saldırıya uğraması sebebiyle silahlı kuvvetlerin kullanılmasına derhal karar verilmesinin kaçınılmaz olması halinde Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar verebilir, kararname ve tüzükleri imzalar, Bakanlar Kurulu kararıyla sıkıyönetim ya da olağanüstü hal ilan eder ve KHK çıkarır, kararnameleri imzalar, Yüksek Öğretim Kurulu üyelerini seçer, rektörleri atar, Devlet Denetleme Kurumu (DDK) üyelerini atar ve DDK'ya her türlü kamu kurum ve kuruluşlarının incelemesi yaptırabilir (1982/m.92, 104, 108, 109, 115, 117, 118). Ayrıca yetkileri genişletilmiş ve cumhurbaşkanına yardımcı olmak üzere Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği kurulmuştur (1982/m.107). Bu anlamda başkan ve meclise karşı sorumlu Bakanlar Kurulu arasında yetki paylaşımından bahsedilebilir. 2007 anayasa değişikliği ile getirilen yürütmedeki çift başlılık 2017 anayasa değişikliği sonucunda kaldırılmış ve cumhurbaşkanı yürütme organını tek başına temsil etmeye başlamıştır. Dolayısıyla yürütme yetkisi ve görevi tamamen Cumhurbaşkanına devredilmiştir (2017/m. 8).

V. GENEL DEĞERLENDİRME

Şekil 2 uyarlanmış Başkanlık-Parlamentarizm ölçeği sonuçlarını göstermektedir. Şekilde de görüleceği üzere 1876'dan 1921'e dek devlet başkanına kıyasla meclisin gücü giderek artmış, 1921 Anayasası ile devlet başkanı neredeyse tamamen etkisiz hale gelmiştir. Cumhuriyetin ilanı sonrasında cumhurbaşkanının yetkileri giderek artmıştır. 1924 Anayasası, 1961 Anayasasına kıyasla daha güçlü bir Cumhurbaşkanlığı makamı öngörmüş olmakla beraber literatürde de belirtildiği üzere esasen 1982 Anayasası Cumhurbaşkanlığı makamının gücünü önemli ölçüde artırmıştır. 1982 Anayasasında yapılan 2007 ve 2017 değişiklikleri ise Cumhurbaşkanlığı makamının gücünü daha da artırmıştır. Öncelikle meclis ile cumhurbaşkanının gücü 2007 Anayasa değişikliği ile neredeyse tamamen eşitlenmiş sonrasında da 2017 Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanlığı makamı neredeyse 1876 Anayasasında padişaha verilen yetkilere kavuşmuştur.

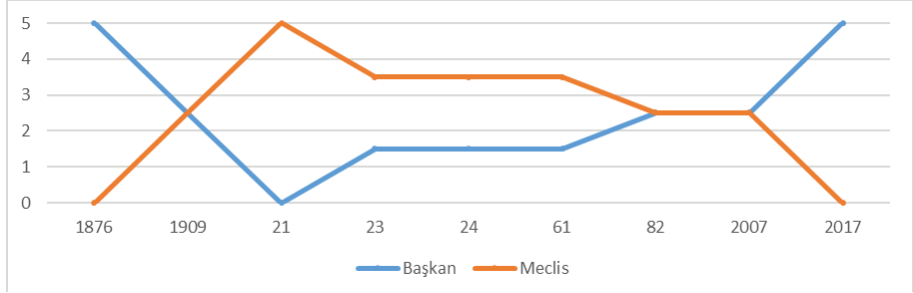
Şekil 2. Uyarlanmış başkanlık-parlamentarizm ölçeği

Devlet başkanı ve parlamentonun yasamaya dair yetkileri Şekil 3'te karşılaştırılmıştır. 1876 Anayasasında yasama ve parlamentoya dair önemli yetkileri bulunan devlet başkanının yetkileri 1909 Anayasa değişikliği ile kısıtlanmıştır. 1921 Anayasası ile yasama ile ilişkili güçleri meclise kıyasla en alt seviyeye inen devlet başkanı, 1924 Anayasası ile gücünü artırmıştır. 1961'de tarafsızlık zorunluluğu nedeni ile gücü nispeten azalan Cumhurbaşkanlığı makamı 1982 Anayasasından itibaren gücünü sürekli artırmış ve 2017'de neredeyse 1876 Anayasası düzeyinde yasamaya dair anayasal yetkiye sahip olmuştur.

Figür 3. Başkan ve meclisin yasamaya dair yetkileri

Devlet başkanı ve parlamentonun yürütme ile alakalı yetkileri Şekil 4'te karşılaştırılmıştır. 1876 Anayasası gereği yürütme gücünün tamamına sahip olan devlet başkanlığı kurumu giderek gücünü kaybetmiş ve 1921 Anayasası itibariyle yürütme gücüne sahip olmayan bir kuruma dönüşmüştür. 1923'den itibaren yürütmeye dair yetkileri nispeten artan Cumhurbaşkanlığı, 1982 Anayasası ile gücünü artırmış ve 2017 Anayasa değişikliği sonrasında cumhurbaşkanının yürütme ile alakalı yetkileri 1876'da Padişahın yürütme ile alakalı yetkileri seviyesine yükselmiştir.

Şekil 4. Başkan ve meclisin yürütmeye dair yetkileri



SONUÇ VE ÖNERİLER

Türk anayasaları incelendiğinde, 1876 Kanun-i Esasi döneminde mutlak monarşinin hâkim olduğu hükümet sisteminde hükümdarın gücünün neredeyse sınırsız olduğu ancak önce 1909 değişikliği ile başlayan kuvvetler ayrılığının Cumhuriyet dönemi ile pekiştiği literatüre benzer bir şekilde saptanmıştır. Ancak görülmektedir ki 1921 Anayasası ile en alt seviyeye inen devlet başkanının gücü, özellikle 1982 Anayasası ile giderek güçlenmiştir. Çalışmamızda bu noktada literatürde yer alan değerlendirmeler ile farklılıklar bulunması dikkat çekicidir. Literatürde 1924 Anayasası ile 1961 Anayasası karşılaştırıldığında devlet başkanının gücü bakımından önemli bir fark bulunmadığı belirtilmektedir. Çalışmamızda ise devlet başkanının 1924 Anayasasında partili olması, 1961 Anayasasında ise devlet başkanının tarafsızlığı değerlendirildiğinde grafiklerde 1924 Anayasasında devlet başkanının gücünün daha fazla olduğu dikkat çekmektedir.

Türk anayasa tarihi ele alınarak Osmanlı İmparatorluğu'ndan günümüze dek yürürlükteki anayasaların değerlendirildiği birçok çalışma literatürde bulunmaktadır. Bu çalışmalarda her anayasanın özellikleri ve getirdiği çalışmalar tek tek ele alınmıştır. Çalışmamızda ise 1876'dan 2017'ye değin Türk anayasa tarihindeki tüm anayasalar arasında belli bir karşılaştırma yapılarak gelinen nokta belirlenmeye çalışılmıştır. Buna göre, 1876 Anayasası yürürlüğe konduğu zaman Osmanlı Devleti'nin hukuk devleti olmaktan öte bir 'kanun devleti' özelliği taşıyan, kuvvetler birliğinin hâkim olduğu bir mutlak monarşi olduğu söylenebilir. 1909 anayasa değişikliği ile bu kuvvetler birliğinde bir yumuşamanın hasıl olduğu ve parlamenter monarşinin Türk anayasa hayatına girdiği gözlenmektedir. Bu bakımdan devlet başkanının yetkilerinde de önemli kısıtlamalar dikkat çekmektedir. Millî Mücadele döneminin anayasası olan 1921 Anayasasında ise dönemin olağanüstü

koşullarının etkisi ile yine kuvvetler birliği hâkim olmuştur. Ancak bu sefer esas yetki yürütmenin başı olan devlet başkanına değil, yasama organı olan meclise verildiğinden, devlet başkanının yetkileri son derece sınırlıdır. 1924 ve 1961 dönemlerinde ise parlamenter sisteme geçilmesi ile devlet başkanlarının yetkilerinin parlamenter sisteme uygun olarak sınırlı olarak tanındığı gözlemlenebilir. Ancak burada literatürdeki tanımlamaların aksine 1924 Anayasası döneminde partili Cumhurbaşkanlığı söz konusu olduğundan, 1961 Anayasasına nazaran 1924 döneminde devlet başkanının daha etkili olduğu unutulmamalıdır. 12 Eylül Askeri Darbesi sonrasında hazırlanan 1982 Anayasasında devlet başkanına daha fazla yetki tanınmakla beraber, 2017 anayasa değişikliği ile uygulanmaya başlanan hükümet sistemi doğrultusunda devlet başkanının yetkilerinde ciddi bir artış meydana gelmiştir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, mevcut çalışmalardan farklı olarak 1876'da padişahın sahip olduğu güç ile 2017 anayasa değişikliği sonrasında cumhurbaşkanının sahip olduğu güçlerin karşılaştırılması sonucu ortaya çıkan sonuçlar dikkat çekicidir. Yasama yetkileri açısından 1876 yılındaki padişaha yakın derecede yetkiye sahip olan günümüzün cumhurbaşkanı, yürütme açısından padişahın sahip olduğu temel yetkilere sahiptir. Bu anlamda 2017 anayasa değişikliği ile 1876'da devlet başkanının sahip olduğu yetkilere dönüş neredeyse sağlanmıştır. Bu bağlamda 2017 değişikliği ile salt hükümet sisteminin değişmediği, bunun yanında kuvvetler ayrılığında kuvvetler birliğine yakın emarelerin saptandığı da belirtilebilir.

Çalışmamızın kimi kısıtlılıkları bulunmaktadır. Öncelikle çalışmamız formel yetkilere odaklandığı için gerçekte devlet başkanlığı kurumunun enformel açıdan başbakanlık ve meclis ile ilişkisine değinmemektedir. Anayasal değişiklik yaşanmamasına rağmen kimi cumhurbaşkanları yetkilerini aktif olarak kullanırken kimileri ise yetkilerini sadece siyasi kriz gibi belirli dönemlerde kullanmayı tercih etmiştir. Bu durum 'başkanlık aktivizmi' (*presidential activism*) kavramının önemini göstermektedir. Köker ile Anayurt, Erdoğan ve Ekinci tarafından Orta ve Doğu Avrupa ülkeleri için incelenmiş olan bu kavramın Türkiye örneğinde de incelenmesi gerekmektedir⁶². İkinci olarak çalışmamızda 2017 yılında başbakanlık kurumu bulunmamasına rağmen başbakanı belirleme yetkisi devlet başkanına ait

⁶² Philipp Köker, *Presidential Activism and Veto Power in Central and Eastern Europe*, Palgrave Macmillan, 2016; Ömer Anayurt / Murat Erdoğan / Ahmet Ekinci, "Devlet Başkanının Halk Tarafından Seçildiği Hükümet Sistemlerinde Seçim Döngüsünün Kuvvetler Ayrılığı ve Siyasal İstikrar Üzerinde Etkisi", Abuzer Kendigelen / Saadet Yüksel (Ed.), *Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil'in Anısına Armağan*, Oniki Levha Yayıncılık, 2019, s-184-225.

sayılmıştır. Kriterler arasında tutarlılığı sağlamak için yaptığımız bu benzetme nedeniyle çalışmamızın güvenilirliği nispeten azalmıştır. Diğer bir deyişle, ölçek geçerliliğini artırma çabamız başbakanın belirlenmesine dair maddenin ölçüm güvenilirliğini azaltmıştır. Bu sınırlılıklarına rağmen çalışmamızın literatüre kimi katkıları bulunmaktadır. Öncelikle çalışmamız yasama-yürütme ilişkilerini puanlandırmaya dayanan yaklaşımı benimsemiş ve bu yaklaşımı Türkiye örneğinde uygulayan ilk çalışmalardan biri olmuştur. Bu yaklaşım sayesinde gerek Türk anayasalarında yasama-yürütme dengesini ölçmek gerekse Türk anayasal gelişiminin karşılaştırılmak için veri sağlamıştır. Ayrıca çalışmamız Krouwel'in başkanlık-parlamentarizm ölçeğini uyarlayarak Türk anayasal gelişmelerini daha doğru bir şekilde resmetmiş ve geçerliliği nispeten düşük olan bu ölçeğin geçerliliğini artırmıştır. Son olarak çalışmamız mevcut çalışmalarca henüz incelenmeyen başkanlık endeksleri konusunda okuyucuya literatür taraması sağlamıştır.

KAYNAKÇA

- Aldıkaçtı O, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, Fakülteler Matbaası, 1970.
- Anayurt Ö, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Anayurt Ö / Erdoğan M / Ekinci A, “Devlet Başkanının Halk Tarafından Seçildiği Hükümet Sistemlerinde Seçim Döngüsünün Kuvvetler Ayrılığı ve Siyasal İstikrar Üzerinde Etkisi”, Abuzer Kendigelen / Saadet Yüksel (Ed.), *Ord. Prof. Dr. Ali Fuat Başgil’in Anısına Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 184-225.
- Andrews J T / Bairett R L, “Institutions and the Stabilization of Party Systems in the New Democracies of Central and Eastern Europe”, *Electoral Studies*, 33, 2014, s. 307-321.
- Araslı O, *Adaylık Kavramı ve Türkiye’de Milletvekilliği Adaylığı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972.
- Armingeon K / Careja R, “Comparative Data Set for 28 Post-Communist Countries, 1989-2007”, *Institute of Political Science University of Zurich*, 2007, <<https://www.cps-data.org/index.php/data>> Erişim Tarihi 20 Temmuz 2021.
- Arsel İ, *Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları*, Mars Matbaası, 1965.
- Aydın MA, “Milletvekili Adaylarının Belirlenme Usulü ve Önseçim”, *Yasama Dergisi*, 5, 2007, s. 82-108.
- Başgil A F, *Esas Teşkilat Hukuku*, Baha Matbaası, 1960.
- Boyunsuz Ş Ö, *Dünyada Başkanlık Sistemleri*, İmge Kitabevi, 2017.
- Clark T D / Wittrock J N, “Presidentialism and the Effect of Electoral Law in Postcommunist Systems: Regime Type Matters”, *Comparative Political Studies*, 38(2), 2005, s. 171-188.
- Doyle D, “Measuring Presidential and Prime Ministerial Power”, Rudy B Andeweg vd. (Ed.), *The Oxford Handbook of Political Executives*, Oxford University Press, 2020, s. 381-401.
- Doyle D / Elgie R, “Maximizing the Reliability of Cross-National Measures of Presidential Power”, *British Journal of Political Science*, 46(4), 2016, s. 731-741.

- Duverger M, "A New Political System Model: Semi-Presidential Government", *European Journal of Political Research*, 8, 1980, s. 165-187.
- Ekinci A, *Yükselen Bir Hükümet Sistemi Tercihini Olarak Tek Başlı Karma Hükümet Sistemleri*, Yetkin Yayınevi, 2020.
- Esen B / Gümüüşü Ş, "A Small Yes for Presidentialism: The Turkish Constitutional Referendum of April 2017", *South European Society and Politics*, 22(3), 2017, s. 303-326.
- Fish M S / Kroenig M, *The Handbook of National Legislatures: A Global Survey*, Cambridge University Press, 2009.
- Fortin J, "Measuring Presidential Powers: Some Pitfalls of Aggregate Measurement", *International Political Science Review*, 34 (1), 2013, s. 91-112.
- Frye T, "A Politics of Institutional Choice: Post-Communist Presidencies", *Comparative Political Studies*, 30(5), 1997, s. 523-552.
- Gözler K, *Kanun Hükümünde Kararnemelerin Hukuki Rejimi*, Ekin Yayınevi, 2000.
- Gözler K, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, 2018.
- Gül H / Kamalak İ / Gül S S, "Amerikan Başkanlık ve Fransız Yarı-Başkanlık Sistemleri Işığında Türkiye'nin Yeni Cumhurbaşkanlığı Hükümeti Sistemi", *Strategic Public Management Journal*, 3 2017, s. 101-120.
- Hekimoğlu M M, *Anayasa Hukukunda Karşılaştırmalı 'Demokratik Hükümet Sistemleri' ve Türkiye*, Detay Yayıncılık, 2009.
- Hicken A / Stoll H, "Electoral Rules and the Size of the Prize: How Political Institutions Shape Presidential Party Systems", *Journal of Politics*, 70(4), 2008, s. 1109-1127.
- Johannsen L/Norgaard O, 'IPA: The Index of Presidential Authority. Explorations into the Measurement and Impact of a Political Institution', *ECPR Joint Sessions*, University of Edinburgh, 28 March - 2 April 2003, <https://www.researchgate.net/publication/315756690_IPA_The_Index_of_Presidential_Authority_Explorations_into_the_measurement_of_impact_of_a_political_institution> Erişim Tarihi 16 Temmuz 2021.
- Kılınç D, "Türkiye'de Bitmeyen Tartışma: Hükümet Sistemi Üzerine

- Değerlendirmeler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20(1), 2016, s. 447-510.
- Köker P, *Presidential Activism and Veto Power in Central and Eastern Europe*, Palgrave Macmillan, 2016.
- Krouwel A, “Measuring Presidentialism and Parliamentarism: An Application to Central and East European Countries”, *Acta Politica*, 38(4), 2003, s. 333-364.
- Kuzu B, *Yürütme Organının Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi ve Güçlendirilmesi Eğilimi*, Filiz Kitabevi, 1987.
- Lijphart A, *Çağdaş Demokrasiler*, Yetkin Yayınevi, 1996.
- Lijphart A, ‘Introduction’, Arend Lijphart (Ed.), *Parliamentary versus Presidential Government*, Oxford University Press, 1992, s. 1-27.
- Mainwaring S, “Presidentialism, Multiparty Systems, and Democracy: The Difficult Equation”, *Comparative Political Studies*, 26(4), 1993, s. 198-228.
- Metcalf L K, “Measuring Presidential Power”, *Comparative Political Studies*, 33(5), 2000, s. 6606-6685.
- Negretto G, “Political Parties and Institutional Design: Explaining Constitutional Choice in Latin America”, *British Journal of Political Science*, 39(1), 2009, s. 117-139.
- Önder S, *Türk Parlamenter Sisteminde Cumhurbaşkanının Rolü*, Turhan Kitabevi, 2007.
- Özbudun E, *1921 Anayasası*, Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, 1992.
- Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınevi, 2011.
- Özbudun E, *1924 Anayasası*, Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012.
- Roper S D, “Are All Semipresidential Regimes the Same? A Comparison of Premier-Presidential Regimes”, *Comparative Politics*, 34(3), 2002, s. 253-272.
- Sartori G, “Neither Presidentialism nor Parliamentarism”, Juan J Linz / Arturo Valenzuela (Ed.), *The Failure of Presidential Democracy*, Johns Hopkins University Press, 1994, s. 106-118.
- Savage L, “How and When Do Presidents Influence the Duration of Coalition

- Bargaining in Semi-Presidential Systems?”, *European Journal of Political Research*, 57(2), 2018, s. 308-332.
- Sevinç M, “Güçlendirilmiş” Parlamenter Sistem Ne Demek?”, *Diken*, 16 Ağustos 2020, <<http://www.diken.com.tr/guclendirilmis-parlamenter-sistem-ne-demek/>> Erişim Tarihi 03 Aralık. 2020.
- Sezginer M, “Güçlü Yürütme Anlayışı ve Türkiye’deki Görünümü”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(1), 1990, s. 67-93.
- Shugart M S, “Of Presidents and Parliaments”, *East European Constitution Review*, 2(1), 1993, s. 30-32.
- Shugart M S /Carey J M, *Presidents and Assemblies: Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge University Press, 1992.
- Siaroff A, “Comparative Presidencies: The Inadequacy of the Presidential, Semi-Presidential and Parliamentary Distinction”, *European Journal of Political Research*, 42(3), 2003, s. 287-312.
- Singh S P / Carlin R E, “Happy Medium, Happy Citizens: Presidential Power and Democratic Regime Support”, *Political Research Quarterly*, 68(1), 2015, s. 3-17.
- Stepan A/ Skach C, “Constitutional Frameworks and Democratic Consolidation Parliamentarism versus Presidentialism”, *World Politics*, 46(1), 1993, s. 1-22.
- Taghiyev E A, “Measuring Presidential Power in Post-Soviet Countries”, *CEU Political Science Journal*, 2(3), 2006, s. 11-21.
- Tanör B, *Osmanlı Türk Anayasal Gelişmeleri*, Yapı Kredi Yayınları, 2007.
- Tanör B, *Anayasal Gelişme Tezleri*, Yapı Kredi Yayınları, 2008.
- Teziç E, *Anayasa Hukuku*, Beta Basım, 2005.
- Uluşahin N, *Saf Hükümet Sistemleri Karşısında İki Başlı Yürütme Yapılanması*, Yetkin Yayınevi, 2007.
- von Trapp L, “Benchmarks and Self-Assessment Frameworks for Parliaments”, Mitchell O’Brien / Rick Stapenhurst / Lisa von Trapp (Ed), *Benchmarking and Self-Assessment for Parliaments*, The World Bank, 2016, s. 7-60.
- Whitefield S, “Mind the Representation Gap: Explaining Differences in Public Views of Representation in Postcommunist Democracies”, *Comparative*

Political Studies, 39(6), 2006, s. 733-758.

Zaznaev O, “Measuring Presidential Power in Post-Communist Countries: Rectification of Mistakes”, *Mediterranean Journal of Social Sciences*, 6(1), 2015, s. 443-449.

1876'dan 2017'ye Devlet Başkanlarının Anayasal Güçleri

PROVOKATİF MEŞRU SAVUNMA

Elif ERGÜNE*

Erkan SARITAŞ**

ÖZET

Ceza hukukunda meşru savunma hükümlerinin uygulanması açısından en tartışmalı meselelerden birini, bilahare savunmada bulunacak olan failin bir saldırıyı provoke ettiği haller teşkil etmektedir. Bu hallerde fail, genel olarak karşısındaki kişinin bir saldırısı ile karşı karşıya kalabileceğini öngörmesine rağmen onu tahrik edecek bir davranışta bulunmakta (=kasıtlı provokasyon) ve hatta bazı ihtimallerde, o kimseyi bir saldırıya yöneltmek için bir plan dahilinde tahrik teşkil eden bir fiili işlemektedir (=maksatlı provokasyon). Her iki ihtimal açısından da çözümlenmesi gereken temel hukuki sorun, failin meşru savunma hükümlerinden yararlanıp yararlanmayacağı ve eğer yararlanacaksa olağandan daha ağır şartların aranıp aranmayacağı meselesidir. Bu meselenin çözümlenmesi açısından Alman ve İtalyan doktrinlerinde pek çok farklı teori ileri sürülmüş ve bunlardan bazıları mahkeme kararlarını da doğrudan etkilemiştir. Çalışmamızda bu teoriler ayrı ayrı incelenmekte, değerlendirilmekte ve bu sorunun Türk Hukuku açısından nasıl çözümlenmesi gerektiği hususuna dair sonuçlara varılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Meşru savunma, provokasyon, hakkın kötüye kullanılması, üç basamak teorisi, *actio illicita in causa*.

PROVOCATIVE SELF-DEFENSE

ABSTRACT

One of the most controversial issues in terms of the application of self-defense provisions in criminal law is the situations in which the perpetrator, who will subsequently defend himself, provokes an attack. In these cases, although the perpetrator generally foresees that he/she may face an attack from the other person, he/she acts in a way that will provoke him/her (=deliberate provocation) and in some cases even commits an act that constitutes provocation (=purposeful provocation)

* **Dr. Öğr. Üyesi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/İSTANBUL, e-posta: elifbekar@istanbul.edu.tr
ORCID: 0000-0001-6443-8392.

** **Dr. Öğr. Üyesi**, İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı/İSTANBUL, e-posta: esaritas@29mayis.edu.tr
ORCID: 0000-0003-4873-9317.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1116496

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 24/11/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 01/02/2022

within a plan to lead to the other person to an attack. In terms of both possibilities, the main legal problem that needs to be resolved is whether the perpetrator will benefit from the provisions of self-defense and if he/she does, whether more severe conditions than usual will be sought. In terms of resolving this issue, many different theories have been put forward in the German and Italian doctrines, and some of them directly affected the court decisions. In this study, these theories are examined and evaluated separately and conclusions are reached on how this problem should be resolved in terms of Turkish law.

Keywords: *Self-defense, provocation, abuse of right, three-step theory, actio illicita in causa.*

GİRİŞ

Haksız bir saldırıya uğrayan kimsenin gerçekleştirdiği savunmanın meşru savunma şartlarını sağlayıp sağlamadığının değerlendirilmesi noktasında, onun bu saldırıya sebep teşkil eden öncel davranışlarının da hesaba katılıp katılmayacağı meselesi tartışmaya oldukça açıktır ve bu tartışmaların en çok yoğunlaştığı alanı, bilahare savunmada bulunan failin bir saldırıyı *provoke ettiği* haller teşkil etmektedir. Bu hallerde fail, genel olarak muhatabının bir saldırısı ile karşı karşıya kalabileceğini öngörmesine rağmen onu tahrik edecek bir davranışta bulunmakta ve hatta bazı ihtimallerde bizatihi muhatabını bir saldırıya yöneltmek için bir plan dâhilinde, tahrik teşkil eden bir fiili icra etmektedir.

Her iki ihtimal açısından da failin meşru savunma hükümlerinden yararlanıp yararlanmayacağı hususu, gerek Alman gerekse de İtalyan doktrininde etraflıca tartışılmış ve bu sorunun çözümü noktasında, birbirinden oldukça farklı esaslara dayanan pek çok görüş ortaya konulmuştur. Bu tartışmalar sadece doktriner boyutta kalmayıp uygulama açısından da oldukça önemli sonuçlar doğurmuştur. Nitekim ülkemizde de mesele uygulamada tartışmalara sebebiyet vermiş ve oldukça yakın tarihli kararlarda dahi birbirinden tamamen farklı sonuçlara ulaşılabilirdiği gözlenmiştir. Bu açıdan provokatif meşru savunma kavramının ve bu çerçevede provokatörün meşru savunma hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı meselesinin incelenme konusu yapılmasının gerek doktrin gerekse de uygulama açısından faydalı olacağı değerlendirilmiştir.

Bu düşünce çerçevesinde altı başlıktan oluşan çalışmamızın ilk başlığında *provokatif meşru savunma* kavramının tanımı yapılarak failin saldırıya sebep

olduğu benzer hallerden ayrılması sağlanmış ve yine aynı başlıkta, bu kavram çerçevesinde tartışma konusu olan temel sorun ve buna dair çözüm tarzları, üç kategoride toplanarak çalışmanın amacı ve sınırları belirlenmiştir. Takip eden üç başlıkta sırasıyla bu çözüm tarzları, bunlara dair teoriler bağlamında kısaca ortaya konulmuştur. Beşinci başlıkta bu hususta inceleme konusu yapılması gereken bir diğer mesele olan provokatörün meşru savunma hakkının sınırlandırılması hususu, Alman doktrininde ileri sürülen *üç basamak teorisi* örneğinde incelenmiş ve nihayet altıncı başlıkta Türk Hukuku açısından soruna yönelik çözüm önerisi ortaya konulmuştur.

I. PROVOKATİF MEŞRU SAVUNMA KAVRAMININ TANIMLANMASI VE ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN TEMEL SORUNUN ORTAYA KONULMASI

A. Meşru Savunma Kurumu Açısından Failin Saldırıya Sebep Olması Meselesi ve Bu Çerçeve *Provokatif Meşru Savunma Kavramının Tanımlanması ve Sınırlarının Belirlenmesi*

Meşru savunma halinden söz edebilmek için failin, kendisine yahut bir başkasına ait yaşam, cinsel dokunulmazlık, konut dokunulmazlığı gibi *bir hakka yönelmiş, güncel ve haksız* bir saldırıyla karşı karşıya kalması gerektiği şüphesizdir¹. Bu çerçevede, hukuka uygun bir fiile karşı meşru savunma söz konusu olamayacağı gibi artık sona ermiş yahut gerçekleşmesi halihazırda sadece olasılık dahilinde olan bir saldırı için de meşru savunmada

¹ Reinhart Maurach/Heinz Zipf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., C. F. Müller, 1992, § 26, N. 8, 23; Klaus Hoffmann-Holland, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Mohr Siebeck, 2011, § 3, N. 226-229; Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12. Aufl., Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2016, § 15, N. 18; Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 43. Aufl., C. F. Müller, 2013, § 8, N. 325; Kristian Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., Vahlen, 2017, § 7, N. 2; Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., De Gruyter, 1991, § 12, N. 1; Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Springer, 2005, § 6, N. 65; Eberhard Schmidhauser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Mohr Siebeck, 1975, § 9, N. 84; Rudolf Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., C. H. Beck, 2012, § 18, N. 19; Silvio Ranieri, *Manuale di diritto penale, Volume primo: Parte generale*, 3. Edz., CEDAM, 1956, s. 145-146; Arturo Santoro, *Manuale di diritto penale I*, UTET, 1958, s. 210; Pietro Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, 2. Edz., CEDAM, 1982, s. 209; Antonio Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte generale*, 5. Edz., Giuffrè, 1996, s. 440; Tullio Padovani, *Diritto penale*, 4. Edz., Giuffrè, 1998, s. 205; Giovanni Fiandaca/Enzo Musco, *Diritto penale, Parte generale*, Zanichelli, 1990, s. 136; Stefano Canestrari/Luigi Cornacchia/Giulio De Simone, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Il Mulino, 2007, s. 552; Paolo Pisa, “La Legittima Difesa” CF Grosso, M Pelissero, D Petrini, P Pisa, (Ed.), *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 3. Edz, Giuffrè, 2020, s. 327; Giorgio Marinucci/Emilio Dolcini/Gian Luigi Gatta, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 9. Edz, Giuffrè, 2020, s. 320.

bulunulmasından söz edilemeyecektir². Haksız ve güncel bir saldırının bulunması halinde ise failin, *gerekli* ve *orantılı* nitelikte olan *savunması* hukuka uygun kabul edilecek ve tipe uygun olsa da işlediği fiil nedeniyle ceza sorumluluğundan söz edilemeyecektir³. Bu yönüyle failin saldırıdan başka türlü korunma olanağı varsa savunmanın meşruluğundan söz edilemeyeceği gibi⁴ savunmanın, saldırıyı defedecek ölçüyü aşması halinde de savunmanın meşruluğundan söz edilemeyecektir⁵. Bizim hukukumuz açısından da savunmanın bu şartları sağlaması halinde TCK m. 25/1 gereğince hukuka

² Claus Roxin/Luis Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., C. F. Beck, 2020 § 15, N. 12; Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Kohlhammer, 2012, § 14, N. 345; Hans Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Duncker&Humblot, 1996, § 32, 1d; Georg Freund, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Springer, 2009, § 3, N. 101; Otto Triffterer, *Österreichisches Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Springer, 1994, § 11, N. 57; Walter Perron/Jörg Eisele, *Schönke Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Aufl., C.H.Beck, 2019, § 32, N. 13; Volker Erb, *Münchener Kommentar zum StGB*, 4. Auflage, Band 1, § 1–37, C. H. Beck, 2020, § 32, N. 103; Giuseppe Bettiol, *Diritto penale, Parte generale*, 5. Ed., G. Priulla, 1962, s. 274; Vincenzo Cavallo, *Diritto penale, Parte generale, Volume secondo: L'oggetto del diritto penale*, E Jovene, 1955, s. 659-660; Francesco Antolisei, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, 16. Ed., Giuffrè, 2003, s. 303; Ivo Caraccioli, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, CEDAM, 1998, s. 402; Bartolomeo Romano, *Diritto penale, Parte generale*, 4. Edz, Giuffrè, 2020, s. 285; Giuseppe Santaniello/Luigi Maruotti, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, 1990, s. 239; Alberto Cadoppi/Gianluca Billo, “Articolo 52- Difesa Legittima”, A. Cadoppi, S. Canestrari, P. Veneziani (Ed.), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Giappichelli, 2018, s. 330; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 15, N. 18; Maurach/Zipf, § 26, N. 24-25; Hoffmann-Holland, § 3, N. 226; Wessels/Beulke/Satzger, § 8, N. 328; Schmidhaeuser, § 9, N. 94; Jakobs, § 12, N. 22-23; Gropp, § 6, N. 77; Rengier, § 18, N. 20-24; Kühl, § 7, N. 44-45; Ranieri, s. 146; Marinucci/Dolcini/Gatta, s. 322; Canestrari/Cornacchia/De Simone, s. 553; Pagliaro, s. 440; Padovani, s. 207; Fiandaca/Musco, s. 137.

³ Giuseppe Maggiore, *Diritto penale, Volume I: Parte generale, T. I*, 5. Edz., N. Zanichelli, 1951, s. 304; Ferrando Mantovani, *Diritto penale, Parte generale*, 7. Edz., CEDAM, 2011, s. 256; Fabrizio Ramacci/Roberto Guerrini, *Corso di diritto penale*, 5. Edz, G Giappichelli, 2013, s. 309; Frank Zieschang, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., Richard Boorberg, 2014, N. 211; Antolisei, s. 300; Nuvolone, s. 206; Canestrari/Cornacchia/De Simone, s. 554; Cavallo, s. 650; Bettiol, s. 271-272; Romano, s. 284; Jescheck/Weigend § 32, II 2; Wessels/Beulke/Satzger, § 8, N. 339; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 15, N. 1; Jakobs, § 12, N. 1; Gropp, § 6, N. 65; Heinrich, § 14, N. 339, 356; Rengier, § 18, N. 19; Kühl, § 7, N. 2; Schmidhaeuser, § 9, N. 84; Triffterer, § 11, N. 51; Freund, § 3 N. 82; Maurach/Zipf, § 26, N. 1; Erb, § 32, N. 1; Perron/Eisele, § 32, N. 1.

⁴ Luigi Delpino/Rocco Pezzano, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 30. Edz, Simone, 2020, s. 129; Mantovani, s. 260-261; Bettiol, s. 277; Pagliaro, s. 441; Fiandaca/Musco, s. 140; Marinucci/Dolcini/Gatta, s. 324; Canestrari/Cornacchia/De Simone, s. 555; Santaniello/Maruotti, s. 240; Kühl, § 7, N. 87.

⁵ Antolisei, s. 306; Mantovani, s. 262; Bettiol, s. 278; Fiandaca/Musco, s. 141; Pisa, s. 329; Perron/Eisele, § 32, N. 36b; Triffterer, § 11, N. 81; Kühl, § 7, N. 103.

uygun olduğu kabul edilecek ve faile ceza verilemeyecektir⁶.

Ancak savunmanın belirttiğimiz bu şartları sağlayıp sağlamadığının değerlendirilmesi noktasında *failin saldırıya sebep teşkil eden öncel davranışlarının* da hesaba katılıp katılmayacağı meselesi tartışmaya oldukça açıktır⁷. Bu noktada çeşitli olasılıkların söz konusu olması mümkündür:

Örnek-1: *Ekonomik olarak zorda olan (B)'nin evine haciz işlemi icra etmek üzere giden haciz memuru (A), parayı ödememesi halinde haczi kabil eşyaların cebren alınması talimatı vereceğini (B)'ye söyler. Bu duruma oldukça sinirlenen (B), (A)'ya yumruk atmak için hamle yapar. Ancak daha hızlı davranan haciz memuru (A), (B)'yi, elindeki cep telefonu ile vurarak yaralar.*

Örnek-2: *(A), evli olan sevgilisi (B) ile onun yaşadığı evde bir*

⁶ Türk hukukunda meşru savunma kurumuna ilişkin tafsilatlı bilgi için bkz. Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, Seçkin, 1995; Melik Kartal, *Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gereklilik ve Orantılılık*, On İki Levha, 2019; Aykut Ersan, *Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması*, XII Levha, 2013. Ayrıca bkz. Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II*, 14. Bs., Köksal Bayraktar vd. (Ed.), Der, 2019, N. 388 vd.; Faruk Erem, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C.II, 12. Bs., Seçkin, 1985, § 151-152; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II-III*, 2. Bs., Beta, 1992, s. 186 vd.; Kayhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yenilenmiş Bası, Beta, 2016, s. 325 vd.; M. Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Bs., Adalet, 2018, s. 436 vd.; Nevzat Toroslu/Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 21. Bası, Savaş, 2015, s. 155 vd.; Zeki Hafizoğulları/Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Us-A, 2015, s. 218 vd.; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Bs., Seçkin, 2021, s. 357 vd.; Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Bs., Beta, 2020, s. 315 vd.; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 21. Bs., Seçkin, 2021, §5, N. 457 vd.; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bs., Yetkin, 2016, s. 368 vd.; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75*, 7. Bs., Beta, 2019, s. 375 vd.; Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bs., Seçkin, 2021, s. 278 vd.; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Bs., Seçkin, 2021, s. 301 vd.; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bs., Seçkin, 2020, s. 293 vd.; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Bs., Adalet, 2019, s. 319 vd.; F. Selami Mahmutoğlu/Serra Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, Beta, 2017, s. 493 vd.; Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, 2. Bs., Adalet, 2017, s. 344 vd.; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bs., Adalet, 2020, s. 534 vd.; Murat Volkan Dülger, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Hukuk Akademisi, 2021, N. 11.77 vd.

⁷ Elbette, bu davranışların bizatihi kendilerinin haksız saldırı boyutuna ulaşması halinde artık karşı taraf meşru savunma halinde bulunabileceğinden ve bu halde bu kimsenin fiili “haksız” sayılamayacağından ona karşı meşru savunmada bulunulması da kabul edilemeyecektir. Mantovani, s. 259; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 15, N. 54; Kühn, § 7, N. 60; Urs Kindhaeuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Nomos, 2013, § 16, N. 48.

araya gelmişken (B)'nin kocası (C) eve gelerek bu ikiliyi uygunsuz vaziyette yakalar. Duruma oldukça öfkelenen (C) silahına hamle yapar ancak daha hızlı davranan (A), silahını çekerek (C)'yi öldürür⁸.

Örnek-3: (A), hasmı (B)'yi öldürmek istemekte ancak neticede ceza almak da istememektedir. (B)'nin namus kavramı konusundaki hassasiyetini ve aynı zamanda sürekli yanında bıçak taşıdığını bilen (A), herkesin içinde eşinin onu aldattığını söylerse (B)'nin sinirlenerek kendisine saldıracağını hesap eder ve ceketinin altına asla görünmeyecek şekilde bir silah yerleştirir. Öngördüğü şekilde tahrik olan (B)'nin bıçakla saldırması üzerine silahını çeken (A), (B)'yi öldürür⁹.

Örnek-4: (A), arkadaşı (B)'nin, ensesine şaka yollu dokunulmasına çok sinirlendiğini bilmekte ve ancak bu durumdan oldukça keyif almaktadır. Bir akşam diğer arkadaşları ile bir araya geldiklerinde (A), (B)'yi sinirlendirmek için ensesine vurur. Beklediği gibi sinirlenen (B), (A)'ya yumruk atmak için hamle yapar. Ancak daha çevik olan (A), hızlı davranarak (B)'ye yumruk atar ve onu yaralar.

Esasen verilen bu örneklerin tümünde saldırının gerçekleşmesinde, sonrasında bizzat savunmada bulunan kişinin (failin) rolü bulunmaktadır¹⁰.

⁸ Bkz. Bettiol, s. 278; Mantovani, s. 259.

⁹ Benzer yöndeki örnekler için bkz. “(A), yakın arkadaşı (B)'yi öldürmek istemekte olup, (B)'nin her zaman saldırgan tepkiler verdiğini bilmektedir. Bir restorana gittikleri esnada, (A)'nın bira içtiği kupayı (B)'ye doğru uzattığı ve biranın dökülmesi üzerine (B)'nin gömleğinin sırlısklam olduğu görülmüştür. (B), daha sonra kupayı (A)'nın kafasına atmak ve bu suretle (A)'ya saldırmak için (A)'ya doğru uzanır. (A) ise, kendisini savunmak için (B)'ye bıçak çeker ve (B)'yi bıçakla öldürücü şekilde yaralar. Bu olayda (A), tüm prosedürü başından beri planlayarak, (B)'yi öldürmeyi amaçlamıştır” (Zieschang, N. 220). “(A), kız arkadaşını elinden alan (B)'yi sinirlendirmek istemektedir. Meşru savunma durumunda bunun cezalandırılabilir olmadığını öğrendiğinden kavgayı başlatmak için (B)'ye hakaret eder, böylece onu dövebilecek, ancak meşru savunmadan yararlanabilecektir. (A)'nın hakaret etmesi üzerine (B), beklendiği gibi vurmak için (A)'nın üzerine doğru yürür”. (Rolf Schmidt, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12. Aufl., Rolf Schmidt, 2013, § 32, N. 362).

¹⁰ Çalışmamızın bundan sonraki kısmında “fail” ifadesiyle, muhatabını provoke edip bilahare saldırıya uğrayan ve savunmada bulunan kimseyi, “saldırgan” ifadesiyle de failin provoke ettiği ve bu çerçevede saldırıda bulunan kimseyi kast ediyor olacağız. Bu noktada yeri gelmişken iki hususu açıklığa kavuşturmamız gerekir: Evvela provokatif meşru savunmada failin meşru savunmanın maddi şartlarına ilişkin bilgisi tamdır. Dolayısıyla bu kurumun, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarına ilişkin bilgi meselesi ve buna dair tartışmalarla bir ilgisi bulunmamaktadır. Diğer taraftan, failin, saldırganı “saldırıya zorlaması” olasılığının inceleme kapsamımız dışında olduğunu da vurgulamamız gerekmektedir. Pratikte karşılaşılması hayli zor olmakla birlikte fail, cebir veya tehditle, bir kimseyi kendisine ya da üçüncü bir kişiye karşı bir fiilde bulunmaya zorlayabilir. Bu durum failin, intihar

Bu örneklerde failin önceki hareketi bir *etki* meydana getirmekte ve saldırı, bu etkiye bir *tepki* olarak husule gelmektedir. Bu yönü itibariyle bu örneklerin tümünde *failin saldırıya sebep olmasından* bahsetmemiz mümkündür. Ancak hemen göze çarpacağı üzere mahiyeti itibariyle dört örnek de birbirinden tamamen farklı şekilde cereyan etmektedir. Gerçekten, ilk örnekte tamamen kanunun hükmünü icra etmekte olan kimse, bu sebeple bir saldırı ile karşı karşıya kalmaktadır. Ancak bu kimsenin, karşı tarafı provoke etmek gibi bir amacı söz konusu olmadığı gibi fiili de hukuka aykırı değildir. İkinci örnekte ise failin, muhatabı açısından tahrik olarak algılanan önceki davranışıyla karşı tarafı kıskırtmak gibi bir amacı söz konusu değildir; tam aksine fail, vaziyetin gizli kalmasını sağlamaya çalışmakta ve aksi bir durumun ortaya çıkması, onun bilgi ve istemi haricinde husule gelmektedir. Buna karşılık son iki örnekte failler, icra ettikleri davranışlarla karşı tarafı bir saldırı gerçekleştirmeye kıskırtırken, bunu tamamen bilinçli olarak yapmaktadırlar. Bu nedenle yalnızca bu son iki örnekte failin saldırıyı *provoke* ettiğinden söz edilmekte ve doktrinde de *provokatif meşru savunma* ile genel olarak bu gibi örnekler inceleme konusu yapılmaktadır¹¹. Esasen dilimize Fransızcadan giren *provokasyon* (Fr. *provocation*, İt. *provocazione*, Alm. *provokation*) kelimesi de sözlükte “bir başkasını belirli bir davranışı gerçekleştirmeye itme, kıskırtma” olarak tanımlanmaktadır ve bu yönüyle belirli bir tepkiye yönelik, bilinçli bir etkiyi ifade etmektedir¹². Bu açıdan failin, muhatabını bir saldırıya yöneltmek için bir plan dâhilinde tahrik teşkil eden bir fiili işleminin provokatif bir davranış olduğu konusunda bir tereddüt söz konusu değildir ki yukarıdaki ‘Örnek-3’te böyle bir durum mevzu bahistir. Ancak böyle olmayıp da failin, muhatabının tahrik olacağını bilerek ve fakat bir saldırı başlatmasını sağlamak gibi hususi bir amaç söz konusu olmaksızın hareket ettiği durumlarda da bir provokasyondan söz etmemiz gerekmektedir. Zira bu ikinci olasılıkta da fail, saldırıyı başlatıp neticede meşru savunma şartlarından yararlanarak

düşüncesinden kaynaklanabileceği (ve son anda yaşama refleksi ile saldırıya mukabele ettiği örneklerde olduğu) gibi öldürmek istediği kişiyi meşru savunma koşulları içinde öldürdüğü izlenimi vermek istemesinden de kaynaklanabilir. Bu gibi hallerde bizce ortada TCK m.25/f.1 anlamında “bir saldırı” söz konusu olmadığından meşru savunma kapsamında bir değerlendirme yapılabilmesi de olanak dahilinde değildir. Dolayısıyla bu olasılığın provokatif meşru savunma kapsamında ayrıca tartışılmasına gerek yoktur.

¹¹ Bkz. Roxin/Greco, § 15, N. 65; Perron/Eisele, § 32, N. 55; Heinrich, § 14, N. 339 vd.; Antolisei, s. 301; Bettiol, s. 278; Cadoppi/Billo, s. 330-331; Vincenzo Ciliberti, “Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione”, *Tesi di dottorato, Università degli studi di Trento, Facoltà di Giurisprudenza*, 2018, s. 71-72.

¹² Bkz. *Büyük Larousse*, C. 18, s. 9595.

muhatabının hakkından gelmek amacıyla olmasa da yine de bu kimsenin tahrik olarak saldırıda bulunma olasılığını bilmekte ve bunu göze almaktadır. Nitekim yukarıdaki ‘Örnek-4’te de böyle bir durum söz konusudur.

Ancak dikkat edilmelidir ki her iki durumda da saldırganı kışkırtan davranış *hukuken emredilmiş veya izin verilmiş bir davranış mahiyetinde değildir*. Bu nedenle tamamen hukuki bir zeminde hareket eden kişinin davranışının karşı tarafta bir elem ya da öfke doğurmasının, bu kişinin meşru savunma hükümlerinden yararlanması noktasında bir farklılık yaratmayacağını ifade etmemiz gerekmektedir. Zira temel bir ilke olarak herkes, muhatabının hukuka uygun davranışına katlanmakla yükümlüdür¹³. Bu nedenle bir kimsenin, hukuken gerekli veya izin verilen bir davranışının, kendisine yönelik bir saldırı gerçekleştirilmesi tehlikesi doğuracağını önceden bildiği veya hal ve koşullara göre bilmesi gerektiği söylene dahi bu durumun, o kimsenin savunmada bulunma hakkı yönünden herhangi bir sınırlamaya sebebiyet verdiğinin kabul edilmesi mümkün değildir¹⁴. Bu itibarla yukarıda verdiğimiz ‘Örnek-1’in kapsamına girecek şekilde icra memurunun, kolluk kuvvetinin, yargı görevi yapanın vs. tamamen görevini ifa kapsamında davrandığı hallerde, muhatabın bundan tahrik olması ve bir saldırı gerçekleştirmesi durumunda, anılan bu kimselerin savunma hareketleri meşru savunma kapsamında kabul edilebilecek olup bu tip olaylar provokatif meşru savunma kavramı çerçevesinde değerlendirilebilecek mahiyette değildir¹⁵.

¹³ Roxin/Greco, § 15, N. 65.

¹⁴ Perron/Eisele, § 32, N. 59. Eric Hilgendorf/Brian Valerius, *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım*, Çev. Salih Oktar, Yetkin, 2021, § 5, N. 50. Nitekim hukuken izin verilen (ve bazı yazarlara göre aynı zamanda sosyal açıdan da uygun bulunan) bir fiili işleyen kişi, bu fiilin bir başkasının hukuka aykırı davranışına neden olacağını bilseydi ya da bilebilecek durumda olsaydı bile bu durum, meşru savunma hakkının kısıtlanmasına sebebiyet vermeyecektir (Rengier, § 18, N. 74).

¹⁵ Roxin/Greco, § 15, N. 65. Bu nedenle örneğin, görevi kapsamında bir şüpheliyi gözaltına alan kolluk görevlisine, şüphelinin yakınlarının saldırması durumunda kolluk görevlisinin meşru savunmada bulunabilmesi mümkündür. Bu durum elbette sadece görevin ifası ile ilgili de değildir. Hukuka uygun şekilde evinin bahçesine duvar ören yahut alacağını meşru yollardan tahsil etmeye çalışan kimselerin davranışlarının muhataplarında meydana getirdiği hiddet veya elemın sebep olduğu saldırılara karşı, bu kimselerin meşru savunmada bulunabilmeleri de mümkün kabul edilmelidir. Zira bir hakkın icra edilmesi yahut yetkinin kullanılması ile bir kimsenin belli bir davranışa kışkırtılmasının aynı mantıksal zeminde bir araya gelmeleri olanaklı değildir. Bkz. Roxin/Greco, § 15, N. 65, 71; Perron/Eisele, § 32, N. 59; Hilgendorf/Valerius, § 5, N. 50. Şunu da zikretmemiz gerekir ki Alman Federal Mahkemesi eski tarihli bir kararında farklı yönde değerlendirme yapmıştır. Karara konu olayda bir daire sahibi, kendi evine girmesini engellemek isteyen ve bunu güç kullanarak yapmaya yeltenen saldırganı bıçakla karşı koymuştur. Federal Mahkeme, kişinin evine girmeye çalışarak ve

gerekirse bunu zorla yapacağını önceden bildirerek saldırıyı bizzat kendisi kışkırttığı için savunma hareketinde bulunamayacağını ve saldırıdan kaçınarak kurtulması gerektiğini içtihat etmiştir. Ancak bu yöndeki görüş doktrinde reddedilmiş, hakkını kullanan kimsenin, sırf bu nedenle bir başkasının, kendisini kışkırtılmış hissedip hissetmediği önemli olmaksızın herhangi bir kısıtlamaya maruz kalmaksızın hakkını kullanabilmesi gerektiği belirtilmiş ve nihayet Alman Federal Mahkemesi, daha sonra bu bağlamda görüş değiştirmiştir. Buna göre, saldırıya uğrayanın sosyal etik açısından onaylanan önceki davranışı, meşru savunma hakkının kısıtlanmasına yol açmayacaktır (karar ve bu konudaki tartışmalar için bkz. *BGHS* 27, 336, Roxin/Greco, § 15, N. 71). Failin yetkisinin sınırlarını aşması veya hakkını kullanırken hukuka aykırı davranmaya yönelmesi hallerinde ise artık farklı bir şekilde düşünmemiz kaçınılmazdır. Esasen bir kimsenin, kanundan kaynaklanan bir yetkisini veya bir hakkını kullanması ile maksatlı provokasyon hallerinin bir arada bulunması bizce zaten olanaklıdır. Zira karşı tarafı saldırıya kışkırtma amacı ile bir hak veya yetkinin kullanılması amaçları bağdaşabilir değildir. Ancak failin, bir hakkını kullanırken bunun karşı tarafı bir saldırıya kışkırtabileceğini öngördüğü hallerde ise yukarıda belirttiğimiz üzere durum farklıdır ve kişinin meşru savunma hükümlerinden yararlanabileceği kabul edilmelidir. Nitekim bu durumda esasen artık bir provokasyondan söz etmek mümkün değildir (aynı yönde bkz. Heinrich, § 14, N. 379). Bu gibi ve hatta daha genel bir şekilde failin hukuka uygun hareket ettiği ve fakat bu hareketin sosyo-etik açıdan uygun görülmemeyeceği hallerde meşru savunma hakkının kullanılmasının sınırlanıp sınırlanamayacağı meselesi ise Alman doktrin ve uygulamasında oldukça tartışmalıdır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi uygulaması ve doktrinde azınlıkta kalan görüş; önceki hareket hukuka uygun olsa bile toplumsal açıdan uygun değilse failin meşru savunma hakkını kullanmasının aşağıda detaylı olarak inceleyeceğimiz üç *basamak teorisi* çerçevesinde sınırlandırılması gerektiği kanaatindedir. Wessels/Beulke/Satzger, § 8, N. 348; Heinrich, § 14, N. 380; *BGHS* 24, 356, *BGHS* 39, 374. Buna karşılık baskın görüşe göre, meşru savunma hakkının bu teori çerçevesinde kısıtlanması, ancak failin daha önce hukuka aykırı bir davranışı mevcut olduğunda söz konusu olabilecektir. Bu nedenle fail, hukuka uygun bir davranış sergiliyor ancak bu sosyal ve etik açıdan uygun görülüyorsa (örn. büyük bir kabalık, saygısızlık, küçümseme gibi) saldırıganın kendisini kötü hissedip, agresif tepki vermesi halinde failin meşru savunma hakkının kısıtlanmasından söz edilebilmesi mümkün değildir. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 15, N. 54; Roxin/Greco, § 15, N. 72; Kühl, § 7, N. 194; Rengier, § 18, N. 76; Schmidt, § 32, N. 364; Erb, § 32, N. 224. Alman Federal Mahkemesinin bir kararına konu olan olayda (*BGHS* 42, 97) kalabalık bir trende, elinde açık bir bira kutusu tutan hafif sarhoş (A), sadece 2. sınıf bileti olmasına rağmen 1. sınıf kompartımanında olan (B)'nin yakınlarında bir yere oturur. (B), trenden sadece birkaç dakika içinde inmek zorundadır ama alkol kokusuyla kendisini çok rahatsız hisseder, üzerinde sadece ince kıyafetler bulunan (A)'nın gitmesi için birkaç kez pencereyi açar. (A), pencereyi kapatır ve sonunda tekrar açılırsa (B)'yi döveceğine dair tehdit eder. Daha sonra bıçağını gösteren ve (A)'nın bundan yeterince korktuğuna inanan (B), pencereyi yeniden açar. Bunun üzerine (A), (B)'ye saldırır. (B) savunma amacıyla bıçağını (A)'nın karnına saplar ve (A), bu yaralanmadan dolayı ölür. Bu kararda Mahkeme, aşağıda inceleyeceğimiz üzere *kasıtlı provokasyon* açısından üç *basamak teorisini* uygulayarak (B)'nin ölümlü sonuçlanan yaralama suçundan (Alm. CK m.227) dolayı cezalandırılmasını kabul etmiştir. Esasen burada (B)'nin kasıtlı bir provokasyonu (A'nın gitmesi için pencereyi açması) söz konusu ise de bu provokasyon hukuka aykırı olmayıp sadece sosyo-etik açıdan uygun olmayan bir davranıştır. Federal mahkeme bu gibi davranışlarda bulunan kimsenin de savunma hareketi açısından üç *basamak teorisine* göre bir değerlendirme yapılması gerektiğini içtihat etmiştir. Bu nedenle (B)'nin davranışları, (A)'nın saldırısını kışkırttığı için bu saldırı karşısında kaçma ve buna imkân yoksa kendini koruma ve yardım çağırma ile sınırlı kalmak zorundaydı. Bunu yapmayıp, karşı saldırıda bulunduğu için bu fiili meşru

Diğer taraftan *provokasyon*, belirli bir tepkiye yönelik, bilinçli bir etkiyi ifade ettiğinden failin tamamen öngörüsüz bir şekilde saldırıya sebebiyet verdiği hallerde de bir provokasyon halinin söz konusu olduğundan söz edebilmemiz olanaklı değildir. Bu nedenle yukarıda belirttiğimiz ‘Örnek-2’ nin kapsamına girecek şekilde failin, karşı tarafı kışkırtmaya yönelik bir öngörüsü olmaksızın bir saldırıya sebebiyet verdiği haller -bu hallerde meşru savunma hükümlerinin uygulanması hususunda tartışmalar bulunmakla birlikte-¹⁶, provokatif meşru savunma kavramının kapsamında değildir.

Bu çerçevede *provokatif meşru savunma* kavramını da *failin, kendi provokasyonunun etkisi ile husule gelen bir saldırıya karşı, meşru savunma*

savunma kapsamında kabul edilemeyecektir (Bkz. Schmidt, § 32, N. 364; Heinrich, § 14, N. 379, 380; Hilgendorf/Valerius, § 5, N. 50). Bu karar, doktrindeki baskın görüş taraftarı yazarlarca Mahkeme’nin, hukuki değil, sosyo-etik ölçütleri dikkate almış olması nedeniyle eleştirilmiştir. Tartışmalar için bkz. Roxin/Greco, § 15, N. 72.

¹⁶ İnceleme kapsamımıza girmemekle birlikte bu haller açısından da meşru savunma hükümlerinin uygulanması noktasında bir farklılığın söz konusu olamayacağı genel olarak kabul edilmektedir. Nitekim, bu kapsamda örneğin çay bahçesinde çalışan garsonun yanlışlıkla bir müşterinin üzerine çay dökmesi ve müşterinin de buna sinirlenerek garsona saldırması halinde, garsonun meşru savunma hükümlerinden yararlanması noktasında bir sorunla karşılaşılmayacaktır. Yukarıda belirttiğimiz evli kişinin, eşiyle birlikteyken yakaladığı faile saldırması gibi örneklerde ise meşru savunma hükümlerinin uygulanması, önceleri bu halde saldırının haksız olarak nitelenemeyeceği gerekçesiyle tümüyle reddedilmekte iken (Francesco Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, Parte Generale, 3. Edz., Luc-ca, 1867, § 297) daha sonraları bu olasılıkta dahi saldırının haksız olduğu, zira bu tip bir durumun, saldırgan yönünden yalnızca haksız tahrik teşkil edebileceği, bu nedenle failin meşru savunma hükümlerinden yararlanabileceği yaygın olarak kabul edilmeye başlanmıştır ve İtalyan doktrinde bugün için kabul edilen baskın görüş de bu yöndedir (Bettioli, s. 278; Mantovani, s. 259; Canestrari/Cornacchia/De Simone, s. 553). İtalyan uygulamasında da failin saldırganı bilinçli olarak kışkırttığı hallerden farklı olarak saldırıya bilinçsiz şekilde sebebiyet verdiği hallerde meşru savunmadan yararlanabileceği kabul edilmektedir. *Cass., sez. I*, n. 9606/2004, *Cass., sez. VI*, n. 7627/1996 (Ciliberti, s. 85, dipnot 201, 202). Aynı görüş Türk doktrininde de kabul edilmektedir. Bkz. Dönmezer/Erman, N. 393; Önder, s. 196; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 444; Demirbaş, s. 296; Hakeri, s. 330 vd; Dülger, N. 11. 92. Alman doktrininde ise bir önceki dipnotta zikrettiğimiz üzere bu gibi hallerde bir ayırım yapılması gerektiği ve failin hukuka aykırı bir zeminde hareket ettiği durumlarda savunma hareketinin aşağıda inceleyeceğimiz üç *basamak teorisi* çerçevesinde sınırlandırılması gerektiği, failin hukuka uygun ve ancak toplumsal kurallara aykırı davranışı açısından ise yukarıda belirtildiği gibi meşru savunma koşulları yönünden ek herhangi bir sınırlamanın söz konusu olamayacağı genel olarak kabul edilmektedir. Ancak doktrinde azınlıkta olsa da hukuka uygun olsa bile toplumsal etik kurallara uymayan davranışta bulunan fail açısından da aynı sınırlamanın söz konusu olacağı yönünde görüşler de bulunmaktadır. Bu konuda bkz. Roxin/Greco, § 15, N. 71-72; Schmidt, § 32, N. 365 vd.; Wessels/Beulke/Satzger, § 8, N. 348; Heinrich, §14, N. 380; Zieschang, N. 223.

koşullarına uygun surette savunmada bulunması hali şeklinde tanımlamamız mümkündür. Aşağıda ifade edeceğimiz üzere bu halde esasen sonraki savunma hareketinin “meşru” kabul edilip edilmeyeceği veya hangi olasılıklarda meşru kabul edileceği hususu ciddi tartışmalara konu olmaktadır ve zaten bu şekilde bir kavrama ihtiyaç duyulmasının sebebini de bu tartışmalar teşkil etmektedir. Ancak bu kavramın kapsamına giren hadiselerin temel özelliği, önceki provokasyon hali bir tarafa bırakılırsa, sonraki savunma hareketinin *meşru savunmaya ilişkin kanuni koşullara uygun suretle gerçekleştirilmiş olmasıdır*. Bu nedenle eğer fail, örneğin artık sonra ermiş (güncel olmayan) bir saldırı sonrasında saldırganı yaralamış ise zaten hukuka uygun bir savunma hareketinden söz edilemeyeceğinden¹⁷ artık önceki provokasyon halinin failin ceza sorumluluğuna etkisinin tartışılmasına da gerek kalmayacaktır. Esasen doktrinde “provokatif ‘meşru’ savunma” veya benzeri ifadelerin kullanılmasının nedeni de budur¹⁸.

B. Provokatif Meşru Savunmanın İki Türü Olarak Kasıtlı ve Maksatlı Provokasyon

Yukarıda belirttiğimiz örneklerden de anlaşılacağı üzere provokatif meşru savunmanın iki farklı türü bulunmaktadır. Bunların ilkinde fail tümüyle muhatabını bir saldırıya yöneltmek için bir plan dahilinde provokasyonda bulunmaktadır ve saldırganın bir saldırıya girişmesi, failin amacını ve haliyle provokasyonun ana neticesini teşkil etmektedir¹⁹. Nitekim

¹⁷ Bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 15, N. 18; Roxin/Greco, § 15, N. 12; Heinrich, § 14, N. 345; Hoffmann-Holland, § 3, N. 226; Jescheck/Weigend, § 32, II Id; Freund, § 3, N. 101; Maurach/Zipf, § 26, N. 24-25; Triffterer, § 11, N. 57; Wessels/Beulke/Satzger, § 8, N. 328; Schmidhaeuser, § 9, N. 94; Jakobs, § 12, N. 22-23; Gropp, § 6, N. 77; Rengier, § 18, N. 20-24; Kühl, § 7, N. 44-45; Erb, § 32, N. 103; Perron/Eisele, § 32, N. 13; Ranieri, s. 146; Bettiol, s. 274; Antolisei, s. 303; Santoro, s. 210; Cavallo, s. 659-660; Caraccioli, s. 402; Pagliaro, s. 440; Padovani, s. 207; Fiandaca/Musco, s. 137; Marinucci/Dolcini/Gatta, s. 322; Romano, s. 285; Canestrari/Cornacchia/De Simone, s. 553; Cadoppi/Billo, s. 330.

¹⁸ Bkz. İtalyan doktrininde; “provokatörün meşru savunması” = “*legittima difesa del provocatore*” (Nuvolone, s. 210; Alberto Cadoppi/Paolo Veneziani, *Elementi di diritto penale, Parte generale*, 7. Edz, Wolters Luwer/CEDAM, 2018, s. 277; Cadoppi/Billo, s. 329). Alman doktrininde; “meşru savunma provokasyonu” = “*Notwehrprovokation*” (Kühl, § 7, N. 207). Türk doktrininde “provokatif meşru savunma” Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 497; Ersan, s. 20. (Ancak yazarlar bu kavramı yalnızca *maksatlı provokasyon* halini karşılamak için kullanıyor görünmektedirler).

¹⁹ Hoffmann-Holland, § 3, N. 253. Doktrinde haklı olarak, yalnızca muhatabın bir saldırıda bulunmasını sağlama amacının takip edildiği her davranışın maksatlı provokasyon olmadığı ifade edilmiştir. Buna göre maksatlı provokasyon, başkasının kışkırtılmasına yönelik *provokasyon planının varlığı* halinde kabul edilmelidir. Örneğin, failin bu amaçla saldırganı, sadece görünüşüyle, onun bulunduğu yerde bulunarak saldırıya davet etmek istemesi

fail bu halde, muhatabının bir saldırı başlatmasını ve bunun da kendisine, saldırgana meşru savunma koşullarında zarar verebilmesine imkân tanımamasını amaçlamaktadır. Provokasyonun bu hali açıkça bir maksada matuf olması ve bu yönüyle yekdiğerinden ayrılması hasebiyle *maksatlı provokasyon* olarak isimlendirilmektedir²⁰.

Buna karşılık ikinci olasılıkta fail, bu şekilde meşru savunma koşullarını husule getirmek gibi bir maksat taşımamakla birlikte, yine de karşı tarafın bir saldırı başlatabileceğini öngörmesine rağmen onu saldırıya kışkırtabilecek bir harekette bulunmaktadır. Bu halde failin amacı örneğin muhatabını sadece sınırlendirmek olabilir ancak sınırlenen failin buna mukabele olarak bir saldırı başlatması provokasyonun bir yan neticesidir. Doktrinde bu olasılık, *bilinçli* ya da *kasıtlı* provokasyon olarak isimlendirilmektedir²¹. Biz de bir maksat ihtiva etmese de saldırı neticesinin öngörüsü ile hareket edildiği için *kasıtlı provokasyon* tabirini kullanacağız.

Provokatif meşru savunmanın bu iki türünün tanımlanması, özellikle bu hallerde provokatörün meşru savunma hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı ve eğer yararlanacaksa bu hakkın sınırlanıp sınırlanmayacağına değerlendirilmesi yönünden oldukça önemlidir. Nitekim doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüşler de bu iki olasılık arasında, belirttiğimiz bu hususlar yönünden bir ayırım yapma yolunu tercih etmektedirler. Bu açıdan bir sonraki başlıkta ortaya koyacağımız temel sorunun çözümü noktasında bu ayırım yol gösterici niteliktedir.

C. Provokasyon Halleri Açısından Çözümlemesi Gereken Temel Sorun: Provokatörün Meşru Savunma Hükümlerinden Yararlanıp Yararlanamayacağı Meselesi

durumunda maksatlı provokasyonun varlığı kabul edilmemelidir. Perron/Eisele, § 32, N. 55. Şunu da belirtmemiz gerekir ki aşağıda da değineceğimiz üzere ispata dair zorluklar nedeniyle provokasyonun bu türünün uygulama sahasının çok daha dar olacağı da şüphesizdir. Bkz. Roxin/Greco, § 15, N. 65.

²⁰ Roxin/Greco, § 15, N. 66; Kühl, § 7, N. 245; Schmidt, § 32, N. 362; Zieschang, N. 221; Erb, § 32, N. 226 vd.; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 15, N. 54; Perron/Eisele, § 32, N. 54; Kindhaeuser, § 16, N. 49; Heimrich, § 14, N. 373; Schmidhaeuser, § 9, N. 109; Rengier, § 18, N. 84; Wessels/Beulke/Satzger, § 8, N. 347; Ciliberti, s. 85. Türk doktrininde bkz. "*maksatlı provoke*" Akbulut, s. 542, dipnot 1227; "*maksatlı provokasyon*" Kartal, s. 148. Aynı anlama gelecek şekilde "*amaççı tahrik*" bkz. Önder, s. 196. Bu terminolojiyi kullanmamakla birlikte iki durum arasında ayırım yapılması gerektiği yönünde bkz. Ersan, s. 20, dipnot 66.

²¹ Roxin/Greco, § 15, N. 70; Kühl, § 7, N. 250; Schmidt, § 32, N. 364; Kindhaeuser, § 16, N. 49; Schmidhaeuser, § 9, N. 109; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 15, N. 55; Ciliberti, s. 85; Türk doktrininde bkz. "*kasten tahrik*" Önder, s. 196; "*kasıtlı provokasyon*" Kartal, s. 147.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere provokatif meşru savunma hallerinde sonraki savunma hareketinin “meşru” kabul edilip edilmeyeceği veya hangi olasılıklarda meşru kabul edileceği doktrinde oldukça tartışmalıdır ve esasen bu şekilde bir kavrama başvurulmasının sebebinin de bu tartışma teşkil etmektedir. Bu tartışma, esasen provokatif meşru savunmanın her iki türü için de cari olmakla birlikte özellikle *maksatlı provokasyon* halinde daha da yoğunlaşmaktadır²². Ancak peşinen ifade etmemiz gerekir ki uygulamada maksatlı provokasyon hallerine rastlanması nadir bir olasılık olarak karşımıza çıkmakta ve daha sık rastlanabilen kasıtlı provokasyon halleri çok daha büyük bir pratik öneme sahip bulunmaktadır²³.

Belirttiğimiz bu temel sorun açısından doktrinde benimsenen ilk çözüm tarzı; ister kasıtlı ister maksatlı olsun provokasyonla sebebiyet verilen bir saldırıya karşı gerçekleştirilen savunmanın hukuka uygun kabul edilemeyeceği ve bu nedenle, bu ihtimalde provokatörün meşru savunma hükümlerinden yararlanamayacağı yönündedir. Bu açıdan aynı sonuca varmakla birlikte bu çözüm tarzını benimseyen görüşlerin dayandıkları gerekçeler birbirinden oldukça farklıdır. Bunların bir kısmı tarihsel olarak daha eskiye dayanmakta olsa da bazıları günümüzde de savunulmaya devam etmektedir ve bu çözüm tarzı halihazırda İtalyan Yüksek Mahkemesi tarafından da büyük oranda benimseniyor görülmektedir.

İkinci çözüm tarzı ise saldırıya sebebiyet veren provokasyonun, sonradan gerçekleştirilen savunma davranışının hukuka uygun sayılıp sayılmaması açısından herhangi bir etkisinin olamayacağı yönünde olup bu çözüm tarzını benimseyen yazarlar açısından provokatörün meşru savunma hükümlerinden yararlanmasına bir engel söz konusu değildir. Ancak bu yazarlardan bazıları da ister maksatlı ister kasıtlı provokasyon hali söz konusu olsun, her durumda failin meşru savunma kurumundan faydalanabilmesinin olağandan daha “katı” sınırlamalara tabi olması gerektiğini kabul etmektedir.

Üçüncü çözüm tarzı ise yalnızca maksatlı provokasyon halinde savunmanın meşruluğunun reddi yönündedir ve bu çözüm tarzına ulaşan görüşlerden bir kısmı kasıtlı provokasyon halinde savunmanın ek herhangi bir sınırlama olmaksızın hukuka uygun addedilmesini kabul etmekte iken diğer bir kısmı bu olasılıkta, meşru savunma koşullarının olağandan daha “katı” bir şekilde uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir.

²² Bettiol, s. 278; Cadoppi/Billo, s. 330-331; Schmidt, § 32, N. 361; Roxin/Greco, § 15, N. 65.

²³ Roxin/Greco, § 15, N. 69.

Belirttiğimiz bu son iki çözüm tarzı açısından bahsi geçen daha katı sınırlamalara dair kimi görüşler, Alman doktrininde ve Alman Yüksek Mahkemesi uygulamasında geniş bir şekilde kabul edilen *üç basamak teorisine* dayanmaktadır. Nitekim özellikle kasıtlı provokasyon açısından Alman doktrininde ve uygulamasında üç basamak teorisinin takip edilmesi gerektiği görüşü ağırlıklı olarak kabul edilmektedir²⁴. Bu yönüyle, provokatörün meşru savunma hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı tartışmasının çözümü açısından, yukarıda belirttiğimiz üç grup görüşün yanında üç basamak teorisinin de incelenmesi gerekmektedir.

II. GEREK KASITLI GEREK MAKSATLI PROVOKASYON YÖNÜNDEN PROVOKATÖRÜN MEŞRU SAVUNMA HÜKÜMLERİNDEN YARARLANMASININ REDDİ

A. Provokasyon ile Saldırının Haksızlığının Ortadan Kaldırıldığı Teorisi

19. yy. ile 20. yy.’ın ilk çeyreği boyunca İtalyan doktrininde çoğunlukla, kendi kusurlu hareketi ile bir başkasını saldırıya kıskırtan kimsenin artık meşru savunma hükümlerinden yararlanamayacağı kabul edilmiş olduğu görülmektedir. Bu görüşteki yazarlara göre kişi “gayrimeşru bir durum içindeyken”, ondan neşet edecek bir hareketin meşru olmasından söz edilemeyeceğinden, bu durumda gerçekleştirilen fiilin haklılığından da bahsedilemeyecek ve örneğin bir kimse evinde bir hırsız yakalar ve ona saldırırsa, artık hırsızın meşru savunma hükümlerinden yararlanması mümkün olamayacaktır²⁵. Bu teorisinin özellikle 20. yy.’daki temsilcilerinin ileri sürdüğü görüşlerin temelinde, meşru savunma kurumu ile provokasyon hali arasında *amaç* yönünden bir uyum olamayacağı düşüncesi yatmaktadır²⁶. Buna göre

²⁴ Schmidt, § 32, N. 362; Kühl, § 7, N. 258; Heinrich, § 14, N. 380 vd.

²⁵ Carrara, § 297. Ayrıca bkz. Cadoppi/Veneziani, s. 277-278.

²⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu yakın tarihli bir kararında, farklı gerekçeler de göstermekle birlikte, netice itibarıyla bu teori ile aynı esastan hareket edip aynı sonuçlara varmıştır. Karara konu olan olayda sanık, bir kadına yönelik olarak hakaret ve cinsel taciz mahiyetinde fiiller gerçekleştirmiş, kadının durumu eşine ve yakınlarına bildirmesi üzerine bu kimseler sanığı aramaya koyulmuş ancak bulamamış, bilahare sanıkla karşılaşmaları üzerine kadının eşi ve akrabası sanığa saldırmış ve yumruk atmışlar, sanık da bu kimselerin saldırısına yumrukla karşılık vermiştir. Bu olay açısından; sanığın, kendisine karşı kadının yakınlarıncı gerçekleştirilen saldırıya karşı gösterdiği savunma yönünden meşru savunma hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağını tartışan Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nda oyçokluğu ile sanığın meşru savunma hükümlerinden yararlanamayacağı sonucuna varılmıştır. Yüksek Mahkemeye göre “sanığın bu haksız eylemleri üzerine kendisine karşı haksız tahrik altında gerçekleştirilen ve sanığın işlemleri olduğu cinsel taciz ve hakaret suçlarına karşı açıkça

meşru savunmada fiil, kanunun ifadesi ile gerçekleşen yahut gerçekleşmesi muhakkak bir saldırıyı defetmeyi yahut önlemeyi *amaç edinmektedir* ve bu fiil, kişinin kendisini yahut başkalarını bir saldırıdan koruma ihtiyacına göre nitelenmektedir²⁷. Bu nedenle meşru savunma halinde, haksız bir saldırı karşısında gerçek anlamda bir savunma ihtiyacı söz konusu olmaktadır ve bu ihtiyaç içerisinde icra edilen fiil, başkasına zarar verse de hukuka aykırı olmayacaktır. Zira bu halde saldırganın fiili başkalarına ait hakları ihlale yönelmiştir ve orantılı olması koşuluyla buna karşı gerçekleştirilen savunma “hakkı koruma” mahiyetindedir²⁸. Buna karşılık saldırının kışkırtılması halinde bizatihi failin, gerçekleştirdiği bir davranışla ortaya çıkmasına sebebiyet verdiği tehlikeli bir fiile karşı savunmada bulunmasından söz edilecektir. Dolayısıyla burada savunma davranışı meşru savunma kurumunun amacı ile uyumlu olamayacaktır. Bu çerçevede failin ilk saldırıyı kendisinin başlattığı olaylarda olduğu gibi hasmını kışkırtarak saldırıya yine kendi fiili ile sebep

orantısız bir tepki niteliği taşımayan basit yaralama eyleminin, meşru savunmanın uygulanmasını gerektirecek *haksız bir saldırı olarak değerlendirilmesinin mümkün bulunmaması*, aksinin kabulü hâlinde haksızlık içeriği yüksek eylemleri gerçekleştirerek karşılıklı kavgaya sebebiyet veren failer hakkında meşru savunma hükümlerinin uygulanması suretiyle cezasız kalmaları sonucuna yol açılacak olması, sanığın kendisine yönelen eylemin haksız tahrikte etki-tepki dengesini lehine bozmaması, kavganın sanığın ağır bir şekilde yaralanmasına sebep olmadan sona ermesi ve katılan ... ile ...’un sanığa karşı eylemleri nedeniyle ceza almış olmalarının linç kültürüne hukuk kuralları karşısında müsamaha edilmediğini de göstermesi nedenleriyle karşılıklı darp şeklinde gelişen olayda sanık hakkında meşru savunma hükümlerinin uygulanma koşullarının oluşmadığının kabulü gerekmektedir” YCGK. 20.10.2020 tarih ve 2018/8 E., 2020/424 K. <<https://karararama.yargitay.gov.tr>>, Erişim Tarihi: 10.10.2021, italik vurgu bize aittir).

²⁷ Guglielmo Sabatini, “Provocazione e legittima difesa: requisiti comuni e differenziali”, *Il Foro Italiano*, Parte seconda: Giurisprudenza penale, 1936, 61, s. 51-56, N. 3. Bu yönde bkz. *Cass.*, 17 ottobre 1986. Hem saldırının haksızlığının hem de savunmada zorunluluğun söz konusu olmayacağı yönünde bkz. *Cass.*, 8 febbraio 1978 (Santaniello/Maruotti, s. 237-238, dipnot 134 ve 136).

²⁸ Sabatini, N. 3. Bu görüş pek çok noktadan eleştiriye uğramıştır. Nitekim *Grosso*’ya göre provokasyonun, saldırının haksızlığını ortadan kaldırabilmesi için kendisinin de haksız bir saldırı boyutuna ulaşması gerekir. Aksi halde ortada haksız bir provokasyon olsa bile bu saldırı ancak muhatabı için *haksız tahrik* teşkil edebilir ki bunun da saldırının haksızlığını ortadan kaldırabilecek bir mahiyet arz etmediği açıktır. Nitekim haksız tahrikin, fiilin haksızlığını ortadan kaldırmadığı gerçeğini, bizzat kanunda bir ceza indirim nedeni olarak öngörülmesi ortaya koymaktadır. Bu nedenle yazara göre provokasyon tek başına saldırının haksızlığını ortadan kaldıran bir etkiye sahip olamaz. Carlo Federico Grosso, *Difesa legittima e stato di necessita*, Giuffrè, 1964, s. 102-103. Yine benzer görüşleri ifade eden *Antolisei*’ye göre saldırının, muhatabı tarafından kışkırtılmış olması, onun “haksızlığını” etkilemez. Zira bir kimsenin bir saldırıyı kışkırtması, karşı taraf için duruma göre bir mazeret sebebi olarak kabul edilebilirse de hiçbir durumda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep olarak ele alınmaz. *Antolisei*, s. 301.

olduğu olaylarda da artık uğradığı saldırı “haksız” sayılamaz. Bu nedenle, bu olasılıkta failin meşru savunma hükümlerinden yararlanmasından söz edilmesi de mümkün değildir²⁹.

B. Provokatör Açısından Savunmanın Zorunlu Olmadığı Teorisii

20. yy.’ın üçüncü çeyreğinde ileri sürülmeye başlanan, günümüz İtalyan doktrininde de oldukça taraftar bulan ve uygulamada da büyük oranda kabul edilen bu görüşe göre failin saldırıyı kıskırtmış olması tek başına saldırının haksız sayılmaması için yeterli değildir; ancak bu durumda artık *savunmanın zorunlu olduğundan* söz etme olanağı ortadan kalkacaktır³⁰. Nitekim meşru savunma kapsamında savunmanın zorunlu olduğundan söz edilebilmesi için başka türlü kurtulma imkânının olmaması yani failin savunmada bulunmasının, saldırı altındaki hakkın korunması açısından “kaçınılamaz” olması gerekmektedir³¹. Saldırıya bilerek sebebiyet veren fail ise bu kaçınılamaz olma halini, henüz saldırı başlamadan evvel ortadan kaldırmıştır³². Onun açısından savunmada bulunmak artık bir zorunluluk değildir; zira saldırıya sebebiyet veren kendisi olunca, savunmada bulunma zorunluluğunun söz

²⁹ Sabatini, N. 5. *Sabatini*, zorunluluk halini düzenleyen İtCK m.54’de “saldırıya bilerek sebebiyet vermeme” koşulunun bulunduğunu ve fakat bunun meşru savunmayı düzenleyen İtCK m.52’de yer almadığını ve bunun normatif bir kabule işaret eder gibi gözüke de aslında zorunluluk halinde tehlikenin zaten “haksız” olarak nitelenmediğini, bu nedenle failin saldırıya bilerek sebebiyet vermesinin özellikle zikredilmesine ihtiyaç duyulduğunu, oysa meşru savunma açısından saldırının haksız olarak nitelendiğini ve haliyle saldırıya uğrayanın bu tip bir saldırıyı kıskırtmaması gereğinin kanunda zımni olarak “varsayıldığını”, bu nedenle iki norm arasındaki ilişkinin, provokatörün de meşru savunma hükmünden yararlanmasına dayanak olamayacağını belirtmektedir (*A.e.*). Ancak bu argüman da eleştirilmiş ve bu kapsamda *Grosso*, kanun koyucunun, m.54’ün aksine m.52’de tercih ettiği ifade tarzı ile provokasyonun, saldırının hukuki niteliğine etkisi noktasında açıkça “sessiz kaldığını” belirtmiştir. Yazara göre bu iki madde gerek kaleme alınış şekilleri gerekse de sistematik olarak birbirine oldukça yakındır. Ancak m.52’nin aksine m.54’te kanun, “tehlikeye bilerek sebebiyet vermemeyi” bir unsur olarak aramıştır. Eğer kanun koyucu m.52 için de aynı unsuru arıyorsa m.54’te olduğu gibi m.52’de de bu unsura açıkça yer verirdi. İşte buradaki sessizlik, kanun koyucunun iki norm açısından bu noktada farklı düşündüğünü göstermektedir. Bu da tehlikeye bilerek neden olmamanın, meşru savunma açısından bir unsur olamayacağını ortaya koymaktadır. *Grosso*, s. 103.

³⁰ Luciano Pettoello Mantovani, “‘Volontarietà del pericolo e legittima difesa’, nota a Cass. 27.10.1954”, *Riv. pen.*, 1955, II, 886-889, s. 886; Canestrari/Cornacchia/De Simone, s. 553; Romano, s. 286; Delpino/Pezzano, s. 128; Pisa, s. 328; Santaniello/Maruotti, s. 247-248. Ayrıca bkz. Ciliberti, s. 65.

³¹ Canestrari/Cornacchia/De Simone, s. 555; Delpino/Pezzano, s. 129.

³² Pettoello Mantovani, s. 886.

konusu olamayacağını baştan ortaya koymuş olmaktadır³³. Ancak eğer saldırı, öngörülemez bir ağırlıkta ve tamamen orantısız bir şekilde meydana gelmişse artık savunma hareketinin zorunlu olmadığından söz edilemeyecek ve provokatörün savunmasının meşru olduğu kabul edilecektir³⁴. Zira bu halde artık saldırı, failin öngördüğünün ötesindeki bir ağırlığa ulaşmış ve provokasyon ile saldırı arasındaki bağ kopmuş olacak bu nitelikte bir saldırıya karşı savunmada bulunulmasının zorunlu olmadığından söz etmek için bir sebep de kalmayacaktır³⁵. Dolayısıyla bu görüşe göre kural olarak provokatör açısından savunmada bulunma zorunluluğundan söz edilemez ise de istisnaen eğer saldırı, kışkırtma ile orantısız bir boyutta vuku bulmuş ise artık provokatör de savunmada bulunabilecek ve bu savunmanın meşruluğundan

³³ Pettoello Mantovani, s. 886-887; Romano, s. 286; Pisa, s. 328; Santaniello/Maruotti, s. 238. İtalyan Yüksek Mahkemesi geçmişte birbiri ile çelişen kararlar vermiş ise de yakın tarihli kararlarında provokatör açısından artık savunmanın zorunlu olmadığı yönündeki görüşü net bir şekilde benimsemiş görünmektedir. Nitekim yakın tarihli bir kararında Mahkemeye göre “(...) meşru savunmaya ilişkin kanuni formülasyonda ‘zorunluluk’ koşuluna yer verilmiş olması, failin, bir tür düelloyu veya meydan okumayı tetiklemeye katkıda bulunduğu haller de dahil olmak üzere, tehlikeye bilinçli olarak sebebiyet verdiği herhangi bir halin bu kurumun uygulama alanının dışında bırakıldığını gösteren açık bir öneme sahiptir” *Cass. pen., sez. I*, n. 12740/2011. Bu gerekçe aynı dairenin takip eden kararlarında da aynen dile getirilmiştir. bkz. *Cass. pen., sez. I*, n. 2654/2012; *Cass. pen., sez. I*, n. 56330/2017. Yine Mahkeme’ye göre “(...) haksız bir saldırının söz konusu olması halinde dahi kendisinin serbestçe istediği ve sebebiyet verdiği tehlikeli bir saldırıya tepki veren kişinin fiili, bu saldırıyı öngörmesi ve serbestçe kabullenmesi nedeniyle 52. madde uyarınca haklı addedilemeyecektir” *Cass. pen., sez. I*, n. 16102/2020. 5. Ceza Dairesi de aynı görüşü benimsemektedir: *Cass. pen., sez. V*, n. 57089/2018; *Cass. pen., sez. V*, n. 26044/2019; *Cass. pen., sez. V*, n. 4296/2021; *Cass. pen., sez. V*, n. 19079/2020; *Cass. pen., sez. V*, n. 37855/2019; *Cass. pen., sez. V*, n. 8835/2019. (Atıf yapılan tüm kararlar için bkz. <<http://www.italgiure.giustizia.it/sncass>>, Erişim Tarihi: 12.10.2021).

³⁴ *Cass. pen., sez. I*, 14.12.1992 (Ciliberti, s. 86, dipnot 204), *Cass.* 30.11.1978, n. 1569 ve *Cass.* 28.11.1980, n. 837 (Cadoppi/Billo, s. 330).

³⁵ Delpino/Pezzano, s. 128.

söz edilebilecektir^{36,37}.

C. Sebepinde Hukuka Aykırı Hareket (*Actio Illicita in Causa*) Teorisi

20. yy.'ın üçüncü çeyreğinin hemen başında Alman doktrininde ileri sürülmüş olan sebebinde hukuka aykırı hareket (*actio illicita in causa*) teorisi, yukarıda incelediğimiz görüşlerden farklı olarak provokatörün gerçekleştirdiği savunma hareketini, haksız bir saldırının olmaması veya savunmanın zorunlu olmaması gibi bizatihi kendisine ilişkin koşullar yönünden hukuka aykırı olarak nitelenmemektedir; bu teoriye göre provokasyon, saldırıyı haksız olmaktan çıkarmaz ve failin savunma hareketinde bulunmasının gerekli olmadığı sonucuna götüremez³⁸. Sonraki saldırı henüz gerçekleşmediği için provokasyon değil ve fakat savunma hareketi meşru savunma kapsamında

³⁶ Bu görüş, normatif bir dayanak bulma çabasının ürünü olarak meşru savunma düzenlemesindeki zorunluluk/gereklilik koşuluna dayandığı ancak bunun bir sonuca ulaşmasının olanaklı olmadığı belirtilerek eleştirilmiştir. Nitekim *Grosso* 'ya göre kanundaki "zorunluluk" ifadesi ancak "bir saldırı vuku bulduktan sonra" varlığı tartışılabilir bir unsurdur. Kaldı ki kişi tehlikeye sebebiyet verse bile bu durum, onun savunmada bulunma ihtiyacını ortadan kaldırmayacağından kanundaki zorunluluk ifadesinin bu durumdan etkilenmesi mümkün değildir. Bu nedenle provokatörün cezalandırılmaması gerektiği yönündeki bir iddianın, kanundaki zorunluluk ifadesinden yola çıkılarak ileri sürülmesi olanaklı değildir. *Grosso*, s. 102. Keza *Ciliberti*'ye göre İtalyan Ceza Kanunu'nun 54. maddesinin aksine 52. maddesi açısından kanun koyucunun tehlikeye bilerek neden olma noktasında ortaya koyduğu sessizliğin, madde de kullanılan diğer kavramlara, "bunların içeriğini belirsiz kılabilir anlamalar yüklenerek" aşılabilmesi olanaklı değildir. *Ciliberti*, s. 67-68. Yine aynı yazara göre saldırının haksızlığı karşısında, provokatör bile olsa kişinin, kendisini savunmasının gereksizliğinin soyut olarak ileri sürülmesi olanaklı değildir. *Ciliberti*, s. 87-88.

³⁷ Bu olasılık, maksatlı provokasyonla sınırlı olarak, hakkın kötüye kullanılması düşüncesi temelinde meşru savunmayı kabul etmeyen yazarlarca da bir istisna olarak kabul edilmektedir. Bkz. Aşağıda § IV, C.

³⁸ Teorinin temelleri, sonuçları, teşebbüs ve iştirak açısından ortaya çıkardığı çeşitli olasılıklar için bkz. Theodor Lenckner, "Notwehr bei provoziertem und verschuldetem Angriff", *GA*, 1961, s. 299 vd. Ayrıca bkz. Jürgen Baumann, "Rechtsmissbrauch bei Notwehr (Zu der Entscheidung des BGH vom 1.8.1961)", *MDR*, 5/1962, s. 349 vd. Yazara göre fail savunma anında hukuka uygun davranırsa da aslında buna dair saldırının sebebinin teşkil eden ilk fiili (provokasyonu) ile hukuka aykırı davranmakta ve sonrasında savunma davranışı açısından kendi kendisini araç kılmaktadır. Bu yönüyle değerlendirmenin konusunu sebep yani provokasyon teşkil etmelidir. Bkz. Baumann, s. 350. Bu teori bugün için Alman doktrininde çok büyük oranda reddedilmektedir. Azınlık tarafından savunulan bu görüşe göre, fail maksatlı veya başka suretle kınanabilir şekilde meşru savunma veya zorunluluk durumuna sebep olduğu için sebebinde hukuka aykırı olan fiilinden dolayı cezalandırılabilir. Hâkim görüşüne göre ise, kusurlu bir şekilde sebep olduğu meşru savunma durumunda dahi 'izin verilen' karşı koyma savunmasını yapan fail, önceki fiile dayanarak cezalandırılmayacaktır. Wessels/Beulke/Satzger, § 8, N. 350. Nitekim aşağıda belirteceğimiz üzere *Baumann*'ın genel hükümler kitabının ortak yazarlı sonraki basılarında da bu teori terk edilmiş ve *hukukun savunulması teorisi* kabul edilmiştir. Bkz. aşağıda § III, B kısmındaki atıflar.

görülmektedir³⁹. Ancak bu halde savunma hareketinin hukuki nitelemesi, olayın bütünü nazara alınarak yapılı ve işlenen önceki kasıtlı ve taksirli provokasyon dikkate alınarak, ortaya çıkan netice hukuka aykırı kabul edilir. Zira bu halde fail, bizatihi kendi hukuka aykırı ve kusurlu hareketi ile meşru savunmaya ilişkin koşulları ortaya çıkardığından, esasında bu hukuka aykırı provokasyon, neticenin de *sebebini* teşkil etmektedir. Dolayısıyla bu sebep dikkate alınarak fail, netice nedeniyle, sebepteki kastı çerçevesinde sorumlu tutulacaktır⁴⁰.

Nitekim bu teoriyi benimseyen yazarlara göre provokasyon halinde esasen *actio liberia in causa* ilkesine konu olaylara benzer bir durum söz konusudur⁴¹. Bilindiği üzere bu ilkeye konu hadiselerde fail, bizatihi kendi kusurlu hareketi ile kendisini kusur yeteneğinden yoksun bırakmakta, örneğin sarhoş olduğu bir anda suç teşkil eden fiili işlemektedir. Esasen bu fiili işlediği an itibariyle failin kusur yeteneği söz konusu değildir ve kusur yeteneğinin fiilin işlendiği ana göre tespit edilmesi gereği çerçevesinde ceza sorumluluğunun söz konusu olmaması gerekir. Ancak *actio liberia in causa* ilkesi çerçevesinde; kendi kusurlu fiiliyle bu duruma sebebiyet veren kimse açısından kusurun aranacağı zamanın, fiilin işlediği an değil de kendisini kusur yeteneğinden yoksun bıraktığı an olması gerektiği kabul edilmekte ve bu anda kusurlu hareket eden failin, olayın bütünü yönünden kusurlu olduğu sonucuna varılmaktadır. İşte buna paralel şekilde, *actio illicita in causa* teorisi de provokasyon halinde sonradan gerçekleştirilen savunma hareketi için tipiklik ve hukuka aykırılık nitelemesinin, savunma hareketinin gerçekleştiği ana göre değil, olayın bütünü yönünden sebep teşkil eden provokasyon anına göre yapılması gerektiğini kabul etmektedir⁴². Burada provokasyon esasen

³⁹ Lenckner, s. 304; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 15, N. 55 Zieschang, N. 221.

⁴⁰ Lenckner, s. 303-304; Kindhaeuser, § 16, N. 51; Heinrich, §14, N. 377; Wessels/Beulke/Satzger, § 8, N. 350; Zieschang, N. 221. Eğer failin sebep teşkil eden hareketi açısından taksiri söz konusu ise bu teoriye göre netice açısından da taksirli sorumluluğu gündeme gelecektir. Ancak bu olasılıkta esasen bir provokasyon halinin söz konusu olmadığını belirttiğimizden (bkz. yukarıda § I, A) biz, bu konudaki tartışmalara bu çalışmamızda ayrıca yer vermedik.

⁴¹ Nitekim bu teorinin, sebebinde serbest hareketler (*actio libera in causa*) teorisine dayanarak geliştirilmiş olduğu belirtilmektedir. Bkz. Kindhaeuser, § 16, N. 51; Heinrich, §14, N. 377.

⁴² Bu teoriye göre hukuka aykırılık değerlendirilmesinin temelini, sonraki meşru savunmaya sebep teşkil eden zorlayıcı durum oluşturmaktadır. Bu durumun ortaya çıkmasına sebep olan ve fail ya da şerik olarak katkı sağlayan kişiler hukuka aykırı davranmış olurlar. Lenckner, s. 306. Aslında burada bir menfaat çatışması söz konusudur ve hukukun, zorunluluk gereği provokatör bağlamında menfaat çatışmasını çözmesi bir çelişki değildir, aksine, provokatör çatışmaya sebep olduğu için ona karşı etkin tedbirler alınması olağandır. Perron/Eisele, § 32, N. 61.

saldırmanın yaralanması ve ölmesi açısından sebep teşkil ettiğinden, bu sebep yönünden söz konusu olan hukuka aykırılık, neticeyi de hukuka aykırı hale getirecektir. Bu nedenle kasten bir saldırıya sebep olup bilahare saldırıyı öldüren fail, kasten öldürme nedeniyle sorumlu tutulmalıdır⁴³.

III. GEREK KASITLI GEREK MAKSATLI PROVOKASYON YÖNÜNDEN PROVOKATÖRÜN MEŞRU SAVUNMA HÜKÜMLERİNDEN YARARLANMASININ KABULÜ

A. Katı Normatif Teori

20. yy.'ın ikinci çeyreğinde, yukarıda belirttiğimiz provokasyon ile saldırının haksızlığının ortadan kaldırıldığı teorisine bir tepki olarak ortaya atılan ve bu dönemde İtalyan doktrininde ağırlık kazanan bu görüşü savunan yazarlara göre kanunun gerek lafzı gerekse de sistematiğine bakıldığında, meşru savunma hükümlerinden yararlanabilmek için saldırıya maksatlı ya da kasıtlı olarak sebebiyet vermeme şeklinde bir şartın öngörülmediği görülmektedir ve bu nedenle provokasyonun, saldırının haksızlığını ortadan kaldırdığının kabul edilmesi için hiçbir normatif temel söz konusu değildir⁴⁴.

⁴³ Lenckner, s.306. Ayrıca bkz. Perron/Eisele, § 32, N. 57. Bu görüş, yapısal olarak ikna edici olmaktan uzak çelişkiler barındırması nedeniyle eleştirilmektedir. Örneğin, maksatlı provokasyon halinde provokatör saldırıya karşı savunmak için, daha evvelden kısırtmış olduğu kişiyi plana uygun şekilde yaralar ya da öldürürse, bu teoriye göre esasen aynı neticenin meşru savunma koşulları yönünden hukuka uygun ve fakat önceki provokasyon açısından hukuka aykırı olduğu kabul edilmektedir. Bu da neticede, aynı olayın hem hukuka uygun hem de hukuka aykırı olarak nitelenmesi şeklinde bir çelişkiye sebebiyet vermektedir. Diğer taraftan eğer provokasyon sebep olarak kabul edilecek ve bu sebep hukuka aykırı olarak nitelenecekse, savunma hareketinin de tekil olarak hukuka aykırı olarak nitelenmesi gereklidir. Teori aksi sonuca varması itibarıyla de çelişkilidir. Roxin/Greco, § 15, N. 68. Ayrıca bkz. Heinrich, §14, N. 377.

⁴⁴ Maggiore, s. 310; Pagliaro, s. 442; Grosso, s. 102. Nihayetinde hakkın kötüye kullanılması teorisine taraftar olsa da *Ciliberti* bizim “katı normatif teori” olarak isimlendirdiğimiz bu teorinin, mevcut hukuk düzeni açısından halen en güçlü argümanlara sahip teori olduğunu belirtmektedir. Yazara göre İtalyan Ceza Kanunu'nun 54. maddesinin aksine 52. maddesi açısından kanun koyucunun tehlikeye bilerek neden olma noktasında ortaya koyduğu sessizliğin, maddede kullanılan diğer kavramlara, “bunların içeriğini belirsiz kılabilecek anlamlar yüklenerek” aşılabilmesi olanaklı değildir. Hukukçu, kanunun dilini, adeta “kutsal bir metin” gibi okumalıdır, aksi halde ucu açık ve belirsiz bir neticeye varan sorunlu bir yorum ortaya koymaktan öteye gidemez. Bu nedenle yazara göre, bugün hala *katı normatif teorisinin* tespitleri eşsizdir. *Ciliberti*, s. 67-68. Diğer taraftan “saldırın niyet” gibi kavramlar özellikle ispat hukuku açısından pek de kullanışlı olmayan içsel bir belirsizlik taşımaktadır ve zaten bu nedenle, bu yönde bir niyetin var olduğunun, çok özel durumlar dışında ispatı da oldukça zordur. *Ciliberti*, s. 68. Keza özellikle şu husus gözden kaçırılmamalıdır ki kişinin belirli bir saikle hareket ettiğine dair tespit, aslında o kişinin tamamen içsel mahiyette olan niyetinin araştırılması ve neticede bu niyetin cezalandırılması anlamına gelir. Bu nedenle,

Zira haksız bir saldırı boyutuna ulaşmadığı müddetçe failin provokasyonu ancak *haksız tahrik* teşkil edebilir ve haksız tahrik, karşı tarafın bunun etkisi altında işlediği fiilleri *hukuka uygun hale getirmez*⁴⁵. Bu halin, failin haksızlığını ortadan kaldırmadığını, bizzat kanunda haksız tahrikin bir cezada indirim nedeni olarak öngörülmesi ortaya koymaktadır⁴⁶. Dolayısıyla saldırganın bir provokasyonun etkisi altında olması, gerçekleştirdiği saldırının haksızlığını ortadan kaldırmayacağından, savunmada bulunan fail yine de bir *haksız saldırı* ile karşı karşıyadır⁴⁷. Bu durumda kendisine yahut başkasına ait bir hakkı ihlale yönelen, haksız bir saldırıyı defetmek zorunluluğu altında işlediği fiilden dolayı failin sorumlu tutulabilmesi olanaklı değildir⁴⁸. Zira kanunda buna imkân tanıyabilecek hiçbir somut dayanak bulunmamaktadır ve *kıyas* haricinde *de quo* olarak kanunda aslında olmayan negatif bir unsur var saymak mümkün değildir. Kıyas yoluyla böyle bir unsur var kabul etmek

burada esasen tespiti konu olabilecek tek husus *tehlikeye bilerek neden olmak* olabilir ki işte tam da bu noktada kanun koyucu, zorunluluk halinin aksine meşru savunmayı düzenlerken bilinçli olarak sessiz kalmayı tercih etmiştir. Ciliberti, s. 69. Bu çerçevede, her ne kadar “sağduyuya aykırı olsa da” provokatörler bile karşı tarafın saldırısından kendilerini korumak için, orantılı olmak kaydıyla savunmada bulunabilir ve elbette bu savunma “meşru” sayılmak durumundadır; zira provokatör, kendisini savunma hakkından, sırf buna sebep olduğu için vazgeçmiş sayılamaz. Nitekim kabul edilmelidir ki sadece “adalet” düşüncesi veya “sağduyu” tek başına, kanun hükümlerinin anlamını tespit etmekte belirleyici bir unsur değildir. Ciliberti, s. 69-70. Aksi halde failin basit ve içsel mahiyette kalan “niyetini”, ceza hukukunun amaçları açısından belirleyici görmekle eşdeğer bir değerlendirme yapılması söz konusu olur ki bunun, ceza hukukunun temel ilkeleri ile bağdaştırılması olanaklı değildir. Buna mukabil, Alman hukukunda esas alınan “hukuk düzeninin savunulması” yahut “mahiyeti belirsiz bir adalet idealinin savunulması” gibi içeriği yoruma açık “hukukun ihtişamlı tanrısal amaçları”, meşru savunmaya aşırı bir anlam yüklemekte ve provokatör bile olsa, her kişinin bir insan olarak temel savunma içgüdüsünün bulunduğu gerçeğini göz ardı etmektedir. Ciliberti, s. 70-74.

⁴⁵ Maggiore, s. 310; Mantovani, s. 259; Grosso, s. 102.

⁴⁶ Grosso, s. 102.

⁴⁷ Maggiore, s. 310; Nuvolone, s. 210; Grosso, s. 102-103.

⁴⁸ Maggiore, s. 310; Mantovani, s. 259; Nuvolone, s. 210. Türk hukukunda bu yönde bkz. Erem, § 152, 2, a; İçel, s. 334; Toroslu/Toroslu, s. 158; Özgenç, s. 360-361; Öztürk/Erdem, § 5, N. 462; Centel/Zafer/Çakmut, s. 322; Zafer, s. 377-378. YCGK., 31.11.1983, 354/16: “Taarruza hedef olan kimsenin kendi şahsi kusuru ile taarruza sebebiyet vermiş olması, savunmanın meşruluğunu ortadan kaldırmaz”, YCGK., 18.10.1990, 1-158/178: “Küfreden, daha sonra küfredilen kişilerin saldırısına uğradığına göre, koşullarının varlığı halinde yasal savunma içinde bulunabilir” (Özgenç, s. 361, dipnot 494). Y.1.CD, 8.4.2004, 81/1248 “... dosyada mevcut kanıtlara ve oluşa göre sanık Erdinç’in bıçaklı ve keserli saldırısına uğrayan Serdar’ın sözlü tahrikle olaya neden olsa dahi; nefsinin savunma zarureti altında kalarak Erdinç’i yaraladığının anlaşılması ve oluş tarzının mahkemece de bu biçimde kabul edilmesi karşısında müdahil-sanık Serdar’ın meşru savunma koşullarında ve hukuka uygunluk içinde olduğunun kabulüne...” (Hakeri, s. 331, 332). Krş. Yukarıda dipnot 26.

ise kanunilik ilkesine aykırı olacaktır. Bunun ise hakimın görevi dışında kalan bir faaliyete girişmesi niteliğinde olması nedeniyle, kabulü olanaklı değildir⁴⁹.

Diğer taraftan saldırıyı kendisi provoke etse bile fail, bir saldırı karşısından doğal olarak savunma refleksi ile hareket edecek olup hukuk düzeninin de buna sırt dönmesi ve kişiyi, sırf hayatta kalma içgüdüğü ile hareket ettiği için kınaması mümkün olmayacaktır. Zira hukuki ya da ahlaki hiçbir normun, provokatör dahi olsa bir kişinin örneğin yaşam hakkında vazgeçmek zorunda bırakılmasına imkân tanınması olanaklı değildir⁵⁰.

Bunların yanında, zorunluluk hali ve meşru savunmaya ilişkin kanun koyucuların kabul ettiği sistematik ve düzenleme tarzı da provokasyonun, saldırının hukuki niteliğine etkisi noktasında bilinçli olarak sessiz kaldıklarını göstermektedir. Nitekim çeşitli ülke ceza kanunlarında, zorunluluk hali ile meşru savunmayı düzenleyen maddeler birbirlerine çok yakın bir tarzda kaleme alınmış ve sistematik olarak da çok yakın olmalarına rağmen zorunluluk haline ilişkin düzenlemelerde tehlikeye bilerek sebebiyet vermemekten söz edilmesine rağmen meşru savunma için bu yönde bir koşula yer verilmekten özenle kaçınılmış olduğu görülmektedir. Eğer kanun koyucu, zorunluluk hali için aradığı bu koşulu meşru savunma için de arama iradesi gösterseydi, meşru savunmaya ilişkin kanun hükmüne de aynı koşulu eklerdi. Buna rağmen böyle bir koşula yer vermektan kaçınmasının, kanun koyucunun iki kurumu tamamen farklı temellere oturtma iradesini gösterdiği kabul edilmelidir⁵¹.

Bu çerçevede maksatlı da olsa kasıtlı da olsa nihayetinde bir provokasyonda bulunulmuş olması, karşı tarafın saldırısını hukuka uygun kılmayacağı gibi savunma hareketinin meşru sayılması için de engel değildir. Aksi yönde kabul için normatif hiçbir dayanak olmadığından, bu olasılıklarda da fail açısından meşru savunma hükümleri uygulanmalıdır⁵².

⁴⁹ Grosso, s. 107-108.

⁵⁰ Maggiore, s. 309-310.

⁵¹ Grosso, s. 103-104. Benzer mahiyette Pagliaro, s. 442. İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin aksi yöndeki uygulamasına değinmekle birlikte bu hususa özellikle işaret eden bkz. Mantovani, s. 259; Marinucci/Dolcini/Gatta, s. 322.

⁵² Maggiore, s. 310; Pagliaro, s. 442; Nuvolone, s. 210; Grosso, s. 103-104. *Grosso* bu ihtimalde, zaten çoğu zaman failin meşru savunmadan yararlanamayacağı kanaatindedir. Zira böyle bir olasılıkta savunmanın *orantılı* olmasını beklemek, çoğu olayda mümkün olmayacaktır. Eğer (A), (B)'yi öldürmek için plan yapıp onu kendisine saldırtırsa, önceden muhtemelen çok daha etkili silahları zaten hazır etmiş demektir. Bu da göstereceği savunma hareketinin orantılı olmamasını sonuçlayacaktır. Provokatörün, tam olarak orantılı bir mukabelede bulunmayı planlayıp bunu hayata geçirebilmesi çoğu olayda olanaksızdır. Dolayısıyla yazara

B. Hukukun Savunulması Teorisi

Geleneksel olarak Alman doktrininde dile getirilen ve halen de taraftarları bulunan bu görüşe göre saldırı bizzat fail tarafından provoke edilse bile haksız olma vasfını sürdürdüğü müddetçe buna karşı gerçekleştirilen savunma, neticede bir haksızlığı bertaraf ederek hukuku koruyacağından, yine de meşru savunma kapsamında kabul edilmelidir. Zira meşru savunma kurumunun bizatihi amacı *hukukun savunulması* olup kışkırtılmış bile olsa bir saldırıya karşı savunma, eğer kanuni koşulları sağlıyor ve özellikle gereklilik/ölçülülük sınırına uyuyorsa, saldırgan ve savunmacının rollerinin tersine çevrilmesine olanak vermez⁵³. Nitekim bu olasılıkta kışkırtılan kişi, saldırmama yönünde bir tercihte de bulunabilir durumdadır ve esasen bu, onun için *hukuki bir yükümlülüktür*. Bu kişinin saldırı davranışının, insani ve anlaşılır görünmesini sağlayan provokasyonun varlığı da bu durumu değiştirmeyecektir. Kişi, en kötü türden provokasyonlarda bile kendisinin, hukukten onaylanmayan bir saldırının koşullarını oluşturacak mahiyette bir tepkiye sürüklenmesine izin vermemelidir⁵⁴. Zira daha önceki provokasyon nedeniyle meşru savunma hakkının kısıtlanması, kışkırtılan kişinin saldırmama veya en azından başlayan bir saldırıyı sona erdirmeye yükümlülüğü ile bağdaşmamaktadır⁵⁵. Nitekim kışkırtılan kişi, kendini kontrol edemez ve provokatöre saldırırsa, riski kendisine ait olacak şekilde hareket etmiş olur. Bu durumda, saldırıya uğrayan provokatörün meşru savunma hakkının ortaya çıkardığı sonuçlara da katlanmalıdır⁵⁶. Zira provokasyon bile olsa bir kimseye haksız bir şekilde saldırmak, hukuk kurallarına uyma konusunda tüm vatandaşların üstlendiği yükümlülüğe aykırılık teşkil edeceği gibi provokatör bile olsa saldırıya uğrayan kişinin haksız bir saldırıyı bertaraf etme ve bu suretle hukuksal değerleri yani bizatihi hukuku koruma pozisyonunda olduğu gerçeğini de değiştirmeyecektir. Nitekim provokasyon neticesinde husule gelse bile

göre yorum yoluyla genel bir kabulde bulunmaya da pratik olarak ihtiyaç yoktur. Grosso, s. 107-108.

⁵³ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 15, N. 57.

⁵⁴ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 15, N. 56.

⁵⁵ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 15, N. 57. Hukuk sistemi, saldırganın, provokasyona rağmen kışkırtılmamış olmasını beklemektedir. Zira saldırgan, kışkırtma neticesinde yapmış olduğu davranışla hukuki barışı bozacak olup ilgili sonuçları üstlenmek zorunda kalacaktır. Bu görüş, yalnızca meşru savunma hakkının kullanılmamasına karşı olsa dahi haklı ile haksız arasındaki çatışmada, meşru savunma hakkının kapsamının duruma göre uyarlanması gerektiğini savunmaktadır. Erb, § 32, N. 224.

⁵⁶ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 15, N. 56.

saldırı, sadece provokatörün şahsına ya da mallarına değil, hukuk düzenine de yöneltildiğinden, hukukun korunması adına yapılan savunma da *haklı* kabul edilmelidir⁵⁷. Bu nedenle, öncesinde bir provokasyon söz konusu olsa dahi neticede yine de haksız bir saldırıya karşı hukuk düzenini koruyan failin bu fiili hukuka uygun kabul edilecektir⁵⁸.

C. Bireysel Savunma Teorisi

Görece daha yeni tarihli olarak Alman doktrininde ileri sürülen bireysel savunma teorisi de “savunma” esasından yola çıkarsa da hukukun savunulması görüşü kadar keskin değildir ve aşağıda daha detaylı olarak ele alacağımız ve esasen meşru savunmanın *hukuken kabul edilebilirliği* yönünden çeşitli olay örnekleri özelinde tatbik edilmesi yaygın olarak kabul edilen *üç basamak teorisinin* hem maksatlı hem de kasıtlı provokasyon açısından uygulanması gerektiği esasına dayanmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre provokatör bile olsa kişinin, bir saldırı karşısında, hukukun bütünü açısından olmasa da en azından kendisine ait hukuksal değerler yönünden bireysel bir savunma durumunda olduğu ve bu değerleri feda etmekle yükümlü kılınmayacağı kabul edilmelidir. Bunun doğal sonucu olarak bu görüş taraftarı yazarlara göre meşru savunmaya kasıtlı ya da maksatlı şekilde sebebiyet vermiş olsa dahi failin savunmada bulunma hakkı kategorik olarak reddedilmemelidir⁵⁹. Zira bu hallerde dahi failin, neticede bireysel olarak bir hukuksal değer ihlalden korunma halinde olduğu açıktır ve sırf bu nedenle, cezalandırılma ile kendisine ait hukuksal değerleri feda etme arasında bir tercihe zorlanması kabul edilebilir olmayacaktır⁶⁰. Nitekim provokatör dahi olsa somut bir saldırı karşısında bireysel savunma refleksi içinde olan bir kimsenin bu şekilde bir açmazla karşı karşıya bırakılması, pratik sonucu itibariyle her iki olasılıkta da sırf provokasyonu nedeniyle cezalandırılması anlamına gelecek ve bu halde

⁵⁷ Kindhaeuser, § 16, N. 50.

⁵⁸ Kindhaeuser, § 16, N. 50. Ancak bu teori pek çok açıdan eleştiriye uğramıştır. Bu eleştirilere göre bu teori en başta, temelindeki *hukuku savunma* kavramını provokatörün durumu karşısında göz ardı ettiği için kabul edilebilir değildir. Nitekim provokatörün bizzatli kendisi hukuk düzeni ile çatışma içindedir. Zira provokatör, bir taraftan hasmını kışkırtmakta bir taraftan da bunun neticesi olarak hasmı tahrike uğrarsa bundan faydalanarak cezasızlık durumundan yararlanmayı ummaktadır. Heinrich, §14, N. 376. Diğer yandan kişinin, hukuka aykırı davranışı ile sebep olduğu ‘kasten kendisini tehlikeye sokması durumuna’ karşı korunma ihtiyacı olmadığı kabul edilmektedir. Roxin/Greco, § 15, N. 65.

⁵⁹ Schmidt, § 32, N. 362; Kühl, § 7, N. 258. Türk doktrininde bu teoriyi benimseyen bkz. Kartal, s. 52, 167.

⁶⁰ Schmidt, § 32, N. 362.

hukuk sistemi, sadece haksızlığa taviz vermiş olmayacak fakat aynı zamanda provokatöre de hukuka aykırı bir saldırıya tahammül etme yükümlülüğü yüklemiş olacaktır⁶¹. Bunun ise kabulü olanaksızdır. Bu nedenle meşru savunma imkanının, provokasyon ihtimalinde de varlığını devam ettirmesi gerekir. Ancak bu halde fail, saldırıya hiç sebebiyet vermemiş kimse gibi değildir⁶² ve kendisinin provokasyonu, bilahare savunmasının da *sosyo-etik* gerekçelerle sınırlanmasına sebebiyet vermektedir. Bu nedenle provokatör, kendini savunmaya ancak *son çare* olarak başvurabilecek ve savunmada bulunma imkânı yönünden olağandan daha katı bir sınırlamaya maruz kalacaktır⁶³.

Bu hukuki esastan yola çıkan bu teori taraftarı yazarlara göre ister maksatlı ister kasıtlı olsun provokasyon halinde failin savunmada bulunması üç basamak teorisine göre değerlendirilmelidir⁶⁴. Buna göre eğer saldırıdan başka türlü, örneğin kaçarak kurtulma olanağı varsa provokatör bu yola başvurmalıdır. Eğer kaçma imkânı söz konusu ise savunma hareketi hukuka uygun kabul edilemeyecektir⁶⁵. Böyle bir imkân söz konusu değilse savunma hareketini, öncelikle kendisini koruyucu (*defensiv*) savunmayla (*korunma savunması-Schutzwehr*) sınırlaması gerekir. Bu da mümkün değilse, son çare olarak artık failin aktif savunmada (*karşı koyma savunması-Trutzwehr*)

⁶¹ Perron/Eisele, § 32, N. 57.

⁶² Kınanabilir önceki davranış hukuka aykırı olmak zorunda değildir, ancak en azından sosyo-etik açıdan uygun olmaması gerekir. Sosyo-etik açıdan uygun bir davranış ise artık provokasyon olarak görülemeyecektir. (Wessels/Beulke/Satzger, § 8, N. 348). Buna karşılık Alman Federal Mahkemesi, hukuka aykırı olmayan ancak sosyo-etik açıdan uygun görülmeyen önceki davranış durumunda meşru savunmanın kısıtlaması sonucuna ulaşmaktadır (Gropp, § 6, N. 94).

⁶³ Schmidt, § 32, N. 363. Ancak bunun kabulü için provokasyon ile saldırı arasında bir bağlantının söz konusu olması gerekmektedir. Öyle ki saldırı, saldırıya uğrayan failin sosyo-etik açıdan kınanabilir bir önceki davranışının sonucu olmalı, bu ikisi arasında yakın bir zamansal ve mekansal (nedensel) bağlantı olmalı ve bu husus failin bilgisine göre bir saldırıyı provoke etmeye uygun bulunmalıdır. Eğer saldırı ve kınanabilir önceki davranış (provokasyon) arasında böyle bir bağlantı yoksa, meşru savunma hakkının sosyo-etik olarak gerekçelendirilmiş bir sınırlanmasından söz etmek de mümkün olmayacaktır (Schmidt, § 32, N. 367; Kühl, § 7, N. 226). Sonuç olarak böyle bir bağlantının bulunması ve zamansal ilişki, saldırının provokasyon fiilinin yeterli ve öngörülebilir bir sonucu olarak ortaya çıkması için her zaman bir ön koşuldur (Wessels/Beulke/Satzger, § 8, N. 348).

⁶⁴ Üç basamak teorisi için bkz. Aşağıda § V.

⁶⁵ Schmidt, § 32, N. 362. Provokatörün, saldırıdan kaçarak kurtulma olanağının bulunmadığı hallerde meşru savunma hakkının kapsam dışı olmadığına dair bkz. Lenckner, s. 306.

bulunmasına izin verilmelidir⁶⁶. Bu halde eğer kaçma imkanı yoksa ve saldırı, korunma savunması ile de savuşturulamıyorsa saldırganın ağır şekilde yaralanması ve hatta öldürülmesine cevaz verilmesi mümkün olabilecektir⁶⁷.

IV. YALNIZCA MAKSATLI PROVOKASYON YÖNÜNDEN PROVOKATÖRÜN MEŞRU SAVUNMA HÜKÜMLERİNDEN YARARLANMASININ REDDİ

A. Sınırlı Normatif Teori

Yakın zaman İtalyan ve Türk doktrinlerinde hâkim olan ve bizim sınırlı normatif teori olarak isimlendirdiğimiz bu görüş, kasıtlı provokasyon açısından temelde katı normatif teorinin argümanlarını ve vardığı neticeyi kabul etmektedir. Nitekim bu teori savunucularına göre de failin sırf bir kimseyi kışkırtmış olması, ondan gelecek saldırılara katlanma yükümlülüğü yüklemeyecektir⁶⁸. Zira hukuk düzeninin, sırf provokasyonda bulunduğu gerekçesi ile provokatörü korumaktan imtina ettiğiinden söz edilemez⁶⁹. Bu çerçevede, saldırının, muhatabı tarafından kışkırtılmış olması, onun “haksızlığını” etkilemez. Nitekim bir kimsenin bir saldırıyı kışkırtması, belki bir mazeret sebebi olarak kabul edilebilirse de hiçbir durumda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebep olarak ele alınamaz⁷⁰. Bu nedenle, bir başkasını kışkırtarak saldırıda bulunmasına sebep olsa bile fail, meşru savunma hükümlerinden yine de yararlanabilir⁷¹.

⁶⁶ Schmidt, § 32, N. 362. Türk hukuku için aynı çözümü öneren görüş için bkz. Kartal, s. 52. Ancak yazar ‘somut olayın özelliklerinin’ bu noktada belirleyici olduğunu belirtmektedir. Yazara göre “provokatif bir davranışla saldırıya sebep olunan haller bakımından da kural olarak üç basamak teorisinin devreye girmesi, hatta bu provokasyonun, ağır sayılmayacak saldırılara neden olması halinde ise, somut olayın niteliğine göre, provokatörün saldırıya katlanması, hakkaniyete uygun bir çözüm olacaktır” (A.e.).

⁶⁷ Schmidt, § 32, N. 365. Ancak bu görüş maksatlı provokasyon açısından amaçsal olarak uygun olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Zira provokatörün kaçma imkânının olup olmasını aramak, esasında neticede onun amacıyla bağdaşmayacak bir olguyu, onun lehine yorumlamak anlamına gelecektir. Nitekim bu görüşün kabulü halinde kaçma imkanının olmaması halinde provokatör, zaten istemediği bir şeyi yapamadığı için meşru savunma hakkını elinde tutmuş olacaktır. Roxin/Greco, § 15, N. 67.

⁶⁸ Ranieri, s. 147; Cavallo, s. 662-663.

⁶⁹ Bettiol, s. 278; Cavallo, s. 663.

⁷⁰ Antolisei, s. 301; Cavallo, s. 663.

⁷¹ Antolisei, s. 301; Bettiol, s. 278; Ranieri, s. 147; Cavallo, s. 663; Padovani, s. 208. Türk hukukunda aynı sonuca varan bkz. Dönmezer/Erman, N. 393; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 444; Muharem Özen, s. 87-88; Koca/Üzülmez, s. 281; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 305; Akbulut, s. 541; Hakeri, s. 331; Ersan, s. 19.

Buna karşılık maksatlı provokasyon açısından katı normatif teoriden farklı düşünen yazarlar, bir kimsenin sırf hasmına bilahare zarar vermek amacıyla provokasyonda bulunduğu hallerde artık meşru savunma hükümlerinden yararlanamayacağını kabul etmektedirler⁷². Zira bir kimse meşru savunmanın koşullarını “bizzat kendisi meydana getirmekte” ise aslında bu koşulların “gerçekte gerçekleşmediği” kabul edilmelidir⁷³. Nitekim kanun da tam olarak, meşru savunma koşullarının gerçekte gerçekleşip gerçekleşmediği ile ilgilenmektedir. Haliyle maksatlı provokasyon halinde failin meşru savunma hükümlerinden yararlanmasının kabulü olanaksızdır⁷⁴. Bu teori çerçevesinde değerlendirebileceğimiz bazı yazarlar ise bu kabule kısmen farklı gerekçeler de göstermekte olup nitekim bunların bir kısmına göre saldırının koşullarının yapay olarak önceden hazırlandığı hallerde savunmanın “haklılığından” söz edilemeyecektir⁷⁵. Yine bu kapsamdaki bazı yazarlara göre kanunda meşru savunma açısından öngörülen “zorunluluk” ifadesi de başlangıçtan beri saldırgan bir tutum takınan bir kimsenin durumu ile bağdaşmayacaktır⁷⁶. Dolayısıyla bu yazarlar, yukarıda incelediğimiz; provokasyon ile saldırının haksızlığının ortadan kaldırıldığı ve bu halde artık savunmanın zorunlu olmadığı yönündeki teorilerin dayandığı esasları, yalnızca maksatlı provokasyon açısından kabul ediyor gözükmektedir.

B. Hukuktan Talep Teorisi

İtalyan doktrininde yakın zamanda ileri sürülen bu teoriyi savunan yazarlara göre fail bir provokasyon gerçekleştirmiş olsa bile *kural olarak* yine de meşru savunmadan söz etmek gerekir. Esasen kanun koyucu meşru savunmayı en geniş anlamda tehlikeye sebebiyet vermeme koşuluna bağlamak

⁷² Bettiol, s. 278; Ranieri, s. 147; Cavallo, s. 664; Antolisei, s. 301.

⁷³ Ranieri, s. 147; Antolisei, s. 301.

⁷⁴ Antolisei, s. 301; Bettiol, s. 278. Bu olasılıkta saldırıyı provoke eden kimsenin aslında saldırıyı adeta gerçekleştiren konumunda olduğu gerekçesiyle bu yönde Mahmutoglu/Karadeniz, s. 497. Aynı gerekçeyi kullanmakla birlikte açık bir neticeye varmayan bkz. Ersan, s. 20. Aksinin kabulü halinde, kurnaz kişilerin işlemeyi planladıkları suç için meşru savunma ortamı yaratıp cezalandırılmaktan kurtulabileceği gerekçesiyle bu yönde bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 305. Benzer bir gerekçe için bkz. Dülger, N. 11.93. Gerekçe belirtmemekle birlikte bu neticeye varan bkz. Dönmezer/Erman, N. 393; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 444; Demirbaş, s. 296; Muharrem Özen, s. 88; Koca/Üzülmez, s. 281; Hakeri, s. 332; Akbulut, s. 542, dipnot 1227. Açık olmamakla ve gerekçe belirtmemekle birlikte bu yönde değerlendirilebilecek şekilde görüş için bkz. Önder, s. 196.

⁷⁵ Ranieri, s. 147.

⁷⁶ Cavallo, s. 664; Padovani, s. 208. Ayrıca bkz. Ciliberti, s. 67.

isteseydi, elbette kanuna buna yönelik bir ibare eklerdi. Özellikle İt CK m.54'te zorunluluk hali düzenlenirken bu ibareye yer veren kanun koyucunun meşru savunmanın düzenlendiği m.52'de benzeri bir ibareye yer vermemesi, bu madde açısından, bu olasılığa önem vermeme niyetini ortaya koymaktadır⁷⁷. Bu nedenle bazı örnekler açısından meşru savunma olasılığının dışlanması, ancak bu kurumun teorik temelinden yola çıkılarak gerekçelendirilebilir. Meşru savunmanın cezalandırılmama nedeni ise devletten derhal yardım talep etme imkânı olmayanların kendilerini savunma haklarının devlet tarafından kabulüdür⁷⁸. İşte maksatlı provokasyon hallerinde provokatör “derhal yardım talep edemeyenlerle” aynı durumda değildir. Bu kimse esasen, mukabelede bulunmayarak riski büyütmemeye de imkân tanıyan bir durumda saldırıya bizzat ve belirli bir maksatla sebebiyet vermiştir. Bu nedenle maksatlı provokasyon hallerinde yukarıda belirttiğimiz kuraldan ayrılmak gerekmektedir ve bu hallerde provokatörlerin meşru savunma hükümlerinden yararlanmaları mümkün değildir. Ancak yine aynı mantık gereğince, eğer provoke edilen kişi, tahmin edilemez ve orantısız bir tepki vermiş ise artık provokatörün meşru savunma halinde bulunduğu kabulü gereklidir⁷⁹.

C. Hakkın Kötüye Kullanılması Teorisi

Günümüz Alman doktrininde hâkim olan bu görüş maksatlı provokasyon açısından⁸⁰ meşru savunmanın, “hakkın kötüye kullanılması” nedeniyle söz

⁷⁷ Fiandaca/Musco, s. 138.

⁷⁸ Fiandaca/Musco, s. 138. Geleneksel olarak İtalyan doktrininde hakim olan; meşru savunmanın esasını, devletin, kişileri savunma imkanının bulunmadığı bir yer ve zamanda gerçekleşen saldırının önlenmesi amacıyla, her bir şahsa verdiği ruhsata dayandırma anlayışı, halen oldukça taraftar bulmaktadır. Bkz. Caraccioli, s. 400; Cavallo, s. 650; Padovani, s. 205; Fiandaca/Musco, s. 136; Marinucci/Dolcini/Gatta, s. 320; Cadoppi/Veneziani, s. 275-276; Santaniello/Maruotti, s. 235. Buna göre meşru savunma, “devletin zorlayıcı gücünün, her durumda ve her vatandaşın yanında her zaman bulunamayacağı anlayışına dayanır” Caraccioli, s. 400. Benzer bir yaklaşım Alman doktrininde de ileri sürülmüş ve örneğin *Kühl*, devletin ihlal edilen hakkı tek başına koruyamadığı hallerde, meşru savunma hakkını kullanan kimsenin, hakkın bizzat koruyucusu olacağını ifade etmiştir. *Kühl*, § 7, N. 10. Belirttiğimiz bu teori de bu esastan hareket etmektedir.

⁷⁹ Fiandaca/Musco, s. 139.

⁸⁰ Bu teoriyi savunan yazarlar, *kasıtlı provokasyon* açısından çoğunlukla meşru savunma hükümlerinin uygulanmasını kabul etmekte ancak bu olasılıkta da meşru savunma hükümlerinin aşağıda inceleyeceğimiz *üç basamak teorisi* çerçevesinde sınırlandırılması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre eğer kasıtlı bir provokasyon varsa ve büyük risklere katlanmaksızın kaçma imkânı da söz konusuysa artık provokatörün yapması gereken şey kaçmaktır. Hatta provokasyon ne derece ağırsa, kaçınma beklentisi de o derece yüksek olacaktır. Kaçma imkânı yoksa bile mümkün olan en hafif savunma tedbiri uygulanmalı ve buna rağmen saldırıdan az hasarla kurtulma imkânı bulunmuyorsa ancak o zaman gerekli savunma hare-

konusu olamayacağını kabul etmektedir. Buna göre bir kimse, sırf meşru savunmada bulunabilmek için karşı tarafı kendisine saldırmaya kışkırtırsa, aslında meşru savunmanın koşullarını kendisi yapay olarak ortaya çıkarmış olacağı için savunmada bulunma hakkını kötüye kullanmış olmaktadır⁸¹. Zira bu halde görünürdeki savunma, esasında meşru savunma hakkının kötüye kullanılması ile kamufle edilmiş hukuka aykırı bir saldırdır ve dolayısıyla fail, kendisini savunma hakkını, bunun koşullarını hukuka aykırı olarak meydana getirerek kötüye kullanmış olur⁸². Bu nedenle bir başkasına söz gelimi hakaret ederek onu bir saldırıya kışkırtan ve sonrasında, önceden tasarladığı planı çerçevesinde onu öldüren kimse, meşru savunma hakkını kötüye kullanmış olduğundan, bu hakkın sağladığı cezasızlıktan faydalanamayacak ve kasten öldürme nedeniyle sorumlu tutulacaktır^{83,84}. Ancak kışkırtılan saldırının, provokatörün düşündüğünden farklı bir yol alması durumunda nasıl bir sonuca varılacağı ise tartışmalıdır. Özellikle kışkırtılan kimsenin olağandan çok daha aşırı tepki verdiği durumlarda artık hakkın kötüye kullanılmasından söz edilemeyeceği ve provokatörün savunmada bulunmasının meşru

keti icra edilmelidir. Roxin/Greco, § 15, N. 70. Örneğin, bir başkasının arabasını tekmeleyen kişi, kaçmaya çalışmasına rağmen sürücü tarafından yakalanırsa, kendisini takip eden ve kendisinden daha güçlü bir kişi olan sürücünün saldırısını engellemek için başarısız bir uyarı atışının da etkisiz kalması halinde son çare olarak yakın mesafeden ölümcül bir atış yapabilir; çünkü bu durumda artık hareketsiz kalma zorunluluğu yoktur. Bkz. Roxin/Greco, § 15, N. 70.

⁸¹ Günther Stratenwerth/Lothar Kuhlen, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., Franz Vahlen, 2011, § 9, N. 68; Gropp, § 6, N. 94; Wessels/Beulke/Satzger, § 8, N. 342; Schmidhauser, § 9, N. 109; Zieschang, N. 215; Perron/Eisele, § 32, N. 54; Heinrich, § 14, N. 375; Freund, § 3, N. 118. Hakkın kötüye kullanılması teorisinin netice olarak tatmin edici çözümler ürettiğine dair bkz. Baumann, s. 349.

⁸² Roxin/Greco, § 15, N. 66. Yazarlara göre savunmanın kendisi, hakkın kötüye kullanılması anlamına geldiğinden hukuka aykırıdır ve bu gerçek karşısında, savunmayı yine de hukuka uygun gördüğünden, olayın bütünü açısından tutarsız bir hukuka aykırılık nitelemesi yapmak durumunda kalan *actio illicita causa* gibi gerekçelendirmelere de gerek yoktur.

⁸³ Roxin/Greco, § 15, N. 65; Heinrich, §14, N. 375. İtalyan doktrininde *Ciliberti*, esasen normatif açıdan provokatif bir davranışın meşru savunma imkanlarından yararlanmayı engelle-yeceğini öngören bir düzenleme olmamakla birlikte, Alman doktrininde ileri sürülen hakkın kötüye kullanılması teorisinin, maksatlı provokasyon ile sınırlı olarak öngördüğü sonucun kabul edilebilir olduğunu belirtmektedir. Yazara göre bu ihtimalde fail, meşru savunma koşullarını, yapay olarak önceden oluşturduğu planın bir parçası olarak sahneye koyar. Bu nedenle burada fail açıkça meşru savunmada bulunma hakkını kötüye kullanmaktadır. Haliyle burada artık meşru savunmadan söz edilemez. *Ciliberti*, s. 71-72.

⁸⁴ Alman doktrininde hâkim olan bu görüş de ‘orantısız’ olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Zira bu görüş, provokasyon neticesinde saldırıda bulunan kimseyi tamamen kusursuz görmektir. Oysa bu kimsenin hukuka aykırı bir saldırısının var olduğu ve isterse tahrire kapılmayabileceği gerçeği göz ardı edilmektedir. Bkz. Hilgendorf/Valerius, § 5, N. 51.

sayılabileceği genel olarak kabul edilmektedir⁸⁵.

D. Rıza Teorisi

Alman doktrininde ileri sürülen bu teoriye göre maksatlı provokasyon halinde fail, kendi provokatif davranışı ile karşısındakini bir saldırıda bulunmaya yönelmiş olduğundan artık hukuki değerlerinin korunmasından kendi rızası ile vazgeçmiş sayılacak, bu nedenle saldırının haksızlığından ve haliyle buna karşı gerçekleştirilen savunmanın meşruluğundan da söz edilemeyecektir. Bir başka ifade ile failin, maksatlı olarak bir başkasını saldırıya kışkırtması halinde, bu saldırının olası neticelerine, kışkırtma niteliğindeki fiili ile peşinen rıza gösterdiğinden, artık provokatöre yönelik olarak cari olan ve meşru savunma ile karşılık verilmesini gerektiren “hukuka aykırı bir saldırının” mevcudiyetinden de söz edilemeyecektir⁸⁶. Bununla birlikte bu görüşü savunan yazarlara göre belirttiğimiz bu hukuki sonuca varılabilmesi için bir ön şart olarak saldırı konusu olan hakkın, ‘üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen bir hak’ olması gerekmektedir. Aksi halde provokatörün hukuka uygun bir rızasından söz edilemeyeceğinden, buna karşı yapılan saldırı yine de haksız kalmaya devam edecektir. Örneğin bir kimse bir başkasını saldırıya provoke etse bile saldırı yaşam hakkına yönelmişse savunma hareketi hukuka uygun olacaktır zira herhangi bir kimsenin yaşam hakkından feragat etmesi mümkün değildir. Buna karşılık provoke edilen saldırı vücut bütünlüğüne yönelikse artık haksız bir saldırıdan söz edilemeyeceğinden, savunma da meşru kabul edilemeyecektir⁸⁷.

⁸⁵ (A)’nın meşru savunmadan yararlanarak (B)’yi dövmek istemesi ve bu amaçla (B)’ye, kavgayı başlatmak için hakaret etmesi örneğinde, (B)’nin beklenmedik bir şekilde bıçak çekmesi ve (A)’ya doğru yönelmesi durumunda, (A)’nın meşru savunma hakkının kabul edilmesi gerekecektir. Çünkü kışkırtılan kişi, saldırısını bu şekilde beklenmedik bir tarzda silah kullanarak gerçekleştirirse, artık provokatörün, öldürülmeye veya ciddi şekilde yaralanmaya razı olması elbette beklenemez. Bu husus, aşırı tepki durumunda “meşru savunma hakkının canlanması” olarak ifade edilmektedir. Roxin/Greco, § 15, N. 67.

⁸⁶ Maurach/Zipf, § 26, N. 43.

⁸⁷ Maurach/Zipf, § 26, N. 43. Ancak bu görüş, buradaki rızanın tamamen yalın bir varsayım olduğu, oysa bu halde provokatörün kendisine ait hukuksal değerleri feda etmek istediğinden söz edilemeyeceği belirtilerek eleştirilmiştir. Heinrich, §14, N. 378. Yine bu eleştiriler çerçevesinde kışkırtma dahi olsa kişinin, saldırıya karşılık vermeyerek bir organından ya da yaşamından vazgeçme ya da cezalandırılmayı kabullenme arasında bir tercihe zorlanarak, hukuken çaresiz bir duruma sokulmaması gerektiği ifade edilmiş ve eğer saldırıdan kaçınmak imkânsız ise provokatörün de meşru savunma hakkına sahip olması gerektiği belirtilmiştir. Roxin/Greco, § 15, N. 67.

V. PROVOKASYON HALİNDE MEŞRU SAVUNMA HAKKININ SINIRLANDIRILMASI: ÜÇ BASAMAK TEORİSİ

Alman doktrininde ileri sürülen ve yukarıda özetlediğimiz bazı teorilerde yalnızca maksatlı provokasyon açısından meşru savunma hakkının kabul edilmediğini belirtmiştik. İşte bu teorileri ileri süren yazarların önemli bir kısmı, *kasıtlı provokasyon* açısından tatbikini kabul ettikleri meşru savunma hükümlerinin de üç basamak teorisi çerçevesinde sınırlandırılması ilkesini benimsemektedirler⁸⁸. Hatta hem maksatlı hem de kasıtlı provokasyon açısından meşru savunma hakkını kabul eden bazı yazarlar da bu iki olasılık açısından aynı sonuca varmaktadırlar⁸⁹.

Esasen üç basamak teorisi, meşru savunma hakkının *hukuken kabul edilebilirliği* ile ilgili olarak ileri sürülmüş bir teoridir: Bir savunma hareketi haksız bir saldırıya karşı *gerekli* olabilir ancak hukuken yapılan bir değerlendirme, aynı hareketin *uygun (hukuken kabul edilebilir)* olmadığı neticesine de varabilir. Bu anlamıyla uygunluk, doktrinde meşru savunmanın “toplumsal etik olarak sınırlanması” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre bazı örnek olaylar açısından meşru savunmanın kabulü, toplumsal-etik değerler yönünden yapılacak bir değerlendirme çerçevesinde ya tümüyle olanaksızdır ya da önemli ölçüde sınırlandırılmalıdır⁹⁰. Bu olaylarda eğer meşru savunma olağan haliyle tatbik edilirse çok geniş bir anlam kazanacak ve oldukça adaletsiz sonuçlara varılabilecektir⁹¹. Örneğin kusur yeteneği bulunmayan bir kimsenin saldırısına karşı meşru savunmada bulunmak mümkündür ve genel olarak savunma hareketinin hukuka uygun olup olmaması açısından kişinin kaçma imkanının bulunup bulunmaması bir ölçüt değildir⁹². Ancak kişinin,

⁸⁸ Roxin/Greco, § 15, N. 70; Heinrich, § 14, N. 371.

⁸⁹ Örneğin yukarıda da değindiğimiz gibi *bireysel savunma teorisi* tümüyle bu esasa dayanmaktadır. Bkz. Schmidt, § 32, N. 362. Kühl, § 7, N. 258. Bu teoriye sadece provokasyon halinde değil, saldırıya hukuka aykırı ve fakat provokatif olmayan bir davranışla sebebiyet verilen durumlarda, örneğin saldırıya taksirle sebebiyet verilmesi halinde de başvurulması gerektiği Alman doktrininde genel olarak kabul edilmektedir. Bkz. Heinrich, § 14, N. 379 vd. Kindhaeuser, § 16, N. 55. Bu konuda bkz. yukarıda § I, A, dipnot 16.

⁹⁰ Heinrich, § 14, N. 371 ve 361. Ayrıca bkz. Kartal, s. 158 vd.

⁹¹ Heinrich, § 14, N. 361.

⁹² Bkz. Kühl, § 7, N. 91; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 15, N. 43; Heinrich, § 14, N. 357. Saldırıya uğrayan kişiye, kaçma yükümlülüğünün yüklenemeyeceği hakkında bkz. Jeschke/Weigend, § 32, III 1b; Hoffmann-Holland, § 3, N. 236; Freund, § 3, N. 82, 93. Ayrıca saldırıdan kaçmanın, savunma anlamına gelemeyeceği hakkında ayrıca bkz. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, § 15, N. 36; Heinrich, § 14, N. 359; Zieschang, N. 212; Perron/Eisele, § 32, N. 40.

kusur yeteneği olmadığını bildiği bir kimsenin saldırısıyla karşılaşması halinde, eğer kaçma imkânı varsa kaçması gerektiği zira davranışlarını yönlendirme yeteneği bulunmayan bir kimsenin saldırısına kaçma imkânı varken mukabele etmenin sosyo-etik değerlere aykırı olacağı kabul edilmektedir⁹³.

Bu teorinin kasıtlı provokasyon hallerinde de uygulanması yönündeki görüşler ise bu olasılıkta savunmanın sınırlandırılmasını, önceki provokasyonun sosyo-etik değerler yönünden değerlendirilmesi esasına dayandırmaktadır⁹⁴. Buna göre kasıtlı provokasyon halinde provokatör bizatihi kendi fiili ile saldırıyı kışkırtmış olduğundan, böyle bir provokasyon olmaksızın bir saldırı ile karşı karşıya kalan kimse ile aynı durumda değildir ve bu halde karşı tarafa saldırı şeklinde (aktif) bir savunmaya girişmesinin meşru görülmesi sosyo-etik değerlerle bağdaşmayacaktır. Bu nedenle fail, eğer kendi kasıtlı hareketi ile kışkırtmış olduğu bir saldırı ile karşı karşıya kalırsa;

1- Evvela kaçma olanağı varsa ve bu olanağı kullanmanın başkaca bir riski söz konusu değilse savunmada bulunmamalı ve kaçmalıdır. Aksi halde göstereceği savunma hareketi hukuka aykırı olacaktır⁹⁵. Böylece, provokatör, bir provokasyon söz konusu olmaksızın bir saldırı ile karşı karşıya kalan kimseden farklı olarak, eğer mümkünse kaçmalıdır⁹⁶.

2- Eğer kaçma olanağı yoksa ya da bu yolun kullanılması failin hukuksal değerleri açısından çok riskli ise saldırıya öncelikle kendisini koruyucu (*defensiv*) savunmayla (*korunma savunması-Schutzwehr*) karşılık vermelidir⁹⁷. Örneğin saldırgana yönelik küçük çaplı yaralamalar ile de saldırı

⁹³ Heinrich, § 14, N. 361 ve 383; Kartal, s. 161.

⁹⁴ Hilgendorf/Valerius, § 5, N. 50. Sosyo-etik açıdan uygun görülmeyen önceki provokatif davranışlar nedeniyle meşru savunma hakkının sınırlandırılmasına ilişkin herhangi bir standart bulunmadığı söylenebilir (Gropp, § 6, N. 95a). Sosyo-etik meşru savunma kısıtlamalarının olgusal nedenlerine rağmen, bunların kanunda temellendirilmesi gerekmektedir. Kanunilik ilkesinin hukuka uygunluk sebepleri bakımından geçerliliği tartışmalıdır, ancak bu ilkenin hukuka uygunluk sebepleri alanında çok katı olmayan bir şekilde uygulanmasına işaret edilmesiyle yetinilmemelidir. Nitekim kanuni düzenlemeye ihtiyaç vardır. Kanuni düzenlemeye yer verilmesi ile kanunda bu tarz sınırlamalardan birine uyulmaması nedeniyle meşru savunma hakkının reddi yönünde bir kabul, doğal olarak meşru savunmaya dayanan kişinin cezai sorumluluğuna yol açacaktır. Bu açıdan saldırıya uğrayan kişinin, temel olarak korunan hak ve özgürlüğüne müdahale eden saldırıya bu şekilde bir katlanma yükümlülüğü getirilmesi yasal düzenlemeyi gerektirmektedir. Kühl, § 7, N. 162.

⁹⁵ Schmidt, § 32, N. 362.

⁹⁶ Perron/Eisele, § 32, N. 56.

⁹⁷ Erb, § 32, N. 224.

ağır bir hasar alınmaksızın savuşturulabilmekteyse fail bu yola başvurmalıdır. Ancak bu basamak açısından savunmanın icrası noktasında kendisinden önemli yaralanmalara katlanması da beklenmeyecektir⁹⁸.

3- Bu da mümkün değilse, aktif savunmaya (*karşı koyma savunması-Trutzwehr*) izin verilmelidir. Bu halde eğer kaçma imkânı yoksa ve saldırı korunma savunması ile de savuşturulamıyorsa saldırganın ağır şekilde yaralanmasına ve hatta öldürülmesine cevaz verilmesi mümkün olabilecektir⁹⁹.

Bu çerçevede örneğin (A), bir barda oldukça alkollü olduğunu ve çevresine sataştığını gördüğü (B)'ye hakaret eder ve onu bir saldırıya kışkırtırsa, (B)'nin bıçaklı saldırısı karşısında eğer bardan kaçmak suretiyle kurtulmak imkânı varsa, bu yolu tercih etmek zorundadır. Aksi halde söz gelimi (B)'yi yaralayarak saldırıyı durdurmaya çalışması hukuka uygun sayılamayacaktır. Eğer (B), zaten kaçış yolunu kapattığı için kaçma imkânı yoksa (A), korunma savunması gerçekleştirmeli ve bir sandalye olarak (B)'yi engellemeli veya onu bıçağı tuttuğu kolundan yaralayarak saldırıyı durdurmayı denemelidir¹⁰⁰. Eğer bu yolla da saldırının önlenmesi olanaksızsa ya da böyle bir fiili icra etmek (A) açısından önemli bir yaralanmayı göze almaksızın olanaklı değilse artık (A), (B)'yi, saldırıya son vermesini sağlayacak ölçüde olmak kaydıyla, örneğin göğsünden yaralayarak kendisini savunabilecek ve bu halde fiili hukuka uygun kabul edilebilecektir¹⁰¹.

Ancak bunun kabulü için provokasyon ile saldırı arasında bir bağlantının söz konusu olması gerektiği de ifade edilmektedir. Öyle ki saldırı, failin sosyo-etik açıdan kınanabilir bir önceki davranışının sonucu olmalı, bu ikisi arasında yakın bir zamansal, mekansal ve nedensel bağlantı bulunmalı ve bu husus, failin bilgisine göre öngörülebilir olmalıdır¹⁰². Eğer saldırı ve kınanabilir önceki davranış (provokasyon) arasında böyle bir bağlantı yoksa, meşru savunma hakkının sosyo-etik olarak gerekçelendirilmiş bir sınırlanmasından söz etmek de mümkün olmayacaktır¹⁰³.

Doktrinde saldırıya uğrayan kişi tarafından, meşru savunma durumuna

⁹⁸ Schmidt, § 32, N. 365.

⁹⁹ Schmidt, § 32, N. 366. Kindhaeuser, § 16, N. 53; Kühl, § 7, N. 258.

¹⁰⁰ Bkz. ve krş. Kindhaeuser, § 16, N. 48.

¹⁰¹ Ayrıca bkz. Heinrich, § 14, N. 371.

¹⁰² Schmidt, § 32, N. 367; Heinrich, § 14, N. 380; Kühl, § 7, N. 226.

¹⁰³ Schmidt, § 32, N. 367.

sebebiyet verme ne kadar hukuka aykırı ve kınanabilir olursa, savunma sırasında ondan daha fazla saldırıdan kaçınmasının beklenebileceği de ifade edilmektedir¹⁰⁴. Alman Federal Mahkemesi, böyle bir durumda somut olayda önceki provokasyon nedeniyle bu hakkın kısıtlanıp kısıtlanmadığı veya ne ölçüde kısıtlandığına “tüm olayın kapsamlı bir değerlendirmesi durumunda” karar verilmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁰⁵. Ancak bu kabul açısından da her durumda kişinin yaşam ve vücut bütünlüğü gibi haklarının tehlikeye uğramasına katlanmasının beklenmesi mümkün değildir¹⁰⁶.

DEĞERLENDİRME ve SONUÇ

A. Provokasyon halinde meşru savunma hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı sorununa ilişkin yukarıda incelediğimiz teorilerin değerlendirilmesi açısından bizce, ceza hukukunun kendine has güvence fonksiyonuna ve bu çerçevede *suçta ve cezada kanunilik ilkesi* (TCK m. 2/1) ile bununla bağlantılı *kıyas yasağına* (TCK m. 2/3) uygun hareket edilmesi gerektiği hususunun öncelikle vurgulanması gerekmektedir. Zira bunlar

¹⁰⁴ Roxin/Greco, § 15, N. 70.

¹⁰⁵ *BGHSt 27, 388*. Roxin/Greco, § 15, N. 7. Esasen Alman Federal Mahkemesi uygulamasında, başlangıçta bu yönde herhangi bir kısıtlama kabul edilmemişken daha sonraları, saldırıya neden olan kişinin saldırıdan daha fazla kaçınmasının kendisinden beklenebileceği gerekçesiyle failin, meşru savunma hakkını herhangi bir kısıtlama olmaksızın kullanmasını reddetme eğilimi söz konusu olmuştur. Buna rağmen yine de Yüksek Mahkeme, meşru savunma temel düşüncesine uygun bir biçimde hareket etme eğilimindedir. Bkz. *BGHSt 24, 356* (Perron /Eisele, § 32, N. 58).

¹⁰⁶ Kindhaeuser, § 16, N. 53. Ancak, sadece tartışma konumuz açısından değil, bir bütün olarak üç basamak teorisi tartışmaya oldukça açıktır. Nitekim bu teori Alman doktrininde hangi kısıtlamaların “sosyo-etik” olarak uygun olduğu belirsiz görülerek eleştirilmektedir. Sosyo-etik açıdan uygun görülmeyen davranış nedeniyle meşru savunma hakkının kısıtlanmasına dair ölçütler eksiktir (Gropp, § 6, N. 95a). Zira belirli meşru savunma kısıtlamalarının neden “sosyo-etik” olarak uygun görüldüğüne dair bir belirleme, bu terimi kullananlar tarafından yapılamamaktadır. Ancak bu terimin işlevi konusunda görüş birliğinin mevcut olduğu söylenebilir. Bununla, katı olarak yorumlanan Alm. CK § 32 II’de yer alan meşru savunma düzenlemesini sosyal açıdan uyumlu hale getirmek amaçlanmaktadır (Kühl, § 7, N. 158). Dar anlamda sosyo-etik, belirli durumlarda meşru savunmada bulunan saldırgan için sosyal düşünce veya saldırganla asgari düzeyde dayanışma göstermesini gerektiren kısıtlama girişimleri olarak ifade edilmektedir. Bununla birlikte *dayanışma*, özgürlük alanı dışındaki hususları düzenleme görevini veren bir hukuk sistemine ve temelde yalnızca başkalarının hak ve özgürlük alanlarına yönelik nitelikli ihlalleri kapsamak isteyen bir ceza hukukuna genellikle yabancıdır. Buna rağmen hukuk sistemi, pek çok yerde dayanışma yükümlülüklerine açıktır ve ceza hukukunda ise, en azından bazı yerlerde kendisini kapatmamıştır (Örn. Alm. CK 323c yardım yükümlülüğü). Ancak “dayanışma”, ondan hukuki sonuçlar çıkarılabilecek kadar net bir hukuki terim değildir. Hukuki bir terim olarak dayanışmanın bu belirsizliği ve istisnai niteliği, onu dikkatli kullanmayı zorunlu kılmaktadır. Kühl, § 7, N. 159.

ceza hukukunun, hiçbir durumda kendilerinden vazgeçilemez nitelikte temel ilkeleridir. Bu ilkeler ise sadece suç tiplerini tanımlayan normlar açısından değil ve fakat aynı zamanda kanunun genel hükümleri için de geçerlidir¹⁰⁷. Özellikle *hukuka uygunluk nedenleri* noktasında bu husus çok daha net bir şekilde ortaya çıkmaktadır; zira hukuka aykırılığın, tipiklikle birlikte suçun bir unsuru olduğu ve dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinin yorumlanması ve uygulamasının, bir fiilin suç olarak vasıflandırılıp vasıflandırılmayacağı noktasında doğrudan belirleyici bir konumda bulunduğu açıktır. Bu çerçevede söz gelimi kanunun bir hukuka uygunluk sebebine dair belirlediği şartların, yorum yoluyla kıyasa yol açabilecek ölçüde genişletilerek uygulanması olanaklı olmadığı gibi kanunda bir hukuka uygunluk nedeni açısından hiçbir suretle öngörülmeleyen bir şartın, ‘somut olay adaletinin sağlanması’ gerekçesiyle veya benzeri düşüncelerle var sayılması da hukuken olanaklı değildir. Bu nedenle somut bir olay açısından, bir hukuka uygunluk sebebinin var olup olmadığı hususundaki her türlü yorum ve uygulama normatif bir temele dayandırılabilirdi ve bu hususta fail aleyhine kıyasa (veya kıyasa yol açabilecek genişletici yorum yoluna) başvurulmamalıdır. Bu belirttiğimiz hususlar, meşru savunma normunun somut bir olaya uygulanması noktasında da belirleyici nitelikte olup failin saldırganı provoke ettiği bir olay açısından, meşru savunma hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunda yapılacak her türlü yorum da normatif bir temele dayandırılabilirdi.

B. 1. Bu noktada bizim mevzuatımız açısından, *kasıtlı provokasyon* olarak isimlendirdiğimiz hallerde meşru savunma hükümlerinin uygulanmamasına yönelik açık bir düzenlemenin söz konusu olmadığı göze çarpmaktadır. Benzeri bir normatif durumun söz konusu olduğu İtalya açısından gerek kasıtlı ve hatta gerekse de maksatlı provokasyon noktasında aksi sonuca varan teoriler ise meşru savunmaya ilişkin kanuni koşulların yorumundan hareket etmektedir. Bu teoriler, örneğin kanunda geçen “...haksız bir saldırı..” veya “...defetmek zorunluluğu...” (bkz. TCK m. 25/1) ifadelerinin, söz konusu kurumun amacından yola çıkılarak yorumlanması çerçevesinde, saldırının artık haksız olmasından söz edilemeyeceği (bkz. § II, A) veya bu halde artık saldırıyı defetme zorunluluğundan bahsedilemeyeceği (bkz. § II, B) sonucuna varmaktadır. Esasen meselenin suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygun bir şekilde çözümlenebilmesi açısından bu teorilerin çıkış noktası isabetli kabul edilebilirse de bunların dayandıkları yorum metotları, tamamen aksi sonuçlara varmaya daha müsait gözükmektedir. Nitekim

¹⁰⁷ Maurach/Zipf, § 10 II, N. 21; Jescheck/Weigend § 15, III.

örneğin provokasyon halinde saldırının haksızlığından söz edilemeyeceğini savunan yazarlar, meşru savunma kurumunun amacından yola çıkmakta ise de aynı amaç kavramından yola çıkarak tam aksi sonuca varmak çok daha olasıdır. Nitekim *hukukun savunulması teorisi* (bkz. § III, B) bu tip bir sonuca, meşru savunma kurumunun *hukukun savunulması* amacından yola çıkarak varmaktadır; provokasyon halinde dahi fail neticede hukuku savunmaktadır. Diğer taraftan sistematik bir yorum yoluyla da provokasyonun, saldırının haksızlığını ortadan kaldıran bir sebep olarak nitelenemeyeceği sonucuna varmak çok daha isabetli görünmektedir: Kanunda *provokasyon*, haksızlığı ortadan kaldıran bir sebep olarak değil, yalnızca kusurluluğu etkileyen bir sebep olarak öngörülmüştür (TCK m. 29) ve bu durumun TCK m. 25/1 kapsamındaki bir saldırının haksız sayılıp sayılmaması açısından bir farklılık yaratması elbette olanaklı değildir¹⁰⁸. Bunun yanında, dikkat edilmelidir ki meşru savunma ve zorunluluk hali açısından *zorunluluk* unsuru müşterek olarak (bkz. TCK m. 25/1: “saldırımı... defetmek zorunluluğu...”; TCK m. 25/2: “tehlikeden... kurtulmak... zorunluluğu”) zikredilmiş ancak bunların ikincisinde tehlikeye “bilerek neden olmamayı”¹⁰⁹ bir unsur olarak açıkça öngören kanun koyucu, ilkinde böyle bir koşula yer vermemiştir. Her ne kadar hukuki nitelikleri birbirinden farklı olsa da aynı madde içinde ve birbirine çok yakın bir tarzda düzenlenen bu iki kurum açısından, birinde öngörülen koşulun diğerinde öngörülmemesi, açık bir “sessizliğe” haliyle de *bilinçli bir boşluğa* işaret ediyor görünmektedir¹¹⁰. Provokasyon halinde, failin kendisini savunmasının artık zorunlu olmadığından söz etmek ise aslında bu boşluğun, amaçsal yorum adı altında ve fakat gerçekte zorunluluk haline ilişkin normun kıyası yoluyla doldurulmasından başka bir şey olmayacaktır¹¹¹. Diğer taraftan kanundaki “zorunluluk” ifadesi, ancak “bir saldırı vuku bulduktan sonra” varlığı tartışılabilir bir unsurdur ve henüz saldırı vuku bulmadan evvel gerçekleştirilen bir fiilden yola çıkılarak, saldırı aşamasında savunmanın artık zorunlu olmadığından söz edebilmek mümkün olmadığı gibi aksinin iddia edilebilmesine olanak tanıyan hiçbir normatif dayanak da söz konusu

¹⁰⁸ Maggiore, s. 310; Antolisei, s. 301; Cavallo, s. 663; Bettiol, s. 278; Ranieri, s. 147; Grosso, s. 102; Nuvolone, s. 210; Dönmezer/Erman, N. 393; Erem, § 152, 2, a.

¹⁰⁹ Zorunluluk halinde aranan “tehlikeye bilerek neden olmama” koşulu hakkında bkz. Elif Bekar, *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali*, Seçkin, 2013, s. 101 vd.

¹¹⁰ Grosso, s. 103-104; Pagliaro, s. 442; Fiandaca/Musco, s. 138; Marinucci/Dolcini/Gatta, s. 322; Ciliberti, s. 69.

¹¹¹ Grosso, s. 107-108.

değildir¹¹². Dolayısıyla meşru savunmaya ilişkin kanuni düzenlemeler, kasıtlı provokasyon halinde ne saldırının artık haksız olmadığına ne de bu halde artık failin saldırıyı defetme zorunluluğundan bahsedilemeyeceğinin ileri sürülebilmesine imkan vermektedir.

2. Alman doktrinde meşru savunma hükümlerinin uygulanması olasılığını tümüyle reddeden *actio illicita in causa* teorisinin (bkz. § II, C) ise normatif düzenlemelerden tümüyle kopuk bir zeminde hareket ettiği ilk bakışta göze çarpmaktadır. Gerçekten meşru savunmaya ilişkin kanuni düzenlemeler oldukça net bir şekilde saldırı ve savunmayı, bu fiillerin icrası anına göre değerlendirmeyi öngörmektedir ve savunmanın hukuka aykırılığına dair değerlendirmenin, saldırıdan daha evvelki bir ana yani bu teorisinin kabul ettiği şekliyle sebep teşkil eden provokasyon anına göre yapılmasına imkân verecek en ufak bir normatif ipucu dahi söz konusu değildir. Esasen burada, *actio liberia in causa* ilkesine temel teşkil eden *sebepe olma* bakış açısının provokatif meşru savunma hallerine tatbiki söz konusu olsaydı da bu iki kurum, mahiyet itibarıyla de birbirinden son derece uzaktır. Zaten bu nedenle söz konusu bu teori, ciddi ve çözümü olanaksız yapısal çelişkiler ihtiva etmektedir¹¹³.

3. Esasen tüm bu belirttiğimiz hususlar bizi, TCK açısından kasıtlı provokasyon hallerini de meşru savunma hükümleri kapsamında değerlendirmemiz gerektiği sonucuna ulaştırmaktadır. Nitekim bu hallerde meşru savunma hükümlerinin uygulanmamasına yönelik açık bir düzenleme söz konusu olmadığı gibi aksi yönde ileri sürülen görüşlerin de teorik yönden tatmin edici ve tutarlı sonuçlara varamadığı ve suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile uyumlu normatif bir gerekçe sunamadıkları görülmektedir. Bu çerçevede yukarıda belirttiğimiz örneği ele almamız gerekirse: Arkadaşı (B)'nin, ensesine şaka yollu dokunulmasına çok sinirlendiğini bilen ve ancak bu durumdan ciddi anlamda keyif almakta olan (A), bir akşam diğer arkadaşları ile bir araya geldiklerinde (B)'yi sınırlendirmek için ensesine vurur. Beklediği gibi sınırlenen (B), (A)'ya yumruk atmak için hamle yapar ancak daha çevik olan (A), hızlı davranarak (B)'ye yumruk atarak onu yaralar. Bu halde (A), diğer koşulları sağlaması şartıyla meşru savunma hükümlerinden yararlanabilecektir¹¹⁴.

¹¹² Grosso, s. 102. Benzer şekilde bkz. Ciliberti, s. 87-88.

¹¹³ Wessels/Beulke/Satzger, § 8, N. 350; Roxin/Greco, § 15, N. 68; Heinrich, §15, N. 377.

¹¹⁴ Bu neticenin somut olay açısından *adalet düşüncesine* veya *sağduyuya* aykırı olduğu iddia

C. 1. Bu durumda, aynı sonuca **maksatlı provokasyon** açısından da varmamız gereği ilk etapta zaruri gibi gözükmektedir zira TCK'da maksatlı provokasyon halini meşru savunma hükümlerinden istisna eden bir düzenleme de söz konusu değildir. Nitekim aynı durumun söz konusu olduğu İtalya'da *katı normatif teori* (bkz. § III, A) taraftarı yazarlar, aslında her iki olasılık açısından da kanuni düzenlemelerin aynı sonuçlara varmamıza müsait olduğundan bahisle, provokasyon ister kasıtlı ister maksatlı olsun, provokatörün meşru savunma hükümlerinden yararlanmasına bir engel bulunmadığını ifade etmekte, Almanya'da ileri sürülen *hukukun savunulması teorisi* (bkz. § III, B) de aynı sonuca, meşru savunma kurumunun, *hukukun savunulması* amacından yola çıkarak varmaktadır.

2. Bununla birlikte iki farklı provokasyon hali arasında ciddi bir mahiyet farklılığının olduğu da gözden uzak değildir. Nitekim dikkat edilirse *kasıtlı provokasyonda* fail, karşı tarafın bir saldırı başlatabileceğini öngörmesine rağmen onu provoke eden bir harekette bulunmaktadır ve fakat bu halde failin amacı, karşı tarafı bir saldırıya kışkırtarak meşru savunma koşullardan faydalanmak değildir. Oysa *maksatlı provokasyonda* tam olarak bu tip bir amaç söz konusudur ve bu halde fail, neticede kendisinin meşru savunma çerçevesinde kalarak ceza almayacağını sağlayabilecek bir plan dahilinde provokasyon icra etmekte ve bu çerçevede muhatabının bir saldırı başlatmasını amaçlamaktadır¹¹⁵. Dolayısıyla provokasyon başlığı altında bir arada ele alınsalar da iki durumun birbirinden oldukça farklı mahiyetlerde olduğu şüphesizdir. Zaten bu nedenle kasıtlı provokasyonda, failin yine de meşru savunma hükümlerinden yararlanabileceğini kabul eden yazarların

edilebilir ve zaten gerek İtalyan Yüksek Mahkemesi'nin gerekse de Yargıtay'ın verdiği kararlarda aksi sonuca varılmasının temel motivasyonunun da bu düşünce olduğu anlaşılmaktadır (bkz. yukarıda dipnot 26 ve 33). Ancak *Ciliberti*'nin doktora tezinde oldukça isabetle belirttiği gibi sadece "adalet" düşüncesi veya "sağduyu" tek başına, kanun hükümlerinin anlamını tespit etmekte belirleyici bir unsur değildir (Ciliberti, s. 69-70). Bu tip gerekçelerin, modern ceza kanunları açısından vazgeçilmez mahiyette olan ve ceza kanununun güvence fonksiyonunu ifade eden suçta ve cezada kanunilik ilkesini işlevsiz kılacak şekilde esas alınmasının ise hukuken kabul edilebilir bir yönü olamayacaktır. Bu noktada belirtmeliyiz ki bu kabulümüz ve sunduğumuz gerekçelerimiz, yukarıda provokatif meşru savunma kavramı kapsamı dışında olduklarını ve bu nedenle doğrudan inceleme konumuzu teşkil etmediklerini ifade ettiğimiz *failin tamamen öngörüsüz bir şekilde saldırıya sebebiyet verdiği haller* (bkz. yukarıda § I, A, dipnot 16) açısından da meşru savunma hükümlerinin uygulanması noktasında bir engelin söz konusu olmadığını ortaya koymaktadır. Yine bu başlığın son paragrafında belirteceğimiz gerekçeler çerçevesinde, bu halde meşru savunma şartlarının olağandan daha katı şekilde uygulanması, örneğin faille kaçma yükümlülüğünün yüklenmesi de bizce olanaksızdır.

¹¹⁵ Hoffmann-Holland, § 3, N. 253.

oldukça geniş bir kesimi, maksatlı provokasyon halinde farklı düşünmektedir. Ancak bu yazarların ileri sürdükleri teoriler açısından da temel sorun, maksatlı provokasyon halinde neden kasıtlı provokasyondan farklı bir hukuki sonuca varılması gerektiğine dair makul bir gerekçe sunamamış olmalarıdır. Nitekim bu grupta yer alan *sınırlı normatif teori* (bkz. § IV, A) taraftarı yazarlar, maksatlı provokasyon halinde failin meşru savunmanın koşullarını bizzat kendisinin meydana getirmekte olduğunu ve bu nedenle aslında bu koşulların gerçekleşmediklerinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmekte ancak buna, yukarıda belirttiğimiz normatif eleştirilere yanıt verebilecek mahiyette mantıklı ve tutarlı bir teorik ve normatif gerekçe gösterememektedirler¹¹⁶. Bu noktada *rıza teorisi* (bkz. § IV, D), sunduğu argümanlara normatif bir dayanak (bkz. ilgilinin rızası) göstermekte ise de bu dayanak da kabul edilebilir olmaktan son derece uzaktır. Zira bu teori failin, maksatlı provokasyonu saldırganlığa rıza gösterdiği esasına dayanmakta ise de bu görüş haklı olarak, buradaki rızanın tamamen yalın bir varsayım olduğu, oysa bu halde provokatörün kendisine ait hukuksal değerleri feda etmek istediğinden söz edilemeyeceği belirtilerek eleştirilmiştir¹¹⁷. Keza *hukuktan talep teorisi* (bkz. § IV, B), meşru savunmanın varlık sebebinden hareket etmekte ise de hem buna dair normatif bir dayanak gösterememekte hem de bu varlık sebebine dair kabulün de bir varsayım olduğu ve esasen aksi sonuca da pekâlâ benzeri bir varsayımsal gerekçenin bulunabileceği gerçeklerini dikkate almıyor gözükmektedir. Nitekim yukarıda belirttiğimiz üzere provokasyon halinde saldırının artık haksız olmasından söz edilemeyeceği (bkz. § II, A) veya bu halde artık saldırıyı defetme zorunluluğundan bahsedilemeyeceği (bkz. § II, B) yönündeki teoriler de benzeri bir akıl yürütme ile hareket etmekte ve fakat tam aksi sonuca varmaktadır.

3. Bu hususta hem teorik açıdan tutarlı hem de normatif bir dayanak sunabilen bir çözüme ihtiyaç duyduğumuz ortadadır. Bu çözüme ulaşabilmek açısından ise şu temel gerçeği tespit ederek yola çıkmak oldukça isabetli bir yöntem olacaktır: Maksatlı provokasyon halinde fail, sırf meşru savunmada bulunabilmek için karşı tarafı, kendisine saldırmaya kışkırtmakta ve bu haliyle aslında meşru savunmanın koşullarını bizatihi kendisi yapay olarak

¹¹⁶ Bkz. Ranieri, s. 147; Antolisei, s. 301; Dönmezer/Erman, N. 393; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 444; Demirbaş, s. 296; Muharrem Özen, s. 88; Koca/Üzülmez, s. 281; Mahmutoglu/Karadeniz, s. 497; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 305; Hakeri, s. 332; Akbulut, s. 542, dipnot 1227; Dülger, N. 11.93.

¹¹⁷ Roxin/Greco, § 15, N. 67; Heinrich, §15, N. 378.

ortaya çıkarmaktadır¹¹⁸. Bu halde ise fail, meşru savunma koşullarını, ‘önceden oluşturduğu planın bir parçası olarak’ sahneye koymakta¹¹⁹ ve bu nedenle görünürdeki savunma, esasında meşru savunma hakkının kötüye kullanılması ile kamufle edilmiş hukuka aykırı bir saldırı mahiyeti arz etmektedir; dolayısıyla bu olasılıkta fail, kendisini savunma hakkını, bunun koşullarını hukuka aykırı olarak meydana getirerek kötüye kullanmaktadır¹²⁰. Bunun sonucu olarak *maksatlı provokasyon* halinde ileri sürülen *hakkın kötüye kullanılması teorisi* (bkz. § IV, C) oldukça sağlam bir teorik zeminde hareket etmektedir. Bu görüşün bizim açımızdan, yukarıda belirttiğimiz ilkeler dairesinde kabul edilebilirliği ise normatif bir temele dayanması açısından ortaya çıkmaktadır. Nitekim Türk Medeni Kanunu’nda hakkın kötüye kullanılması yasağı düzenlenmiş ve “*bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz*” hükmüne yer verilmiştir (TMK m.2/2). Buna göre bir hak açıkça amacına aykırı kullanılmış ise o hakkın kötüye kullanıldığından söz edilecek ve gerçekleştirilen eylemin hukuka aykırı olduğu sonucuna varılması kaçınılmaz olacaktır¹²¹. Bu hükmün, bütün hukuk düzeni açısından anlam ifade ettiği konusunda ise hiçbir şüphe bulunmamaktadır. Nitekim aynı fiilin hukuk düzeninin bir parçası açısından hukuka uygun diğer bir parçası açısından hukuka aykırı olduğundan söz edilmesi elbette olanaksızdır¹²². Öyleyse TCK m.25/1’de düzenlenen ve bir hakkı tanımlayan *meşru savunma* için de bu hükmün uygulanabilir olduğu açıktır. Bu itibarla, anılan kanuni düzenleme çerçevesinde meşru savunma hakkını açıkça kötüye kullanan kimsenin artık bu haktan yararlanamayacağı ve işlediği tipik fiilin hukuka uygunluğundan söz edilemeyeceği kabul edilmelidir. İşte maksatlı provokasyon halinde de failin, önceki provokasyonu ile meşru savunma koşullarını planlı şekilde ortaya çıkarması hali söz konusudur ve bu çerçevede meşru savunma hakkını

¹¹⁸ Gropp, § 6, N. 94; Wessels/Beulke/Satzger, § 8, N. 342; Stratenwerth/Kuhlen, § 9, N. 68; Schmidhauser, § 9, N. 109; Zieschang, N. 215; Perron/Eisele, § 32, N. 54; Heinrich, §15, N. 375; Freund, § 3, N. 118.

¹¹⁹ Ciliberti, s. 71-72.

¹²⁰ Roxin/Greco, § 15, N. 66; Heinrich, §15, N. 375; Ciliberti, s. 71, 73.

¹²¹ “Dürüstlük kuralı hukukun her alanında, *kamu hukuku alanında da* dikkate alınması gereken temel bir hukuk ilkesidir” Kemal Oğuzman/Nami Barlas, *Medeni Hukuk*, 25. Bs., Vedat, 2019, N. 856. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı hakkında ayrıca bkz. Şener Akyol, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, 2. Bs., Vedat, 2006; Mehmet Serkan Ergüne, “Wesentliche Merkmale der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben und des Verbots des Rechtsmissbrauchs im türkischen Recht”, *Annales de La Faculté de Droit D’Istanbul*, 47(64), 2015.

¹²² Maggiore, s. 292; Ranieri, s. 132; Antolisei, s. 274; Mantovani, s. 24; Fiandaca/Musco, s. 117; Marinucci/Dolcini/Gatta, s. 295; Cadoppi/Veneziani, s. 195.

hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde kötüye kullandığından söz etmemiz kaçınılmazdır. Bu nedenle bir başkasına, söz gelimi hakaret ederek onu bir saldırıya kışkırtan ve sonrasında, önceden tasarladığı planı çerçevesinde onu öldüren kimse, meşru savunma hakkını kötüye kullanmış olduğundan, bu hakkın sağladığı cezasızlıktan faydalanamayacak ve kasten öldürme nedeniyle sorumlu tutulacaktır. Ancak yine aynı çerçevede, kışkırtılan saldırının, provokatörün düşündüğünden çok daha ağır bir şekilde gerçekleştiği hallerde, artık meşru savunma koşullarının yapay olarak ortaya çıkarılması söz konusu olamayacağından, hakkın kötüye kullanılmasından da söz edilemeyeceği ve provokatörün savunmada bulunmasının meşru sayılabileceği bizce de kabul edilmelidir¹²³.

4. Bu belirttiğimiz hususlar, *katı normatif teorisinin* (bkz. § III, A) argümanlarının, maksatlı provokasyon halinde neden geçersiz olduğunu da ortaya koymaktadır. Zira bu teori, münhasıran ceza kanunundan yola çıkmakta ve aksi görüşün normatif bir dayanağı olmadığını iddia etmektedir. Oysa maksatlı provokasyon açısından failin meşru savunma hükümlerinden yararlanamamasına ilişkin hakkın kötüye kullanılması görüşü, oldukça tutarlı teorik gerekçelerinin yanında, TMK m.2/2'deki düzenleme çerçevesinde bizim hukukumuz açısından yeterli normatif dayanağa da sahiptir. Yine *hukukun savunulması teorisi* (bkz. § III, B) de hakkın kötüye kullanılması olasılığında tüm makul gerekçelerini yitirmekte olduğundan, maksatlı provokasyon hallerinde kabul edilebilir olmaktan çıkmaktadır. Zira maksatlı provokasyonda provokatörün bizatihi kendisi hukuk düzeni ile çatışma içindedir ve *görünüşte* bir hakkını kullanmakta ise de *gerçekte* o hakkını açıkça “kötüye kullanmaktadır”. Haliyle hukukun savunulmasından yola çıkarak, bu olasılıkta provokatörün savunma fiilini hukuka uygun saymak, kabulü olanaksız bir çelişkiye sebebiyet vermektedir¹²⁴.

5. Bu çerçevede *hakkın kötüye kullanılması teorisinin* (bkz. § IV, C), maksatlı provokasyon açısından teorik yönden oldukça tatmin edici ve tutarlı bir gerekçe sunmasının yanında, Türk Hukuku açısından, yukarıda belirttiğimiz üzere normatif bir dayanağa da sahip olması çerçevesinde, kabule değer olduğu sonucuna varmaktayız. Bu noktada, bu teoriye getirilen en temel eleştiri olan, “saldırganın yine de hukuka aykırı ve kusurlu davrandığı

¹²³ Gropp, § 6, N. 94; Wessels/Beulke/Satzger, § 8, N. 342; Stratenwerth/Kuhlen, § 9, N. 68; Schmidhaeuser, § 9, N. 109; Roxin/Greco, § 15, N. 66; Zieschang, N. 215; Perron/Eisele, § 32, N. 54; Heinrich, §15, N. 375; Freund, § 3, N. 118;

¹²⁴ Heinrich, §15, N. 377; Roxin/Greco, § 15, N. 65.

gerçeğini göz ardı ettiği” iddiasının¹²⁵ da isabetli olmadığını belirtmemiz gerekmektedir. Zira bu teori açısından maksatlı provokatörün meşru savunma hükümlerinden yararlanamaması, saldırının haksız sayılmaması ile ilgili değildir. Bu olasılıkta saldırı yine haksızdır ve örneğin suç teşkil etmekte ise saldırganın cezai sorumluluğu yine bakidir; bu açıdan saldırganın provokasyona rağmen yine de saldırmama tercihinde bulunabileceksen aksi olasılığı tercih etmesinin, kendi fiilinin değerlendirilmesi noktasında hukuki sonuçlarının olacağı şüphesizdir. Ancak bu halde savunma hareketi, hakkın kötüye kullanılması mahiyetinde olması nedeniyle hukuka aykırıdır ve bu tespit, saldırganın yine de hukuka aykırı ve kusurlu davrandığı gerçeğinin göz ardı edilmesi anlamına da gelmemektedir. Bu izahımızı, yukarıda verdiğimiz örnek üzerinden somutlaştırmamız gerekirse: (A), hasmı (B)’yi öldürmek istemekte ancak neticede ceza almak da istememektedir. (B)’nin namus kavramı konusundaki hassasiyetini ve aynı zamanda sürekli yanında bıçak taşıdığını bilen (A), herkesin içinde eşinin onu aldattığını söylese (B)’nin sinirlenerek kendisine saldıracağını hesap eder ve ceketinin altına asla görünmeyecek şekilde bir silah yerleştirir. Öngördüğü şekilde tahrik olan (B)’nin bıçakla kendisine saldırması üzerine silahını çeken (A), (B)’yi öldürücü şekilde yaralar. Ancak (B) hastanede yapılan başarılı ameliyatla ölümden kurtulur. Bu halde (A), meşru savunma koşullarını planlı bir şekilde yapay olarak ortaya çıkardığı ve bu suretle meşru savunma hakkını açıkça kötüye kullandığı için (B)’nin ölümcül şekilde yaralanması açısından meşru savunma hükümlerinden yararlanamaz ve kasten insan öldürmeye teşebbüs nedeniyle sorumlu tutulur. Ancak aynı olay açısından (B) de (A)’ya karşı işlediği fiil nedeniyle, olayın koşulları çerçevesinde kasten yaralama veya kasten öldürmeye teşebbüs nedeniyle sorumlu tutulacaktır.

6. Bu tespitlerimiz çerçevesinde biz kasıtlı ve maksatlı provokasyonun sadece mahiyetleri itibariyle değil, hukuki sonuçları itibariyle de birbirlerinden ayrılmaları gerektiğini düşünmekteyiz. Buna göre bizce *kasıtlı provokasyon* halinde failin meşru savunma hükümlerinden yararlanmasına bir engel bulunmamakta iken *maksatlı provokasyon* halinde esasen fail, meşru savunma hakkını kötüye kullanmakta olduğundan TMK m. 2/2 gereğince meşru savunma hükümlerinden kural olarak yararlanamayacaktır. Ancak istisnai olarak, kışkırtılan saldırının provokatörün düşündüğünden çok daha ağır bir şekilde gerçekleştiği hallerde, artık meşru savunma koşullarının yapay olarak ortaya çıkarılması söz konusu olamayacağından, hakkın kötüye kullanılmasından da bahsedilemeyeceği ve provokatörün savunmada bulunmasının meşru

¹²⁵ Hilgendorf/Valerius, § 5, N. 51.

sayılabileceği kabul edilecektir.

D. Bu kabulümüz çerçevesinde bu başlık altında son olarak *kasıtlı provokasyon halinde meşru savunma hükümlerinin uygulanmasının sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı* meselesine de değinmemiz gerekmektedir. Bu sınırlandırma yukarıda da belirttiğimiz üzere Alman doktrininde üç basamak teorisi çerçevesinde ileri sürülmektedir ve kasıtlı provokasyon hali açısından failin saldırıya sebebiyet vermesinin *sosyo-etik değerler yönünden değerlendirilmesi* esasına dayanmaktadır¹²⁶. Bu değerlendirme neticesinde ise kasıtlı provokasyon halinde bulunan kimsenin, bizatihi kendi fiili ile saldırıyı kışkırtmış olması nedeniyle, böyle bir provokasyon olmaksızın bir saldırı ile karşı karşıya kalan kimse ile aynı durumda olmadığı sonucuna varılmakta ve bu halde *kaçarak veya korunma savunmasında (Schutzwehr)* bulunarak da ağır bir tehlike ile karşı karşıya kalmadan saldırıyı defetme imkânı varsa artık *karşı koyma savunmasında (Trutzwehr)* bulunamayacağı sonucuna varılmaktadır¹²⁷. Ancak burada bahsedilen *sosyo-etik değerlerin* ne olduğu ve nasıl tespit edileceği meselesi belirsiz olduğu gibi¹²⁸ bu şekilde tümüyle *ahlaki bir ölçüte* dayanarak bir hukuka uygunluk nedenine ilişkin koşulların somut olayda oluşmadığı sonucuna varılmasının bizce suçta ve cezada kanunilik ilkesi çerçevesinde kabulü de olanaklı değildir¹²⁹. Zira böyle bir kabulde bulunulması halinde esasen somut bir fiilin suç olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tümüyle sosyal ahlak ilkelerine göre tespit edilmiş olacaktır ki bunun da ahlaki ilkelere ceza hukuku açısından doğrudan bir kaynak olma vasfı vermek anlamına geleceği şüphesizdir. Bu yönüyle bizce, meşru savunma koşullarının üç basamak teorisi çerçevesinde sınırlandırılmasına ilişkin görüşler suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile uyumlu değildir. Bu olasılıkta failin, hiç provokasyonda bulunmayan bir kimse ile aynı durumda olmadığı açıktır ancak kanun koyucunun bu hususta bilinçli bir şekilde sessiz kaldığı da aynı ölçüde açıktır. Kanun koyucunun bu bilinçli sessizliğinin, içeriği belirsiz ahlaki kavramlara dayalı olarak çözümlenmesi ise ceza hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde hukuken kabul edilebilir değildir. Bu açıdan bizce kasıtlı provokasyon halinde failin meşru savunma hükümlerinden yararlanmasının olağandan daha katı koşullara bağlanması, mevcut normatif yapıda olanaklı değildir.

¹²⁶ Schmidt, § 32, N. 362; Kühl, § 7, N. 258; Hilgendorf/Valerius, § 5, N. 50.

¹²⁷ Schmidt, § 32, N. 362; Kühl, § 7, N. 258.

¹²⁸ Gropp, § 6, N. 95a

¹²⁹ Bkz. Kühl, § 7, N. 162.

KAYNAKÇA

- Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bs., Adalet, 2020.
- Akyol Ş, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası*, 2. Bs., Vedat, 2006.
- Antolisei F, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 16. Ed., Giuffré, 2003.
- Artuk M E/Gökçen A/Alşahin M E/Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Bs, Adalet, 2018.
- Baumann J, “Rechtsmissbrauch bei Notwehr (Zu der Entscheidung des BGH vom 1.8.1961)”, *MDR*, 5/1962.
- Baumann J/Weber U/Mitsch W/Eisele J, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2016.
- Bekar E, *Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali*, Seçkin, 2013.
- Bettiol G, *Diritto penale, Parte generale*, 5. Ed., G. Priulla, 1962.
- Cadoppi A/Billo G, “Articolo 52- Difesa legittima”, A Cadoppi, S Canestrari, P Veneziani (Ed.), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Giappichelli, 2018.
- Cadoppi A/Veneziani P, *Elementi di diritto penale, Parte generale*, 7. Edz, Wolters Luwer/CEDAM, 2018.
- Canestrari S/Cornacchia L/De Simone G, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Il Mulino, 2007.
- Caraccioli I, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, CEDAM, 1998.
- Carrara F, *Programma del corso di diritto criminale, Parte generale*, 3. Edz., Lucca, 1867.
- Cavallo V, *Diritto penale, Parte generale, Volume secondo: L'Oggetto del diritto penale*, E Jovene, 1955.
- Centel N/Zafer H/Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 11. Bs., Beta, 2020.
- Ciliberti V, “Gli elementi soggettivi delle cause di giustificazione”, *Tesi di dottorato, Università degli studi di Trento, Facoltà di Giurisprudenza*, 2018.

- Delpino L/Pezzano R, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 30. Edz, Simone, 2020.
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 15. Bs., Seçkin, 2020.
- Dönmezer S/Erman S, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II*, 14. Bs., Köksal Bayraktar vd. (Ed), Der, 2019.
- Dülger M V, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Hukuk Akademisi, 2021.
- Erb V, *Münchener Kommentar zum StGB*, 4. Auflage, Band 1, §§ 1–37, C.H. Beck, 2020.
- Erem F, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C.II*, 12. Bs., Seçkin, 1985.
- Ergüne M S, “Wesentliche Merkmale der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben und des Verbots des Rechtsmissbrauchs im türkischen Recht”, *Annales de La Faculté de Droit D’Istanbul*, 47(64), 2015.
- Ersan A, *Ceza Hukukunda Meşru Savunma ve Meşru Savunmada Sınırın Aşılması*, XII Levha, 2013.
- Fiandaca G/Musco E, *Diritto penale, Parte generale*, Zanichelli, 1990.
- Freund G, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Springer, 2009.
- Gropp W, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Springer, 2005.
- Grosso C F, *Difesa legittima e stato di necessita*, Giuffré, 1964.
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Bs., Adalet, 2019.
- Heinrich B, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Kohlhammer, 2012.
- Hilgendorf E/Valerius B, *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım*, Çev. Salih Ohtar, Yetkin, 2021.
- Hoffmann-Holland K, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Mohr Siebeck, 2011.
- İçel K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yenilenmiş Bası, Beta, 2016.
- Jakobs G, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., De Gruyter, 1991.
- Jescheck H H/Weigend T, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Duncker&Humblot, 1996.

- Kartal M, *Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gereklik ve Orantılılık*, On İki Levha, 2019.
- Kindhaeuser U, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Nomos, 2013.
- Koca M/Üzülmez İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Bs., Seçkin, 2020.
- Kühl K, *Strafrecht Allgemeniner Teil*, 8. Aufl., Vahlen, 2017.
- Lenckner T, “Notwehr bei provoziertem und verschuldetem Angriff”, *GA*, 1961, s. 299-314.
- Maggiore G, *Diritto penale, Volume I: Parte generale, T. I*, 5.Edz., N. Zanichelli, 1951.
- Mahmutoğlu F S/Karadeniz S, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, Beta, 2017.
- Mantovani F, *Diritto Penale Parte Generale*, 7th., CEDAM, 2011.
- Marinucci G/Dolcini E/Gatta, G L, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 9.Edz, Giuffré, 2020.
- Maurach R/Zipf H, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8. Aufl., C. F. Müller, 1992.
- Nuvolone P, *Il sistema del diritto penale*, 2. Edz., CEDAM, 1982.
- Oğuzman K/Barlas N, *Medeni Hukuk*, 25. Bs., Vedat, 2019.
- Önder A, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II-III*, 2. Bs., Beta, 1992.
- Özbek V Ö/Doğan K/Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Bs., Seçkin, 2020.
- Özen M (Muharrem), *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*, Seçkin, 1995.
- Özen M (Mustafa), *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*, 2. Bs., Adalet, 2017.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Bs., Seçkin, 2021.
- Öztürk B/Erdem M R, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 21. Bs., Seçkin, 2021.
- Padovani T, *Diritto penale*, 4. Edz., Giuffré, 1998.

- Pagliari A, *Principi di diritto penale, Parte generale*, 5.Edz., Giuffré, 1996.
- Perron W/Eisele J, *Schönke Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*; 30. Aufl., C.H. Beck, 2019.
- Pettoello Mantovani L, “‘Volontarietà del pericolo e legittima difesa’, nota a Cass. 27.10.1954”, *Riv. pen.*, 1955, II, s. 886-889.
- Pisa P, “La Legittima difesa”, CF Grosso, M Pelissero, D Petrini, P Pisa, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 3. Edz, Giuffré, 2020.
- Ramacci F/Guerrini R, *Corso di diritto penale*, 5. Edz, G Giappichelli 2013.
- Ranieri S, *Manuale di diritto penale, Volume primo: Parte generale*, 3. Edz., CEDAM, 1956.
- Rengier R, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., C. H. Beck, 2012.
- Romano B, *Diritto penale, Parte generale*, 4. Edz, Giuffré, 2020.
- Roxin C/Greco L, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., C. F. Beck, 2020.
- Sabatini G, “Provocazione e legittima difesa: Requisiti comuni e differenziali”, *Il Foro Italiano*, Vol. 61, Parte seconda: Giurisprudenza penale, 1936, s.51-56.
- Santaniello G/Maruotti L, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Giuffré, 1990.
- Santoro A, *Manuale di diritto penale I*, UTET, 1958.
- Schmidhaeuser E, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Mohr Siebeck, 1975.
- Schmidt R, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12. Aufl., Rolf Schmidt, 2013.
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bs., Yetkin, 2016.
- Stratenwerth G/Kuhlen L, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., Franz Vahlen, 2011.
- Toroslu N/Toroslu H, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 21. Bası, Savaş, 2015.
- Triffterer O, *Österreichisches Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Springer, 1994.
- Wessels J/Beulke W/Satzger H, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 43. Aufl., C. F. Müller, 2013.

Zafer H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75*, 7. Bs., Beta, 2019.

Hafizoğulları Z/Muharrem Ö, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümleri*, 8. Baskı, Us-A, 2015.

Zieschang F, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., Richard Boorberg, 2014.

“İDARİ MERCİ TECAVÜZÜ” MÜ? “ZORUNLU BAŞVURUNUN YAPILMAMASI” MI?

D. Deviner ERGUVAN*

ÖZET

İdari bir dava açılmadan önce idareye başvurunun zorunlu tutulması, idarenin yargısal denetimi bakımından önemli bir konudur. Bu konunun kanunlarla açık bir şekilde düzenlenmesi, “hak arama hürriyeti” ile dolayısıyla hukuk devleti ilkesi ile doğrudan ilgilidir. Bu zorunluluğun yerine getirilmemesi durumunda, idari yargı yerince ilk inceleme gereği “idari merci tecavüzü” kararı verilmektedir. Hukuk dili, hukuki düşüncenin varlığı ve gelişimi için yaşamsaldır. Bir hukuki durumu Türkçe’de tam ve doğru açıklayan ve dilimizdeki güzel duyu ile de örtüşen sözcüklerin seçimi, hukukun uygulanmasına, hukuk eğitimi-öğretimine ve halktaki hukuk algılamasına etkisi yönleriyle de aynı derecede yaşamsaldır. Bu konudaki uğraşı ve başarı hukuki güvenlik ilkesinin gerçekleşmesi açısından da bir zorunluluktur. Biz de bu amaçla çalışmamızda öncelikle, hukuki durumun içeriği ve anlamı konusunda belirli somut örnekler üzerinden bir “hukuk üst-dili” değerlendirmesi yapmaktayız. Sonrasında hukuki durumu Türkçe’de karşılayan ve algılama, anımsama ve bağlantılama kolaylığı sağlayacağını düşündüğümüz, yalın bir sözü kavram olarak önererek çalışmamızı sonuçlandırmaktayız.

***Anahtar Kelimeler:** Hukuk devleti, idarenin yargısal denetimi, zorunlu idari başvuru, idari merci tecavüzü, Türk hukuk dili*

“ADMINISTRATIVE AUTHORITY EXCEEDANCE”? OR “NOT TO BE DONE OF OBLIGATORY APPEAL”?

ABSTRACT

To be subjected to obligatory appeal to administration before an administrative suit is filed, is an significant issue in respect to judicial supervision of administration. Regulation of this issue by laws definitively, is related to “freedom to claim rights,” consequently related to the rule of law directly. In case of unfulfilling of this obligation, “administrative authority exceedance” judgement is rendered by the administrative court due to the preliminary examination. Law language is vital

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Artvin Çoruh Üniversitesi Hopa İİBF Kamu Yönetimi Bölümü, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı/ARTVİN e posta: devinererguvan@artvin.edu.tr
ORCID: 0000-0003-0540-7961
DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1116500

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 24/01/2022

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 22/03/2022

for entity and development of thought of law. Choice of words that explain a legal situation completely and correctly in Turkish and also correspond to esthetic in our language is vital as well, in views of its effect through law practice, law education–training and law perception of the public. The occupation and the achievement on this issue is an obligation of realization of the principle of legal security. For that purpose, first of all we are making an assessment of “law metalanguage”, through some concrete examples in point of context and meaning of this legal situation. Afterwards we finalize our article by suggesting a simple word as a term which we think that is equal to this legal situation in Turkish and will provide convenience for perception, for recalling and for connection.

Keywords: *Rule of law, judicial supervision of administration, obligatory administrative appeal, administrative authority exceedance, Turkish law language*

GİRİŞ

Hukuki bir durumu, hukuki bir olayı, hukuki bir kurumu ifade eden en doğru hukuki kavramı, dolayısıyla “hukuk dili”ni belirlemek ve kullanmak, hukuk devleti ilkesi bakımından sanıldığından veya bilindiğinden çok daha fazlasını ifade etmektedir. Doğru hukuk dilinin kullanılması, hukuk eğitim ve öğretiminden halktaki hukuk algılamasına kadar, hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesi ve gelişimi açısından, özünde yaşamsal bir öneme sahip konulardan biri olmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda, idare hukuku ve idari yargı için gerek kuramda gerekse uygulamada -özellikle sonuçları bakımından- ciddi bir yeri olan “idari mercî tecavüzü” kavramını, hukuk bilimi ve dil estetiği (güzel duyusu) boyutuyla doğru hukuk dili kullanımına katkı sağlaması amacıyla incelemekteyiz. Ayrıca makalemizin başlığından da anlaşılacağı üzere, incelemedeki temel amaç bu kavramın yerine “zorunlu başvurunun yapılmaması” yönünde bir sözün kavram olarak kullanılmasının hukuk devleti ilkesine biçim ve öz yönünden daha uygun düştüğü konusunda bir tartışma ve değerlendirme yolu açmaktır. Bununla birlikte, öncelikle idari mercî tecavüzü kavramını ve hangi durumlarda söz konusu olduğunu, yeterli ölçekte incelemek gerekmektedir.

I. İDARİ MERCİ TECAVÜZÜ KAVRAMI

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK)’nun “Dilekçeler üzerine ilk inceleme” başlığını taşıyan 14. maddesinin 3. fıkrasında 7 bent şeklinde, yetkili hakim tarafından dilekçelerin hangi konular yönünden ve hangi sıra ile inceleneceği düzenlenmektedir. Buna göre “görev ve yetki”nin

hemen ardından (b) bendinde, açılan davada “idari merci tecavüzü” yapıp yapılmadığının incelenmesi gerektiği anlaşılmaktadır. “İlk inceleme üzerine verilecek karar” başlığını taşıyan İYUK m. 15/1’de ise dilekçe üzerinde yapılan ilk incelemede “kanuna aykırılık” varsa ne yönde karar verilmesi gerektiği düzenlenmektedir ki “idari merci tecavüzü” yapıldığına kanaat getirilirse, m. 15/1 (e)’deki m. 14 “3/b bendinde yazılı halde dilekçelerin görevli idare merciine tevdiine karar verilir.” hükmü uyarınca, mahkemenin dosyanın esasına girmeksizin dilekçeyi ilgili idareye göndermesi gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu konu o kadar önemlidir ki, kanun koyucu dilekçenin mahkemeye verilmesi tarihinin, idareye başvurma tarihi olarak kabul edileceğini açıkça düzenlemektedir. (İYUK m. 15/2)

Dilekçenin idari makama gönderilmesi ve bu gönderme ile ilgilinin mahkemeye başvurma tarihinin, idareye başvurduğu tarih olarak kabul edilmesinden ortaya çıkan sonuç ise, “idari merci tecavüzü” kavramının ancak idari yargıda dava açmadan önce idareye başvurma kanun gereği zorunlu tutulduğu hukuki durumlara özgü bir kavram olduğudur. Bu zorunluluk durumu, İYUK’ta açıkça ifade edilmemekle beraber, “Üst makamlara başvurma” başlıklı İYUK m. 11 düzenlemesinin “isteğe bağlı (ihtiyari) başvuru özelliği ile m. 15/1 (e) ve m. 15/2’nin birlikte değerlendirilmesinden, bu hukuki sonuç açıkça ortaya çıkmaktadır. İsteğe bağlı bir idari başvuruda bulunmama halinde, idari makama dilekçeyi göndermeyi gerektirecek bir durum olamayacağına göre, İYUK m. 15/1 (e) ve m. 15/2 düzenlemeleri ile kastedilen idareye *zorunlu başvurunun yapılmaması* hukuki durumundan başka bir şey olamaz. Ayrıca bu düzenlemeler sadece İYUK m. 13/1’de düzenlenen zorunlu idari başvuruyu ilişkin olmayıp, özel kanunlarda bulunan ve bulunabilecek tüm zorunlu idari başvuruları da kapsamaktadır.

O halde kavramın ifade ettiği ya da etmesinin beklendiği hukuki durum, kanunun idari yargıya başvurmadan önce idareye başvurmayı *zorunlu* gördüğü her duruma ilişkin olarak, bunun ilgili tarafından yapılmaması hukuki durumudur¹. Diğer bir ifadeyle kanun koyucu, idari yargı öncesi bu zorunlu

¹ Bahtiyar Akyılmaz / Murat Sezginer / Cemil Kaya, *Açıklamalı-İçtihatlı Türk İdari Yargı-lama Hukuku*, Savaş Yayınevi, 2019, s. 512, 513; Mutlu Kağıtçıoğlu, “İdari İşlem Teorisi Çerçevesinde İdari Merci Tecavüzü Kavramının Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (30), Nisan 2017, s. 238; Julide İşçi, İdari Merci Tecavüzü, Seçkin Yayınevi, 2019, s. 26.; Burak Öztürk, *Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz*, Yetkin Yayınevi, 2015, s. 61, 62. Bu durum yapılmış bir idari işleme karşı kanunda zorunlu bir itirazın düzenlenmesi biçiminde olabileceği gibi, İYUK m.13 düzenlemesinde olduğu üzere, zarar doğuran bir idari eylem için önce idareye başvurma zorunluluğu biçiminde de

idari başvuru yönteminin ilgili tarafından ihlal edilmesi hukuki durumu için “idari mercî tecavüzü” kavramını kullanmayı uygun görmüştür. Bunun estetik (güzel duyu) boyut da dahil olmak üzere hukuk dilini de kapsayan hukuk bilimine ne kadar uygun düştüğünü ise kavramın uygulanma alanını değerlendirdikten sonra inceleyeceğiz.

II. KAVRAMIN UYGULANMA ALANI

Kavramın nasıl bir hukuki durumu açıklamak üzere kullanıldığını kuramsal düzeyde belirledikten sonra, şimdi de kavramın gerek kanuni düzenlemelerde gerekse Danıştay içtihatlarında nasıl bir uygulama alanı olduğunu belirleyelim. Bu çerçevede, kavramın açıklamakta olduğu idareye “zorunlu başvurunun yapılmadığı” hukuki durumunun, Türk İdare Hukuku’na ilişkin örnek olarak ele alacağımız bazı kanunlar uyarınca ne şekilde ortaya çıkabileceğini belirleyeceğiz. Sonrasında Danıştay içtihatları ışığında uygulamadaki durumu inceleyeceğiz. Bu konudaki değerlendirmenin ardından, *hukuki durum ile kavramın adının uygunluğu* konusundaki eleştirimizi ortaya koyacağız.

A. Kanuni Düzenlemelerdeki Durum

Öncelikle vurgulamak gerekir ki, idari yargı öncesi zorunlu idari başvuru yöntemi ancak kanunla düzenlenebilecek bir yöntemdir². Çünkü konu Anayasa m. 2 hukuk devleti ilkesi bağlamında Anayasa m. 36’da düzenlenen “Hak Arama Hürriyeti” kapsamına giren dava açma hakkının sınırlanması ile ilgilidir. Temel hak ve özgürlüklerden olan dava açma hakkı ise, Anayasa m. 13 “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak *kanunla* sınırlanabilir.” hükmü uyarınca idari düzenleyici bir işlemle veya yargısal kararlar ile değil, ancak kanunla sınırlanabilir. Bu anlamda bir kanun zorunlu idari başvuru konusunda açık ve emredici nitelikte düzenlemeler içermediği sürece, bir idari başvuruyu zorunlu idari başvuru olarak değerlendirmemek gerekir³. Fakat Danıştay’ın kanunlarda zorunlu idari başvuru olarak düzenledikleri şüphe

gerçekleşebilmektedir. (Bkz. Öztürk, s. 17-19) Kavrama yönelik hukuk alanyazımındaki (literatüründeki) tanımlamalara ilişkin bir çalışma için bkz. İşçi, s. 19-26. Tanımlamalarda çoğunlukla doğrudan veya dolaylı olarak *zorunluluk* vurgusuna yer verilmektedir.

² “İdari mercî tecavüzü oluşabilmesi için *zorunlu başvuru yollarının kanunla düzenlenmesi* gerekmekte olup...” T.C. Danıştay 13. Dairesi, E. 2016/4981, K. 2018/1647, T. 07.05.2018, <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 07.08.2019.

³ Gürsel Kaplan, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2009, s. 313.

uyandıran ve dolayısıyla bu konuda açıklık içermeyen bazı idari başvuruları da zorunlu idari başvuru olarak değerlendirdiğini gözlemlemekteyiz⁴. Öyle ki kanunda emredici bir düzenleme bulunmasa da, salt kanunun itiraz ve belli bir itiraz süresi öngörmesi dahi Danıştay tarafından zorunlu idari başvuru olarak değerlendirilebilmektedir⁵. Mevcut kanunların bir kısmının⁶, düzenlemenin içeriği, amacı ve düzenlenme şekli itibarıyla zorunlu idari başvuru olarak değerlendirilmesi kanımızca mümkün olsa da, diğer bir kısmının⁷ bu kapsama

⁴ Örneğin Danıştay, 4458 sayılı Gümrük Kanunu m.242'nin 3. fıkrasında -2009 değişikliği öncesinde de var olan- ilgililer için söz konusu idari işlemlere "itirazda bulunabilirler" ifadesi kullanıldığı halde "...itiraz başvurusu, yargı yerlerine başvurulmadan önce ilgililerce tüketilmesi gereken zorunlu nitelikteki başvuru yoludur." hükmüne varmıştır. T.C. Danıştay 7. Dairesi, E. 2005/5614, K. 2007/762, T. 28.2.2007, Danıştay Dergisi, S.115, s.254. 4109 sayılı Asker Ailelerinden Muhtaç Olanlara Yardım Hakkında Kanun m.7/son hükmünde söz konusu idari işlemlere karşı ilgililer için "itiraz olunabilir" düzenlemesi bulunduğu halde, Danıştay "Asker ailesine yardım isteği ile ilgili belediye encümen kararına karşı, il idare kuruluna başvurulmadan, Danıştay'a dava açılmayacağı..." yönünde karar vermiştir. (T.C. Danıştay 8. Dairesi, E. 1968/2647, K. 1969/462, T. 5.2.1969, Danıştay Sekizinci Daire Kararları, Danıştay Başkanlığı, Ankara, 1974 s. 1'den aktaran Kaplan, s. 309). 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanun m. 10'da "...itiraz olunabilir." hükmü olduğu halde Danıştay "...murakebe kurulu kararlarına başvurulmadan Danıştay'a dava açılmayacağı..." yönünde karar vermiştir. (T.C. Danıştay 8. Dairesi, E. 1967/1583, K. 1967/3627, T. 16.11.1967, Danıştay Sekizinci Daire Kararları, Danıştay Başkanlığı, Ankara, 1974, s. 91'den aktaran Kaplan, İdari Yargıda, s. 309).

⁵ "Yasalarda bir işleme karşı itiraz yeri gösterilmiş, ayrıca bunun için bir süre belirlenmişse ilgilinin dava açmadan önce itirazını yapması, oradan alacağı yanıtı karşı idari dava açması gerekir." T.C. Danıştay 8. Dairesi, 1987/23, K. 1987/114, T. 10.3.1987, <www.legalbank.net>, Erişim Tarihi: 20.12.2019. Yürürlükten kalkmış olan 3489 sayılı Pazarlıksız Satış Mecburiyetine Dair Kanun m.9/3 ile ilgili aynı değerlendirmeyi yaptığı bir karar için bkz. T.C. Danıştay 8. Dairesi, E. 1986/732, K. 1988/213, T. 22.03.1988 <www.legalbank.net>, Erişim Tarihi: 28.12.2019.

⁶ 213 sayılı Vergi Usul Kanunu m. 124; 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 7, m. 8, m. 20, m. 64, m. 70, m. 74, m. 142 ve m. 157; 195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun m. 38; 6491 sayılı Türk Petrol Kanunu m. 20; 6964 sayılı Ziraat Odaları ve Ziraat Odaları Birliği Kanunu m.5 ve m. 10/e ; 5531 sayılı Orman Mühendisliği, Orman Endüstri Mühendisliği ve Ağaç İşleri Endüstri Mühendisliği Hakkında Kanun m.12/3, 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanun m. 10 ve 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu m. 15 düzenlemeleri kanımızca bu kapsamdadır.

⁷ 4458 sayılı Gümrük Kanunu m. 242: "...itiraz edebilir."; 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m. 54/e: "...itiraz edilebilir."; 4109 sayılı Asker Ailelerinden Muhtaç Olanlara Yardım Hakkında Kanun m. 7/son "...itiraz olunabilir."; 6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanun m. 4/6: "...itiraz edilebilir."; 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu m. 24/4, m. 50/4, m. 92/1, m. 99/2 hükümlerinde "...itiraz edebilirler." ifadeleri kullanılmakta ve hatta m. 92/1'in ardından 2. fıkrada "Disiplin cezalarına ilişkin kararlara karşı doğrudan veya itiraz üzerine verilen kararlar için idarî yargı yoluna başvurulabilir." düzenlemesi ile disiplin cezasına itiraz etmeden idari yargıda dava açılabileceği açıkça ifade edilmektedir. Görüldüğü üzere bu kanuni düzenlemelerde kullanılan ifadeler, başvurunun zorunlu bir başvuru olarak değerlendirilmesini kanımızca mümkün kılmamaktadır.

alınmasının özellikle kanunda kullanılan ifadeler karşısında mümkün olmaması gerektiğini düşünmekteyiz. Diğer yandan Danıştay’ın kanundaki ifadelerden zorunluluk anlamı çıkmadıkça, zorunlu idari başvuru yolunun bulunmadığı yönünde kararlarına da rastlanabilmektedir⁸. Bu sorunun kökten çözümünün, hukuki güvenlik ilkesinin bir gereği olarak kanun koyucu tarafından yasal düzenlemelerin şüpheye ve farklı yorumlara imkan vermeyecek açıklıkta ve netlikte düzenlenmesinde bulunduğu düşüncesine biz de katılmaktayız⁹. Kanun koyucunun söz konusu başvurunun tüketilmeden idari yargıda dava açılmayacağını açıkça düzenlemesi bu meselenin çözümü için yeterlidir ve aşağıda değineceğimiz üzere örnekleri de bulunmaktadır.

Hemen ifade etmek gerekir ki incelemenin konusunu, mevzuatta hangi idari başvuruların zorunlu idari başvuru olduğunun tek tek tespiti meselesinden ziyade, idari mercî tecavüzü kavramının kullanıldığı bu hukuki durumun anlamı ve kullanılan kavramın bu hukuki durum ile olan uygunluğu hakkındaki bilimsel kaygılarımız oluşturmaktadır. Çalışmanın esas inceleme konusu ve sınırı dışında kalması yanı sıra, yasal düzenlemelerle her zaman kaldırılabilir veya yenileri öngörülebilir böyle bir alanda verilecek uğraşın, her zaman eksik ve güncellikten uzak kalma durumunda olduğu da öğretilerde haklı olarak ifade edilmektedir¹⁰. Bu nedenle açık düzenleme veya Danıştay yorumu ile bu kapsamda değerlendirilen her bir idari başvuru

⁸ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu da –şu an yürürlükten kalkmış olan- 5590 sayılı Kanun m. 25/5’te yer alan “Derecelerini durumlarına uygun bulmayanlar, yönetmelikte gösterilecek usullere göre ve on gün içinde oda meclisine itiraz edebilirler.” düzenlemesini değerlendirdiği bir kararında: “Bu hüküm ilgililere, yönetim kurulunca bu konuda verilecek kararlara karşı istekleri halinde bir başka organa itiraz edebilme olanağı yaratmak için konmuştur. Tümceenin sonundaki itiraz ederler yerine itiraz edebilirler ifadesinin kullanılması da bu görüşü doğrulamaktadır. Amacı bu olan başvuru yolunu Anayasa ile kişilere tanınan dava hakkını ortadan kaldırır biçimde yorumlamak ve başvuru yoluna gidilmemesi halinde dava açılmayacağını düşünmek hukuka aykırıdır.” (T.C. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu E. 1989/245, K. 1989/162, T. 17.11.1989 Danıştay Dergisi Sayı: 78-79, s. 106’dan aktaran Kaplan, İdari Yargıda, s. 314.) Aynı yönde bir Askerî Yüksek İdare Mahkemesi kararı için bkz. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi 1. Dairesi, E. 1996/33, K. 1996/62, T. 16.01.1996 Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi S. 11, s. 282.

⁹ Öztürk bu çözümü öngörülebilirlik ilkesinin bir gereği olarak ifade etmektedir. Bkz. Burak Öztürk’ün konuşması, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun Kabul Edilişinin 35. Yıl Dönümü Sempozyumu, Ahmet Kürşat Ersöz/Oğuzhan Güzel (Ed.), Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 10. Biz hukuki güvenlik ilkesi kavramını kullanmayı daha kapsayıcı bulmaktayız: Kısaca “...hukuki güvenlik ilkesi, bireylerin sahip oldukları hak ve yükümlülükleri önceden bilebilmelerini ve bu anlamda hukuk düzenine güven duyabilmeleri anlamına gelmektedir.” D. Deviner Erguvan, *Yargı Kararları Işığında İdari İşlemin Geriye Yürümezliği İlkesi ve Geri Alma İstisnası*, Adalet Yayınevi, 2017, s. 57.

¹⁰ Kaplan, İdari Yargıda, s. 305.

incelemek yerine, Türk idare hukuku ve yargılamasına ilişkin kanunlarımızda çalışmanın hazırlandığı an itibariyle yürürlükte bulunan, dört tane kanuni düzenlemeyi örnek olarak incelemeyi konumuz altyapısı açısından gerekli ve yeterli bulmaktayız.

Bu dört örneği seçmemizin nedeni ise, idari yargı öncesi zorunlu idari başvuru olduklarının açık oluşu ve uygulanmalarına daha sık rastlanan kanuni düzenlemeler olmalarıdır. İnceleyeceğimiz örnekler sırasıyla; (1) Salt idari eylemler için tam yargı davası öncesi “önkarar” alınmasına ilişkin olan 2577 sayılı İYUK m. 13/1; (2) Kamu ihalesi sürecindeki idari işlem veya eylemlerin iptal ve/veya tam yargı davasına konu edilmesi öncesine ilişkin olarak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m. 54/1 ve 2; (3) Genel hayata etki eden afetler kapsamında idari yargıya başvurma öncesinde idareye yapılması zorunlu olan başvurularla ilgili olarak 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun’un 13. ve 28. maddelerine 2003 tarih 4864 sayılı Kanun’un 1. ve 2. maddeleri eklenen düzenlemeler; (4) Terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddî zarara uğrayan kişilerin tam yargı davası öncesinde ilgili ilin valiliğine sulhen başvurmasına ilişkin olarak 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılınması Hakkında Kanun m. 6 düzenlemeleridir. Şimdi bu düzenlemeleri kronolojik sıra itibariyle ve özellikle hem idari yargı hem de idari başvurular bakımından genel kanun olması nedeniyle İYUK’tan başlayarak sırasıyla kısaca inceleyelim.

1. Önkarar Başvurusu (İYUK m. 13/1)

06.01.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, idari yargılama usulüne ilişkin temel kanun olma özelliği yanı sıra, idari başvurular için de genel kanun olma özelliği taşımaktadır. Kanun bünyesinde zorunlu bir idari başvuru da düzenlenmektedir. Buna göre “*İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında otuz gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği*

tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir.” (m. 13/1)¹¹ Öğretide¹² ve Danıştay içtihatlarında¹³ idareye başvurarak alınması zorunlu olan bu “isteklerin kısmen veya tamamen reddi” işlemine ‘önkarar’ denilmektedir¹⁴. Önemle vurgulamak gerekir ki bu zorunlu idari başvuru, bir idari işlemin icrasına ilişkin değil doğrudan doğruya bir idari eylem niteliğinde olan idari eylemlere özgüdür¹⁵. Bu hükümde düzenlenen idari eylemin “temelinde bir idari karar veya işlem olmayan, bütünüyle salt idari eylem olarak ortada olan idari faaliyet için” öngörüldüğü, Danıştay içtihatlarında da istikrarlı bir şekilde ifade edilmektedir¹⁶. Dolayısıyla bir idari işlemin icrası niteliğindeki eylemler,

¹¹ 8/7/2021 tarihli ve 7331 sayılı Kanunun 3 üncü maddesiyle bu fıkrada yer alan “altmış” ibaresi “otuz” şeklinde değiştirilmiştir.

¹² Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 3. Bası, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s.1965, 1803; Şeref Gözübüyük, *Yönetsel Yargı*, 35. Bası Turhan Kitabevi, 2016, s. 273-274; Şeref Gözübüyük / Turgut Tan, *İdare Hukuku Cilt II (İdari Yargılama Hukuku)*, 8. Bası Turhan Kitabevi, 2016, s. 844-854; Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 788; Gürsel Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Yayınevi 2018, s. 265-269; Ramazan Çağlayan, “İdari Eylemden Doğan Tam Yargı Davalarında Dava Açma Süreleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (3-4), 2005, s. 25; Halil Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, 12. Baskı Sayram Yayınevi, 2018, s. 194.

¹³ “...Davalı idarenin başvuruyu zimnen reddetmesi üzerine süresinde idare mahkemesinde dava açıldığı anlaşıldığından işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, ön karar alınması amacıyla dava dilekçesinin merciiine tevdi edilmesinde hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” T.C. Danıştay 15. Dairesi, E. 2016/5752, K. 2017/546, T. 07.02.2017, <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 07.08.2019. “...2577 sayılı Kanunun 13. maddesi uyarınca zarar doğuran eylemi öğrenme tarihinden itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içerisinde idareye başvurularak ön karar alınması gerekirken...” T.C. Danıştay 10. Dairesi, E. 2004/446, K. 2005/7597, T. 12.12.2005, <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 22.10.2019.

¹⁴ Onar, 24.12.1964 tarih ve 521 sayılı eski Danıştay Kanunu’nun 72. maddesi ile Fransız sisteminden aktarıldığını ifade ettiği -(3 aylık) zimni red ve (90 günlük) dava açma süreleri dışında- günümüzle aynı olan düzenlemedeki bu sistem için ‘önceden karar’ ve ‘önceden karar alma sistemi’ ifadelerini kullanmaktadır. Bu anlamda ‘önkarar’ kavramını öğretide ilk önceleyen kullanımının bunlar olduğunu söyleyebiliriz. (Onar, s.1965, 1803)

¹⁵ Kaplan, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 266-267.

¹⁶ “İdari eylemden söz eden 521 sayılı Danıştay Kanununun 72 nci maddesi; öncesinde, temelinde bir idari karar veya işlem olmayan, bütünüyle, salt idari eylem olarak ortada olan idari faaliyet için getirilmiş bir hükümdür...Hukuki ve maddi tasarrufun karışması, tasarrufu 72 nci maddede kastolunan anlamda idari fiil olarak nitelemek için yeterli değildir, idari zabıta faaliyetlerinde bile, ön planda idari fiil görünmesine rağmen (ses ve müziğin belli saatten sonra zabıtaca menî gibi) ortada idari zabıta talimatnamesine ve sözlü idari karara dayalı bir işlem, bir hukuki tasarruf vardır (Prof. L. Duran, *İdare Hukuku Meseleleri Sayfa: 524 vd.*)” T.C. Danıştay İBĞK, E. 1972/2, K. 1973/10, T. 14.04.1973, <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 24.10.2019. “...Temelinde bir idari karar veya işlem olmayan, fizik alanında görülen iş, hareket, ameliye ve çalışmalar ise idari eylem olarak adlandırılmaktadır...anılan zararın yukarıda yapılan açıklamalar ışığında idari eylemden doğmayıp idarenin hareketsiz

tabi oldukları hukuki rejim ve yargılama usulü bakımından, bir idari işleme bağlantısı bulunmayan salt idari eylemler olarak kesinlikle kabul edilemez¹⁷. Diğer yandan, idareye ait araç ve gereçlerin durumları ve yönetimi ve hatta hareketsiz kalması dahi İYUK m. 13/1 kapsamındaki idari eylem kavramına girmektedir¹⁸.

Ayrıca maddede düzenlenen önkarar alma sürecine esas alınan, eylemin öğrenildiği tarihten itibaren 1 yıl ve herhalde eylem tarihinden itibaren 5 yıl içinde idareye başvurmaya ilişkin sürelerin başlangıcı konusunda dikkat edilmesi gereken bir durum da bulunmaktadır. Öncelikle 1 yıllık sürenin başlangıcı olarak eylemin öğrenildiği anın kabul edilmesi yeterli olmayıp, kişinin eylemi öğrenmiş olmakla birlikte eylemin sonucu olan zararı öğrenmemiş olabileceğinin dikkate alınması gerekir ki, zararlı sonucun öğrenilmesi de idari eylemle arasındaki nedensellik bağının bilinmesi ile ancak mümkündür¹⁹. Danıştay içtihatları ile belirlenmiş bu durum, öğretide²⁰ de kabul görmüştür. Danıştay'ın yaklaşımı da uzun zamandır bu yöndedir.²¹ Aynı

kalması sonucu tesis etmiş olduğu bir idari işlemten kaynaklanması karşısında olayda idari merci tecavüzü bulunmadığından aksi yöndeki idare mahkemesi kararında yasal isabet görülmemiştir.” T.C. Danıştay 8. Dairesi, E. 2012/358, K. 2017/1914, T. 23.03.2017, <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 07.08.2019.

¹⁷ Taner Ayanoğlu, *Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması*, Legal Yayınevi, 2004, s. 110.

¹⁸ “Bir idari işlem veya bir idari sözleşmenin uygulanması durumunda olmayan, idarenin her türlü faaliyetlerinden veya hareketsiz kalmasından, araçlarının kullanımından, taşınır ve taşınmaz mallarının veya tesislerinin yönetiminden dolayı oluşan zararları idari eylem sonucu oluşan zarar ve buna yol açan eylemi de sonuç olarak idari eylem kavramı içerisinde düşünmek gerekmektedir.” T.C. Danıştay 6. Dairesi, E. 2004/1477, K. 2004/2115, T. 12.04.2004, <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 22.10.2019.

¹⁹ Meltem Kutlu, “İdari Yargılama Hukukunda Süreler”, *Manisa Barosu Dergisi*, (27), 1988, s. 8.

²⁰ Gözübüyük / Tan, s.848, Kutlu, s.8; Selami Demirkol / Zuhal Bereket Baş, *İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü*, 6. Basım, Beta Yayınevi, 2006, s. 151; Çağlayan, s.28; Kaplan (İdari Yargıda), s. 383, 384.

²¹ “Bu haliyle araçta meydana gelen zararın veya zarara yol açtığı ileri sürülen eylemin en geç 22.11.1978 tarihinde aracı sigorta ettiren tarafından öğrenildiğinin kabulü zorunlu olmaktadır.” T.C. Danıştay 10. Dairesi, E. 1982/2684, K. 1983/2273 T. 14.11.1983, *Danıştay Dergisi* S. 54-55, s. 395. Danıştay zararın ortaya çıkması yanı sıra zararın kesinleşmesi tarihini de aramaktadır: “...düzenlenen raporların usulüne uygun olmadığı tam olarak ortaya çıktığı ve zararın kesinleştiği tarihten itibaren 2577 Sayılı Kanun’un 13. maddesinde öngörülen bir yıllık süre içinde idari başvuru yoluna gitmesi gerekmektedir.” T.C. Danıştay 15 Dairesi, E. 2015/4064, K. 2015/7969, T. 24.11.2015, <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 24.10.2019.

esas 5 yıllık sürenin başlangıcı bakımından da geçerlidir.²² Ayrıca Danıştay sadece zararın ortaya çıktığı tarihi değil, zararın idareden kaynaklandığının çok sonra ortaya çıkabildiği durumlar bakımından, aynı zamanda zararın idariliğinin ortaya çıktığı veya tespit edilebildiği tarihin de belirlenmesini, bu sürelerin başlangıcında esas almaktadır²³.

Fakat bu zorunlu başvurunun söz konusu olmadığı bir durum da vardır. İYUK m. 13/2’ye göre görevli olmayan adli yargı yerinde açılan davanın görev yönünden reddedildikten sonra idari yargıda dava açılması durumudur. Bu durumda kanun koyucu ilgili idareye başvurma zorunluluğunu artık kaldırmıştır. Keza görevsiz olan adli yargı yerinde açılan dava nedeniyle ilgili idare artık idari eylem ve hak ihlali konusunda bilgilenmiş ve hukuk devleti ilkesi uyarınca gereğini yapabilecek hale gelmiştir. Hukukla bağlı idare anlayışının gereğini yapmayan idareye tekrar başvurma zorunluluğu öngörmek, kötü niyetli veya öngörüsüz veya keyfi davranan idarenin adaletin gerçekleşmesinde zaman kaybı yaratmasına kanuni düzenleme ile imkan tanımak anlamına gelirdi. Bu nedenledir ki 2. fıkranın varlığı hukuk devleti ilkesinin yaşama geçmesi bakımından kanımızca önemlidir. Diğer yandan 26.09.2011 tarih ve 659 sayılı KHK’nın 12. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi ile önkara müessesinin bir diğer adı “sulh başvurusu” halini almıştır²⁴.

²² “...Bu itibarla, idareye başvurma ve dava süresinin başlangıcına yalnızca eylem tarihini almak yerine, o zararın o eylemden kaynaklandığının öğrenildiği tarihi esas almak hakkaniyete daha uygun olacaktır. Olayda davacının tazminat istemine dayanak aldığı hatalı teşhis ve tedavi 20.8.1996 tarihinde yapılmış olmakla birlikte, eylemin 24.1.2002 tarihinde tamamlandığı ve zararın bu tarihte ortaya çıktığı çekişmesizdir. Bu itibarla, 2577 sayılı Yasanın 13. maddesinde öngörülen beş yıllık sürenin 24.1.2002 tarihinden itibaren başlaması gerekir.” T.C. Danıştay 10. Dairesi, E. 2004/2931, K. 2006/7287 T. 20.12.2006, <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 24.10.2019.

²³ “Söz konusu eylemlerin idariliği ve doğurduğu zarar bazen eylemin yapılmasıyla birlikte ortaya çıkarken, bazen de çok sonra, değişik araştırma, inceleme ve hatta ceza yargılamaları sonucu ortaya çıkabilmektedir...Bu itibarla, 2577 sayılı Yasa’nın 13. maddesinde öngörülen 1 ve 5 yıllık sürenin, eylemlerin idariliği ortaya çıktığı tarihten itibaren hesaplanması zorunludur. Aksi yorumun, zarara yol açan eylemlerin idariliği ortaya çıkmasıyla kullanılması mümkün olan dava açma hakkını ortadan kaldıracığı, hak arama özgürlüğüyle bağdaşmayacağı açıktır.” T.C. Danıştay 10. Dairesi, E. 2004/9784, K. 2006/2598, T. 21.04.2006, <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 24.10.2019. Aynı yönde kararlar için bkz. T.C. Danıştay Dairesi, E. 1999/1746, K. 1999/5376, T. 2.11.1999; T.C. Danıştay 15. Dairesi, E. 2016/4241, K. 2016/3896, T. 31.5.2016, <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 24.10.2019.

²⁴ Madde 12/1: “İdari işlemler dolayısıyla haklarının ihlal edildiğini iddia edenler idareye başvurarak, uğramış oldukları zararın sulh yoluyla giderilmesini dava açma süresi içinde isteyebilirler. İdari eylemler nedeniyle hakları ihlal edilenlerce, idari dava açmadan önce 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 13 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca yapılan başvurular da sulh başvurusu olarak kabul edilir ve bu maddede yer alan

2. Kamu İhale Kanunu

04.01.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 54. maddesinde yer alan ihale sürecindeki şikayet ve itirazın şikayet düzenlemeleri, idari yargı öncesinde yapılması zorunlu olan idari başvurular olmaktadır. Fakat bu zorunlu idari başvurular sadece sözleşme imzalanmadan önceki süreçte²⁵ ve sadece bu Kanun'un kapsamında olan ihalelere ilişkin işlem veya eylemlere ilişkindir²⁶. Kanuna göre *"İhale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler, bu Kanunda belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikayet ve itirazın şikayet başvurusunda bulunabilirler."* (m. 54/1) *"Şikayet ve itirazın şikayet başvuruları, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yollarıdır."* (m. 54/2) Şikayet ihaleyi yapan idareye, itirazın şikayet ise Kamu İhale Kurumu'na yapılır (m. 54/3). Şikayet başvurusunda ihalesine göre beş veya on günlük süreler söz konusudur. (m. 55/1) İtirazın şikayette ise kural olarak süre on gündür. (m. 55/4, m. 56/1) Ayrıca *"Başvuruların ihaleyi yapan idare veya Kurum dışındaki idari mercilere ya da yargı mercilerine yapılması ve başvuru dilekçelerinin bu merciler tarafından ilgisine göre idareye veya Kuruma gönderilmesi hâlinde, dilekçelerin idare veya Kurum kayıtlarına girdiği tarih, başvuru tarihi olarak kabul edilir."* (m. 54/10)

hükümler çerçevesinde incelenir." Fakat dikkat edilecek olunursa, 8/7/2021 tarihli ve 7331 sayılı Kanunun 3 üncü maddesiyle m. 13'teki 60 günlük idarenin yanıt süresi, 30 gün olarak yeniden düzenlenmiştir. 7331 sayılı kanun yeni tarihli özel kanun olması nedeniyle sulh başvurusunun sonuçlandırılması süresinin de m. 13 için 30 gün olarak uygulanması gerektiği açıktır.

²⁵ Danıştay 4734 sayılı Kanun m. 4'teki 'ihale' tanımının yanı sıra, m. 53/b-1 ve m. 54/1 ve 2'deki düzenlemeleri değerlendirdiği bir kararında, zorunlu idari başvurusunun sadece sözleşme imzalanmadan önceki süreçteki idari işlem ve eylemlere ilişkin olduğunu açıkça ifade etmektedir: "Aktarılan mevzuat hükümlerinin değerlendirilmesinden, şikâyet ve itirazın şikâyet başvuru yollarının, 4734 Sayılı Kanun'a göre yapılacak ihalelerle ilgili olarak, ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içerisinde idarece yapılan hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabileceklerin kullanabileceği, dava açılmadan önce tüketmesi zorunlu olan idari başvuru yolları olduğu anlaşılmaktadır." T.C. Danıştay 13. Dairesi, E.2017/2960, K. 2018/1988, T. 06.06.2018, <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 07.08.2019.

²⁶ "...4734 Sayılı Kanun'un...3. maddesinde ceza ve ihalelerden yasaklama hariç bu Kanun kapsamının dışında tutulan ihalelerin sayıldığı, uyumsuzluk konusu ihalenin de belirtilen istisna kapsamında yer aldığı anlaşıldığından, şikayet ve itirazın şikayet başvuruları yapılmadan açılan işbu davada idari merci tecavüzünün oluşmayacağı açıktır." T.C. Danıştay 13. Dairesi, E. 2016/4981, K. 2018/1647, T. 07.05.2018, <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 07.08.2019.

Aktarılan düzenlemelerden de anlaşıldığı üzere, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem ve eylemlerden ötürü hak kaybına uğrayan veya uğrayabilecek olan ilgililerin idari dava açmadan önce, zorunlu idari başvuru türleri olan şikâyet ve itirazın şikâyet başvurularını yapması gerekmektedir. Fakat burada İYUK m. 15/2 düzenlemesinin aksine, hatalı idareye veya doğrudan idari yargıya yapılan başvurularda, dilekçelerin ilgisine göre ihaleyi yapan idareye veya Kurum’a gönderilmesi durumunda, başvuru tarihi dilekçelerin ihaleyi yapan idare veya Kurum kayıtlarına girdiği tarih olarak belirlenmiştir (m. 54/10)²⁷. Kanun’un bu katı düzenlemesinin uygulanabilmesi için, Ay. m. 40/2’nin gereğinin mutlaka yerine getirilmesi gerekir. O halde şikâyet veya itirazın şikâyet süresinin geçirilmiş olmasının nedeni Ay. m. 40/2 düzenlemesinin gereğinin yapılmaması ise, idari yargı zorunlu idari başvuru süresinin geçirildiği gerekçesiyle süreden red kararı değil, Ay. m. 40/2’ye uygun davranılmadığı vurgusu ile idari mercî tecavüzü gerekçesiyle merciiine tevdi kararı verilmelidir²⁸. Danıştay da Ay. m.40/2’deki yükümlülüğü yerine getirmeyen idarenin tutumunu belirleyemeyen ilk derece mahkemesi kararını, idarenin işlemde hangi kanun yolları ve mercilere ve hangi sürede başvurulacağı belirtilmediği gerekçesiyle hukuka aykırı bulmuştur. Kısaca, ilgiliye Ay. m. 40/2 uyarınca hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini bildirme zorunluluğu yerine getirilmemişse, ilgilinin süresi geçmiş zorunlu idari başvurusu da yine merciiye tevdi kararı ile karşılık bulacaktır.

Diğer yandan ihalenin iptaline ilişkin kararların itirazın şikâyeti bakımından özel bir durum bulunmaktadır. Şöyle ki, “Kuruma itirazın şikâyet başvurusu” başlıklı 56. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesinde “*İhalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikâyet ve itirazın şikâyet üzerine*

²⁷ Bu düzenleme İYUK m. 15/2’ye göre hem yeni tarihli hem de özel düzenleme olması nedeniyle, idari yargı yerine başvuru tarihi değil, dilekçelerin idareye ya da Kuruma kayıt tarihi esas alınmak durumundadır.

²⁸ “...İzmir 3. İdare Mahkemesi’nin idari mercî tecavüzü sebebiyle 10.03.2011 tarih ve E:2011/434, K:2011/498 Sayılı kararı ile dilekçeyi davalı idareye gönderdiği ve bu dilekçenin 26.04.2011 tarihinde Kurum kayıtlarına alındığı, başvurunun süresinde olmadığı... belirtilerek süre ve şekil yönünden reddedildiği anlaşılmaktadır. Uyuşmazlıkta, idarenin şikâyet başvurusunun reddine dair 02.02.2011 tarih ve 1746 Sayılı kararında, bu karara karşı başvurulacak idari merciler ve kanun yolları ile sürelerinin belirtilmediği görülmektedir. *Bu itibarla, idarece Anayasa’nın 40. maddesine uygun olarak hangi kanun yolları ve mercilere başvurulabileceği ve sürelerinin belirtilmesi gerektiğinden, itirazın şikâyet başvurusunun süre yönünden reddine dair davaya konu işlemde hukuka uygunluk bulunmamaktadır.*” T.C. Danıştay 13. Dairesi, E.2012/3311, K. 2017/1847, T. 07.06.2017 <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 07.08.2019. Aynı yönde başka bir karar için bkz. T.C. Danıştay 13. Dairesi, E. 2011/103, K. 2017/2063, T. 20.06.2017, <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 07.08.2019.

alınanlar itirazın şikayete konu edilebilir ve bu kararlara karşı beş gün içinde doğrudan Kuruma başvuruda bulunulabilir.” şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemenin gerek Kamu İhale Kurumu gerekse Danıştay tarafından yorumu ve uygulanması ise, bir ihale iptal kararı ancak şikayet veya itirazın şikayet sonrasında ortaya çıkmışsa zorunlu idari başvuru olarak itirazın şikayete konu olduğu yönündedir²⁹. Bu yol dışında ortaya çıkmış bir ihale iptal kararı için –örneğin idarece ihalenin re’sen iptal edilmiş ve idareye yapılan şikayetin reddedildiği bir durumda- Kurum’a itirazın şikayet zorunlu bir idari başvuru olmadığından, idari merci tecavüzü gerekçesiyle ‘merciine tevdi kararı’ verilmesi de söz konusu olamayacaktır³⁰. Hatta böyle bir durumda Kurum’a ihtiyari bir başvurunun dahi yapılamayacağı ve doğrudan dava açılması gerektiği düzenlemenin aksi anlamından açıkça ortaya çıkmaktadır. İdarece doğrudan verilen ihale iptal kararlarına (m. 54/2 gereği) şikayet zorunlu, fakat şikayetin reddi üzerine (m. 56/1, 2. cümle gereği) itirazın şikayet zorunlu değildir, diyerek durumu özetleyebiliriz. Görüldüğü üzere

²⁹ Hatta Danıştay’ın ihalenin iptali kararının daha önceki şikayet ve itirazın şikayet kararlarındaki gerekçelerden ziyade, sadece bu başvurular sonrasında ihale iptal kararının verilmiş olmasının dahi itirazın şikayet başvurusunu zorunlu kılmaya yettiğini vurgulamaktadır: “... şikayet ve itirazın şikayet başvurusu sonrasında, ihalenin iptaline ilişkin işlemlerin doğrudan dava edilmesi mümkün olmamaktadır...Öte yandan, ihalenin iptaline ilişkin işlemler hakkında dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yolu olarak öngörülen itirazın şikâyet başvurusunda bulunma zorunluluğu konusunda, *ihalenin iptal edilmesinin daha önce yapılan şikâyet başvurusundaki gerekçelerden kaynaklanıp kaynaklanmadığına yönelik bir ayırım 4734 Sayılı Kanun’da yapılmadığından*, şikâyet ve itirazın şikâyet üzerine alınan ihalenin iptaline ilişkin işlemlerin tümü hakkında itirazın şikâyet başvurusunda bulunulması gerekmektedir...ihalenin iptaline ilişkin karara karşı doğrudan Kamu İhale Kurumu’na itirazın şikayet başvurusu yapılması gerektiğinden...dava dilekçesinin Kamu İhale Kurumu’na tevdiine...” T.C. Danıştay 13. Dairesi, E. 2017/774, K. 2018/3143, T. 12.11.2018, <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 07.08.2019. Kamu İhale Kurumu’nun değerlendirmesi de aynı yöndedir: “Bu durumda, herhangi bir şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusu olmaksızın ihalenin idarece re’sen iptal edilmesi hâlinde Kamu İhale Kurumu’nun inceleme görev ve yetkisi bulunmadığından, ihalenin iptaline ilişkin işleme karşı dava açma süresi içinde doğrudan dava açılması gerektiği açıktır... Öte yandan, *Mahkeme’ce verilen merciine tevdi kararı üzerine*, itirazın şikâyet başvurusu hakkında *Kamu İhale Kurulu’nca ... 4734 Sayılı Kanun’un 54. maddesinin onbirinci fıkrasının (c) bendi gereğince başvurusunun görev yönünden reddine karar verildiği görülmektedir.*” T.C. Danıştay 13. Dairesi, E. 2017/3092, K. 2018/1984, T. 06.06.2018, <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 07.08.2019.

³⁰ “...ihalenin...Sayılı işlem ile iptal edildiği, davacı şirketin...tarihinde davalı idareye şikâyet başvurusunda bulunduğu ve idare tarafından başvurunun reddedildiği, ihalenin iptaline dair...Belediye Başkanlığı’nın...Sayılı işleminin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla, ihalenin idarece re’sen iptaline ilişkin işlemin iptali istemiyle doğrudan dava açılması mümkün olduğundan, idari merci tecavüzü nedeniyle dava dilekçesinin Kamu İhale Kurumu’na tevdi yolundaki İdare Mahkemesi kararında usul kurallarına uygunluk bulunmamaktadır.” T.C. Danıştay 13. Dairesi, E. 2017/3092, K. 2018/1984, T. 06.06.2018, <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 07.08.2019.

yukarıdaki düzenlemeler uyarınca, ihaleye ilişkin ister idari işlem isterse idari eylem olsun hak kaybına veya zarara uğrayanların ve hatta zarara uğraması muhtemel olan ilgililerin, kural olarak şikayet ve itirazın şikayet başvurularını yapmaksızın idari yargıya başvurusu mümkün değildir.

3. Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun

7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun m. 1’e göre “*Deprem (Yer sarsıntısı), yangın, su baskını, yer kayması, kaya düşmesi, çığ, tasman ve benzeri afetlerde; yapıları ve kamu tesisleri genel hayata etkili olacak derecede zarar gören veya görmesi muhtemel olan yerlerde alınacak tedbirlerle yapılacak yardımlar hakkında bu kanun hükümleri uygulanır.*” Kanun m. 13/a’ya³¹ 2003 tarihli ve 4864 sayılı Kanun’un 1. maddesi ile eklenen 6. fıkra da idari yargı öncesi idareye zorunlu başvuru yöntemlerinden biri olarak hukuk sistemimize girmiştir. Buna göre “*Yapılacak asıl işlemlere esas olmak üzere, fen kurulları tarafından düzenlenen teknik mahiyetteki hasar tespit raporlarına mahallî ilân tarihinden itibaren otuz gün içinde itiraz edilebilir ve hasar tespit raporları ancak asıl işlemlerle birlikte dava konusu edilebilir. Gayrimenkulleri kesin bir şekilde hasarsız olarak tespit edilenlerin veya gayrimenkullerinin hasar tespiti hiç yapılmayanların, yargı yoluna gitmeden önce, mahallî ilân tarihinden itibaren otuz gün içinde ilgili idareye başvurmaları zorunludur.*” (m. 13/a-6) Görüldüğü üzere maddenin 2. cümlesi kapsamına girenler için bu idari başvuruyu yapmak zorunludur. Aksi halde asıl işleme idari yargı yoluna başvurma imkanı da olmayacaktır.³² Dolayısıyla bu süre içinde idari yargıda açılacak bir dava söz konusu olduğunda idari yargı yerinin idari mercî tecavüzü gerekçesiyle mercî tevdi kararı vereceği kuşkusuzdur. Süre bitiminden sonra idareye başvurulması ve bu başvurunun reddi kararının dava edilmesi veya yine süre bitiminden sonra doğrudan idari yargıda dava açılması halinde ise,

³¹ Madde 13/a-1 hükmü ise şu şekildedir: “*Yapılacak işlemlere esas olmak üzere İmar ve İskan Bakanlığınca kurulacak fen kurulları tarafından, afetin meydana geldiği arazinin durumu ile bütün yapılar ve kamu tesisleri incelenerek, hasar tespit raporu düzenlenir.*”

³² “Ayrıca maddede gayrimenkulleri kesin bir şekilde hasarsız olarak tespit edilenlerin veya hiç hasar tespiti yapılmayanların yargı yoluna gitmeden önce, mutlak surette mahallî ilân tarihinden itibaren otuz gün içinde idareye başvurmaları zorunluluğu getirilmiş, idareye başvurulmadığı takdirde, asıl işleme de olsa yargı yoluna başvurulması önlenmiştir. Bu hükmün getirilişindeki temel amaç, afetten hemen sonra idareye taşınmazın gerçek durumunu tespit ettirmek, yapılacak yardımlar ve alınacak tedbirler konusunda idareyi harekete geçirecek, yasada öngörülen usulü bir şekilde başlatmaktır.” T.C. Danıştay 11. Dairesi, E. 2006/232, K. 2006/1710, T. 10.04.2006, Danıştay Dergisi, S. 114, s. 310.

idari merci tecavüzü gerekçesiyle –idari mercie tevdi değil- fakat bu sefer davanın reddine karar verilecektir³³.

Ayrıca aynı Kanun m. 28/1 hükmünde, afet sebebiyle binası hasara uğrayanlara inşaat kredisi verilmesi veya binalarının yaptırılması ile ilgili olarak bir idari başvuru yöntemi daha bulunmaktadır. 2003 tarih ve 4864 sayılı Kanun’un 2. maddesi ile değişik düzenlenen hükme göre “Bu Kanundan faydalanmak suretiyle inşaat kredisi verilmesini ya da bina yaptırılmasını isteyenlerin, Bayındırlık ve İskân Bakanlığınca yapılacak yardıma ilişkin olarak mahallî ilân tarihinden itibaren iki ay içinde mahallin en büyük mülkî amirine yazılı başvuruda bulunmaları ve taahhütname vermeleri zorunludur. Bayındırlık ve İskân Bakanlığı bu süreyi bir ay uzatmaya yetkilidir. Bu müracaatın yapılmasında ve alınmasında hasar tespit raporlarında yer alan hasar oranlarına bakılmaz.” Özellikle hükmün son cümlesi bu düzenlemenin m. 13/a-6’dan bağımsız bir idari başvuru olduğu sonucunu doğurmaktadır. Danıştay’ın değerlendirmesi de bu yöndedir³⁴. Diğer yandan, m. 29 ve bu hüküm uyarınca çıkartılan Afet Sebebiyle Hak Sahibi Olanların Tespiti Hakkındaki Yönetmelik³⁵ hükümleri ile bu yazılı başvuruda bulunabilecek olan hak sahiplerinin kimler olabileceği ve taahhütnamenin içeriğinin nelerden oluşacağı düzenlenmektedir. O halde Kanun’un verdiği haktan yararlanmanın zorunlu yolu, süresi içerisinde ve mevzuatta belirtilen içerik dahilinde idareye yazılı başvuru ve taahhütname vermektir ki, bu yapılmadan idari yargıda dava açmak da mümkün olmamaktadır³⁶. Süresi dahilinde bu zorunlu idari başvuru süreci işletilmeden, örneğin ilgilinin adli yargı yerinde yaptırdığı tespite dayanarak idareye m. 28/1’deki haktan yararlanmak için başvurması halinde, idari yargı öncesi zorunlu olan bir idari başvurunun

³³ Kaplan, İdari Yargılama Hukuku, s. 215, 269.

³⁴ “Bu hükümle, ilgililere hasar tespitinden bağımsız olarak talep ve taahhütname vermek suretiyle asıl işlem olan hak sahipliği talebinde bulunma imkanı sağlanmış, asıl işlemle ilgili ve idarece belirlenen hasar tespit raporlarına göre hak kayıpları önlenmek istenmiştir.” T.C. Danıştay 11. Dairesi, E. 2006/232, K. 2006/1710, T. 10.04.2006, Danıştay Dergisi, S. 114, s. 310.

³⁵ Resmî Gazete Tarihi: 28.08.1968 Resmî Gazete Sayısı: 12988.

³⁶ “Bu düzenlemelerle, idarece kanunda ve yönetmelikte öngörülen çerçevede gerçek anlamda hak sahibi olma koşullarına haiz olanların tespitine imkan tanınmış, haksız yere hak sahibi olunması önlenmek istenmiştir. Bunun da gerçekleştirilmesi için, ilgililerin yasal ve ek süreler içinde talep ve taahhütname vermesi, idarenin de bu talep ve taahhütname mevzuatta öngörülen çerçevede değerlendirerek işlem tesis etmesi, sözkonusu işlemin ilgililer aleyhine sonuç yaratması durumunda da ilgililerin istemeleri halinde bu işlemleri idari yargıda dava konusu etmeleri gerekmektedir.” T.C. Danıştay 11. Dairesi, E. 2006/232, K. 2006/1710, T. 10.04.2006, Danıştay Dergisi S. 114, s. 310, 311.

yerine getirilmemesinden bahsedilecektir³⁷.

Yukarıdaki açıklamalarımız uyarınca zorunlu olan bu idari başvuru sürecini, ilgililere hak olarak düzenlenen ve onların isteğine bırakılan idari bir başvurunun Danıştay tarafından dava hakkının kaybına neden olabilecek bir zorunlu idari başvuru olarak yorumlanması nedeniyle zorunlu bir idari başvuru haline geldiği yönünde öğretilerde yer alan değerlendirmeye³⁸ katılmadığımızı belirtmek isteriz. Kanımızca burada Danıştay’ın yorumu ile zorunlu hale gelmiş bir idari başvuru yöntemi –en azından bu düzenlemenin uygulanması ölçüğünde- bulunmamaktadır. Keza daha önce de yukarıda vurguladığımız üzere, Ay. m. 2 Hukuk Devleti İlkesi ve m. 36 “Hak Arama Hürriyeti” kapsamındaki dava açma hakkının, Ay. m. 13 uyarınca ancak kanunla sınırlanabileceği ortadadır ve Danıştay da (özellikle 37 nolu dipnotta) alıntıladığımız kararında bu anayasal esasa uygun düzenlenmiş olan 7269 sayılı Kanun’un ilgili hükmünü kanımızca olması gerektiği gibi değerlendirmiştir. Keza 7269 s. Kanun m. 28/1, m. 29 ve m. 29’a dayanılarak çıkarılan Yönetmelik hükümleri neticesinden, söz konusu başvurunun salt isteğe bağlı bir başvuru olarak düzenlendiği sonucu ortaya çıkmamaktadır. “Usulün temel özelliği alınacak veya uygulanacak kararın amacına bağlı/bağımlı olmasıdır.”³⁹ Bu idari başvurunun anlamı ve amacı ise hak sahiplerinin kimler olabileceği ve taahhütnamenin içeriğinin nelerden oluşacağına, idari anlamda kesin olarak belirlenmesine yöneliktir. Kanun’da bir hakkın tanınması başka bir şeydir; o haktan yararlanmak -ve özellikle haksız yere hak sahipliğini önlemek- üzere kimlerin, hangi süre içinde ve ne tür bir içerikle idareye başvurabileceğinin

³⁷ “Aksi takdirde, idareye, talep ve taahhütname vermeden yasa ve yönetmelikte öngörülen usule uymadan dava konusu olayda olduğu gibi yapılan başvurunun hak sahipliği için talep ve taahhütname vermek suretiyle yapılan başvuru olarak değerlendirilmesine yasal imkan bulunmamaktadır...Bu durumda, davacının yukarıda hükümlerine yer verilen mevzuatta öngörülen usule uygun olarak yasal süreler içerisinde idareye zorunlu olarak yapılması gereken başvurularını yapmadan, doğrudan adli yargı tespit kararı üzerine idarece yapılan hasar tesbitine ilişkin işleminin hatalı olduğundan bahisle adli yargı yerinde yaptırılan tesbite göre hak sahibi sayılması amacıyla idareye yaptığı başvuru sonucu tesis edilen ve adli yargı yerinde yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen hasar tesbit raporuna göre idarece yapılacak bir işlem olmadığı yolundaki işlemde mevzuata aykırılık bulunmadığından, dava konusu işlemin iptaline ilişkin idare mahkemesi kararında usul ve mevzuata uyarluluk görülmemiştir.” T.C. Danıştay 11. Dairesi, E. 2006/232, K. 2006/1710, T. 10.04.2006, Danıştay Dergisi S. 114, s. 311.

³⁸ Yasin Sezer, Hüseyin Bilgin, “Danıştay Kararlarında İdari Başvurular”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57 (4), 2008, s. 357, s. 358.

³⁹ Tekin Akılhoğlu, *Hangi Hukuka Giriş? Hukuk Üstünlüğü İncelemesine Giriş*, 3. Bası, İmaj Yayınevi, 2017, s. 249.

düzenlenmesi, dolayısıyla *o haktan yararlanmanın özel ve zorunlu bir idari başvuruya bağlanması* başka bir şeydir.

Yukarıda açıklamalarımız dahilinde 7269 sayılı Kanun m. 13/a-6 2. cümle ve m. 28/1 kapsamındaki her iki idari başvuru da idari yargıya başvurmadan önce zorunlu olan idari başvurulardan olmaktadır. Dolayısıyla bu zorunluluğa uyulmaması hali İYUK m. 14/3 (b) anlamında idari merci tecavüzü ve dolayısıyla kural olarak İYUK m. 15/1 (e) uyarınca merciine tevdi kararı verilmesini gerektirecektir.

4. Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun

Salt idari eylemler için İYUK m. 13 düzenlemesinin var olduğunu yukarıda değerlendirdik. Bununla birlikte özel bir idari başvuruya tabi olan salt idari eylemler de bulunmaktadır. Mevzuatımızda 17.07.2004 tarih ve 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun m. 2 uyarınca “3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 1 inci, 3 üncü ve 4 üncü maddeleri kapsamına giren eylemler veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin maddî zararlarının sulhen karşılanması”na yönelik düzenleme bu niteliktedir. Bu kapsamdaki idari eylemlerden doğan manevi zararlar ise İYUK m. 13’e tabi olmaya devam etmektedir.

Kanun’un 6. maddesinin özellikle 1. ve 3. fıkraları ise bu özel nitelikteki zorunlu idari başvuruyu şu şekilde düzenlemektedir: “Zarar gören veya mirasçılarının veya yetkili temsilcilerinin **zarar konusu olayın öğrenilmesinden itibaren altmış gün içinde, her hâlde olayın meydana gelmesinden itibaren bir yıl içinde** zararın gerçekleştiği veya zarar konusu olayın meydana geldiği il valiliğine başvurmaları hâlinde gerekli işlemlere başlanır. **Bu sürelerden sonra yapılacak başvurular kabul edilmez.** Bu Kanun kapsamındaki yaralanma ve engelli hâle gelme durumlarında, yaralının hastaneye kabulünden hastaneden çıkışına kadar geçen süre, başvuru süresinin hesaplanmasında dikkate alınmaz.”(m. 6/1); “Komisyon, zarar görenlerce yapılacak her başvuru ile ilgili çalışmalarını, başvuru tarihinden itibaren altı ay içinde tamamlamak zorundadır. Zorunlu hâllerde, bu süre vali tarafından üç ay daha uzatılabilir.” (m. 6/3).

Kanundaki düzenlemelerden de anlaşıldığı üzere, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddî zarara uğrayan kişilerin tabi olduğu ayrı bir zorunlu idari başvuru bulunmaktadır.

Buna göre Kanun kapsamındaki idari eylemlerden doğan maddî zararlar⁴⁰ için öncelikle idareye başvurma zorunluluğu yerine getirilmeden doğrudan dava açılmışsa, idari yargı yerinin idari mercî tecavüzü ve dolayısıyla mercîine tevdi kararı vermesi gerektiği de ortadadır. Kanundaki bu özel düzenlemeden, başka türlü bir sonuç çıkartmak kanımızca olası da değildir⁴¹. Ayrıca idareye yapılan

⁴⁰ Manevî zararların kapsam dışında tutulmasına hukukî bir anlam verememekteyiz. Aynı olaydan kaynaklanan maddî zararlar için 5233 sayılı Kanun m. 6’nın, manevî zararlar için ise İYUK m.13 yönteminin işletilmek zorunda kalınması Ay. m. 36 “hak arama hüriyeti”, m. 125/6 “İdare kendi işlem ve eylemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.” düzenlemesinin işlerliğine kanımızca engeldir.

⁴¹ Bizim bu mevzuat hükümlerinden çıkardığımız sonuç bu yönde olmakla birlikte, karşılaştığımız bir Danıştay kararında ilk derece mahkemesinin maddî ve manevî zararların tazmini talepli bir idari başvuruya ilgili açılan davada, zararın niteliğine (maddî veya manevî olduğuna) yönelik herhangi bir ayırım yapmadan ‘idari mercî tecavüzü’ gerekçesiyle dava dilekçesini olayın gerçekleştiği ilin zarar tespit komisyonu başkanlığına tevdi ettiğini görmekteyiz. “*Dava; davacılar tarafından, çocukları ...’in evlerinin önünde oynadıkları sırada buldukları patlayıcı maddenin infilak etmesi ...ile sonuçlanan olaydan kaynaklandığı ileri sürülen maddî ve manevî zararları için toplam ...TL tutarındaki tazminatın yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılmıştır. ...söz konusu zararın tazmini isteminin öncelikle...5233 Sayılı Kanun uyarınca incelenmek suretiyle değerlendirilmesi gerektiğinden, davada idari mercî tecavüzü bulunduğu gerekçesiyle dava dilekçesinin Zarar Tespit Komisyonu Başkanlığı’na tevdiine karar verilmiştir.*” (T.C. Danıştay 15. Dairesi, E. 2015/9728, K. 2017/3758, T. 15.06.2017, <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 24.10.2019. Bu kararın temyizinde ise Danıştay, Kanun’un sadece maddî zararlara yönelik olduğu hususuna değinmiş fakat somut olaya uygulamamış ve dahası Kanun’da açıkça hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk yönünde bir ayırım ve belirleme de yapılmadığı halde; hem 5233 sayılı Kanun’un genel gerekçesinden hareketle Kanun’un ancak ‘sosyal risk ilkesi’ durumlarında uygulanabilen bir kanun olduğunu ifade ederek, hem de hizmet kusurundan yasa kusursuz sorumluluktan kaynaklanan zararlarda İYUK m.13’ün uygulanması gerektiği ve mahkemenin bu yönde bir inceleme yapmaksızın tevdi kararı vermiş olduğu gerekçesiyle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur: “...sosyal risk ilkesinin, terör olaylarına dair olarak 5233 Sayılı Kanunla kanunlaşması karşısında, sosyal risk ilkesine dayalı maddî tazminat istemlerinin anılan Kanun çerçevesinde karara bağlanması gerekir. Zarar ile idari eylem arasında nedensellik bağının kurulabilirdiği hallerde sosyal risk ilkesinin uygulanmasına olanak bulunmadığından; idare hukuku kuralları çerçevesinde öncelikle hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkesine göre zararın tazmin edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi; dolayısıyla idari eylemlerden doğan zararın, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri uyarınca tazmini gereken davalarda, 2577 Sayılı Kanun’un 13. maddesinin uygulanması gerekmektedir...Durum böyle olunca...olayı ile idarenin eylemi arasında nedensellik bağının varlığının, dolayısıyla öncelikle hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkesine göre zararın tazmin edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi gerekirken; belirtilen yönde herhangi bir irdeleme yapılmaksızın, olayın 5233 Sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi suretiyle dava dilekçesinin mercîine tevdi yolunda verilen Mahkeme kararında hukukî isabet görülmemektedir.” (T.C. Danıştay 15. Dairesi, E. 2015/9728, K. 2017/3758, T. 15.06.2017, <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 24.10.2019. Oysa kanımızca Kanun, salt olarak zaten bir kusursuz sorumluluk türü olan sosyal risk ilkesine özgü düzenlenmiş olmamakla birlikte, zararın hangi tür sorumluluktan kaynaklandığı hususu da

başvuru sonrasında –İYUK m. 10’dan farklı olarak- komisyonun yürüttüğü çalışmaların altı ay içinde tamamlanmasının beklenmesi de gerekmektedir. Zorunlu hallerde sürenin üç ay uzaması da mümkündür. O halde başvuru sonrasında, bu süreler içinde idareden açıkça veya süre bitimi nedeniyle zımnen olumsuz bir yanıt gelmezden önce idari yargıda dava açılması da mümkün değildir. Böyle bir durumda, idari yargı yerinin idari merci tecavüzü kararı vermesi de mümkün olmadığından, idarece açıkça veya zımnen tesis edilmiş bir idari işlem bulunmadığından hareketle davanın incelenmeksizin reddine karar verilmesi gerekmektedir⁴².

B. Danıştay İçtihatları’ndaki Durum

Danıştay içtihatlarını incelediğimizde, yüksek mahkemenin İYUK m. 14/1(b) uyarınca idari merci tecavüzünün varlığını ve dolayısıyla m. 15/1(e)’nin açık hükmüyle merciine tevdi kararı verilmesi gerekliliğini titizlikle değerlendirdiğini görmekteyiz. Keza idari dava açma süresi kamu düzenindedir ve hak düşürücü süre özelliği taşımaktadır⁴³. Konu hakkındaki hukuki değerlendirmeler çok eski Danıştay içtihadı birleştirme kararlarından günümüze bu yönde yapılmaktadır⁴⁴. Zorunlu idari başvuruların varlığı ise

ancak yargı yerince esasa ilişkin yargılama sonucunda ortaya çıkabilir. Çalışma konumuzun sınırlarını aşacağı için bu konuda başka bir değerlendirmede bulunmuyoruz.

⁴² ...5233 Sayılı Kanunda idarelerin işlem tesis etme süreleri ile ilgili olarak 2577 Sayılı Kanundan farklı bir düzenlemeye gidildiği, anılan Kanunun 6.maddesinde, zarar görenlerce yapılacak başvurular ile ilgili çalışmaların, başvuru tarihinden itibaren altı ay içinde tamamlanmak zorunda olduğu, zorunlu hâllerde ise, bu sürenin vali tarafından üç ay daha uzatılabileceğinin belirtilmesi karşısında davacının yaptığı başvuru konusunda henüz idarece tesis edilmiş bir idari işlem bulunmadığı, işlemlerin tamamlanıp komisyon tarafından bir karar verilebileceği, dolayısıyla bakılan davada davacının talebinin zımnen reddine yönelik alınmış bir karar bulunmadığından, iş bu davanın *esasının incelenmesine hukuken olanak bulunmadığı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddi yolunda* verilen kararın hukuka uygun olmadığı ileri sürülerek temyizen incelenerek bozulması istenmektedir... kararın bozulmasını gerektirecek yasal bir sebep bulunmadığı sonucuna varılmıştır...İdare Mahkemesi’nin ...sayılı kararının onanmasına...” T.C. Danıştay 15. Dairesi, E. 2016/9112, K. 2017/876, T. 22.12.2017, <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 24.10.2019.

⁴³ Onar, s.1961; Gözübüyük / Tan, s. 802, 803.

⁴⁴ “...Süresinde açılmayan bir idari dava baştan kabul edilmez ve tekemmüle tabi tutulmaz. Diğer taraftan süre, amme intizamı ile ilgilidir ve karar düzeltme safhası da dahil olmak üzere davanın her safhasında sürenin dikkate alınması usul hukukunun ve öncelikle İdare Hukukunun zorunlu kıldığı bir kuraldır...” T.C. Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı, E. 1970/1, K. 1973/1, T. 24.02.1973, R.G. 13.10.1973, S. 14684, s.3. “Malul aylığı talebi T. C. Emekli Sandığı Yönetim Kurulu tarafından ret edilmesi üzerine ret kararının ilgiliye tebliği tarihinden itibaren 5434 sayılı Kanunun ...uyarınca, tahsise müteallik bu olumsuz karara karşı aynı Kanunun...göre 30 günlük süre içinde Maliye Bakanlığına itirazda bulunulmaksızın Danıştay’da açılan davanın reddi hakkındaki 5 inci Dairenin ... sayılı

kaçınılmaz olarak onları dava açma sürelerinin bir parçası yapmaktadır ve bu kendi içinde de tutarlı bir yaklaşımdır⁴⁵. Biz de bu değerlendirmelere katılmaktayız. Fakat bizim katılmadığımız konu, kanunun açık ifadesinden veya açık anlamından zorunlu idari başvuru sonucu ortaya çıkmadığı halde, Danıştay’ın bu yönde yorum ve değerlendirmelerle idari mercî tecavüzü ve merciiine tevdi kurumlarını sınırlarını zorlayarak genişletmesidir. Diğer bir anlatımla, yüksek mahkemenin İYUK m. 14/1(b) ve m. 15/1(e) uygulamalarını Ay. m. 36 ‘Hak Arama Hürriyeti’ni daraltacak şekilde uygulayan kararlarına oldukça rastlanmaktadır. Bu anlamdaki kararlara yukarıda ‘Kanuni Düzenlemelerdeki Durum’ başlığı altında esasen yeterince değinmiş bulunmaktayız.

Biz kanuni düzenlemede başvurunun zorunlu olduğu açıkça ifade edilmiyor veya düzenlemenin içeriği ve anlamından başvurunun zorunlu olduğu sonucu açıkça ortaya çıkmıyorsa - ilgililer için bir an önce idari yargıya başvurma hakkını kullanabilmenin hukuk devleti ilkesinin ve hak arama hürriyetinin hayata geçirilmesi bakımından önemi nedeniyle- başvurunun zorunlu idari başvuru olarak değerlendirilemeyeceğini düşünmekteyiz. Çünkü konu, süresinde idari itirazda bulunulmadığında Anayasal hak olan dava açma hakkının da kullanılmaması gibi çok ağır bir sonucun doğmasıyla ilgilidir. Özellikle zorunlu idari başvuru süresinin, dava açma süresinden kısa olduğu zamanlarda (ör. Kamu İhale Kanunu’ndaki şikayet ve itirazın şikayet süreleri), ilgililerin dava açma haklarını yitirme olasılıkları çok yüksektir.

Yine de Danıştay’ın Ay. m. 40/2 düzenlemesinin uygulanmasını güvence altına alan içtihatları uyarınca, bu sakıncanın giderilebileceğini de düşünmekteyiz. 2001 yılı itibarıyla Ay. m. 40’a eklenen 2. fıkra hükmüne göre, Devletin işlemlerinde ilgililere bu işlemlere karşı hangi mercilere, hangi kanun yollarına ve hangi sürede başvuracağını bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Danıştay ise özellikle Anayasa Mahkemesi’nin konu hakkındaki 2004

kararı...veçhile birleştirilmesine...” T.C. Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı, E. 1969/11, K. 1970/30, T. 21.11.1970, R.G. 31.03.1971, S. 13795, s. 2, 3. “...kamu düzeninden sayılan ve idari istikrarı sağlamak amacını taşıyan “dava süresi”... T.C. Danıştay 12. Dairesi, E.1996/1869, K. 1997/384, T. 19.02.1997, <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 28.12.2019), “...idari yargılama hukukunda dava açma sürelerinin kamu düzeniyle ilgili olması ve hak düşürücü süre niteliği taşıması sebebiyle davada ileri sürülmeseler dahi mahkemeler tarafından davanın her aşamasında, re’sen dikkate alınacakları kabul edilmiştir.” T.C. Danıştay 3. Dairesi, E. 2010/6979, K. 2012/667, T. 13.03.2012, <www.legalbank.net>, Erişim Tarihi: 28.12.2019.

⁴⁵ Kaplan, (İdari Yargıda), s. 311.

tarihli bir kararına⁴⁶ da istinaden, bu doğru bilgilendirme yükümlülüğünün her bir kanunda açıkça öngörülmesi bile doğrudan uygulanabilir olduğunu ve idare tarafından bu yükümlülüğün ihlali halinde söz konusu sürelerin de başlamamış olacağını istikrarlı bir şekilde içtihat etmektedir⁴⁷. Daha açık ve farklı bir anlatımla, Danıştay bizlerin katılmadığı bir şekilde belirli mevzuat hükümlerini zorunlu idari başvuru olarak değerlendirmekteyse de, Ay. m. 40/2 düzenlemesinin anlamını ve uygulamasını ortaya koyduğu istikrar kazanmış içtihatları uyarınca, idareler günümüzde tartışmasız bir şekilde idari işlemlerinde bu zorunlu idari başvuru kanun yollarını hangi mercilere karşı ve hangi sürede işletmek zorunda olduklarını da ilgililere bildirmekle yükümlüdürler. Bu yükümlülük yerine getirilmediği sürece idari yargı yerinin süreden red kararı değil, idari merci tecavüzü nedeniyle idari mercie tevdi kararı vermesi hukuki bir zorunluluktur⁴⁸. Fakat içtihatlar bu şekilde olmakla

⁴⁶ "...40. maddenin ikinci fıkrasıyla Devlet'e verilen görev, somut olaylarda ilgili kişiler hakkında tesis edilen işlemlere karşı başvurulacak kanun yolları ve merciler ile sürelerin belirtilmesi zorunluluğu olup, bu hususlara ilişkin olarak her yasada özel bir düzenleme yapma yükümlülüğü içermemektedir." Anayasa Mahkemesi, E. 2004/84, K. 2004/124, T. 8.12.2004, R.G. 2.12.2005, S. 26011, <www.anayasa.gov.tr>, Erişim Tarihi: 19.12.2019.

⁴⁷ "...Anayasa Mahkemesi...Devlete verilen görevin bir zorunluluk içerdiğine, bu zorunluluk nedeniyle her yasada özel bir düzenleme yapılması gerekmediğine değinerek, Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasının, doğrudan uygulanır nitelik taşıdığını kabul etmiştir... Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye rağmen, davacının hangi kanun yolları ve mercilere başvurabileceğinin ve dava açma süresinin belirtilmediği dikkate alındığında, idarenin doğru bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmediği ve hak arama özgürlüğünü ihlâl ettiği anlaşıldığından, davanın süresinde açıldığı kabul edilmesi gerekirken, Mahkemece davanın süre aşımı nedeniyle reddine karar verilmesinde usul hükümlerine uygunluk bulunmamaktadır." T.C. Danıştay 13. Dairesi, E. 2016/478, K. 2018/2404, T. 12.9.2018, <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 19.12.2019. "...Bu nedenle, Anayasanın 40. maddesinin ikinci fıkrası, ayrı bir yasal düzenlemeyi gerektirmeyen, doğrudan uygulanabilir nitelikte bir kural olup, öncelikle uygulanma zorunluluğu vardır. Buna göre; yasama, yürütme ve yargı organlarının, idare makamlarının ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının işlemlerinde, bu işlemlere karşı başvurulacak idari mercileri ve kanun yolları ile sürelerini belirtmeleri zorunludur." T.C. Danıştay 14. Dairesi, E. 2012/4891, K. 2013/697, T. 7.2.2013, <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 19.12.2019. Aynı yönde kararlar için bkz. T.C. Danıştay 10. Dairesi, 2005/1607, K. 2007/2429, T. 9.5.2007; T.C. Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2011/235, K.2013/195, T. 30.4.2013; T.C. Danıştay 13. Dairesi, E. 2014/1028, K. 2017/2778, T. 1.11.2017, <www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 19.12.2019.

⁴⁸ Kamu İhale Kanunu m. 54/2 uyarınca zorunlu olan itirazın şikâyet başvurusuna ilişkin bir uyuşmazlıkta, İzmir 3. İdare Mahkemesi'nce bu zorunlu idari başvuru yapılmadan ve itirazın şikâyet süresi de geçtikten sonra açılan davada, idari merci tecavüzü nedeniyle mercie tevdi kararı verilmiştir. Dosya kendisine tevdi edilen Kamu İhale Kurumu'nun süreden red kararını yerinde bulan Ankara 2. İdare Mahkemesi kararı ise, ilgilieye Ay. m. 40/2 gereği bildirimde bulunulmadığı için idarenin süreden red kararının hukuka aykırı olduğu gerekçeyle Danıştay tarafından temyizden bozulmuştur. T.C. Danıştay 13. Dairesi, E.2012/3311, K. 2017/1847, T. 07.06.2017 <www.kazanci.com>, Erişim Tarihi: 07.08.2019. Ayrıca bkz. yuk.

beraber, uygulamada idarelerin davranışlarının bu yönde istikrarlı olarak oturması için esas görevin kanun koyucu da bulunduğunu da eklemek isteriz. Kesin çözüm kanun koyucu tarafından hangi idari başvuruların zorunlu idari başvuru olduğu konusunun, açık ve farklı yorumlara yer vermeyecek, özellikle idari yargı hakimini de yersiz hukuki çözümlerle yormayacak kanuni düzenlemeler yapılmasında yatmaktadır. Ayrıca uygulamada ancak böyle düzenlemeler bulunduğu, idareler Ay. m. 40/2 uyarınca ilgilileri öncelikle zorunlu idari başvuru yolu konusunda bilgilendirme yükümlülüğü altında oldukları konusunda kesin olarak yükümlü olduklarını bilebilir olacaktırlar. Danıştay’ın m. 40/2 ile ilgili yaklaşımı hukuk devletine yaraşır nitelikte olsa da, uygulamada çoğu zaman ancak istinaf veya temyiz aşamasında bu hukuki değerlendirilmelerin yapıyor olunmasının, adaletin sağlanmasını geciktirdiği de unutulmamalıdır.

Sonuç olarak Danıştay idari mercî tecavüzü kavramını, aynen İYUK’taki ifadesiyle ve hukuk devleti ilkesine aykırı düşecek bir genişlikte kullanabilmekte ve kamu düzeninden olan dava açma süresiyle de ilgi olması nedeniyle davanın her aşamasında değerlendirmektedir. Kanunların ve Danıştay kararlarındaki durumların değerlendirilmesinden sonra, artık zorunlu bir idari başvuruda bulunmadan idari dava açılması hukuki durumunun, ‘idari mercî tecavüzü’ kavramı ile açıklanmasındaki uyuşmazlığı, hukuk bilimi, hukuk dili ve güzel duyu çerçevesinde inceleyebiliriz.

III. KAVRAMIN İFADE ETTİĞİ HUKUKİ DURUM İLE KAVRAMIN ADININ UYGUNLUĞU SORUNALI

Çalışmamızda buraya kadarki değerlendirmelerimizden ortaya çıkan sonuç şudur ki idari mercî tecavüzü kavramının ifade ettiği hukuki durum, (Danıştay’ın bazı genişletici kararları bir kenara bırakılırsa) kanunun açıkça idari yargı öncesi zorunlu idari bir başvuru öngördüğü halde bunun gereğinin yerine getirilmeden idari yargıya başvurulması durumudur. Diğer bir ifadeyle, idari yargı öncesi idari mercîye başvurularak idareden açık veya zımni bir yanıt alınması hukuki zorunluluğunun ihlal edilmesi hali, İYUK m. 14/3 (b) uyarınca ‘idari mercî tecavüzü’ olarak ifade edilmektedir. Burada bizim üzerinde duracağımız sorunsal da burada belirmektedir. Bu hukuki durum için kullanılan kavram güzel duyu (estetik) algılayışı da dahil olmak üzere, hukuk dilini ve hukuk dilinin kullanımını da kapsayan hukuk bilimine uygun mudur? Bunun, üzerinde özenle düşünülmesi gereken bir konu olduğuna

dn. 28.

inanmaktayız. Kullanılan kavram ile içeriğin birbirine uyması konusu, genel olarak bilimsel ve bilim diline ilişkin bir gereklilik olmakla beraber, özel olarak hukuk biliminin tüm dalları arasındaki kavram bütünlüğünün (ya da kavram kargaşasının engellenmesinin) sağlanması ile de ilgilidir. Kanımızca bu gerekliliğin hukuk eğitimindeki önemi yanı sıra, (hukuk biliminin kendine özgü teknik kavramlarının kullanılması kaçınılmaz olsa da) halktaki hukuk algılamasını yakından ilgilendiren bir boyutu da bulunmaktadır. Bu bağlamda, dilin düşünce ekonomisini sağlayan en önemli öğeleri olan ve kısaca anlamlı sözcükler olarak da ifade edilen kavramlardan oluşan, adeta bir kavramlar (anlamlar) denizinde yaşadığımız ifade edilmektedir⁴⁹. Bizim de katıldığımız bu değerlendirme ve betimleme çerçevesinde, kavram ile içeriğinin uyumu ile ancak böyle bir denizde güvenli bir seyrüsefer mümkün olabilir.

A. Hukuk Dilindeki Konu Dili-Üst Dil Ayrımı Bakımından

Hukuk bilminde kullanılan dil veya hukuki anlatım biçimi olarak ifade edilen ‘hukuk dili’, hukuki düşüncenin kurulmasını ve gelişmesini sağlamakta ve hatta doğrudan ‘hukuki düşünce’ olarak da ifade edilmektedir⁵⁰. Zihnin düşünme faaliyeti kavram veya aynı anlamda olan terim denilen semboller ile gerçekleşir ve dil ile de dış dünyaya yansır; diğer bir ifadeyle dilde dile gelir ki bu anlamda dilin gelişimi düşüncenin, düşüncenin gelişimi de dilin gelişmesi demektir⁵¹. O halde “hukuk dili” dediğimizde, aynı zamanda “hukuki düşünce” de demiş olmaktadır. Bu durumda hukuk dilinin kullanımı hukuki düşüncüyü etkilerken, hukuki düşünce de hukuk dilinin kullanımını etkilemektedir.

Türkçe’de ‘konu dili-üst dil’ deyiminin ortaya çıkışı ve kullanımını felsefeci Nusret Hızır’a⁵², bunun hukuk diline aktarımı ise Tekin Akıllıoğlu’na⁵³ aittir. Hızır’a göre: “Bilim, birbirlerine herhangi bir yöntemle bağlı, doğrulukları ileri sürülen birtakım önermelerin (yani bilgi veren tümcelerin) oluşturduğu dizgeli bir bütündür.”⁵⁴ ve bu tanım dahilinde her bilim Türkçe, Fransızca,

⁴⁹ Nusret Hızır, *Bilimin Işığında Felsefe*, 1. Basım, Kırmızı Kedi, 2019, s. 52.

⁵⁰ Akıllıoğlu, s. 247, 251, 252.

⁵¹ Ali Osman Gündoğan, Dil, Düşünce ve Varlık İlişkisi, <<http://www.aliosmangundogan.com/PDF/Makale/Ali-Osman-Gundogan-Dil-Dusunce-ve-Varlik-Iliskisi.pdf>>, Erişim Tarihi: 17.01.2022, s. 5. Türk Yurdu, 2002, Sayı: 178’de de yayınlanmıştır.

⁵² Nusret Hızır, “Bilimler Karşısında Felsefe”, *Türk Dili Dergisi*, (352), Nisan 1981, s. 586.

⁵³ Akıllıoğlu, s. 250-274.

⁵⁴ Hızır, Bilimler Karşısında Felsefe, s. 585.

İngilizce, Almanca gibi ayrı bir dildir⁵⁵. Her bilimde (ya da bilim dilinde) ise o bilime özgü terimler, araçlar ve bunların tanımları ile olguları yüksek olasılıkla öngörmeye yarayan belirli yasaları ifade eden bir konu dili; bir de o bilimin görevini, yöntemini, yararlarını, işleme kipini ve yasaların geçerlilik ölçüleri gibi sorunlarla ilgilenen bir de üst-dil bulunmaktadır⁵⁶. Yazar, Mantık Terimleri Sözlüğü’nde yabancı dillerde metalanguage (İng.), metasprache (Alm.) ve métalangue (Fr.) olarak ifade edilen bu ikinci kavramın (üst-dilin) ‘sözeden dil’⁵⁷ olarak ifade edildiğini, kendisinin daha basit ve daha açık olduğu için “üst-dil” kavramını tercih ettiğini; üst-dilin ise dar anlamdaki bilim dilinin (yani konu dilinin) üstünde ve onu konu edinen, irdeleyen bir dil olarak daha çok felsefi bir uğraş olduğunu ifade etmektedir.⁵⁸ Bu durumda diyebiliriz ki bir bilim dalında, o bilim dalının görevi, yararları, işleyiş yöntemleri ve ortaya konan çıkarımların geçerliliği doğrultusundaki akıl yürütme, sorgulama ve anlamlandırma etkinliği, geniş anlamda bilim dili olarak üst-dil kavramı ile açıklanmaktadır. Üst-dil kullanımı o bilim dalının devingenliğini sağlar.

Akıllıoğlu ise bu ayrımı hukuk diline şu şekilde aktarmaktadır: “Konu dili aslında yürürlükteki kuralların dilidir. Kuralların ve bunlara dayanılarak alınan idari ve adli kararların kullandığı kavramlar ile oluşan dil, konu dilidir. Bunun yanı sıra kurallara anlam verilmesinde kullanılan kurallar da vardır. Bunlara üst-dil ya da yorum dili denebilir (metalanguage).”⁵⁹ “Mevzuatta kullanılan dile konu dili, bu dilin kullanımına ilişkin kurallara üst dil denir. Üst dil yasalaştırılmamış, ucu açık ve belirsiz nitelik taşır. Bununla birlikte hukuk dilinin tutarlılığı için üst dil kullanımı zorunludur, bu dile hakim olmak gerekir...Yorum pek çok anlama gelmekle birlikte kabaca anlamlandırma/ anlam verme demektir. Anlamlandırmayı yöneten üst dil kuralları kısmen

⁵⁵ Hızır, Bilimler Karşısında Felsefe, s. 585, 586.

⁵⁶ Hızır, Bilimler Karşısında Felsefe, s. 586, 587.

⁵⁷ “Sözeden dil [İng. metalanguage] [Alm. metasprache] [Fr. métalangue]: Başka bir dilin deyimlerinden sözetmek için kullanılan dil;...başka bir dilin deyimlerini kapsayan bir dil.” Teo Grünberg / Adnan Onart / David Grünberg / Halil Turan, *Mantık Terimleri Sözlüğü*, 3. Basım Metu Press, 2003, s. 118.

⁵⁸ Hızır, s. 586-587. Yazar bu ayrımı basit bir örnek üzerinden şu şekilde dile getirmektedir: “‘İstanbul büyük bir kenttir.’, İstanbul’u anlatan bir tümce olarak, konu dilindedir. ‘İstanbul büyük bir kenttir tümcesi, Türkçe yalın bir tümcedir.’ tümcesinin konusu ise, konu dilinden bir tümcedir. Bu tümce, konu dilinin üstünde yer almış bir dilin ögesi olduğu için, üst dildir.” Hızır, s. 586.

⁵⁹ Akıllıoğlu, s. 252.

yasalaşmıştır.”⁶⁰ O halde açıkça mevzuatta düzenlenen yorumlayıcı hukuk kuralları, üst dil kurallarının biçimsel anlamda konu dili olarak karşımıza çıkan örneklerindedir. Ayrıca bir hukuki kavramı ve kuralı yorumlamak tüm hukukçuların ve son değerlendirmede yargıcın mutlak yükümlülüğündedir. Diğer yandan öğreti de, yasaların ve bunlara dayanılarak yapılan bütün işlemlerin anlamını belirleme (yorumlama) işlevi görürken, mevzuatta bulunmayan birçok kavram, kural ve özellikle de ilke kullandığından, üst dilin belirleyici ve etkili öznesi olarak karşımıza çıkar⁶¹.

Çalışma konumuz açısından değerlendirecek olursak, idari merci tecavüzü kavramına (İYUK m. 14/3-b) ve bu kavramın somut olarak ortaya çıktığında yargının ne yönde davranacağına ilişkin düzenlemeler (İYUK m. 15/1-e, m. 15/2), bir konu dili olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü yürürlükteki hukuk kurallarında açıkça düzenlenmiştir. Fakat bu kavramın ne anlama geldiği ve dolayısıyla hangi durumların idari merci tecavüzü olarak değerlendirileceği meselesi İYUK’ta veya başka bir mevzuat hükmünde tanımlanmamıştır. Konu dilinin yorumlanması, yani üst dilin kullanımı suretiyle kavramın ifade ettiği hukuki durum öğreti ve son değerlendirmede idari yargı tarafından ortaya konmuştur. Bu değerlendirmeler için yukarıya gönderme yapmakla yetinmiyoruz. Özde burada varmak istediğimiz nokta, üst dilin kullanımı ile ortaya çıkan hukuki durumun, konu dili tarafından seçilen kavramın hukuk dili/hukuki düşünce ve sonuçta hukuk bilimi açısından hatalı olduğunu ortaya koymasıdır. Seçilen kavramın hukuka aykırı düştüğünü ortaya daha net koyabilmek için, <görev ve yetki>, <hak>, <bir hakka saldırı>, gibi kavramlara özel hukuk-kamu hukuku ayrımı ölçeğinde kısaca değinmek gerektiğini düşünüyoruz.

B. Özel Hukuk-Kamu (İdare) Hukuku Ayrımı Bakımından

İdarenin varlık nedeni en temel ifadeyle, üstlenmiş olduğu kamu hizmetlerini kamu yararı amacıyla hayata geçirmektir ki, sahip olduğu kamu gücünün gerekçesi de budur. Anayasa başta olmak üzere, kanun ve hukuk sistemimize yeni giren Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile üstlendiği kamu hizmetleri gereği idarenin sahip olduğu <görev ve yetki> kavramlarından bahsedilir. Görev ve yetki kavramları İdare Hukuku’na özgüdür ve bu alanda idarenin bir özel hukuk öznesi gibi <hak sahipliği> söz konusu değildir⁶².

⁶⁰ Akıllıoğlu, s. 250, s. 251.

⁶¹ Akıllıoğlu, s. 272.

⁶² “Hak-Hukuken korunan menfaat...kişilere tanınan yetki; davranış özgürlüğü; edinebilme,

Çünkü idarenin hukuken koruduğu yarar İdare Hukuku’nda özel bir isim alır ve ‘kamu yararı’ olarak karşımıza çıkar. Öyle ki, idarenin özel hukuk alanındaki etkinlikleri nedeniyle hak sahipliğinden bahsedilse, yani –ihale sonrasındaki süreçte- kamu gücü kullanarak hareket etmese dahi son noktada korumakla yükümlü olduğu menfaatin adı, gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin özel çıkarımının aksine yine ‘kamu yararı’dır. İdarenin özel hukuk sözleşmesi yapması, kamu yararı doğrultusunda hareket etme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

Anayasa’nın Başlangıç Hükümleri, 6., 7., 8., ve 9. maddelerinde, (3. Kısım 2. Bölüm) –özellikle İdare Hukukuna özgü olarak- Yürütme başlığı ile “(IV) İdare” başlığı altında da görev ve yetki kavramları kullanılmakta ve özel hukuk anlamındaki bir hak sahipliğinden Anayasa’nın hiçbir yerinde Devlet veya idare için söz edilmemektedir⁶³. Buna göre m. 8’de Yürütme görev ve yetki olarak düzenlenirken; idarenin kuruluşuna ilişkin temel bir hüküm olan m. 123/1’deki ifade de “İdare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.” şeklindedir. İdarenin varlık nedeni olan kamu yararı doğrultusunda kamu hizmetlerini yürütme görevi, bireylerin ve toplumun hukuk düzeninde tek yanlı yürütülebilir etkiler yaratabilme yetkisi ile donatılmasını zorunlu kılar. Söz konusu görevlerin, özel hukuk düzeninde yani karşılıklı eşit hak ve borçlara sahip olan hukuk özneleri düzeninde gerçekleştirilebilmesi mümkün değildir. Şöyle özetleyebiliriz ki, özel hukuk kişilerinin özel yararlarını gözetme hakkı, idarenin ise kamu yararını gözetme görev ve yetkisi söz konusudur. Ayrıca idarenin görevli ve yetkili olduğu

sahiplik ileri sürebilme yetkisi..” Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 8. Bası, Yetkin Yayınevi, 2021, s. 287.

⁶³ Ayrıksı durum olarak, Ay. m. 150, m. 151’de Anayasa Mahkemesi’nde “iptal davası açma hakkı”, m. 168’de ise tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi hakkının Devlete ait olduğu düzenlenmektedir. Bu iki durumun da değerlendirmemize etkisi olmadığını düşünmekteyiz. İptal davası açma hakkı bakımından: yargılama hukukunda dava açmanın zorunlu olmadığı, ilgilinin bu yönde bir iradesinin bulunması gerektiğini vurgulaması açısından, bir yargı yerine dava açabilme durumu genelde dava hakkı olarak ifade edilir. Madde 150 ve 151’deki bu kullanım da, yargılama hukukuna özgü bu kullanımın bir yansıması olarak gözükmemektedir. Sonuçta özel hukuk anlamındaki bir hak sahipliğinden burada söz etmek mümkün değildir. Tabii servetlerin aranması ve işletilmesi hakkı bakımından: bu hakkın belli bir süre gerçek ve tüzel kişilere devredebileceği fakat gözetim ve denetimin yine Devlete ait olduğu m.168’de düzenlenmektedir. Diğer yandan Anayasa m. 2 (sosyal hukuk devleti), m. 5 (Devletin görevleri), m. 65 (mali kaynakların yeterliliği), m. 166 (ekonomik, sosyal, kültürel kalkınma ve planlama) ve m. 169 (Ormanların Devletçe yönetimi ve işletilmesi) bağlamında bir üst-dil değerlendirmesi yapıldığında, aslında bu alanın da Devlet için bir görev ve yetki konusu olduğu; fakat özensiz bir seçimle konu dilinde hak kavramının kullanıldığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

konularda, (1) davranışlarının da mutlaka hukuka uygun olma, nedensiz veya hukuka aykırı bir nedene dayalı davranışta bulunmama; (2) hiçbir zaman ve koşulda kamu yararı amacı dışında hareket etmeme yükümlülüğü vardır⁶⁴. İdare Hukuku'na özgü bu iki özellik, idarenin özel hukuk öznelere gibi hak sahibi değil, görev ve yetki sahibi olduğu ve olması gerektiği yönünde bir üst-dil değerlendirmesidir. Anayasa'da ve ondan kaynaklanan tüm hukuki düzenlemelerdeki 'görev ve yetki' kavramları ise konu dili olarak karşımıza çıkmaktadır.

O halde, idare hukukunda idarenin görev ve yetkilerinden söz edilmektedir. Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde ilk karşılığı "saldırı" olan "tecavüz" kelimesi⁶⁵ içinse, hukuk sözlüklerinde bir hakka yönelik saldırı, hukuka aykırı saldırı anlamı verilmektedir⁶⁶. Hukuki düzenlemelerde de

⁶⁴ İl Han Özay, *Gün Işığında Yönetim*, 2. Basım Filiz Kitabevi, 2004, s. 373, s. 374.

⁶⁵ TDK Sözlük'te saldırı anlamı verilmektedir. (Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <<https://sozluk.gov.tr/>>, Erişim Tarihi: 14.01.2022). Ferit Devellioğlu Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat'ta, Arapça olan bu kelimenin ilk anlamı olarak "ötesine geçme, sınırı aşma, atlama", ikinci anlam olarak "saldırma, sataşma, sarkıntılık", üçüncü olarak "el uzatma, başkasının hakkına dokunma" anlamını vermektedir Ferit Devellioğlu, Osmanlıca—Türkçe Ansiklopedik Lûgat, 2017, s. 224. Bu sözlükte verilen ilk anlamı sık kullanılmamakta, bu duruma öğretide de işaret edilmektedir. (Öztürk, s. 61, dn. 158).

⁶⁶ "Saldırı; saldırma; aşma; bir kimsenin malına, namusuna, şeref ve haysiyetine, genel ifadeyle maddi ve manevi varlığına hukuka aykırı şekilde saldırıda bulunma..." Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 8. Bası Yetkin Yayınevi, 2021, s. 754. "Saldırı-saldırmak" T. Azmi Uslu (Hazırlayan), Yeni Hukuk Lûgatı ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, Site Kitabevi, 1964, s. 304. Türk Hukuk Kurumu Sözlüğü'nde kelimenin karşılığı olarak "suikast" anlamı, suikastin açıklanmasında ise bir yandan İngilizce *attack* kelimesi verilirken, "Devletin emniyetine karşı tecavüz, hürriyete tecavüz, ırza tasaddi, iffete tecavüz" suçları gösterilmektedir. (*Türk Hukuk Lûgatı*, Başbakanlık Basımevi, 1991, s. 304, 327, <<https://bozbel.files.wordpress.com/2013/01/tc3bcrk-hukuk-lc3bcgatc4b1.pdf>>, Erişim Tarihi: 14.01.2022. İngilizce *attack* kelimesi, "hücum etmek, saldırmak, vurmak, tecavüz etmek" (*Redhouse Büyük El-sözlüğü, İngilizce-Türkçe/Türkçe-İngilizce*, 36. Bası, Sev Yayınevi, 2013 s. 25); "suikast, tecavüz, saldırı, tasaddi" anlamına gelmektedir. (Pars Tuğlacı, İngilizce-Türkçe İktisadi, Ticari, Hukuki Terimler Sözlüğü, 6. Bası, ABC Yayınevi, 1996, s. 39) Başka bir sözlükte, tecavüz ve saldırı kelimelerinin İngilizce karşılığı *assault* olarak verilirken, (Orhan Şener, İngilizce-Türkçe, Türkçe-İngilizce, Hukuk Sözlüğü, Nazan An (Ed.), Beta Yayınevi 2018, s. 649, 687); *assault* ise yine "saldırı, saldırmak" (Redhouse, s. 23); "fena muamele; tecavüz, saldırı; şahsa karşı fiili tecavüz; tecavüz etmek, saldırmak." anlamına gelmektedir (Tuğlacı, s. 35). Bir başka sözlükte de, tecavüz ve saldırı kelimelerinin İngilizce karşılığı olarak *assault* ve *attack* kelimeleri yanı sıra *aggression* kelimesi verilmekte (Hüsnü Aldemir / Musa Aldemir, *Türkçe-İngilizce Hukuki Terimler Sözlüğü*, Adalet Yayınevi, 2018, s. 809, 904), bu kelimenin karşılığı da yine "saldırganlık" (Redhouse, s. 9); "tecavüz, saldırı" olarak açıklanmaktadır. (Tuğlacı, s. 20). Son olarak, TDK Sözlüğü'nde suikast kelimesi "gizlice cana kıyma ve kötülük etmeye kalkışma", "bir devlet büyüğünü veya önemli bir kişiyi plan kurarak öldürme" olarak açıklanarak, öзде bir hakka yönelik hukuka aykırı saldırı durumunun özel bir görünüş biçimi ifade edilmektedir. (Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <<https://sozluk.gov>

kelime, çok büyük bir yoğunlukla “bir hakka yönelik hukuka aykırı saldırı” anlamında kullanılmıştır. Bu nedenledir ki yasal düzenlemelerde özellikle, 2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’na ve 2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na bakılacak olursa, eski düzenlemelerinde bulunan tecavüz kelimesinin, Türkçe olan “saldırı” kelimesi ile değiştirildiği görülebilir⁶⁷. Zorunlu idari başvuru kurumunda ise, kanunda özel olarak düzenlenen bir konuda idarenin görev ve yetkisi içinde bir değerlendirme ve karar vermesi için, ilgilinin yerine getirmesi gereken bir başvuru yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğün ilgilisi tarafından yerine getirilmemesini, en yoğun kullanımıyla bir hakka yönelik saldırı anlamını taşıyan tecavüz kelimesi ile karşılamakta, hukuk bilimine uyarlık bulunmamaktadır. Çünkü ortada bir hakka yönelik veya idarenin görev ve yetkisine yönelik bir saldırı söz konusu değildir. Ayrıca, özel hukuk alanında temel kanunlarda bu sözcükten genel olarak vazgeçilerek Türkçeleşmenin seçildiği gözlemlendiğinde, hukuk biliminin dalları arasında dilin sadeleştirilmesi ve özleştirilmesinde ortaklık ve kavram bütünlüğünün sağlanması (ya da kavram kargaşasının engellenmesi) bakımından da, bu kullanım bilimsel olmamaktadır.

C. Hukuk Eğitimi-Öğretimi ve Halktaki Hukuk Algılaması Bakımından

İnsanların düşünmesi, düşüncenin gelişimi ve birbirleriyle olan iletişimi dil ile mümkündür. Bu anlamda hukuki düşüncenin oluşumunun ve hukuk dilinin kullanımının, hukuk eğitimi-öğretimi ve halktaki hukuk algılaması boyutunda da çok önemli sonuçları bulunmaktadır. Hukuk eğitimi-öğretimi, Cumhuriyet Hukuku’nu ve hukuk devleti başta olmak üzere onun temel niteliklerini özümsemiş gelecek kuşak hukukçuların yetiştirilmesiyle ilgili iken; halk tarafından hukukun algılanması ise doğrudan kendilerine yönelik olan hukuk kurallarının açık, anlaşılabilir ve öngörülebilir olması ölçüğünde özellikle hukuki güvenlik ilkesi ile ilgili bir konu olmaktadır. Her ikisi de

tr/>, Erişim Tarihi: 14.01.2022)

⁶⁷ 2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda da, eski kanunda kullanılan bu kavramdan –m. 154 “*Hakkı olmayan yere tecavüz*” suçu dışında- vazgeçilerek *saldırı* kelimesi ile değiştirilmiştir. Bir şeyin sınırının aşılması, geçilmesi anlamındaki, hukuk dilinde daha çok ikinci anlamı olarak kullanılan durumlar da, ilgisine göre yeni kanunda değiştirilmiş ve tecavüz kelimesi kaldırılmıştır. Diğer yandan 2011 tarih ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda ticaret ünvanına (m. 52) ve haksız rekabete (m. 56, m. 61) ilişkin hükümlerde bir hakka saldırı anlamında, hala daha güzel duyudan ve anadilden uzak olan bu kavramın kullanıldığı görülmektedir. Aynı durum örneğin 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun veya 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu gibi birçok yasal düzenlemede gözlemlenebilmektedir.

hukuk dilinde kullanılan kavramlar, tümce yapıları; dahası anadil Türkçe'nin kullanımı ile doğrudan bağlantılıdır.

Özellikle kullanılan kavramların anadile dayanması, düşüncenin gelişimi ile doğrudan etkileşimde olarak, tanımada yardım, bellemede ve anımsamada kolaylık, bağlantılamada saydamlık gibi olumlu çıktılara sahiptir⁶⁸. Bu bağlamda, düzenlenen hukuki kurumu tam ve doğru karşılayan sözcüğün anadile dayanması bir gerekliliktir. “Sözcük anadilimizde olursa, kavramını anlamada sis dağılır ve kolaylık sağlarız.”⁶⁹. Tüze (Hukuk) alanının Türkçeleştirilmesi, bilimsel çalışmalar, yasal düzenlemeler ve kişinin hakları bakımından yaşamsal önemdeyken⁷⁰, bu önem kendisini hukuk eğitimi-öğretimi ve halktaki hukuk algılaması bakımından da göstermektedir. Bir hukuk kavramının bilgisine çoğu hukukçunun ulaşabileceği, diğer yandan bu kavramı biçimlendiren sözcüğün yapı ve ses bakımından Türkçe olması halinde, hukukçu olmayan birinin de az çok bilgi sahibi olabileceği ifade edilmektedir⁷¹. Bizim de katıldığımız bu değerlendirme, anadilden gelen sözcüklerin karşılamak istedikleri kavramları anlamakta kolaylık sağlaması, anlamsal yüklerini en azından sezmeye yardımcı olması çerçevesinde, hukuk dilini ve bilgisini halkçıl kılarak, demokratik hukuk devleti süreçlerinde temel bir gerekliliği göstermektedir⁷². Öyle ki, özellikle vatandaşların bağlı olduğu hak ve ödevlerin anlamları açık ve sınırları belirgin olmadığı ve dahası hukuk dili ile halk arasında kopukluk olduğu sürece, hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşacaktır⁷³. Bu değerlendirmelerin hukuk eğitimi-öğretimine olan etkisi, özellikle hukukçu öğretim elemanlarınca daha açık görülebilmektedir.

Hukuk eğitimi-öğretimi bağlamında, hukuk fakültesi öğrencilerinin ve öğretim izlencesinde özellikle idare hukuku ve idari yargı dersi bulunan fakülte ve yüksekokul öğrencilerinin durumu, kanımızca “ağaç yaşken eğilir” atasözünün aktardığı gerçekliğe denk gelmektedir. Hukuk dilinde ana dilden gelen sözcüklerin kullanımı, tanımada yardım, bellemede ve anımsamada kolaylık, bağlantılamada saydamlık işlevleri ile hukukun ve hukuki

⁶⁸ Günal Seyit, *Türkiye’de Hukuk Dilinin Dönüşümü*, Onikilevha Yayıncılık, 2018, s. 5.

⁶⁹ Çetin Aşçıoğlu, “Dil ve Hukuk Ya Da Türkçem Benim Ses Bayrağım”, *Ankara Barosu Dergisi*, (4), 2002, s. 49.

⁷⁰ Cem Eroğul, “Tüzede Arı Dilin Önemi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (49), 2003, s. 46.

⁷¹ Aşçıoğlu, s. 49.

⁷² Seyit, s. 8, 9.

⁷³ Özcan Atalay, “Dil Devrimi ve Yargı”, *Ankara Barosu Dergisi*, (5), 1978, s. 772, 773.

düşüncenin öğrenimini anlaşılabilirlik boyutuyla, büyük ölçüde daha keyifli ve kolay hale getirebilecektir. Bu bağlamda, yabancı köklü sözcüklerin dile getirdiği bulanıklık nedeniyle, kimi gerçeklerin ayırmsanmasını güçleştirdiği değerlendirmesi⁷⁴ hukuk eğitim-öğretiminde de öncelikle geçerlidir. “Terimler ne denli yerli olursa, o toplumda ilgili bilim dalı o denli gelişmiş demektir. Kişinin, kendi anadilinin kök ve ekleriyle kurulmamış sözcükleri, dolayısıyla da bu sözcüklerin göndermede bulunduğu nesnelere ve kavramları ilk bakışta algılaması olanaksızdır. Düşünme ancak dil ile olanaklı olduğuna, herkesin de genellikle tek bir anadili bulunduğuna göre, yabancı terimler, düşünmenin karşısına dikilen en büyük engeldir. Bilgi aktarımı, ancak anadili aracılığından geçerse varsıllaştırıcı olur.”⁷⁵ Konumuz bağlamında ise, zorunlu bir idari başvurunun yapılmamış olması hukuki durumunun ders anlatımında işlenmesinde, öğrenci yasakoyucu tarafından (İYUK m. 14/3-b’de) bu durumun “idari merci tecavüzü” olarak düzenleyişi ile karşılaşmaktadır. Öğrenci, hukuk sözlüklerinde en yoğun biçimde yer alan “saldırı” anlamını gördüğünde ve sözcüğün ister istemez o güne kadarki gündelik dilde karşılaştığı anlam bilincinde oluştuğunda, güzel duyudan da yoksun bu sözcük karşısında kafa karışıklığı yaşamaktadır. Dolayısıyla yukarıda değindiğimiz bazı temel yasal düzenlemelerdeki Türkçeleştirmeler karşısında, kullanılması çöktan bırakılmış, güzel duyudan yoksun bu sözcüğün teknik bir terim olarak İYUK’ta bulunması, öğrencinin konuyu algılamasına olumsuz katkı sağlamaktadır. Bu olumsuzluk, birazdan değineceğimiz *halkın gündelik dilde sözcüğü kullanış ve algılama biçimiyle aynı temelden kaynaklanmaktadır*. Sözcüğün yaygın olmayan hukuk dilindeki ikinci anlamında kullanıldığı söylenebilse de, kanımızca bu olumsuzluğun doğmasına engel olamamaktadır.

Halktaki hukuk algılaması bağlamında, (avukat yardımından yararlanma zorunluluğu bulunmadığına göre) idareye karşı dava açmak durumunda olan bir kişinin idari yargı yeri tarafından, “idari merci tecavüzü”nde bulunduğu kendisine bildirildiği anı düşünmek gerekmektedir. Kendisi mi bir saldırıda bulunmuştur, yoksa kendisine idareden mi bir saldırı gelmiştir? Dahası gündelik dilde kelimenin kullanım alanı nedeniyle, ilgilinin bilincinde daha da olumsuz bir durum doğmaktadır. Uygulamada, İdare Hukuku ve İdari Yargı ile çok fazla ilgilenme durumu olmamış avukatlar için ve dolayısıyla avukat-müvekkil iletişimde de aynı sorunların doğduğu ortadadır. Bilinen ve günlük dilde yer alan ve kullanılan sözcüklerin, hukuk

⁷⁴ Eroğul, s. 45.

⁷⁵ Eroğul, s. 46

dilinde kullanıldığında gündelik anlamından başka anlamlara gelmesi söz konusu olabilmekte ve bu durum karışıklık yaratabilmektedir⁷⁶. Burada da halkın gündelik dil kullanımında, Türk Ceza Kanunu m. 102’de “cinsel saldırı” olarak ifade edilen suça denk gelen anlamında bu sözcüğün bilindiğini ve kullanıldığını gözlemleyebiliriz. Halkın hukuku bir hukukçu niteliğinde bilmesi beklenemez. Elbette hukuk dilinde de, her uzmanlık/meslek alanında olduğu üzere o alan dışındakiler tarafından bilinemeyecek teknik kavramların kullanılması gerekli ve kaçınılmazdır. Diğer yandan Türkçeleri bulunan ve halk tarafından anlaşılabilirliği de sağlayan sözcüklerin kullanımı hukuk dilinde anlam karmaşasını da engelleyebilecektir⁷⁷. Bu anlamda, kökeni Arapça olan bu sözcüğün hukuk dilinde sık kullanılmayan ikinci anlamında (ötesine geçme, aşma, atlama, aşım) kullanıldığının halk tarafından bilinmesi söz konusu olamayacağı üzere, halkın hukukla olan iletişimini de engelleyen bir duruma neden olunmaktadır. Başka bir deyişle, Türk hukuk dilinde hala kullanılan Arapça ve Farsça sözcükler, anlaşılmayı güçleştirmekte ve halkın kafasında karışıklık yaratarak iletişimi engellemektedir⁷⁸. Bu ise hukuki güvenlik ilkesinin ve sonuçta hukuk devleti ilkesinin işlerliğini de engellemek anlamına gelmektedir.

IV. BİR ÖNERİ OLARAK “ZORUNLU BAŞVURUNUN YAPILMAMASI” KAVRAMI

Buraya kadarki açıklamalarımızdan hareketle, hukuki güvenlik ilkesi uyarınca birbirleriyle bağlantılı temelde dört gerekçelendirmeye dayanarak, İYUK m. 14/3-b düzenlemesinde yer alan “idari merci tecavüzü” kavramının, “zorunlu başvurunun yapılmaması” olarak değiştirilmesini önermekteyiz. İncelediğimiz kadarıyla öğretilerde bu konuda bir öneri bulunmamakta, yalnızca tecavüz sözcüğünün hukuk dilinde pek sık kullanılmayan, aşma, atlama

⁷⁶ Ayfer Atalay, “İngilizce ve Türkçe Hukuk Dillerinin Özellikleri: Karşılaştırmalı Bir Çalışma”, (*İngilizce ve Türkçe Hukuk Dillerinin Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*, 19 (2), 2021, s. 24. Örneğin, gündelik dilde “ehliyet” en yoğun olarak motorlu araç kullanma belgesi anlamında kullanılırken, Türk Medeni Kanunu m. 8 ve m. 9’da medeni haklara sahip olma ve onları kullanabilme yeteneğine ilişkin teknik bir terimdir. Ya da gündelik dilde eşlerin sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışları “aldatma” olarak ifade edilirken, Türk Medeni Kanunu m. 150’de “aldatma” kavramı, kanunda yazılı durumlardaki bilgilerin aldatılarak kendisinden saklanan eşin, evlenmenin iptalini isteyebilmesine ilişkin bir kavramı ifade etmektedir.

⁷⁷ Bülent Çiftçınar, “Toplumsal Kuralların Metni Olan Hukuk ve Hukuk Dili”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 1(5), 2008, s. 181, 190.

⁷⁸ Atalay, s. 30.

yönündeki ikinci anlamına ilişkin açıklamalar bulunmaktadır⁷⁹. Kanımızca bu durum dahi Arapça olan bu sözcüğün/kavramın yarattığı bulanıklık nedeniyle, açıklanma gereksiniminde bulunulduğunu göstermektedir. Oysa kavramın, hukuki kurumun içeriğini de tam ve doğru aktaracak biçimde Türkçeleştirilmesi durumunda, bulanıklık ortadan kalkacak, tanımada, bellemede ve her yönden uygulamada kolaylık sağlanarak, hukuk dilindeki iletişim güçlenecektir.

Birbirleriyle bağlantılı temeldeki dört gerekçelendirmemizi sıralamak gerekirse;

(1) Hukuki kurumun içeriğinin, kavrama anadilde doğru, sade, açık, tanınabilir ve anımsanabilir biçimde aktarılmasının sağlanması gerekmektedir. İçerik, zorunlu bir idari başvuruda bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesidir. Oysa hukuk dilinde, tecavüz sözcüğü öncelikle bir hakka yönelik hukuka aykırı saldırıyı belirtmekte; ötesine geçme, aşım, atlama yönündeki ikinci anlamı ise yasal düzenlemelerde sık kullanılmamakta ve hukukçuların dahi kullanmayı seçmediği ve ayrıca açıklamak zorunda kaldıkları yabancı kökenli bir sözcük olmaktadır⁸⁰.

(2) Hukuk eğitimi-öğretimi yanı sıra halktaki hukuk algılaması bakımından, hukuk dilindeki kavramların Türkçesi bulunanlarla değiştirilmesi, dahası bu konuda özel bir uğraş verilmesi gerekmektedir. Böylece tanımada yardım, bellemede ve anımsamada kolaylık, bağlantılamada saydamlık sağlanması ile hukukun algılanması ve hukuki düşüncenin öğrenilmesi önündeki sınırlar önemli ölçüde kaldırılmış olacaktır. Özel olarak, ele aldığımız bu hukuki kurumu karşılayan sözcük bağlamında, bir önceki

⁷⁹ Öztürk, tecavüz sözcüğünün “ötesine geçme, sınırı aşma, atlama” anlamıyla sık kullanılmadığını da ekleyerek, “Zorunlu idari itiraz başvurusu yapılmadan dava açılması, idari yargılama hukuku alanında, idari mercî tecavüzü olarak ifade edilmektedir; zira bu durumda, doğrudan dava açılması suretiyle, *itiraz mercîinin yetkisi aşılmış (atlanmış) olmaktadır.*” demektedir (Öztürk, s. 61). Akyılmaz / Sezginer / Kaya ise “İdari mercî tecavüzü, en basit anlamıyla *bir idari makamın atlanması* anlamına gelmektedir.” demektedir (Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 512.) İşçi de “İdari mercî tecavüzü bulunan hallerde idareye başvuru yapılmadan doğrudan dava açıldığından, başvurulacak *idari mercîinin yetkisi aşılmakta, atlanmaktadır.*” demektedir (İşçi, s. 19).

⁸⁰ Dikkat edilecek olursa, makalemizin İngilizce başlığında “idari mercî tecavüz” sözünü çevirirken, Türk Hukuk Dili kullanımında ilk anlamın karşılığı olan “attack, assault, aggression” sözcüklerinden birini değil, sözcüğün yaygın kullanımı olmayan ikinci anlamını aktarmak gerektiğinden “exceedance” sözcüğünü kullanmayı seçtik. Bu durum ise Türk Hukuk Dili’nden bir çeviri yapmak söz konusu olduğunda, sözcük üzerinde düşünme, doğru bir açıklama yapma ve karşılık bulmaya yönelik daha özenli bir uğraş verilmesi gerekliliği doğduğunun göstergesi olmaktadır.

başlıkta açıkladığımız olumsuzluklar, kavramın değiştirilmesi ile kolayca giderilebilecek niteliktedir.

(3) Hukuk metinlerinde bulunan resmi dilin, ilgililere o hukuki durumun bir yaptırımını olduğunu hatırlatma işlevi de bulunmaktadır⁸¹. Bu anlamda “idari merci tecavüzü” kavramı, hukuki durumu ve olası yaptırımını hatırlatmaktan da uzak bir söz olmaktadır. Bunun yerine kanımızca, dava açmadan önce İYUK m. 14/3-b’ye, m. 15/1-e ve m. 15/2’ye bakacak olan bir hukukçuyu ya da hukukçu olmayan bir ilgiliyi dahi, ortada yapılması gereken zorunlu bir başvuru olup olmadığı, varsa bunu gerçekleştirmeden davayı açmaması gerektiği ve dahası (her ne kadar Ay. m. 40/2’nin gereğinin idarece yerine getirilmesi gerekse de) başvurunun süresinde yapılmamasının davayı açmaması sonucunu doğurabileceği konularında, doğrudan kanuni düzenlemede bulunan bir uyarı ve hatırlatma işlevi olan Türkçe bir sözün seçilmesi gerekmektedir.

(4) Türk Dil Kurumu Sözlüğü’nde Fransızca kökenli bir sözcük olan *estetik* sözcüğü için, çok yerinde olarak “*güzel duyu*” tamlaması verilmektedir. Güzel duyu, isim olarak “*Sanatsal yaratının genel yasalarıyla sanatta ve hayatta güzelliğin kuramsal bilimi*”, sıfat olarak “*Güzellik duygusu ile ilgili olan*” “*Güzellik duygusuna uygun olan*” ve felsefede isim olaraksa “*Güzelliği ve güzelliğin insan belleğindeki ve duygularındaki etkilerini konu olarak ele alan felsefe kolu*” biçiminde tanımlanmaktadır⁸². Güzel duyu, insanın bilincinde ve duygularında yaşama yönelik güzelliklere odaklanmaya ve onlardan beslenmeye ve bu doğrultuda üretmeye yönelik bir uğraştır diyebiliriz. Dilin düşünceye ve yaşama etkisi bağlamında, kullanılacak sözcüklerin güzel duyu çerçevesinde de bir karşılığının bulunması gerekmektedir. İYUK m. 14/3-b’deki kullanım ise -hem de hukuki durumun içeriği ile de örtüşmeyen biçimde- güzel duyudan yoksun, dahası onu körelten bir niteliğe sahip olmaktadır.

Açıkladığımız bu dört temel gerekçenin, bireylerin sahip oldukları hak ve yükümlülükleri önceden bilebilmelerini ve bu anlamda hukuk düzenine güven duyabilmeleri anlamına gelen ve hukuk devleti ilkesinin bir yansıması olan hukuki güvenlik ilkesinin işlevselliğinin sağlanmasının gereklerine uygun olduğunu düşünmekteyiz. Bu gerekçeler doğrultusunda, İYUK m. 14/3-b düzenlemesinin hukuk konu dili olarak “*zorunlu başvurunun yapılmaması*” biçiminde değiştirilmesi kanımızca yerinde olacaktır. Hukuki kurumun ve

⁸¹ Atalay, İngilizce ve Türkçe Hukuk Dillerinin, s. 30.

⁸² Türk Dil Kurumu Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 18.01.2022

kavramın düzenlendiği kanun nedeniyle, doğası gereği başvurunun idari başvuru olduğu açık olduğu için, “idari” nitelendirmesi ile (zorunlu *idari* başvurunun yapılmaması biçiminde) sözü uzatmaya da gerek olmadığını düşünmekteyiz. Ayrıca önerdiğimiz bu kavramla, ilk inceleme konularına ilişkin 3. fıkranın sonunda yer alan “*Yönlerinden* sırasıyla incelenir.” ve m. 15/1-e’de yer alan 14. maddeye ilişkin “*3/b bendinde yazılı halde* dilekçelerin görevli idare merciine tevdiine” tümceleri ile de akışta ve anlamda uyum sağlanabilmektedir.

SONUÇ

İdarenin yargısal denetimi, hukuk devleti ilkesini yaşama geçirme konusundaki en önemli öğelerden biridir. Bu nedenle idari dava açmadan önce belirli yasal düzenlemelerde idareye başvurunun zorunlu tutulup tutulmadığı hukuki durumu da aynı ölçüde değerli bir konudur ve farklı hukuk üst-dili değerlendirmeleri ile değil, kanunlarda kuşkuyla yer vermeyecek biçimde açıkça belirlenmesi gerekmektedir. Hukuki devletin özünde olan hukuki güvenlik ilkesi bunu gerektirir. İdari yargılama hukukuna ilişkin temel yasal düzenleme olan İYUK’ta ise hukuk konu dilinde bu zorunluluğa uyulmamasının hukuk bilimine uygun düşmeyen biçimde kavramlaştırıldığı görülmektedir. Öyle ki, kullanılan kavramın anlamı ve kapsamı ancak hukuk üst-dili incelemesi ile ortaya konabilmektedir. Bunun temel nedeni hukuki durumun içeriğini doğru karşılamayan Arapça bir kavramın seçilmiş olmasıdır. Oysa kanun koyucunun hukuk dilindeki seçimi, hukukun uygulanması, hukuki düşüncenin gelişimi, öğrenimi ve halk tarafından algılanabilmesi ve güzel duyuyu da içeren yönleriyle, yine hukuki güvenlik ilkesinin yansısıyla doğrudan ilgili olmaktadır.

Dilde ve özellikle hukuk dilinde, yabancı kökenli sözcüklerin yerine güzel ve varıl anadilimiz Türkçe karşılıklarının konulması ve bu konuda uğraş verilmesi gerekmektedir. Hukuk dili- hukuki düşünce arasındaki ilişki, bunun işlevselliği ve gelişimi; dolayısıyla da açık ve doğru hukuk algılaması ve iletişiminin sağlanması için bu yöntem bir zorunluluk olmaktadır. Kanun koyucu hukuk dilinin kullanımında ne tür bir seçimde bulunursa, uygulayıcılar, öğretim elemanları-öğrenciler ve halk da bu seçimden etkilenmektedir. Anadilde yalın, algılama, anımsama ve bağlantılama kolaylığı sağlayan sözcüklerin ve tümcelerin bulunması olumlu karşılık da bulmaktadır. Örneğin, kanun koyucu 2577 sayılı Kanun için “İdari *Yargılama* Usulü Kanunu” adını seçtiği ve Kanun’da 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun adının geçtiği yerler dışında *muhakeme* sözcüğünü hiç kullanmadığı içindir

ki; uygulamada, hukuk eğitimi-öğretiminde ve her türlü basılı eserde İdari *Yargı* (Yeri), İdari *Yargılama* (Hukuku), İdari *Yargı* Dersi, tamlamaları dilde kolaylıkla benimsenmiş ve kullanılır duruma gelmiştir. Bu anlamda konu, hukuk bilimi doğrultusunda Türkçe öz sözcüklere alıştırma ve buna yasal düzenlemelerle öncülük etme konusudur. Ayrıca, çalışma konusu olan kavramın gerek hukuki uzmanlık dilinde, gerekse halkın gündelik konuşma dilinde güzel duyuya yönelik olmadığı da ortadadır.

Açıklamalarımız doğrultusunda, yasal düzenlemelerde idareye zorunlu başvuruların açıkça ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde düzenlenmesi; hukuk dilinde yalınlığı, anlaşılabilirliği, güzel duyuyu ve iletişimi arttırmaya yönelik olarak ise İYUK m. 14/3-b düzenlemesinin “zorunlu başvurunun yapılması” yönünde değiştirilmesi gerekliliğine ulaşmakta ve bu kavramı önermekteyiz. Gazi Mareşal Mustafa Kemal ATATÜRK’ün “*Türk dilinin, kendi benliğine, aslındaki güzellik ve zenginliğine kavuşması için, bütün devlet teşkilâtımızın, dikkatli, alâkalı olmasını isteriz.*”⁸³ sözlerinin gereğinin de bu olduğuna inanmaktayız.

⁸³ Gazi Mareşal Mustafa Kemal ATATÜRK, “TBMM’nin 1.11.1932 tarihli 1. Birleşim’indeki konuşmasından, TBMM Tutanakları” <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d04/c010/tbmm04010001.pdf>>, Erişim Tarihi, 24.01.2022.

KAYNAKÇA

- Atatürk M K, “TBMM 1.11.1932 tarihli 1. Birleşim’inde yaptığı konuşma, TBMM Tutanakları”, <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d04/c010/tbmm04010001.pdf>>, Erişim Tarihi: 24.01.2022
- Akılhoğlu T, *Hangi Hukuka Giriş? Hukuk Üstdili İncelemesine Giriş*, 3. Bası, İmaj Yayınevi, 2017.
- Akyılmaz B / Sezginer M / Kaya C, *Açıklamalı-İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku*, Savaş Yayınevi, 2019.
- Aldemir H / Aldemir M, *Türkçe-İngilizce Hukuki Terimler Sözlüğü*, Adalet Yayınevi, 2018.
- Aşçıoğlu Ç, “Dil ve Hukuk Ya Da Türkçem Benim Ses Bayrağım”, *Ankara Barosu Dergisi*, (4), 2002, s. 45-55.
- Atalay A, “İngilizce ve Türkçe Hukuk Dillerinin Özellikleri: Karşılaştırmalı Bir Çalışma”, *(İngilizce ve Türkçe Hukuk Dillerinin) Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*, 19 (2), 2021, s. 13-32.
- Atalay Ö, “Dil Devrimi ve Yargı”, *Ankara Barosu Dergisi*, (5), 1978, s. 771-773.
- Ayanoğlu T, *Uyuşmazlık Mahkemesi Kararlarına Göre İdari Eylemin Tanımlanması*, Legal Yayınevi, 2004.
- Çağlayan R, “İdari Eylemden Doğan Tam Yargı Davalarında Dava Açma Süreleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (3-4), 2005, s. 17-42.
- Çiftınar B, “Toplumsal Kuralların Metni Olan Hukuk ve Hukuk Dili”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 1 (5), 2008, s. 180-191.
- Demirkol S / Bereket Baş Z, *İdari Yargıda Dava Açma ve Davaların Takip Usulü*, 6. Basım, Beta Yayınevi, 2006.
- Erguvan D D, *Yargı Kararları Işığında İdari İşlemin Geriye Yürümezliği İlkesi ve Geri Alma İstisnası*, Adalet Yayınevi, 2017.
- Eroğul C, “Tüzede Arı Dilin Önemi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (49), 2003, s. 45-48.
- Gözübüyük Ş, *Yönetmelik Yargı*, 35. Bası, Turhan Kitabevi, 2016.

- Gözübüyük Ş / Tan T, İdare Hukuku Cilt II (İdari Yargılama Hukuku), 8. Bası, Turhan Kitabevi, 2016.
- Grünberg T / Onart A / Grünberg D / Turan H, *Mantık Terimleri Sözlüğü*, 3. Basım, Metu Press, 2003.
- Gündoğan A O, Dil, “Düşünce ve Varlık İlişkisi”, <<http://www.aliosmangundogan.com/PDF/Makale/Ali-Osman-Gundogan-Dil-Dusunce-ve-Varlik-Iliskisi.pdf>>, Erişim Tarihi: 17.01.2022.
- Hızır N, “Bilimler Karşısında Felsefe”, *Türk Dili Dergisi*, (352), Nisan 1981, s. 585-588.
- Hızır N, *Bilimin Işığında Felsefe*, 1. Basım, Kırmızı Kedi, 2019.
- İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun Kabul Edilişinin 35. Yıl Dönümü Sempozyumu, Ahmet Kürşat Ersöz/Oğuzhan Güzel (Ed.), Onikilevha Yayıncılık, 2017.
- İşçi J, İdari Merci Tecavüzü, Seçkin Yayınevi, 2019.
- Kağıtçıoğlu M, “İdari İşlem Teorisi Çerçevesinde İdari Merci Tecavüzü Kavramının Değerlendirilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (30), Nisan 2017 s. 237-271.
- Kalabalık H, İdari Yargılama Usulü Hukuku, 12. Baskı, Sayram Yayınevi, 2018.
- Kaplan G, İdari Yargılama Hukuku, 3. Bası, Ekin Yayınevi, 2018.
- Kaplan G, İdari Yargıda Dava Açma Süreleri, 2. Bası, Turhan Kitabevi, 2009.
- Kutlu M, “İdari Yargılama Hukukunda Süreler”, *Manisa Barosu Dergisi*, (27), 1988, s. 6-19.
- Onar S S, İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. Basım, İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Özay İ H, *Gün Işığında Yönetim*, 2. Basım, Filiz Kitabevi, 2004.
- Öztürk B, *Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İdari İtiraz*, Yetkin Yayınevi, 2015.
- Redhouse Büyük Elsözlüğü, İngilizce-Türkçe/Türkçe-İngilizce*, 36. Bası, Sev Yayınevi, 2013.

- Seyit G, *Türkiye’de Hukuk Dilinin Dönüşümü*, Onikilevha Yayıncılık, 2018.
- Sezer Y, Bilgin H, “Danıştay Kararlarında İdari Başvurular”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57 (4), 2008, s. 337-366.
- Şener O, İngilizce-Türkçe, Türkçe-İngilizce, Hukuk Sözlüğü, Nazan An (Ed.), Beta Yayınevi, 2018.
- Tuğlacı P, İngilizce-Türkçe İktisadi, Ticari, Hukuki Terimler Sözlüğü, 6. Bası, ABC Yayınevi, 1996.
- Türk Hukuk Lûgati*, Başbakanlık Basımevi, 1991, <<https://bozbel.files.wordpress.com/2013/01/tc3bcrk-hukuk-lc3bcgatc4b1.pdf>>, Erişim Tarihi: 14.01.2022
- Uslu A (Hazırlayan), *Yeni Hukuk Lûgati ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Site Kitabevi, 1964.
- Yılmaz E, *Hukuk Sözlüğü*, 8. Bası, Yetkin Yayınevi, 2021.

ABD HUKUKUNDA KAMUSAL TARTIŞMAYA KARŞI STRATEJİK DAVA (SLAPP) YASAĞI

İsmail YÜKSEL*

ÖZET

Amerika Birleşik Devletleri'nde 1970'li yıllardan itibaren, bireylerin kamu makamlarına başvurmasını ya da kamusal tartışmaya katılmasını engellemek amacıyla çeşitli dayanaklarla tazminat davaları açılmaya başlanmıştır. Bu davalar "Kamusal Tartışmaya Karşı Stratejik Davaya" olarak adlandırılmaktadır. Bu dava türünde davacı kaybedeceğini bildiği bir dava ile ifadelerini ya da başvurusunu engellemek istediği davalıyı sindirmeyi ve caydırmayı hedeflemektedir. Günümüzde dünyanın neredeyse tamamına yayılmış olan bu dava türü, internetin de etkisiyle genellikle büyük ekonomik güce sahip şirketler ile bireyleri karşı karşıya getirmektedir. Büyük tazminat talepleri yargılama sonunda reddedilse bile ülkede ifade hürriyetinin azalmasına, bireylerin kamusal tartışmalara katılmaktan caydırılmasına neden olmaktadır. ABD'de başlarda Noerr-Pennington ve NYT v. Sullivan içtihatları ile mücadele edilen bu davalara karşı 1990'lı yıllardan itibaren eyalet hukuklarında önlemler alınmaya başlanmıştır. ABD'de federal düzeyde bir düzenleme ise halen yapılmamıştır. Eyalet kanunları genellikle davanın maddi yükünü davacının üstünde bırakacak ve yargılama sürecini kısaltarak manevi yükünü azaltacak yöntemler kabul etmişlerdir. Eyalet düzenlemelerinin ilklerinden birisi olan Kaliforniya Usul Kanunu'nun 425.16 maddesi her tür ifadeyi korumaktadır. Kamusal Tartışmaya Karşı Stratejik Davalara karşı alınacak önlemlerin de kötüye kullanılması mümkündür ve tedbirlerin adil yargılanma hakkıyla dengelenmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: İfade hürriyeti, caydırma etkisi, stratejik dava, tazminat, Kaliforniya.

ANTI-SLAPP (STRATEGIC LITIGATION AGAINST PUBLIC PARTICIPATION) LAW IN USA

ABSTRACT

Around 1970's a novel type of lawsuit started to appear in the United States of America to suppress participation of individuals in public discourse. Dubbed as "Strategic Lawsuits Against Public Participation" or SLAPP, these lawsuits appear mostly

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Ana Bilim Dalı / ANTALYA, e-posta: yuksel.ism@gmail.com,

ORCID: 0000-0001-8740-3520

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1076923

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 21/02/2022

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 06/05/2022

disguised as a civil law damages claim. By using a SLAPP, plaintiff aims to subdue and chill the defendant from petitioning the authorities or voicing her opposition. This lawsuit spread globally and brought individuals face to face with multi-million dollar companies. Although doomed from the start immense damages claimed in these suits diminish freedom of expression and chills participation in public discourse. Initially Noerr-Pennington and NYT v. Sullivan case law was employed as a defense against-SLAPPs and around the 1990s states began to adopt anti-SLAPP legislation. There is still not an anti-SLAPP legislation at the federal level. State legislations generally adopts procedural safeguards by which the defendant can recover expenses and allows expedited dismissal of a SLAPP. California anti-SLAPP protection, which is one of the first, provides very wide protection. Anti-SLAPP legislation can also be abused and for this reason a fair balance between free trial rights and freedom expression must be created.

Keywords: *Freedom of expression, chilling effect, strategic litigation, damages, California.*

GİRİŞ

Amerika Birleşik Devletleri'nde (buradan itibaren ABD) yaşayan bir üniversite öğrencisi olan Justin Kurtz, arabasını çekerken 118 USD tutarında hasara neden olan şirketten şikâyetini dile getirmek için bir Facebook grubu kurar. Grup kısa sürede önce 800, ardından hepsi aynı şirketten şikâyetçi olan 4.200 takipçiye ulaşır. Şikâyetlerin yöneldiği şirket bu noktada itibarının zedelendiğini ileri sürerek Justin Kurtz aleyhine 2010 yılında tam 750.000 USD'lik bir tazminat davası açar.¹ Bu gerçek hikâye tüketicilerin, gazetecilerin ve kimi zaman da siyasetçilerin ABD'de kendilerini hazırlamak zorunda oldukları bir caydırma yöntemini özetlemektedir. ABD'de uzun yıllardır kullanılan ve yavaş ama emin adımlarla dünyanın her köşesine yayılan² bu yıldırma yönteminin ülkemizdeki örneklerine, her zaman tüketici alanında kalmasa da sık sık rastlamaktayız.

“Kamusal Tartışmaya Karşı Stratejik Dava” (*Strategic Lawsuit Against Public Participation*) ABD'de kullanılan kısaltmasıyla SLAPP hukukun ve adalet mekanizmasının kişiler üzerinde sahip olduğu etkiyi kullanarak

¹ Robert D. Richards, “A Slapp in the Facebook: Assessing the Impact of Strategic Lawsuits against Public Participation on Social Networks, Blogs and Consumer Gripe Sites”, *DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law*, 21(2), 2011, s. 222.

² SLAPP dava türünün Avrupa'daki yayılması ve alınan tedbirler üzerine bilgi almak için <www.the-case.eu> adresi ziyaret edilebilir.

bireylerin ifade hürriyetlerini kullanmalarını engellemeyi ya da bireyleri belirli ifadelerden caydırmayı hedefleyen davalardır. Bu davalarda amaç ifadenin sahibini dava süreci ile yormaktan ibarettir, davacı yargılamanın sonunda kaybedeceğini bilse dahi mümkün olan tüm kanun yollarını kullanarak, ifade sahibini ve bu yargılamadan haberdar olan herkesi caydırmayı hedeflemektedir.

Öncelikle oldukça geniş olan “kamusal” kavramını hangi anlamda kullandığımızı açıklamamız gerekir. Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi’ne (buradan itibaren ABDYM) göre eğer bir konu halkın genel olarak ilgisini çekiyorsa veya halk için değer taşıyorsa veya halkı endişelendiriyorsa, ifade yakışsız ya da tartışmalı olsa dâhi mahkemeler tarafından kamusal olarak nitelenmelidir. Aksi takdirde mahkemeler istemeden de olsa sansür uygulamış olurlar.³ Örneğin, Kaliforniya Temyiz Mahkemesi’nin bir kararında yaygın şekilde kullanılan bir ilaca dair tartışmanın da kamu yararına ilişkin olduğuna hükmedilmiştir.⁴ Çalışmamızda biz kamusal tartışma kavramını bu geniş anlamıyla kullanıyoruz.

“Slap” İngilizce “tokat” ya da “tokat atmak” anlamlarına gelmektedir. Kısaltmanın ABD’de yaygın biçimde ve tereddütsüz kabul görmesinin arkasında kanımızca davaların etkisini isabetli biçimde aktaran bu anlam vardır. Bu nedenle çalışmamızda “Kamusal Tartışmaya Karşı Stratejik Dava” kavramını biz de “SLAPP” olarak kısaltmayı seçtik. 1970’lerden bu yana ABD’de görülen bu dava türü doğal olarak günümüzde sadece Amerika Kıtası’na özgü olmaktan çıkmış ve birçok ülkeye yayılmıştır.⁵ Ülkemizde de yavaş yavaş yayılmaya başlayan bu kötü niyetli dava türüne dair yasal tedbirlerin en erken alındığı ABD tecrübesinden çıkartabileceğimiz dersler olduğunu düşünüyoruz.

Çalışmamız ABD’de ilk kez 1802’de⁶ görülen ve 1970’lerden beri sıkça kullanılan bu dava türünü ve bu davalara karşı kullanılan yöntemleri açıklamayı hedeflemektedir. İlk bölümde SLAPP’in tanımı yapılacak, ikinci bölümde

³ Aaron Smith, “SLAPP Fight”, *Alabama Law Review*, 68(1), 2016, s. 306.

⁴ James I. Braun, “California’s Anti-SLAPP Remedy After Eleven Years”, *McGeorge Law Review*, 34(4), 2003, s. 743.

⁵ James A. Wells, “Exporting SLAPPs: International Use of the U.S. SLAPP to Suppress Dissent and Critical Speech”, *Temple International and Comparative Law Journal*, 12(2), 1998, s. 464.

⁶ Katelyn E. Saner, “Getting Slapp-ed in Federal Court: Applying State Anti-Slapp Special Motions to Dismiss in Federal Court after Shady Grove”, *Duke Law Journal*, 63(3), 2013, s. 789.

SLAPP'lerin ifade hürriyeti üzerindeki etkisi ele alınacak, üçüncü bölümde SLAPP'lere karşı geliştirilen hukuki savunmalar üzerinde durulacaktır.

I. SLAPP

Kısaltmayı ilk ortaya atan CANAN ve PRING, SLAPP'i "siyasi ifadeleri bastırmak için kullanılan haksız fiil davaları" olarak tanımlamaktadırlar. Kamusal Tartışmaya Karşı Stratejik Dava (SLAPP) her ne kadar sıradan tazminat davaları kisvesi altında karşımıza çıksa da SLAPP'ler gerçekte çoğu zaman siyasi ifadeleri bastırmak için kullanılan; bireylerin, kamu otoritelerinin ya da seçmenlerin karar alma süreçlerini etkileme faaliyetlerini baskılamaya çalışan davalardır.⁷ Birçok SLAPP dışarıdan hakaret nedeniyle açılan bir tazminat davası olarak gözükmektedir.⁸ Bununla beraber SLAPP davacısının amacı gerçekte tazminat kazanmak olmayıp; uzun, masraflı ve çoğu zaman itibar yaralayıcı bir yargılama süreci tehdidiyle davacının eylemlerine karşı açıkça muhalefet eden, sesini yükselten kişileri sindirmektir.⁹ Başlangıçta imar veya çevre koruma alanında ortaya çıkan bu dava türü zamanla; polis şiddetinin kınanması, fırsat eşitliğinin sağlanması taleplerini dile getiren aktivistlere karşı da kullanılmaya başlanmıştır.¹⁰ Bu dava türünün belki de en belirleyici özellikleri, esaslı bir gerekçeden yoksun olmaları ve siyasi veya ekonomik art niyetlerle açılmalarıdır.¹¹ Bireylerin siyasi ifadeleri ne kadar saldırgan olursa olsun tazminat davasının açılmasına temel oluşturamayacağı için genellikle SLAPP başka bir hukuki dayanak kullanılarak açılmaktadır. STEIN, SLAPP'i Birinci Dünya Savaşı'nda İngiliz Donanmasının kullandığı "Q" gemilerine benzetmiştir. Dışarıdan düşman denizaltıları için kolay hedefler gibi gözükken kargo gemilerine benzeyen bu savaş gemilerinin denizaltı avlamak için kullanılması gibi SLAPP de ifade hürriyetine saldırmak için kullanılmaktadır.¹² Bu sayede aslında siyasi olan tartışma davacı

⁷ Canan / Pring, s. 506.

⁸ Canan / Pring, s. 511.

⁹ Carson Hilary Barylak, "Reducing Uncertainty in Anti-SLAPP Protection", *Ohio State Law Journal*, 71(4), 2010, s. 846.

¹⁰ Alice Glover / Marcus Jimison, "S.L.A.P.P. Suits: A First Amendment Issue and Beyond", *North Carolina Central Law Journal*, 21(1), 1995, s. 123.

¹¹ Jeffrey A. Benson / Dwight H. Merriam, "Identifying and Beating a Strategic Lawsuit against Public Participation", *Land Use Law & Zoning Digest*, 45(5), 1993, s. 18.

¹² Ralph Michael Stein, "SLAPP Suits: A Slap at the First Amendment", *Pace Environmental Law Review*, 7(1), 1989, s. 53.

tarafından daha avantajlı görülen¹³ hukuki zemine kaydırılmakta ve getirilen eleştiriye karşı saldırı hukuk yoluyla gerçekleştirilmektedir.¹⁴ SLAPP'ler daha dava sürecinin en başında, zarara uğrayan itibarın iadesi ya da tazminat elde etme amacıyla değil siyasi muhalefeti rahatsız etme ve korkutma amacıyla açılmaktadır.¹⁵ Siyasi iktidar sahipleri zaman zaman muhalefetin eleştirilerini engellemek için hakaret davalarını kullanabildiği gibi, kimi durumlarda muhalefet o derece çetin hâle gelir ki, gerçekten en deneyimli siyasetçileri dâhi rahatsız edebilir, bu nedenle hakaret nedeniyle açılan davalarla siyasi amaçları ayırmak kolay değildir.¹⁶

SLAPP davacılarının ezici çoğunluğunun ABD'de kullandığı iki dayanak itibarın zedelenmesi ile ekonomik kazancın kasıtlı şekilde önlenmesidir.¹⁷ Bununla beraber hangi dava türlerinin SLAPP amacıyla kullanılacağını sınırlı şekilde saymak mümkün değildir, anayasal haklara müdahaleden manevi tazminata kadar çeşitlilikte karşımıza çıkabilir.¹⁸

Oldukça eski bir inceleme SLAPP davalarında davacılar tarafından ortalama 9 milyon USD tazminat talep edildiğini göstermiştir.¹⁹ Eski ABD Başkanı Donald Trump'ın, mal varlığının sadece 150 – 250 milyon USD arasında olduğunu iddia eden bir yazara karşı açtığı 5 milyar USD'lik tazminat davası²⁰ muhtemelen aşılmayacak bir rekor oluşturmaktadır. Bir hukuk mücadelesine ayırabilecek yeterli bilgiye ya da maddi güce sahip olmayan kişiler üzerinde SLAPP'lerin etkileri daha güçlü olacaktır.²¹ Üstüne üstlük

¹³ Penelope Canan, "The SLAPP from a Sociological Perspective", *Pace Environmental Law Review*, 7(1), 1989, s. 23.

¹⁴ Glover / Jimison, s. 126.

¹⁵ Edmond Costantini / Mary Paul Nash, "SLAPP/SLAPPback: The Misuse of Libel Law for Political Purposes and a Countersuit Response", *Journal of Law & Politics*, 7(3), 1991, s. 424.

¹⁶ Costantini / Nash, s. 475.

¹⁷ Thomas A Waldman, "Slapp Suits: Weaknesses in First Amendment Law and in the Courts' Responses to Frivolous Litigation", *UCLA Law Review*, 39(4), 1992, s. 986.

¹⁸ Kathryn W Tate, "California's Anti-Slapp Legislation: a Summary of and Commentary on its Operation and Scope", *Loyola of Los Angeles Law Review*, 33(3), 2000, s. 805.

¹⁹ Canan, s. 26.

²⁰ Susan E Seager, "Donald J. Trump is a Libel Bully but also a Libel Loser", *Communications Lawyer*, 32(3), 2016, <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/communications_lawyer/fall2016/cl32-3.pdf> Erişim Tarihi: 25 Nisan 2022, s. 6.

²¹ Robert Abrams, "Strategic Lawsuits against Public Participation (SLAPP)", *Pace Environmental Law Review*, 7(1), 1989, s. 39.

SLAPP davasına başvuran kişi veya kuruluşlar birçok durumda davalılardan çok daha fazla kaynağa sahiptir.²² SLAPP'ler sadece davalıların maddi ve manevi kaynaklarını bir tazminat davasına yöneltmesine değil aynı zamanda, davalıların dikkatlerini yargılamaya çevirmek zorunda kalması nedeniyle kamusal muhalefetin ve denetimin azalmasına neden olurlar.²³ Kısaca SLAPP, yargısal süreçler kötüye kullanılarak ifade hürriyetinin baskılanmasından ibarettir.²⁴

SLAPP'lerin ezici çoğunluğunda davalının lehine karar verilmektedir, davacı lehine karar verilen durumlarda da her ne kadar çok büyük tazminat miktarları talep edilse de bu talepler ya ilk derece mahkemelerince kısmen kabul edilmekte ya da temyiz veya itiraz yolu sonucunda reddedilmektedir.²⁵ Buna karşın SLAPP'ler sık sık asıl hedeflerine ulaşır ve ifade hürriyetinin kullanılmasını caydırmayı başarırlar.²⁶

II. SLAPP'İN CAYDIRMA ETKİSİ

Caydırma etkisi (*chilling effect*) bir yaptırımın uygulandığı kişiler dışında kalan bireylerin de temel haklarını kullanmaktan kaçınmasına neden olması durumu olarak özetlenebilir. Ceza hukuku alanında kullanılan “caydırıcılık” ile temel haklar alanında kullanılan “caydırma etkisi” terimleri arasındaki fark, ceza hukukunun hukuka aykırı fiilleri caydırmayı amaçlaması, caydırma etkisinin ise kişilerin aslında temel hakların korunması altında ve hukuka uygun bir davranışı gerçekleştirmekten kaçınması olarak tanımlanmasıdır.²⁷ Yaptırımların bireylerde yaratacağı cesaretsizlik kişilerin adli sürece konu olacağı endişesiyle temel haklarını kullanmamasına neden olarak, demokratik toplumun bütünü üzerinde olumsuz etkiler yaratır.²⁸ Bireyler herhangi bir ifade bulunmadan önce rasyonel biçimde maliyet – fayda analizi ile aldıkları riski değerlendirip olası bir hukuki itham veya zarardan kaçınmak için

²² Abrams, s. 43.

²³ Edward W. McBride, Jr., “The Empire State Slapps Back: New York’s Legislative Response to SLAPP Suits”, *Vermont Law Review*, 17(3), 1990, s. 929.

²⁴ McBride, s. 957.

²⁵ Costantini / Nash, s. 420.

²⁶ Benson / Merriam, s. 17.

²⁷ Trine Baumbach: “Chilling Effect as a European Court of Human Rights Concept in Media Law Cases”, *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 6(1), 2018, s.97.

²⁸ Fatih Süngü, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kararlarında ‘Chilling Effect’ Kavramı”, *İnsan Hakları Yıllığı*, 39, 2021, s. 109.

konuşmamayı tercih ederler.²⁹ Olası zarar büyüdükçe, örneğin tazminat miktarı arttıkça caydırıcı etki de artacaktır.³⁰ Tüm yargısal süreçler insan davranışının ve insan yapısı kurallarının kesinlikten yoksun olması nedeniyle belirsizdir.³¹ Bu belirsizlik hukuka uygun davranışında yaptırıma uğrayabileceği anlamına gelmektedir.³² Kişiler belirsizlik nedeniyle bu değerlendirmeye yönelirler ve ister hukuki isterse diğer sosyal davranış normları kaynaklı olsun belirsizliği bertaraf etmek için çoğunluğun olumlu karşılayacağı davranışı tercih ederler.

33

Caydırma etkisi sadece ABD Yüksek Mahkemesi kararlarında değil ifade hürriyeti alanında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) tarafından da sıklıkla dayanılan ve yerleşmiş³⁴ bir kavramdır. İHAM'ın çok sayıda kararında³⁵ rastladığımız caydırma etkisi Mahkeme tarafından ölçülülük denetiminde hesaba katılması zorunlu olan bir olgu olarak kabul edilmektedir.³⁶ Yaptırımın bireylerin mali durumuna oranı caydırma etkisinin değerlendirilmesinde hesaba katılan bir değişkendir.³⁷ İHAM'a göre birey temel haklarını kullanmaktan vaz geçtiğinde de hakka yapılmış bir müdahale vardır.³⁸ Avrupa Birliği Adalet Divanı da 2020 yılından bu yana Macaristan ve Polonya ile ilgili kararlarında temel haklar alanında caydırıcı etki kavramını kullanmıştır.³⁹

²⁹ Jonathan W. Penney, "Understanding Chilling Effects", *Minnesota Law Review*, 106, 2021, s. 117.

³⁰ Frederick Schauer F, "Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect", *Boston University Law Review*, 58, 1978, s. 697.

³¹ Schauer s. 687.

³² Schauer, s.695.

³³ Penney, s. 152.

³⁴ Laurent Pech, "The Concept of Chilling Effect (Its Untapped Potential to Better Protect Democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights in the EU)", Open Society Foundations, 2021, <<https://www.opensocietyfoundations.org/uploads/c8c58ad3-fd6e-4b2d-99fa-d8864355b638/the-concept-of-chilling-effect-20210322.pdf>>, Erişim Tarihi: 22 Nisan 2022, s.8.

³⁵ Yaşar Kaplan v. Türkiye, Aslı Güneş v. Türkiye, Panioglu v. Romania, Metis Yayıncılık Limited Şirketi ve Sökmen v. Türkiye, özellikle Blaja News Sp. z o. o. v. Polonya ve Timpul Info-Magazin and Anghel v. Moldova kararları SLAPP ile benzer durumlarda verilmiştir.

³⁶ Cumpana ve Mazere v. Romanya, para.114.

³⁷ Baumbach, s.107.

³⁸ Süngü, s.119.

³⁹ Pech, s.16.

SLAPP genellikle ad-hoc birey topluluklarına karşı etkin şekilde kullanılmaktadır, ülke çapında örgütlenmiş ve gerekli mali ve hukuki kaynağa sahip güçlü sivil toplum örgütlerinin bir SLAPP karşısında sinme ihtimali neredeyse yokken, kamusal tartışma alanında belki de ilk tecrübesini yaşayan kişilerce düzenlenen muhalefetin bir SLAPP karşısında geri çekilme ihtimali daha yüksektir.⁴⁰ SLAPP'ler ifade hürriyetini ve kamusal tartışmaya katılımı engellediği için, kullanımlarına izin verilen ülkelerde doğrudan, demokrasinin sıhhati zarar görmektedir.⁴¹ SLAPP yolu ile özel hukuk kişileri temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasını engellemek için caydırıcı etki yaratabilirler.⁴² Hakaret nedeniyle açılan bu davalar sadece tahkir edici ifadeleri değil aynı zamanda anayasal korumaya değer olan ifadeleri caydırmaktadır.⁴³ Bireysel olarak ortaya çıkması muhtemel zararlardan ziyade, SLAPP davaları çoğu zaman davacıların talep ettikleri muazzam tazminat miktarlarıyla toplum genelinde siyasi tartışmayı azaltma tehlikesi yaratırlar.⁴⁴ Bir SLAPP davası örneğinde 40 milyon USD'lik bir tazminat davasında davalı olan bir sivil toplum örgütünün üye sayısı, her ne kadar nihayetinde davayı kazanmış olsa dahi, davanın açılmasının ardından geçen iki yıl içinde 550'den 25'e düşmüştür.⁴⁵

Bünyesinde çalışan avukatları ve mali kaynağı bulunan bir şirket için mahkemeler pek az gizem barındırmaktayken, bir aktivistin hukuki bir uyuşmazlıkta kaybedeceği çok şeyi vardır.⁴⁶ ABD'de ülkemizdeki aksine vekâlet ücretinin karşı taraftan alınamıyor olması⁴⁷ SLAPP'lerin davalı üzerindeki mali etkisini artırmaktadır. ABD'de bir hakaret davasına karşı savunma yapmanın masrafı 43.000 USD ile 91.000 USD arasında değişmektedir.⁴⁸ Sadece davalının masraflarını artırmak için dava konusu ifadenin yayımlandığı davalının ikametgâhı dışında bir yargı yerinde dava

⁴⁰ Marnie Stetson, "Reforming Slapp Reform: New York's Anti-Slapp Statute", *New York University Law Review*, 70(6), 1995, s. 1329.

⁴¹ Fiona Donson, *Legal Intimidation*, 1. bs, Association Books, 2000, s. 46.

⁴² Stein, s. 52.

⁴³ Costantini / Nash, s. 423.

⁴⁴ Canan / Pring, s. 515.

⁴⁵ McBride, s. 932.

⁴⁶ Donson, s. 22.

⁴⁷ Stein, s. 58.

⁴⁸ Alyssa R Leader, "A 'Slapp' in the Face of Free Speech: Protecting Survivors' Rights to Speak up in the 'Me Too' Era", *First Amendment Law Review*, 17(3), 2019, s. 448.

açılması dâhi mümkündür.⁴⁹ Bu masraflar göz önüne alındığında dava sonunda davalı zafer kazansa dâhi bu bir Pirus Zaferi olacaktır.⁵⁰ Üstüne üstlük davacı bir başkası tarafından finanse ediliyor olabilir.⁵¹

Yıkıcı bir tazminat davasında davalı olan kişilerin tecrübeleri; nesilden nesle aktarılan halk hikâyeleri ya da savaş hatıralarında olduğu gibi, SLAPP'lerin caydırıcı etkisini uzun süreli kılar.⁵² CANAN'ın isabetli şekilde belirttiği gibi “suya atılan bir çakıl taşı gibi tek bir SLAPP'in sonuçları ilk etkinin çok daha ötesinde”⁵³ olabilir. Anayasal hakların kullanımı üzerindeki bu yaygın etki SLAPP'lerin anayasal haklar üzerindeki tesirini tartışırken her zaman akılda tutulmalıdır.⁵⁴ Kendileri için zararlı buldukları ifadelere rastlayan kişilerin dava açma tehdidi dahi ifadelerin geri çekilmesine ve ileride ortaya çıkacak olan muhalefetin baskılanmasına sebep olacağı için tehlike daha da büyüktür.⁵⁵ Günümüzde internet sayesinde dünyanın herhangi bir yerinde açılan SLAPP davası çok uzak ülkelerde dâhi caydırıcı etki yaratmaktadır.⁵⁶ SLAPP'lere karşı alınacak en ağır önlemler dâhi bu dava türünün demokrasinin olmazsa olmaz bir şartı olan birey katılımını caydırmasıyla gerekçelendirilebilir.⁵⁷

III. SLAPP DAVACISININ AMACI VE SLAPP'İN UYGULAMA ALANLARI

1989 tarihinde yayınlanan araştırmasında CANAN, SLAPP davasına başvuranların dört temel motivasyona sahip olduğunu tespit etmiştir;⁵⁸

- Kamusal bir tartışmada tartışmanın diğer tarafına karşı saldırıda

⁴⁹ Sean P Trende, “Defamation, Anti-SLAPP Legislation, and the Blogosphere: New Solutions for an Old Problem”, *Duquesne Law Review*, 44(4), 2006, s. 632.

⁵⁰ Richards, s. 231. çev. Düşmanın yenilmesine rağmen, çok büyük kayıplar verildiği için anlamsızlaşan bir zafer. M.Ö. 280 civarında Epirus ve Roma arasındaki bir savaşa atfen.

⁵¹ Lauren Bergelson, “The Need for a Federal Anti-SLAPP Law in Today’s Digital Media Climate”, *Columbia Journal of Law & the Arts*, 42(2), 2019, s. 215.

⁵² Glover / Jimison, s. 136.

⁵³ Canan, s. 30.

⁵⁴ Stein, s. 49.

⁵⁵ Stein, s. 55.

⁵⁶ Andrew L. Roth, “Upping the Ante: Rethinking Anti-SLAPP Laws in the Age of the Internet”, *Brigham Young University Law Review*, 2016(2), 2016, s. 753.

⁵⁷ Stetson, s. 1337.

⁵⁸ Canan, s. 30.

bulunmak

- İleride bir kamusal siyasa konusunda ortaya çıkacak etkin muhalefeti önlemek
- Muhalefetin cezalandırılacağı yönünde genel bir mesaj vererek korkutmak
- Yargılamayı ve muhakeme sürecini siyasi veya ekonomik mücadelede basit bir araç olarak görmek.

CANAN'ın bu tespitlerine günümüzde fikir pazarının vücut bulmuş hali olan⁵⁹ çevrimiçi mecralardaki tüketici şikâyetlerini bastırmak da eklenmiştir. 2000'li yıllarla beraber, özellikle internet sitelerinde kullanıcı tarafından sağlanan içeriğin artmasıyla, SLAPP hızla çevrimiçi ifadelere de yöneldi⁶⁰ ve ne hukuki bilgiye sahip ne de yargılama masraflarıyla vekâlet ücretini ödeme gücü olan sıradan bireyler ile büyük firmalar karşı karşıya gelmeye başladı.⁶¹ İnternet hem hakaretlerin sürekliliğini hem de verecekleri zararı artırırken; SLAPP de çevrimiçi hayatta zararlarını arttırmıştır.⁶² CANAN ve PRING'in sunmuş olduğu SLAPP tanımı oldukça darken günümüzde ifade hürriyetine ilişkin birçok alanda SLAPP korumaları kabul edilmelidir.⁶³ Türkçeye siberkaralama olarak çevrilebilecek “*Cybersmear*” davaları şirketler tarafından çevrimiçi mecralarda yapılan eleştirilere karşı açılan davalardır.⁶⁴ Siber karalama davacıları için de SLAPP davacıları için olduğu gibi yargılama masrafları ticari hedeflere ulaşma amacıyla yapılan işletme giderlerinin bir parçasından ibarettir.⁶⁵

Yakın zamanda başlayan “*Me Too*” hareketi içerisinde, cinsel saldırıya maruz kaldığını iddia eden kişilerin ifadelerine karşı, itham edilen kişilerin

⁵⁹ Roth, s. 751.

⁶⁰ Dena M Richardson, “Power Play: An Examination of Texas’s Anti-Slapp Statute and its Protection of Free Speech Through Accelerated Dismissal”, *St. Mary’s Law Journal*, 45(2), 2014, s. 254.

⁶¹ Trende, s. 631.

⁶² Roth, s. 744.

⁶³ Matthew D. Bunker / Emily Erickson, “#Aintturningtheothercheek: Using Anti-Slapp Law as a Defense in Social Media”, *UMKC Law Review*, 87, 2019, s. 815.

⁶⁴ Joshua R Furman, “Cybersmear or Cyber-SLAPP: Analyzing Defamation Suits Against Online John Does as Strategic Lawsuits Against Public Participation”, *Seattle University Law Review*, 25(1), 2001, s. 214.

⁶⁵ Furman, s. 248.

açmış olduğu davalar da SLAPP'lerin yeni bir görünümüdür.⁶⁶ Ne yazık ki ABD'de eyaletlerin birçoğunun kabul etmiş olduğu anti-SLAPP yasaları cinsel saldırı ithamında bulunan kişileri korumamaktadır.⁶⁷ Cinsel saldırı ithamlarının korunması ifade hürriyetinin ötesinde cinsel saldırı fiillerinin azalmasını da sağlayabilecektir.⁶⁸

IV. SLAPP İLE MÜCADELE

Amerika Birleşik Devletleri, ifade hürriyetine en fazla önem veren, Anayasası ve Yüksek Mahkeme kararlarıyla ifade hürriyetinin kullanılmasını en kapsamlı şekilde koruyan devletlerden birisi olsa dâhi ne eyalet anayasaları ne de Federal Anayasa yargılama sürecinin sonunda nihai olarak zafere ulaşacak davalıyı oldukça pahalı yargılama giderlerinden korumaktadır.⁶⁹ Sağlanan koruma bugün dünyanın birçok ülkesinde olduğu gibi ancak yargılamanın sonunda etki doğurmaktadır.

SLAPP büyük oranda özel kişiler tarafından kullanılan bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle mahkemelerin ifade hürriyetini korurken kamu gücünden gelen müdahalelerde olduğu kadar koruyucu davranmama ihtimali vardır ve büyük ve güçlü özel hukuk tüzel kişilerinin davranışlarının kamusal etkileri olsa da özel kişilerin eleştiriye katlanma yükümlülüğünü kamu gücü kadar ağır görmeme ihtimali de bulunmaktadır.⁷⁰

Günümüzde ister çalışanı ister müşterisi isterse tamamen ilgisiz üçüncü bir kişi olsun, işlemleri ve eylemleri kamusal sonuçlara sahip olan büyük ve güçlü özel hukuk tüzel kişilerinin hukuka aykırı işlemlerini açığa çıkartmak için ifade hürriyetini kullanmak isteyenler çoğu zaman tamamen kamu yararına gerçekleştirecekleri bu davranış sonrasında kendilerinden çok daha güçlü olan şirketlerin karşı saldırısından çekinmektedirler.⁷¹ Bu nedenle SLAPP korumasının bu durumlara da sağlanması işverenlerin silahlarının arasından en azından bir tanesini çekip almakla kalmayacak, işverenlerinin

⁶⁶ Leader, s. 442.

⁶⁷ Leader, s. 466.

⁶⁸ Leader, s. 476.

⁶⁹ Tom Wyrwich, "A Cure for a 'Public Concern': Washington's New Anti-Slapp Law", *Washington Law Review*, 86(3), 2011, s. 664.

⁷⁰ Donson, s. 4.

⁷¹ Noah P. Peeters, "Don't Raise That Hand: Why, under Georgia's Anti-Slapp Statute, Whistleblowers Should Find Protection from Reprisals for Reporting Employer Misconduct", *Georgia Law Review*, 38(2), 2004, s. 773.

hukuka aykırı davranışlarını açığa çıkartan çalışanların katkısına toplumun verdiği değeri gösterecektir.⁷²

A. Mahkeme İçtihatları Yoluyla Koruma

Henüz eyalet hukuklarında SLAPP'lere karşı hükümlerin bulunmadığı dönemlerde mahkemeler anayasal hakları ilgilendiren bu dava türüne karşı ABDYM içtihatlarına dayanarak koruma sağlamışlardır. Mahkemeler ABDYM'nin Birinci Değişiklik (*First Amendment*) içtihadının birbirinden oldukça farklı iki kolunu kullanmışlardır. Hakaret davaları için NYT v. Sullivan içtihadını, kamu kurumlarına haksız başvuruya dayananlar içinse Noerr-Pennington doktrini takip etmiştir.⁷³ Her iki savunma da yargılama sonunda davalıyı ağır tazminatlar ödemekten kurtaracak olsa da yargılama sürecinin caydırıcı etkisini ortadan kaldırmamaktadır.⁷⁴

1. Noerr-Pennington Doktrini

Demiryolu işletmecileri ile karayollarını kullanan kamyon işletmecileri arasında süre gelen mücadelede demiryolu işletmecilerinin bir halkla ilişkiler şirketi aracılığıyla yürüttükleri kamuoyu kampanyası sonucunda karayollarında taşınabilecek azami yükün artırılmasını öngören bir kanun teklifinin reddedilmesi üzerine kamyon işletmecileri tarafından rekabetin korunması hukuku kapsamında açılan bir dava sonucunda *Noerr* Kararı verilmiştir.⁷⁵ Yüksek Mahkeme, rekabetin korunması hükümlerinin siyasi bir faaliyete uygulanmasının ciddi anayasal sorunlar doğuracağını ve dilekçe hakkının birinci değişikliğin korunması altında olduğunu belirtmiştir.⁷⁶ *Pennigton* Kararı ise büyük kömür madenciliği firmalarının sendika temsilcileri ile iş birliği yaparak Çalışma Bakanlığının *Tennessee Valley Authority*'e (TVA) kömür satabilmek için işçilere ödenmesi gereken asgari ücret miktarını arttırmaya ve TVA'yı sadece bu asgari ücret tarifesi uygulayan üreticilerden kömür almaya ikna ederek küçük üreticilerin yarattığı rekabetten kurtulmaya çalışmaları üzerine verilmiştir. Yüksek Mahkeme siyasi değil ticari olsa da kamu mercilerinin kararlarını etkilemeye yönelik faaliyetlerin rekabetin

⁷² Peeters, s. 810.

⁷³ Waldman, s. 997.

⁷⁴ Stetson, s. 1341.

⁷⁵ Daniel R. Fischel, "Antitrust Liability for Attempts to Influence Government Action: The Basis and Limits of the Noerr-Pennington Doctrine", *University of Chicago Law Review*, 45(80), 1977, s. 83.

⁷⁶ Fischel, s.84.

korunması kapsamında cezalandırılmayacağına hükmetmiştir.⁷⁷

Noerr-Pennigton doktrini davalıya, neredeyse mutlak bir bağışıklık tanımaktadır. Bu bağışıklığın istisnası ise davacının yapılan başvurunun sadece davacının ticari ilişkilerine müdahale etmek olan düzmece (*sham*) bir başvuru olduğunu ispatıdır.⁷⁸

Başlangıçta sadece rekabetin korunması bağlamında kullanılan bu doktrin mahkemelerce zamanla anayasal alanda da uygulanmaya başlanmıştır⁷⁹ ve SLAPP tartışmalarının tam ortasına oturmuştur. Birçok eyalet anti-SLAPP yasalarını tasarlarlarken Noerr-Pennigton doktrinine dayanmış ve getirdiği düzmece (*sham*) başvuru ölçütü ister yasal koruma sağlasın ister sağlamasın mahkemelerce kullanılmıştır.⁸⁰

Dilekçe hakkına dayanan bu savunma her ne kadar başarılı olsa da SLAPP'ler daha başlangıçtan davayı kazanma değil muhalefeti baskılama amacıyla açıldıkları için, davacı genelde yapıldığı gibi davayı geri çekse dahi amacı olan caydırıcılığı sağlamaktadır.⁸¹

2. NYT v. Sullivan Kararı

New York Times gazetesinde çıkan bir ilana karşı açılan 500.000 USD'lik tazminat davası üzerine vermiş olduğu kararda Yüksek Mahkeme tazminat miktarını bir ceza yargılamasından daha caydırıcı olarak nitelemiş ve ücretli bir reklam olsa da kamuoyunu ilgilendiren bir konuda kamuoyunu bilgilendirmeyi amaçlayan bir örgüt tarafından verilmiş olması nedeniyle ilanın ifade hürriyetini korumasından yararlanması gerektiğini belirtmiştir.⁸²

NYT v. Sullivan Kararı sadece kamu görevlilerini hedef alan eleştirilerin yaptırımı bağlanması için kötü niyet şartını aramaktayken, Curtis Publishing Co. v. Butts Davası'yla mahkeme kamu görevlisi olmasa dâhi kamusal tanınırlığa sahip kişilerin de hakaret nedeniyle tazminat davası açabilmesi için

⁷⁷ Fischel, s.86.

⁷⁸ Markus A Brazill, "A Curious Motion: The Uncertain Role of Anti-SLAPP Statutes in Federal Courts", *Penn Law: Legal Scholarship Repository*, Prize Winning Papers, 2016, s. 5.

⁷⁹ Brazill, 3.

⁸⁰ Barylak, s. 585.

⁸¹ McBride, s. 939.

⁸² İsmail Yüksel, "Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi İçtihatlarında Nefret Söylemi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(2), 2019, s.445.

kötü niyet şartını aramaya başlamış, hatta bir kolejin futbol antrenörünü dâhi bu kapsama almıştır.⁸³

B. Anti-SLAPP Yasaları

Anti-SLAPP yasalarına olan ihtiyaç anayasal düzeyde ifade hürriyetinin ve dilekçe hakkının korunmaması değil, bu korumayı sağlayan yargılama süreçlerinin yeterince etkin olmamasından kaynaklanmaktadır.⁸⁴ ABD’de halen federal seviyede anti-SLAPP yasaları bulunmasa da⁸⁵ eyaletlerin birçoğunda yasal tedbirler alınmıştır. Bugün sadece 17 eyalette SLAPP’lere karşı koruma sağlayan hukuki çareler bulunmamaktadır.⁸⁶ Federal seviyede anti-SLAPP yasasının bulunmaması birinci değişikliğin usuli korumalarını tutarsız kılmakta ve SLAPP davacılarına hedefledikleri caydırıcı etkiyi yaratmaları için fırsat vermektedir.⁸⁷ ABD’de birçok eyalet anti-SLAPP yasaları kabul etmiş olsa da bu yasalar arasında ne kapsam ne de yöntem birliği bulunduğu özelliikle davacının dava açacağı eyaleti seçerek uygulanacak hukuku belirleme şansı vardır.⁸⁸ Federal Mahkemelerin bir kısmı eyalet anti-SLAPP yasalarını uygularken, bir kısmı federal medeni usul hukukuyla çatıştıkları gerekçesiyle uygulamamaktadır.⁸⁹ Sosyal medya gönderileri nedeniyle açılan hakaret davalarında da eyalet anti-SLAPP yasalarının koruyuculuğundan yararlanılması öncelikle eyaletteki yasanın kapsamına ve kamusal mı yoksa özel bir konunun mu ifade edildiğine göre değişmektedir.⁹⁰

Öte yandan SLAPP’lere karşı alınacak tedbirlerin bir yandan davalının haklarını korurken diğer yandan da davacının adil yargılanma hakkına müdahale etme tehlikesi taşıdığı unutulmamalıdır.⁹¹ İfade hürriyeti ile adil

⁸³ Furman, s. 234.

⁸⁴ Wyrwich, s. 66.

⁸⁵ ABD’de adil yargılanma hakkı dışında anti-SLAPP yasalarının jüri yargılaması hakkını düzenleyen 7. Değişikliğe de uygun olması gerekmektedir. Brazill, s. 11.

⁸⁶ Eyaletlere göre anti-SLAPP yasalarının bir listesi için bkz. Public Participation Project, State Anti-SLAPP Laws, <<https://anti-slapp.org/your-states-free-speech-protection#reference-chart>>, Erişim Tarihi: 22 Nisan 2022.

⁸⁷ Smith, s. 326.

⁸⁸ Richardson, s. 257.

⁸⁹ David C. Thornton, “Evaluating Anti-SLAPP Protection in the Federal Arena: An Incomplete Paradigm of Conflict”, *George Mason University Civil Rights Law Journal*, 27(1), 2016, s. 126.

⁹⁰ Bunker / Erickson, s. 806-808.

⁹¹ Stein, s. 48-10; Stetson, s. 1341.

yargılanma arasındaki denge davacının, iddialarının kötü niyetli olmadığını ispatlamak için aşması gereken eşikte belirir. Bu eşik çok düşük olursa ifade hürriyeti, çok yüksek olursa mahkemeye erişim hakkı zarar görecektir.⁹² Anti-SLAPP yasalarının kötü niyetli olmasa dâhi davacının mahkemeye başvurmasını önleme tehlikesi de bulunmaktadır.⁹³ Tüm usuli tedbirler gibi anti-SLAPP düzenlemelerinin de kötüye kullanılması mümkündür. Örneğin bir davayı yaklaşık bir buçuk yıl uzatabilen Kaliforniya anti-SLAPP düzenlemesi özellikle kapsamını genişleten 1997 değişikliğinden sonra neredeyse her davada kullanılabilir hale gelmiştir.⁹⁴ Bu düzenlemeye aşağıda değinilecektir.

Doğrudan SLAPP'leri hedef almasa da ABD Federal Hukuk Muhakemesi Usulü Kanunu'nun 11. maddesinin (b) fıkrası bir SLAPP davalısına etkin bir savunma sunmaktadır;⁹⁵ madde uyarınca mahkemelere sunulan her türlü bilginin makul bir incelemeden sonra: i) rahatsız etmek, yargılamayı geciktirmek ya da yargılama maliyetini arttırmak için amaca aykırı biçimde kullanılmadığı, ii) iddiaların ve savunmaların geçerli hukuka uygun olduğu, iii) maddi vakıaların delillerinin bulunduğu veya makul bir araştırma sonucunda delil bulunabileceği, iv) maddi vakıaların reddinin delile ya da makul bir inanca veya bilgi eksikliğine dayandığı mahkemeye beyanı sunan kişi tarafından temin edilmelidir.

Birçok eyalette getirilen anti-SLAPP kanunu önerileri yargılama giderleri ve vekâlet ücretinin davayı kaybeden tarafa yüklenmesini içermekteydi⁹⁶ ancak mahkemeler tarafından vekâlet ücretine hükmedilmesi ve bir SLAPP davalısının kendi avukatının ücretini yargılama sonunda davacıdan alabilmesi de çözüm olmaktan ne yazık ki uzaktır. Bu sebeple anti-SLAPP yasalarının ortak temel özelliği davanın çok erken bir aşamada usuli bir incelemeden geçirilerek SLAPP olduğunun anlaşılması üzerine reddi ve bu şekilde bir ret durumunda vekâlet ücretinin davacıdan tahsilini sağlamalarıdır.⁹⁷ Birçok SLAPP davacısı elde edeceği ekonomik kazancın yanında devede kulak kalacak vekâlet ücretini

⁹² Roth, s. 749.

⁹³ Trende, s. 646.

⁹⁴ Nina Golden, "Slapp Down: the Use (And Abuse) of Anti-Slapp Motions to Strike", *Rutgers Journal of Law and Public Policy*, 12(4), 2015, s. 456.

⁹⁵ Benson / Merriam, s. 30.

⁹⁶ Glover / Jimison, s. 139.

⁹⁷ Shannon Hartzler, "Protecting Informed Public Participation: Anti-Slapp Law and the Media Defendant", *Valparaiso University Law Review*, 41(3), 2007, s. 1242.

ödeme riskini kolaylık kabul edecek⁹⁸ ve sadece vekâlet ücreti ya da yargılama giderlerinin ödenmesi SLAPP davalarının açılmamasını sağlamayacaktır. Bu nedenle Washington Eyaleti anti-SLAPP yasası davalının masraflarının üzerine aynı zamanda 10.000 USD tazminat ödemesini gerektirmektedir.⁹⁹ Texas anti-SLAPP yasası ise ödenecek vekâlet ücretinin davaya bakan hâkim tarafından gösterilen deliller ve davanın karmaşıklığı dikkate alınarak makul ölçüler içinde belirlenmesini sağlamaktadır.¹⁰⁰ 2015 yılında yapılan bir çalışmaya göre Texas eyaletinde SLAPP davalarında davacılara 100 ila 350.000 USD arasında değişen yaptırımlar uygulanmıştır.¹⁰¹ Bununla beraber belirli bir kişi veya kuruluşu hedef almış yeterli mali güce sahip kişilerin sadece kendileri SLAPP davası açmakla kalmayıp, belirledikleri hedefe dava açan diğer kişilerin dava masraflarını da üstlenmesi mümkündür.¹⁰²

1. Yasaların Sınıflandırılması

Anti-SLAPP yasalarını korudukları aktiviteler bakımından üç gruba ayırmak mümkündür.¹⁰³

Dar Yasalar: Bu yasalar SLAPP davacısı olması muhtemel kişileri bir liste halinde sayarak bu kişilerin açacağı davalarda uygulanabilir tedbirler içermekte ya da sadece bir kamu merciine şikâyet veya başvuru gibi belirli durumlardaki, belirli ifadelere karşı açılan davalarda davalının yararlanabileceği koruma sunmaktadırlar.

Ortalama Yasalar: Bu tip yasalar, belirli kişi gruplarını saymamakta, doğrudan kamu mercilerine yapılan başvurulara ek olarak, doğrudan kamu mercilerine yapılmasa bile bir kamu merci tarafından değerlendirilmekte olan konulardaki ifadeleri ve kamu mercilerinin belirli bir yönde hareket etmesini sağlamak için kullanılan ifadeleri de korumaktadırlar.

Kapsayıcı Yasalar: Bu gruptaki yasaların en geniş kapsamlısını ilk Anti-SLAPP yasalarından biri olan Kaliforniya Medeni Yargılama Usulü

⁹⁸ Benson / Merriam, s. 33.

⁹⁹ Wyrwich, s. 688.

¹⁰⁰ Laura L. Prather, Jane Bland, "Bullies Beware: Safeguarding Constitutional Rights through Anti-Slapp in Texas", *Texas Tech Law Review*, 47(4), 2015, s. 765.

¹⁰¹ LauraLee Prather / Jane Bland, s. 773.

¹⁰² Bergelson, Hulk Hogan olarak tanınan Terry Bollea ile Gawker Media arasındaki davanın bir milyar dolar tarafından finanse edildiğini aktarmaktadır. Bergelson, s. 225.

¹⁰³ Hartzler, s. 1248-1270.

Yasası'nın 425.16 (*Buradan itibaren sadece 425.16 olarak anılacaktır.*) maddesi oluşturmaktadır. Bu gruptaki eyaletler kullanıldığı bağlam ve hedefi kim olursa olsun dilekçe hakkının ya da ifade hürriyetinin kullanılmasını sağlayacak her türlü aktiviteye koruma sağlamaktadırlar. 425.16 o derece kapsayıcı biçimde kullanılmıştır ki yasama organı birkaç defa kapsamını daraltıcı düzenlemeler yapmak zorunda kalmıştır.¹⁰⁴

LEADER, yukarıdaki sınıflandırmayı neredeyse birebir aynı içerik ile “resmi dilekçe koruması”, “siyasi katılım koruması” ve “geniş anti-SLAPP koruması” olarak kullanmaktadır.¹⁰⁵ Kanımızca daha açıklayıcı olan bu isimlerin kullanılması daha uygundur.

2. SLAPP Davalarını Caydırıcı Tedbirler

SLAPP davaları sadece açılmalarıyla zarar doğurdıkları için,¹⁰⁶ caydırıcı önlemler almak gereklidir. Ne var ki ABD'deki anti-SLAPP yasaları caydırıcılığı sağlayabilecek kesinlikten uzaktır.¹⁰⁷ Yasanın anlaşılması zor ya da karmaşık ifadeler içermesi halinde kişiler anti-SLAPP hükmünün korumasından yararlanıp yararlanmadıklarını anlayamayabilirler. Bu nedenle bir anti-SLAPP yasası hazırlanırken kesin ifadelerin kullanılması SLAPP tehdidine açık kişilerin tuzağa düşmesine,¹⁰⁸ var olmayan bir korumaya güvenerek tazminat ödemek zorunda kalmasına engel olabilir.

SLAPP'lerin mahkemenin ifade hürriyetinin ya da dilekçe hakkının kullanıldığını tespit etmesi üzerine hızla sonuçlanmasını sağlayacak tedbirlerin alınması gerekmektedir.¹⁰⁹ Ne var ki, SLAPP'lerin meşru tazminat davalarından ayrılmasındaki zorluk etkin bir çözümün yaratılmasını güçleştirmektedir.¹¹⁰ SLAPP'lerin tanımlayıcı unsuru olan ekonomik veya siyasi art niyetin yüzeysel bir incelemeyle tespiti çok zordur, sadece dava dilekçelerinin değil davacının çoğu zaman belirgin olmayan motivasyonunun

¹⁰⁴ Pamela Shapiro, “SLAPPs: Intent or Content? Anti-SLAPP Legislation Goes International”, *Review of European Community & International Environmental Law*, 19(1), 2010, s. 21.

¹⁰⁵ Leader, s. 452.

¹⁰⁶ Tate, s. 803.

¹⁰⁷ Barylak, s. 849.

¹⁰⁸ Barylak, s. 882.

¹⁰⁹ Stein, s. 56.

¹¹⁰ McBride, s. 935.

da incelenmesi gerekir.¹¹¹

Anti-SLAPP yasalarının sadece davacının kötü niyetinin tespiti veya yargılama usulünün kötüye kullanılması halinde devreye girecek şekilde kaleme alınması ve davalının ancak davanın tamamen dayanaktan yoksun olduğunun ispatlanması durumunda korunması anti-SLAPP düzenlemesinin nadiren kullanılabilmesine neden olacağı için SLAPP'lerin caydırıcı etkisini azaltmayacaktır.¹¹²

3. Kapsam

Etkin bir anti-SLAPP düzenlemesi ilk olarak ifade hürriyetinin kapsamına giren tüm faaliyetleri kapsayacak kadar geniş tutulmalıdır.¹¹³ Bir Anti-SLAPP düzenlemelerinin olası bir SLAPP'i hızla savuşturacak biçimde olması gerekmektedir,¹¹⁴ bir SLAPP'in kısa sürede reddedilmesi davalı üzerindeki etkisini en aza indirecek ve davalının devam eden siyasal tartışmaya yeniden katılmasını sağlayacaktır.¹¹⁵ Bunu sağlamak içinse anti-SLAPP düzenlemelerinin bir ifadenin kamu yararını sağlamayı amaçladığının gösterilmesi üzerine devreye girecek usule ilişkin korumalar içermesi gerekir.¹¹⁶ Dava konusu olan ifadelerin doğru olup olmadığından önce söz konusu ifadenin kamuyu ilgilendiren bir konuya ilişkin olup olmadığı değerlendirilmelidir. İfadenin doğru olup olmadığı anti-SLAPP hükümlerine karşı davacının ispatlaması gereken bir husus olacaktır.¹¹⁷

SHAPIRO, üç aşamalı bir anti-SLAPP yasası önermektedir: ilk olarak davalının koruma altındaki bir ifadesine karşı dava açıldığını ispatlaması, bunun üzerine davacının davasının makul biçimde gerekçelendirildiğini kanıtlaması ve son olarak davalının adli yardım alıp almayacağına karar verilmesi.¹¹⁸

¹¹¹ Benson / Merriam, s. 19.

¹¹² Shapiro, s. 25.

¹¹³ Wells, s. 485.

¹¹⁴ Shapiro, s. 14.

¹¹⁵ Stetson, s. 1347.

¹¹⁶ Shapiro, s. 15.

¹¹⁷ Prather / Bland, s. 778.

¹¹⁸ Shapiro, s. 27.

4. Kaliforniya Anti-SLAPP Hükümü

Kaliforniya Anti-SLAPP alanında hem öncü konumundadır hem de eyaletin düzenlemesi en geniş korumalardan bir tanesini sunmaktadır. Bu nedenle biz de bu düzenlemeyi daha detaylı incelemeyi uygun gördük.¹¹⁹

¹¹⁹ Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu, Kitap 2, Başlık 6, Bölüm 2, Madde 1, 425.16:

“(a) Yasama organı temel amacı anayasal koruma altında olan dilekçe hakkının ve ifade hürriyetinin kullanılmasını caydırmak olan davaların sayısında rahatsız edici bir artış olduğunu tespit eder ve bildirir. Yasama organı kamusal konularda tartışmanın özendirilmesinin kamunun yararına olduğunu ve bu tartışmanın muhakeme usulünün kötü niyetli kullanımlarıyla engellenmemesi gerektiğini kabul eder. Bu amaçla, bu bölüm geniş olarak yorumlanacaktır.

(b) (1) Kamuya açık bir meseleyle bağlantılı olarak Amerika Birleşik Devletleri Anayasası veya Kaliforniya Anayasası uyarınca kişinin dilekçe veya ifade özgürlüğü hakkının kullanılması kapsamında o kişinin herhangi bir eyleminden kaynaklanan davalar; Mahkeme, davacının iddiasını haklı bulma olasılığının bulunduğunu tespit etmedikçe, özel bir düşme talebine tabidir.

(2) Mahkeme, tespitini yaparken, iddianın ve savunmanın dayandığı olguları açıklayan destekleyici ve karşıt beyanları dikkate alır.

(3) Mahkeme, davacının iddiasının haklı olabileceğine dair bir olasılık oluşturduğunu tespit ederse, ne bu tespit ne de bu tespitin varlığı, davanın sonraki herhangi bir aşamasında veya sonraki herhangi bir davada delil olarak kabul edilemez ve davanın sonraki herhangi bir aşamasında veya sonraki herhangi bir kovuşturmada bu belirlemeden hiçbir ispat yükü veya başka şekilde geçerli olan ispat derecesi çıkartılamaz.

(c) (1) Paragraf (2)’de belirtilenler dışında, (b) alt bölümüne tabi herhangi bir davada, özel düşme talebinde bulunan bir davalı, kendi avukatlık ücretlerini ve masraflarını geri alma hakkına sahip olacaktır. Mahkeme, özel düşme talebinin dayanaksız olduğunu veya yalnızca gereksiz gecikmeye yol açmayı amaçladığını tespit ederse, Bölüm 128.5’e uygun olarak, davacıya düşme talebinden kaynaklanan masrafları ve makul avukatlık ücretlerini ödeyecektir.

(2) Paragraf (1)’e tabi bir davada özel düşme talebinde bulunan davalı, bu davanın Kanun’un 11130, 11130.3, 54960 veya 54960.1 veya Hükümet Yasasının Başlık 1, Bölüm 10 Bölüm 4 Bölüm 2’sine (7923.100 ile başlayan)maddelerine göre açılması halinde, avukatlık ücreti ve masraflarına hak kazanamaz. Bu paragraftaki hiçbir şey, Hükümet Kanununun 7923.115, 11130.5 veya 54960.5 Bölümleri uyarınca hüküm süren bir davalının avukatlık ücretlerini ve masraflarını geri almasına engel olacak şekilde yorumlanamaz.

(d) Bu bölüm, Cumhuriyet savcısı olarak hareket eden Başsavcı, bölge savcısı veya savcılar tarafından Kaliforniya Eyaleti halkı adına açılan herhangi bir icra davası için geçerli olmayacaktır.

(e) Bu bölümde kullanıldığı şekliyle, “Kamuya açık bir meseleyle bağlantılı olarak Amerika Birleşik Devletleri Anayasası veya Kaliforniya Anayasası uyarınca kişinin dilekçe veya ifade özgürlüğü hakkının kullanılması kapsamında o kişinin herhangi bir eylem” şunları içerir: (1) Hukukun izin verdiği yasama, yargı ya da idare organları huzurunda yapılmış yazılı ya da sözlü her türlü beyan (2) yasama, yürütme veya yargı organı veya herhangi yasayla yetki verilen diğer resmi mercilerce tartışılmakta veya incelenmekte olan her türlü meseleyle ilgili yazılı veya sözlü beyanlar, (3) kamu yararına bir konu ile bağlantılı olarak halka açık bir yerde veya halka açık bir forumda yapılan herhangi bir yazılı veya sözlü beyan veya yazı (4) Kamusal ya da kamu yararına bir konu üzerinde anayasal dilekçe ve anayasal ifade

1 Ocak 1993 tarihinde yürürlüğe giren 425.16 şu şekilde başlamaktadır:

“Yasama organı temel amacı anayasal koruma altında olan dilekçe hakkının ve ifade hürriyetinin kullanılmasını caydırmak olan davaların sayısında rahatsız edici bir artış olduğunu tespit eder ve bildirir. Yasama organı kamusal konularda tartışmanın özendirilmesinin kamunun yararına olduğunu ve bu tartışmanın muhakeme usulünün kötü niyetli kullanımlarıyla engellenmemesi gerektiğini kabul eder.”

425.16 özetle davalı taraf için üç kullanışlı araç sunmaktadır; delil toplama sürecinin ertelenmesi, davayı kazanan davalıya zorunlu olarak vekalet ücreti ödenmesi ve otomatik temyiz hakkı.¹²⁰

425.16 kapsamına giren faaliyetlere karşı açılan davalarda, davacıya davanın açılması sırasında normalin üstünde bir ispat külfeti getirmektedir. Eğer davacı davayı kazanma ihtimali olduğunu göstermez ise davalı 425.16’da düzenlenen def’i’yi kullanabilecektir.¹²¹

Yasa sadece gerçek kişileri değil, her tür tüzel kişiyi de koruyacak biçimde uygulanmaktadır.¹²² 425.16 ifade hürriyetini caydıramayacak veya caydırmayı başaramamış bile olsa, koruma altına aldığı faaliyetlere dayanan tüm davalar

hürriyetinin kullanılmasından ibaret olan her tür davranış

(f) Özel düşme talebi, şikâyetin tebliğinden itibaren 60 gün içinde veya mahkemenin takdirine bağlı olarak, uygun gördüğü şartlara göre daha sonraki herhangi bir zamanda yapılabilir. Önerge, mahkemenin esas koşulları daha sonra bir duruşmayı gerektirmedikçe, talebin tebliğinden itibaren en geç 30 gün içinde mahkeme kâtibi tarafından bir duruşma günü belirlenecektir.

(g) Davadaki tüm keşif işlemleri, bu madde uyarınca yapılan bir talep bildiriminin sunulması üzerine durdurulur. Keşfin durdurulması, düşme talebine ilişkin karara kadar yürürlükte kalacaktır. Mahkeme, talep edilmesi ve geçerli bir nedenin bulunması halinde keşfin yapılmasını emredebilir.

(h) Bu bölümün amaçları doğrultusunda, “şikâyet”, “karşılıklı şikâyet” ve “dilekçe”yi içerir, “davacı”, “karşı davacı” ve “davacıyı” içerir ve “davalı”, “karşı davalı” ve “davalı” kapsar.

(i) Özel bir düşme talebinin kabul edilmesi veya reddedilmesi, Bölüm 904.1 uyarınca temyiz edilebilir.”

California Legislative Information, Code of Civil Procedure, Part 2, Title 6, Chapter 2, Article 1, 425.16, <https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=CCP&division=&title=6.&part=2.&chapter=2.&article=1>, Erişim Tarihi: 22 Nisan 2022.

¹²⁰ Golden, s. 455.

¹²¹ Shapiro, s. 23.

¹²² Tate, s. 815.

için uygulanmaktadır. Davacının SLAPP saikiyle hareket edip etmediği araştırılmamaktadır.¹²³ 425.16 ifade hürriyetinin kullanımına katkı sağlayacak tüm faaliyetleri koruma altına almakta, bu kapsamda haberleştirmek için bilgi toplanmasından kaynaklanan davalar dâhi kapsama girmektedir.¹²⁴ Her ne kadar 425.16'nın yasalaşmasının altında büyük ve güçlü tüzel kişilerin gerçek kişilere karşı açtığı tazminat davaları yer alsada, uygulamada kapsamı yasama organının iradesine uygun biçimde genişlemiş ve medya şirketlerinin dâhi bu savunmadan yararlanmasının önü açılmıştır.¹²⁵ 425.16 sadece özel kişiler tarafından değil kamu mercileri tarafından yapılan açıklamaları da kapsamına almakta,¹²⁶ bu sayede kamu görevlileri için de koruma sağlamaktadır.

SONUÇ

İfade hürriyetinin ülkenin temel değeri olarak görüldüğü Amerika Birleşik Devletleri'nde dâhi, kamunun gözetim ve denetiminden kaçınmak isteyen kişiler tüm anayasal garantilere rağmen vatandaşların fikir pazarına erişimini zorlaştırmanın bir yolunu bulmaktadır. Anayasanın, kanunların ve mahkeme içtihatlarının yaratmış olduğu güvenceye sığınarak kamuyu ilgilendiren konularda fikir beyan edenlerin, nihayetinde muhatap oldukları davayı kazanacak olsalar da yıllar sürecektir bir yargılamanın maddi ve manevi yüküne maruz bırakılması sadece SLAPP mağdurlarını değil toplumun tamamını caydırma tehlikesi barındırmaktadır.

Ülkemizde yargılama giderleri ve vekâlet ücreti davayı kaybeden taraftan tahsil edilerek haksız bir davanın maddi yükü davalının üzerinde bırakılmasada, manevi yükünü ortadan kaldıracak bir düzenleme bulunmamaktadır. Bir SLAPP davacısının elindeki kaynakları kullanarak mümkün olan tüm kanun yollarını işletmesi muhtemeldir, bu durumda davalılar ülkemizde de davanın manevi yükünü uzun süre taşımak zorunda kalacaklardır. Sonucu ne olursa olsun davalı olmanın bireyler için caydırıcı etki doğuracağı açıktır. Davalının ve dolaylı olarak toplumun ifade hürriyetini kullanmaktan caydırılmasının yanı sıra sivil toplum örgütleri ve aktivistlerin kaynaklarının kamusal sorunlardan hukuki uyuşmazlıklara yönlendirilmesi de ülkedeki demokrasiyi yaralayacaktır.

¹²³ Braun, s. 737.

¹²⁴ Braun, s. 747.

¹²⁵ Braun, s. 738.

¹²⁶ Braun, s. 745.

Devletin ifade hürriyetini sadece ihlal etmeme değil aynı zamanda koruma yükümlülüğü altında olması, bireylerin ifade hürriyetini kamu gücünden kaynaklanmayan müdahalelere karşı da korumasını gerektirmektedir. Özellikle tüketicilere kıyasla inanılmaz derecede büyük mali güce sahip şirketlerin karşısında bireylerin korunması, var olan güç dengesizliğinin giderilmesi gerekmektedir.

ABD’de SLAPP’lere karşı federal bir düzenleme olmaması ve tüm federal mahkemelerin eyalet anti-SLAPP düzenlemelerini uygulamayı kabul etmemesi nedeniyle, SLAPP davacılarının hukuk seçme ihtimali bulunmakta ve bu eyaletlerin getirmiş olduğu korumayı zayıflatmaktadır. Eyaletlerin sağladığı korumalar da hem kapsam hem de sağlanan savunmalar açısından yeknesak olmaktan uzaktır. Kimi eyaletlerde tüm ifadeler anti-SLAPP düzenlemesinin korumasından yararlanırken kimilerinde ise koruma alanı çok sınırlıdır.

ABD örneğinde olduğu gibi bu tür davaların teşhis edilmesini ve teşhis edildiğinde hızla sonuçlandırılmasını sağlayacak ve ifadelere karşı tazminat davası açan kişilerin ispat yükünü ağırlaştıran usul kurallarının kabul edilmesi, yargılama sürecini kısaltarak davalının kamusal tartışmalara katılmaktan caydırılmasını engelleyecektir. Bununla beraber SLAPP’lere karşı önlem alınırken adil yargılanma hakkı ve ifade hürriyeti arasındaki dengenin de gözden kaçırılmaması gerekecektir.

KAYNAKÇA

Abrams R, “Strategic Lawsuits against Public Participation (SLAPP)”, *Pace Environmental Law Review*, 7(1), 1989, s. 33-44.

Barylak C H, “Reducing Uncertainty in Anti-SLAPP Protection”, *Ohio State Law Journal*, 71(4), 2010, s. 845-882.

Baumbach, T, “Chilling Effect as a European Court of Human Rights Concept in Media Law Cases”, *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, 6(1), 2018, s.92-114.

Benson J A / Dwight H M, “Identifying and Beating a Strategic Lawsuit against Public Participation”, *Land Use Law & Zoning Digest*, 45(5), 1993, s. 17-36.

Bergelson L, “The Need for a Federal Anti-SLAPP Law in Today’s Digital Media Climate”, *Columbia Journal of Law & the Arts*, 42(2), 2019, s. 213-240.

Braun J I, “California’s Anti-SLAPP Remedy After Eleven Years”, *McGeorge Law Review*, 34(4), 2003, s. 731-784.

Brazill M A, “A Curious Motion: The Uncertain Role of Anti-SLAPP Statutes in Federal Courts”, *Penn Law: Legal Scholarship Repository, Prize Winning Papers*, 2016, 2016, s. 1-28.

Bunker M D / Emily E, “#Aintturningtheothercheek: Using Anti-Slapp Law as a Defense in Social Media”, *UMKC Law Review*, 87, 2019, s. 801-816.

Canan P, “The SLAPP from a Sociological Perspective”, *Pace Environmental Law Review*, 7(1), 1989, s. 23-32.

Canan P / George P, “Strategic Lawsuits Against Public Participation”, *Social Problems*, 35(5), 1988, s. 506-519.

Costantini E / Mary P N, “SLAPP/SLAPPback: The Misuse of Libel Law for Political Purposes and a Countersuit Response”, *Journal of Law & Politics*, 7(3), 1991, s. 417-480.

Donson F, *Legal Intimidation*, 1. bs, Association Books, 2000.

Fischel, D R, “Antitrust Liability for Attempts to Influence Government Action: The Basis and Limits of the Noerr--Pennington Doctrine”, *University*

of *Chicago Law Review*, 45(80), 1977, s. 80-122.

Furman J R, “Cybersmear or Cyber-SLAPP: Analyzing Defamation Suits Against Online John Does as Strategic Lawsuits Against Public Participation”, *Seattle University Law Review*, 25(1), 2001, s. 213-254.

Glover A / Marcus J, “S.L.A.P.P. Suits: A First Amendment Issue and Beyond”, *North Carolina Central Law Journal*, 21(1), 1995, s. 122-143.

Golden N, “Slapp Down: the Use (and Abuse) of Anti-Slapp Motions to Strike”, *Rutgers Journal of Law and Public Policy*, 12(4), 2015, s. 426-462.

Hartzler S, “Protecting Informed Public Participation: Anti-Slapp Law and the Media Defendant”, *Valparaiso University Law Review*, 41(3), 2007, s. 1235-1284.

Leader A R, “A ‘Slapp’ in the Face of Free Speech: Protecting Survivors’ Rights to Speak up in the ‘Me Too’ Era”, *First Amendment Law Review*, 17(3), 2019, s. 441-476.

McBride E W, Jr., “The Empire State Slapps Back: New York’s Legislative Response to SLAPP Suits”, *Vermont Law Review*, 17(3), 1990, s. 925-958.

Pech L, “The Concept of Chilling Effect (Its Untapped Potential to Better Protect Democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights in the EU)”, Open Society Foundations, 2021, <<https://www.opensocietyfoundations.org/uploads/c8c58ad3-fd6e-4b2d-99fa-d8864355b638/the-concept-of-chilling-effect-20210322.pdf>>, Erişim Tarihi: 22 Nisan 2022.

Peeters N P, “Don’t Raise That Hand: Why, under Georgia’s Anti-Slapp Statute, Whistleblowers Should Find Protection from Reprisals for Reporting Employer Misconduct”, *Georgia Law Review*, 38(2), 2004, s. 769-812.

Penney, J W, “Understanding Chilling Effects”, *Minnesota Law Review*, 106, 2021, s. 101-191.

Prather L / Jane B, “Bullies Beware: Safeguarding Constitutional Rights Through Anti-Slapp in Texas”, *Texas Tech Law Review*, 47(4), 2015, s. 725-802.

Public Participation Project, State Anti-SLAPP Laws, <<https://anti-slapp.org/your-states-free-speech-protection#reference-chart>>, Erişim Tarihi: 22 Nisan 2022.

Richards R D., “A Slapp in the Facebook: Assessing the Impact of Strategic Lawsuits against Public Participation on Social Networks, Blogs and Consumer Gripe Sites”, *DePaul Journal of Art, Technology & Intellectual Property Law*, 21(2), 2011, s. 221-256.

Richardson D M, “Power Play: An Examination of Texas’s Anti-Slapp Statute and its Protection of Free Speech Through Accelerated Dismissal”, *St. Mary’s Law Journal*, 45(2), 2014, s. 245-282.

Roth L, “Upping the Ante: Rethinking Anti-SLAPP Laws in the Age of the Internet”, *Brigham Young University Law Review*, 2016(2), 2016, s. 741-[viii].

Saner K E, “Getting Slapped in Federal Court: Applying State Anti-Slapp Special Motions to Dismiss in Federal Court after Shady Grove”, *Duke Law Journal*, 63(3), 2013, s. 781-822.

Schauer F, “Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect”, *Boston University Law Review*, 58, 1978, s. 685-732.

Seager S E, “Donald J. Trump is a Libel Bully but also a Libel Loser”, *Communications Lawyer*, 32(3), 2016, <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/communications_lawyer/fall2016/cl32-3.pdf> Erişim Tarihi: 25 Nisan 2022, s. 1-12.

Shapiro P, “SLAPPs: Intent or Content? Anti-SLAPP Legislation Goes International”, *Review of European Community & International Environmental Law*, 19(1), 2010, s. 14-27.

Smith A, “SLAPP Fight”, *Alabama Law Review*, 68(1), 2016, s. 303-[viii].

Stein R M, “SLAPP Suits: A Slap at the First Amendment”, *Pace Environmental Law Review*, 7(1), 1989, s. 45-60.

Stetson M, “Reforming Slapp Reform: New York’s Anti-Slapp Statute”, *New York University Law Review*, 70(6), 1995, s. 1324-1361.

Süngü F, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi-ne Bireysel Başvuru Kararlarında ‘Chilling Effect’ Kavramı”, *İnsan Hakları Yıllığı*, 39, 2021, s. 105-134.

Tate K W, “California’s Anti-Slapp Legislation: a Summary of and Com-

mentary on its Operation and Scope”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 33(3), 2000, s. 801-886.

Thorton D C, “Evaluating Anti-SLAPP Protection in the Federal Arena: an Incomplete Paradigm of Conflict”, *George Mason University Civil Rights Law Journal*, 27(1), 2016, s. 119-144.

Trende S P, “Defamation, Anti-SLAPP Legislation, and the Blogosphere: New Solutions for an Old Problem”, *Duquesne Law Review*, 44(4), 2006, s. 607-648.

Yüksel İ, “Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi İçtihatlarında Nefret Söylemi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(2), 2019, s. 438-451.

Waldman T A, “Slapp Suits: Weaknesses in First Amendment Law and in the Courts’ Responses to Frivolous Litigation”, *UCLA Law Review*, 39(4), 1992, s. 979-1054.

Wells J A, “Exporting SLAPPs: International Use of the U.S. SLAPP to Suppress Dissent and Critical Speech”, *Temple International and Comparative Law Journal*, 12(2), 1998, s. 457-502.

Wyrwich T, “A Cure For A ‘Public Concern’: Washington’s New Anti-Slapp Law”, *Washington Law Review*, 86(3), 2011, s. 663-694.

CEZALANDIRILABİLİRLİĞİN ÖN ALANA KAYDIRILMASI BAĞLAMINDA, YASAK CİHAZ VEYA PROGRAMLAR SUÇU (TCK M. 245/A)

Osman Gazi ÜNAL*

ÖZET

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte bilişim alanında işlenen suçlarla mücadele etmek, artık daha karmaşık bir hale gelmiştir. Bu suçların sınıraşan boyutunun olması devletleri, uluslararası alanda bir işbirliğine götürmüştür. Bu işbirliğinin bir sonucu olarak Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi akdedilmiştir. Sözleşmenin 6. maddesiyle taraf devletler, bilişim alanındaki suçların işlenmesine yönelik cihaz, şifre, erişim kodu veya benzeri bir veri oluşturmayı ve imal etmeyi suç haline getirmekle yükümlü kılınmışlardır. Bu doğrultuda hem bu suçları önleyebilmek hem de bu suçların işlenmesine kaynaklık eden karaborsanın oluşumunu engellemek amacıyla ceza hukuku müdahalesinin hazırlık hareketlerine doğru kaydırılması öngörülmüştür. Sözleşmedeki bu yükümlülüğe uygun olarak TCK 245/A maddesiyle “yasak cihaz veya programlar” suçu ihdas edilmiştir. Bu suç kapsamında bilişim alanındaki suçlar ve bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların hazırlık hareketleri cezalandırılmıştır. Bu çalışmada öncelikle hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasına dair meşruiyet kriterleri ele alınmıştır. Akabinde TCK m. 245/A hükmü, Alman Ceza Kanunu’da yer alan ilgili suç tipleriyle karşılaştırılmalı olarak incelenmiştir. Son olarak inceleme sonucunda ortaya çıkan birtakım sorunlara da çözüm getirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hazırlık hareketleri, Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi, bilişim alanında suçlar, yasak cihaz veya programlar, şifre veya sair güvenlik kodu.

OFFENCE OF PROHIBITED DEVICES OR COMPUTER PROGRAMS (TPC, SECTION 245/A), IN THE CONTEXT OF PREPONING CRIMINAL LIABILITY

ABSTRACT

With the advancement of technology, it has now become more complex to fight against the offences related to data processing systems. The transnational aspect of these offences has led the states to a collaboration. As a result of this collaboration,

* **Dr. Arş. Gör,** Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı/ANKARA, **e-posta:** osman.unal@hbv.edu.tr,
ORCID: 0000-0002-3101-0645.
DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1116684

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 12/08/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 02/01/2022

The Council of European Convention on Cybercrime was signed. By the article 6 of the Convention, contracting states are obliged to criminalize the composing and manufacturing of a device, computer password, access code or similar data directed committing offence in the field of data processing systems. Accordingly, it is envisaged that criminal law should be preponed towards preparatory acts in order both to prevent the commitment of these offences and to block the formation of the black market which is the source of these offences. In accordance with this obligation in the Convention, the offence of “prohibited devices or computer programs” was set forth in the article 245/A of the Turkish Penal Code (TPC). Within the context of this crime, the preparatory acts of offences related to data processing systems and other offences that may be committed by using an instrument data processing system are punished. In this study, firstly, the legitimacy criteria for the punishment of preparatory acts have been considered. Afterwards, the article 245/A of the TPC has been examined comparatively with the relevant offences in the German Penal Code. Finally, some problems we detected as a result of our examination have also tried to be solved.

Keywords: Preparatory acts, the Council of European Convention on Cybercrime, offenses related to data processing systems, prohibited devices or computer programs, password or other security code.

GİRİŞ

Hazırlık hareketleri kural olarak cezalandırılmasa da hukuk düzeni, hukuki değerleri daha etkin bir şekilde koruyabilmek amacıyla ceza hukuku müdahalesini, önalana doğru çekmektedir. Bu yöntemle bir hazırlık hareketi ayrı bir suç tipi haline getirilmekte ve ileride gerçekleşebilecek zararların önlenmesine çalışılmaktadır. Dolayısıyla ceza hukuku “baskıcı-sınırlayıcı” dan, “önleyici-şekillendirici” bir modele doğru dönüşüm geçirmektedir. Fakat bu durum aynı zamanda temel hak ve özgürlüklerin geniş bir şekilde sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır. Bu yüzden dengenin sağlanması adına yeni suç tiplerinin, ceza hukukunun klasik alanından tamamen farklı bir şekilde ihdas edilmemesi gerekir. Aksi takdirde bu suç tiplerinin maddi açıdan meşruiyeti tartışmaya açık olacaktır.

Bilişim alanında görülen gelişmeler, bu alanda işlenen veya bilişim suretiyle işlenen diğer suçların artmasına da ön ayak olmuştur. Bu suçların işlenmesinin kolaylaşmasıyla bireylerin yanı sıra, ilgili ülkenin güvenliği de tehlike altına girmektedir. Bu bağlamda bilişim alanında işlenen suçlarla mücadelenin daha etkin bir şekilde yürütülmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır. Diğer alanlarda olduğu gibi bilişim alanında işlenen suçlar bakımından da cezalandırılabilirliğin ön alana kaydırılması (Vorverlagerung) konusunun

incelenmesine ihtiyaç vardır. Nitekim bu suçların hazırlık hareketlerinin ayrı bir suç tipi olarak cezalandırılması gerektiği yönünde hem milli düzeyde hem de milletlerarası alanda bir irade oluşmuştur. Bu bakımdan hem bilişim alanında oluşan suçlarla etkin mücadele yürütmek hem de bu alanda uluslararası işbirliğini sağlamak amacıyla Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi oluşturulmuştur.

Konuyla ilgili olarak öncelikle bilişim alanında veya bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılmasıyla işlenen suçlarda cezalandırılabilirliğin ön plana kaydırılması konusu incelenmelidir. Akabinde AK-SSS'nin ilgili hükümleri, TCK'nın 245/A hükmünde düzenlenen yasak cihaz veya programları suç tipi, Alman Ceza Kanunu'ndaki (StGB) ilgili suç tipleriyle birlikte karşılaştırmalı bir şekilde ele alınacaktır. Ayrıca bu suçla ilgili olarak uygulamaya yansiyacak çeşitli sorunlardan da bahsedilerek çözüm önerileri sunulacaktır.

I. BİLİŞİM ALANI VE BİLİŞİM SİSTEMLERİNİN ARAÇ OLARAK KULLANILMASI SURETİYLE İŞLENEN SUÇLARDA CEZALANDIRILABİLİRLİĞİN ÖN ALANA KAYDIRILMASI SORUNU

A. Cezalandırılabilirliğin Ön Alana Kaydırılması

Suç yolunda (iter criminis) icra hareketleri henüz başlamadığı için hazırlık hareketleri kural olarak cezaya tabi değildir. Nitekim suça teşebbüse ilişkin TCK m. 35 hükmündeki “*doğrudan doğruya icraya başlayıp*” ibaresi bu hususa vurgu yapmaktadır. Bununla birlikte hazırlık hareketleri failin suç planına göre bile suçun tamamlanmasından o kadar uzaktır ki, herhangi bir hukuki değer ihlalinden bahsedilemez¹. Diğer bir ifadeyle bu hareketler, neticeye çok uzak olduklarından hukuki değer ihlaline yol açan ciddi bir tehdit oluşturmamaktadırlar. İcra hareketleri ise hazırlık hareketine nazaran bir müdahale karakterini (Angriffscharakter) haizdir². İlâveten hazırlık hareketlerinin bir suça yöneldiği olgusu genel itibarıyla şüphe içerisinde kalmaktadır ve bunun ispatının zor olduğu ifade edilmektedir³. Keza teşebbüste kastın belirlenme sorunu ya da failin suç işlemeye yönelik

¹ Ulrich Weber, “Die Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs und Unternehmensdelikte”, *Beiheft zur Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Walter de Gruyter, 1987, s. 15.

² Willy Pütz, “Der Gefährbegriff im Strafrecht”, Universität Köln, *Dissertation*, 1936, s. 21.

³ Mehmet Emin Artuk / Ahmet Gökçen / Kerim Çakır / Zafer İçer, *Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020, s. 683.

kararından vazgeçme ihtimalinin yüksek olması da hazırlık hareketlerinin cezalandırılmamasına gerekçe sunar⁴.

Esasında hazırlık hareketlerinin cezalandırılması kanunilik ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Daha ziyade bu hareketler, hukuki değeri ihlal eden icrai hareketlerin hazırlanmasına hizmet ederler⁵. Ancak kanun koyucu, cezasız olmalarına rağmen, hazırlık hareketlerine ceza tehdidini öngörerek bu alanı müstakil suç olarak düzenleme yoluna başvurmuştur⁶. İzlenen bu yöntem kanunilik ilkesiyle uyumludur. Nitekim bazı hukuki değerler o kadar önemlidir ki bununla ilişkili olan suçun konusu üzerinde bir zarar veya bir tehlikenin oluşması istenmemektedir. Hazırlık hareketlerinin dar anlamda bizzat bir hukuki değeri ihlal etmediğine, ancak gelecekte kasıtlı bir şekilde ihlal edileceği ihtimalinin gündeme geldiğine ve bu yüzden cezalandırılabilirlik yolunun açıldığına değinilmektedir⁷. Bu noktada bazı bireyüstü (veya kamusal) hukuki değerlerin var olduğu belirtilerek bunlar aracılığıyla zarar oluşturulan hareket ötelenerek bireysel hukuki değerlerin önanda korunması amaçlanabilir⁸. Bu durum cezalandırılabilirliğin önala kaydırılması düşüncesini akla getirmektedir. Böylelikle kanun koyucu, suçun konusu üzerinde bir zarar veya bir tehlike oluşturmayan hareketleri dahi bir hukuki değer ihlali olarak kabul etmektedir. Kanaatimizce de hazırlık hareketleri müstakil bir suç olarak düzenlendiği takdirde suçun işlenmesiyle birlikte artık hukuki değer ihlalinin oluşmadığından bahsedilemez.

Cezalandırılabilirliğin ön alana kaydırılması aynı zamanda önleyici

⁴ Berrin Akbulut, *Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 4. Bası, Adalet Yayınevi, 2017, s. 565; Örneğin, bir akaryakıt istasyonundan birkaç litre benzin satın alan kişinin yangın çıkarma (TCK m. 170) ya da mala zarar verme suçu (TCK m. 151) bağlamında bir hazırlık hareketi olduğu belirtilebilir. Fakat her benzin satın alan kişinin bu suçları işlemek amacıyla olduğu söylenemez. Zira yolda kalan aracı çalıştırmak gayesiyle de benzin satın alınabilir. Bkz. Artuk / Gökçen / Çakır / İcer, s. 684.

⁵ Pütz, s. 21.

⁶ Pütz, s. 24; Aynı yönde bkz. Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 566.

⁷ Jens Puschke, “Grund und Grenzen des Gefährdungsstrafrechts am Beispiel der Vorbereitungsdelikte”, Roland Hefendehl (Ed.), *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?*, Berliner Wissenschafts Verlag, 2010, s. 11.

⁸ Ulrich Sieber, *Bilişim Teknolojisi İle Globalleşen Dünyadaki Tehlikelerin Önlenmesi ve Ceza Hukuku*, Feridun Yenisey / Salih Oktar / Zehra Başer Doğan (Çev.), Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 438; Kanaatimizce tüm hukuki değerler bireye aittirler ve birey temelli olarak yorumlanmalıdır. İlgili açıklamalar için bkz. Osman Gazi Ünal, *Türk Ceza Hukukunda Tehlike Suçları, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi*, 2020, s. 116 vd.

ceza hukuku anlayışını gündeme getirmektedir. Önleyici ceza hukuku anlayışı ile çokça tartışılan risk ceza hukuku anlayışı arasında hemen hemen bir fark bulunmamaktadır. Suç öncesinin cezalandırılmasıyla amaçlanan husus, gelecekte gerçekleşebilecek suçların işlenmesinin önüne geçmektir⁹. Nitekim bir başka suçta hazırlık kapsamında olan kasıtlı veya bazı hallerde taksirli fiiller dahi bizatihi suç sayılarak ağır neticeler doğurabilecek suçların işlenmesinden çok önceye yönelik bir önleme iradesi oluşmuştur. Dolayısıyla cezalandırılabilirlik alanı, önlenmesi amaçlanan nihai zarardan o kadar uzak bir noktaya kadar genişlemiştir ki geleneksel (çekirdek) ceza hukuku alanının dışına çıkmış olur¹⁰.

Cezalandırılabilirliğin ön alana kaydırılmasının çeşitli görünüm şekilleri bulunmaktadır. Teşebbüs suçlarının, diğer bir isimle kalkışma suçlarının oluşturulması bunun bir yönüdür. Diğer yön ise yukarıda da bahsi geçtiği üzere, icra hareketlerinin de ötesine kaydırılması suretiyle hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasıdır¹¹. Bu diğer yön aynı zamanda bazı meşruiyet sorunlarını ortaya çıkarmaktadır. Zira hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasının; kusur sorumluluğu, son çare olma, ceza sorumluluğunun şahsiliği ve orantılılık gibi temel ceza hukuku ilkeleriyle bağdaşması oldukça güçtür.

Bu meşruiyet sorununun aşılabilmesi için birtakım önerilerde bulunulmuştur. Buna göre, hareketin ancak nesnel olarak zarar verme eğilimini içermesi durumunda suç kapsamına alınmasının meşru olduğu ifade edilmelidir. Keza zararlı neticenin önlenmesi bağlamında bir zorunluluk varsa tehlikenin oluşmasını suç kapsamına almak meşru görülmektedir¹². İlgili öneriler doğrultusunda bunun sınırları da çizilmektedir. İlk olarak hazırlık hareketlerini cezalandırılan suçların, hukuki değere aşırı derecede müdahalede bulunmaması gerektiği ileri sürülmektedir¹³. Aynı zamanda failin cezalandırılabilir davranışı ile korunan hukuki değer arasında özel bir ilişki bulunmalıdır¹⁴. İlaveten hangi hazırlık hareketinin hangi hukuki değere

⁹ Fakat bu durumun da yanıltıcı olduğu belirtilerek ihdas edilen her bir suçun önleme amacının bulunduğu vurgu yapılmıştır. Bkz. Ali Emrah Bozbayındır, "The Advent of Preventive Criminal Law: An Erosion of The Traditional Criminal Law?" *Criminal Law Forum*, (29), 2018, s. 26.

¹⁰ Bozbayındır, s. 27.

¹¹ Weber, s. 15.

¹² Weber, s. 15, 16.

¹³ Puschke, s. 24.

¹⁴ Sieber, s. 438.

yöneldiği belirli olmalıdır. Yalnızca tehlikeli, yani belirli bir zarar verme eğilimi olan tipik hazırlık hareketlerinin cezalandırılması orantılılık ilkesine uygun olur. Son olarak buna ilişkin normlar somut olmalı ve belirlilik ilkesine uygun şekilde ihdas edilmelidir¹⁵.

Hazırlık hareketlerini suç haline getiren hükümlerin meşruiyeti ile ilgili doktrinde yapılan tartışmalar, 2009 yılında düzenlenen 18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'ne de yansımıştır. Böylelikle genel cezalandırma politikası aşularak hazırlık hareketlerinin suç olarak ihdas edilebilmesi için, ulusal standartların yanında uluslararası standartlar da öngörölmüş olmaktadır¹⁶. Kongre'de konuya ilişkin şu sonuçlara ulaşılmıştır:

“1. Çok önemli hukuki değerlere zarar verecek çok ciddi bir saldırının önlenmesi;

2. Hukukun hangi hazırlık hareketlerinin cezalandırılacağını çok genel ifadelere başvurmadan kaçınarak tanımlamış olması;

3. Suç haline getirilen fiillerin asıl suçun işlenmesine sıkı sıkıya bağlı olması;

4. Cezanın, işlenmiş suç için öngörölenenden daha hafif olması ve de aynı kişi tarafından işlenmiş ana suç için öngörölmüş ceza ile birleştirilerek veya hafifletilerek ilgili teşebbüs yaptırımına uygun hale getirilmesi.”¹⁷

Ulaşılan bu sonuçlar hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasında adeta birer kriter olarak ele alınabilir. Cezalandırılabilirliğin ön alana kaydırılması noktasında bahsi geçen önerilere ve bu kriterlere riayet edilmeksizin yapılan kanuni düzenlemeler, meşruiyet kriziyle karşılaşabileceği gibi temel hak ve özgürlükleri de aşırı bir şekilde kısıtlayacaktır.

Geçmişte cezai sorumluluğunun ön alana kaydırılması, devlet güvenliği, yol güvenliği ve toplum için tehlikeli olan bireysel eylemlerle ilgiliydi. Bugün ise çevre, ekonomi alanlarında teknolojinin kullanımıyla birlikte örgütlü suç ve uluslararası terörizmle ilgilidir. Buna bilişim veya siber alan da dahildir.

¹⁵ Puschke, s. 24.

¹⁶ Derya Tekin, “Bir Ceza Politikası Olarak Hazırlık Hareketlerinin Cezalandırılması: Türk ve İngiliz Yasal Düzenlemelerin Karşılaştırmalı Analizi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 13(147), 2018, s. 49.

¹⁷ Bkz. Türk Ceza Hukuku Derneği, 18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi, Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişlemesi, <<https://www.tchd.org.tr/18-uluslararasi-ceza-hukuku-kongresi/#1541890191101-bb047707-5831>>, Erişim Tarihi 27 Eylül 2021.

Bu alanlarda karşılaşılan tehlikeler, bunların boyutunu düşürmeyi ifade eden kanuni tiplerin meşrulaştırılmasının başını çekmektedir¹⁸.

Bilişim alanında gelişmeler, bireyin hayatını kolaylaştırdığı gibi onun yeni suç tipleriyle yüzleşmesine neden olmuştur. Benzer şekilde devletler de sistemlerini bilişim alanına dahil etmekle birlikte bu alanda gerçekleşen saldırılara karşı açık hale gelmiştir¹⁹. Zira modern bilişim sistemleri karmaşık yapıya olsalar da kullanıcıların kolay bir şekilde yararlanmaları istendiğinden saldırılara karşı savunulmaları zordur²⁰. Bu saldırılara açık hale gelme hali sadece vatandaşların verilerinin çalınmasıyla ve bilişim suretiyle işlenen dolandırıcılık ya da hırsızlık suçlarıyla sınırlı değildir. Saldırı sonucunda devletin vatandaşlarına vermiş olduğu hizmet de aksayabilmektedir. Örneğin, Estonya'ya yapılan siber saldırı sonucunda acil durum aramaları bir saate kadar işlevsiz hale getirilmiştir. Keza bu saldırı bizzat devletin güvenliğine karşı savaş zamanında da yapılabilir. 2008 yılının Ağustos ayında yaşanan Rusya'nın Güney Osetya'yı işgali sırasında, Gürcistan'ın internet bağlantısı kesilerek dünya ile bağlantısına son verilmiştir²¹. Bu nedenle hem bireylerin bilişim sistemlerine olan güvenirliliğini ihlal edebilecek riskleri en aza indirmek hem de devletlerin bilişim alanındaki güvenliğine zarar verebilecek girişimleri önleyebilmek adına düzenleme yapma ihtiyacı hasıl olmuştur. İlgili bu düzenlemeler ihdas edilirken klasik ceza hukuku araçları da dahil olmak üzere devletlerin aldığı tedbirlerin yetersiz kaldığına, bilişim alanındaki gelişmelerin sınıraşan bir boyutunun²² olduğuna ve bu yüzden uluslararası bir mücadeleyi gerektirdiğine işaret edilmiştir²³. Her ne kadar devletlerin aldığı

¹⁸ Puschke, s. 10.

¹⁹ Merve Erdem / Gürkan Özocak, "Siber Güvenliğin Sağlanmasında Uluslararası Hukukun ve Türk Hukukunun Rolü", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69(1), 2019, s. 129.

²⁰ Sieber, s. 260.

²¹ Erdem / Gözocak, s. 130.

²² Örneğin, bilişim suçlarında fail belirli bir devletin yargı yetkisi içerisinde iken işlemiş olduğu fiiller ile başka ülkelerdeki bilişim sistemlerine müdahale edebilmekte ve birçok kişinin mağdur olmasına yol açabilmektedir. Bkz. Murat Önok, "Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Işığında Siber Suçlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan*, 19(2), 2013, s. 1234.

²³ Ahu Karakurt Eren, "Bilişim Alanında Suçların veya Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanıldığı Diğer Suçların İşlenmesi Amacıyla Cihaz, Program, Şifre ya da Güvenlik Kodlarının Üretilmesi, Yayılması veya Bulundurulması Suçu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 11(43), 2020, s. 221.

önlemler ve ihdas ettiği hukuki düzenlemeler kapsamlı veya etkin görünse de bilişim suçlarının doğası gereği genellikle etkili olamamaktadırlar²⁴.

Bu uluslararası mücadele, bilişim alanında hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasını öngörmektedir. İlaveten bu ön alanı cezalandıran kanuni tipler belirli risklerle mücadelede kullanılmaktadır ve Avrupa Birliği bünyesindeki çeşitli kurumlar tarafından da teşvik edilmektedir²⁵. Gelecekte, hazırlık hareketlerinin cezalandırılması veya hazırlık ceza hukuku (Vorbereitungsstrafrechts) alanında, Avrupa Birliği hukukuna ilişkin direktiflerin, daha da yoğunlaşması beklenmektedir²⁶. Bu doğrultuda yeni suç tiplerinin ihdası gündeme gelmektedir. Ayrıca bu durum cezaya liyakat ve muhtaçlık ya da meşruiyet sınırlarının nereye kadar çizileceği sorunlarını da beraberinde getirmektedir.

B. Avrupa Siber Suç Sözleşmesindeki Durum

Bilişim alanında cezalandırılabilirliğin hazırlık hareketlerine doğru genişlemesinin itici gücü her şeyden evvel devletlerarasındaki işbirliği arzusudur²⁷. Bu işbirliği arzusu zarar oluşturan suçların zarar veya tehlike oluşmadan da önlenebileceği düşüncesine dayanmaktadır. Bu doğrultuda Avrupa Suç Sorunları Komitesi'nin CDPC/103/211196 sayılı kararıyla bilişim suçlarıyla (siber suçlarla) ilgilenecek bir uzmanlar komitesi kurulmuştur²⁸. Oluşturulan komitenin başlıca amacı, bu suçlarla ilgili belli alanları inceleyerek bağlayıcı bir hukuki metin ortaya koymaktır²⁹. Komitenin çalışmaları sonucunda Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi ve sözleşmenin adeta gerekçesini oluşturan açıklayıcı memorandumu (açıklayıcı rapor) hazırlanmıştır. Dolayısıyla sözleşme bilişim alanında en kapsamlı uluslararası düzenleme olma özelliğini haizdir³⁰.

Sözleşme 23.11.2001 tarihinde Budapeşte'de imzaya açılmıştır.

²⁴ Cahit Aliusta / Recep Benzer, "Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi ve Türkiye'nin Dahil Olma Süreci, *Uluslararası Bilgi Güvenliği Dergisi*, 4(2), 2018, s. 36.

²⁵ Puschke, s. 11.

²⁶ Puschke, s. 19.

²⁷ Puschke, s. 17.

²⁸ Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Açıklayıcı Memorandum, 2.7 paragraf, <<https://rm.coe.int/16800cce5b#:~:text=The%20Convention%20and%20its%20Explanatory,II>>, Erişim Tarihi 05 Ekim 2021.

²⁹ Önok, s. 1241.

³⁰ Sieber, s. 268.

Sözleşmeyi sadece Avrupa Konseyi'ne üye olan devletler değil, Kanada, Japonya, Arjantin, İsrail ve ABD de imzalamışlardır³¹. Türkiye sözleşmeye 10.11.2010 tarihinde imza koymuştur³². Sözleşme, “Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi” adıyla 22.04.2014 tarihli 6533 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuş olup 02.05.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir³³.

Sözleşmenin açıklayıcı memorandumunun 3. başlık 15 no.lu paragrafında sözleşmenin amaçlarından bahsedilmiştir. Bu amaçlar:

“(1) siber suçlar alanında maddi ceza hukuku unsurlarını ve bağlantılı hükümleri uyumlu hale getirmek³⁴,

(2) bu suçların ve bir bilgisayar sistemi kullanılarak işlenen ya da delilleri elektronik formda olan başka suçların soruşturulması ve kovuşturulması için gerekli olan yerel ceza usulleri hukuku yetkilerini sağlamak

(3) hızlı ve etkin bir uluslararası işbirliği rejimi oluşturmak”

şeklinde öngörülmüştür. Ayrıca sözleşmenin dört bölümden oluştuğu görülmektedir. İlk bölümde suç tanımları, ikinci bölümde bilişim suçlarıyla mücadelede alınacak ulusal düzeydeki önlemler, üçüncü bölüm uluslararası adli yardımlaşmayla ilgili düzenlemeler, dördüncü bölümde ise diğer hükümler yer almaktadır. Sözleşmedeki hükümler ve sözleşmenin açıklayıcı memorandumunu taraf ülkelerin ihdas ettiği düzenlemelerin yorumlanması amacıyla da kullanılmaktadır³⁵.

³¹ Sözleşmeye imza koyan ve onaylayan ülkeler listesi için bkz. Chart of signatures and ratifications of Treaty 185, Title: Convention on Cybercrime, <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=185>>, Erişim Tarihi 05 Ekim 2021.

³² Sözleşmeye imza konulmuşsa da hemen iç hukuka aktarılamamıştır. Zira adli yardım taleplerine sözleşmenin öngördüğü biçimde ve hızlı olarak karşılık vermeye mümkün hale getirecek altyapı ihtiyacının ülke çapında mevcut olmaması buna gerekçe oluşturmaktaydı. Bkz. Önok, s. 1242.

³³ 6533 sayılı Kanun, RG: 28988, <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/05/20140502-12.htm>>, Erişim Tarihi 06 Ekim 2021; Sözleşme bakımından ileri sürülen çekinceler ve beyanlar için bkz. 09.08.2014 tarihli, 2014/6656 sayılı Karar, <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/08/20140809-5.htm>>, Erişim Tarihi 06.10.2021.

³⁴ Bilişim suçlarının karşılaştırmalı hukukta yeknesak bir tanımlanmadığına, var olan tanımların da belirli ve yeterli içerikte olmadığına değinilmektedir. Bkz. Aliusta / Benzer, s. 36; Nitekim, bu yeknesaklığın sağlanmaması etkili bir adli yardımlaşmanın yürütülmesine engel teşkil eder. Bkz. Önok, s. 1233.

³⁵ Jörg Eisele, “Der Kernbereich des Computerstrafrechts”, *JURA*, Heft 12, 2021, s. 923.

Sözleşmenin ilk bölümünde “**Cihazların Kötüye Kullanımı**” başlıklı 6. maddesiyle sözleşmedeki bilişim suçlarıyla ilgili olarak hazırlık hareketlerinin cezalandırılması öngörülmüştür³⁶. Buna göre taraf devletler; yasadışı erişim (madde 2), yasadışı araya girme (madde 3), verilere müdahale (madde 4), sisteme müdahale (madde 5) suçlarını işlemek gayesiyle bilgisayar programı, cihaz, şifre, erişim kodu veya benzer bir veri oluşturmayı ve imal etmeyi suç haline getirmekle yükümlü kılınmışlardır³⁷. İlâveten devletler oluşturulan bu verilerin veya imal edilen ürünlerin satışını, kullanmak maksadıyla temin edilmesini, bulundurulmasını, ithalini, dağıtımını veya başka bir şekilde erişilebilir hale getirilmesini de ceza tehdidiyle karşılamak yükümlülüğü altındadırlar.

Sözleşme, cezalandırılabilirliğin ön alana kaydırılması suretiyle bilişim suçlarının işlenmesinin önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Bunun yanında madde hükmüyle ulaşılmak istenen asıl hedef, uluslararası alanda bilgisayar korsanlığı (hacker) olgusuyla mücadele edebilmek ve bu amaca yönelik tahsis edilen

³⁶ Sözleşmenin 6. maddesi aynen şu şekildedir:

“1. “Taraflardan her biri, kasten ve haksız yere gerçekleştirildiği zaman, aşağıdakilerin kendi iç hukuku kapsamında cezai suç olarak tanımlanması için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir:

a. Aşağıda belirtilenlerin 2 ila 5. maddelerde belirtilmiş herhangi bir suçun işlenmesi için kullanılmalrı amacıyla üretimi, satışı, kullanım amaçlı tedarik edilmesi, ithal edilmesi, dağıtımı veya başka şekilde erişilebilir hale getirilmesi:

i. bir bilgisayar programı da dâhil olmak üzere, öncelikli olarak yukarıda belirtilen 2 ila 5. maddelerde belirtilmiş herhangi bir suçu işlemek amacıyla tasarlanmış veya uyarlanmış bir cihaz;

ii. bir bilgisayar sisteminin tamamına veya herhangi bir kısmına erişimi mümkün kılan bir bilgisayar şifresi, erişim kodu veya benzer bir veri.

ve

b. Yukarıda paragraf a.i veya ii’ de atıfta bulunulmuş bir öğeye, 2 ila 5. Maddelerde belirtilmiş herhangi bir suçun işlenmesi için kullanılması amacıyla bulundurma. Taraflardan biri, yasa gereği cezai sorumluluğun doğması için bahsi geçen öğelerden belli bir sayıda bulundurulmasını şart koşabilir.

2. İşbu madde, bu maddenin 1. paragrafında atıfta bulunulan üretme, satma, kullanım amaçlı tedarik, ithalat, dağıtım veya başka şekilde erişilebilir hale getirme veya bulundurma, 2 ila 5. maddeler uyarınca suç işlemek maksadıyla gerçekleştirilmemesi durumunda, örneğin bir bilgisayar sisteminin yetkililerce test edilmesi veya korunmasının amaçlandığı hallerde, cezai yükümlülük doğuracağı şeklinde yorumlanmayacaktır.

3. Taraflardan her biri, çekincenin işbu maddenin 1.a.ii paragrafında sözü edilen öğelerin satışı, dağıtımı veya başka şekilde erişilebilir hale getirilmesiyle alakalı olmaması kaydıyla, işbu maddenin 1. paragrafını uygulamama hakkını saklı tutabilir.”

³⁷ İslam Safa Kaya / Adem Çakır, “Yasak Cihaz veya Programlar Suçu”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, (38), 2020, s. 36.

araçların karaborsasının oluşmasını engellemektir³⁸. Bu karaborsanın oluşumu, aynı zamanda “siber terörizm”in yaygınlaşmasına da zemin hazırlamaktadır. Zira bu amaçla hareket eden gruplar; gerekli teknik ekipmanı, yöntem bilgisi, veri tabanlarını ve programları bu karaborsadan bulabilmektedir³⁹. Böyle bir karaborsanın oluşumu aynı zamanda başka suçların işlenmesine de zemin hazırlamaktadır. Örneğin, bu amaçla üretilen bir cihazı temin etmek isteyen bir kimse dolandırıcılık suçuna maruz kalabilmektedir. Keza bu amaca yönelik karaborsadan elde edilen şifre dolayısıyla kişinin verileri de çalınabilmekte veya kaybolabilmektedir.

II. YASAK CİHAZ VE PROGRAMLAR SUÇU (TCK M. 245/A)

A. Suç Tipiyle İlgili Genel Bilgiler

Hazırlık hareketlerinin cezalandırılmaması esas kabul edilse de TCK’da bazı suçlarla ilgili olarak bunların cezalandırılması için birtakım özel hükümler ihdas edilmiştir. Diğer bir anlatımla hazırlık hareketlerinin cezalandırılması, bazı suç tipleriyle sınırlı olmak kaydıyla TCK’nın sistemine bütünüyle yabancı değildir. Bunun en bilinen örneğini TCK m. 220 hükmündeki **suç işlemek amacıyla örgüt kurma** suçu oluşturur. Keza TCK m. 200 hükmünde düzenlenen **parada ve kıymetli damgaları yapmayı yarayan araçlar** suçuyla bu alanda işlenen suçların önlenmesi amaçlanmıştır. Yine TCK m. 174 hükmünde yer alan **tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması veya el değiştirilmesi** suçuyla hayata, vücut dokunulmazlığına, toplum veya çevreye karşı işlenecek suçların hazırlık hareketleri cezalandırılmıştır⁴⁰. 5237

³⁸ Sözleşmenin açıklayıcı memorandumu 71. paragraf.

³⁹ “Bugün sanal yeraltı dünyasında aynen fizik dünyada yasal herhangi bir ürünün satış öncesi ve satış sonrası hizmetlerine benzer hizmetler verilmektedir. Nitekim istenen bir zararlı yazılımın oluşturulması için “kendin yap” kitlerinden, zararlı yazılımın oluşturulması, yayılması, zararlı etkinin oluşturulması ve menfaatin teminine kadar sürelerde verilen hizmetlere kadar sanal yeraltı dünyası geniş bir yelpazede potansiyel bilişim suç faillerini desteklemektedir. Sanal yeraltı dünyasında sunulan ürünler de geniş bir alana yayılmaktadır. Örneğin bilişim sistemine yetkisiz erişimi sağlayan araçlar, yetkisiz erişim sonucunda elde edilen mali bilgiler, veri kayıtları IP adresleri gibi sayısal varlıklar (dijital assets), aynen bir bulut hizmeti gibi belli platformda sunulan bilişim suçlarına ilişkin hizmetler bu kapsamda sayılabilir.”

Bkz. Olgun Değirmenci, “Cryptolocker; Bir Fidyeye Virüsünün Ceza Hukuku Açısından Analizi”, *Yaşar Hukuk Dergisi*, 1(2), 2019, s. 186.

⁴⁰ TCK’da belirtilen hazırlık hareketlerinin cezalandırılması sadece bu suçlarla sınırlı değildir. Örneğin, fuhuş suçunu düzenleyen TCK m. 227 f. 1 hükmünde bu durum, “Bu suçun işlenişine yönelik hazırlık hareketleri de tamamlanmış suç gibi cezalandırılır” şeklinde denilmek suretiyle açıkça belirtilmiştir.

sayılı TCK'nın ilk düzenlemesinde ise bilişim suçlarının işlenmesine yönelik hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasına yer verilmemişti⁴¹. Doktrinde de münhasıran bu hazırlık hareketlerinin ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmemesi, eleştiri konusu olmuştu⁴².

24.03.2016 kabul tarihli 6698 sayılı “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu”nun 30. maddesinin 5. fıkrasıyla “Yasak cihaz veya programlar” suçu, TCK'nın İkinci Kısım, Onuncu Bölüm, “Bilişim Alanında Suçlar” başlığı altında, 245/A maddesi olarak şu şekilde düzenlenmiştir:

“Bir cihazın, bilgisayar programının, şifrenin veya sair güvenlik kodunun; münhasıran bu Bölümde yer alan suçlar ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi için yapılması veya oluşturulması durumunda, bunları imal eden, ithal eden, sevk eden, nakleden, depolayan, kabul eden, satan, satışa arz eden, satın alan, başkalarına veren veya bulunduran kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

Düzenlenen bu hüküm 07.04.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁴³. Madde gerekçesinde AK-SSS'nin (Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi) 6. maddesine atıf yapıldığı görülmektedir. Böylelikle sözleşmedeki yükümlülüğün ülkemiz tarafından yerine getirildiğine vurgu yapılmaktadır. Gerekçede hem bilişim suçlarının hem de bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenen suçların caydırıcı ve etkin bir şekilde mücadele ortaya koymak amacıyla bu tür fiilleri suç ve ceza politikası açısından sınırlandırılması ve ceza tehdidiyle yaptırıma bağlanmasında fayda görüldüğü belirtilmektedir. Bu yeni suç tipinin ihdasıyla cezalandırılabilirlik ön plana doğru kaydırılmıştır.

Yukarıda da belirtildiği üzere bilişim alanında karşılaşılan gelişmeler dolayısıyla tehditler hem şekil değiştirmiş hem de sayısı artmıştır. Özellikle

⁴¹ Yalnızca “Banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması” başlığı altındaki TCK m. 245, f. 2’de yer alan başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek banka veya kredi kartında sahtecilik suçu, TCK m. 245, f. 3’te düzenlenen sahte oluşturulan veya üzerinde sahtecilik yapılan banka veya kredi kartını kullanmak suretiyle yarar sağlama suçunun hazırlık hareketini oluşturmaktaydı. Bkz. Ahmet Gül, *Doğrudan-Dolaylı Bilişim Suçları*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 250.

⁴² Murat Volkan Dülger, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 484; Aliusta / Benzer, s. 39.

⁴³ Bkz. 07.04.2016 tarihli, 29677 sayılı Resmi Gazete, <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/04/20160407.htm>>, Erişim Tarihi 26 Ekim 2021.

internet kullanımının genişlemesiyle kullanıcıların farkında olmayacağı ve bilgisayarların koruma programlarını kolaylıkla aşabilecek **kötücül yazılımlar** (malicious software “malware”) da yaygınlaşmıştır⁴⁴. Bu programlar, bilgisayarlara çeşitli şekilde zarar verebilmektedir. İlâveten bu programlar sayesinde bilgisayarın işleyişine herhangi bir zarar vermeksizin de kullanıcıların bilgileri gizli bir şekilde transfer edilebilmektedir. Buna ilişkin tehditler sadece kötücül yazılımla sınırlı değildir, bilakis aygıtlarla birleşebilen donanım veya özel cihazlar aracılığı da karışımıza çıkabilmektedir. Belirtilmelidir ki bilişim suçları; bir cihaz, program, kod ya da şifreye olmaksızın alelade bir bilgisayar kullanılarak da işlenebilir⁴⁵. Ancak TCK m. 245/A hükmünün, içeriği itibariyle **önemli bir boşluğu doldurduğundan bahsetmek mümkündür**⁴⁶. Yukarıda da ifade edildiği üzere, zararlı neticelerin veya tehlike hallerinin gerçekleşmesinin önlenmesi bağlamında bu hükme yer verilmesinin önem arz ettiği sonucuna ulaşılır.

Bu suç tipine ilişkin madde düzenlenmesinin daha doğru bir şekilde yapılmasının mümkün olduğundan bahsedilmektedir⁴⁷. TCK’da genel olarak madde başlıkları düzenlenirken fiil unsuru dikkate alınmaktadır. Bu bağlamda suçun konusunu teşkil eden “yasak cihaz veya programlar” ibaresinin madde başlığı olarak kullanılmasının, kanun sistematigi açısından uygun olmadığına işaret edilmiştir. Aynı sorun TCK m. 200 hükmündeki para ve kıymetli damgaları yapmaya yarayan araçlar suçu bakımından da mevcuttur. Bu doğrultuda her iki hükmün benzer şekilde kurgulandığı sonucuna ulaşmak mümkündür. Buna karşılık ilgili yaklaşımın madde içeriğini yansıtmaktan

⁴⁴ Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku: Özel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 1021.

⁴⁵ Şahin Altuğ, “Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 9(17), 2021, s. 4.

⁴⁶ Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 1021; **Özellikle madde hükmünün banka kartı veya kredi kartlarıyla ilgili işlenen suçlarla mücadelede önem arz ettiğine değinilmiştir. Nitekim Yargıtay kararlarına bakıldığında bilişim suçlarının çoğunluğunun TCK m. 245 hükmü çerçevesinde işlendiği görülmektedir. Bkz. Metin Turan, *Bilişim Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 234, 267; Aynı yönde açıklamalar için bkz. Altuğ, s. 11; Benzer yönde açıklamalar için bkz. Aliusta / Benzer, s. 39.**

⁴⁷ Madde düzenlenmesinin şu şekilde yapılması gerektiği önerilmiştir: “*Bu bölümde düzenlenen suçlar ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesinde kullanmak amacıyla bir cihazı, bilgisayar programını, şifre ve güvenlik kodlarını üreten, ithal eden, temin eden satan, satışa arz eden, satın alan veya bulunduran kişi,cezalandırılır*”. Bkz. Mahmut Koca / İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku: Özel Hükümler*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020, s. 959.

uzak olduğu belirtilmektedir⁴⁸. Öte yandan madde başlığında “**yasak**” ibaresi bulunmasına rağmen, madde metninde buna yönelik bir ifade yer almamaktadır. Bir cihaz veya programın yasaklı olduğunun belirtilebilmesi için önceden takdir edilen bir yasaklama kararının varlığını gerektirmektedir. Fakat madde metninde, yasaklı olup olmadığına değinilmeden bilişim suçları veya bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenen diğer suçlar açısından kullanılan program veya cihazlar dikkate alınmaktadır. Kaldı ki bilişim alanındaki gelişim dolayısıyla yasaklı cihaz ve programların önceden bir liste şeklinde hazırlamak neredeyse imkansızdır. Bu tür nedenlerden dolayı madde başlığının “**suçta kullanılacak cihaz ve programların üretilmesi, yayılması veya bulundurulması**” şeklinde düzenlenmesi önerilmektedir⁴⁹. Bu suç tipine kaynaklık eden AK-SSS’nin 6. maddesi de “**cihazların kötüye kullanılması**” şeklinde düzenlenmiştir. Kanaatimizce de madde başlığına yapılan eleştiriler isabetlidir. Bu bağlamda madde başlığının “**program ve cihazların kötüye kullanılması**” olarak değiştirilmesi önerisine iştirak etmekteyiz⁵⁰. Böylelikle “Bilişim Alanında Suçlar” başlığı altındaki diğer suçlarla da uyumluluk sağlanmış olur.

TCK m. 245/A hükmü, “Bilişim Alanında Suçlar” başlığı altındaki bilişim sistemine girme (TCK m. 243), veri nakillerini teknik araçlarla izleme (TCK m. 243, f. 4)⁵¹, sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme (TCK m. 244), bilişim sistemi aracılığı ile haksız yarar sağlama (TCK m. 244, f. 4) ve banka veya kredi kartlarını kötüye kullanma suçlarının (TCK m. 245) hazırlık hareketlerini cezalandırılmaktadır. Bu yönüyle madde hükmünün AK-SSS’nin m. 6 hükmüyle uyumlu olduğu ifade edilebilir. Benzer şekilde Al. CK §202c hükmüyle veri casusluğu (§202a) ve verilerin ele geçirilmesi (§202b) suçlarının hazırlık hareketlerinin cezalandırılması öngörülmüştür⁵².

⁴⁸ Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 1022.

⁴⁹ Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 1022; Dülger, s. 486.

⁵⁰ Öneri için bkz. Berrin Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017, s. 348; Aynı yönde Karakurt Eren, s. 223; Kaya / Çakır, s. 39; Bundan başka *Korkmaz*, madde başlığının “*cihaz, program, şifre ve güvenlik kodlarının bilişim suçlarının işlenmesi amacıyla bulundurulması, imal ve ticareti suçu*” olarak düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. İbrahim Korkmaz, “Cihaz, Program, Şifre ve Güvenlik Kodlarının Bilişim Suçlarını İşlemek Amacıyla İmal ve Ticareti Suçu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 13(142), 2018, s. 49.

⁵¹ Bu hüküm, 24.03.2016 tarihli 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 30. maddesinin 4. fıkrasıyla getirilmiştir.

⁵² İlgili hüküm, 41. Ceza Kanunu değişikliği (41. Strafrechtsänderungsgesetz-StrÄndG) ile getirilmiştir. Bkz. Bundesgesetzblatt, 07.08.2007, <https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl107s1786.

⁵³. Bu hükümle bahsi geçen suçların işlenmesi amacıyla bilgisayar korsanlığı araçlarının imal edilmesi, kendisi veya başkası için tedarik edilmesi, satılması, başkasına devredilmesi, yayılması veya başka bir şekilde erişilebilir kılınması suç olarak kabul edilmiştir⁵⁴.

Bahse konu suç tipi, yalnızca bilişim suçlarının hazırlık hareketlerini cezalandırmamaktadır. Madde, “*bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle*” veya “*bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle*” işlenebilen diğer suçların hazırlık hareketlerini de cezalandırılabilirlik kapsamına almıştır⁵⁵. Bu durumda ilk olarak “*bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle*” nitelikli hırsızlık (TCK m. 142, f. 2, bent e) veya kumar oynanması için yer ve imkan sağlama (TCK m. 228, f. 3) suçları ve “*bilişim sistemlerinin banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle*” nitelikli dolandırıcılık (TCK m. 158, f. 1, bent f) suçu akla gelmektedir. Esasında bu hükümler

pdf%27%5D__1635329751072>, Erişim Tarihi 26 Ekim 2021; 20.11.2015 tarihli Kanun değişikliği öncesi madde hükmü aynen şu şekildedir:

“(1) Her kim 202a veya 202b maddelerinde belirtilen suçların işlenmesine hazırlamak üzere,

1. verilere giriş yapmayı sağlayan (m. 202a fıkra 2) şifre ve sair güvenlik kodlarını veya, 2. bu tür filleri işlemeyi amaçlayan bilgisayar programları

üretir, kendisine veya bir başkasına sağlar, satar, bir başkasına verir, yayar veya sair bir şekilde ulaşılabilesini sağlarsa, bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) 149’uncu maddenin 2. ve 3. fıkraları kıyasen uygulanır.” Bkz. Feridun Yenisey / Gottfried Plagemann, *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch*, 2. Baskı, Beta Yayınevi, 2015, s. 312.

⁵³ Söz konusu §202c hükmünün madde başlığı “**veri casusluğunun ve verilerin ele geçirilmesinin hazırlığı**” (Vorbereiten des Ausspähens und Abfangens von Daten) şeklindedir. Madde başlığı bakımından yöneltilen eleştirilerin burada da cari olduğu ileri sürülebilir. Buna karşılık Avusturya Ceza Kanununun §126c hükmünün başlığı “**bilgisayar programlarının veya giriş verilerinin kötüye kullanılması**” (Missbrauch von Computerprogrammen oder Zugangsdaten) şeklinde olup AK-SSS’nin 6. maddesine uyumlu olarak oluşturulmuştur. Bkz. Avusturya Ceza Kanunu, <<https://www.jusline.at/gesetz/stgb/paragraf/126c>>, Erişim Tarihi 26 Ekim 2021.

⁵⁴ Nina Nestler, “Hacker-Tools im StGB”, *Juristische Ausbildung*, (6), 2021, s. 629.

⁵⁵ Doktrinde “*Bilişim Alanında Suçlar*” başlığı altında yer alan bilişim sistemine girme (TCK m. 243), sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme (TCK m. 244) ve banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması (TCK m. 245) suçları “doğrudan bilişim suçları”, “bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle” işlenebilen diğer suçların ise “dolaylı bilişim suçları” olarak adlandırıldığı görülmektedir. TCK m. 245/A hükmünde düzenlenen suçun da dolaylı bilişim suçu olduğu vurgulanmaktadır. Bkz. Turan, s. 74; Fakat TCK m. 245/A hükmünün de doğrudan bilişim suçu kapsamına girdiği ifade edilmektedir. Bkz. Gül, s. 346 vd.

suçun nitelikli unsuru olarak düzenlenmiştir. Ancak “*bilişim sistemi*” kavramı kullanılmaksızın da hem TCK’daki hem de diğer kanunlarda yer alan bazı suçların bilişim araçları vasıtasıyla işlenebilmeleri pekâlâ mümkündür⁵⁶. Haberleşmenin engellenmesi (TCK m. 124), hakaret (TCK m. 125), haberleşmenin gizliliğini ihlal, (TCK m. 132), kişisel verilerin kaydedilmesi (TCK m. 135), verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme (TCK m. 136), müstehcenlik (TCK m. 226), ses ve görüntülerin kayda alınması (TCK m. 286) gibi suçlar buna örnek oluşturur. Bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların hepsini bu çalışmada zikretmek oldukça güçtür⁵⁷. TCK m. 245/A’daki yer alan “*bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle*” ifadesinin yalnızca nitelikli hırsızlık, nitelikli dolandırıcılık ve kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçlarıyla sınırlı olmadığını vurgulamak gerekir. Burada suça ilişkin fiillerin, bilişim sistemleri aracılığı ile işlenmesinin elverişli olup olmadığını araştırmak gerekir. Bu hususlar nazara alındığında TCK m. 245/A hükmünün uygulanma kapsamının AK-SSS m. 6 hükmünden daha geniş olduğu sonucuna ulaşılır⁵⁸.

Benzer şekilde Al. CK §263a/3 hükmünde bilgisayar dolandırıcılığı (Computerbetrug) suçunun hazırlık hareketleri cezalandırılmıştır. Ancak bu hüküm AK-SSS’nin 6. maddesi uyarınca düzenlenmiş değildir, bilakis sözleşmenin iç hukuka yansıtılmasından önce 22.12.2003 tarihli Kanun değişikliği ile getirilmiştir⁵⁹. Ayrıca verilerin değiştirilmesi suçunu

⁵⁶ Kaya / Çakır, s. 39.

⁵⁷ Örneğin, 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu m. 36 hükmünde yer alan “sahte belge düzenlenmesi” ve m. 37’deki “gerçeğe aykırı beyan, sözleşme ve eki belgelerde sahtecilik” suçları; 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 71 hükmünde düzenlenen “manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz” ve m. 72’de mevcut olan koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri suçları; 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu m. 16’da ihdas olunan “imza oluşturma verilerinin izinsiz kullanımı” ve m. 17’de yer alan “elektronik sertifikalarda sahtekarlık” suçları; Ödeme ve Menkul Kıymet Muta-bakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanunun m. 28 hükmünde düzenlenen “izinsiz faaliyette bulunmak”, m. 29’da belirtilen “denetim ve gözetim faaliyetlerini engellemek ve istenilen bilgileri vermemek” ve m. 31’de zikredilen “belgelerin saklanması ve bilgi yükümlülüğüne aykırı davranmak” suçları, bilişim sistemlerinin kullanılması dolayısıyla işlenebilmektedir. Bkz. Kaya / Çakır, s. 40.

⁵⁸ Maddenin oldukça geniş bir şekilde kaleme alındığına vurgu yapılmıştır. Bkz. Değirmenci, “Cryptolocker...”, s. 192.

⁵⁹ İlgili hüküm 35. Ceza Kanunu değişikliği (35. StrÄndG) ile getirilmiştir bkz. Bundesgesetzblatt 22.12.2003, <https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=//%5B@attr_id=%27bgb1103065.pdf%27%5D#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgb1103065.pdf%27%5D_1633808646777>, Erişim Tarihi 09 Ekim 2021; Keza bu kanun değişikliğine Avrupa Konseyi’nin 25.05.2000 tarihli 2000/383/JHA sayılı

(Datenveränderung) düzenleyen §303a hükmünün 3. paragrafına ve bilgisayar sabotajı suçuna (Computersabotage) yer veren §303b hükmünün 3. paragrafına bakılmalıdır⁶⁰. Bu hükümler ise Al. CK §202c hükmüne atıf yapmaktadır. Dolayısıyla bu suçların da hazırlık hareketleri cezalandırılmaktadır. Bu itibarla Al. CK'nın hem §202c hükmüyle hem de §263a/3 hükmüyle hazırlık hareketleri cezalandırılmaktayken TCK'nın 245/A maddesi tek başına bu ihtiyacı karşılamaktadır⁶¹. Bu gerekçeyle maddenin belli sınırları ihtiva etmediği ve bu durumun kanunilik ilkesine aykırı olduğu yönündeki eleştirilere⁶² **iştirak etmemekteyiz. Aksi takdirde bilişim suçlarının araç olarak kullanılması suretiyle işlenen her suça yönelik Al. CK'daki gibi** ayrı bir madde hükmünün düzenlenmesi söz konusu olurdu. Bu noktada bahse konu suçun TCK'da belirtilen sistemle uyumlu olduğunu ifade etmek mümkündür.

AK-SSS, yukarıda zikrettiğimiz 22.04.2014 tarihli 6533 sayılı Kanunla, 02.05.2014 tarihinde iç hukuka aktarılmıştır. TCK m. 245/A hükmü ise 07.04.2016 tarihinde yürürlük kazanmıştır. Bu iki tarih arasında işlenen fiiller bakımından herhangi bir ceza hukuku sorumluluğu olup olmadığını belirlemek gerekir. Anayasanın m. 90, f. 5 hükmü uyarınca usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası antlaşmalar kanun hükmündedir. İşaret edilmelidir ki, ceza hukukuna dair hükümler ihtiva eden uluslararası sözleşmeler, temel hak ve özgürlüklere ilişkinse müstakil bir kanuni düzenleme olmaksızın doğrudan uygulamaya konulabilirler⁶³. Fakat AK-SSS m. 6 hükmünde bir suç tanımlaması varsa da buna ilişkin bir yaptırım belirtilmemiştir. Bu yüzden

çerçeve kararı kaynaklık etmektedir. Madde hükmü şu şekildedir:

“(3) Amacı bu madde kapsamına giren fiiller işlemek olan bilgisayar programlarını; imal etmek, kendisi veya başkası için temin etmek, satışa sunmak, bulundurmak veya başkasına bırakmak suretiyle, birinci fıkrada belirtilen suçlardan birini hazırlayan kişi, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.” Bkz. Yenisey / Plagemann, s. 380.

⁶⁰ İlgili hüküm, 41. Ceza Kanunundeki değişikliği (41. Str.ÄndG) ile getirilmiştir. Bkz. Bundesgesetzblatt, 07.08.2007, <https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl107s1786.pdf%27%5D__1635329751072>, Erişim Tarihi 26 Ekim 2021.

⁶¹ Doktrinde Al. CK'daki TCK m. 245/A hükmüne karşılık gelecek düzenleme bakımından yapılan açıklamaların eksik olduğu kanaatindeyiz. İlgili çalışmaların birinde m. 245/A hükmüne yalnızca §202c hükmünün benzediği ileri sürülmektedir. Bkz. Karakurt Eren, “Bilişim Alanında...”, s. 229. Bir başka çalışmada ise bu suça karşılık olarak münhasıran Al. CK. §263a/3 hükmü gösterilmektedir. Bkz. Kaya / Çakır, s. 41, 42.

⁶² Korkmaz, s. 52; Aynı yönde, bkz. Karakurt Eren, “Bilişim Alanında...”, s. 231; Kaya / Çakır, s. 40.

⁶³ Mahmut Koca / İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 52.

TCK m. 245/A hükmünün yürürlüğe konmasından evvel işlenen fiiller ceza hukukuna tabi olmayacaktır⁶⁴.

B. Korunan Hukuki Değer

Bilişim suçlarının veya bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen suçların işlenmemesi adına, ön aşamada ceza hukuku müdahalesi mümkün kılınarak bir cihaz, bilgisayar programı, şifre ve sair güvenlik kodunun imal edilmesi, depolanması ve dolaşıma sokulması yasaklanmaktadır⁶⁵. Nitekim bu fiillerin işlenmesiyle bilişim sistemlerinin aksaması, kullanıcıların veri kaybı veya çalınması ve maddi zararın gerçekleşebilme ihtimalleri doğmaktadır.

Korunan hukuki değer bakımından bu suç tipi ile diğer bilişim suçları arasında bir farklılığının bulunmadığı vurgulanmaktadır⁶⁶. Bahse konu suç bakımından korunan hukuki değer, bilişim sistemine duyulan güvenidir⁶⁷. Toplumdaki bireyler bu sistemlerin doğru, hatasız ve hızlı bir şekilde işleyebildiğine ilişkin bir güven duyarlar. Suçun işlenmesiyle bireylerin bu güveni sarsılmaktadır. Ne de olsa bilişim sistemleri sayesinde sesli-görüntülü iletişim, elektronik imza, ulusal-uluslararası ticari ilişkiler, internet bankacılığı hizmeti, para aktarımı, elektronik ticaret ve bunun gibi birçok gelişme hayata dahil olmuştur ki buna ilişkin alanların korunmaya muhtaç olduğuna dikkat çekilmektedir⁶⁸.

Bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenen diğer suçlara yönelik hazırlık hareketlerinin bu madde hükmüyle cezalandırılmasının mümkün hale getirilmesi korunan hukuki değer açısından çeşitli tartışmalara neden olmuştur. Bu durum bu suçla birden fazla hukuki değer korunduğu ihtimalini gündeme getirmektedir. Belirtildiği üzere bilişim sistemlerine duyulan güven nedeniyle bireyler kendi özel hayatını bilişim alanına açabilmektedir. Bu bağlamda özel hayatın gizliliği hakkının da suçta korunan hukuki değer olduğu ifade edilebilir. Buradan hareket edildiğinde kişinin

⁶⁴ Korkmaz, s. 47.

⁶⁵ Koca / Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 959.

⁶⁶ Nestler, s. 630.

⁶⁷ Koca / Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 960. Bu güven dolayısıyla kişilerin veriler üzerindeki tasarruf yetkisi de korunmaktadır. Benzer durumun Al. CK § 263a/3 hükmü açısından da geçerli olduğuna değinilmiştir. Bkz. Nestler, s. 637.

⁶⁸ Cengiz Apaydın, "Yasak Cihaz veya Program Oluşturma, Bulundurma, Taşıma veya Satma Suçu", *Terazi Hukuk Dergisi*, 15(163), 2020, s. 564.

maddi ve manevi varlığını geliştirebilme hakkına (Anayasa m. 5, 17), ilaveten malvarlığı hakkının da korunduğu belirtilerek bu suç bakımından birden fazla hukuki değerin korunduğuna işaret edilmektedir⁶⁹. Diğer taraftan bu suç tipinin bir tehlike suçu olması dolayısıyla asıl olarak toplum güvenliğinin korunduğu belirtilmiştir. Bunun yanında özel hayatın gizliliği, malvarlığı ve haberleşme özgürlüğünün de korunmak istendiğine vurgu yapılmıştır⁷⁰. Kanaatimizce de bu suç dolayısıyla hem bilişim sistemlerine yönelik toplumdaki bireylerin güveni hem de bu araçlarla işlenecek diğer suçlardaki hukuki değerler korunmaktadır⁷¹.

C. Suçun Unsurları

1. Suçun Maddi Unsurları

a. Fail-mağdur

Faillik açısından suç tanımında herhangi bir özellik bulunmamaktadır. Dolayısıyla herkes bu suçun faili olabilmektedir. Bununla birlikte maddede yer alan bazı fiiller, çok failli bir suçu akla getirmektedir. Örneğin, ithal-ihraç, satma-satın alma, verme-kabul etme fiilleri bu bağlamda değerlendirilebilir⁷².

Suçun özgü bir suç olmaması dolayısıyla maddede belirtilen fiilleri gerçekleştirilmesi için failin, bilgisayar ya da bilişim alanında uzman bir kişi olmasına gerek yoktur⁷³. Buna karşılık doktrinde maddedeki suçları işlemeye elverişli cihaz veya yazılım imal eden kimsenin herkeste olmayan bir uzmanlığa sahip olduğu gerçeğine işaret edilmektedir⁷⁴. Bu noktada uzman bir kişi veya bilgisayar korsanı tarafından bu suçun işlenmesinin suçun nitelikli unsurunun oluşturması gerektiği ileri sürülebilir. Maddede bu yönde bir hüküm bulunmaması nedeniyle bu kişilerin yazılım, cihaz şifre ya da sair güvenlik kodunu imal etmesinin yalnızca cezanın belirlenmesi (TCK m. 61) bağlamında dikkate alınabileceği unutulmamalıdır.

İlgili suç tipi hazırlık hareketlerini cezalandırdığından henüz bilişim

⁶⁹ Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 956.

⁷⁰ Gül, s. 347.

⁷¹ Dülger, s. 488.

⁷² Koca / Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 960. Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s. 350, Dülger, s. 488.

⁷³ Karakurt Eren, "Bilişim Alanında...", s. 225.

⁷⁴ Kaya / Çakır, s. 44.

sistemlerine yönelen bir saldırı veya bilişim sistemlerinin araç olarak kullanıldığı bir suç söz konusu değildir. Dolayısıyla suçun mağdurunun toplumu oluşturan herkes olduğu belirtilmelidir⁷⁵.

b. Suçun konusu

Eşya veya şahsın fiziki veya cismani yönü suçun konusunu oluşturmaktadır⁷⁶. Diğer bir anlatımla tipik hareketin yöneldiği kişi ya da şey, suçun konusunu ifade etmektedir⁷⁷. Esasında maddede bahsi geçen bilgisayar programı, cihaz, şifre veya sair güvenlik kodu fiil araçlarıdır (Tatwerkzeuge)⁷⁸. Fiil araçları, suçun konusuna dahil olsalar da bunlar üzerinde herhangi bir zarar ve tehlike meydana gelmemektedir. Dolayısıyla bilgisayar programı, cihaz, şifre veya sair güvenlik kodunun yanı sıra, bilişim sistemleri de suçun konusunu oluşturmaktadır. Bilişim sistemlerinin araç olarak kullanıldığı diğer suç tipleri göz önüne alındığında, bireylerin malı, özel hayatı ve kişisel verileri de bu suçun konusuna dahil olurlar.

İlgili suç tipinin gerçekleştirilmesiyle bilişim sistemi ve diğer konular üzerinde herhangi bir zarar ya da tehlike ortaya çıkmamaktadır. Dolayısıyla bu suç tipi soyut tehlike suçuna örnek oluşturur⁷⁹. Sırf hareket suçları öncesinde suçlar; sözcüğü “masum” nesnelere bulundurma ve soyut tehlike suçları, hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasının başlıca örneklerini oluşturur⁸⁰. Belirtmek gerekir ki, üçüncü kişilerin mevcut cihaz ve programları suç işlemek amacıyla kullanabilme ihtimali, bu hazırlık hareketinin cezalandırılabilmesinin önemli bir göstergesini teşkil eder⁸¹.

Soyut tehlike suçlarında suçun konusu bakımından bir tehlikenin oluşup oluşmadığı hakim tarafından araştırılmamaktadır. Fakat hareketin yapılmasıyla somut tehlike meydana gelmese de esasında bir **tehlike kaynağı (Gefahrenquelle)** yaratılmaktadır. Kanun koyucu, buradaki tehlike

⁷⁵ Koca / Üzülmüş, *Özel Hükümler*, s. 960. Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s. 350.

⁷⁶ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 17. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 219; Artuk / Gökçen, Çakır / İçer, s. 316.

⁷⁷ Koca / Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s.118.

⁷⁸ Fiil araçları ile ilgili ayrıntılı bilgi bkz. Ünal, “Tehlike Suçları...”, s.138 vd.

⁷⁹ Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s. 349. Apaydın, s. 564. Benzer şekilde Al. CK. 202c hükmünün de soyut tehlike suçu olduğu ifade edilmektedir. Eisele, s. 928; Nestler, s. 629, 630.

⁸⁰ Bozbayındır, s. 38.

⁸¹ Weber, s. 16.

kaynağının oluşumunu genel tehlikeli olarak kabul ederek başlı başına cezalandırma yoluna gitmektedir⁸². Burada cezalandırmayı haklı gösteren tehlikelilik, hazırlık hareketi ile gelecekte gerçekleşen bir zarar eylemi arasındaki ilişkiden ileri gelmektedir⁸³. Bu ilişki kurulamıyorsa soyut tehlike suçunun doğru bir şekilde kurgulanmadığı sonucuna ulaşılır. TCK m. 245/A hükmü bu çerçevede değerlendirildiğinde ilgili cihaz, program, şifre ve sair güvenlik kodlarının bilişim suçları ve bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılmasıyla işlenen diğer suçlar bakımından bir tehlike kaynağı olduğu açıktır. Bu doğrultuda ilgili haksızlığın, cezaya muhtaç oluşundan bahsetmek mümkündür. Öte yandan hakim, soyut tehlike suçu açısından tehlikenin somut olarak meydana gelip gelmediğini araştırmıyorsa da suçun oluşup oluşmadığı noktasında tehlike kaynakları üzerinde bir araştırma yapabilir. Bu araştırma; ilgili cihaz, program, şifre veya sair güvenlik kodlarının, madde hükmünde belirtilen suçların işlenmesinde, elverişli nitelik taşıyıp taşımadığı ile alakalıdır⁸⁴. Nitekim madde gerekçesinde de bu hususa vurgu yapılmıştır. Şayet bulundurulan cihaz, madde hükmünde belirtilen suçları işlemeye elverişli değilse suçun konusunun yokluğundan bahsedilir. Bu durumda işlenemez suç söz konusu olduğundan failin, suç işleme yönünde kastı dahi olsa ceza hukuku sorumluluğuna gidilmeyecektir⁸⁵. Bu yüzden bunların niteliğinin tespitinde ise uzman bir kişinin görüşüne⁸⁶ veya ilgili kurumların raporuna ihtiyaç duyulmaktadır⁸⁷.

⁸² Ünal, “Tehlike Suçları...”, s. 208, 276.

⁸³ Puschke, s. 12.

⁸⁴ Al. CK. § 202c hükmünde de bilgisayar programlarının bahsi geçen suçları işlemeye uygun ve bu amaçlı olup olmadığının objektif bir şekilde araştırılması gerekmektedir. Martin He-ger, “§ 202c” Kn. 3, in Karl Lackner / Kristian Köhl (Ed.), *Strafgesetzbuch-Kommentar*, 29. Auflage C.H Beck, 2018; Avusturya Ceza Kanununun §126c/2 hükmünde de bu elverişlilikğe vurgu yapılmıştır. Buna göre cihaz, şifre ve diğer giriş kodlarının kullanım tehlikesi ortadan kalmışsa bu takdirde faile ceza verilemeyecektir.

⁸⁵ Tekin, s. 52.

⁸⁶ Koca / Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 960.

⁸⁷ Yargıtay bu suça benzeyen para ve kıymetli damgaları yapmaya yarayan araçlar suçu (TCK m. 200) bakımından şu şekilde bir içtihatla bulunmuştur:

“ Suça konu ele geçen alet ve malzemelerin TCK.nun 200. maddesi kapsamında para ve kıymetli damgaları yapmaya yarayan araçlar olup olmadığı hususlarında, 5271 sayılı CMK.nun 73. maddesindeki zorunluluk gözetilerek anılan madde hükmü gereğince T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğünden rapor alınarak sonucuna göre sanıkların hukuki durumunun takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden,... Kriminal Polis Laboratuvarı Müdürlüğü'nün 02.05.2011 tarihli ekspertiz raporuna dayanılıp eksik araştırma ile sanıklar hakkında yazılı biçimde hüküm kurulması...” Bkz. Yargıtay 8. CD, 2019/1929E., 2021/491K., 18.01.2021, <<https://www.sinerjimevzuat.com>.

Suç tipinin daha iyi anlaşılması için, suçun konusunun (fiil araçlarının) ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir. Öncelikle cihaz, temel olarak “alet”, “aygıt” veya “takım” anlamına gelen bir sözcüktür⁸⁸. Esasında bir donanım unsuruna işaret eden cihaz, cismani bir varlığı belirtir⁸⁹. AK-SSS m. 6/1-a-i hükmünde ise cihazın kapsamına bilgisayar programı da girmektedir. Bununla birlikte sözleşmenin açıklayıcı memorandumunda bilgisayar sistemi, hem donanım hem de yazılım (program)⁹⁰ unsurundan oluşan bir cihaz olarak nitelendirilmiştir. Her ne kadar cihaz bir donanım unsurunu belirtse de bu donanım, yazılım olmaksızın çalışmamaktadır. Aynı şekilde donanım olmadan da yazılımın bir hükmü bulunmamaktadır⁹¹. Kısaca cihaz bir donanım unsuru olarak belirtilse de hem sözleşmede hem TCK’da bu kavramın tanımlanmadığı görülmektedir⁹². Böyle bir tanımın yapılmasına ihtiyaç da yoktur. Zira cihaz kavramının bilişim sistemine bağlanma, eklenebilme ve ihtiyaç duyulduğu takdirde yeniden çıkarılabilir özelliğine sahip bir donanım olduğu noktasında bir kuşku bulunmamaktadır.

Doktrinde bu cihazların ileri teknoloji ürünü olup olmadığı tartışılmaktadır. İleri sürülen bir görüşe göre, suçun işlenebilmesi için cihazların ileri teknoloji ürünü olmasına ihtiyaç bulunmamaktadır⁹³. Buna karşılık bir bilişim sisteminin çalışma düzenine normal düzeyde etki eden her araç cihaz kapsamına girmemektedir. Bu bahisle ATM cihazlarında kart ya da para sıkıştırmasında kullanılan saç tokası gibi basit ve sahte kart üretilmesine hazırlanan beyaz plastik kartlar cihaz olarak nitelendirilmemelidir⁹⁴. Önemli olan cihazın bilişim suçlarının ve bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılmasıyla işlenen

tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-918#>, Erişim Tarihi 12 Kasım 2021.

⁸⁸ Türk Dil Kurumu, “Cihaz”, <<https://sozluk.gov.tr/>>, Erişim Tarihi 19 Ekim 2021.

⁸⁹ Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 1023.

⁹⁰ Kural olarak yazılım, programın bir üst kavramını oluşturmaktadır. Esasında yazılım, program ve veri olmak üzere iki temel unsura dayanmaktadır. Ancak her iki kavram aynı anlamda kullanılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Osman Gazi Ünal, “Bilgisayarlar, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma” *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, 2011, s. 8.

⁹¹ Cihazın donanım ve yazılımı da karşılayan bir ibare olduğu ve bu yüzden zararlı yazılımların da genel olarak bu çerçevede ele alınması gerektiği ileri sürülmektedir. Değirmenci, “Cryptolocker...”, s. 190.

⁹² Kaya / Çakır, s. 43.

⁹³ Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 1023.

⁹⁴ Aksi takdirde cihaz kavramının aşırı şekilde genişleyeceğine vurgu yapılmaktadır. Bkz. Karakurt Eren, “Bilişim Alanında...”, s. 224.

diğer suçların gerçekleştirilmesine övgülenmiş olmasıdır⁹⁵.

Cihazla ilgili olarak birtakım örneklerden bahsetmek gerekir. Kibrit kutusu boyutunda olan ve “papağan” olarak da adlandırılan okuyucu (reader) cihazı sayesinde, kredi kartı veya banka kartı içindeki tüm veriler kopyalanmakta ve kopyalanan bu bilgiler banka veya kredi kartı sahteciliği için kullanılmaktadır. Bu cihazla elde edilen kart bilgileri kodlayıcı (encoder) adlı cihazla boş bir kartın arkasındaki manyetik kısma yüklenmekte ve bu sayede sahte banka veya kredi kartı imal edilmektedir. Ayrıca ATM’lerin kart giriş kısmına takılan “skimmer” adlı cihazla banka veya kredi kartı bilgileri elde edilebilmektedir. Ancak bu cihazla yalnızca kartın arkasındaki manyetik bilgiler ele geçirildiği için kartın şifresi için ayrı bir cihaza ihtiyaç duyulmaktadır. Bu yüzden ATM’ye sahte klavye (Pinpad) ya da klavyeyi gösteren gizli bir kamera yerleştirilmektedir⁹⁶.

Bilgisayar programları, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun m. 1/B hükmünün g bendinde,

“Bir bilgisayar sisteminin özel bir işlem veya görev yapmasını sağlayacak bir şekilde düzene konulmuş bilgisayar emir dizgesini ve bu emir dizgesinin oluşum ve gelişimini sağlayacak hazırlık çalışmalarını, ...ifade eder.”

şeklinde tanımlanmıştır. AK-SSS’nin 6. maddesinde bilgisayar programından bahsedilmekle birlikte açıklayıcı memorandumda “*istenen sonucu elde etmek için bilgisayar tarafından yürütülebilen bir dizi komut*” şeklinde bir tanımlama yapılmıştır. Temel olarak kullanıcılar, program vasıtasıyla bilgisayarlar üzerinde çeşitli işlemler yapabilmektedirler. Yapılan bu işlemler kötü amaçlı da olabilir. TCK m. 245/A maddesinde bahsi geçen bilgisayar programları ise yukarıda kısmen zikrettiğimiz kötücül yazılımlardır. Bu yazılımlar sayesinde bilişim sistemleri çökmekte, bilişim sistemlerine hukuka aykırı bir şekilde girilmekte verilerin ele geçirilerek başka bir yere transferi gerçekleştirilmekte veya kişinin malvarlığında bir zarar meydana gelebilmektedir. Cihazlarda nasıl ki belirtilen amaçlara ulaşmada bir övgüleme varsa benzer durum bilgisayar programlarında da mevcuttur. Şayet programın niteliğinde bir suçta övgülenme durumu anlaşılıyorsa uygunsuz kullanım da cezai sorumluluk

⁹⁵ Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 1023.

⁹⁶ Genel bilgi için bkz. Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s. 350, 351.

doğurmaz⁹⁷. Buradan hareketle her türlü program kötücül yazılım kapsamına girmemektedir. Virüsler⁹⁸, truva atları (trojan horse)⁹⁹ mesaj sağanaları (spam)¹⁰⁰, bilgisayar solucanları (worms)¹⁰¹, arka kapılar (backdoor)¹⁰², klavye dinleme sistemleri/tuş kaydediciler (keylogger)¹⁰³, korunmasızlığı

⁹⁷ Eisele, s. 929.

⁹⁸ “Kendisinin değiştirilmiş bir kopyasını eklemek için işletim sistemlerini ve programları değiştiren veya çalışmaz hale getiren veya onlara zarar veren programlardır”

(Akbulut, Bilişim Alanında Suçlar, s. 76). Örneğin, fidye virüsü ile öncelikle hedef bilişim sisteminde girilmektedir. Akabinde bilişim sistemine yüklenerek zararlı etki gerçekleştirildikten sonra menfaat temini için farklı teknikler icra edilmektedir. Bu doğrultuda kullanıcının verilerine erişmesi zorlaştırılmakta, hem dosya içeriği ve dosya adı şifrelenebilmektedir. Fidyeye karşılığında kullanıcılar bu verilere tekrar erişebilmektedir. Bkz. Değirmenci, “Cryptolocker...”, s. 178; İlgili fidye, kripto para olarak da istenebilmektedir. Eylem Aksoy Retornaz / Osman Gazi Güçlütürk, *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk*, Oniki Levha Yayıncılık, 2020, s. 309.

⁹⁹ “...dışarıdan bakıldığında güvenli ve faydalı olarak değerlendirilen ancak görünümünden ve görünürdeki amacından farklı olarak, gizlenmiş olduğu kötü amaç doğrultusunda hareket eden, zararlı ve aldatıcı nitelikteki yazılım programı...”

Bkz. Engin Erken, in “Truva Atı”, in Naci Akdemir / Can Ozan Tuncer (Ed.), *Siber Ansiklopedi: Siber Ortama Çok Disiplinli Bir Yaklaşım*, Pegem Akademi, 2021, s. 582.

¹⁰⁰ “Türkçe siber suç ve siber güvenlik literatürüne istenmeyen mesaj olarak kazandırılması amaçlanan spam terimi, “internet üzerinden veya herhangi bir elektronik mesajlaşma sistemi aracılığıyla toplu olarak gönderilen kullanıcı tarafından istenmeyen” mesajlar olarak tanımlanır”.

Bkz. Fatma Saliha Biter, “İstenmeyen Mesaj (Spam)”, in Naci Akdemir / Can Ozan Tuncer (Ed.), *Siber Ansiklopedi: Siber Ortama Çok Disiplinli Bir Yaklaşım*, Pegem Akademi, 2021, s. 251; Esasında spam mesajlar, kötücül yazılım kapsamına girmezler. Ancak kişinin e-posta hesabını kullanamayacak hale getiren spam mesaj üreten programlar bu suç kapsamında mütalaa edilir.

¹⁰¹ “Bilgisayar solucanları (worms) bilgisayar sistemlerindeki açık, kusur ve hataları tespit edip kullanıcının herhangi bir eylemine ihtiyaç duymadan kendini yayabilen bir zararlı yazılım (malware) çeşididir.”

Bkz. Cem Eroğlu, “Stuxnet Solucanı Saldırısı-2010”, in Naci Akdemir / Can Ozan Tuncer (Ed.), *Siber Ansiklopedi: Siber Ortama Çok Disiplinli Bir Yaklaşım*, Pegem Akademi, 2021, s. 526.

¹⁰² “Bir arka kapı, bir bilgisayara veya başka bir sisteme uzaktan erişim sağlamak için kullanılan güvenlik mekanizmalarını atlayan herhangi bir gizli yöntemdir.”

Bkz. Gazi Erkan Bostancı, “Arka Kapı”, in Naci Akdemir/Can Ozan Tuncer (Ed.), *Siber Ansiklopedi: Siber Ortama Çok Disiplinli Bir Yaklaşım*, Pegem Akademi, 2021, s. 23.

¹⁰³ “Tuş kaydediciler (keylogger), klavyede basılan her vuruşu belirli metin dizisi haline getirerek sürekli olarak kaydeder ve ađ üzerinden ya da e-posta olarak kişilere verileri ileten casus programlardır.”

Bkz. Hilal İfaket Akbaş, “Tuş Kaydedici (Keylogger)”, in Naci Akdemir / Can Ozan Tuncer (Ed.), *Siber Ansiklopedi: Siber Ortama Çok Disiplinli Bir Yaklaşım*, Pegem Akademi, 2021, s. 584.

sömürü haline getiren programlar (exploits)¹⁰⁴, tarayıcı ele geçirmeyi/tarayıcı korsanlığını hedefleyen programlar (browser hijacking-browser hacking)¹⁰⁵, kök kullanıcı takımları/kökset (rootkit)¹⁰⁶ ve casus yazılımlar (spyware)¹⁰⁷ kötücül yazılımlara örnek oluşturur^{108, 109}. Bununla birlikte kötücül yazılımların zikredilen örneklerle sınırlı olmadığı aşıkardır¹¹⁰. Fakat güvenlikle ilgili

¹⁰⁴ Örneğin, Windows işletim sisteminde kullanılan uygulama programının zayıflığı ya da kırılganlığı hakkında bilgileri vermek veya kötücül yazılımları tanıtmak için “sömürü” (exploits) programlarının bulundurulması da suç kapsamındadır. Bkz. Dülger, s. 485.

¹⁰⁵ “Tarayıcı korsanlığı: Bilgisayar korsanları ve çevrim içi reklamcılarının kullandığı web tarayıcısının kontrolünü ele geçirmek için kullanılan bir yöntemdir. Tarayıcı korsanlığı en çok web trafiğini yeniden yönlendirmek, varsayılan tarayıcı ayarlarını değiştirmek veya kurbanı reklamları tıklamaya zorlamak için kullanılır.”

Bkz. Süleyman Çalışkan, “Ele Geçirme (Hijacking)”, in Naci Akdemir / Can Ozan Tuncer (Ed.), *Siber Ansiklopedi: Siber Ortama Çok Disiplinli Bir Yaklaşım*, Pegem Akademi, 2021, s. 185; Esasında tarayıcı korsanlığı herhangi bir program imal etmeden de yapılabilir. Fakat bu korsancılığı kolaylaştıran programların üretilmesi bu suç kapsamında ele alınmalıdır.

¹⁰⁶ “Korsanlık amaçlı programlar adıyla da bilinen kökset (rootkit) istismarı; bir bilgisayar üzerinde çalışan programları gizleyen zararlı bir yazılım olarak sızdıkları hedef bilgisayarda yüklü işletim sisteminin arka planında gizli olarak çalışan programlar dizisini tanımlamak için kullanılan bir terimdir.”

Bkz. Alper Bilgiç, “Kökset (Rootkit)”, in Naci Akdemir / Can Ozan Tuncer (Ed.), *Siber Ansiklopedi: Siber Ortama Çok Disiplinli Bir Yaklaşım*, Pegem Akademi, 2021, s. 287.

¹⁰⁷ “Casus Yazılımlar (Spyware): Bulunduğu bilgisayarda kullanıcının izni olmadan kullanıcıya ait bilgileri toplayan bir çeşit zararlı yazılımdır.”

Bkz. Can Ozan Tuncer, “Zararlı Yazılım (Malware)”, in Naci Akdemir / Can Ozan Tuncer (Ed.), *Siber Ansiklopedi: Siber Ortama Çok Disiplinli Bir Yaklaşım*, Pegem Akademi, 2021, s. 657.

¹⁰⁸ Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s. 352.

¹⁰⁹ Derin öğrenme teknolojisinin işletilmesiyle sahte medya içeriklerinin imal edilmesi “deep fake” olarak tanımlanmaktadır. İlgili tanım hem sahte medya içeriklerinin imal edilmesi sürecini hem de imal edilen sahte medya içeriğinin kendisi için kullanılmaktadır. Bu yolla orijinal bir videoda yer alan kişinin yüzü tamamen başka bir kişinin yüzüyle değiştirilerek yeni, ancak sahte bir içerik üretilmektedir. Bu sahte içerikler, örneğin sinema sektöründe yararlı olabilmekteyken önemli hukuki değerleri ihlal edebilme potansiyelini taşımaktadır. Ayrıca bu içerikler ulusal güvenliği de tehdit edecek bir biçime bürünebilmektedir. Bkz. Beşir Babayigit, “Deepfake’in Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi ve De Lege Ferenda Öneriler”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(4), 2021, s. 661, 662.

¹¹⁰ Örneğin, bir bilgisayar programına erişim sağlayabilmek için teknik bir araç olan “USB Dongle”a ihtiyaç vardır. Program bilgisayarda yüklü olsa dahi, programı çalıştıran kodlar USB Dongle’da bulunmaktadır. Yani bilgisayar programı yalnızca bu teknik aracı elinde bulunduran kimse tarafından çalıştırılabilir. Bu araçlar, lisans sahibi tarafından, kullanıcılara belli bir bedel karşılığında satılabilmektedir. Dolayısıyla bu teknik araçları, aşabilecek program tasarlanması da 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 72. maddesinde düzenlenen ve özel bir hüküm olan koruyucu programları etkisiz kılma suçunu oluşturur. Bkz.

verileri talep eden kimlik avı e-postalarının (phising) yazılması da bu suçun oluşturmazdır¹¹¹. Çünkü bilişim sistemlerine yönelik bazı korsanlık yöntemleri buna özgülenen bir bilgisayar programını gerektirebilir. Örneğin, kişinin hayali bir e-posta uydurarak bu suç anlamında bir hazırlık hareketi ortaya koyduğundan bahsedilemez¹¹².

Hem TCK'nın "Bilişim Alanında Suçlar" başlığı altındaki suç tanımlarında hem de madde gerekçelerinde şifreye ilişkin bir tanım bulunmamaktadır. AK-SSS m. 6 hükmünde ise şifre, "bilgisayar şifresi" olarak, "bir bilgisayar sisteminin tamamına ya da bir kısmına erişimi mümkün kılan" şeklinde ifade edilmiştir. Buna karşılık ne sözleşmede ne de sözleşmenin açıklayıcı memorandumunda tanımın içeriğine ilişkin bir açıklama getirilmiştir¹¹³. Bu noktada literatüre yansıyan genel tanımlara bakmak gerekir. Şifre, bilginin içeriğinin matematiksel algoritmalar kullanılarak karıştırılan bir veri sürecini ifade eder¹¹⁴. Daha ayrıntılı bir anlatımla şifre; sayı, harf ya da sembollerden teşekkül eden, gizli kalması belge, bilgi ya da sistemlere erişilmesini mümkün kılan dijital kilitler/anahtarlardır¹¹⁵. Şifre sayesinde kullanıcıların bu bilgilere erişimleri engellenmiş olur. Aynı zamanda karmaşık bir yapıda tasarlanması da mümkündür. Bu durum adli bilişim alanında kolluğun delil elde etmedeki bütün gayretini boşa çıkarabilir¹¹⁶. Şifrenin açılması amacıyla tasarlanan "şifre kırıcılar" da bilgisayar programı kapsamındadır. Son olarak şifrenin, suçun işlendiği tarihte güncelliğini yitirmemiş olması gerekir¹¹⁷. Yani her zaman bilişim suçlarının ve bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılmasıyla işlenen diğer suçların işlenmesine hazır olmalıdır. Aksi takdirde şifrenin suçun işlenmesine özgülenmiş olmasından veya elverişlilik özelliğinden

Olgun Değirmenci, "Koruyucu Programları Etkisiz Kılmaya Yönelik Hazırlık Hareketleri Suçu", *Terazi Hukuk Dergisi*, 13(140), 2018, s. 114.

¹¹¹ Bu yöndeki hareket Al. CK § 263a/3 hükmünü uygulamada yeterli değildir. Bkz. Nestler, s. 634. Kanaatimizce bu yönde bir e-posta yazılması, gönderilmesi ve kullanıcının bu e-posta doğrultusunda kimlik veya banka bilgilerini vermesi TCK m. 245/A hükmündeki suçun oluşturmamaktadır.

¹¹² Eisele, s. 926.

¹¹³ Karakurt Eren, "Bilişim Alanında...", s. 229.

¹¹⁴ Philip R. Reitinger, "Encryption, Anonymity and Markets", Douglas Thomas / Brian D. Loader (Ed.), *Cybercrime: Law Enforcement, Security And Surveillance In The Information Age*, Routledge, 2003, s. 133.

¹¹⁵ Dülger, s. 483.

¹¹⁶ Reitinger, s. 134.

¹¹⁷ Eisele, s. 928; Aynı yönde bkz. Heger, § 202c Kn. 2, Lackner / Kühl StGB,

bahsedilemeyecektir.

Bilişim teknolojisinde güvenliği sağlamak amacıyla oluşturulan ek ilave kodlara sair güvenlik kodları denilmektedir¹¹⁸. Sözleşmenin m. 6/1-a hükmünde bu kısım “*erişim kodu veya benzeri bir veri*” şeklinde belirtilmiştir. **Şifre dışında kullanıma tahsis edilen parmak izi, ses, retina ya da avuç içi tanıma (biyometrik tanıma)** gibi nitelikleri içeren güvenlik unsurları sair güvenlik kodlarına örnek oluşturur¹¹⁹. Bundan başka kredi kartlarının arkasında yer alan CVV, CVV2 ve CVC2 gibi kodlar¹²⁰ da sair güvenlik kodlarına dahildir. Sair güvenlik kodları verilen örneklerle sınırlı değildir. Bu yüzden kanun koyucu, “*sair güvenlik kodu*” şeklinde bir ibareye başvurarak ismi farklı olsa da tüm güvenlik kodlarını kapsam altına alma amacını gütmüştür¹²¹. Bununla birlikte bilişim sistemlerinin gelişimiyle yeni güvenlik kodları da üretilmektedir. Örneğin “karekod” uygulaması sayesinde resmi belgeler de sorgulanabilmektedir. Şifrenin de bir güvenlik kodu olduğu ve bilişim sistemine girmek amacıyla tasarlandığı göz önüne alındığında, maddedeki “*şifre veya sair güvenlik kodu*” ibaresinin “belirlilik” ilkesine aykırı olduğu görüşüne katılmamaktayız¹²². Nitekim maddedeki “sair” ifadesinin “şifre veya sair” ifadesiyle birlikte ele alınması gerekmektedir¹²³.

c. Fii

Suçun konusunu “*imal eden, ithal eden, sevk eden, nakleden, depolayan, kabul eden, satan, satışa arz eden, satın alan, başkalarına veren veya bulunduran*” şeklinde madde metninde belirtilen hareketlerin herhangi birinin icra edilmesiyle suç tamamlanmış olur. İlgili suçun seçimlik hareketli suç olduğu noktasında herhangi bir kuşku bulunmamaktadır¹²⁴. Bu suça dair hareketlerden birkaçının veya hepsinin gerçekleşmesi halinde de suçun bir

¹¹⁸ Akbulut, Bilişim Alanında Suçlar, s. 353.

¹¹⁹ Dülger, s. 489.

¹²⁰ Bu kodlar kredi kartı şifresinden farklılık arz eder. Bkz. Apaydın, s. 566.

¹²¹ Akbulut, Bilişim Alanında Suçlar, s. 353.

¹²² Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 1025; Aynı yönde bkz. Korkmaz, s. 51; Aksi görüş için, Kaya / Çakır, s. 44.

¹²³ Koca / Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 960; Al. CK § 202c hükmünde yer alan “*verilere giriş yapmayı sağlayan*” ifadesiyle şifre ve sair güvenlik kodunun kapsamının sınırlandırmış olduğu belirtilmektedir. Bu yönüyle ilgili düzenlemenin AK-SSS m. 6 hükmüne benzer olduğu söylenebilir. Bkz. Karakurt Eren, “Bilişim Alanında...”, s. 229.

¹²⁴ Koca/Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 960; Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 1025; Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s. 355; Dülger, s. 489; Altuğ, s. 5.

defa işlenmiş olduğu sonucuna ulaşılır. Fakat seçimlik hareketlerden her birinin aynı konuya yönelmesi gerekmektedir. Burada tür bakımından bir ayniyet değil, bilakis nesnel olarak bir ayniyet aranmaktadır. Aksi takdirde seçimlik hareketli bir suçtan bahsedilemez¹²⁵. Örneğin, fail bir yandan bankanın bilişim sistemine girebilmek amacıyla bir program imal edebilirken diğer yandan kredi kartı kopyalamak amacıyla bir cihaz satın alabilmektedir. Suçun konuları nesnel olarak aynı olmadığı için fail iki ayrı yasak cihaz veya program bulundurma suçundan ayrı ayrı cezalandırılmalıdır. Buna karşılık failin, aynı türdeki cihazları depoladıktan sonra başka bir yere naklederek satışa arz etmesi durumunda tek suçun olduğundan bahsedilmelidir. Birden fazla kez seçimlik hareketlerin gerçekleştiği göz önüne alındığında bu durum, cezanın belirlenmesinde (TCK m. 61) dikkate alınabilir¹²⁶.

Maddede seçimlik hareketler tek tek belirtildiği için bunların haricinde bir fiilin gerçekleştirilmesiyle suç işlenmiş sayılmaz¹²⁷. AK-SSS m. 6/1/a hükmünde **“tedarik etme”** ifadesine yer verilmiştir. Geniş anlamda bu ifade yapım, satım veya kullanılmak üzere satın alma, dağıtım hareketlerini belirtmektedir¹²⁸. Aynı şekilde sözleşmedeki **“başka bir şekilde erişilebilir hale getirme”** ifadesi ise hareketi oldukça genişletmektedir¹²⁹. TCK m. 245/A hükmünde bu yönde bir ifadeye yer verilmediği gibi kanunilik ilkesine uygun olarak seçimlik hareketler tek tek zikredilmiştir¹³⁰. Buna karşılık sözleşmede kullanılan ifadenin bilgisayar teknolojisinde gerçekleşebilecek yeni gelişmeleri de kapsayabileceğine vurgu yapılmıştır¹³¹. Her ne kadar TCK m. 245/A hükmünde belirtilen seçimlik hareketlerin tek tek sayılması kanunilik ilkesiyle uyumlu olsa da bunların fazla ve geniş yapıda olmaları dolayısıyla teknolojik gelişmeleri karşılayabileceği kanaatindeyiz.

Doktrinde **“yayma”** hareketinin bulunmaması eleştirilmekte ve bu hareketin madde metninde yer almasının suçla mücadele için önemli

¹²⁵ Özgenç, s. 186.

¹²⁶ Koca / Üzülmüş, *Özel Hükümler*, s. 961.

¹²⁷ Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 1026.

¹²⁸ Dülger, s. 489.

¹²⁹ Bu yönüyle Al. CK §202c hükmünün, seçimlik hareketler bakımından sözleşmeyle büyük bir uyum sağladığı ifade edilebilir. Buna karşılık Al. CK §202 hükmünde de **“başka bir şekilde erişilebilir hale getirme”** (sonst zugänglich machen) ifadesi yer almakla birlikte Al. CK §263/a/3 hükmünde böyle bir ifadeye yer verilmemiştir.

¹³⁰ Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s. 346.

¹³¹ Korkmaz, s. 48.

olduğuna dikkat çekilmektedir¹³². Buna karşılık aşağıda inceleyeceğimiz üzere “nakletme” ve “sevk etme” seçimlik hareketlerinin “yayma” hareketini kapsadığını düşünmekteyiz¹³³. Yine doktrinde, “sevk etme” ile “nakletme”, “depolama” ile “bulundurma” hareketlerinin, aynı veya yakın anlamlarda olduğu ve bu yüzden aynı suç tanımında benzer ifadelere yer verilmesinin isabetli olmadığı belirtilmektedir¹³⁴.

Maddedeki seçimlik hareketlerin ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir. “İmal etme” bir cihazın, bilgisayar programının, şifrenin veya sair güvenlik kodunun kullanılabilir şekilde fiili olarak üretilmesi anlamına gelmektedir¹³⁵. Fiziki araç ve gereçler sistemli bir şekilde bir araya getirilerek cihazın üretilmesi mümkündür. Bunun için devre, kablo ve hafıza kartları gibi daha önceden üretilen ürünlerin kullanılması da imal etme seçimlik hareketi kapsamındadır. Önemli olan cihazların kendisini meydana getiren parçalardan bağımsız ve yeni bir bütünlük oluşturmalarıdır. Madde hükmünde belirtilen suçları işlemek amacıyla programlar da imal edilebilmektedir. Bu kapsamda yeni bir program imal edilebileceği gibi mevcut bir programın bir çeşidi de üretilebilir¹³⁶. İmal edilen program zamanla niteliğini, yani bir bilişim suçunu işleme elverişliliğini kaybedebilir. Bu yüzden elverişliliği sağlayacak biçimde programın daha üst bir sürüme güncellenmesi de imal kapsamındadır. Bu güncellenmeler, belirli dönemlerde de gerçekleştirilebilir. Dolayısıyla elverişliliğinin kaybolmaması adına, belirli dönemlerde tekrar eden güncelleme, imal etmenin temadi eden bir fiil gibi görünmesine neden olur. Fakat böyle bir dönem öngörülmemişse ve uzun bir zaman sonra program güncellenmişse bu durumda yeni bir fiil işlenmiş olacaktır. Öte yandan yukarıda bahsedildiği üzere “şifre kırıcılar” bir bilgisayar programıdır. Ancak şifre oluşturucu programlar vasıtasıyla şifreler de imal edilebilmektedir. Nitekim, bu programlar sayesinde şifre üretilerek lisanslı yazılımlara

¹³² Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s. 357.

¹³³ Benzer yönde bir görüş için bkz. Dülger, s.489.

¹³⁴ Koca / Üzülmüş, *Özel Hükümler*, s. 961; Bu seçimlik hareketlerin farklı anlamlar taşıdığına ilişkin görüş için bkz. Korkmaz, s. 52.

¹³⁵ Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s. 355.

¹³⁶ Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 1025; Örneğin, özel bir hüküm olan 5846 sayılı Kanununun 72. maddesindeki koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri suçunda bu amaçla üretilmeyen bir programın kaynak kodlarının değiştirilmesi suretiyle de koruyucu programları etkisiz kılabilecek elverişliliğe kavuşturulması imal kapsamındadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Değirmenci, “Koruyucu Programlar...”, s. 114.

erişilebilmektedir¹³⁷.

“İthal etme” cihaz, program, şifre veya sair güvenlik kodunun yurt dışından ülkeye aktarılması anlamına gelmektedir. Cihazlar yurt dışından ülkeye ithal edilebilir. Fakat cihaza ilişkin parçaların ayrı ayrı ithal edilip bunların ülkede birleştirilmesinin ithal etme kapsamında olmadığını belirtmek gerekir. Program, şifre veya sair güvenlik kodlarının taşınabilir bir bellek veya akıllı kart içerisinde ülkeye getirilmesi ithal etme fiili kapsamındadır. Bununla birlikte yurt dışındaki bir kullanıcının veya içerik sağlayıcısının dijital ortama aktardığı program, şifre veya sair güvenlik kodunun bedeli ödenerek ithali de mümkündür. Bu bahisle ithal için mutlaka sınır kapısı geçişinin aranmasına gerek olmadığına vurgu yapılmaktadır¹³⁸. Bilişim sistemlerinin sınır aşan özellikleri göz önünde alındığında ithal etme hareketinin, klasik anlamla sınırlı kalmayacağı ortadadır¹³⁹. Ancak yurt dışındaki dijital ortamdan program, şifre veya sair güvenlik kodlarının tedarik edilmesinin ithal etme kapsamında olmadığı, bunların aşağıda inceleneceği üzere kabul etme veya satın alma seçimlik hareketi içerisinde değerlendirilmesi gerektiği fikri de ileri sürülebilir.

“Sevk etmek”, madde hükmü bağlamında cihazın, bilgisayar programının şifre veya sair güvenlik kodunun bir yerden başka bir yere aracı yoluyla gönderilmesini ifade eder. Benzer şekilde “nakletmek”, bahsi geçen suçun konularının bizzat fail tarafından taşınması veya aktarılması anlamına gelmektedir. Bu hareketlerin mutlaka dış dünyada gerçekleşecek şekilde yapılması gerekmeyip bilişim alanında da icra edilmesi mümkündür. Öte yandan ithal etmenin aksine ihraç etmek, madde metninde yer olmadığı için sevk veya nakletmenin yurt içinden veya yurt dışından yapılmasının bir öneminin bulunmadığına vurgu yapılmaktadır¹⁴⁰.

“Depolama ve bulundurma” seçimlik hareketleri yukarıda da zikredildiği üzere hemen hemen aynı anlamlara gelmektedir. Bu hareket, bir cihazın, programın, şifrenin veya sair güvenlik kodunun istendiği takdirde erişilebilecek yerde bulundurulmasını ifade etmektedir. Her ikisinde de bir fiili hakimiyet durumundan bahsedilmelidir. Bu hakimiyet bakımından zilyetlik

¹³⁷ Nestler, s. 632.

¹³⁸ Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 1025.

¹³⁹ Kaya / Çakır, s. 45.

¹⁴⁰ Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s. 356.

yeterli olup mülkiyet ilişkisinin varlığı aranmaz¹⁴¹. Fiili hakimiyet dolayısıyla bu seçimlik hareketler, temadi özelliği göstermektedir. Böylelikle cihaz, program, şifre veya sair güvenlik kodları elde bulunduruldukları süre içerisinde suç işlenmeye devam etmektedir. Suçun işlendiği zamanın tespiti ve zamanaşımının başlangıcı bu bağlamda önemlidir¹⁴².

AK-SSS m. 6 hükmüne göre, taraf devletler, özellikle depolama/bulundurma hareketi bakımından cihaz, bilgisayar programı, şifre veya güvenlik kodunun belli sayıda bulundurulmasını suçun oluşması yönünden bir koşul olarak ileri sürebilirler. Zira suçun konuları üzerinde depolama/bulundurma hareketinin, suç kapsamına alınmasıyla uygulamada birtakım ispat sorunlarının ortaya çıkabileceğine değinilmektedir¹⁴³. Buna karşılık TCK m. 245/A hükmünde bu yönde bir tasarrufun olmadığı görülmektedir. Kanaatimizce burada sayıdan ziyade depolanan/bulundurulan cihaz, program, şifre veya sair güvenlik kodunun özgülenme ve niteliğine bakılarak bir yargıya varılmalıdır.

Cihazlar bakımından depolama/bulundurma bir sorun teşkil etmemektedir. Program, şifre veya sair güvenlik kodlarının bir bellek cihazına kaydedilmesi de aynı anlama gelmektedir. Fakat her kaydetme depolama/bulundurmaya ifade etmemektedir¹⁴⁴. Zira bulut bilişim alanına da kayıt yapılabilir. Aslında bu kayıt “yükleme” olarak adlandırılır. Bu durumda depolamadan bahsedilmese de sevk veya nakletmeden söz edilebilir. Ayrıca depolama/bulundurma için yapılan kaydın niteliği, boyut ve amacı gibi hususların da nazara alınması gerektiğine işaret edilmektedir¹⁴⁵.

“Satmak” tarafların önceden kararlaştırdıkları meblağ karşılığında cihazın, bilgisayar programının, şifrenin veya sair güvenlik kodunun alıcıya transfer edilmesidir. “Satın almak” ise bedel karşılığında maddede yer alan suçun konularının alınmasını ifade eder. Önemli olan alıcının, cihaz veya programa erişim sağlamasıdır. Örneğin, suça konu program elde edilirken programa giriş yapan güvenlik kodu bilgisine de sahip olunmalıdır¹⁴⁶. Aksi takdirde erişim sağlayamadığı cihaz veya program dolayısıyla fail ancak

¹⁴¹ Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s. 357.

¹⁴² Koca / Üzülmüş, *Özel Hükümler*, s. 961.

¹⁴³ Erdem / Özocak, s. 188.

¹⁴⁴ Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s. 356.

¹⁴⁵ Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 1026.

¹⁴⁶ Eisele, s. 929.

bulundurma seçimlik hareketi uyarınca cezalandırılacaktır. İlâveten failin, cihaz veya programı erişim sağlayabilecek bir başka kişiye de satabileceği ihtimali unutulmamalıdır. “**Satışa arz etmek**” ise bir malın satış yapılabilecek şekilde piyasaya sürülmesini ifade eder. İlgili cihaz, program, şifre veya sair güvenlik kodlarının satılmasına yönelik bir iradenin ortaya çıkarılması bu seçimlik hareket bakımından önemlidir¹⁴⁷. Bu irade üreticinin satış politikası veya reklamlarıyla da ortaya konulabilir. Maddede belirtildiği üzere satışa arz da başlı başına cezalandırılmaktadır. Esasında satmak açısından satışa arz, teşebbüs aşamasında kalan bir diğer seçimlik hareketi göstermektedir¹⁴⁸. Bu hareket teşebbüs aşamasında kalan hareketin tamamlanmış suç gibi cezalandırılmasını öngörmektedir¹⁴⁹.

“**Kabul etmek**”, bahsi geçen suçun konularının belli bir ücret karşılığı olmadan sağlanmasını gösteren bir başka seçimlik harekettir. Satın almak arasındaki farkı bunun bir ticari ilişki olmadan yapılmasına dayanmaktadır. Kabulün sürekli ya da geçici olmasının veya daha sonra cihazın iade edilme ihtimalinin, suçun oluşumu üzerinde bir etkisi yoktur. Bununla birlikte “**başkasına vermek**” ise satış işlemi olmadan suçun konularının bir başkasının kullanımını mümkün kılan bir teslim işlemidir. Bu seçimlik hareket, cihazların elden çıkarılması gibi dış dünyaya yansıyan şekilde gerçekleşebileceği gibi program, şifre veya sair güvenlik kodunun dijital ortamı üzerinden de icra edilmesi mümkündür. Bedel karşılığı olmaksızın temin fiillerinin cezalandırılmasında bu seçimlik hareketin TCK’nın 245/A maddesinde yer alması, ortaya çıkabilecek hüküm boşluğunun doldurulması bağlamında önemlidir¹⁵⁰.

2. Suçun Manevi Unsurları

Bu suç kasten işlenebilen bir suç olup taksirle işlenmesi öngörülmemiştir. Fail ilgili seçimlik hareketleri gerçekleştirirken cihaz, bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodunun suçun konusu kapsamında olduğunu bilmelidir¹⁵¹.

¹⁴⁷ Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 1027.

¹⁴⁸ Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s. 360.

¹⁴⁹ Satışa arz seçimlik hareketinin AK-SSS m. 6 maddesinde taraf devletlere yönelik suç haline getirme yükümlülüğünün kapsamını aştığı ifade edilerek orantılılık ve son çare olma ilkesi ile bağdaşmadığına vurgu yapılmaktadır. Bkz. Karakurt Eren, “Bilişim Alanında...”, s. 234.

¹⁵⁰ Karakurt Eren, “Bilişim Alanında...”, s. 234, 235.

¹⁵¹ Örneğin, suçun konusu hakkında bilgi sahibi olmayan bir kimse, başkaları tarafından imal edilen veya oluşturulan bir cihazı failin isteği doğrultusunda naklederse, bu kimse bakımından ceza hukuku sorumluluğu doğmayacaktır. Gül, s. 349; Benzer şekilde eve gelen misa-

Fakat kastın varlığı bu suçun oluşması için yeterli olmayıp kastın yanında amaç unsurunun da bulunması gerekir¹⁵². AK-SSS m. 6 hükmünde de bu manevi unsura vurgu yapılmıştır¹⁵³. Buna göre sözleşmenin 2. ve 5. maddeleri arasında sayılan suçların işlenmesi “**maksadıyla**” ilgili fiiller icra edilmelidir. Aksi takdirde manevi unsur gerçekleşmediğinden suç oluşmayacaktır.

Amacın objektif olarak tezahür etmesi gerekmektedir¹⁵⁴. Bu doğrultuda bir bilgisayar sisteminin test edilmesi veya korunmasının amaçlandığı hallerde ceza sorumluluğu doğmayacaktır. Bir diğer ifadeyle hem suçların işlenmesi hem de meşru amaçlar için kullanılabilirlik çift kullanımlı^{155,156}

firin suçun konusunu unutmaması halinde ev sahibi tarafından bu kişiye ulaştırılmasına kadar geçen zamanda ev sahibinin suçu işlemeye yönelik kastından söz edilemez. Altuğ, s. 31.

¹⁵² “Hazırlık suçlarının çoğu zaman eyleme uzak olması ve buna bağlı olarak planlanan eylemin düşük düzeyde somutlaşması karşısında yeterli ölçüde bir sübjektif haksızlık içeriği, birçok durumda yalnızca gelecekteki eyleme yönelik amaç ya da bilme şeklindeki nitelikli bir kastın varlığı ile gerekçelendirilebilir.”

Bkz. Sieber, s. 448.

¹⁵³ Suçun konusu olan cihazların suç işlemek amacıyla imal edilmesi yeterli görülerek objektif unsurlar yerine, sübjektif unsurlara yer verildiğinden bahsedilmektedir. Değirmenci, “Koruyucu Programlar...”, s. 114.

¹⁵⁴ Sieber, s. 448.

¹⁵⁵ Çift kullanımlı eşyalar kapsamına; TCK m. 174 hükmünde yer alan tehlikeli maddelerin izinsiz olarak bulundurulması veya el değiştirilmesi suçu, TCK m. 188 hükmündeki uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu ve para ve kıymetli damgaları yapmaya araçlar (TCK m. 200) suçlarının konuları da girmektedir. Yalnız bu suçların konusunu oluşturan eşyaların veya maddelerin hukuka uygun amaçlar doğrultusunda kullanılabilmesi, yetkili bir merciin izin veya ruhsatı doğrultusunda mümkün olurken böyle bir durum TCK'nın 245/A maddesinde öngörülmemiştir.

¹⁵⁶ Çift kullanımlı ilgili olarak Al. CK. § 202c hükmü Anayasa şikayetine (Verfassungsbeschwerde) konu olmuş ve hak ihlali yapıldığı ileri sürülmüştür. Anayasa şikayetine başvuran kişi teknik bir üniversitede bilişim alanında profesör olarak görev yapan bir bilim adamıdır. Başvurucu, bilişim sistemlerinde olası zayıf noktaları izlemek için sistematik testler kullanan ve bu boşlukların güvenlik analizini yapan programlar hazırlamıştır. Başvurucu derste kullanılan programları öğrencilerin indirebilmeleri için ana sayfada yayınlamıştır. Böylelikle üçüncü kişiler de bu programlara erişim imkanına kavuşmuştur. Fakat başvuru başka kişilerin kullandıkları bilgisayarların güvenlik önlemlerini aşarak onlara erişmelerinin kabul edilemez olduğunu derslerinde özellikle vurgulamıştır. Başvuruda, madde hükmüne yalnızca bilgisayar suçlarının işlenmesine elverişli programların girmediği federal hükümet tarafından ifade edilmişse de bu ayırımın kanuni metne yansıtılmadığı ve Anayasanın § 103/2 hükmünün ihlal edildiği ileri sürülmüştür. Anayasa mahkemesi, AK-SSS hükümlerine atf yaparak, ilgili programların çift kullanımlı olduğuna dikkat çekerek, somut olayda amacın bunların öğrenciler tarafından öğrenilmesindeki genel yararı da nazara alarak ilgili düzenlemenin bir hak ihlali oluşturmadığına hükmetmiştir. Özellikle çift kullanımlı cihaz veya programlar bağlamında sadece programın bahsi geçen suçları işlemeye elverişli oluşuyla yetinmenin isabetli olmadığına değinilmiştir. İlgili Anayasa şikayeti için bkz. Bundesver-

cihaz veya programlar bu suç kapsamına dahil edilmemelidir. İlaveten bankacılık sistemlerinde veya sağlık sisteminin bilişim alanlarına yönelik güvenlik açıklarına dikkat çekmek ve böylece onların ortadan kaldırılmasına katkıda bulunulması da bu amaç kapsamına girmemektedir¹⁵⁷. Buna karşılık bilgisayar korsanlığına uygun cihaz ve program ile hukuki çerçevede kullanımı arasındaki çizginin nerede olduğunun belirsizlik içinde kaldığına vurgu yapılmaktadır. Öyle ki sızma testi programlarını nezdinde bulunduran kişilerin, hukuka uygun amaçlar doğrultusunda bunları bulduklarını ispat noktasında güçlük yaşamaları muhtemeldir¹⁵⁸. Bu noktada program ve cihazın kökenine, kullanım bağlamlarına ve kullanıcı tarafından izlenen hedeflere bağlı olarak hem hukuka uygun hem de suç işlemeye ilişkin amaçlara hizmet edebileceğine işaret edilmektedir. Fakat klasik bilgisayar korsanlığı cihaz ve programlarının bunun içerisinde olmadığı ortadadır¹⁵⁹. Çift kullanımlı cihaz ve programların belirsizliğine rağmen suçun maddi unsurları temelinde tatmin edici bir çözüm getirilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir¹⁶⁰.

Fail, bilişim suçlarının ve bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenebilmesi amacıyla madde hükmünde belirtilen seçimlik hareketleri icra etmelidir. Amaç veya saik gibi manevi unsurlar ise hazırlık hareketlerini cezalandıran soyut tehlike suçlarını sınırlamada önemli fonksiyon üstlenmektedir. Dolayısıyla soyut tehlike suçlarında herhangi bir hareket değil, belli bir amaçla icra edilen hareket cezalandırılmaktadır¹⁶¹. Aynı zamanda çift kullanımlı cihaz ve programların özellikle depolama/bulundurma seçimlik hareketleri bağlamında sınırlandırılması açısından da amaç unsuru ön plana çıkmaktadır^{162,163}.

fassungsgericht, Beschluss vom 18.05.2009, 2 BvR 2233/07, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2009/05/rk20090518_2bvr223307.html>, Erişim Tarihi 16 Kasım 2021.

¹⁵⁷ Nestler, s. 613, 631, 632.

¹⁵⁸ Erdem / Özocak, s. 189.

¹⁵⁹ Nestler, s. 637.

¹⁶⁰ Örneğin, failin üçüncü bir kişinin bahse konu diğer suçlar için kullanılacağını kabullenmesi halinde ortalığa bir parola bırakarak da erişim sağlanabilmektedir. Bkz. Eisele, s. 930.

¹⁶¹ Ünal, “Tehlike Suçları...”, s. 328.

¹⁶² Eisele, s. 929.

¹⁶³ *Babayiğit*; örneğin, bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle nitelikli dolandırıcılık suçunu işlemek amacıyla “deepfake” içerik imal eden bir program bulundurulmasının TCK m. 245/A hükmü kapsamına girdiğini, ancak salt deepfake içerik imal eden her programın bu suç dahilinde olmadığını ifade etmektedir. Bkz. Babayiğit, s. 666; Yazar

TCK m. 245/A hükmü dahilinde **böyle bir amaç unsuruna yer verilmesi** cezalandırılabilirlik alanının sınırlandırılması bağlamında isabetlidir.

Madde hükmünde amaç unsuruna yer verilmesi suçun ancak doğrudan kastla işlenebileceğini göstermektedir¹⁶⁴. Benzer yönde Al. CK. §202c hükmü düzenlenirken Alman kanun koyucusunun AK-SSS'nin asgari gerekliliklerini aşarak daha katı bir sorumluluk öngördüğüne değinilmektedir¹⁶⁵. Dolayısıyla Al. CK. §202c hükmünün de doğrudan kastla işlenebileceğine vurgu yapılmaktadır^{166, 167}. Kanaatimizce de bu suçun olası kastla işlenmesi mümkün değildir. Bu sebeple, suçun olası kastla işlenebileceğini belirten görüşe¹⁶⁸ iştirak etmemekteyiz.

Bu suç bakımından hata hükümlerinin (TCK m. 30, f. 1) uygulanması mümkündür. Örneğin bu suç kapsamındaki bir program yanlışlık veya dikkatsizlikle internet ortamından indirilmiş olabilir¹⁶⁹. Bu durumda failin bu suça yönelik kastının olmadığı ortadadır. Suçun taksirli hali de düzenlenmediğinden failin ceza hukuku sorumluluğuna gidilemeyecektir.

burada amaç unsurdan hareket etse de yukarıda da belirtildiği üzere bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların yalnızca nitelikli hırsızlık, nitelikli dolandırıcılık ve kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçlarıyla sınırlı olmadığını vurgulamak gerekir. Örneğin, sahte içerik üreten programlar sayesinde şantaj (TCK m. 107, f. 2) ve kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçları (TCK m. 136) da işlenebilmektedir. Bu yüzden “deepfake” içerik üreten programlar, TCK m. 245/A hükmündeki suçun konusu dahilindedir. Bu çerçevede, bahsi konu programın ilgili suçların işlenmesine özgülenip özgülenmediğine ve failin bu suçları işleme amacı taşıyıp taşımadığına bakılmalıdır.

¹⁶⁴ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, s. 466; Dülger, s. 490; Karakurt Eren, “Bilişim Alanında...”, s. 237. Benzer nitelikteki suçlar için bkz. Koca / Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 60, 439, 634.

¹⁶⁵ Eisele, s. 929, 930.

¹⁶⁶ Esasında bu durumun 1. dereceden kasta vücut verdiği (Absicht) belirtilmektedir. Fakat buradaki amaç unsurunun bilgisayar programına atıfta bulunduğu, bilgisayar programının nesnel öğesinin bir parçası olarak anlaşıldığına işaret edilmektedir. Bkz. Nestler, s. 633; Eisele, s. 930; Buna karşılık suçun olası kastla işlenebilmesinin mümkün olduğuna da değinilmektedir. Bkz. Heger, “§ 202c Kn. 5”, Lackner / Kühl, StGB; Sieber, s. 301, 444.

¹⁶⁷ Öte yandan Al. CK. § 263a/3 hükmünde belirtilen suçun olası kastla işlenmesinin yeterli olduğuna vurgu yapılarak doğrudan kast doğrultusunda düzenleme yapılması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Nestler, s. 634.

¹⁶⁸ Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s. 358; Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 1028; Apaydın, s. 567.

¹⁶⁹ Eisele, s. 929.

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

Suçun diğer bir unsurunu oluşturan hukuka aykırılıkta tipe uygun fiil, tüm hukuk düzeni açısından ele alınmakta ve fiilin işlenmesinin hukuka uygun olup olmadığı değerlendirilmektedir. Fiile ilişkin somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni gerçekleşmemişse fiilin suç teşkil ettiğinden bahsedilir¹⁷⁰. Bu suç tipiyle ilgili olarak görevin ifası ve ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedenlerinin incelenmesi gerekmektedir¹⁷¹.

Öncelikle CMK m. 134'te düzenlenen "bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma" koruma tedbirinin bu suç tipi bakımından görevin ifası veya kanun hükmünü icra (TCK m. 24, f. 1) kapsamına girip girmediğini değerlendirmek gerekir. CMK m. 134, f. 1 hükmü uyarınca bir suç dolayısıyla başlatılan soruşturmada, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil etme imkanının bulunmaması halinde şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile kütüklerinde arama yapılabilir kopya çıkartılabilir ve ilgili kayıtlar çözümlenerek metin haline getirilebilir. Bu maddenin ikinci fıkrasına göre ise bilgisayara, bilgisayar programlarına ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi ve gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması ya da işlemin uzun sürecek olması halinde, çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için bu araç ve gereçlere elkonulabilecektir. Şifrenin çözülmesinde adli bilişim uzmanları buna uygun özel programları kullanabilmekte, çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde elkonulan birimlerin gecikme olmaksızın iadesi yapılabilmektedir¹⁷². Bu bahisle şifre kırıcı programların veya cihazların bulundurulması, sağlanması veya imal edilmesi hukuka aykırılık kapsamında görülemez¹⁷³. Diğer bir ifadeyle CMK m. 134 hükmünün bu suç tipi açısından bir hukuka uygunluk nedeni olduğu belirtilmektedir. Ayrıca bu tür program ve cihazların kamu otoritesinin verdiği izne dayalı olarak bulundurulması ve imal edilmesinin hukuka uygun olduğu ifade edilmektedir¹⁷⁴.

¹⁷⁰ Koca / Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 272.

¹⁷¹ Meşru savunma ve hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenlerinin bu suç tipi bakımından uyumadığı izahtan varestedir. Aynı yönde Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s. 359.

¹⁷² Ünal, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında...", s. 115.

¹⁷³ Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s. 359; Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 1027; Apaydın, s. 567.

¹⁷⁴ Koca / Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 962.

Bir diğer görevin ifası bağlamında değerlendirilmesi gereken konu “**sızma testi**”dir. Kötü amaçlı bir saldırganın bilişim sistemlerine verebileceği zararları bildirmek ve bu zararları önleyebilecek ölçüde savunma tedbirlerini almak amacıyla bir kurumun bilişim sistemlerinde güvenlik zafiyetlerinin tespiti konusunda yetkili kılınmış kişiler tarafından uygulanan testlerin tümüne **sızma testi (penetration test)** adı verilmektedir¹⁷⁵. “**Bankaların Bilgi Sistemleri ve Elektronik Bankacılık Hizmetleri Hakkında Yönetmelik**”te¹⁷⁶ sızma testinin tanımı, m. 3, f. 1 ğğ bendinde, şu şekilde yapılmıştır:

“Sistemin güvenlik açıklarını istismar edilmeden önce tespit etmek ve düzeltmek amacıyla gerçekleştirilen güvenlik testlerini ...ifade eder”.

Sızma testi kapsamında bilişim sistemine girme, sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçları işlenebilmektedir. Burada yönetmelikte düzenlenen bir konunun, ilgili suç tipleri açısından hukuka uygunluk nedeni olup olmadığı hususunun değerlendirilmesi gerekir. Görevin ifasının kaynağını oluşturan kanun hükmünden anlaşılan şey sadece şekli anlamda kanun değildir, bilakis yazılı hukuk kurallarıdır. Dolayısıyla tüzük veya yönetmeliklerin de bu kapsamda olduğu belirtilmektedir¹⁷⁷. Buradan hareketle sızma testlerinin uygulanmasının ve bu testleri uygulamak gayesiyle gerekli cihaz, program, şifre veya sair güvenlik kodlarının imal edilmesinin veya bulundurulmasının görevin ifası hukuka uygunluk nedeni dahilinde olduğu akla gelebilir. Madde gerekçesinde bu tür cihaz ve programların, bilişim güvenliğini test etmek amacıyla yapılmasının veya oluşturulmasının suç oluşturmayacağına vurgu yapılmaktadır. Fakat gerekçede bu durumun hukuka uygunluk nedeni kapsamında olup olmadığı belli değildir.

Günümüzde şirketler kurmuş oldukları bilişim sistemlerinin güvenliğini test etmek amacıyla bilişim güvenliği hizmeti sunan bir başka şirketten sızma testinin uygulanması bağlamında, sözleşme çerçevesinde hizmet alabilmektedirler. Bu noktada sızma testinin işlenen bilişim suçları bağlamında

¹⁷⁵ Ahu Karakurt Eren, “Sızma Testleri İle Türk Ceza Kanunu’nun 234, 244 ve 245/A Maddelerinde Düzenlenen Suçlar Arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 15(164), 2020, s. 748; Bu test kapsamında risklerin, güvenlik açıklarının ortaya çıkarılabileceği zararlar, saldırganların erişebileceklerin noktaların analizi yapılarak sistemler, bütüncül bir şekilde denetim altına alınır. Böylelikle zafiyetin tespitinden ziyade zafiyetin değerlendirilip sisteme erişim yollarının belirlenmesi ve yetkili erişim noktalarının kazanılması da bu testin hedefleri arasındadır. Bkz. Fatma Saliha Biter, *Siber Ansiklopedi*, s. 367.

¹⁷⁶ 15.03.2020 tarihli 31069 sayılı Resmi Gazete.

¹⁷⁷ Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, s. 486; Koca / Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 276.

bir hukuka uygunluk nedeni oluşturduğuna işaret edilmektedir¹⁷⁸. Her ne kadar bu testin uygulanmasının, ilgilinin rızası dahilinde bir hukuka uygunluk nedeni olarak görüldüğü ifade edilse de TCK m. 245/A hükmü çerçevesinde bunun, bir hukuka uygunluk nedeni olmadığı aşıkardır¹⁷⁹. Nitekim suçun mağdurunun toplumu oluşturan herkes olduğu ortadadır.

Kanaatimizce de CMK m. 134 hükmünün bu suç tipi bakımından bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmadığını ifade etmek gerekir¹⁸⁰. Buna sızma testlerini sağlayan cihaz, program, şifre veya sair güvenlik kodlarla ilgili seçimlik hareketlerinin hukuka uygun olduğu düşüncesi de eklenebilir. Zira bilişim alanında işlenen suçlar bölümünde ya da bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen başka bir suçun işlenebilme amacıyla hareket edilmediği ortadadır. Diğer bir anlatımla fiilin suç oluşturmaması bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı ile ilgili olmayıp amaç unsurunun eksikliği dolayısıyladır¹⁸¹.

¹⁷⁸ Bilişim sistemine girme suçu bakımından rızanın tipikliği ortadan kaldıran bir yönü vardır. Ancak veri nakillerini izleme suçu ve verileri yok etme veya değiştirme, erişilmez hale getirme, başka yere gönderme veya veri yerleştirme suçu açısından rızanın genel bir hukuka uygunluk nedeni olarak ele alındığı belirtilmektedir. Bkz. Karakurt Eren, “Sızma Testleri...”, s. 753, 755, 756.

¹⁷⁹ Eisele, s. 928; Aynı yönde Akbulut, Bilişim Alanında Suçlar, s. 359; Karşı görüş için bkz. Korkmaz, s. 53; Kaya / Çakır, s. 48; Özel hüküm olan koruyucu programların etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri suçunda (5846 s. K m. 72) ilgilinin rızasının hukuka uygunluk nedeni olduğu ifade edilse de bahse konu program veya teknik donanımların hangi koruyucu programı etkisiz kılacağı bilinmediği için hukuka uygunluk nedeni olan rızayı açıklamaya yetkili kişinin belirlenmesinin olanaklı olmadığından bahsedilmektedir. Bkz. Değirmenci, “Koruyucu Programlar...”, s. 115, 116.

¹⁸⁰ Karakurt Eren, “Bilişim Alanında...”, s. 238.

¹⁸¹ Örneğin, 2937 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu Ek Madde 7, f. 1 hükmü uyarınca polis sanal ortamda istihbarat faaliyetlerinde bulunabilmektedir. Maddenin ikinci fıkrası uyarınca polis, ilk fıkrada belirtilen görevlerin yerine getirilmesine yönelik bilişim suçlarının işlenmesinin önlenmesi amacıyla hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürlüğün, Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Dairesi Başkanının veya bilişim suçlarıyla sınırlı olmak üzere bilişim suçları ile ilgili daire başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim veya internet bağlantı adresleriyle internet kaynakları arasındaki veri trafiği ile iletilen verileri tespit edilebilir, dinleyebilir, sinyal bilgilerini değerlendirebilir ve kayda alabilir. Dolayısıyla bu işlemleri yapmaya yönelik bilgisayar programlarının bulundurulmasının suç oluşturmaması, bir hukuka uygunluk nedeninden ziyade, amaç unsurunun yokluğu yüzündendir.

D. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Suça Teşebbüs ve Etkin Pişmanlık Sorunu

Bulundurma/depolama gibi temadi özellikleri olan seçimlik hareketler hariç diğer seçimlik hareketler sırf hareket suçu niteliğini taşımaktadırlar¹⁸². Sırf hareket suçlarında ancak hareketin kısımlara bölünebildiği hallerde suça teşebbüsün mümkün olduğundan söz edilebilir. Örneğin, polisin müdahalesi sonucu suçun konusunu oluşturan cihazın satışı yarıda kalabilir. Fakat yukarıda da ifade edildiği üzere, satışa arz seçimlik hareketi gerçekleştiğinden fail, işlenen suçun cezasıyla cezalandırılır¹⁸³. Öte yandan fail, bu nitelikteki bir programı internet üzerinden kendi bilgisayarına indirmeye çalışırken elektrik kesilebilir. Bu noktada “kabul etmek” seçimlik hareketi çerçevesinde teşebbüsten bahsedilebilir¹⁸⁴.

Temadi özelliği gösteren bulundurma/depolama seçimlik hareketlerinde fail, ilgili cihaz, program, şifre veya sair güvenlik kodlarını kendi egemenlik alanına geçirmesiyle suç tamamlanmış olur. Ancak failin elinde bulundurduğu/depoladığı süre dahilinde suç işlenmeye devam edecektir¹⁸⁵. Bu çerçevede suça teşebbüs ancak ele geçirme anına kadar mümkündür.

Teşebbüsün mümkün olduğu durumlarda failin gönüllü vazgeçmeden de yararlanabileceği belirtilmektedir¹⁸⁶. Örneğin, failin bu suça özgülünen bir cihazı satın almak istemesi ve daha sonra bundan vazgeçmesi halinde hakkında cezaya hükümlenmeyecektir. Zira suçun tamam olan kısmı herhangi bir suç oluşturmamaktadır. Bu çerçevede bir sorun olmadığını düşünmekteyiz.

Failin suça ilişkin bir eylem planından yalnızca vazgeçmesi, başlangıçta yaratılan genel tehlikelilik boyutunu, geriye isnadı mümkün olmayan

¹⁸² Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s. 359; Koca / Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 962; Dülger, s. 491.

¹⁸³ Esasında bu seçimlik hareketin teşebbüs suçu olması sebebiyle teşebbüse elverişli olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. Karakurt Eren, “Bilişim Alanında...”, s. 240.

¹⁸⁴ Madde hükmüyle hazırlık hareketlerinin cezalandırıldığından hareketle suçun, teşebbüse elverişli olmadığına vurgu yapılmaktadır. Bkz. Gül, s. 350; Her ne kadar soyut tehlike suçlarında hareketin kısımlara bölünebileceği ölçüde teşebbüsün mümkün olduğu belirtilse de cezanın belirlenmesi noktasında teşebbüs hükümlerinin nasıl uygulanacağına bir sorun oluşturduğuna işaret edilmelidir. Ünal, “Tehlike Suçları...”, s. 337 vd.

¹⁸⁵ Koca / Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 962.

¹⁸⁶ Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s. 359.

bir ölçüye indirgemeyecektir¹⁸⁷. Çünkü hazırlık hareketlerine ilişkin suç tamamlanmıştır. Ancak hazırlık hareketlerinin işlenmesiyle birlikte buradaki tehlike kaynaklarının tehlikeye neden olma ihtimaline son verilebilmesi de mümkündür. Buradaki esas sorun **etkin pişmanlık** kurumu bakımından doğmaktadır. **TCK m. 245/A hükmünde failin etkin pişmanlıktan yararlanabileceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır.** Örneğin, failin kredi kartı kopyalama cihazlarını başkalarından almasına rağmen daha sonra pişmanlık duyarak adli makamlara sunmasının ceza hukuku sorumluluğunu doğurup doğurmadığını tartışmak gerekir. Bu doğrultuda öncelikle Al. CK §202c/2, §263a/4, §303a/3 ve §303b/5 hükümlerine bakılmalıdır. Bu hükümler Al. CK'nın §149 hükmünün 2. ve 3. paragraflarına atıf yapmaktadır. Bahse konu 2. paragraf, parada ve kıymetli damgada sahteciliğin hazırlık hareketlerinde gönüllü vazgeçmeyi ele alırken 3. paragraf ise etkin pişmanlık halini düzenlemektedir¹⁸⁸. Etkin pişmanlık dahilinde fail, gerekli koşulları yerine getirirse tamamlanmış olan tehlike suçundan dolayı cezalandırılmayacaktır¹⁸⁹. Buna benzer düzenleme TCK m. 201 hükmünde yer almaktadır. Maddenin ilk fıkrası, parada sahtecilik (TCK m. 197) ve kıymetli damgada sahtecilik (TCK m. 199) suçlarının etkin pişmanlık hallerini ele almaktadır. İkinci fıkrası ise TCK m. 200 hükmünde düzenlenen ve yukarıda kısmen değindiğimiz “**Para ve kıymetli damgaları yapmaya yarayan araçlar**” suçunun **etkin pişmanlık** halini düzenlemiştir¹⁹⁰. Dolayısıyla fail,

¹⁸⁷ Sieber, s. 446.

¹⁸⁸ “Al. CK §149 2. paragraf ve 3. paragraf hükmü şu şekilde düzenlenmiştir:

“Her kim, gönüllü olarak,

1. hazırlanmış olan suçun icra hareketlerinden vazgeçer ve diğer kişilerin fiili hazırlamaya devam etmeleri ile veya suçu işlemeleri konusunda kendisi tarafından meydana getirilen tehlikeyi bertaraf eder veya fiilin tamamlanmasını engeller ve

2. halen mevcut buldukları ve sahtecilik için kullanmaya elverişli oldukları takdirde, sahtecilikte kullanılan araçları imha eder, kullanılmaz hale getirir, bunların mevcudiyetini resmi bir makama ihbar eder veya bunları oraya teslim eder,

Birinci fıkraya göre cezalandırılmaz

3. paragraf:

“ Eğer, diğerlerinin fiili hazırlamaya devam etmeleri veya suçu işlemeleri tehlikesi, failin katkısı olmadan bertaraf edilmiş veya suçun tamamlanması engellenmiş ise, bu takdirde, ikinci fıkranın 1 numaralı bendindeki koşulların yerine, failin bu amaca ulaşmak için yaptığı gönüllü ve ciddi bir şekilde çaba göstermiş olması yeterlidir.”, Bkz. Yenisey / Plagemann, s. 249, 250.

¹⁸⁹ Eisele, s. 928.

¹⁹⁰ TCK m. 201, f. 2 hükmü aynen şu şekildedir:

“Sahte para veya kıymetli damga üretiminde kullanılan alet ve malzemeyi izinsiz olarak üreten,

sahte para üretiminde kullanılan alet ve malzemeyi izinsiz bir şekilde ülkeye sokmuş ve daha sonra resmi makamlar haber almadan bu alet ve malzemenin ele geçirilmesini sağlamışsa hakkında cezaya hükmolunmayacaktır. Buna ilişkin hükmün TCK m. 245/A'da bulunmaması nedeniyle failin pişmanlık gösterip cihaz, program, şifre veya sair güvenlik kodlarının adli makamlarca ele geçirilmesini sağlasa dahi cezalandırılması ihtimali gündeme gelecektir. Bu noktada bu etkin pişmanlık hükmünün (TCK m. 201, f. 2) TCK m. 245/A hükmü kapsamında kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı konusu akla gelmektedir. Ceza hukuku sisteminde kıyas kuralı olarak yasaksa da (TCK m. 2, f. 3) doktrinde ceza hukukunun genel hükümlerinde ceza sorumluluğunu sınırlandırıcı ölçüde kıyasın mümkün olduğu belirtilmektedir¹⁹¹. Buna karşılık etkin pişmanlığa ilişkin hüküm, genel bir hüküm değildir. Başka bir ifadeyle TCK m. 201'de yer alan hükümler yalnızca bahsi geçen ilgili suçlarla sınırlıdır. Dolayısıyla TCK m. 201, f. 2 hükmü kıyasa konu olmayacaktır. Bu noktada TCK m. 245, f. 5 hükmünde yer alan etkin pişmanlık hükmü de uygulama alanı bulamayacaktır. Zira madde hükmünün atf yaptığı TCK m. 168 hükmünün kapsamı yalnızca malvarlığına karşı işlenen suçlarla sınırlıdır. Bu yüzden uygulamada doğabilecek tereddütlerin giderilmesi adına, TCK m. 201, f. 2 hükmüne benzer şekilde, TCK m. 245/A'ya özel bir etkin pişmanlık hükmü eklenmelidir.

2. İştirak

Madde hükmünde yer alan, satma ve satın alma, başkalarına verme ve kabul etme gibi seçimlik hareketler bakımından suçun çok faili bir suç özelliği gösterdiği söylenebilir¹⁹². Diğer bir anlatımla bu seçimlik hareketle sınırlı olarak suçun karşılaşma suçu olduğu ifade edilebilir. Bu durumda herkes faildir ve ceza hukuku sorumluluğu açısından istisnai hususlar söz konusu değildir. Bundan başka ilgili suç tipinde suça iştirak hükümleri açısından özel bir durum söz konusu olmayıp genel hükümlerin geçerli olacağı belirtilmelidir¹⁹³.

ülkeye sokan, satan, devreden, satın alan, kabul eden veya muhafaza eden kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, diğer suç ortaklarını ve bu malzemenin ürettiği veya saklandığı yerleri ilgili makama haber verirse, verilen bilginin suç ortaklarının yakalanmasını ve bu malzemenin ele geçirilmesini sağlaması halinde, hakkında cezaya hükmolunmaz.”

¹⁹¹ Özgenç, s. 135; Aynı yönde Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 87; Karşı görüş, Artuk / Gökçen / Alşahin / Çakır, s. 164; Koca / Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 66.

¹⁹² Koca / Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 960.

¹⁹³ Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s. 360; Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 1028; Dülger, s. 491; Kusurluluğu ortadan kaldıran neden bağlamında failin cebir veya tehdit dolayısıyla irade

Örneğin, bilişim sistemine hukuka aykırı olarak giren bir programı imal eden kimse, daha sonra bu programı bir başka kişiye satabilir. Satın alan kimse daha sonra bu program sayesinde bilişim sistemine girme suçunu işleyebilir. Programı satan kişi, bilişim sistemine girme suçunun yardım edenidir. Fakat “failliğin **şerikliğe** nazaran önceliği” prensibi gereği programı satan kişi, yalnızca TCK m. 245/A hükmünden dolayı cezalandırılacaktır.

3. İçtima

Bu suç tipiyle işlenmesi amaçlanan suçların hazırlık hareketleri ceza hukuku sorumluluğu altına girmektedir. Dolayısıyla bu suç tipi bakımından araç suçu-amaç suçu ilişkisinden bahsetmek mümkündür. Bu suçun işlenmesi için amacın gerçekleşmesi gerekmez, bilakis bu amaçla ilgili seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmesi yeterlidir. Ancak amaç suçun da ayrıca işlenmesi halinde gerçek içtima söz konusu olur. Bu bahisle örneğin; imal ettiği, satın aldığı, bulundurduğu bir cihaz veya programlarla bilişim sistemine girme suçunu işleyen fail gerçekleştirmiş olduğu her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılır¹⁹⁴.

Bu suç bakımından zincirleme suç (TCK m. 43, f. 1) hükümlerinin uygulanabilmesi için ilgili seçimlik hareketlerinin farklı zaman dilimlerinde gerçekleşmesi gerekmektedir. Aksi takdirde seçimlik hareketli suçların özelliği gereği ortada tek suç söz konusu olur¹⁹⁵.

Belirtmelidir ki TCK m. 245/A hükmüyle özel kanunlarda bazı suç tiplerini düzenleyen hükümlerle bir görünüşte içtima hali olan genel norm-özel norm ilişkisi kurmak mümkündür. Bu bağlamda “**imza oluşturma, verilerin izinsiz kullanımı suçu**”na yer veren Elektronik İmza Kanununun 16. maddesi¹⁹⁶; “**koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık**

yeteneğinin etkilenmesi mümkündür. Bu bahisle doktrinde TCK m. 28 hükmünün TCK m. 245/A hükmünde yer alan suç açısından uygulanmasının mümkün olduğu vurgulanmaktadır. Buradan hareketle cebir veya tehdit uygulayan kişinin bu suçun işlenmesinde dolaylı fail olduğu noktasında herhangi bir kuşku bulunmamaktadır. İlgili açıklamalar için bkz. Karakurt Eren, “Bilişim Alanında...”, s. 239, 241.

¹⁹⁴ Koca / Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 962; Fidyeye virüsleriyle ilgili olarak hem bilişim sistemini engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçu (TCK m. 244, f. 2) hem de TCK m. 245/A suçu işlenmiş olur. Retornaz / Güçlütürk, s. 310. Bununla birlikte fidenin temin edilmesi halinde bilişim sistemleri aracılığıyla haksız yarar sağlama suçunun (TCK m. 244, f. 4) da oluştuğu ifade edilmelidir.

¹⁹⁵ Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s. 361; Koca / Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 962; Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 1028.

¹⁹⁶ İlgili hüküm aynen şu şekildedir:

hareketleri suçu”nun yer aldığı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 72. maddesi¹⁹⁷ ve **“telsiz cihaz ve sistemlerinin izinsiz şekilde satma, işletme ve kullanma suçu”**nun düzenlendiği **Elektronik Haberleşme Kanununun 63. maddesinin 4. fıkrası**¹⁹⁸ özel hüküm olarak karşımıza çıkar¹⁹⁹. Dolayısıyla özel hükümler kapsamına giren bir suç işlenmişse genel hüküm olan TCK’nın 245/A maddesi uygulanmayacaktır²⁰⁰.

E. Yaptırım, Kovuşturma Usulü ve Uygulamadaki Durum

TCK m. 245/A maddesinde belirtilen suçun yaptırımını bakımından **“bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası”** öngörülmüştür. Öncelikle hazırlık hareketlerini cezalandıran bu soyut

“Elektronik imza oluşturma amacı ile ilgili kişinin rızası dışında; imza oluşturma verisi veya imza oluşturma aracını elde eden, veren, kopyalayan ve bu araçları yeniden oluşturanlar ile izinsiz elde edilen imza oluşturma araçlarını kullanarak izinsiz elektronik imza oluşturanlar bir yıldan üç yıla kadar hapis ve elli günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılırlar.

Yukarıdaki fıkra da belirtilen suçlar elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı çalışanları tarafından işlenirse bu cezalar yarısına kadar artırılır.”

¹⁹⁷ İlgili hüküm aynen şu şekildedir:

“Bir bilgisayar programının hukuka aykırı olarak çoğaltılmasının önüne geçmek amacıyla oluşturulmuş ilave programları etkisiz kılmaya yönelik program veya teknik donanımları üreten, satışa arz eden, satan veya kişisel kullanım amacı dışında elinde bulunduran kişi altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.”

¹⁹⁸ İlgili hüküm aynen şu şekildedir:

“Kurma ve kullanma izni ile ruhsatname alınması gereken telsiz cihazı veya sistemlerini bu Kanununun 37 nci maddesine aykırı olarak, Kurumdan izin almaksızın satan, kuran, işleten ve kullananlar hakkında ikibin güne kadar adli para cezası uygulanır. Bu cihazları, gerekli izinler alınmış olsa bile millî güvenliği ihlal amacıyla kullananlar eylemleri daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde altı aydan bir yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar.”

¹⁹⁹ 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 51. maddesinin 5. fıkrasında hız sınırlarının aşılıp aşılmadığını tespit eden cihazlarının tespit veya sürücüyü ikaz eden cihazların imal, ithali ve araçlarda bulundurulması fiillerine yaptırım olarak hafif hapis ve hafif para cezaları öngörülmüştür. Hafif hapis ve hafif para cezaları 5252 sayılı Kanunun 7. maddesi gereği idari para cezasına dönüştürülmüştür. Bu bakımdan kanunun m. 51, f. 5 hükmü bir suç değil, bir kabahattir. Bu yüzden kabahat teşkil eden bu fiili bir suç olarak gören görüşlerin hatalı olduğunu belirtmek gerekir. İlgili görüş için bkz. Kaya / Çakır, s. 51.

²⁰⁰ Koca / Üzülmez, *Özel Hükümler*, s. 963; Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s. 361, Kaya / Çakır, s. 51; Yukarıda da ifade edildiği üzere, kredi kartlarının arkasında bulunan rakam ve harfler sair güvenlik kodları olarak kabul edilirler. Bu doğrultuda başkası tarafından üretilmiş sahte kredi kartını bu özelliğini satın alma veya kabul etme durumunda özel norm olan TCK m. 245, f. 2’deki suç işlenmiş olur. Dolayısıyla genel norm olan TCK m. 245/A hükmü, uygulama alanı bulamayacaktır. Bkz. Gül, s. 351.

tehlike suçunun ceza miktarını, işlenmesi amaçlanan diğer suçlarla birlikte değerlendirmek gerekir. Örneğin, nitelikli unsurlar ve netice sebebiyle ağırlaştırılmış haller haricinde bir soyut tehlike suçu olan bilişim sistemlerine girme suçuna (TCK m. 243, f. 1) kanun koyucu tarafından bir yıla kadar hapis veya adli para cezası takdir edilmiştir. Bu noktada bahse konu hazırlık hareketlerini suç haline getiren TCK m. 245/A hükmündeki ceza miktarının, TCK m. 244, f. 4'teki bilişim sistemi aracılığıyla haksız yarar sağlama suçu ve m. 245 hükmündeki banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçları hariç olmak üzere, diğer bilişim suçlarının ceza miktarıyla hemen hemen aynı ceza miktarlarına sahip olduğu görülmektedir²⁰¹. Halbuki bu suçun haksızlık içeriğinin diğer bilişim suçlarına nazaran daha az olduğu aşıkardır. **Nitekim yukarıda yer verdiğimiz 18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nde de belirtildiği üzere, hazırlık hareketini cezalandıran suçtaki ceza miktarının, işlenmiş suç için öngörülenden daha hafif olması gerektiği vurgulanmıştır.** Böylelikle bu suç açısından hapis ve adli para cezası miktarının daha hafifletilmesi gerektiğini önermekteyiz^{202,203}. Her ne kadar bu yaklaşıma iştirak etsek de bilişim alanında suç kapsamına alınan hazırlık hareketlerinin daha fazla cezalandırılması yönünde bir eğilimin

²⁰¹ Bununla birlikte bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenen hırsızlık suçundaki (TCK m. 142, f. 2, bent e) ceza miktarının beş yıldan on yıla kadar hapis; nitelikli dolandırıcılık suçu (TCK m. 158, f. 1, bent f) açısından ceza miktarının üç yıldan on yıla kadar hapis cezası olduğu görülmektedir.

²⁰² Örneğin, Avusturya Ceza Kanunu'ndaki §126c hükmünde belirtilen ceza miktarı, 6 aya kadar hapis cezası ve 360 güne kadar adli para cezasıdır. Bu kapsamda diğer bilişim suçlarının ceza miktarlarına da bakılmalıdır. Kanunun §126a hükmünde yer alan verilere zarar verme (Datenbeschädigung) suçunun cezasının basit hali (§126a/1) 6 aya kadar hapis cezası ve 360 güne kadar adli para cezasıdır. Nitelikli unsurlar açısından; §126a/2 hükmü gereğince 2 yıla kadar, §126a/3 hükmü uyarınca 3 yıla kadar, §126a/4 hükmü bakımından 6 aydan 5 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Bilgisayar sisteminin işleyişini bozma suçunu (Störung der Funktionsfähigkeit eines Computersystems) düzenleyen §126b hükmüne göre suçun basit hali (§126b/1) 6 aya kadar hapis ve 360 güne kadar adli para cezasıdır. Nitelikli unsurlar açısından; §126b/2 hükmü gereğince 2 yıla kadar, §126b/3 hükmü uyarınca 3 yıla kadar, §126b/4 hükmü bakımından 6 aydan 5 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

²⁰³ Benzer sorunun İngiltere'de yürürlükte bulunan Bilgisayarın Kötüye Kullanılması Kanunu'nda (Computer Misuse Act 1990) da mevcut olduğu ifade edilmektedir. Bilişim suçlarının hazırlık hareketlerini cezalandıran 3A maddesindeki ceza miktarı 12 aya kadar hapis cezasıdır. Bu ceza miktarının; amaç suçlar olan bilgisayara yetkisiz erişim (m. 1), başka bir suçu işlemek veya işlenmesini kolaylaştırmak için yetkisiz erişim (m. 2), kasten bilgisayarın işleyişine zarar verici yetkisiz hareketlerde bulunma (m. 3) ve ciddi zarar yaratan veya yaratma riski taşıyan hareketlerde bulunma (m. 3ZA) suçlarında öngörülen ceza miktarlarıyla hemen hemen aynı olduğu ve bu durumun da ilgili kriterle uyumluluğunun tartışmalı olduğuna işaret edilmektedir. İlgili açıklamalar için bkz. Tekin, s. 51.

olduğu belirtilmelidir²⁰⁴. Örneğin, Al. CK §202c hükmünde gerçekleştirilen 20.11.2015 tarihli Kanun değişikliği sonucunda hapis cezası, bir yıldan iki yıla çıkarılmıştır²⁰⁵.

Adli para cezası bakımından alt sınır belirtilmemiştir. Fakat TCK m. 52 hükmü gereği alt sınırın 5 gün olduğu noktasında kuşku yoktur. Hapis cezasıyla birlikte adli para cezasına hükmedilmesi genel olarak ekonomik kazancın elde edildiği suçlarda başvurulan bir yöntemdir²⁰⁶. Suçun işlenmesi dolayısıyla bir gelir elde edildiği tespit edilmişse kazanç müsaderesinin uygulanması söz konusu olacak adli para cezası ise bahsi geçen alt sınır üzerinden belirlenecektir. Buna karşılık suçtan elde edilen gelirin tespit edilmesi mümkün değilse bu durumda hakim, adli para cezasını, alt sınır ile üst sınır arasında takdir edebilecektir²⁰⁷.

Suçun işlenmesiyle tüzel kişinin yararına haksız bir menfaat sağlanabilir. Böylelikle TCK m. 246 hükmü yararınca tüzel kişiye özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanması gündeme gelir.

Suçun mağduru toplumu oluşturan herkes olduğundan soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı değildir. Bu suç re'sen takip edilen suçlardandır²⁰⁸. 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 11. ve 12. maddeleri yararınca görevli mahkeme, asliye ceza mahkemesidir. Bu kanunun m. 9, f. 4 hükmüyle özel kanunlarda başkaca hüküm bulunmadığı takdirde ihtisaslaşmanın sağlanması amacıyla, gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak daireler arasındaki iş dağılımı, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenebilmektedir. Kurulun 25.11.2021 tarihli, 1229 sayılı Kararıyla ağır ceza ve asliye ceza mahkemelerinin bazı daireleri

²⁰⁴ Cezaların asgari haddenden verildiği noktasından hareket edilerek ceza miktarının artırılması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. Apaydın, s. 570; Yaptırım miktarının yerinde olduğunu belirten görüş için bkz. Karakurt Eren, s. 244.

²⁰⁵ İlgili hüküm, Yolsuzlukla Mücadele Kanunu (Gesetz zur Bekämpfung der Korruption) kapsamında değiştirilmiştir. Bkz. Bundesgesetzblatt, 20.11.2015, <https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl115s2025.pdf%27%5D__1636704254580>, Erişim Tarihi 12 Kasım 2021.

²⁰⁶ Koca / Üzülmöz, *Özel Hükümler*, s. 963.

²⁰⁷ Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s. 362.

²⁰⁸ Özel hüküm kapsamındaki 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 72. maddesinde belirtilen suç ise şikâyete bağlı bir suçtur.

bilişim suçlarına bakma yönünde ihtisaslaştırılmıştır²⁰⁹. 15.12.2021 tarihinden sonra bu suç bakımından kovuşturma, ihtisaslaştırılan daireler tarafından yürütülecektir.

Zaman bakımından uygulanma (TCK m. 7) kuralları gereği TCK m. 245/A hükmü ancak 07.04.2016 tarihinden sonra işlenen fiillere yönelik uygulanabilir. Başkaca bir suçu oluşturmadığı sürece, bu tarihten önce bilgisayar programının, şifrenin ve sair güvenlik koduyla ilgili maddede sayılan fiillerin işlenmesi, cezaya tabi değildir²¹⁰. Yukarıda da açıklandığı bulundurma/depolama seçimli hareketleri mütemadi suç özelliğini göstermektedir. Maddenin yürürlük tarihinden önce ilgili cihaz, program ve kodları bulduran kimse, bu tarihten sonra da buldurmaya devam ediyorsa bu suçu işlemiş olacaktır.

Yürürlük tarihi itibarıyla madde hükmünün mahkeme içtihatlarına yansıyan yönü az olmakla beraber yakın gelecekte daha fazla karşımıza çıkacağı aşikardır²¹¹. Bilindiği üzere ATM'lere yerleştirilen banka veya kredi kartı kopyalama cihazının yardımıyla başkalarına ait banka hesaplarıyla ilişkilendirilerek banka veya kredi kartının sahte olarak üretilmesi, TCK m. 245, f. 2 hükmünde yer alan suçu oluşturmaktadır²¹². Buna karşılık cihazların ATM'ye yerleştirilmesi dahi TCK m. 245, f. 2'deki suça teşebbüs kapsamında görülmemekte ve bir hazırlık hareketi olarak algılanmaktaydı. Bu durumda failin yalnızca TCK m. 136 hükmündeki kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi suçuna teşebbüsten dolayı cezai sorumluluğu gündeme

²⁰⁹ 30.11.2021 tarih, RG: 31675, <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/11/20211130-2.pdf>>, Erişim Tarihi 01 Aralık 2021.

²¹⁰ Akbulut, *Bilişim Alanında Suçlar*, s. 347.

²¹¹ Özellikle kripto para borsaları bir program sayesinde kurulmaktadır. Bu program dolayısıyla bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle nitelikli dolandırıcılık suçunun (TCK m. 158, f. 1, bent f) işlenmesi gayet kolaylaşmaktadır.

²¹² “Gerçek kartların manyetik şerit bilgilerini kopyalamak, şifrelerini elde etmek ve elde etmiş oldukları kart bilgilerini beyaz kart tabir edilen kartlar ile değişik amaçlarla ellerinde bulunan diğer kartlara encoder cihazı aracılığı ile kopyalayıp bankada bulunan hesaplarla ilişkilendirerek sahte kart üretme eyleminin küll halinde TCK.nun 245/2. maddesine uyduğu gözlemlenmeden, ayrıca TCK.nun 136. maddesiyle cezalandırılmasına karar verilmesi, ...yasaya aykırı... CMUK 321. Maddesi uyarınca (BOZULMASINA)...” Yargıtay 8. CD, 2016/6350 E, 2016/8725 K, 30.06.2016, <<https://proxy.hacibayram.edu.tr:2089/belge/y-8-cd-e-2016-6350-k-2016-8725-t-30-06-2016/2445757/encoder>>, Erişim Tarihi 22 Ekim 2021; Bir başka Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 8. CD, 2016/10088E., 2016/10339K., 10.11.2016, <<https://proxy.hacibayram.edu.tr:2089/araama/mahkeme-kararlari>>, Erişim Tarihi 22 Ekim 2021.

gelmekteydi²¹³. Keza Yargıtay da bu yaklaşıma göre içtihat geliştirmişti²¹⁴. Madde hükmünün yürürlüğe girmesinin akabinde bu tür fiiller dolayısıyla ceza hukuku sorumluluğu genişleyecektir. Yargıtay da bir kararında;

“Sanığın katılan bankanın ATM cihazına yerleştirdikleri düzenekle, işlem yapmaya gelen kişilere ait kartların manyetik şerit bilgilerini kopyalamak ve şifrelerini elde etmeye çalışmaktan ibaret eyleminde; bilişim sisteminin parçası olan ATM üzerinde gerçekleştirdiği hareketlerinin ayrıntılı olarak tespiti ve bu hareketin suça konu bankanın bilişim sisteminin bir parçası olan ATM’nin kısa süreli de olsa çalışmasına engel teşkil edip etmediği, bağlı bulunduğu bilişim sistemine (sistemin engellenmesi veya bozulması gibi) bir zarar verip vermediği hususları ilgili banka şubesinden sorulup, sanığın eyleminin “bilişim sistemini engelleme veya bozmak”, “mala zarar (v)ermek” ve 07.04.2016 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 6698 sayılı Yasanın 30. maddesi ile TCK’ya eklenen 245/A maddesinin karşılaştırılması ile sonucuna göre hüküm kurulması yerine uygulama yeri bulunmayan TCK.nun 245/2, 35. maddelerinden hüküm kurulması”

şeklinde belirtmek suretiyle bu suç tipinin uygulanması gerektiğine vurgu yapmıştır²¹⁵. Bunun sonucunda fail, gerçek içtima dolayısıyla hem

²¹³ **Gül, s. 348. Aynı yönde açıklamalar için bkz.** Aliusta / Benzer, s. 39; Apaydın, s. 570; Değişiklikten önce bu cihazların yalnızca bulundurulmasının cezalandırılmayan önceki hareket kapsamında olduğu belirtilmekteydi. Bkz. Tekin, s. 51.

²¹⁴ *“Sanığa yüklenen sahte kart üretme suçunda; sanığın, yanındaki kimliği tespit edilemeyen şahıs ile birlikte 07.08.2014 günü saat 16.26’da ING Bank’a ait Apartmanı bahçesinde bulunan ATM’ye kart kopyalama aparatını yerleştirdiğinin, ATM den ele geçirilen kopyalama düzenekleri üzerinde ...Adli Bilişim Büro Amirliği tarafından yapılan inceleme neticesinde düzenlenen 04.09.2014 tarihli raporda; Toshiba marka 16 GB hafıza kartında 12 adet video dosyası ve 2 adet resim dosyasının tespit edildiği ve raporlanması için CD ye aktararak gönderildiğinin anlaşılması ve henüz kart üretildiğine veya üretilmeye teşebbüs edildiğine ilişkin dosyada delil bulunmaması karşısında; raporda bildirilen verilerin çözümünün yaptırılması, kişilere ait bilgilerin varlığının tespit edilmesi halinde sanığın eyleminin TCK.nun 136. maddesinde düzenlenen kişisel verileri hukuka aykırı olarak ele geçirmek suçunu oluşturacağı, herhangi bir bilgi yok ise eylemin aynı suça teşebbüs suçunu oluşturacağı gözetilmeden, suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde TCK.nun 245/2. maddesi uyarınca hüküm kurulması,”* Yargıtay 8. CD, 2018/1350E., 2019/13066K., 04.11.2019, <<https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-918#>>, Erişim Tarihi 12 Ekim 2021; Konuyla ilgili bir başka karar için bkz. Yargıtay 8. CD, 2015/13192E., 2017/3451K. 26.04.2017, <<https://proxy.hacibayram.edu.tr:2089/belge/y-12-cd-e-2015-13192-k-2017-3451-t-26-04-2017/2847175/ATM+kredi+kart%c4%b1+TCK+136>>, Erişim Tarihi 12 Kasım 2021.

²¹⁵ Yargıtay 8. CD, 2016/3214E., 2016/10758K., 24.11.2016, <<https://proxy.hacibayram.edu>.

TCK m. 245/A hükmünden hem de TCK m. 136 hükmü uyarınca ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

III. CİHAZIN, BİLGİSAYAR PROGRAMININ, ŞİFRENİN VEYA SAİR GÜVENLİK KODUNUN MÜSADERESİ SORUNU

TCK m. 245/A hükmünde belirtilen suçla ilgili olarak tartışılması gereken bir başka konu; suçun konusunu oluşturan cihaz, bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodlarının bir güvenlik tedbiri olan müsadereye tabi tutulmasıdır. TCK m. 54, f. 4 hükmünde belirtildiği üzere üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya müsadere edilecektir. Hatta bu tür bir eşyanın suçta kullanılmasına veya suçun işlenmesine yönelik tahsis edilmesine gerek bulunmamaktadır. Eşyanın bulundurulması dahi suç oluşturduğundan, başka bir suçun işlenmesinde kullanılıp kullanılmadığının veya kime ait olduğunun, müsadere hükümlerinin uygulanmasında bir önemi bulunmamaktadır²¹⁶. Kanaatimizce, eşyanın başlı başına bir tehlikeliliğinden bahsedilemez. Esasında buradaki tehlike, eşyanın niteliğini açıklamada kullanılan bir kavramdan ibarettir. Bu tür eşyaların niteliğinden hareketle kanun koyucu, bir tehlike kaynağı olduğuna dikkat çekerek bunlarla ilgili fiilleri suç haline getirmeye çalışmaktadır. Buradaki güvenlik tedbiri anlamındaki tehlikelilik, failin bu nitelikteki eşyaları kullanarak başka suçlar işleyebilme ihtimalini ifade eder. Bu niteliğe sahip eşya üzerinde müsadere uygulanarak, yani failin eşya ile olan bağlantısı sona erdirilerek bu tehlikelilik halinin önüne geçilmeye **çalışılır**²¹⁷. Ezcümle TCK m. 245/A hükmünde yer alan cihazlar TCK m. 54, f. 4 hükmüne tabi eşya olup

tr:2089/belge/y-8-cd-e-2016-3214-k-2016-10758-t-24-11-2016/2660439/245_A>, Erişim Tarihi 11 Ekim 2021.

²¹⁶ Mahmut Koca, “Türk Ceza Hukukunda Müsadere”, (Lexpera Blog, 27 Mayıs 2020), <<https://blog.lexpera.com.tr/turk-ceza-hukukunda-musadere/#fnref56>>, Erişim Tarihi 26 Ekim 2021.

²¹⁷ Ünal, “Tehlike Suçları...”, s. 66, 86.

başka bir suç işlenmiş olmasa da müsadere edilecektir^{218, 219}.

Cihazların müsadere bakımından bir mesele ortaya çıkmasa da program, şifre veya sair güvenlik kodlarının müsadere sinin nasıl yapılacağı sorusu akla gelmektedir. Genellikle bu program, şifre veya güvenlik kodları, bir donanım veya cihaz üzerinden çalıştırılırlar. Bu noktada CMK m. 134 hükmüne bakmak gerekecektir. Nitekim madde hükmü müsadere konusuyla dolaylı olarak ilişki kurmaktadır. Madde hükmünde esas amaçlanan şey, cihaz veya donanımlara değil, bilakis verilere elkonulmasıdır. CMK m. 134, f. 2 hükmü bu bağlamda önemlidir. Buna göre, şifrenin çözümü yapılmış ve gerekli kopyalar alınmışsa elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilecektir. İlaveten CMK m. 134, f. 4 hükmüyle de bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında veriler yedeklenirken bu yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilmesi mümkün hale getirilmiştir. Buradan yola çıkılarak müsadere nin gerekli olduğu durumlarda ise TCK m. 54, f. 5 hükmünün uygulanması gerektiği doktrinde önerilmektedir²²⁰. Buna göre, bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsadere si söz konusu olursa, tümüne zarar verilmeden bu

²¹⁸ Konuyla ilgili olarak verilen İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 17. Ceza Dairesi tarafından verilen karar da bu durumu ifade etmektedir:

“...her ne kadar sanığın TCK'nun 245/2. Maddesinden cezalandırılması istemi ile kamu davası açılmış ise de; aparatın ele geçirildiği yer ve içerisinde kopyalanmış veri olmaması nedeniyle söz konusu suçun icra hareketlerine başlamadığı anlaşıldığından atılı suçtan da cezalandırılmayacağı, sanığın eyleminin TCK'nun 245/A maddesinde düzenlenen yasak cihaz veya programlar bulundurma suçunu oluşturduğu ancak bu suçun yürürlük tarihinin 07/04/2016 tarihi olduğu, suç tarihi itibarıyla herhangi bir yaptırımın bulunmadığı anlaşılmalı, Beykoz 1. Asliye Ceza Mahkemesinin sanığın eylemine uygun olmayan bir şekilde vasıflandırmada hataya düşerek verdiği kararının kaldırılmasına ve sanığın atılı suçtan beraatine karar verilerek aşağıdaki gibi hüküm kurulmuştur...

...Her ne kadar sanığın eyleminin suç tarihinden sonra 07/04/2016 tarihinde TCK 245/a maddesi ile ihdas edilen suçu oluşturması ancak sanığın eylemini 29/11/2015 tarihinde gerçekleştirdiği suç tarihi itibarıyla herhangi bir yaptırımın söz konusu olmaması ancak suç tarihinden sonra yürürlüğe giren anılan maddede eylemin suç olarak kabul edilmesi nedeniyle Beykoz Adli Emanetinin 2016/352 sırasında kayıtlı 1 adet ATM kopyalama cihazının TCK 54/1.maddesi gereğince MÜSADERESİNE...” Bkz. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 17. CD, 2017/61E., 2017/575K. 05.04.2017, <<https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/istanbul-bam17-cd-e-2017-61-k-2017-575-t-5-4-2017>>, Erişim Tarihi 27 Ekim 2021.

²¹⁹ 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun m. 51, f. 5 hükmünde ise bu tür cihazların müsadere edileceği özel olarak belirtilmiştir. Fakat madde düzenlemesi bir kabahati öngördüğünden bu yaptırımı Kabahatler Kanunu m. 18'deki “mülkiyetin kamuya geçirilmesi” olarak anlamak gerekir.

²²⁰ Cumhur Şahin, “Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma (CMK m. 134)”, *Yaşar Hukuk Dergisi*, 1(2), 2019, s.278.

kısmı ayırmak mümkünse, yalnızca bu kısmın müsaderesine karar verilebilir. Örneğin, bilgisayardaki hard disk müsadere edilirken şüphelinin hard disk içindeki, suç teşkil etmeyen bilgilerin kopyasının kendisine iade edilmesi mümkün kılınmalıdır²²¹. Buna karşılık 54, f. 4 hükmü karşısında uygulamanın bu yönde bir yaklaşım göstermediği ortadadır²²². Kanaatimizce TCK m. 54, f. 5 hükmünü CMK m. 134, f. 4 hükmüyle birlikte değerlendirdiğimizde, elkonulan cihazların veya donanımların içindeki suçla ilişkili olmayan verilerin kopyasının teslim edilmesine imkan tanınmalıdır. Ancak program, şifre veya sair güvenlik kodunun bulunduğu elkonulan orijinal hard disk ve diğer donanımlar hakkında bu tedbire devam edilmeli ve TCK m. 54, f. 4 hükmü uyarınca müsaderesine hükmedilmelidir²²³.

Belirtmek gerekir ki imal edilen program, şifre veya sair güvenlik kodları bulut bilişim üzerindeki bir verilerin erişilmesinde de kullanılabilir. Bunun için internete bağlanabilen alelade bir bilgisayarın varlığı yeterli olmakla beraber program, şifre veya sair güvenlik kodunun bilgisayarda bulunmasına dahi gerek yoktur. Bu durumda müsaderenin uygulanıp uygulanmayacağı sorunu baş göstermektedir. Kanaatimizce CMK m. 134 hükmü uygulandığında şüphelinin kullandığı bilgisayarda bu program, şifre veya sair güvenlik kodu tespit edilemediğinde elkonulan cihaz ve donanımlar, CMK m. 131 hükmü uyarınca şüpheliye iade edilmelidir²²⁴. Bulut bilişim üzerindeki verilerin erişilmesine özgülenen program, şifre veya sair güvenlik kodlarına yönelik **“saklanan bilgisayar verilerinin aranması ve bunlara elkonulması”** başlıklı AK-SSS m. 19, 3. paragrafta yer alan hüküm yol göstericidir. Buna göre, taraf devletlerden her biri, yetkili mercilerin kendi ulusal sınırları içinde; bir bilgisayar sistemine ya da bu sistemin bir parçasına veya bilgisayar verilerinin saklandığı cihazlara elkonulması ya da bunların benzer şekilde koruma altına alınması; bilgisayar verilerinin kopyalanıp alıkonulması, söz

²²¹ Şahin, s. 279.

²²² CMK m. 134, f. 4 hükmü uyarınca uygulamaya yansıyan durum için bkz. Dülger, s. 587 vd.

²²³ Nitekim bunların orijinallerinde her ne kadar silme işlemi gerçekleştirilse de başka bir program vasıtasıyla tekrar geri getirilebilmeleri mümkündür. Keza Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında da bu husus şu şekilde yer almaktadır:

“Olaydan sonra sanık ...'a ait Nokia E72 marka cep telefonuna ait hafıza kartındaki silinmiş görüntülerin bilgisayar programı yardımı ile hafıza kartına geri yüklenmesi sonucunda mağdure ve sanık ...'un anlatımına uygun bir şekilde cinsel ilişki sırasında çekilen fotoğraflar elde edilerek dosya içerisine alınmıştır.” YCGK, 2014/14-35e., 2016/49K. 09.02.2016, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=1905#>, Erişim Tarihi 14 Kasım 2021.

²²⁴ Ünal, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında...”, s. 128, 129.

konusu saklı bilgisayar verilerinin doğruluğunun muhafaza edilmesi; **erişilen bilgisayar sistemindeki söz konusu verilerin erişilemez hale getirilmesi ya da silinmesi** ile ilgili olarak düzenleme yapmakla yükümlü kılınmışlardır²²⁵. Buradan hareketle bulut bilişim sistemine erişim sağlayabilecek programın, şifrenin veya sair güvenlik kodunun kullanılamaz hale getirilmesi yönünde bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Bu sayede yeni suçların işlenme ihtimalinin önüne geçilmektedir.

Söz konusu cihaz, bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodlarının, madde hükmünde belirtilen amaç doğrultusunda, bulundurulması dahi suç teşkil ettiği için bunların bulunmaması halinde kaim değer mütadesine (TCK m. 54, f. 2) ilişkin hüküm de uygulanmayacaktır²²⁶. Öte yandan fail, cihaz veya program satışından maddi menfaat elde etmiş olabilir. Bu durumda elde edilen maddi menfaat hakkında kazanç mütadesi hükmü (TCK m. 55) uygulanabilecektir.

SONUÇ

Bilişim alanında işlenen suçlarla ve bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılmasıyla işlenebilen diğer suçlarla mücadelenin etkinliğinin sağlanması amacıyla bu suçların hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasına yönelik TCK m. 245/A hükmünde yer alan yasak cihaz veya programlar suçu düzenlenmiştir. Madde hükmü aynı zamanda cihaz, bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodları bakımından ortaya çıkan karaborsanın önlenmesine de hizmet edecektir.

Cezalandırılabilirlik alanının ön plana kaydırılması yukarıda zikredilen birtakım kriterlere **göre yürütülmelidir. Bu** kriterlere riayet edilmeksizin yapılan kanuni düzenleme, temel hak ve özgürlüklerin aşırı bir şekilde daralmasına yol açar. Bu noktada TCK m. 245/A hükmünü bu kriterlerle birlikte değerlendirmek gerekir. Öncelikle bu suçun, önemli hukuki değerlere yönelen ihlalin önlenmesi amacıyla ihdas edildiği görülmektedir. Özellikle *“bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle”* işlenebilen

²²⁵ Sözleşmenin açıklayıcı memorandumunun 199. paragrafında bu durum şu şekilde ifade edilmiştir:

“Dolayısıyla verilere el koyma ya da onları benzer şekilde güven altına almanın iki işlevi vardır: 1) Örneğin verileri kopyalamak yoluyla delil toplamak, ya da 2) örneğin verileri kopyalamak ve daha sonra orijinal versiyonlarını erişilmez kılmak ya da taşımak yoluyla verileri müsadere etmek. El koymak, el konan verilerin nihai olarak silinmesi anlamına gelmemektedir.”

²²⁶ Koca, Türk Ceza Hukukunda Müsadere.

diğer suçlar dikkate alındığında bu suç tipiyle birden fazla hukuki değerin korunduğu ortadadır. Bu yüzden bu suç tipinin ilgili kriterle uyumlu olduğunu ifade etmek mümkündür.

AK-SSS m. 6 hükmünde cihazların kötüye kullanılmasıyla ilgili suç ihdasına dair düzenleme yükümlülüğünün, TCK m. 245/A hükmü çerçevesinde, genel itibariyle karşılandığı sonucuna ulaşmaktayız. Hatta “*bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılmasıyla işlenebilen diğer suçlar*” ifadesiyle bu hükmün daha geniş bir içeriğe sahip olduğundan bahsedilmelidir. Bu durum eleştiri konusu yapılmıştır. Keza hazırlık hareketleri suç haline getirilirken çok genel ve belirsiz ifadelerle başvurulmaması gerekmektedir. Fakat hükmün geniş bir şekilde düzenlendiği ve kanunilik ilkesiyle bağdaşmadığı yönünde yapılan eleştirilere katılmamaktayız. Zira bilişim sistemlerinde yaşanan her bir gelişim sonucunda kanuni düzenlemeye başvurmak oldukça güçtür. Sözgelimi Al. CK §202c, §263/3a, §303a/3 ve 303b/3 hükümleri gibi ayrı ayrı düzenlemeler yerine tek bir hüküm koymak daha isabetli bir çözümdür. Buna karşılık madde hükmüyle madde başlığının birbirleriyle uyumsuz olduğu barizdir. Özellikle madde başlığındaki “yasak” ibaresinin yer almaması gerektiği düşüncesindeyiz. İlaveten madde başlığının suçun konusuna göre değil, fiile göre oluşturulması gerekmektedir. Bu yüzden madde başlığının “program ve cihazların kötüye kullanılması” şeklinde düzenlenmesi gerektiğini belirten öneriye katılmaktayız. Madde metni belirli olsa da formülasyonunun daha iyi yapılabileceği noktasında yapılan eleştirilere itibar etmekteyiz. Öncelikle hangi suçların işleneceğine ilişkin amaç unsuruna yer verilmelidir. Daha sonra suçun konularına yer verilerek seçimlik hareketler düzenlenmelidir. Bu açıdan yaklaşıldığında, yukarıda aynen yer verdiğimiz *Koca/Üzülmez*’in önerdiği formülasyonun, isabetli olduğunu belirtmek gerekir.

TCK m. 245/A hükmünün, işlenmesi amaçlanan suçlarla bağlantılı bir şekilde kurgulandığı aşikardır. Bu bağlamda madde hükmünün, yukarıda bahsi geçen “*suç haline getirilen fillerin asıl suçun işlenmesine sıkı sıkıya bağlı olması*” kriterini karşıladığı düşüncesindeyiz. Belirtilmelidir ki bu durum kastın yanında amaç unsurunun varlığı ile mümkün olur. Böylelikle belirli bir zarar veya tehlikeye neden olma eğilimi içerdiği ifade edilerek hazırlık hareketini suç haline getiren ilgili düzenlemenin meşru olduğu sonucuna ulaşılır. Bu bakımdan TCK m. 245/A hükmünde amaç unsuruna yer verilmesini, olumlu olarak nitelendirmek mümkündür. Bu yolla soyut tehlike suçundaki cezalandırılabilirlik alanı da sınırlandırılmış olur. Özellikle “sızma testleri”ni uygulayabilecek kişilerin maddede belirtilen suçları işlemek amacı

dışında gerekli cihaz veya programları bulundurdıkları açıktır. Bu durum aynı zamanda çift kullanımlı tehlike kaynaklarının yönetimi açısından da önemli olup sözleşmenin belirttiği esaslar dahilinde uyumludur.

Amaç unsuru bağlamında bu suçun yalnızca doğrudan kastla işlenebileceğini belirterek olası kast yönündeki görüşlere katılmamaktayız. Buna ek olarak sızma testi tanımına yer veren yönetmelik hükmü ile CMK m. 134 hükmünün TCK m. 245/A hükmü kapsamında bir suç oluşturmayacağı açıktır. Ancak suçun oluşmaması ilgili hükümlerin bir hukuka uygunluk nedeni olmasından değil, bilakis amaç unsurunun yokluğu yüzündendir. Ayrıca ilgilinin rızasının bu suç açısından bir hukuka uygunluk nedeni olduğu yönündeki görüşlere suçun mağdurunun toplumu oluşturan herkes olduğu gerekçesiyle itibar etmemekteyiz.

Yukarıda belirtilen bir diğer kritere göre, hazırlık hareketini cezalandıran suçtaki ceza miktarının, işlenmiş suç için öngörülenden daha hafif olması gerekmektedir. Halbuki TCK m. 245/A hükmündeki ceza miktarının TCK m. 244, f. 4 ve TCK m. 245 hükmünde yer alan suçlar hariç, hemen hemen aynı olduğu görülmektedir. Haksızlık içeriği de göz önüne alındığında bu suç tipi için öngörülen ceza miktarının fazla olduğu anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda ceza miktarının azaltılması gerektiğini ifade etmekteyiz.

Parada sahtecilik ve kıymetli damgada sahtecilik suçlarının etkin pişmanlık hükümleri TCK m. 200'de yer almışken benzer şekilde TCK m. 245/A'da düzenlenen suç bakımından etkin pişmanlık hükmünün yer almaması bir eksiklik teşkil eder. Özellikle failin soruşturma aşamasından önce cihaz, bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodlarını adli makamlara teslimini sağlamanın bir ceza hukuku sorumluluğunu doğurmaması gerekir. Olması gereken açısından bu şekilde ifade edilse de TCK m. 200 hükmünün de genel bir hüküm olmaması sebebiyle kıyasen uygulanması mümkün değildir. Bu yüzden bu suç tipine özel olarak etkin pişmanlık hükmünün ihdasına ihtiyaç vardır. TCK m. 245/A hükmüyle ilgili etkin pişmanlık hükmünün ihdas edilmesi aynı zamanda bilişim alanında suçlar bakımından öne çıkan karaborsayla mücadelede önemli bir katkı sağlayacaktır. Zira bu hükümden yararlanmak isteyen kişiler bu karaborsanın izlenmesinde önemli bilgiler verebilirler. Böylelikle TCK m. 245/A'daki seçimlik hareketleri gerçekleştiren diğer kişilere de ulaşma imkanı yaratılmış olur.

Kural olarak bilişim alanında veya bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılmasıyla işlenen suçların işlenmesi amacıyla tasarlanmış olan

cihazların TCK m. 54, f. 4 hükmü uyarınca müsadereyi yönünde bir sorun bulunmamaktadır. Zira üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya müsadereye tabi olup bunların kullanılması suretiyle ayrı bir suç işlenmesi de gerekmeyecektir. Buradaki esas sorun bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodlarının müsaderesinin nasıl yapılacağına ilişkindir. Bu noktada hem CMK m. 134 hükmünün hem de TCK m. 54, f. 5 hükmünün de dikkate alınması gerekmektedir. Uygulama genellikle TCK m. 54, f. 4 hükmünü esas alsa da elkonulan cihaz veya donanımların içindeki suçla ilgili olmayan verilerin kopyasının teslim edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu yaklaşım hem koruma tedbirindeki hem de güvenlik tedbirindeki orantılılık ilkesiyle de uyumlu olur. Öte yandan bulut bilişim açısından bu sisteme erişimi mümkün kılan program, şifre veya sair güvenlik kodları hakkında AK-SSS m. 19, 3. paragrafındaki düzenlemeye göre hareket edilmesine ve bu yöne benzer ölçüde bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç vardır.

Madde hükmünün yürürlüğe girmesiyle birlikte uygulamaya yansıyan kararların az oluşu dikkat çekmiştir. Yukarıda içtima başlığı altında zikrettiğimiz özel hükümlerin daha önce yürürlük kazandığı görülmekteyse de bunlar hakkında verilen yargı kararları da yok denecek kadar azdır²²⁷. Halbuki bilişim suçlarında Yargıtay kararlarının çoğunluğunun banka ve kredi kartlarının kötüye kullanılması suçu çerçevesinde olduğu düşünüldüğünde, TCK m. 245/A hükmünün uygulanması yönünde bir engelin olmadığı kanaatindeyiz. Özellikle HSYK'nın ilgili kararı doğrultusunda ihtisaslaştırılan mahkemeler aracılığıyla bu suç tipiyle ilgili olarak hükmedilen yargı kararlarının, daha da çeşitleneceğini öngörmekteyiz. Bu yönüyle HSYK'nın almış olduğu kararı olumlu olarak addetmekteyiz.

²²⁷ Örneğin, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun m. 72 hükmündeki koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri suçunun, 71. maddede belirtilen manevi, mali veya bağlantılı haklara tecavüz suçuyla birlikte ele alındığı görülmektedir. Genellikle Yargıtay, bu yöndeki programların bulunduğunu işaret etse de kanunun 71. maddesindeki suçun oluşup oluşmadığını yönünde içtihatla bulunmaktadır. İlgili kararlarda 72. maddedeki suçunun oluşup oluşmadığı noktasında bir değerlendirmeye rastlanılmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için, bkz. Değirmenci, “Koruyucu Programlar...”, s. 115.

KAYNAKÇA

- Akbaş H İ, “Tuş Kaydedici (Keylogger)”, Naci Akdemir / Can Ozan Tuncer (Ed.), *Siber Ansiklopedi: Siber Ortama Çok Disiplinli Bir Yaklaşım*, Pegem Akademi, 2021.
- Akbulut B, *Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 4. Bası, Adalet Yayınevi, 2017.
- Akbulut B, *Bilişim Alanında Suçlar*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2017.
- Aliusta C / Benzer R, “Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi ve Türkiye’nin Dahil Olma Süreci”, *Uluslararası Bilgi Güvenliği Dergisi*, 4(2), 2018, s. 35-42.
- Altuğ Ş, “Banka veya Kredi Kartlarının Kötüye Kullanılması”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 9(17), 2021, s. 1-44.
- Apaydın C, “Yasak Cihaz veya Program Oluşturma, Bulundurma, Taşıma veya Satma Suçu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 15(163), 2020, s. 563-571.
- Artuk M E / Gökçen A / Çakır K / İçer Z, *Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020.
- Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi, Açıklayıcı Memorandum, 2.7 paragraf, <<https://rm.coe.int/16800cce5b#:~:text=The%20Convention%20and%20its%20Explanatory,II>>, Erişim Tarihi 05 Ekim 2021.
- Babayiğit B, “Deepfake’in Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi Ve De Lege Ferenda Öneriler”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(4), 2021, s. 655-703.
- Bilgiç A, “Kökset (Rootkit)”, Naci Akdemir / Can Ozan Tuncer (Ed.), *Siber Ansiklopedi: Siber Ortama Çok Disiplinli Bir Yaklaşım*, Pegem Akademi, 2021.
- Biter F S, “İstenmeyen Mesaj (Spam)”, Naci Akdemir / Can Ozan Tuncer (Ed.), *Siber Ansiklopedi: Siber Ortama Çok Disiplinli Bir Yaklaşım*, Pegem Akademi, 2021.
- Bostancı G E, “Arka Kapı”, Naci Akdemir / Can Ozan Tuncer (Ed.), *Siber Ansiklopedi: Siber Ortama Çok Disiplinli Bir Yaklaşım*, Pegem Akademi, 2021.
- Bozbayındır A E, “The Advent of Preventive Criminal Law: An Erosion of

The Traditional Criminal Law?”, *Criminal Law Forum*, (29), 2018, s. 25-62.

Chart of signatures and ratifications of Treaty 185, Title: Convention on Cybercrime, <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=185>>, Erişim Tarihi 05 Ekim 2021.

Çalışkan S, “Ele Geçirme (Hijacking)”, Naci Akdemir / Can Ozan Tuncer (Ed.), *Siber Ansiklopedi: Siber Ortama Çok Disiplinli Bir Yaklaşım*, Pegem Akademi, 2021.

Değirmenci O, “Cryptolocker; Bir Fidyeye Virüsünün Ceza Hukuku Açısından Analizi”, *Yaşar Hukuk Dergisi*, 1(2), 2019, s. 175-204.

Değirmenci O, “Koruyucu Programları Etkisiz Kılmaya Yönelik Hazırlık Hareketleri Suçu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 13(140), 2018, s. 112-117.

Dülger M V, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020.

Eisele J, “Der Kernbereich des Computerstrafrechts”, *JURA*, Heft 12, 2021, s. 922-934.

Erdem M / Özocak G, “Siber Güvenliğin Sağlanmasında Uluslararası Hukukun ve Türk Hukukunun Rolü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69(1), 2019, s. 127-212.

Eren Karakurt A, “Sızma Testleri İle Türk Ceza Kanunu’nun 234, 244 ve 245/A Maddelerinde Düzenlenen Suçlar Arasındaki İlişkinin Değerlendirilmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi* 15(164), 2020, s. 747-764.

Eren Karakurt A, “Bilişim Alanında Suçların veya Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanıldığı Diğer Suçların İşlenmesi Amacıyla Cihaz, Program, Şifre ya da Güvenlik Kodlarının Üretilmesi, Yayılması veya Bulundurulması Suçu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 11(43), 2020, s. 212-246.

Erken E, “Truva Atı”, Naci Akdemir / Can Ozan Tuncer (Ed.), *Siber Ansiklopedi: Siber Ortama Çok Disiplinli Bir Yaklaşım*, Pegem Akademi, 2021.

Eroğlu C, “Stuxnet Solucanı Saldırısı-2010”, Naci Akdemir / Can Ozan Tuncer

- (Ed.), *Siber Ansiklopedi: Siber Ortama Çok Disiplinli Bir Yaklaşım*, Pegem Akademi, 2021.
- Gül A, *Doğrudan-Dolaylı Bilişim Suçları*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Heger M, “§ 202c”, Karl Lackner / Kristian Köhl (Ed.), *Strafgesetzbuch-Kommentar*, 29. Auflage, C.H Beck, 2018.
- Kaya İ S / Çakır A, “Yasak Cihaz veya Programlar Suçu”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, (38), 2020, s. 32-55.
- Koca M / Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 14. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Koca M / Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku: Özel Hükümler*, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020.
- Koca M, “Türk Ceza Hukukunda Müsadere”, (Lexpera Blog, 27 Mayıs 2020), <<https://blog.lexpera.com.tr/turk-ceza-hukukunda-musadere/#fnref56>>, Erişim Tarihi 26 Ekim 2021.
- Korkmaz İ, “Cihaz, Program, Şifre ve Güvenlik Kodlarının Bilişim Suçlarını İşlemek Amacıyla İmal ve Ticareti Suçu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 13(142), 2018, s. 47-55.
- Nestler N, “Hacker-Tools im StGB”, *Juristische Ausbildung*, 6, 2021, s. 629-637.
- Önok M, “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Işığında Siber Suçlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan*, 19(2), 2013, s. 1229-1270.
- Özbek V Ö / Doğan K / Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku: Özel Hükümler*, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku: Genel Hükümler*, 17. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Puschke J, “Grund und Grenzen des Gefährdungsstrafrechts am Beispiel der Vorbereitungsdelikte”, Roland Hefendehl (Ed.), *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?*, Berliner Wissenschafts Verlag, 2010, s. 9-40.

- Pütz W, “Der Gefahrbegriff im Strafrecht”, Universität Köln, *Dissertation*, 1936.
- Reitinger P R, “Encryption, Anonymity and Markets”, Douglas Thomas/ Brian D. Loader (Ed.), *Cybercrime: Law Enforcement, Security And Surveillance In The Information Age*, Routledge, 2003.
- Retornaz E A / Güçlütürk O G, *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk*, Oniki Levha Yayıncılık, 2020.
- Sieber U, *Bilişim Teknolojisi İle Globalleşen Dünyadaki Tehlikelerin Önlenmesi ve Ceza Hukuku*, Feridun Yenisey, Salih Oktar, Zehra Başer Doğan (Çev.), Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Tekin D, “Bir Ceza Politikası Olarak Hazırlık Hareketlerinin Cezalandırılması: Türk ve İngiliz Yasal Düzenlemelerin Karşılaştırmalı Analizi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 13(147), 2018, s. 49-60.
- Türk Ceza Hukuku Derneği, 18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi, Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişlemesi, <<https://www.tchd.org.tr/18-uluslararası-ceza-hukuku-kongresi/#1541890191101-bb047707-5831>>, Erişim Tarihi 27 Eylül 2021.
- Turan M, *Bilişim Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Ünal O G, Türk Ceza Hukukunda Tehlike Suçları, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi*, 2020.
- Ünal O G, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma”, *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, 2011.
- Yenisey F / Plagemann G, *Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch*, 2. Baskı, Beta Yayınevi, 2015.
- Weber U, “Die Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs und Unternehmensdelikte”, *Beiheft zur Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Walter de Gruyter, 1987.

İNSAN HAKLARI ÇATIŞMALARININ ÇÖZÜMLENMESİNDE ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI İLKESİNİN İŞLEVİ: TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI ÇERÇEVESİNDE BİR DEĞERLENDİRME

Zeynep HAZAR*

ÖZET

Çocuğun üstün yararı, çocuk haklarına ilişkin uluslararası insan hakları düzenlemelerinin ortaya çıkışıyla birlikte, bedensel, zihinsel, ekonomik ve sosyal bakımdan güçsüz ve dezavantajlı gruplardan biri olan çocukları ilgilendiren her konuda başvurulacak temel bir ilke haline gelmiştir. İlkenin bu geniş kullanımıyla beraber işlevinin ne olduğu konusunda tartışmalar devam etmektedir. Çocuk Hakları Komitesi'nin 2013 yılında kabul ettiği genel yorum kararına göre çocuğun üstün yararı, maddi bir hak, temel bir yorum ilkesi ve bir usul kuralıdır. Bu çalışmanın amacı çocuğun üstün yararının insan hakları çatışmalarının çözülmesindeki işlevinin, Çocuk Hakları Komitesi'nin 2013 tarihli genel yorum kararı ve Türk Anayasa Mahkemesi içtihadı ışığında ortaya konulmasıdır.

Anahtar Kelimeler: *Çocuğun üstün yararı ilkesi, çocuğun üstün yararı, insan hakları çatışmaları, çocuk hakları, Türk Anayasa Mahkemesi.*

THE FUNCTION OF THE PRINCIPLE OF THE BEST INTERESTS OF THE CHILD IN RESOLVING HUMAN RIGHTS CONFLICTS: A REVIEW IN THE LIGHT OF THE CASE LAW OF THE TURKISH CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT

The best interests of the child, with the emergence of international human rights regulations regarding children's rights, have become a fundamental principle to be applied in all matters concerning children, who are one of the most vulnerable and disadvantaged groups physically, mentally, economically and socially. Notwithstanding this broad use of the principle, debates continue as to what its function is. According to the general comment adopted by the the Committee on the Rights of the Child in 2013, the best interest of the child is a substantive right, a fundamental interpretative

* **Dr. Arş. Gör.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı / ANKARA, **e-posta:** zeynep.hazar@hbv.edu.tr,

ORCID: 0000-0002-5735-9116.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1116690

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 08/04/2022

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 21/04/2022

legal principle and a rule of procedure. The aim of this study is to reveal the function of the best interests of the child in resolving human rights conflicts in the light of the 2013 general comment of the Committee on The Rights of Child and the case-law of the Turkish Constitutional Court.

Keywords: *The principle of the best interests of the child, the best interests of the child, human rights conflicts, child's rights, The Turkish Constitutional Court*

GİRİŞ

Toplumsal hayat içinde bedensel, zihinsel, ekonomik ve sosyal bakımdan güçsüz, bağımlı ve dezavantajlı gruplardan biri olan çocuklar, modern insan hakları hukuku alanındaki öncü pozitif düzenlemelerden itibaren özel bir hukuki koruma altına alınmıştır. Hukukun ve bilhassa insan hakları hukukunun toplumda özel olarak korunmaya muhtaç kişilerin haklarını garanti altına alma amacı, saf yaratılışları, toylukları ve deneyimsizlikleri nedeniyle iş güçleri, bedenleri ve zihinleri sömürülmeye en açık gruplardan olan çocukların özel olarak koruma altına alınmasını gerektirmiştir. Çocukların haklarını temin eden bu *hususî* alan, 1924 tarihli *Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi*'nden itibaren çocuklara ilişkin uluslararası düzenlemelerin neredeyse tamamında yer alan *çocuğun üstün yararı ilkesi* ile somutlaşmıştır. *Çocuğun üstün yararı ilkesi* yalnızca uluslararası düzenlemelerle sınırlı bir kullanıma sahip değildir. Özellikle Birleşmiş Milletler (BM) Çocuk Hakları Sözleşmesi (ÇHS)'nin kabulü ve yürürlüğe girişiyle, birçok devletin ulusal hukuk düzenlemelerinde de söz konusu ilkeye yer verilmiştir. Böylece ilke, çocuk hukuku alanında tüm dünyayı etkisi altına almıştır.

Çocuğun üstün yararı ilkesinin gittikçe yükselen bir biçimde etki ettiği alanlardan biri de insan hakları çatışmalarıdır. Bir çocuğun insan hakları, üç şekilde bir çatışmanın konusunu oluşturabilir. İlk olarak bir çocuğun birden çok insan hakkı arasında bir çatışma olabilir. İkinci olarak bir çocuğun insan hakkı ile bir diğer kişinin insan hakkı çatışabilir. Bu durumda “diğer kişi”, çoğu zaman çocuğun ebeveynlerinden biri olmaktadır. Ancak bazı istisnai hallerde diğer çocuk ya da yetişkinlerin insan hakkı da çocuğun haklarıyla çatışabilir. Son olarak bir çocuğun insan hakkı ile kamusal menfaatler çatışabilir. ÇHS'nin 3. maddesindeki emredici hükme göre “çocukları ilgilendiren tüm konularda” dikkate alınması gereken *çocuğun üstün yararı ilkesi*, bahsi geçen tüm çatışma hallerinde de dikkate alınmalıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi (AYM ya da Mahkeme) yerleşik içtihadında, genel olarak çocukların insan haklarını

ilgilendiren ve özel olarak hak çatışmasının söz konusu olduğu başvurularda, Anayasa'nın 41. maddesi ve ÇHS'nin 3. maddesine atıfla çocuğun üstün yararı ilkesini mutlaka göz önünde bulundurmaktadır.

İlkenin uluslararası ve ulusal düzeyde yaygın kullanımıyla beraber, literatürde ve yargı kararlarında işlevinin ne olduğu/olması gerektiği konusunda tartışmalar mevcuttur. BM Çocuk Hakları Komitesi (ÇHK ya da Komite)'nin 2013 yılında kabul ettiği genel yorum kararı, ilkenin anlamındaki belirsizliklerin giderilmesi konusunda bir başlangıç noktası olmuş ve bazı eleştirilerle birlikte literatürde geniş kabul bulmuştur. Mevzubahis genel yorum kararına göre ilkenin üç işlevi vardır: Çocuğun üstün yararı, bir *maddi hak*, genel bir *yorum ilkesi* ve bir *usul kuralıdır*. Bu çalışmanın amacı Komitenin söz konusu genel yorum kararı ve AYM içtihadı ışığında, insan hakları çatışmalarının çözümlenmesinde *çocuğun üstün yararı ilkesinin* işlevinin ne olduğunun ortaya konulmasıdır.

I. ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI İLKESİNİN ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNDAKİ GELİŞİMİ

Çocukların hukuki bakımdan özel bir koruma altına alınması gerektiği fikri ilk olarak Milletler Cemiyeti tarafından kaleme alınan 1924 tarihli Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi (Cenevre Bildirisi) ile ortaya konulmuştur. Kavramsal olarak “çocuğun üstün yararı” ifadesi yer almasa da, Cenevre Bildirisi ilkenin anlamsal olarak kendine yer bulduğu ilk uluslararası metinlerden biri olarak kabul edilmektedir. Oldukça kısa olan bu bildirinin giriş paragrafı tüm insanların, çocuğun özel olarak korunması sorumluluğunu taşıdığını beyan eder:

Yaygın olarak “Cenevre Bildirisi” olarak bilinen bu Çocuk Hakları Bildirisi ile tüm ulusların kadın ve erkekleri, insanlığın çocuğa verebileceğinin en iyisini borçlu olduğunu kabul ederek; tüm ırk, milliyet ve inanç mülhazalarının ötesinde ve üstünde bunu bir vazifesi olarak beyan ve tasdik eder¹.

Yukarıda geçen “insanlığın çocuğa verebileceğinin en iyisi” ifadesiyle, özü itibarıyla ilkeye işaret edildiği söylenebilir.

Cenevre Bildirisi'nin yorumlanması ve geliştirilmesi ile oluşturulmuş

¹ Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi, <<http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm>>, Erişim Tarihi 28.02.2022.

1959 tarihli BM Çocuk Hakları Bildirisi (Bildiri) ise bedensel ve zihinsel bakımdan henüz olgunlaşmamış çocuğun, doğumdan önce olduğu gibi doğumdan sonra da özel gözetime gereksinim gösterdiğini vurgulamıştır. Bildiri'nin 2. maddesinde kullanılan “çocuğun üstün yararı (the best interests of the child)” ifadesiyle, insan hakları hukuku alanında çocuğa tanınan “özel” koruma kavramsallaşmıştır. Bu kavram, Bildiri'nin kabul edilmesinin sonrasında ve günümüzde, çocuklara tanınan özel hukuki korumayı ifade etmek için kullanılan en yaygın kavram halini almıştır. Bildiri'nin 2. maddesine göre,

Çocuk özel olarak korunur; çocuğa; sağlıklı ve normal bir şekilde, özgür ve onurlu koşullarda; bedensel, zihinsel, ahlaki, manevi ve toplumsal olarak gelişebilmesi için yasalar ve başka yollarla fırsatlar ve kolaylıklar sağlanır. Bu amaçla çıkarılacak yasalarda, çocuğun üstün yararı dikkate alınacak en önemli düşüncedir².

Bildiri'de çocuğun yararının “en önemli düşünce (*the paramount consideration*)” olduğu belirtilmiştir. Bu yaklaşım, çocuğun yararını her durumda en üstün konumda olduğu/olması gerektiği fikrinin bir ifadesidir. Buna göre, çocuğun menfaatlerinin başka menfaatlerle çatışması durumunda, “en önemli düşünce” olan çocuğun yararı, diğer menfaatlere karşı her durumda ve mutlak bir üstünlüğe sahiptir.

Çocuğun üstün yararı ilkesine ilişkin en önemli uluslararası insan hakları düzenlemesi ise şüphesiz 1989 tarihli BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'dir. 1924 ve 1959 tarihli bildirilerin aksine uluslararası bir antlaşma ile çocuk haklarının güvence altına alınması, söz konusu sözleşmeye aykırı eylemlerin denetim konusu olabilmesi ve hukuki yaptırıma tabi tutulabilmesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi'ni diğer uluslararası düzenlemelerden ayrı bir noktaya taşımıştır³. Ayrıca 1959 tarihli Bildiri'de ilkenin yasaların uygulanmasında temel alınması gerektiği belirtilirken, Sözleşme'de sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar gibi yasayı uygulayan kurumlar yanında yasa

² BM Çocuk Hakları Bildirisi, <<https://web.archive.org/web/20130926070812/http://www.un.org/cyberschoolbus/humanrights/resources/child.asp>> Erişim Tarihi 28.02.2022. BM'nin resmi sitesinde Çocuk Hakları Bildirgesi metnine kısıtlama getirildiği için orijinal metne web arşivleri üzerinden ulaşılmıştır. Metnin tamamının Türkçe çevirisi için bkz. <<https://www.maltepe.edu.tr/Content/Media/CkEditor/29042020025606457-cocukhaklari.pdf>> , Erişim Tarihi 28.02.2022.

³ Ali Naim İnan, “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 44(1), 1995, s. 765.

yapıcıların da çocuğun üstün yararını esas alması gerektiği belirtilmiştir. Bu bakımdan Sözleşme çocuğun çıkarlarını korumada Bildiri'nin ötesine geçmiştir⁴. Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin ayırt edici bir diğer özelliği, en çok ülke tarafından imzalanan ve onaylanan uluslararası insan hakları sözleşmesi olmasıdır. Resmi verilere göre BM'ye üye 193 ülkenin tamamı Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne taraftır⁵. Bu bakımdan söz konusu Sözleşme tarihte eşsiz bir yere sahiptir⁶. 2011 yılında hazırlanan ve 14 Nisan 2014 tarihinde yürürlüğe giren “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin Başvuru Usulüne İlişkin İhtiyari Protokol” ile ÇHS sistemi içinde bireysel başvuru ve devlet başvurusu usulü de kabul edilmiştir⁷. Her iki başvuru yolunda da inceleme mercii Komite'dir. İhtiyari Protokol'ün 10. maddesine göre bireysel başvurularda Komite, yaptığı inceleme sonrasında başvuruya ilişkin görüşlerini ve varsa tavsiyelerini taraflara iletmekle yükümlüdür.

Çocuk Hakları Sözleşmesi medeni haklar, kişisel haklar, ekonomik haklar, sosyal haklar ve kültürel haklar şeklinde sınıflandırılabilir birçok hak kategorisini güvence altına almıştır. Bunun yanında Sözleşme'nin 3. maddesinin 1. fıkrasında, Sözleşme'nin tamamının yorumlanmasında bir ilke olarak kabul edilen *çocuğun üstün yararı* düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre,

⁴ Öze Yücel, “Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi”, *Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2), Aralık 2013, s. 125.

⁵ Sözleşme'ye taraf devletlerin güncel listesi için bkz. <https://treaties.un.org/Pages/show-Details.aspx?objid=08000002800007fe&clang=_en> Erişim Tarihi 01.03.2022. Türkiye 14 Eylül 1990 tarihinde söz konusu Sözleşme'yi imzalamış ve Sözleşme 4 Nisan 1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir, <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>>, s. 3, Erişim Tarihi 01.03.2022. <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=179&Lang=en> Erişim Tarihi 01.03.2022. Türkiye Sözleşme'nin bazı maddelerine çekince koymuştur. Buna göre “Türkiye Cumhuriyeti Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 17, 29 ve 30. maddeleri hükümlerinin T.C. Anayasası ve 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Anlaşması hükümlerine ve ruhuna uygun olarak yorumlama hakkını saklı tutmaktadır.”, <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>>, s. 15. Erişim Tarihi 01.03.2022.

⁶ Dilara Buket Tatar, “Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”, İlyas Doğan (Ed.), *İnsan Hakları Hukuku*, Genişletilmiş 2. Baskı, Astana Yayınları, 2015, s. 234.

⁷ Protokol çalışmanın yapıldığı tarih itibarıyla 64 ülke tarafından imzalanmıştır <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-d&chapter=4>, Erişim Tarihi 22.03.2022; <<https://treaties.un.org/doc/Treaties/2011/12/20111219%2003-15%20PM/CTC%204-11d.pdf>>, Erişim Tarihi 22.03.2022. Türkiye de bahsi geçen ihtiyari protokolü, ÇHS'ye düşülen şerhlerle atıfta bulunarak 09.03.2017 tarihli ve 6976 sayılı Kanun ile onaylamıştır, <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/12/20171207.pdf>>, Erişim Tarihi 22.03.2022.

Çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde; kamusal veya özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar ya da yasama organları tarafından yapılmış olsun, çocuğun üstün yararı birincil düşüncedir (In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration)⁸.

İlkenin özgün İngilizce metindeki karşılığı olan “best interests of the child”, birebir çeviride “çocuğun en iyi yararları” şeklinde tercüme edilebilir. Çocuk için faydalı olan bütün hususları işaret eden “best interests of the child”, en geniş anlamıyla “çocuğun esenliği (well-being of a child)” olarak tanımlanmıştır⁹. Kavramın çoğul olması aynı zamanda, Sözleşme’nin tek bir yarar aramadığı, çocuğu ilgilendiren konularda faydasına olan tüm kararlardan en iyisinin seçilmesinin arzu edildiğini göstermektedir¹⁰.

Sözleşme metninde Bildiri’den farklı olarak çocuğun yararının, çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde ve her durumda “en önemli düşünce (the *paramount consideration*)” değil, ancak “birincil düşünce (*a primary consideration*)” olduğu ifade edilmiştir¹¹. Sözleşme’deki bu farklı tutum, çocuğun menfaatlerinin zorunlu olarak karar verici olmaması¹² ve çocuğa

⁸ Sözleşme’nin 3. maddesinin 1. fıkrasının özgün İngilizce metni için bkz. <<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>> Erişim Tarihi 01.03.2022. Resmi Gazete’de yayımlanan Türkçe çevirisi ise şu şekildedir: “Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.”, <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>>, s. 5, Erişim Tarihi 01.03.2022. Kanaatimizce “the best interests of the child” ifadesini karşılamak için “çocuğun üstün (ya da yüksek) yararı” kavramı daha isabetli bir tercihtir. Bu tercih hem dilsel açıdan daha doğrudur hem de çatışan menfaatler bağlamında çocuğun menfaatinin önde gelmesi gerektiğini daha berrak bir biçimde vurgular. Bu nedenle özgün İngilizce metin tarafımızca yukarıdaki gibi çevrilmiştir.

⁹ *UNHCR Guidelines On Determining The Best Interests of The Child*, 2008, Geneva, s. 14, <<https://www.unhcr.org/protection/children/4566b16b2/unhcr-guidelines-determining-best-interests-child.html>> Erişim Tarihi 04.04.2022.

¹⁰ Memduh Cemil Şirin, “Çocuğun Yararı Gözüyle Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi”, *Çocuk ve Medeniyet*, 2019/2, s. 220.

¹¹ Sözleşme’nin hazırlanması sırasında konuya ilişkin tartışmaların yapıldığı hazırlık çalışmaları için bkz. *Legislative History of The Convention on The Rights of the Child*, Vol. 1, Office of The United Nations High Commissioner for Human Rights, United Nations, New York Geneva, 2007, s. 335-348.

¹² Abdulkadir Pekel, *Aile Hayatına Saygı Hakkı AİHM’in Geliştirdiği İlkeler Bağlamında Bir İnceleme*, Liberte Yayınları, Ankara, 2016, s. 62.

ilişkin bir karar verilirken çocuğun menfaatleri ile yarışan diğer menfaatlerin de dikkate alınması gerektiği anlamına gelir¹³. İlkenin *birincil düşünce* olmasının anlamı, çocuğun menfaati her durumda yarışmadan galip gelemese de, ilgili kurumlar tarafından, karar sürecinde çocuğun yararının ne olduğu sorusunun cevabının arandığı ve dikkate alındığının gösterilmesidir¹⁴. Böylelikle çocuğun yararı, çatışmanın mutlak galibi olmasa da, diğer düşünceler hesaba katılmadan önce ve ilk olarak ele alınması gereken mülhaza şeklinde formüle edilmiştir¹⁵.

ÇHS'nin "çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde (*in all actions concerning children*)" ifadesi ise, kökenini aile hukuku ve bilhassa boşanma hukukunda bulan ilkenin "kaydadeğer bir genişlemesi" olarak yorumlanmıştır¹⁶. Çocuğun üstün yararının ÇHS'de kendine bu şekilde yer bulması, ilkenin ulusal aile hukuklarının ötesinde, özel hukuk kaynaklı diğer tüm konulara, kamu hukuku alanına ve uluslararası insan hakları hukuku alanına doğru genişletildiğinin göstergesidir¹⁷.

ÇHK'ye göre *çocuğun üstün yararı* her şeyden önce ÇHS'nin yorumlanması ve uygulanmasına ilişkin dört genel ilkeden biridir¹⁸. Her ne kadar ilke ÇHS'nin 3. maddesinde formüle edilmiş olsa da Sözleşme'nin diğer bazı maddelerinde de kendisine yer bulmuştur. İlke Sözleşme'nin çeşitli maddelerinde hem devlet kurumlarına, hem ebeveynlere bazı sorumluluklar yükleyecek şekilde formüle edilmiştir. Örneğin ÇHS'nin 21. maddesine göre evlat edinme sistemini kabul eden devletler, sistemin temeline *çocuğun üstün yararı ilkesini* koymakla yükümlüdür. Bunun yanında aile hayatının (ve bütünlüğünün) korunması hakkına ilişkin ÇHS'nin 9. maddesinin 1.

¹³ UNHCR Guidelines On Determining The Best Interests of The Child, s. 15.

¹⁴ *Implementation Handbook For The Convention on The Rights of The Child*, Fully Revised Third Edition, 2007, Geneva, s. 38, <<https://www.unicef.org/lac/media/22071/file/Implementation%20Handbook%20for%20the%20CRC.pdf>> Erişim Tarihi 04.04.2022.

¹⁵ Şirin, s. 221.

¹⁶ Philip Alston, "Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights", *International Journal of Law and The Family*, 1, 1994, s. 12-13.

¹⁷ Ursula Kilkelly, "The Best Interests of the Child: A Gateway to Children's Rights?", E. Sutherland & L. Barnes Macfarlane (Ed.), *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child: Best Interests, Welfare and Well-being*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, s. 53.

¹⁸ CRC/C/GC/14, p. 1; General Guidelines Regarding The Form and Content of Initial Reports To Be Submitted By State Parties Under Article 44 Paragraph 1 (a) of The Convention, CRC/C/5, 30 October 1991, p. 13-b.

ve 3. fıkralarına göre *çocuğun üstün yararı* söz konusu olmadıkça anne ve babasından koparılması söz konusu olamaz:

1) Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun üstün yararına olduğuna karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun ana-babasından, onların rızası dışında ayrılmasını güvence altına alırlar.(...)

(3) Taraf Devletler, ana-babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana-babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterirler¹⁹.

Benzer bir biçimde ÇHS 37 (c) ve 40-2 (b)-iii maddelerinde, özgürlük ve güvenlik hakkı sınırlanan çocuğa tanınan bazı güvenceler ilke çerçevesinde düzenlenmiştir:

37-c (...) Özgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuk, kendi yüksek yararı aksini gerektirmedikçe, özellikle yetişkinlerden ayrı tutulacak ve olağanüstü durumlar dışında ailesi ile yazışma ve görüşme yoluyla ilişki kurma hakkına sahip olacaktır.

40-2 (b)-iii (...) Yetkili, bağımsız ve yansız bir makam ya da mahkeme önünde adli ya da başkaca uygun yardımdan yararlanarak ve özellikle çocuğun yaşı ve durumu göz önüne alınmak suretiyle kendisinin yüksek yararına aykırı olduğu saptanmadığı sürece, ana-babası veya yasal vasisi de hazır bulundurularak yaya uygun biçimde adil bir duruşma ile konunun gecikmeksizin karara bağlanmasının sağlanması...²⁰

Sözleşme'nin 18. maddesinde ise çocuğu yetiştirmekle yükümlü anne-baba ya da yasal temsilcilere yönelik bir düzenleme hüküm altına alınmıştır:

Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana-babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilelere düşer. Bu kişiler her şeyden önce

¹⁹ <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>> Erişim Tarihi 22.03.2022.

²⁰ <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>> Erişim Tarihi 22.03.2022.

çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket ederler²¹.

II. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN KAVRAMSAL TERCİHİ

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararları incelendiğinde çocuğun üstün yararı ilkesini karşılamak için çeşitli kavramların kullanıldığı görülmektedir. Mahkeme ilkeye ilişkin ilk kararı olan *Murat Atılğan Başvurusunda* “çocuğun üstün yararı” kavramını kullanmayı tercih etmiştir: “Şüphesiz çocuğun üstün yararının ne olduğuna ilişkin tespit, bu tür davalarda dikkate alınması gereken en önemli unsur olup...”²² Bununla birlikte Mahkemenin kavramsal tercih konusunda yeknesak bir yaklaşımının olmadığı söylenebilir. Yeknesak olmayan bu yaklaşım esas olarak ulusal mevzuatta yer alan farklı kavramların ve aynı zamanda uluslararası sözleşmelerin tercümesindeki tutarsızlıkların bir yansıması olarak görülebilir.

İlkenin karşılık bulduğu anayasal hüküm Anayasa’nın “Ailenin korunması ve çocuk hakları” başlıklı 41. maddesinin 2. fıkrasıdır. Mevzubahis maddeye göre “Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir”. Bunun yanında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda “küçüğün menfaati”²³ ve “çocuğun menfaati” kavramı ile ilkeye işaret edilmektedir²⁴. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun 41/A-B-C maddelerinde ise ilke, “çocuğun üstün yararı” kavramı ile karşılanmıştır. Ulusal mevzuattaki bu tutarsızlığı, uluslararası düzenlemelerin çevirilerinde de görmek mümkündür. Örneğin BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 3. maddesinde özgün İngilizce karşılığı “best interests of the child” olan kavram resmi çeviride “çocuğun yararı” olarak tercüme edilmişken, 9 ve 18. maddelerinde aynı kavram “çocuğun yüksek yararı” şeklinde çevrilmiştir²⁵. Türkiye’nin taraf olduğu ve Anayasa Mahkemesinin

²¹ <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>> Erişim Tarihi 22.03.2022.

²² Murat Atılğan Başvurusu, 2013/9047, 7/5/2015, p. 43.

²³ Türk Medeni Kanunu m. 317 “Yasal sebep bulunmaksızın rıza alınmamışsa, rızası alınması gereken kişiler, küçüğün menfaati bunun sonucunda ağır biçimde zedelenmeyecekse, hâkimden evlâtlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilirler.”

²⁴ Örneğin Türk Medeni Kanunu m. 324/3 “Velayet kendisine bırakılan ana veya baba, kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerini yerine getirmese çocuğun menfaatine aykırı olmamak kaydıyla velayet değiştirilebilir. Bu husus kişisel ilişki kurulmasına dair kararda taraflara ihtar edilir”. Ayrıca bkz. Türk Medeni Kanunu m. 325, 337, 339, 346 ve 349. Türk Medeni Kanunu’ndaki ilgili maddelere ilişkin ayrıntılı inceleme için bkz. Yücel, s. 127-128.

²⁵ <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>> Erişim Tarihi 22.03.2022.

çocuk kaçırma ve çocuğun mutlak meskene iadesi davalarında sıklıkla atıfta bulunduğu Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair 25 Ekim 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin resmi çevirisinde ise "interests of child" kavramı "çocuğun çıkarı" olarak tercüme edilmiştir²⁶.

Kavramsal tercih konusundaki tutarsızlığını, AYM'nin konuya ilişkin kilit önemdeki *Marcus Frank Cerny Başvurusunda* ilkeyi karşılamak için birden fazla kavramı aynı anda kullanmasıyla ortaya koymak mümkündür. Öyle ki Mahkeme aynı kararda ilkeyi karşılamak için "çocuğun yüksek yararı", "çocuğun üstün menfaatleri", "çocuğun üstün yararı", "çocuğun yüksek menfaatleri" kavramlarının tümünü kullanmıştır.

(...)41 maddede her çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça anne ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğunu açıkça belirtilmektedir.

(...)Sözleşme'nin temel amacı, çocuğun mutlak meskeni olan ülkesine iade edilmesini sağlayarak koruma hakkının nasıl düzenlenmesi gerektiğinin çocuğun üstün menfaatleri nazara alınmak suretiyle mutlak mesken yargı makamlarınca belirlenmesidir.

(...)Bunun yanı sıra belirtilen istisna, çocuğun üstün yararı kavramıyla eş değer olmayıp bu istisna hüküm, belirli inanç ve düşünceler doğrultusundaki hassasiyetler ve farklılıkların bir iadeyi ret nedeni olarak algılanmasını da içermektedir.

...kaçırılmış çocuğun iadesine ilişkin başvuru bağlamında çocuğun yüksek menfaatlerini tespit etmek suretiyle ilgili kişilerin de yararlarına ilişkin makul bir değerlendirme ve dengelemede bulunulup bulunulmadığını belirlemek durumunda olduğunu belirtmektedir²⁷.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesinin farklı ifadelerle de olsa anlamsal olarak ilkeyi karşılamak üzere, "çocuğun yüksek yararı", "çocuğun üstün menfaatleri", "çocuğun üstün yararı", "çocuğun yüksek menfaatleri"

²⁶ Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme, 15 Şubat 2000 tarihli 23965 sayılı Resmi Gazete s. 247, <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23965.pdf>> Erişim Tarihi 01.04.2022.

²⁷ Marcus Frank Cerny Başvurusu, 2013/5126, 2.7.2015, p. 41, 58, 59, 76. Vurgular yazara aittir.

kavramlarının tamamını kullandığı söylenebilir. Bu çalışma kapsamında yapılan karar incelemeleri, Anayasa Mahkemesinin Kararlar Bilgi Bankası'nda bahsi geçen dört anahtar kavramın taranması ile elde edilmiştir.

III. ÇATIŞAN MENFAATLERİN BELİRLENMESİ

Çocuğun üstün yararı ilkesinin işlev gördüğü çatışmaları belirlemek için öncelikle Anayasa Mahkemesinin ilkeye ilişkin içtihadının hangi hak ya da haklardan müteşekkil olduğunun tespit edilmesi gereklidir. Çalışmanın yapıldığı tarih itibariyle Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankasında “çocuğun üstün yararı” anahtar kelimesiyle yapılan taramada belirlenen otuz sekiz kararın otuz birinin aile hayatına saygı hakkına ilişkin olduğu tespit edilmiştir²⁸. İlkenin esas olarak aile hukuku kaynaklı bir kavram olduğu düşünüldüğünde bu durum şaşırtıcı değildir. Bu bakımdan Mahkemenin *çocuğun üstün yararına* ilişkin içtihadının Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde şekillendiği söylenebilir²⁹. Bunun yanında ilkenin anayasal güvence altına alındığı Anayasa'nın “Ailenin korunması ve çocuk hakları” kenar başlıklı 41. maddesi de uygulama açısından önemlidir.

Mahkemenin ilke kapsamında ele aldığı başvurular esas olarak çocuk kaçırma, çocuğun mutlak meskene iadesi, evlat edinme, velayetin belirlenmesi, koruyucu aile, anne ya da babanın çocukla kişisel ilişki kurması, çocuğun anne ya da babayla kişisel ilişki kurması, hısımların ya da diğer yakınların çocukla kişisel ilişki kurması gibi çeşitli konulardan müteşekkildir³⁰. Mahkemenin kararları ve ele aldığı konuların niteliği incelendiğinde, ilkenin işlev gördüğü birden fazla çatışma şekli tespit edilebilir. Öncelikle aile hayatına saygı hakkı bağlamında çocuğun menfaatinin, anne (ya da) babanın menfaatinin ve kamusal menfaatlerin çatışmasından bahsedilebilir. Mahkeme Serpil Toros Başvurusunda söz konusu çatışmayı vurgulamıştır.

Bu alandaki belirleyici mesele; çocuğun, anne babanın ve kamu düzeninin yarışan menfaatleri arasında, devletin bu konuda kendisine tanınan takdir alanı içinde adil bir denge kurup

²⁸ <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?KelimeAra%5B0%5D=çocuğun+üstün+yararı&KararBulteni=1&page=4>> Erişim Tarihi 01.04.2022.

²⁹ Anayasa'nın 20. maddesine göre “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz”.

³⁰ <<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?KelimeAra%5B0%5D=çocuğun+üstün+yararı&KararBulteni=1&page=4>> Erişim Tarihi 01.04.2022.

kurmaktadır³¹.

Mahkeme birçok kararında *çocuğun üstün yararının* belirlenmesinin bireysel menfaatler ile toplumsal menfaatler; çocuğun menfaatleri ve ebeveyn menfaatleri arasında yapılacak bir dengeleme ile mümkün olacağını belirtmiştir:

Aile hayatına saygı hakkı kapsamındaki negatif ve pozitif yükümlülükler arasındaki sınırları kesin biçimde tanımlamak mümkün olmayıp ilgili makamların, her iki yükümlülük çerçevesinde de belirli bir takdir alanına sahip olduğu kabul edilmekle birlikte her iki yükümlülük kapsamında da benzer ilkelerin göz önünde bulundurulması, özellikle her iki durumda da kamusal makamlarca olayın bağlamı ve müdahalenin türüne göre birey menfaatleri ile toplum menfaatleri ve çocuk ile ebeveyn menfaatleri arasında adil bir denge kurulmasına özen gösterilmesi gerekmektedir. Bu dengenin tesisinde niteliği gereği çocuğun menfaatlerine özel bir önem verilmesi gerektiği açıktır³².

AYM'nin kamusal menfaatlerin de dahil olduğu çatışma durumlarına dair tespitlerine rağmen, ilkenin asıl uygulama alanı bulduğu başvuruların çocuk ile ebeveynlerin menfaatlerinin çatışması olduğu söylenebilir. Nitekim bu çalışmada da ele alınan kararların büyük bir kısmı, derece mahkemelerinin çocuk ile anne (ya da) babanın menfaatlerinin nasıl dengelendiğinin AYM tarafından denetlenmesini içermektedir. Örneğin Mahkeme yukarıda bahsi geçen *Serpil Toros Başvurusunda* çatışmanın çözümünün, çatışma halindeki çocuğun menfaatleri ile anne babanın menfaatlerinin adil bir biçimde dengelenmesinden geçtiğini belirtmiştir:

Bu açıdan, çocuğun koruma altında kalmasına ilişkin menfaati ile anne babanın çocukları ile yeniden bütünleşme hususundaki menfaatleri arasında adil bir denge tesis edilmelidir. Söz konusu dengenin tesisinde elbette çocuğun üstün yararı öncelikle göz önünde bulundurulması gereken ve çoğu zaman anne babanın menfaatlerinin üzerinde yer alan unsurdur³³.

³¹ Serpil Toros Başvurusu, 2013/2016, 9.3.2016, p. 109.

³² Murat Atılğan Başvurusu, p. 53, Selim Adıyaman Başvurusu, 2013/8846, 09.03.2016, p. 61.

³³ Serpil Toros Başvurusu, p. 115.

Çocuğun velayetine ilişkin birçok kararında ise çatışan menfaatleri dengelemenin önemini özellikle vurgulamıştır:

(...) Bu noktada belirtilen ölçütlere riayetle bir sınırlama yapılıp yapılmadığının tespiti için müdahale teşkil ettiği ve aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiği iddia edilen önlemin temelini oluşturan meşru amaç karşısında, bireye düşen fedakarlığın ağırlığının göz önünde bulundurulması ve özellikle velayet ve kişisel ilişki tesisine dair uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda ebeveyn ve çocuğun menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının belirlenmesi gerekmektedir³⁴.

Mahkeme bazen de çatışan insan haklarını daha belirgin bir biçimde ortaya koymuştur. Örneğin *Selim Adıyaman Başvurusunda* çocuğun kişisel ilişki kurma hakkı ile anne babanın kişisel ilişki kurma hakkı³⁵ arasında bir çatışma vardır:

(...) Başvurucu tarafından çocuğun ebeveynini görme ve kişisel ilişki kurma hakkı ile anne babanın çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkının anayasal olarak koruma altında olduğu, mahkemece belirtilen haklar arasında denge kurulması ve bu kapsamda orantılı ölçüde tedbirler uygulanması gerektiğinin belirtilerek...³⁶

Mahkeme bazı kararlarında ise çocuk ile geniş aile üyelerinin menfaatleri arasında bir çatışma olabileceğini belirtmiştir:

Kamusal makamlarca olayın bağlamı ve müdahalenin türüne göre birey menfaatleri ile toplum menfaatleri ve çocuk ile hı-sımların menfaatleri arasında adil bir denge kurulmasına özen

³⁴ Murat Atılğan Başvurusu, p. 39; Selim Adıyaman Başvurusu, p. 58.

³⁵ Çocuğun kişisel ilişki kurma hakkı ile ebeveynlerin kişisel ilişki kurma hakkı arasındaki çatışmanın, AYM'nin ilke bağlamında en sık ele aldığı çatışma türü olduğu söylenebilir. Kişisel ilişki kurma hakkının yalnızca anne-babaya ait olduğu geleneksel fikri güncel medeni hukuk tartışmalarında kabul edilmemektedir. Her ne kadar Türk Medeni Kanunu'nun 323. maddesinde anne-babadan her birinin, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahip olduğu belirtilse de kişisel ilişki kurma hakkı çocuğun da insan hakları arasında yer almaktadır. Doktrindeki bu yöndeki görüşler için bkz. Fulya Erlüle, "Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 16, Sayı 3-4, 2010, ss. 217-248; Ahmet Türkmen, "Çocuğun Kişisel İlişki Kurma Hakkı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 26, Sayı 2, 2020, ss. 1126-1156.

³⁶ Selim Adıyaman Başvurusu, p. 67.

gösterilmesi gereklidir³⁷.

IV. İNSAN HAKLARI ÇATIŞMALARININ ÇÖZÜMLENMESİNDE ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI İLKESİNİN İŞLEVI

Çocuğun üstün yararı ilkesi Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne hakim olan en önemli unsurdur. Mevzubahis ilke çocuklarla ilgili bütün eylem ve işlemlerde dikkate alınmalıdır³⁸. Bununla birlikte ilkenin anlamının belirlenmesi ve tanımlanması oldukça zordur. ÇHS'nin 3. maddesinde "üstün yararın" ne olduğu tanımlanmadığı gibi, metin herhangi bir yükümlülük ya da kesin emir içermemektedir³⁹. Zira ilkenin en temel işlevi, çocuğun birbiriyle çelişen kendi hak ve menfaatleri arasında ya da bazı durumlarda kendi hak ve menfaatleriyle başkalarının hakları ve menfaatleri arasındaki çatışmaların çözümlemesine ilişkindir. Her bir somut olayın koşullarına göre değişkenlik gösterecek bu işlev, genelleyici ve kapsayıcı tanımların yapılmasını zorlaştırır. Kavramın tanımlanmasındaki bu zorlukla birlikte, ÇHS'nin 46. maddesi uyarınca Sözleşme metninin yorumlayıcısı konumunda olan Komitenin, ilkenin anlamını ortaya koyduğu genel yorum kararı bir başlangıç noktası olabilir⁴⁰. Bu bölümde Komitenin ilkeye ilişkin genel yorum kararı ve ilkenin insan hakları çatışmalarında nasıl bir işlev gördüğü, AYM kararlarından örneklerle tartışılacaktır.

A. Maddi Bir Hak Olarak Çocuğun Üstün Yararı: İnsan Hakları Çatışmalarında Bir Taraf

Komitenin 2013 yılında aldığı "çocuğun üstün yararının öncelikle dikkate alınması hakkına ilişkin (on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration)" genel yorum kararı⁴¹, ilkenin anlamını belirlemek açısından yol gösterici olmuştur. ÇHK'ye göre *çocuğun*

³⁷ Figen Güneştaş ve Diğerleri Başvurusu, 2014/18376, 26.10.2017, p. 33

³⁸ Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri: I. Cilt Bölgesel Sistemler*, Legal Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 727.

³⁹ Jean Zermatten, "The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function", *International Journal of Children's Rights* 18, 2010, s. 485.

⁴⁰ Pekel, s. 61.

⁴¹ Committee on the Rights of The Children, General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), CRC/C/GC/14, 29 May 2013, <https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/gc/crc_c_gc_14_eng.pdf> Erişim Tarihi 02.03.2022.

üstün yararı üç ayaklı bir kavramdır⁴². Bu üçlü ayırımdaki ilk maddeye göre *çocuğun üstün yararı maddi bir haktır (a substantive right)*. *Çocuğun üstün yararı hakkı* Komite tarafından genel yorum kararının 6-a maddesinde tanımlanmıştır:

(a) Maddi bir hak [olarak çocuğun üstün yararı]: Kararın belirlenmesi için farklı menfaatlerin dikkate alındığı bir durumda, çocuğun üstün yararının birincil olarak dikkate alınması ve değerlendirilmesi hakkı; ve bir çocuk, belirli ya da belirsiz bir çocuk grubu ya da genel olarak çocuklar hakkında alınacak kararlarda bu hakkın uygulanacağını güvencesidir⁴³.

Bu tanıma göre *çocuğun üstün yararı*, tıpkı Sözleşme’de çocuklara tanınan diğer haklar -örneğin Sözleşme’nin 13. maddesinde düzenlenen çocuğun düşüncesini özgürce açıklama hakkı- gibi bir haktır. Komite’nin genel yorum kararından hareketle ilkenin maddi hak olarak tanımını şu şekilde yapabiliriz: *çocuğa ilişkin bir karar verilirken ve çocuğun menfaati yanında bir ya da birden fazla başka menfaatin dikkate alınması gerektiğinde; çocuğun, yararının birincil olarak dikkate alınma ve değerlendirilme hakkı vardır*. Komite bu maddi hakkın, Taraf Devletler açısından esaslı bir yükümlülük doğurduğunu, doğrudan uygulanabildiğini ve bir mahkemede ileri sürülebileceğini de belirtmiştir⁴⁴. Böylece *çocuğun üstün yararı*, çocuğun ulusal ya da uluslararası düzenlemelerde güvence altına alınan ve doğrudan ileri sürülebilen diğer hakları gibi bir insan hakları çatışmasının tarafı olabilir. Aynı zamanda bir mahkemeye başvurularak bu hakkın gereğinin yerine getirilmesi doğrudan talep edilebilir ya da bir insan hakları çatışmasından galip gelirse hakkın ihlal edildiği neticesine varılabilir.

Komite *çocuğun üstün yararını* maddi bir hak olarak tanımlamış olsa da literatürde bu tanımlamaya haklı bazı eleştiriler getirilmiştir. Bir uluslararası sözleşme olan ÇHS’nin yorumlanmasında öncelikle dikkate alınması gereken Viyana Sözleşmeler Hukuku Antlaşması’dır. 1969 tarihli

⁴² Komite’nin bu üç ayaklı ayrımı Jean Zermatten’in 39. dipnotta bahsi geçen makalesinden aynen aldığı görülmektedir. Zermatten, Uluslararası Çocuk Hakları Enstitüsü kuruculuğunu ve 1995-2014 yılları arasında başkanlığını yapmış, aynı zamanda BM Çocuk Hakları Komitesinde 2007-2013 yılları arasında başkan yardımcılığı ve başkanlık görevlerini yerine getirmiştir. Çocuğun üstün yararı ilkesinin işlevine ilişkin yaptığı ayrımın ayrıntıları için bkz. Zermatten, s. 485.

⁴³ CRC/C/GC/14, p. 6-a.

⁴⁴ CRC/C/GC/14, p. 6-a.

Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin (Vienna Convention on the Law of Treaties) “Antlaşmaların Yorumu” başlıklı 31 ila 33. maddeleri bu konuda bize ışık olacaktır. Viyana Sözleşmesi'nin 31. maddesinde düzenlenen genel yorum kuralına göre “Bir antlaşma, hükümlerine bağlamaları içinde ve konu ile amacı ışığında verilecek olağan anlama uygun şekilde, iyi niyetle yorumlanır⁴⁵”. Bu madde uyarınca, *çocuğun üstün yararının* maddi bir hak olup olmadığının tespiti için öncelikle maddenin metninden hareket etmek gereklidir⁴⁶. Yukarıda da belirtildiği üzere madde metni çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun üstün yararını dikkate almak gerektiğini salık verirken “hak” terimine yer vermemiştir. Bu bakımdan ÇHS'nin diğer maddeleriyle de ayrışır. Örneğin Sözleşme'nin 6. maddesinde “çocuğun yaşama hakkı”ndan, 7. maddesinde “çocuğun ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma” hakkından, 13. maddesinde “çocuğun düşüncesini özgürce açıklama hakkı”ndan bahsedilmiştir. 3. maddenin Komite tarafından maddi bir hak olarak görülmesine karşın, formülasyonunun “hak” kelimesini içeren ve yukarıda bazı örnekleri verilen maddelere değil; genel yorumu içeren 1. madde, korumayı içeren 2. madde ve uygulamayı içeren 4. ve 5. maddelere benzer oluşu, ilkenin *bir hak* olmaktan öte bir “şemsiye” hüküm olduğu şeklinde yorumlanmıştır⁴⁷. Kanaatimizce bir hukuki düzenlemede “hak” kelimesinin geçmemesi, söz konusu düzenlemenin bir “hak” içermediği anlamına gelmez. Yukarıda da atıfta bulunulan Viyana Sözleşmesi'nin 31. maddesine göre ÇHS'nin 3. maddesi uluslararası antlaşmanın genel amacı dikkate alınarak yorumlanmalıdır. Ayrıca Komite *çocuğun üstün yararını* maddi bir hak olarak gördüğünü belirtse de, kavramın amacının çocuğun ÇHS'de tanınan tüm haklardan tam ve etkin bir şekilde yararlanması ve çocuğun bütüncül gelişiminin güvence altına alınması olduğunu ifade etmiştir. Bu güvencenin anlamı çocuğun fiziksel, psikolojik, ahlaki ve ruhsal anlamda korunması ve insan onurunun muhafaza edilmesinin desteklenmesidir⁴⁸.

⁴⁵ <https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01.pdf>, Erişim Tarihi 22.03.2022.

⁴⁶ Kilkelly, s. 57.

⁴⁷ Alston, s. 11.

⁴⁸ CRC/C/GC/14, p. 4, 5. Bu amaç dikkate alınarak yapılacak yorumlama ve Komitenin genel yorum kararı dikkate alındığında, *çocuğun üstün yararının* maddi bir hak değil ancak usuli bir hak olduğu iddia edilmiştir; Kilkelly, s. 59. Maddi hak ile usuli hak arasındaki ayrımın yapılmasındaki zorluk bir yana, bu tartışmanın ilkenin insan hakları çatışmalarının çözümlenmesindeki işlevine doğrudan bir katkısı yoktur. Niteliği usuli ya da maddi hak olsun, ilkenin insan hakları çatışmalarının çözümlenmesinde işlevlerinden biri, çatışmanın taraflarından biri olmasıdır. Bu nedenle çalışmada literatürdeki bu tartışmalara ayrıca değil-

Mahkemenin bireysel başvuru kararları incelendiğinde, az sayıda da olsa bazı kararlarında *çocuğun üstün yararı ilkesini*, Komitenin tanımladığı biçimde *maddi bir hak* olarak ele aldığı görülmektedir. Örneğin 2018 yılında incelediği *Yıldız Yıldız Başvurusunda* AYM, *çocuğun üstün yararını* maddi bir hak olarak değerlendirmiştir. Başvurucu, mutat meskeni yurtdışında bulunan çocuğunun, eşi tarafından yurtdışındaki mukim yerine dönmesine izin verilmemesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme başvuruya ilişkin incelemesinde,

(...)Ayrıca başvuru ile çocuğu arasında kişisel ilişki tesis edilerek başvurunun çocuğunu görme, ilişki kurma hakkı ile çocuğun yüksek menfaati arasındaki denge gözetilmiş olmaktadır⁴⁹.

diyerek çocuğun üstün yararı ilkesinin, annenin aile hayatına saygı hakkı bağlamında değerlendirilen çocuğunu görme ve ilişki kurma hakkı karşısında *maddi bir hak* olarak dengelenmesi gerektiğini belirtmiştir.

Mahkemenin çocuğun yararını maddi bir hak olarak gördüğü bir diğer başvuru, açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez bulunan *C.K. Başvurusudur*. Başvuran baba, müşterek çocuğu olan eşi ile şiddetli geçimsizlik nedeniyle boşanmıştır. Çocuğun velayeti annesine verilmiş ve başvurucuya kişisel ilişki kurma hakkı tanınmıştır. Başvuranın hakkında, eski eşine yönelik aile içi şiddet nedeniyle tedbir ve uzaklaştırma kararı verilmiştir. Başvuran çocuğu ile kişisel ilişki kurmasının engellendiği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunmuştur. Mahkeme, başvuranın hakkına yapılan müdahalenin ölçülülüğü incelemesinde *çocuğun üstün yararını* maddi bir hak olarak değerlendirmiştir:

Somut olayda Mahkemenin de başvurunun eski eşinin ifadesini tanık anlatımlarıyla birlikte değerlendirerek çocuğun babasının şiddet içeren eylem ile sözlerinden etkilendiğini kabul ettiği ve başvurunun çocuğuyla kişisel ilişki kurmadaki menfaati karşısında çocuğun üstün yararını gözeterek kişisel ilişkiyi altı ay süreyle kaldırdığı anlaşılmaktadır. Şiddetin önlenmesi amacıyla uygulanan ve süre ile sınırlanan tedbirin, çocuğun maruz kaldığı eylem de gözetildiğinde anılan amacı gerçekleştirmeye elverişli

nilmemiştir.

⁴⁹ Yıldız Yıldız Başvurusu, 2015/19293, 17.07.2018, p. 76.

ve ölçülü olmadığı söylenemez⁵⁰.

B. Temel Bir Yorum İlkesi Olarak Çocuğun Üstün Yararı: Çocuğun Üstün Yararı Merceğinden Bakmak

Komitenin 2013 tarihli genel yorum kararında yaptığı üç ayaklı ayırımın ikincisine göre çocuğun üstün yararı *temel bir yorum ilkesidir (a fundamental interpretative legal principle)*. Komite bir temel yorum ilkesi olarak çocuğun üstün yararını aşağıdaki şekilde tanımlamıştır.

(b) Temel bir yorum ilkesi [olarak çocuğun üstün yararı]: Eğer hukuki bir düzenleme birden fazla yoruma açıksa çocuğun üstün yararına en etkin şekilde hizmet eden yorumun tercih edilmesi gereklidir. Sözleşme ve ihtiyari protokollerde güvence altına alınan haklar yorumlama için çerçeve sağlar⁵¹.

Komite çocuğun üstün yararının yorum ilkesi niteliğine ilişkin açıklamasını yukarıdaki tanımla sınırlı tutmuş, genel yorum kararının devamında, maddi hak ve usul kuralı niteliklerinin aksine, başkaca bir bilgi vermemiştir. *Yorum ilkesi* bir hükmün anlamlandırılmasında dikkate alınacak amaçtır⁵². Bu bakımdan Komitenin muradının, Sözleşme'nin her bir hükmünün (ya da Sözleşme'de güvence altına alınan her bir hakkın) “çocuk için en iyi olanın” tercih edileceği bir mercek üzerinden değerlendirilmesi olduğu söylenebilir⁵³. Yorum ilkelerinin kaynağı eşyanın tabiatıdır⁵⁴. Bu bakımdan çocukların haklarının, bunun da ötesinde yaşamlarındaki iyilik ve esenliğin korunmasını amaçlayan bir uluslararası belgenin, “çocuk için en iyi olanın” tercih edileceği bir yorumlama ile okunması gerekliliği açıktır. Bir yorum ilkesi olarak çocuğun üstün yararı, çocukları ilgilendiren tüm konulara *çocuğun yararı merceğinden bakmak* olarak tanımlanabilir.

Anayasa Mahkemesi içtihadında, *çocuğun üstün yararının* bir yorum ilkesi olarak görüldüğü istisnai başvuruları tespit etmek mümkündür.

⁵⁰ C.K. Başvurusu, 2016/3114, 18.7.2019, p. 37.

⁵¹ CRC/C/GC/14, p. 6-b.

⁵² Hanneke Senden, Interpretation Of Fundamental Rights in A Multilevel Legal System : An Analysis Of The European Court Of Human Rights And The Court Of Justice Of The European Union, School of Human Rights Research Series, Vol. 46, Intersentia, 2011, s. 45.

⁵³ Kilkelly, s. 61.

⁵⁴ Kemal Gözler, “Yorum İlkeleri”, *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, TBB, Dr. Ozan Ergül (Haz.), TBB Yayınları: 236, 2013, s. 19.

Mahkemenin çocuğun üstün yararına ilişkin içtihadını ortaya koyduğu ilk kararlardan biri ve Genel Kurul tarafından ele alınan *Marcus Frank Cerny Başvurusu* bu bakımdan oldukça önemlidir. Başvuru, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) vatandaşı bir baba ile Türk vatandaşı bir annenin müşterek çocuklarının, anne tarafından mutat meskeni olan ABD'den götürülmesi, geri dönmesine izin verilmemesi ve babası ile görüştürülmemesine ilişkindir. Başvurucu baba AYM'ye, Anayasa'nın hak arama hürriyetinin düzenlendiği 36. maddesi, ailenin korunması ve çocuk haklarına dair 41. maddesi, milletlerarası antlaşmaların uygun bulunmasına ilişkin 90. maddesi ve mahkemelerin bağımsızlığının düzenlendiği 138. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla başvurmuştur. Ancak Mahkeme değerlendirmesini esas olarak özel ve aile hayatının korunması hakkının düzenlendiği Anayasa'nın 20. maddesi ve çocuğun anne ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkının düzenlendiği Anayasa'nın 41. maddesi üzerinden yapmıştır⁵⁵.

Mahkemeye göre, anne-baba ve çocukların birlikte yaşama hakkı, aile hayatının esaslı unsurlarından biridir. Bu nedenle anne-baba arasındaki ilişki hukuken sona erse dahi, ebeveynlerin velayet ve kişisel ilişki kurma hakları devam edecektir. Söz konusu hakların kullanımının hukuka aykırı bir biçimde engellenmesi durumunda, devletlerin bireylerin haklarını korumak için gerekli yargısal çerçeveyi oluşturması ve uygun tedbirlerin alınması hususunda pozitif yükümlülükleri vardır. Bu bakımdan uluslararası çocuk kaçırma vakaları, aile hayatına saygı hakkı bağlamında değerlendirilmelidir⁵⁶. Mahkeme, çocuk kaçırma davalarında çocuğun yararının ne olduğunu belirlemenin en mühim husus olduğunu belirterek, çocuk için “en iyi olanın” bir genel yorum ilkesi olarak işlev görmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesine göre “...çocuğun üstün yararının ne olduğuna ilişkin tespit, bu tür davalarda dikkate alınması gereken en önemli unsurdur⁵⁷”.

2017 yılında verilen *Figen Güneştaş ve Diğerleri Başvurusunda* ise Mahkeme, çocuğun anne ve baba dışındaki geniş aile üyeleri ile kişisel ilişki kurulmasının ancak “çocuğun üstün yararı” merceğinden geçen bir karar ile mümkün olacağını belirtmiştir.

⁵⁵ Marcus Frank Cerny Başvurusu, p. 28.

⁵⁶ Marcus Frank Cerny Başvurusu, p. 44.

⁵⁷ Marcus Frank Cerny Başvurusu, p. 80. Ayrıca bkz. N.Ö. Başvurusu, 2014/19725, 19.11.2015, p. 54, Selim Adıyaman Başvurusu, p. 62, Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım Başvurusu, 2014/5974, 26.12.2017, p. 86; Serpil Toros Başvurusu, p. 118.

Bununla birlikte aile içinde önemli rolü bulunabilecek büyükanne-büyükbaba gibi yakın akrabalar ve diğer akrabalar ile ilişkilerin “aile hayatı” kapsamında korunabilmesi ancak bu kişilerle çocuk arasında yakın kişisel bağların fiilen mevcut olması ve ilişki kurulmasının çocuğun üstün menfaati bakımından önemli olması halinde mümkün olabilecektir⁵⁸.

Mahkemenin çocuğun üstün yararının bir yorum ilkesi olarak ele aldığı bir diğer karar da *Deniz Sarıcaoğlu Başvurusu*dur. Başvuru, müşterek çocuğun velayetinin babasına verilmesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. Mahkeme yaptığı değerlendirmede velayetin belirlenmesine ilişkin yargılamanın *çocuğun üstün yararı ilkesini gözetmediği* gerekçesiyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir:

Velayet davalarında asıl amacın tarafların iddiaları ile mevcut delilleri değerlendirmek suretiyle çocuğun üstün yararına olanın belirlenmesi olduğu hatırlatılmalıdır. Bu bağlamda yargılama süreci bir bütün halinde değerlendirildiğinde; yukarıda belirtildiği üzere velayetin değiştirilmesini sağlamak amacıyla başvuruçunun baskı altına alındığı ve şiddet gördüğü yönündeki yargıya yansıyan ve velayet davasını etkileyebilecek nitelikteki iddialarla ilgili bir inceleme yapılmadığı, çocuğun içinde bulunduğu koşullar tam olarak ortaya konulmak suretiyle çocuğun sağlığı ve gelişimi açısından üstün yararına olanın tespit edilmediği hususları gözetildiğinde, yargı makamlarının aile hayatına saygı hakkına ilişkin Anayasa’da belirtilen güvenceleri ve çocuğun üstün yararı ilkesini gözetilen özenli bir yargılama yaptıkları söylenemez⁵⁹.

C. Bir Usul Kuralı Olarak Çocuğun Üstün Yararı: Çocuğun Üstün Yararını Her Adımda Hesaba Katmak

Komitenin 2013 tarihli genel yorum kararında yaptığı üç aylık ayırımın üçüncü ve son basamağına göre *çocuğun üstün yararı bir usul kuralıdır (a rule of procedure)*:

(c) Bir usul kuralı [olarak çocuğun üstün yararı]: Belirli bir çocuğu, bir çocuk grubunu ya da genel olarak çocukları etkileyecek bir karar verileceği zaman, karar alma süreci, kararın çocuklar

⁵⁸ Figen Güneştaş ve Diğerleri Başvurusu, p. 30.

⁵⁹ Deniz Sarıcaoğlu Başvurusu, 2017/35776, 2.6.2020, p. 43.

üzerindeki olası (olumlu ya da olumsuz) etkilerine ilişkin bir değerlendirilmeyi mutlaka içermelidir. Çocuğun üstün yararının değerlendirilmesi ve belirlenmesi, usule ilişkin güvenceleri zorunlu kılar. Ayrıca, bir kararın gerekçesi mutlaka [bu usuli] hakkın dikkate alındığını göstermelidir. Bu bağlamda, Taraf Devletler verilen bir kararda hakka nasıl saygı gösterildiğini, diğer bir ifadeyle, hangi hususun çocuğun üstün yararına hizmet ettiğini açıklamakla yükümlüdürler: bu belirlemede hangi ölçütlere başvurulduğu ve çocuğun menfaatlerinin çatışan diğer mülahazalar karşısında - [bu mülahazalar] ister bireysel vakalara ister geniş kapsamlı politikalara ilişkin olsun - nasıl tartıldığı ortaya konulmalıdır⁶⁰.

Komitenin yukarıdaki açıklamalarından hareketle bir usul kuralı olarak *çocuğun üstün yararı*, bir çocuğa (ya da çocuklara/çocuk gruplarına) ilişkin karar verilirken, *karar sürecinin her adımında çocuğun yararının dikkate alınması* olarak tanımlanabilir. Devletlere, sonuca değil sürece ilişkin bir yükümlülük getiren bu kuralın usuli güvencelerden ayrı düşünülmesi mümkün değildir. Bu nedenle bir usul kuralı olarak *çocuğun üstün yararı*, çocuğun yararının karar sürecinin her aşamasında hesaba katılmasını sağlamayı hedefleyen usuli güvencelerden müteşekkildir⁶¹.

Komiteye göre *çocuğun üstün yararı*, ÇHS’de ya da diğer insan hakları sözleşmelerinde güvence altına alınan haklar arasındaki muhtemel çatışmaları

⁶⁰ CRC/C/GC/14, p. 6-c.

⁶¹ İnsan hakları yargılamasındaki ve bilhassa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarındaki güncel “usuli kırılma (procedural turn)” tartışmalarına paralel bir biçimde, literatürde çocuğun üstün yararı ilkesinin esas olarak usuli bir yaklaşımla ele alınması gerektiğini iddia eden bazı yazarlar vardır. Bu yazarlara göre usuli hak yaklaşımı, bir mahkemenin *üstün yarar incelemesinde*, hangi sonucun çocuğun üstün yararına olduğuna dair maddi bir inceleme yapmaksızın yalnızca sonuca giden prosedürü değerlendirmesidir. Ancak bu yaklaşım, maddi mülahazaların tamamen kenara bırakıldığı bir inceleme anlamına gelmez. Bunun yerine maddi değerlendirmenin, *üstün yarar incelemesinin* usuli faktörlere odaklanan bir biçimde yeniden ortaya konulmasıdır/ifadelendirilmesidir. Bu görüşün ayrıntıları için bkz. Milka Sormunen, “Understanding The Best Interests of The Child as a Procedural Obligation: The Example of The European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, 2020, s. 10. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ndeki “usuli kırılma”ya ilişkin iki önemli değerlendirme için bkz. Oddný Mjöll Arnardóttir, “The ‘procedural turn’ Under the European Convention on Human Rights and Presumptions of Convention Compliance”, *International Journal of Constitutional Law*, (15) 1, 1 January 2017, s. 9–35; Eva Brems / Laurens Lavrysen, “Procedural Justice in Human Rights Adjudication: The European Court of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, 35, 2013, s. 176-200.

çözmek için dikkate alınmalıdır⁶². ÇHS'ye göre Taraf Devletlerin tüm yargısal ve idari kararlarının yanı sıra çocuklarla ilgili politika ve mevzuatının oluşturulmasında da çocuğun yüksek yararının birincil düşünce olmasını sağlama yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülük, çocuk için en iyi çözümün nasıl ele alındığı ve değerlendirildiği; bu değerlendirmede nasıl bir tartım/dengeleme yapıldığının ortaya konulmasını da içerir⁶³. Bu bakımdan ilkenin *usul kuralı* niteliği, insan hakları çatışmalarının çözümlenmesinde çocuğun üstün yararı kavramının nasıl bir işlev gördüğü ile doğrudan ilgilidir.

Sözleşme metninde geçen “(çocuğun üstün yararı) birincil düşünce (dir)” ifadesinin ÇHK tarafından nasıl anlaşıldığı da çatışan menfaatlerin tartımı anlamında önemlidir. Komite'ye göre “birincil düşünce” ifadesi, çocuğun menfaatinin diğer mülahazalarla aynı düzeyde değerlendirilemeyeceği anlamına gelir. Çocuğun bağımlı oluşu, toyluğu, yasal durumu ve çoğu zaman kendini ifade edemeyişi, menfaatlerinin diğer hususlarla aynı düzeyde değerlendirilmemesini gerektirir. Çocuklar, yetişkinlere nazaran kendi çıkarlarını korumak için daha az imkana sahip olduğundan, karar vericiler çocukların çıkarımın hangi yönde olduğunun açıkça farkında olmalıdır. ÇHK'nin isabetli bir biçimde belirttiği üzere “Çocukların çıkarları vurgulanmadığında gözden kaçma eğilimi gösterir”⁶⁴.

Komite, çatışan menfaatlerin söz konusu olduğu durumlarda, ilkenin belirli bir esnekliğe sahip olduğunu da belirtmiştir. Çocuğun yararının ebeveynlerin, toplumun ya da diğer çocukların menfaatleri ya da diğer kişilerin hakları ile çatıştığı durumlarda, dikkatli bir dengeleme süreci yürütülmesi ve uygun bir uzlaşma tespit edilmesi gerekmektedir. Bu süreç her bir somut olayın koşullarına göre değişecek ve şekillenecektir. Eğer çatışan hak ya da menfaatler arasında bir uzlaşma sağlanması mümkün olmuyorsa, karar vericilerin dengeleme sürecinde çocuğun yararının çatışmadaki “sıradan” bir unsur olmadığını, birincil ve özel olarak korunması gerektiğini akılda tutması gereklidir⁶⁵.

ÇHK'ye göre çocuğun üstün yararı ilkesi dinamikdir ve karmaşıktır; bu nedenle çatışan menfaatlerin dengelenmesinde her bir somut olayın koşulları

⁶² CRC/C/GC/14, p. 33.

⁶³ CRC/C/GC/14, p. 14-b, 32.

⁶⁴ CRC/C/GC/14, p. 37.

⁶⁵ CRC/C/GC/14, p. 39.

içinde ve vaka bazında (case by case) bir değerlendirme yapılmasını gerektirir⁶⁶. Komite, çocuğun ya da çocukların menfaatlerine ilişkin tüm unsurların vaka bazında değerlendirildiği bu sürece *üstün yarar (menfaat) incelemesi (best-interests assessment)* adını vermiştir⁶⁷. ÇHK'nin genel yorum kararına göre yapılacak bu inceleme beş ana unsur çerçevesinde özetlenebilir:

(1) İlgili çocuk ya da çocukların özellikleri tespit edilmelidir. Bu özellikler yaş, cinsiyet, olgunluk seviyesi, deneyim, bir azınlık grubuna dahil olma, fiziksel, duyuşsal veya zihinsel engellilik gibi çocuğa ait niteliklerin yanında; ebeveynlerinin var olması ya da olmaması, çocuğun ebeveynleriyle birlikte yaşayıp yaşamadığı, çocuğun ebeveynleri veya bakım verenlerle ilişkisinin niteliği, güvenli bir çevrede yaşayıp yaşamadığı, aileye alternatif olabilecek nitelikte büyük ailenin ya da bakım verenlerin olup olmadığı gibi toplumsal ve kültürel koşullardır⁶⁸.

(2) İnceleme yapılırken yasal güvencelerin ve hakların doğru bir şekilde uygulandığı bir usul takip edilmelidir⁶⁹.

(3) Her bir vakanın olgusal bağlamı içinde, üstün menfaat incelemesiyle ilgili olabilecek unsurlar belirlenmeli, somut içerikleri belirlenmeli ve her bir unsura birbiriyle bağlantılı olarak birer ağırlık verilmelidir⁷⁰.

(4) Mevzubahis vakaya ilişkin (çatışan) tüm unsurlar bir potada

⁶⁶ CRC/C/GC/14, p. 1 32.

⁶⁷ CRC/C/GC/14, p. 47. Komite çocuğun üstün yararını usuli niteliğiyle ele alan ilk uluslararası merci değildir. Komite'den 3 yıl önce, 2010 yılında Avrupa Konseyi tarafından çıkarılan "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Çocuk Dostu Adaletle İlişkin Kılavuz" da da çocuğun üstün yararı incelemesinin nasıl yapılması gerektiğine dair bazı ilkeler belirlenmiştir. Bu ilkelerin de daha çok usuli güvenceler üzerine odaklandığı söylenebilir. Kılavuza göre:

"İlgili ya da etkilenen çocukların üstün yararını değerlendirirken;

a. Görüş ve düşüncelerine gereken ağırlık verilmelidir,

b. Onur özgürlük ve eşit muamele hakkı gibi çocuğun diğer tüm haklarına her zaman saygı gösterilmelidir,

c. Çocuğun psikolojik ve fiziksel esenliği, yasal, sosyal ve ekonomik çıkarları dahil olmak üzere mevzubahis bütün menfaatlerin gerektiği gibi dikkate alınması için ilgili tüm makamlar tarafından kapsamlı bir yaklaşım benimsenmelidir.", *Guidelines of The Committee of Ministers of The Council of Europe on Child Friendly Justice*, (adopted by The Committee of Ministers of The Council of Europe, on 17 November 2010), Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2011, s. 18, <<https://rm.coe.int/16804b2cf3>> Erişim Tarihi 23.03.2022.

⁶⁸ CRC/C/GC/14, p. 48.

⁶⁹ CRC/C/GC/14, p. 46-b.

⁷⁰ CRC/C/GC/14, p. 46-a.

değerlendirilmeli, tartılmalı ve dengelenmelidir⁷¹.

(5) Eğer inceleme sonrasında alınan karar çocuğun yüksek menfaatine hizmet etmiyorsa alınan kararın dayanakları, varılan karara rağmen süreç içinde birincil mülhazanım çocuğun yararı olduğunu gösterecek biçimde ortaya konulmalıdır. Çatışmanın çözümü sonrasında varılan kararda neden çocuğun menfaatinin üstün gelmediğinin açıklanmasının yanında, tartımda neden diğer menfaatlerin üstün geldiğinin de inandırıcı bir biçimde gösterilmesi gereklidir⁷².

Anayasa Mahkemesi, 2020 yılında verdiği *Ayşegül Pervane* kararında, kamu makamlarının *çocuğun üstün yararını* korumak için hangi adımları izlemesi gerektiğini tek tek belirterek, ilkenin bir usul kuralı olarak işlev görmesi gerektiğini/gördüğünü ortaya koymuştur. Müşterek çocuğun mutut meskenine iadesine ilişkin olan başvuruda Mahkeme, bir usul kuralı olarak çocuğun üstün yararının yapıtaşlarının ne olduğunu göstermiştir:

(...) Bu bakımdan, çocuğun iade edilip edilmeyeceğine karar verecek olan kamu makamlarının çocuğun üstün yararının korunması yönünden istisnaların gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırarak ilgili ve yeterli gerekçelerle ortaya koymaları çok önemlidir. Bu bağlamda derece mahkemelerinin gerekçeleri, tarafların kanun yoluna başvuru imkanını etkili şekilde kullanabilmesini sağlayacak surette ayrıntılı olarak ortaya konulmalı; çocuk hakkında psikolog, pedagoğ ve sosyal çalışmacı gibi bilirkişiler tarafından hazırlanmış yeterli açıklıktaki bilimsel görüşler ve raporlar, çocuğun mutut meskenindeki ve halen bulunduğu yerdeki yaşantısına ilişkin tanık anlatımları ve diğer araştırmaları gösteren somut, nesnel verilere dayandırılmalıdır. Bu konudaki diğer önemli husus ise çocuğun beyanlarının alınmasıdır. Şayet çocuğun dinlenebileceği uygun bir yaşa ve olgunluğa erişmiş bulunduğu anlaşılmış halde geri dönmek isteyip istemediği konusundaki beyanları mutlaka dikkate alınmalıdır⁷³.

AYM'nin 2019 yılında verdiği *Şükran İrge* kararına göre ise *çatışan menfaatlerin dengelenmesinde çocuğun üstün yararının hesaba katılmaması*

⁷¹ CRC/C/GC/14, p. 47, 81.

⁷² CRC/C/GC/14, p. 97.

⁷³ Ayşegül Pervane Başvurusu, 2017/37155, 30.09.2020, p. 38.

bir ihlal nedenidir. Başvuran, nitelikli hırsızlık suçundan hükümlü olarak iki çocuğuyla birlikte ceza infaz kurumunda kalmaktadır. Başvuran, başvuru tarihinde 3 yaşından küçük iki çocuğunun bakımı ve ihtiyaçlarının giderilmesi için Cumhuriyet Başsavcılığından infazın ertelenmesini talep etmiş ancak talebi reddedilmiştir. Mahkeme Anayasa'nın 20. maddesi çerçevesinde yaptığı incelemede aşağıdaki gerekçelerle ihlal kararı vermiştir:

Ayrıca kamusal makamlar tarafından koğuşun mevcudu ile Kurumun fiziki yapısının çocukların gelişimi ve yaşamı için uygun olmadığı kabul edilmesine rağmen infaz erteleme talebi reddedilen başvurucunun çocuğu ile birlikte çocuğun yaşına ve gereksinimlerine uygun, sağlıklı bir ortamda kalmasının sağlanmadığı görülmüştür. Bunun yanında mahpusun cezası ile ilişkilendirilen kararlarda aile hakkına saygı hakkı bağlamında çocuğun yüksek yararının hesaba katılmadığı, mahpusun Ceza İnfaz Kurumunda tutulması ile çocuğun yüksek menfaatleri arasında bir dengeleme yapılmadığı gibi Ceza İnfaz Kurumunun koşullarından çocuğun en az düzeyde etkilenmesini sağlayacak uygun ortam sağlama ya da koşulları daha uygun bir kuruma nakil gibi tedbirlerin alınmadığı anlaşılmaktadır⁷⁴.

Mahkemenin bir usul kuralı olarak çocuğun üstün yararına ilişkin dikkate aldığı bir diğer husus *çocuğun özellikleridir*. Mahkeme, *B.Y. ve Y.O.Y. Başvurusunda* suça sürüklenen otizmli bir çocuğa güvenlik tedbiri uygulanmasının Anayasa'nın 20. maddesini ihlal edip etmeyeceğini ele almıştır. İkinci başvurucu *Y.O.Y.* 2002 doğumludur ve çeşitli sağlık kuruluşlarından otizm tanısı almıştır. *Y.O.Y.* hakkında, eğitim gördüğü okuldaki bir öğrenci ve hizmetliye saldırdığı iddiasıyla şikayette bulunulmuştur. İlk derece mahkemesi, uzman görüşlerinin alındığı rapora dayanarak çocuk hakkında sağlık tedbiri alınması kararına varmıştır. Mevzubahis tedbire göre, çocuk üç ayda bir Devlet Hastanesinde muayene olmak zorundadır. Tedbir bir süre uygulandıktan sonra, ikinci bir uzman görüşü alınarak ilk derece mahkemesi tarafından sona erdirilmiştir. Anayasa Mahkemesi yaptığı değerlendirmede aşağıdaki gerekçelerle ihlal olmadığına karar vermiştir:

Bu noktadan hareketle suça sürüklenen ve ceza sorumluluğu olmayan çocuğa çocuklara özgü güvenlik tedbirinin uygulanıp uygulanmayacağı veya hangi tedbirin uygulanacağı konusunda

⁷⁴ Şükran İrge, 2016/8660, 7.11.2019, p. 39.

karar verilirken uzmanların da yardımına başvurularak çocuğun içinde bulunduğu koşullar, çocuğun kişilik yapısı ve özellikleri gözetilmek suretiyle çocuğun yüksek yararına olanın tespit edilmesi gerektiği vurgulanmalıdır (...)

Bu durumda Mahkemenin ikinci başvurusunun durumunu, özelliklerini, uzman görüşünü ve çocuğun üstün yararı ilkesini gözeterek bir sonuca ulaştığı, amacına ulaştığının anlaşılması sonrası güvenlik tedbirinin Mahkeme tarafından kaldırıldığı... anlaşılma ile aile hayatına saygı hakkına yönelik açık bir ihlalin mevcut olmadığı sonucuna ulaşılmıştır⁷⁵.

Mahkemenin çocuğun üstün yararı ilkesi kapsamında önem verdiği bir diğer konu *çocuğun fikirlerinin dinlenilmesidir*. Örneğin *Figen Güneştaş ve Diğerleri Başvurusunda*, amca ve halaların kişisel ilişki kurma talebine ilişkin kararın verilmesinden önce ilk derece mahkemesinin çocuğun görüşünü aldığını özellikle vurgulamış ve ihlal olmadığına karar vermiştir.

Somut olayda yeğenleriyle aralarında şahsi ilişki kurulması talebiyle açılan davada, başvuruçuların çocuklar ile kişisel ilişkileri yerel mahkeme tarafından gözlemlenmiş, yaşı ve olgunluk seviyesi itibarıyla yetkin olan çocuklardan birinin beyanları dinlenmiştir... dolayısıyla aile hayatına saygı hakkına yönelik bir ihlalin olmadığına açık olduğu anlaşılmıştır⁷⁶.

Ancak Mahkemenin çocuğun dinlenilmesine ilişkin içtihadında bazı tutarsızlıklar vardır. Çocuğun dedesi ve babaannesiyile kişisel ilişki kurulmasına ilişkin *Sezen Acar Özfidan Başvurusu* bu bakımdan önemlidir. Söz konusu başvuruda ilk derece mahkemesi, taraflar arasındaki çekişme ve husumet ortamı ve çocuğun davacılar ile görüşmeyi reddetmesi dikkate alındığında kişisel ilişki kurulmasının çocuğun huzurunu tehlikeye düşüreceği sonucuna varmış ve kişisel ilişki kurulması talebini reddetmiştir. Ancak Yargıtay 2. Dairesi davacıların “torun sevgisini tatmak ve çocuğa da bu sevgiyi vermek” haklarının bulunduğu gerekçesiyle bozma kararı vermiştir. Anayasa Mahkemesi de yaklaşık 5 yaşındaki çocuğun, dedesi, babaanesi ve halasıyla görüşmek istememesine rağmen, kişisel ilişki kurulmasının aile hayatına saygı hakkını ihlal etmeyeceğine karar vermiştir. Osman Alifeyyaz Paksüt’ün karşı

⁷⁵ B.Y. ve Y.O.Y, 2017/32942, 8.6.2021, p. 44, 47.

⁷⁶ Figen Güneştaş ve Diğerleri Başvurusu, p. 37.

oy yazısında isabetli bir biçimde belirttiği üzere, bu yaklaşım çocuk odaklı bir yorum yerine, “torun sevgisini tatmak ve çocuğa da bu sevgiyi vermek hakkı” şeklinde formüle edilen ve içeriği tam olarak doldurulmayan bir bakış açısına dayanmaktadır⁷⁷. Mahkemenin oy çokluğuyla aldığı karardaki bakış açısının çocuğun üstün yararına hizmet ettiği şüphelidir.

Mahkeme, derece mahkemelerinin çocuğun üstün yararını ilgilendiren herhangi bir konuya ilişkin karar verirken, psikolog, pedagog, sosyal çalışmacı vb. uzmanlardan görüş istememesini de usuli bir eksiklik olarak değerlendirmektedir. AYM, *M.L. ve Diğerleri Başvurusunda* bu konuya ilişkin ayrıntılı değerlendirmelerde bulunmuştur. Başvuran, aile içi şiddet nedeniyle hakkında kendisine ve müşterek çocuklarına yaklaşmaması hususunda koruma kararı çıkarılan eşinin, çocuklarla kişisel ilişki kurmasına karar verilmesi üzerine aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme verdiği ihlal kararını, ilgili aile mahkemelerinin uzman görüşü almaması ve kararın çocuklar ile babanın psikolojik durumlarını ortaya koyan bilimsel raporlara dayandırılmamasıyla gerekçelendirmiştir:

...aile mahkemeleri bünyelerinde psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı çalıştıran mahkemeler olmasına karşın olayda kişisel ilişki kurulmasına karar verilirken herhangi bir şekilde bu uzmanlardan görüş istenmediği, bilirkişi incelemesine gidilmediği, psikoloji ve pedagoji alanında uzman görevliler tarafından verilmiş, çocuklar ile babanın psikolojik durumlarını ortaya koyan bilimsel raporlara da dayanılmadığı anlaşılmaktadır. Aynı şekilde babanın çocuklara karşı şiddet uygulama ihtimali olup olmadığı, bu ihtimal söz konusu ise buna karşı alınacak tedbirler ile ek önlemler -örneğin çocuklarla babanın bir uzman gözetiminde görüşmeleri gibi ihtimaller- hiç değerlendirilmeden karar verildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle çocuklar ile hakkında şiddet nedeniyle koruma tedbir kararları bulunan baba arasında kişisel ilişki kurulmasına dair karardaki gerekçelerin aile hayatına saygı hakkı bağlamında ilgili ve yeterli olmadığı, aile hayatına saygı hakkının gerektirdiği güvencelerin özellikle sağlık, güvenlik ve gelişimleri açısından üstün menfaati bulunan çocuklar bakımından gözetilmediği sonucuna varılmıştır⁷⁸.

⁷⁷ Sezen Acar Özfidan Başvurusu, 2014/16746, 25.01.2018, p. 17, 18, 53. Osman Alifeyyaz Aksüt'ün karşıoy yazısı, p. 3.

⁷⁸ M.L. ve Diğerleri Başvurusu, 2014/7469, 22.11.2017, p. 90. Benzer yöndeki bir diğer karar

Çocuğun üstün yararı her çatışma durumunda *en üstün (paramount)* değildir ancak çatışan menfaatler arasında *birincil (primary)*dir. Bu yaklaşıma paralel bir biçimde, bir çatışma halinde çocuğun çıkarımının neden tercih edilmediğinin gerekçelendirilmesi usuli bir güvence olarak yer almalıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerinin *uzmanlar tarafından çocuğun yararına olduğu belirtilen hususların aksine karar vermeleri durumunda, bu kararın ayrıntılı bir biçimde gerekçelendirilmemesini* de bir ihlal sebebi olarak görmektedir. Boşanma aşamasındaki eşlerden birinin çocuk ile kişisel ilişki kurulması talebinin reddine dair *Selim Adıyaman Başvurusu* bu konuda oldukça önemlidir. Başvuran Selim Adıyaman aleyhine açılan boşanma ve müşterek çocuğun velayetinin anneye verilmesi davası devam ederken, kişi cezaevine girmiştir. Boşanma davası devam ederken babanın çocuğu ile görüşme talebi, görüşmenin çocuğun üstün yararına olduğunu belirten uzman raporuna rağmen ilk derece mahkemesince reddedilmiştir. Başvuran, talebinin reddedilmesi nedeniyle 1 yıl 7 ayı aşkın bir süre çocuğu ile görüşmekten mahrum kalmıştır⁷⁹. Anayasa Mahkemesi ilk derece mahkemesinin talebe ilişkin olumsuz kararını gerekçelendirmediğini belirterek, aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

...bu süreçte çocuğa bir kolluk kuvvetinin eşlik etmesinin çocuğun yüksek yararına olacağı ve baba ile çocuk arasındaki münasebetin çocuk üzerindeki etkilerine göre görüşme süresinin daha sonra tekrar değerlendirilmesinin uygun olacağı ifade edilmiş olmasına rağmen söz konusu rapora neden itibar edilmediğinin ve çocuk ile baba arasındaki muhtemel bir kişisel ilişkinin çocuğun sağlık ve güvenliği açısından nasıl bir menfi etki doğurabileceği kanaatinin, belirtilen rapordan ayrılmayı haklı kılacak hangi nedenlere dayanılarak edinildiğinin gerekçede belirtilmediği görülmektedir...başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir⁸⁰.

çin bkz. Deniz Sarıcaoğlu Başvurusu, 2017/35776, 2.6.2020, p. 42.

⁷⁹ Selim Adıyaman Başvurusu, p. 16, 19, 69.

⁸⁰ Selim Adıyaman Başvurusu, p. 71, 75. Çocuğun üstün yararına yönelik talebin idare tarafından ikna edici ve objektif gerekçelerle açıklanmaması nedeniyle ihlal kararı verilen diğer kararlar için bkz. Ümit Balaban Başvurusu (3), 2016/2821, 29.5.2019, p. 38, 39; Yeliz Erten Başvurusu, 2020/99, 11.3.2021, p. 41, 44; Levent Serhat Bayar Başvurusu, 2018/33714, 28.12.2021, p. 34, 37.

Mahkeme *Figen Güneştaş ve Diğerleri Başvurusunda* ise, ilk derece mahkemesinin uzman raporuna itibar etmeme nedenlerini kararında ortaya koyduğu gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı vermiştir. Başvurucular yeğenleriyle kişisel ilişki kurma taleplerinin reddedilmesi nedeniyle aile hayatına saygı haklarının ihlal edildiği iddiasıyla AYM'ye başvurmuştur. Mahkeme yaptığı değerlendirmede,

Somut olayda yeğenleriyle aralarında şahsi ilişki kurulması talebiyle açılan davada, başvurucuların çocuklar ile kişisel ilişkileri yerel mahkeme tarafından gözlemlenmiş, yaşı ve olgunluk seviyesi itibarıyla yetkin olan çocuklardan birinin beyanları dinlenmiştir. Ayrıca sosyal çalışmacı olarak görev yapan personelin hazırladığı rapor değerlendirilmiş, bilirkişi raporuna neden itibar edilmediği kararda açıklanmıştır. Karar gerekçesinde dava devam etmekte iken çocukların annesinin, çocukların amcası olan davacılarından biri tarafından öldürüldüğü iddiasıyla kamu davası açılmış olduğu ve bu durumun çocuklar üzerinde yarattığı olumsuz etkiler dikkate alınarak şahsi ilişki kurulması için gerekli koşullar oluşmadığı belirtilmiştir...dolayısıyla aile hayatına saygı hakkına yönelik bir ihlalin olmadığı açık olduğu anlaşılmıştır⁸¹.

ifadelerini kullanarak başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir.

Çatışan menfaatler arasında bir denge sağlanırken, *çocuğun menfaatlerinin yanında ebeveynlerin menfaatlerinin de hesaba katılması* ilkenin usuli işlevi bakımından oldukça mühimdir. Nitekim *Serpil Toros Başvurusunda* Mahkeme, anne ve çocuğun çatışan menfaatlerinin dengelenmesinde, annenin menfaatlerinin dikkate alınmadığı gerekçesiyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Mevzubahis kararda başvuran, 2003 yılında dünyaya getirdiği çocuğunu doğumdan kısa bir süre sonra para karşılığında bakılması üzere bir ailenin yanına bırakmıştır. Bir süre sonra başvuru tarafından söz konusu aileye ödeme yapılmaması nedeniyle çocuk terk edilmiştir. 2006 yılında devlet korumasına alınan ve Çocuk Esirgeme Kurumuna yerleştirilen çocuk, üç farklı koruyucu ailenin yanına yerleştirilmiş ve 2008 yılında verilen uzman raporuyla çocuk için en iyi seçeneğin evlat edinilme olduğu belirtilmiştir. İl Sosyal Hizmetler Müdürlüğü

⁸¹ Figen Güneştaş ve Diğerleri Başvurusu, p. 37.

tarafından evlat edinmede ana babanın rızasının aranmaması talebiyle açılan davada neticesinde ilgili ilk derece mahkemesi, evlatlık verilmesi işlemlerinde anne babanın rızasının aranmamasına karar vermiştir. Bu karardan haberdar olan başvuru, kararın kaldırılması ve çocuğun kendisine verilmesine ilişkin talepte bulunmuştur. Çeşitli yargısal inceleme aşamaları ve alınan birden çok uzman raporu sonrasında 2013 yılında Ankara 3. Çocuk Mahkemesi tarafından çocuk hakkında koruma kararı alınmasına hükmedilmiştir. Karara karşı itirazı reddedilen başvuru, aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasıyla AYM'ye başvurmuştur⁸². Mahkeme müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına tespitinde, çatışan menfaatlerin dengelenmesinde annenin menfaatlerinin dikkate alınıp alınmadığını ele almıştır:

Kamusal makamların özellikle çocuğun gösterdiği tutum nedeniyle ebeveyn ve çocuk arasında daha iyi ilişkiler kurulmasına yardımcı olma konusunda bazı güçlüklerle karşılaştıkları görülmekle birlikte ilgili kamusal makamların daha aktif bir tutum alması zaruridir. Bu bağlamda, koruma altına alınan çocuğun işbirliğine yanaşmayan tutumuna rağmen koruma kararının geçerli olduğu dönemde alınması gereken tedbirlerin özenli bir değerlendirmeye tabi tutulmadığı ve başvuru süreci katılımının sağlanmamasının çok daha çarpıcı bir hâle geldiği anlaşılmaktadır. İlgili idarenin söz konusu hareket tarzının, uzman ve komisyon raporlarında yer verilen, başvuru hayat şartlarını çocuğun bakım ve gözetimini uygun düzeyde üstenebilecek şekilde geliştirdiği ve kontrol altında da olsa başvuru ile çocuk arasında görüşme imkânının sağlanması gerektiği yönündeki tespitlerle bağdaştırmak da mümkün görünmemektedir (...)

(...) Sonuç olarak derece mahkemelerince verilen koruma kararlarıyla ilgili yargısal sürece başvuru annenin menfaatlerinin dikkate alınmasını sağlayacak şekilde katılımı sağlanmadığı gibi söz konusu kararlarda yer verilen gerekçelerin aile hayatına saygı hakkı bağlamında yeterli olmadığı, ayrıca kararın icra sürecinde yer alan ilgili idare tarafından özellikle çocuğun üstün yararı dikkate alınarak aile ilişkilerinin sürdürülebilirliği ve muhtemel bir yeniden bütünleşmenin temini amacıyla uygun olan adımların atılmadığı görülmektedir⁸³.

⁸² Serpil Toros Başvurusu, p. 8-12, 30-32.

⁸³ Serpil Toros Başvurusu, p. 145, 148.

AYM'nin çocuğun üstün yararı bağlamında üzerinde durduğu bir diğer konu, *ceza yargılamalarında çocuk odaklı soruşturma ve/ya kovuşturma* yapılmasıdır. Nitekim Mahkeme, R.Ç. Başvurusunda, soruşturma aşamasında, yapılacak araştırma ve delilleri değerlendirme sonrasında bir dava açılсын ya da açılmasın, meydana gelen bir eksikliğin Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kötü muamele yasağının ihlali anlamına gelebileceğini belirtmiştir. Başvuran R.Ç., müşterek çocuklarının olduğu eşi ile uzun yıllardır devam eden bir boşanma sürecindedir. Müşterek çocuğun velayeti, yargılama sürecinde geçici olarak anneye verilmiş ve baba ile kişisel ilişki tesis edilmesine karar verilmiştir. Söz konusu karar gereği çocuk, yaz tatilinin bir kısmını babası ve babasının ailesi ile köyde geçirmiştir. Başvurucu, çocuğun kendisine teslim edilişinden sonra bazı davranış değişiklikleri olduğunu fark ederek sağlık kuruluşlarına başvurmuştur. Çocuk psikiyatri doktorunun muayenesi sonrasında “olguda istismar vakası tanımlandığı” belirtilmiştir. Bunun üzerinde Başvurucu kolluk merkezine, oğlunun (olay tarihinde 5 yaşında), yaz tatilinde birlikte kaldığı halasının oğlu tarafından (olay tarihinde 15 yaşından küçük) istismara uğradığı iddiasıyla şikayette bulunmuştur. Savcılık yaptığı soruşturmada, başvurusunun eşi, suça sürüklenen çocuğun annesi ve diğer erkek kardeşlerinin beyanlarına dayanarak ve mağdur çocuğun köyde çekilen fotoğraflarında “mutlu” görüldüğü gibi özensiz değerlendirmelerle kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermiştir. AYM kötü muamele yasağının usuli bakımdan ihlal edildiği iddiasıyla önüne gelen başvuruda aşağıdaki değerlendirmeyi yapmıştır:

Çocuğun cinsel istismarı iddiasının hassasiyetle ele alınarak çocuk odaklı soruşturma ve/ya kovuşturma yapılması etkili soruşturma yükümlülüğünün bir parçasıdır. Çocuğun üstün menfaati gözetilerek tespit edilen olguların delillerle uyumlu şekilde yorumlanarak bir sonuca ulaşılması devletin çocukları koruma yükümlülüğünün tartışmasız bir başka unsurudur.

...somut olayda şüphelinin de çocuk oluşu hassasiyetle dikkate alınarak yürütülecek adli sürecin mutlaka bir dava açılması ya da açılan davanın belli bir hükümlerle sonuçlanması gerektiği anlamına gelmemekle birlikte başvuru konusu olayda Savcılık tarafından yürütülen soruşturmadaki bir kısım eksiklikler ve başvurusunun iddialarını destekleyen deliller bulunmasına rağmen söz konusu delillerin gözardı edilerek soruşturmanın sonlandırılması nedeniyle yapılan soruşturmanın etkili olmadığı

değerlendirilmiştir⁸⁴.

Anayasa Mahkemesinin *çocuğun üstün yararı incelemesinin makul süre içinde yapılmamasını* da bir ihlal nedeni olarak değerlendirmektedir. Nitekim Mahkeme, *Murat Demir Başvurusunda*, değerlendirmesinin özünün derece mahkemeleri tarafından izlenen usulü denetlemek olduğunu belirtmiştir. Başvuran, o dönemde evli olduğu eşi ile birlikte 2008 ve 2009 yıllarında iki küçüğün koruyucu ailesi olarak bakımını üstlenmiştir. 2013 yılında başvuru hakkında *çocuğun cinsel istismarı ve şiddet kullanarak hayvanlarla, ölmüş insan bedeni ile ilgili müstehcen yayın üretme ve satma* suçlamaları kapsamında ceza soruşturması başlatılmıştır. Bunun üzerine ilgili Kurum tarafından koruyucu aile statüsü kaldırılmıştır ve çocuklar yurda yerleştirilmiştir. Başvuran üzerine atılı suçlardan aklanmış ve koruyucu aile statüsünün kaldırılması işlemine itiraz etmiştir. Başvuranın talebi (bireysel başvuru yapılan tarih itibarıyla) 6 yıl boyunca görevli yargı kolunun belirlenememesi nedeniyle nihayete erememiştir. Mahkeme mevzubahis başvuruda aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir:

Koruyucu aile statüsünün devam edip etmeyeceği konusu, çocuğun üstün yararının neyi gerekli kıldığı hususunda araştırma yaparak karar vermekle görevli yargısal makamların takdirindedir...Somut olayda Anayasa Mahkemesi, derece mahkemeleri tarafından izlenen usulü denetleyecek ve aile hayatına saygı hakkı bağlamında devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini inceleyecektir...Mevcut başvuru koşulları yönünden önemli olan husus, çocuğun geleceğini, maddi ve manevi bütünlüğünü doğrudan ilgilendiren hukuki bir uyuşmazlığın çözümlenmesi amacıyla açılan davanın sürüncemede bırakılmadan hızlı bir şekilde sonuçlandırılmasıdır. Bu türden bir yargılamanın sürüncemede bırakılması, telafisi imkânsız zararlara yol açabileceğinden tek başına devletin pozitif yükümlülüğünün ihlali anlamına gelebilir...başvurucunun aile hayatına saygı hakkının usul boyutunun ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır⁸⁵.

Mahkeme, ÇHK'nin genel yorum kararına benzer bir biçimde, çocuğun üstün yararına ilişkin her bir kararın *somut olayın özel koşulları ve her*

⁸⁴ R.Ç. Başvurusu, 2018/6688, 24.02.2021, p. 52, 57.

⁸⁵ Murat Demir Başvurusu, 2015/7216, 27.3.2019, p. 91, 93, 94. Benzer yöndeki bir diğer karar için bkz. İlkur Kızıltoprak, 2015/11579, 18.4.2019, p. 86-90.

başvurunun özgün şartları içinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. *Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım Başvurusu* bu husus açısından oldukça dikkat çekicidir. Başvuran Dalga Eda Yıldırım, evlilik birliği içinde eşin rızası olmadan ancak bilgisi dahilinde donör aracılığıyla çocuk sahibi olmuştur. Başvuran çocuk sahibi olmasından yaklaşık 3 yıl sonra, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı ve ortak hayatın çekilmez hale geldiği gerekçeleriyle boşanma davası açmıştır. Boşanma davasına ilişkin yargılama devam ederken davalı eşin, çocuğun (Özgün Yıldırım) biyolojik babası olmadığı tespit edilmiştir⁸⁶. Başvurucu, bu tespite rağmen, mahkeme kararı ile, resmi boşanma süreci sona erene ve soy bağının reddi davası sonuçlanana kadar davalı eş ve çocuk arasında kişisel ilişkinin devam ettirilmesinin aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiği iddiasıyla Mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme yapmış olduğu inceleme ile çocuğun üstün yararının her bir somut olayın özellikleri ve çocuğun ihtiyaçları çerçevesinde şekillendiğini vurgulamıştır.

Bu alanda kişisel ve ailevi durumların büyük bir çeşitlilik arz ettiği dikkate alındığında ilgili bütün bireylerin hakları arasında adil bir dengenin kurulması ise her somut olayın kendine özgü koşullarının incelenmesini gerektirmektedir... Öte yandan 325. maddede ise olağanüstü hâller mevcutsa -çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde- çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkının diğer kişilere, özellikle hısımlarına da tanınabileceği hüküm altına alınmıştır.

(...) Bu itibarla evlilik birliği içinde doğan çocuğu kendi çocuğuymuş gibi yetiştiren ve çocuk ile arasında duygusal bağ bulunan kişi ile çocuk arasında boşanma davası sırasında tedbiren kişisel ilişki kurulmuştur... Başvuru konusu olay bakımından başvuru annenin iddiasının aksine çocuğun üstün yararına rağmen böyle bir kişisel ilişki kurulması yönündeki tedbir kararının verilmemesi durumunda -somut olayın özel koşulları altında- çocuğun ve bu kişinin aile hayatına saygı hakkının ihlalinden söz edilebileceği değerlendirilmektedir. Nitekim Anayasa'nın 20. maddesi, çocuğun üstün yararı çerçevesinde olaya özgü koşulların değerlendirilerek kişisel ilişki kurulması anlamında gerekli tedbirlerin alınmasını zorunlu kılmaktadır. Sonuç olarak derece mahkemelerinin bu konudaki takdir yetkilerini çocuğun üstün

⁸⁶ Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım Başvurusu, 2014/5974, 26.12.2017, p. 10, 11.

yararını gözeterek makul ve sağduyulu bir şekilde kullandıkları ve bu bağlamda kişisel ilişki tedbiri uygulanmasına ilişkin müdahaleyi haklı göstermek için öne sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli oldukları anlaşılmaktadır⁸⁷.

SONUÇ

BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin tüm dünyada yaygın kabulü ve ulusal düzenlemeleri etkisi altına almasıyla birlikte *çocuğun üstün yararı* çocukları ilgilendiren tüm konularda dikkate alınacak en önemli ilke haline gelmiştir. İlke uluslararası ve ulusal düzeyde yaygın bir biçimde benimsenmesine rağmen, işlevinin ne olduğu / olması gerektiği konusunda tartışmalar mevcuttur. Bu çalışmada, Sözleşme'nin yorumlayıcısı olan Çocuk Hakları Komitesi'nin 2013 yılında kabul ettiği genel yorum kararı uyarınca bir *maddi hak*, genel bir *yorum ilkesi* ve bir *usul kuralı* olarak nitelendirilen çocuğun üstün yararının, Türk Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde insan hakları çatışmalarının çözümlenmesinde nasıl işlev gördüğünün belirlenmesi hedeflenmiştir.

Bu çalışma neticesinde, *çocuğun üstün yararı ilkesinin* AYM içtihadı kapsamında esas olarak bir usul kuralı olarak işlev gördüğü sonuca ulaşılmıştır. *Çocuğun üstün yararı ilkesinin* anlamı konusundaki literatürdeki farklı görüşlerin ve mahkeme kararlarının varlığına rağmen, ilkenin işlevinin ortaya konulmasında ortak bir amaçta birleşilmektedir: çocuk odaklı bir karar verme süreci⁸⁸. Çocuk odaklı bir karar verme sürecinin gerçekleştirilmesi ise bu süreçte izlenen yol, usul ve prosedürlerin merkezinde ve dahi her adımında çocuk için en iyi seçeneklerin değerlendirilmesinin yer almasına bağlıdır. *Çocuğun üstün yararı ilkesini* bir usul kuralı olarak ele almak, “üstün yarar” gibi soyut bir kavramı ayakları yere basan bir kavram haline getirmeye bir adım daha yakınlaştırmıştır. Bu da, özü itibarıyla çocukların iyilik ve esenliğini, diğer bir ifadeyle “çocuğa verilebileceğin en iyisini” hedefleyen ilkenin amacının gerçekleşmesini sağlamaya en yakın çözümdür. Nitekim Anayasa Mahkemesi, bir çatışma durumunda çocuğun yararının dikkate alınıp alınmadığını incelerken çoğunlukla usuli güvencelerden müteşekkil bir denetim yapmıştır. Derece mahkemelerinin mevzubahis usuli güvencelere uygun olmayan kararları, başvuruçuların haklarının ihlal edildiği anlamına gelmektedir. Anayasa Mahkemesi kararları bağlamında, insan hakları çatışmalarının çözümlenmesinde bir usul kuralı olarak işlev gören

⁸⁷ Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım Başvurusu, p. 92, 94.

⁸⁸ Kilkelly, s. 65.

çocuğun üstün yararı ilkesinin yerine getirilmesi aşağıdaki usuli güvencelerin sağlanması ile mümkündür :

- Çatışan hakların (ve menfaatlerin) dengelenmesinde çocuğun üstün yararı her zaman hesaba katılmalıdır.
- Çocuğun üstün yararının belirlenmesinde çocuğun özellikleri mutlaka dikkate alınmalıdır.
- Çocuğun üstün yararının belirlenmesinde, mümkünse çocuğun fikirleri dinlenilmelidir.
- Çocuğun üstün yararını ilgilendiren herhangi bir konuya ilişkin karar verirken, psikolog, pedagoğ, sosyal çalışmacı vb. uzmanlardan görüş istenmesi gereklidir.
- Derece mahkemelerinin uzmanlar tarafından çocuğun yararına olduğu belirtilen hususların aksine karar vermeleri durumunda, bu kararlar ayrıntılı bir biçimde gerekçelendirilmelidir.
- Çatışan haklar (ve menfaatler) arasında bir denge sağlanırken, çocuğun menfaatlerinin yanında ebeveynlerin menfaatleri de hesaba katılmalıdır.
- Çocukları ilgilendiren ceza yargılamalarında çocuk odaklı soruşturma ve/veya kovuşturma yapılmalıdır.
- Çocuğun üstün yararı incelemesi makul süre içinde yapılmalıdır.
- Çocuğun üstün yararına ilişkin her bir karar, somut olayın özel koşulları ve her başvurunun özgün şartları içinde değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

- Alston P, “Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights”, *International Journal of Law and The Family*, 8, 1994, s. 1-25.
- Arnardóttir O M, “The ‘procedural turn’ Under the European Convention on Human Rights and Presumptions of Convention Compliance”, *International Journal of Constitutional Law*, (15) 1, 1 January 2017, s. 9–35.
- Brems E / Lavrysen L, “Procedural Justice in Human Rights Adjudication: The European Court of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, 35, 2013, s. 176-200.
- Erlüle F, “Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 16(3-4), 2010, s. 217-248
- Gemalmaz M S, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri: I. Cilt Bölgesel Sistemler*, Legal Kitabevi, 2011.
- General Guidelines Regarding The Form and Content of Initial Reports To Be Submitted By State Parties Under Article 44 Paragraph 1 (a) of The Convention*, CRC/C/5, 30 October 1991.
- Gözler K, “Yorum İlkeleri”, *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, TBB, Dr. Ozan Ergül (Haz.), TBB Yayınları: 236, 2013, s. 15-120.
- İnan A N, “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 44(1), 1995, s. 765- 778.
- Kilkelly U, “The Best Interests of the Child: A Gateway to Children’s Rights?”, E. Sutherland & L. Barnes Macfarlane (Ed.), *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child: Best Interests Welfare and Well-being*, Cambridge University Press, 2016, s. 51-66.
- Legislative History of The Convention on The Rights of the Child, Vol. 1*, Office of The United Nations High Commissioner for Human Rights, United Nations, 2007.
- Memduh C Ş, “Çocuğun Yararı Gözüyle Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi”, *Çocuk ve Medeniyet*, 2019/2, s. 219-240.
- Pekel A, *Aile Hayatına Saygı Hakkı AİHM’in Geliştirdiği İlkeler Bağlamında Bir İnceleme*, Liberte Yayınları, 2016.
- Senden H, *Interpretation Of Fundamental Rights in A Multilevel Legal System : An Analysis Of The European Court Of Human Rights And The Court Of Justice Of The European Union*, School of Human Rights Research Series, Vol. 46, Intersentia, 2011.

- Sormunen M, “Understanding The Best Interests of The Child as a Procedural Obligation: The Example of The European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, 2020, s. 1-24.
- Tatar D B, “Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”, İlyas Doğan (Ed.), *İnsan Hakları Hukuku*, Genişletilmiş 2. Baskı, Astana Yayınları, 2015.
- Türkmen A, “Çocuğun Kişisel İlişki Kurma Hakkı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26(2), 2020, s. 1126-1156.
- Yücel Ö, “Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi”, *Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2), Aralık 2013, s. 117-137.
- Zermatten J, “The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function”, *International Journal of Children’s Rights*, 18, 2010, s. 483-499.

İnternet Kaynakları

- Committee on the Rights of The Children, General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, CRC/C/GC/14, 29 May 2013, https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/gc/crc_c_gc_14_eng.pdf Erişim Tarihi 02.03.2022.
- Guidelines of The Committee of Ministers of The Council of Europe on Child Friendly Justice*, (adopted by The Committee of Ministers of The Council of Europe, on 17 November 2010), Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2011, 18, <<https://rm.coe.int/16804b2cf3>>, Erişim Tarihi 23.03.2022.
- Implementation Handbook For The Convention on The Rights of The Child, Fully Revised Third Edition*, 2007, Geneva, <<https://www.unicef.org/lac/media/22071/file/Implementation%20Handbook%20for%20the%20CRC.pdf>>, Erişim Tarihi 04.04.2022.
- Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme*, 15 Şubat 2000 tarihli 23965 sayılı Resmi Gazete, <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23965.pdf>>, Erişim Tarihi 01.04.2022.
- UNHCR Guidelines On Determining The Best Interests of The Child*, Geneva, 2008, <<https://www.unhcr.org/protection/children/4566b16b2/unhcr-guidelines-determining-best-interests-child.html>>, Erişim Tarihi 04.04.2022>, Erişim Tarihi 04.04.2022.

Anayasa Mahkemesi Kararları

- Ayşegül Pervane Başvurusu, 2017/37155, 30.09.2020.
B.Y. ve Y.O.Y, 2017/32942, 8.6.2021.
C.K. Başvurusu, 2016/3114, 18.7.2019.
Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım Başvurusu, 2014/5974, 26.12.2017.
Deniz Sarıcaoğlu Başvurusu, 2017/35776, 2.6.2020.
Figen Güneştaş ve Diğerleri Başvurusu, 2014/18376, 26.10.2017.
İlknur Kızıltoprak, 2015/11579, 18.4.2019.
Levent Serhat Bayar Başvurusu, 2018/33714, 28.12.2021.
M.L. ve Diğerleri Başvurusu, 2014/7469, 22.11.2017.
Marcus Frank Cerny Başvurusu, 2013/5126, 2.7.2015.
Murat Atılğan Başvurusu, 2013/9047, 7.5.2015.
Murat Demir Başvurusu, 2015/7216, 27.3.2019.
N.Ö. Başvurusu, 2014/19725, 19.11.2015.
R.Ç. Başvurusu, 2018/6688, 24.02.2021.
Selim Adıyaman Başvurusu, 2013/8846, 09.03.2016.
Serpil Toros Başvurusu, 2013/2016, 9.3.2016.
Sezen Acar Özfidan Başvurusu, 2014/16746, 25.01.2018.
Şükran İrge, 2016/8660, 7.11.2019.
Ümit Balaban Başvurusu (3), 2016/2821, 29.5.2019.
Yeliz Erten Başvurusu, 2020/99, 11.3.2021.
Yıldız Yıldız Başvurusu, 2015/19293, 17.07.2018.

ADLİ YAPTIRIM VE İDARİ YAPTIRIM AYRIMININ ASKERİ SUÇ VE DİSİPLİNSİZLİKLER AÇISINDAN İNCELENMESİ

Furkan YILDIZ^{*,**}

ÖZET

16 Şubat 2013 tarihinde yürürlüğe giren 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu, daha evvel askeri mevzuatta dağınık halde düzenlenmiş olan disiplin suç ve kabahatlerini tek kanunda toplayarak kanunilik ilkesinin disiplinsizlikler hakkında da uygulanmasını öngörmüştür. Ancak disiplin amirlerine kıyas yetkisi verilmesi ve kapsamı muğlak olan disiplinsizliklerin kanunda yer alması birçok tartışmayı beraberinde getirmiştir. Bu makalede, askeri suç ve disiplinsizliklerin bağımsızlığı, ceza hukukunun temel ilkeleri olan kanunilik ilkesi ve non bis in idem ilkesi açısından ele alınmıştır. Bununla birlikte bir eylem hakkında aynı anda uygulanabilecek olan ve uygulanamayacak olan yaptırımlar güncel askeri mevzuat kapsamında ele alınmış ve örneklerle açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Türk Silahlı Kuvvetleri, askeri suçlar, disiplin hukuku, kıyas yasağı, kanunilik ilkesi.

EXAMINING THE DISTINCTION BETWEEN CRIMINAL AND ADMINISTRATIVE SANCTIONS IN TERMS OF MILITARY CRIMES AND INDISCIPLINES

ABSTRACT

The Turkish Armed Forces Disciplinary Law No. 6413, which entered into force on 16 February 2013, envisaged the application of the principle of legality to indiscipline, by collecting the disciplinary offenses and misdemeanors, which were previously scattered in the military legislation, in a single law. However, giving the disciplinary superiors the authority of analogy and the indisciplines that are unclear in scope, included in the law, brought along many discussions. In this article, the difference of

* Hukuk Subayı, Ceza ve Disiplin Hukuku, Kara Kuvvetleri Komutanlığı/ANKARA, e-posta: furkan.yildiz.2306@gmail.com

ORCID: 0000-0002-9279-4113

** Makalede ifade edilen görüş ve düşünceler tamamen yazarın kişisel fikirlerini yansıtmakta, hiçbir şekilde Türk Silahlı Kuvvetleri'nin görüş ve düşüncelerini yansıtmamaktadır.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1116676

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 06/12/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 05/04/2022

military crimes and indisciplines are discussed in terms of the principle of legality and the principle of non bis in idem, which are the basic principles of criminal law. Additionally, the sanctions that can and cannot be applied simultaneously about an action are discussed within the scope of current military legislation and are explained with examples.

Keywords: *Turkish Armed Forces, military crimes, discipline law, analogy prohibition, principle of legality.*

GİRİŞ

Topluluk halinde yaşamak zorunda olan insanların, kendileri tarafından kabul edilen ve uyulması zorunlu olan kuralları ihlal etmesi durumunda, toplumun bu kural ihlaline karşı gösterdiği tepki, yaptırım veya müeyyide olarak adlandırılmaktadır.¹ Diğer bir deyişle yaptırımlar, hukuk kurallarının ihlal edilmesi suretiyle toplum düzenini bozan davranışların önlenmesini sağlayan araçlardır.² Hukuk düzeni tarafından belirlenen kurallara uyulmaması sonucunda bir tepki olarak ortaya çıkan hukuki yaptırımlar, caydırıcı özelliği sayesinde bireylerin hukuk kurallarına uymasını amaçlamaktadır.³ Yaptırımlar, bireylerin hukuk düzenine aykırı davranışları karşısında uygulanan adli ve idari tedbirler ile cezalardan oluşmaktadır. Bu açıdan yaptırım uygulama yetkisi, idarenin üstlenmiş olduğu görevleri ivedilikle ve etkili bir biçimde ifa edebilmesi için de gereklidir.⁴ Bundan hareketle hukuki yaptırım kavramının, en temel anlamıyla bireyler tarafından bir hukuk kuralına uyulmaması halinde devreye giren caydırıcı araçlar olduğunu ifade edebiliriz.

Yaptırım denilince akla ilk olarak ceza kuralları gelse de hukuk düzeninde adli yaptırımlar dışında bunlardan birçok açıdan farklılaşan idari yaptırımların varlığı da söz konusudur.⁵ Adli yaptırım bilindiği üzere, ceza kanunları tarafından suç olarak düzenlenmiş eylemlere karşı bir tehdit olarak düzenlenen ve yargı makamları tarafından yürütülen bir ceza muhakemesi

¹ M. Yasin Aslan, “İdari Yaptırımlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (85), 2009, s. 173.

² Duygu Tüzün, “Kabahatler Kanununun Genel Hükümleri ve İdari Yaptırımlar Üzerine Bazı Gözlemler”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1), 2020, s. 3316.

³ Sema Ayatar Kızılyar, “Ceza Yaptırımı ile İdari Yaptırım Ayrımı”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 8(Özel), 2013, s. 1639-1640.

⁴ Metin Günday, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, 2011, s. 233.

⁵ Kemal Gözler / Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri*, 15. Baskı, Ekin Yayınevi, 2014, s. 399.

sonucunda kanunun emrini ihlal veya ihmal eden kişiye uygulanan ve birtakım yoksunluklara neden olan yaptırımlardır.⁶ Türk Ceza Kanunu'nda suçların karşılığı olarak düzenlenen yaptırımlar hapis ve adli para cezaları ile güvenlik tedbirlerinden oluşmaktadır.⁷

Kanunların açıkça yetki verdiği veya yasaklamadığı bazı durumlarda idarenin, bir yargı kararı olmaksızın idare hukukuna özgü usuller çerçevesinde uyguladığı yaptırımlara ise “idari yaptırım” denilmektedir. İdari yaptırımlar adından anlaşılacağı üzere bir idari işlem türü olup idare organlarının kanunilik ilkesi sınırları içerisinde tesis ettikleri caydırıcı işlemleri ifade etmektedir. Bu açıdan idari yaptırımlar, görevlerini yerine getirmesi ve kurallarını uygulatabilmesi için idareye tanınan sübjektif bir haktır.⁸ İdari yaptırımlar, idarenin toplumsal düzeni sağlamak için uygulanması zaman alan ve ağır olan adli yaptırımlardan farklı olarak hemen uygulanabilen ve görece hafif olan yaptırımlara ihtiyaç duyması sonucunda hukuk sistemlerine dahil edilmiştir.⁹

İdari yaptırımların, idarenin personeline uyguladığı yaptırımlar ile bozulan düzeni ihdas etmek ve düzeni korumak için uyguladığı yaptırımlar olmak üzere ikili bir tasnife tabi tutulması mümkündür. İdarenin personeline uyguladığı yaptırımlara disiplin cezaları, düzene ilişkin yaptırımlarına da cebri icra ve kolluk tedbirleri örnek olarak verilebilir.¹⁰

Ceza hukukuna en yakın duran idari yaptırımlar kuşkusuz disiplin işlemleridir. Buna rağmen disiplin cezaları, ceza hukuku anlamında birer ceza olmayıp idare hukukunun bir yaptırım türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Disiplin cezaları ve diğer idari yaptırımlar, idare organları tarafından herhangi bir yargı kararının aracılığı olmaksızın uygulandığı için organik olarak ceza yaptırımlarından ayrılmaktadır.¹¹

İdari düzeni ihlal eden eylemler ile ceza hukukuna konu olan suçlar arasında hukuka aykırılık yönünden fark bulunmamaktadır. Çünkü her iki durumda da hukuk kuralları ihlal edilmektedir. Esasen buradaki fark ihlallerin

⁶ Kızılyar, s. 1642.

⁷ Mehmet Emin Artuk, “Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, (4), 2007, s. 61.

⁸ Aslan, s. 177-180.

⁹ Ferhat Yıldız, “İdari Yaptırımların Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 9(95), 2014, s. 88.

¹⁰ Kızılyar, s. 1641.

¹¹ Aslan, s. 177-179.

ağırlık derecesinden ve tehditlerin yöneldiği düzenden kaynaklanmaktadır. Zira ceza yaptırımları suç sayılan davranışlara yönelik olmakla toplumsal düzenin sağlanmasını, idari yaptırımlar ise daha çok idari işleyiş ve düzeni korumayı amaçlamaktadır. Zaten güçler ayrılığı ilkesi gereği adli ve idari merciler ayrı amaç ve esaslar dahilinde örgütlendiğinden, idarenin yaptırımları ile adli makamların yaptırımlarından beklenen amacın farklı olması doğaldır.¹² Keza adli yaptırımlar genellikle ihlalden sonra cezalandırma, ödetme ve ıslah etme amaçlarını taşıırken idari yaptırımlar daha çok caydırıcılığıyla ön plana çıkmaktadır.¹³ Nitekim Danıştay da kimi kararlarında adli yaptırımlar ile idari yaptırımların yetki, amaç, usul ve hukuki nitelik yönünden farklılık arz ettiğini ve birinin ceza yargılaması sonucunda ötekinin ise idari işlem sonucunda uygulanan yaptırımlar olduğunu belirtmiş, sonuç olarak doğurdıkları sonuç ve tabi oldukları hukuki rejim yönünden iki yaptırım türünün farklı olduğu hususunu vurgulamıştır.¹⁴

Bu çalışmada Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) personeli tarafından işlenebilen askeri suç ve disiplinsizliklerin kanuni altyapılarıyla birlikte tarihsel gelişimi ve hukuksal niteliği adli yaptırım/idari yaptırım ayrımı üzerinden incelenecektir. Söz konusu ayırımın askeri ceza ve disiplin sistemine yansımaları üzerine devam eden tartışmalar öğreti ve yargı içtihatları kapsamında ele alınacak, suç ve disiplinsizlikler arasındaki ilişki örneklerle açıklanacaktır.

I. YAPTIRIMA KONU OLAN ASKERİ SUÇLAR VE DİSİPLİNSİZLİKLER

477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun ile 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun¹⁵ (AsCK) disiplin cezalarını düzenleyen mülga hükümleri, disiplin kabahati, disiplin tecavüzü ve disiplin suçu ayırımını benimsemiş olmakla birlikte disiplin cezalarını dağınık ve karmaşık bir şekilde düzenlemişti. Hem disiplin amirleri hem de disiplin mahkemeleri tarafından verilen disiplin cezalarının niteliklerinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla uyumlu olmaması¹⁶ TSK'nın askeri hukuk sisteminin yeniden düzenlenmesi ihtiyacını

¹² Kızılyar, s. 1654-1659.

¹³ Yıldız, s. 89.

¹⁴ Danıştay 10. D, 05.12.2003, E. 2002/521, K. 2003/4772.

¹⁵ Askeri Ceza Kanunu, Kanun numarası:1632, RG 15.06.1930/1520.

¹⁶ Örneğin AİHM, *İrfan Bayrak v. Türkiye* davasında, disiplin mahkemelerinin bağımsız ol-

doğurmuş ve bunun sonucunda 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu¹⁷ (TSK DK) kabul edilerek yürürlüğe girmiştir.¹⁸

6413 sayılı Kanun'la birlikte disiplin cezaları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve mukayeseli hukuk ile uyumlu hale getirilmeye çalışılmış, ayrıca askeri mevzuatta dağınık olarak düzenlenen disiplin hükümleri tek bir kanunda toplanmıştır. Bunun sonucunda da askeri suçlarda Askeri Ceza Kanunu, disiplinsizliklerde ise TSK Disiplin Kanunu özel kanun haline gelmiştir.¹⁹

Askeri suç tanımı, 30 Haziran 2021 tarihinde yürürlüğe giren 7329 sayılı Kanun ile 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'na ilave edilen Ek 11'inci maddede "*Askeri Ceza Kanunu'nda düzenlenen suçlar ile asker kişilerin askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlar*" şeklinde düzenlenmiştir. Böylelikle Askeri Ceza Kanunu'nda düzenlenmediği halde Türk Ceza Kanunu'nda²⁰ (TCK) veya başka bir kanunda düzenlenip askerlik hizmetiyle ilgili olarak işlenebilen suçlar da askeri suç sayılmıştır. Askeri mahkemelerin kapatılmasıyla birlikte, bir eylemin askeri suç olarak nitelendirilmesi günümüzde görev ve yetki yönünden bir farklılık arz etmemekte; ancak soruşturma izni başta olmak üzere soruşturma ve kovuşturmalarda uygulanacak ceza usul kuralları açısından birçok farklılık yaratmaktadır.

Disiplin kavramı ise 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu'nun 13'üncü maddesinde "*kanunlara, nizamla ve amirlere mutlak bir itaat ve astının ve üstünün hukukuna riayet etmek*" şeklinde tanımlanmıştır. Aynı maddede askerliğin temelini disiplin olduğu ve disiplinin muhafazası ve idamesi için cezai ve hususi kanun ve nizamlarla idari tedbirler alınacağı belirtilmiştir.

6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle suç niteliğinden çıkarılıp disiplinsizlik sayılan ve çeşitli disiplin cezaları ile

madığından bahisle disiplin mahkemeleri tarafından hürriyeti bağlayıcı ceza verilmesinin AİHS'nin 6'ncı maddesini ihlal ettiği yönünde karar vermiştir. Bkz. Olgun Değirmenci, "Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Disiplin Mahkemeleri (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 6)", *Kara Harp Okulu Bilim Dergisi*, 20(1), 2010, s. 140.

¹⁷ Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu, Kanun numarası: 6413, RG 16.02.2013/28561.

¹⁸ Olgun Değirmenci, "Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Kapsamında Disiplin Amiri-nin Kıyas Yetkisinin Sınırları", *Ceza Hukuku Dergisi*, (29), 2015, s. 9.

¹⁹ Mehmet Alkan, "6413 Sayılı TSK Disiplin Kanununun Esasları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (117), 2015, s. 173.

²⁰ Türk Ceza Kanunu, Kanun numarası: 5237, RG 12.11.2004/25611.

müeyyideye bağlanan eylemleri yukarıda anılan maddenin ihlali olarak, disiplin cezalarını da disiplinin muhafazası için alınan tedbirler olarak değerlendirmek mümkündür. Disiplinsizliklerin Askeri Ceza Kanunu'ndan çıkarılarak özel bir kanunla düzenlenmesi, tıpkı daha önce Türk Ceza Kanunu'nun 526 vd. maddelerinde düzenlenen kabahatlerin, TCK'dan çıkarılarak Kabahatler Kanunu'nda düzenlenmesi ve bu eylemlere uygulanan adli cezaların idari cezalara çevrilmesinde olduğu gibi kanun koyucunun suç olmaktan çıkarma eğilimini yansıtmaktadır.

Her ne kadar hukuka aykırı bazı fiiller suç olmaktan çıkarılarak kabahat olarak düzenlenmiş olsa da, Türk hukukunda, kabahatler hukuku ile ceza hukuku arasında keskin çizgiler olduğunu iddia etmek güçtür.²¹ Nitekim bir idare hukuku yaptırımı olan kabahatlerin yargısal denetiminde idari yargı organlarının yetkili olması gerekirken²² Kanun'un 27'nci maddesinde idari yaptırım kararlarına karşı itiraz başvurularının sulh ceza mahkemelerine yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Buna karşın isabetli bir düzenleme olarak, TSK Disiplin Kanunu'nda yer alan disiplin cezalarına karşı Kanun'un 43'üncü maddesi gereğince idari yargı mercilerinde iptal davası açılması gerekmektedir.

II. ADLİ YAPTIRIM VE İDARİ YAPTIRIMLARIN BAĞIMSIZLIĞI

Askeri Ceza Kanunu'nun disiplini bozan eylemlerin haksızlığın yoğunluğu bakımından geçişli olarak düzenlendiği ve disiplin suç ve cezalarının da aynı kanunda düzenlendiği önceki sistemde disiplin suçları kısa hapis cezaları ile cezalandırılırken askeri suçlar hapis, ağır hapis ve ölüm cezaları ile cezalandırılmaktaydı.²³ Bu açıdan eski kanun sistematüğinde askeri suç ve disiplinsizlikler arasında ihlalin ağırlığı ve haksızlığın yoğunluğu bakımından geçişli bir sistem²⁴ benimsendiği söylenebilir.

2013 yılında yürürlüğe giren 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin

²¹ Tüzün, s. 3332.

²² Aynı yönde bkz. Mustafa Karabulut, "İdari Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Anayasa Mahkemesinin Kabahatler Kanunu Hakkındaki Kararı", *Terazi Hukuk Dergisi*, (3), 2006, s. 68.

²³ Fahrettin Demirağ, *Türk Ceza Kanunu'nun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 365.

²⁴ Suç ve disiplinsizliklerin geçişli olarak düzenlendiği sistem; daha ağır olan suçu gerçekleştirmek için daha hafif suçun işlenmesini ifade eden ve öğretilde *geçitli (müterakki) suç* olarak adlandırılan suçlarla karıştırılmamalıdır. Burada incelenen husus, adli soruşturma ile idari soruşturmanın bir arada yürütülüp yürütülemeyeceğine ilişkindir.

Kanunu ile, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 131'inci maddesiyle benzer şekilde disiplin hukuku işlemlerinin ceza hukuku işlemlerinden ayrı ve bağımsız yürütülmesi amaçlanmıştır. Buna göre bir eylemle ilgili olarak adli soruşturma veya kovuşturma yapılması, kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmesi, davanın beraat ya da mahkumiyetle sonuçlanması veya ceza davasının devam ediyor olması durumlarından hiçbiri aynı eyleme ilişkin olarak TSK Disiplin Kanunu kapsamında disiplin soruşturması yapılmasını, ceza verilmesini ve cezanın infaz edilmesini engellemektedir.²⁵ Böylece aynı eylemden dolayı iki farklı yaptırım uygulanamayan önceki sistem terk edilerek, disiplin ve ceza hukuku işlemlerinin ayrı ayrı yürütülebilmesi mümkün hale getirilmiştir.

Suç ve disiplinsizliklerin tasnifinde paradigma değişikliği getiren TSK Disiplin Kanunu, adli işlemlerin ve disiplin işlemlerinin bağımsız olmasını öngörmüş, suç sayılan ve diğer kanunlar doğrultusunda cezalandırılan bir fiilin aynı zamanda disiplin cezasıyla cezalandırılabileceğini düzenlenmiştir. Buna göre konusu suç teşkil eden eylemlerin hem hapis cezasıyla hem de disiplin cezalarıyla cezalandırılması mümkün olup bu durum TSK Disiplin Kanunu'nun 5'inci maddesi bağlamında *non bis in idem* ilkesine aykırılık oluşturmayacaktır.²⁶

Non bis in idem ilkesi aynı fiilden dolayı iki kez yargılama yapılamayacağı anlamına gelmektedir. Bu ilke uyarınca, bir kişi hakkında bir fiilden dolayı devam eden veya kesin hükümlerle sonuçlanmış bir dava varsa yeni bir dava açılmayacaktır. Önemle belirtmek gerekir ki, ceza hukuku kaynaklı bir ilke olan *non bis in idem* ilkesi aynı fiilden dolayı hukuk davası açılmasını, idari tedbir uygulanmasını veya disiplin cezası verilmesini engellemektedir. Kökeni Roma Hukukuna dayanan bu ilke, Türk Hukuku açısından anayasal bir ilke olmayıp dolaylı olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223'üncü maddesinde düzenlenmiştir.²⁷ Bahsi geçen maddenin 7'nci fıkrasında “*Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir*” ifadesi yer almaktadır. Aynı doğrultuda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7 numaralı Ek Protokolü'nün 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında, “*Hiç kimse bir devletin ceza yargılaması usulüne*

²⁵ Murat Yaman, *Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015, s. 4-5.

²⁶ Demirağ, s. 366-367.

²⁷ Özen, s. 390-391.

ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkûm edilemez” hükmüne yer verilmiştir.

Bahsi geçen protokolün açıklayıcı raporunda belirtildiği gibi *non bis in idem* ilkesi yalnızca ceza yargılamalarını kapsamaktadır. Dolayısıyla madde hükmü, bir kişinin aynı eylemine ceza hukuku yaptırımlarıyla birlikte disiplin cezası veya başka idari yaptırımlar uygulanmasını engellemektedir.²⁸ Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Kremzow v. Avusturya*²⁹ ve *Banfield v. Birleşik Krallık*³⁰ kararlarında olduğu gibi disiplin soruşturmalarının ceza yargılaması bağlamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığından bahisle protokolün 4’üncü maddesinin idari yaptırımları kapsamadığı yönünde birçok karar vermiştir.

Özetle, bir idari işlem türü olan idari yaptırım kararları, idare hukukunun esas ve usullerine tabi olmakla birlikte, suç olmaktan çıkarma neticesinde idare hukuku kapsamına dahil edildiklerinden, ceza hukukunun temel usul ve ilkelerine bağlıdırlar. Ancak yine de ceza hukuku ilkelerinin idari yaptırımlar için mutlak surette uygulanacağı söylenemez.³¹ Örneğin, aynı konuda mükerrer yargılama yapılamayacağını öngören ceza hukuku temelli *non bis in idem* ilkesi ceza hukukunda tam olarak uygulanırken idare hukukunda bir eylemden dolayı birden fazla idari yaptırım uygulanması mümkündür.³²

III. DISİPLİNSİZLİK OLUŞTURAN ASKERİ VE ADLİ SUÇLAR

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında idari yaptırıma konu olan disiplin cezaları ile adli yaptırıma konu olan suçların kural olarak bağımsız olduğu hususu netliğe kavuşmaktadır. Bu durumda birtakım askeri veya adli suç

²⁸ T.C. Adalet Bakanlığı, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 7 No.lu Protokol’ün 4. Maddesine İlişkin Rehber: Aynı Suçtan İki Kez Yargılanmama ve Cezalandırılmama Hakkı”, 2020, <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_7_TUR.pdf>, Erişim Tarihi 15 Kasım 2021.

²⁹ European Court of Human Rights, Commission, A.N: 16417/90, Decision as to Kremzow v. Austria, 07.11.1990, <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-772>>, Erişim Tarihi 19 Kasım 2021.

³⁰ European Court of Human Rights, Fourth Section, A.N: 6223/04, Decision as to Banfield v. The United Kingdom, 18.10.2005, <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-71023>>, Erişim Tarihi 19 Kasım 2021.

³¹ Kızılyar, s. 1654.

³² Aslan, s. 177.

eylemlerinin aynı zamanda disiplinsizliğe vücut verebileceğinin kabulü gerekir. Zira TSK Disiplin Kanunu'nun 5'inci maddesinde “*Herhangi bir fiilden dolayı ilgili hakkında yapılan adli soruşturma veya kovuşturma, aynı fiilden dolayı ayrıca disiplin soruşturması ve tahkikat yapılmasını, disiplin cezası verilmesini ve bu cezanın yerine getirilmesini engellemez.*” hükmü yer almaktadır.

Bu husus yargı organlarının kararlarına da sıkça konu olmuştur. Faal olduğu dönemde Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) yerleşik içtihatlarında, 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu'nun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrası lafzından anlaşılacağı üzere adli soruşturmaların disiplin soruşturmalarını hiçbir şekilde etkilemeyeceği, bir fiilin ceza hukukundaki müeyyidesi ile disiplin hukukundaki müeyyidesinin ayrı düşünülmesi gerektiği, zira ceza hukuku ile disiplin hukuku arasında amaç, kapsam, usul ve sonuç açısından farklar bulunduğunu vurgulamıştır.³³

TSK Disiplin Kanunu'nun 4'üncü maddesi ise şu şekildedir:

“Disiplinsizliğin oluşması ve disiplin cezalarının niteliği

MADDE 4 – (1) Disiplinsizlik; bu Kanunda ayrıca hüküm bulunmayan hâllerde, kasten veya taksirle işlenebilir.

(2) Aynı fiil nedeniyle bu Kanunda yazılı disiplin cezalarından birden fazlası verilemez.

(3) Bir fiilin birden fazla disiplinsizlik teşkil etmesi hâlinde ağır olan disiplin cezası verilir.

(4) Bir fiilin diğer kanunlar kapsamında idari yaptırıma bağlanmış olması, aynı fiile bu Kanun kapsamında disiplin cezası verilmesine engel teşkil etmez.”

Görüldüğü gibi, Askeri Ceza Kanunu'nun “*Cürüm ve cezaların içtimaı*” başlıklı 43'üncü maddesine³⁴ benzer şekilde TSK Disiplin Kanunu da bir fiilin

³³ AYİM 3. D, 12.12.2013, E. 2013/631, K. 2013/1584; AYİM 3. D, 2015, E. 2014/1606, K. 2015/219.

³⁴ Kanun maddesinin tam metni şu şekildedir:

“Madde 43- 1 - Bu kanunda yazılı cürümlerle cezaların içtimaında Türk Ceza Kanununun 68 inciden 80 inciye kadar olan maddeleri hükmü tatbik olunur./ 2 - Bir araya gelen cezalar aynı neviden kısa hapis cezalarından ibaret ise mecmuuna bir kısa hapis cezası verilir ve içtima hali şiddet sebebi sayılır./ 3 - Kısa hapis cezaları aynı neviden değil ise umumi ceza

birden fazla disiplinsizlik teşkil etmesi hâlinde ağır olan disiplin cezasının verileceğini hüküm altına almıştır. Madde metninden anlaşıldığı kadarıyla, her ne kadar diğer idari yaptırımlar ile disiplinsizlikler arasında içtima kurallarının uygulanması mümkün olmasa da TSK Disiplin Kanunu bir fiile birden fazla disiplin cezası verilemeyeceğini düzenleyerek kendi sistematiği içerisinde fikri içtima kurallarının uygulanacağını öngörmüştür. Diğer bir idari yaptırım kanunu olan Kabahatler Kanunu'nda ise, bir fiilin hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış olması halinde o fiil hakkında yalnızca suçtan dolayı yaptırım uygulanacağı (m.15/3) düzenlenmiştir. Ayrıca Kanun'a göre (m. 15/1) kabahat olarak düzenlenmiş bir fiil hakkında idari para cezası ile birlikte diğer idari yaptırımların uygulanması mümkündür.

Sonuç olarak TSK Disiplin Kanunu, Kabahatler Kanunu'ndan farklı olarak adli işlem ve idari işlem bağımsızlığını benimseyerek aynı eylem hakkında hem disiplin işlemi hem de adli işlem yapılabilmesine imkân sağlamıştır. Bu noktada adli suç veya askeri suç oluşturduğu halde aynı zamanda disiplin soruşturmalarına konu olabilen eylemleri ikili bir sınıflandırmaya tabi tutmak konunun anlaşılması adına faydalı olacaktır. Bu sınıflandırma sonucunda birinci grup eylemler seçimlik hareketleri ceza kanunlarıyla birlikte TSK Disiplin Kanunu'nda da düzenlen eylemler şeklinde, diğer grup eylemler ise disiplin amirinin kıyas yetkisi kapsamında ayrıca disiplinsizlik sayılabilecek eylemler şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

A. 1.Grup Eylemler

Bu grupta sınıflandırılan eylemler, seçimlik hareketleri ceza kanunlarıyla birlikte TSK Disiplin Kanunu'nda da düzenlen eylemler olup, kıyas yetkisine ihtiyaç duyulmadan aynı anda hem suç hem de disiplinsizlik oluşturabilen eylemlerdir. Bu grupta yer alan bazı örnek eylemler için aşağıdaki tabloya bakılabilir. (Bkz. Tablo.1)

en ağır cezanın azami haddine göre tayin olunur. Bir gün katıksız hapis iki gün oda hapsine müsavi tutulur./ 4 - Müteaddit cürümlerin cezalarından velevki yalnız biriyle beraber fer'i bir cezanın dahi hüküm edilmesi lazım veya caiz ise bu fer'i ceza hükmolunur veya hükmolunabilir."

Tablo 1: Askeri ve Adli Suçların Doğrudan Oluşturduğu Disiplinsizlikler

Kanun maddesi	Suç	Kanun Maddesi	Disiplinsizlik
AsCK m.117	Maduna müessir fiil	TSK DK m.19/1(f)	Asta kötü muamele yapmak
AsCK m.77	İnfaz şartlarına uymamak	TSK DK m.19/1(l)	Disiplin cezasının yerine getirilmesine karşı gelmek
AsCK m.93	İsyan muharriklığı	TSK DK m.19/1(h)	Tahrik
AsCK m.96	Askerlikten soğutma	TSK DK m.19/1(ğ)	Hoşnutsuzluk yaratmak
AsCK m.85	Amire veya üste hakaret	TSK DK m.17/1(a) TSK DK m.18/1(a)	Üste saygısızlık Amire saygısızlık
AsCK m.130	Hizmete mahsus eşyayı tahrip, kayıp veya terk etmek	TSK DK m.19/1(ç)	Hizmete mahsus eşyaya zarar vermek
AsCK m.137	Hizmette tekasül	TSK DK m.19/1(ç)	Hizmete mahsus eşyaya zarar vermek
AsCK m.148	Siyasi faaliyette bulunmak	TSK DK m.20/1(d)	İdeolojik veya siyasi amaçlı faaliyetlere karışmak
AsCK m.149	Uyuşturucu madde kullanma/ bulundurma	TSK DK Ek m.1	Uyuşturucu madde kullanma/ bulundurma
AsCK Ek m.1-2	Ticaret yapma	TSK DK m.20/1(c)	Hizmete engel davranışta bulunmak
TCK m.122	Nefret ve ayrımcılık	TSK DK m.18/1(d)	Ayrımcılık yapmak
TCK m.182	Çevreyi taksirle kirlenme	TSK DK m.15/1(m)	Kişisel ve çevre temizliğine dikkat etmemek
TCK m.195	Bulaşıcı hastalık tedbirlerine uymamak	TSK DK m.16/1(g)	Sağlığın korunması kurallarına uymamak

TCK m.206	Yalan beyan	TSK DK m.18/1(b)	Yalan söylemek
TCK m.314	Silahlı örgüt üyeliği	TSK DK m.20/1(h)	Terör örgütleriyle iltisaklı olmak
TCK m.329	Gizli bilgileri açıklama	TSK DK m.20/1(ç)	Gizli bilgileri açıklamak

Belirgin bir örnek olarak, “*eziyet amacıyla astının hizmetini lüzumsuz yere güçleştirmek*” eylemi hem Askeri Ceza Kanunu’nun 117’nci maddesinde düzenlenen asta müessir fiil suçunun hem de TSK Disiplin Kanunu’nun 19’uncu maddesinde düzenlenen asta kötü muamele yapmak disiplinsizliğinin seçimlik hareketi olarak düzenlenmiştir. Bu durumda her ne kadar “*non bis in idem*” ilkesi gereği tek yaptırım uygulanması gerektiği hususu akla gelse de TSK Disiplin Kanunu’nun 5’inci maddesi doğrultusunda fail hakkında hem AsCK kapsamında cezai işlem hem de TSK DK kapsamında disiplin işlemi uygulanabilecektir.³⁵ Bu noktada, asta müessir eylemin fiilen vurmak suretiyle gerçekleşmesi halinde asta kötü muamele disiplinsizliğinden değil kavga etmek disiplinsizliğinden söz etmek gerekecektir.³⁶

Bir diğer örnek askeri eşyalara verilen zararlarda karşımıza çıkmaktadır. AsCK’nın 130’uncu maddesinde düzenlenen hizmete mahsus eşyayı tahrip, terk ve kaybetme suçu ile aynı kanunun 137’nci maddesinde düzenlenen tekasül (özensizlik) dolayısıyla harp malzemelerine zarar verme suçları, eylemin ağırlık derecesine göre TSK Disiplin Kanunu’nda düzenlenen askeri eşyayı uygun kullanmamak (m.16) ve hizmete mahsus eşyaya zarar vermek (m.19) disiplinsizlikleri ile birebir örtüşmektedir.

Yine TSK Disiplin Kanunu’nun 19’uncu maddesinde düzenlenen tahrik disiplinsizliği, AsCK’nın 93’üncü maddesinde yer alan isyan muharrikliği suçuyla örtüşmektedir. Zira her iki düzenlemede de asker şahısları itaatsizliğe teşvik etme şartı bulunmaktadır. Benzer şekilde Askeri Ceza Kanunu’nun 96’nci maddesinde düzenlenen askerlikten soğutma suçu hemen hemen her durumda TSK Disiplin Kanunu’nun 19’uncu maddesinde düzenlenen hoşnutsuzluk yaratmak disiplinsizliğine tekabül etmektedir.

Bir diğer örnek, AsCK’nın 77’nci maddesinde düzenlenen infaz şartlarına uymama suçunun disiplin amirlerince savaş şartlarında verilen göz

³⁵ Demirağ, s. 369.

³⁶ Yaman, s. 321.

ve oda hapsi cezasının infaz şartlarına uymama yönündeki seçimlik hareketi, aynı anda TSK Disiplin Kanunu'nun 19'uncu maddesinde düzenlenen disiplin cezasının yerine getirilmesine karşı gelmek disiplinsizliğini oluşturmaktadır.

Yine AsCK'nın 85'inci maddesinde düzenlenen amire veya üste hakaret suçu, saygısızlık eylemi ile örtüştüğünden aynı zamanda TSK Disiplin Kanunu'nda düzenlenen üste saygısızlık (m.17) veya amire saygısızlık (m.18) disiplinsizliklerini oluşturacaktır. Burada eylemin yöneltildiği kişinin oluşan disiplinsizliğin türünü belirlediği görülmektedir.

AsCK'nın Ek 1 ve Ek 2'nci maddelerinde düzenlenen ticaret yapma yasağına aykırı eylemler de TSK Disiplin Kanunu'nun 20'nci maddesinde düzenlenen hizmete engel davranışlarda bulunmak disiplinsizliğine vücut verebilmektedir. Benzer şekilde AsCK'nın 148'inci maddesinde yaptırım altına alınan siyasi faaliyette bulunma suçu, eylemin ağırlık derecesine göre TSK Disiplin Kanunu'nun 20'nci maddesinde düzenlenen ideolojik veya siyasi amaçlı faaliyetlere karışmak disiplinsizliği ile 18'inci maddesinde düzenlenen yasaklanmış faaliyetlere katılma disiplinsizliğini oluşturacaktır.

AsCK'dan son örnek olarak, kanunun 149'uncu maddesinde Türk Ceza Kanunu'na atıfla askeri suç olarak düzenlenen uyuşturucu madde bulundurma ve kullanma suçları 2015 tarihinde yapılan değişiklikle³⁷ TSK Disiplin Kanununa da eklenmiş, bu kapsamda uyuşturucu suçlarından hakkında adli işlem yürütülen erbaş ve erlere ayrıca disiplin ceza verilmesinin önu açılmıştır.

Türk Ceza Kanunu'ndan örnek verecek olursak, kanunun 206'ncı maddesinde düzenlenen yalan beyan suçunun hizmet dahilinde işlenmesi halinde TSK Disiplin Kanunu'nun 18'inci maddesinde düzenlenen yalan söylemek disiplinsizliğinin olduğu söylenebilir. Yine TCK'nın 329 vd. maddelerinde düzenlenen gizli kalması gereken bilgileri açıklama suçu, TSK Disiplin Kanunu'nun 20'nci maddesinde düzenlenen gizli bilgileri açıklamak disiplinsizliğini oluşturmaktadır. Son olarak, Terörle Mücadele Kanunu'nda düzenlenen terör örgütüne üyelik suçunun varlığı halinde TSK Disiplin Kanunu'nun 20'nci maddesinde yaptırıma bağlanan terör örgütleriyle iltisaklı olma disiplinsizliğinin olduğu kabul edilecek ve fail silahlı kuvvetlerden ayırma talebiyle yüksek disiplin kuruluna sevk edilecektir.

³⁷ Söz konusu düzenleme 22 Ocak 2015 tarihinde kabul edilen 6586 sayılı Kanun ile getirilmiş olup, 3 Şubat 2015 tarihli ve 29256 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

B. 2. Grup Eylemler

Bu grupta yer alan eylemler, kanunda doğrudan disiplinsizlik olarak düzenlenmediği halde kıyas yoluyla aynı anda hem suç hem de disiplinsizlik oluşturabilecek eylemlerdir. Bu grupta yer alan bazı örnek eylemler için aşağıdaki tabloya bakılabilir. (Bkz. Tablo.2)

Tablo 2: Askeri ve Adli Suçların Kıyas Yoluyla Oluşturabileceği Disiplinsizlikler

Kanun maddesi	Suç	Kanun Maddesi	Disiplinsizlik
AsCK m.67	Yabancı memlekete firar	TSK DK m.18/1(ı)	İzinsiz olarak garnizonu terk etmek
AsCK m.91	Amire veya üste fiili taarruz	TSK DK m.19/1(m)	Kavga etmek
TCK m.86	Kasten yaralama	TSK DK m.19/1(m)	Kavga etmek
AsCK m.145	Suçun takibini yapmama	TSK DK m.18/1(ç)	Maiyetinin gözetiminde ihmal
AsCK m.144 (TCK m.257)	İhmal ve tekasül (Görevi ihmal)	TSK DK m.16/ (e)	Sorumluluktan Kaçmak
TCK m.125	Hakaret	TSK DK m.16/1(c)	Küfürlü konuşmak
TCK m.225 vd.	Genel ahlaka karşı suçlar	TSK DK m.20/1(b)	Ahlaki zayıflık
TCK ve AsCK	Yüz kızartıcı suçlar, devlet aleyhine karşı suçlar	TSK DK m.20/1(c)	Hizmete engel davranışlarda bulunmak
TCK ve AsCK	Diğer adi suçlar	TSK DK m.17/1(ç)	Uygunsuz davranışlarda bulunmak

Açıklayıcı bir örnek olarak, AsCK'nın 91'inci maddesinde düzenlenen üste fiili taarruz suçu ile aynı kanunun 117'nci maddesinde düzenlenen asta müessir fiil suçları vurma eyleminin gerçekleştiği çoğu durumda TSK Disiplin Kanunu'nun 19'uncu maddesinde yaptırım altına alınan ve “*askeri mahal içerisinde birisine fiilen vurmak*” şeklinde tanımlanan kavga etmek disiplinsizliğini oluşturacaktır. Aynı zamanda eşit rütbede bulunan yahut ast-üst ilişkisi bulunmayan bir personele karşı işlenen basit yaralama suçunda da (TCK m.86) ayrıca kavga etmek disiplinsizliğinden işlem yapılabilecektir.

AYİM konu ile ilgili verdiği bir kararında, disiplin soruşturmasının adli soruşturma veya kovuşturmadan bağımsız olması gerektiğinden, eylemleri sebebiyle hakkında üste fiili taarruz suçundan dolayı kamu davası açılan davacının somut olayda kavga etmek disiplinsizliğini de gerçekleştirdiği göz önünde bulundurulduğunda, davacı hakkında tesis edilen hizmet yerini terk etmeme disiplin cezasında hukuka aykırılık bulunmadığına hükmetmiştir.³⁸ Bununla birlikte *Yaman*'ın altını çizdiği gibi teşebbüs aşamasında kalan veya karşı taraf ile fiilen temas etmeyen eylemler suç oluştursa bile kavga etmek disiplinsizliğini oluşturmayacaktır.³⁹

Bir başka örnek olarak AsCK'nın 67'nci maddesinde düzenlenen yabancı memlekete firar suçu, eylemin kapsamı garnizonu terk etmeyi de barındırdığından aynı zamanda TSK Disiplin Kanunu'nun 18'inci maddesinde düzenlenen izinsiz olarak garnizonu terk etmek disiplinsizliğine vücut vermektedir.

Bir diğer örnek olarak, AsCK'nın 114'üncü maddesinde düzenlenen erleri kanuna aykırı olarak hizmetçiliğe verme suçu, hizmetle ilişkili olmayan eylemi cezalandırdığından benzer şekilde hizmetle ilgili olmayan emir verme disiplinsizliği de oluşmaktadır. Yine AsCK'nın 84'üncü maddesinde düzenlenen yalan yere şikâyet suçu, kimi durumlarda usulsüz müracaatta bulunmak (m.15/1-e) disiplinsizliği ile örtüşmektedir.⁴⁰

AsCK m.144 delaletiyle Türk Ceza Kanunu'nun 257'nci maddesinde yaptırım altına alınan görevi kötüye kullanma suçu da çoğu durumda TSK Disiplin Kanunu'nun 16'nci maddesinde düzenlenen sorumluluktan kaçmak disiplinsizliğine vücut verebilmektedir. Yine Türk Ceza Kanunu'nun 125'inci

³⁸ AYİM 3. D, 12.12.2013, E. 2013/631, K. 2013/1584.

³⁹ Yaman, s. 328.

⁴⁰ Yaman, s. 43.

maddesinde düzenlenen hakaret suçunun asta veya aynı rütbede bulunan personele karşı işlenmesi durumunda çoğu zaman TSK Disiplin Kanunu'nun 16'ncı maddesinde tanımlanan küfürlü konuşmak disiplinsizliğinin oluşacağı söylenebilir.

Son olarak, Türk Silahlı Kuvvetleri'nden ayırmayı gerektirmeyen askeri ve adli suçlarda kapsamı muğlak olan uygunsuz davranışlarda bulunmak (m. 17/1-ç) disiplinsizliğinden işlem yapılabilecektir. Burada tespit edilen eylemlerin uygunsuz davranışta bulunmak disiplinsizliğini oluşturup oluşturmadığı hususu, disiplin amirlerince eylemin meydana geldiği yer, zaman ile birlik disiplinine etkisi ve toplum nezdindeki tesiri göz önünde bulundurularak takdir edilecektir.⁴¹

Her iki grupta sıralanan örnekleri çoğaltmak mümkün olsa da konunun anlaşılması için yukarıda zikredilen örneklerin yeterli olacağı değerlendirilmektedir. Bahsi geçen eylemlerin önemli bir kısmı Tablo.1 ve Tablo.2'de suç ve disiplinsizlik karşılığıyla birlikte verilmiştir.

IV. KONUNUN TSK'DAN AYIRMA CEZASI ÖZELİNDE İNCELENMESİ

Aynı fiilin diğer kanunlarda cezai veya idari yaptırıma bağlanmış olması, aynı fiilden dolayı personele yüksek disiplin kurulları tarafından Silahlı Kuvvetlerden ayırma ceza verilmesine de engel teşkil etmemektedir. TSK Disiplin Kanunu'nda düzenlen en ağır yaptırım türü olan ayırma cezası, ceza veren makamın farklı olması, asker kişi sıfatının sonlanması şeklinde doğurduğu hukuki sonuç ve diğer yaptırım türlerinden tamamen bağımsız yürümesi yönlerinden diğer disiplin cezalarından ayrılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarında da vurgulandığı üzere, Disiplin Hukuku ile Ceza Muhakemesi Hukukunun farklı kural ve ilkelere tabi olmasının bir sonucu olarak ceza soruşturması ile disiplin soruşturmaları ayrı ayrı yürütülebileceğinden, ceza muhakemesi kararlarının failin isnat edilen eylemi işlemediğine dair hükümler dışında idare açısından bağlayıcılığı bulunmamaktadır.⁴²

Buradan, ceza muhakemesi sonucunda delil yetersizliği gibi sebeplerle beraat kararı verilmiş olmasının dahi idare açısından bağlayıcı olmadığı,

⁴¹ Yaman, s. 266.

⁴² AYM, 08.05.2014, B. N. 2012/575.

meydana gelen eylemler faile isnat edilebildiği sürece disiplin hukuku kapsamında işlem tesis edilebileceği sonucu çıkmaktadır.

Askeri yargı kurumlarının faal olduğu dönemde AYİM de Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarıyla uyumlu olacak şekilde kararlar vermiştir. Nitekim bir kararında Yüksek Mahkeme, davacının delil yetersizliği nedeniyle beraatına karar verilmesine neden olan eylemleriyle ilişkili olarak idarenin takdir yetkisiyle tesis edilen ayırma işleminde, beraatına karar verilen eylemlerin niteliği itibarıyla TSK'nın itibarını sarsacak nitelikte olduğu ve davacının kamu hizmetine yabancılaştığı değerlendirildiğinden davalı idarenin takdir yetkisini objektif sınırlar dahilinde kullandığı ve bu nedenle tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı kanaatine varmıştır.⁴³

Bir eylemin diğer kanunlarda benzer sonucu doğuran idari yaptırımlara bağlanmış olması da aynı eylemle ilgili disiplin işlemi yapılmasını engellemektedir. Güncel bir örnek olarak 7145 sayılı Kanun⁴⁴ ile 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklenen geçici madde 35 hükümleri *terör örgütlerine veya Millî Güvenlik Kurulu'nca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen Türk Silahlı Kuvvetleri personelinin Millî Savunma Bakanı'nun onayı ile kamu görevinden çıkarılacağını* düzenlemiştir.

Benzer şekilde TSK Disiplin Kanunu'na 2017 yılında yapılan ekleme⁴⁵ ile terör örgütleriyle ilişkili olma eylemi Silahlı Kuvvetlerden ayırma gerektiren disiplinsizlikler arasında düzenlenmiştir. Bu durumda terör örgütleriyle iltisaklı ve irtibatlı olan Türk Silahlı Kuvvetleri personeli hakkında 375 sayılı KHK'nın yürürlükte olduğu süre içerisinde kamu görevinden çıkarılma sonucunu doğuran idari işlem ile birlikte TSK Disiplin Kanunu kapsamında Silahlı Kuvvetlerden ayırma disiplin cezası da verilebilecektir. Ayrıca terör örgütü üyeliği suçundan mahkûmiyet halinde Askeri Ceza Kanunu'nun 30'uncu maddesi kapsamında⁴⁶ asıl cezayla birlikte fer'i olarak Türk Silahlı

⁴³ AYİM 1. D, 14.10.2008, E. 2008/98, K. 2008/836.

⁴⁴ 25 Temmuz 2018 tarihinde kabul edilen ve 31 Temmuz 2018 tarihli ve 30495 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7145 sayılı Kanun, bahsi geçen bakan oluru ile kamu görevinden çıkarma yetkisini 3 yıl süre ile tanımış olup en son 18 Temmuz 2021 tarihli 7333 sayılı Kanun ile bu süre bir yıllığına uzatılmıştır.

⁴⁵ Söz konusu değişiklik 29 Nisan 2017 tarihli ve 30052 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 690 sayılı KHK ile yapılmıştır.

⁴⁶ Anılan maddenin tam metni şu şekildedir:

Kuvvetleri'nden çıkarma cezasının verilmesi gerekmektedir.

Zira 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen fer'i cezalar 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle kaldırılmış ve güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş olsa da Askeri Ceza Kanunu'nun 29'uncu maddesinde "*Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma, rütbenin geri alınması ve askeri öğrencilik hukukunu kaybettirme*" şeklinde sayılan fer'i cezalara ilişkin düzenlemeler ilga edilmemiş ve günümüze kadar korunmuştur.

AsCK'nın 153'üncü maddesinde düzenlenen silahlı kuvvetlerden çıkarma fer'i cezasının aynı zamanda TSK Disiplin Kanunu'nda disiplin cezası olarak düzenlenmesi,⁴⁷ AsCK'nın 30'uncu maddesinde düzenlenen silahlı kuvvetlerden ayırma fer'i cezasını gerektiren hallerin de TSK Personel Kanunu'nda subaylıktan ve astsubaylıktan çıkarılma sebepleri olarak düzenlenmesi⁴⁸ Askeri Ceza Kanunu'nda yer alan fer'i cezaların yürürlükte olup olmadığı sorusunu akıllara getirmektedir.

Nitekim 5237 sayılı TCK yürürlüğe girdikten sonra 5329 sayılı Kanun'la⁴⁹ Askeri Ceza Kanunu'na Ek madde 8 ile "*5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümleri bu Kanunda yer verilen suçlar hakkında da uygulanır. Ancak, bu Kanunun fer'i askeri cezalara ve cezaların ertelenmesine ilişkin hükümleri ile zamanaşımına ilişkin 49 uncu maddesinin (A) bendi hükümleri saklıdır.*" hükmü ilave edilmiştir.

"Madde 30 - Aşağıda yazılı hallerde subay, astsubay, uzman jandarmalar ve özel kanunlarında bu cezanın uygulanacağı belirtilen asker kişiler hakkında, askeri mahkemeler veya adliye mahkemelerince asıl ceza ile birlikte, Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası da verilir. Bu husus mahkeme hükmünde belirtilmemiş olsa dahi, Silahlı Kuvvetlerden çıkarmayı gerektirir.

A) Taksirli suçlardan verilen cezalar hariç olmak üzere ölüm, ağır hapis, bir seneden fazla hapis cezası ile hükümlülük halinde,

B) Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından biriyle hükümlülük halinde.

Taksirli suçlardan verilen cezalar hariç olmak üzere, askeri mahkemelerde üç aydan fazla hapis cezası ile birlikte Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası da verilebilir."

⁴⁷ RG, T: 16.02.2013, S: 28561.

⁴⁸ RG, T: 30.06.2021, S: 31527.

⁴⁹ RG, T: 06.04.2005, S: 25778.

Ardından 5739 sayılı Kanun’la⁵⁰ Askeri Ceza Kanunu’na Ek madde 10 ile “*Bu Kanunda ve diğer ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılıncaya kadar, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemeler bakımından bu Kanunun ek 8 ve 9 uncu maddeleri ile 16/6/1964 tarihli ve 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanunun 63 üncü maddesinin ikinci fıkrası hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.*” hükmü eklenmiştir.

Bununla birlikte 6722 sayılı Kanun⁵¹ kapsamında yapılan değişiklikle AsCK’nın Ek 8’inci maddesinde yer alan “*26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümleri bu Kanunda yer verilen suçlar hakkında da uygulanır. Ancak, bu Kanunun fer’i askerî cezalara ve cezaların ertelenmesine ilişkin hükümleri ile zamanaşımına ilişkin 49 uncu maddesinin (A) bendi hükümleri saklıdır.*” ifadesi kaldırılmıştır. Son değişiklikle birlikte Askeri Ceza Kanunu’nda düzenlenen fer’i cezaların uygulanmasına devam olunacağı yönündeki saklı hükümlerin kaldırılması fer’i cezaların artık Askeri Ceza Kanunu kapsamında da uygulanamayacağı yönünde intiba uyandırmıştır.

Ancak ne TSK Disiplin Kanunu’nun 45’inci maddesiyle kaldırılan hükümler arasında ne de 7329 sayılı Kanun’un yürürlükten kaldırdığı hükümler arasında Askeri Ceza Kanunu’nun fer’i cezaları düzenleyen 30 vd. maddeleri ile 153’üncü maddesi bulunmamaktadır. Kanun’un Ek 8’inci maddesinde değişiklik öngören 6722 sayılı Kanun da AsCK’nın fer’i cezaları düzenleyen hükümlerini yürürlükten kaldırmamıştır. Bu durumda, her ne kadar AsCK’nın Ek 10’uncu maddesinde yer alan “*AsCK ve diğer kanunlarda değişiklik yapılıncaya 5237 sayılı TCK’da yer alan düzenlemelerin Ek 8’inci maddesinin uygulanmaya devam olunacağı*” hükmü artık fer’i cezalar açısından bir anlam ifade etmese de, kanun koyucunun fer’i cezaları düzenleyen hükümleri açıkça ilga etmemesi ve AsCK’da yer alan bu cezaların uygulanamayacağına ilişkin bir hüküm getirmemesi, fer’i askerî cezaların uygulanmasına devam edilmesi yönünde bir iradenin varlığına işaret etmektedir.⁵²

Nitekim 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu’nun 5’inci maddesinde yer

⁵⁰ RG, T: 01.03.2008, S: 26803.

⁵¹ RG, T: 16.07.2016, S: 29770.

⁵² Benzer bir değerlendirme için bkz. Demirağ, s. 489 vd.

Ayrıca Ek madde 8 hükümleri değişikliğe uğramadan önce fer’i cezaların yürürlükte olduğuna dair görüş ve tespitler için bkz. İdris Ergutekin, “Askeri Ceza Kanununda Düzenlenen Fer’i Cezalar”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 7(27), 2016, s. 830.

alan “Herhangi bir fiilden dolayı ilgili hakkında yapılan adli soruşturma veya kovuşturma, aynı fiilden dolayı ayrıca disiplin soruşturması ve tahkikat yapılmasını, disiplin cezası verilmesini ve bu cezanın yerine getirilmesini engellemez.” hükmü gereğince aynı fiilden dolayı TSK Disiplin Kanunu’nda disiplin cezası öngörülmüş olması aynı eylem hakkında AsCK kapsamında adli işlem yapılmasını engellememektedir. Adli ve idari soruşturmaların birbirinden bağımsız olması nedeniyle aynı eylemin TSK Personel Kanunu’nda idari yaptırıma bağlanmış olması da bu durumu değiştirmemektedir.

Askeri Ceza Kanunu’nda düzenlenen fer’i cezaların doğrudukları hukuki sonuç itibariyle ceza hukukundan ziyade idare hukukuna daha yakın bir görünüm sergilemesi nedeniyle bu cezaların sadece idari yaptırım olarak düzenlenmesinin ve Askeri Ceza Kanunu’ndan çıkarılmasının daha yerinde bir uygulama olacağı değerlendirilmekle birlikte⁵³ kanunun mevcut hali fer’i askeri cezaların uygulanmasına engel bir hüküm barındırmadığından bu cezaların uygulanması gerekmektedir.

Görüldüğü gibi aynı eylem hakkında askeri hukuk mevzuatında hem disiplin cezası, hem farklı bir idari yaptırım, hem de ceza hukuku kapsamında benzer sonucu doğuran adli yaptırımlar öngörülebilmektedir. Bu durumda adli işlemlerin idari işlemlerden bağımsızlığı ilkesi uyarınca her üç yaptırım türü de birbirinden bağımsız olarak tesis edilebilecektir.

Benzer şekilde TCK m. 225 vd. düzenlenen genel ahlaka karşı suçların varlığı halinde TSK Disiplin Kanunu m. 20/1(b) uyarınca ahlaki zayıflık disiplinsizliğinden, TSK ve devlet aleyhine işlenen suçların varlığı halinde ise TSK Disiplin Kanunu m. 20/1(c) uyarınca hizmete engel davranışlarda bulunmak disiplinsizliğinden ayırma işlemi yapılabilmektedir. Ancak hizmete engel davranışlarda bulunma disiplinsizliğinde meydana gelen eylemlerin devletin ve TSK’nın itibarına zarar vermiş olması yeterlidir. Eylemlerin askeri ya da adli bir suç oluşturması şart değildir. Personel hakkında adli süreç yürütülüyor olsa dahi yargılamanın sonucunun beklenmesi zorunlu olmayıp, beraat veya düşme kararı verilmesi halinde dahi Yüksek Disiplin Kurullarınca Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasına hükmedilebilir.⁵⁴

Nitekim AYİM, davacı hakkında kesinleşmiş mahkeme kararı olmadan

⁵³ Aynı yönde bkz. Tolga Yıldırım, “Türk Askeri Disiplin Hukukunun Güncel Sorunları ve Amirlerin Suçta Kıyas Yetkisine Farklı Bir Bakış”, *Ankara Barosu Dergisi*, (1), 2019, s. 71; Ayrıca bkz. Ergutekin, s. 841.

⁵⁴ Yaman, s. 376.

Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezası verilmesi işleminin iptalinin istendiği bir davada, ceza hukuku ile idare hukuku rejimlerinin farklı olduğu, bir kamu görevlisi hakkında yürütülen kovuşturma sürecinin disiplin cezalarının uygulanmasını engellemeyeceği, bu kapsamda davacının eylemleri ile Türk Silahlı Kuvvetleri'nin itibarını zedelediği ve yürüttüğü kamu hizmetine yabancılaştığı düşüncesiyle tesis edilen Silahlı Kuvvetlerden ayırma işleminde hukuka aykırı bir husus olmadığına karar vermiştir.⁵⁵

Son olarak, gayri tabi mukarenette bulunma (eşcinsellik), iffetsiz birliktelik ve nikahsız birliktelik eylemleri de hem Askeri Ceza Kanunu'nun 153'üncü maddesinde hem de TSK Disiplin Kanunu'nun 20'nci maddesinde Silahlı Kuvvetlerden ayırma gerektiren bir suç ve disiplinsizlik olarak düzenlenmiştir.

Her ne kadar askeri ceza hukuku kapsamında hapis veya adli para cezası öngörülmemiş suçlarda asli ceza olmaksızın fer'i cezaların verilmesinin mümkün olmadığını savunan görüşler bulunsa da yukarıda izah edildiği üzere, suç ve ceza içeren bir hukuk normu açıkça yürürlükten kaldırılmadığı sürece uygulanabilir olmalıdır. Ayrıca aynı eylemlerin TSK Disiplin Kanunu'nda disiplinsizlik olarak düzenlenmiş olması da söz konusu maddenin yürürlükten kalktığı ve uygulanmayacağı yönünde gerekçe oluşturmamaktadır.⁵⁶ Zira Askeri Yargıtay da gayri tabi mukarenette bulunma suçunun düzenlendiği Askeri Ceza Kanunu'nun 153'üncü maddesinin bir değişikliğe uğramadan mevcudiyetini devam ettirdiği sonucuna ulaşmıştır.⁵⁷ Yine de disiplin boyutu olan bu suçların Askeri Ceza Kanunu'ndan kaldırılmasının ceza kanunu ve disiplin kanunu ayırımını esas alan paradigma değişikliğine ve kanunun amacına daha uygun olacağını belirtmeliyiz.⁵⁸

V. BAĞIMSIZLIĞIN İSTİSNASI: KANUNİLİK İLKESİ VE KIYAS YASAĞI

Kanunun açıkça suç saymadığı bir eylemden dolayı kimsenin cezalandırılmayacağını ve kimseye kanunda düzenlenmeyen bir cezanın verilemeyeceğini öngören “kanunsuz suç ve ceza olmaz” kuralı, diğer bir deyişle “suçta ve cezada kanunilik” ilkesi Türk Hukukunda yasal dayanağını

⁵⁵ AYİM 1. D, 16.09.2008, E. 2007/1124, K. 2008/753.

⁵⁶ Demirağ, s. 489.

⁵⁷ ASY DK, 07.05.2015, E. 2015/42, K. 2015/57.

⁵⁸ Aynı yönde bkz. Yıldırım, s. 71.

Anayasa'nın 38'inci maddesinden almaktadır.⁵⁹ Anayasada genel çerçevesi belirlenen kanunilik ilkesinin ceza hukukundaki yansıması olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2'nci maddesi, kanunsuz suç ve ceza olmayacağını, idarenin düzenleyici işlemlerle suç ve ceza belirlemesinin mümkün olmadığını ve "kıyas yasağını" düzenlemektedir.

Türk Ceza Kanunu'nun 3'üncü maddesiyle ceza hukukunda yasaklanan kıyas, kanunda boşluk olan durumlarda bir hukuk kuralının, kanunla düzenlenmemiş olan benzer olaylara uygulanması anlamına gelmektedir.⁶⁰ Kıyas yasağıyla yakından ilgili olan ve kanunilik ilkesinin diğer bir sonucu olan "belirlilik ilkesi" ise suç teşkil eden fiillerin ve bu fiillerin karşılığında uygulanacak cezaların türüyle birlikte alt ve üst sınırlarının kanunda açıkça düzenlenmiş olması gerektiğini ifade etmektedir.⁶¹

Kanunilik ilkesi ceza hukukunun yanında kabahatler hukukunda da uygulanmaktadır. Ancak ceza hukukundaki kanunilik ilkesinin kaynağı Anayasa'nın 38'inci maddesinde düzenlenen "suçta ve cezada kanunilik" ilkesi iken kabahatler hukukunda uygulanan kanunilik ilkesinin dayanağı Anayasa'nın 2'nci maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesi, 13'üncü maddesinde düzenlenen "temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılabilmesi" kuralı ve 123'üncü maddesinde yer alan "idarenin kanuniliği" ilkesidir.⁶²

Suçta kanunilik ilkesine nazaran daha esnek bir sistem kabul eden Kabahatler Kanunu'nun 4'üncü maddesine göre "hangi fiillerin kabahat oluşturduğu kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir." Bununla birlikte aynı maddede kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarının ancak Kanunla düzenlenebileceği hükme bağlanarak cezada kanunilik ilkesine paralel bir

⁵⁹ Anılan maddenin tam metni şu şekildedir:

"Madde 38 – (1) Kimse, işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. (2) Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır. (3) Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur. (...)"

⁶⁰ Zeynel Kangal, "Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi", *Ceza Hukuku Dergisi*, (17), 2011, s. 83.

⁶¹ Kangal, s. 71-78.

⁶² Kangal, s. 70.

düzenlemeye yer verilmiştir.⁶³

Kanunilik ilkesi ceza hukukunun alt dalı olan askeri ceza hukukunda mutlak surette geçerli olmakla birlikte⁶⁴ askeri disiplin hukukunda geçerli olup olmadığı tartışmalıdır. Zira 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu'nun 8'inci maddesinin 2'nci fıkrasında kanunda belirlenmiş olan disiplinsizliklere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara, eylemleri adli veya askeri suç teşkil etse dahi aynı neviden disiplin cezaları verilebileceği öngörülmüş ve disiplin amirlerine kıyas yetkisi tanınmıştır.

Memur disiplin hukukunda da benzer şekilde kıyas yasağı geçerli olmadığından kanunilik ilkesinin katı bir şekilde uygulanmadığı söylenebilir. Nitekim 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/4 maddesinde disiplin cezası verilmesini gerektiren fiillere nitelik ve ağırlık itibarıyla benzeyen eylemlerin aynı neviden disiplin cezası ile cezalandırılabileceği öngörülmüştür. Bu noktada Kanun'un 125'inci maddesinde devlet memurlarına verilecek cezalar tek tek sayma yolu ile belirlenmiş olmasına rağmen, idari ceza gerektiren eylemlerin kanunda tek tek sayılmasının mümkün olmaması sebebiyle idareye takdir ve kıyas yetkisi tanındığı görülmektedir.⁶⁵

Yasal temelini Anayasadan alan ve bir ceza hukuku kuralı olan kanunilik ilkesinin disiplin hukukunda uygulanıp uygulanmayacağı konusunda öğretide görüş birliği bulunmasa da Anayasa Mahkemesi, yerleşik içtihatlarında söz konusu ilkenin disiplin hukuku açısından da uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Nitekim 04/04/1991 tarihli ve 1991/7 sayılı kararında Yüksek Mahkeme, Anayasa'nın 38'inci maddesi adli ve idari cezalar arasında bir ayrıma gitmediğinden suçta ve cezada kanunilik ilkesinin disiplin cezalarına da uygulanması gerektiğini açıkça belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi 02/10/2014 tarihli ve 2014/150 sayılı kararında da içtihadını devam ettirmiş ve ceza hukukunun temel ilkelerinin idari yaptırımlar hakkında da uygulanması gerektiğini vurgulamıştır.⁶⁶

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin disiplin hukukunda da uygulanması

⁶³ Coşkun Özbudak, "İdari Yaptırımlar Bakımından Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, 8(86), 2013, s. 93.

⁶⁴ Kangal, s. 71.

⁶⁵ Saniye Kılınçarslan, "Disiplin Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Kanunilik İlkesi Çerçevesinde Yargısal Denetimi", *Fasikül Dergisi*, (62), 2015, s. 27.

⁶⁶ Bahsi geçen kararların kritiği için bkz. Değirmenci, "TSK Disiplin Kanunu Kapsamında Disiplin Amirinin Kıyas Yetkisinin Sınırları", s. 23.

önemli bir çaba olmakla birlikte *Değirmenci*'nin de altını çizdiği gibi idari düzen ve genel disiplini bozan tüm eylemlerin kanunla düzenlenmesi olanaksızdır. Özellikle etkin bir disiplin sistemine ihtiyaç duyan Türk Silahlı Kuvvetleri'nin yürüttüğü askeri hizmetin devamlılığı ile emir ve kuralların eksiksiz uygulanabilmesi için yasa koyucu tarafından bazı disiplinsizliklerin esnek bir şekilde tanımlanması ve disiplin amirlerine kıyas yetkisinin verilmesi yollarına gidildiği görülmektedir.⁶⁷ Nitekim TSK Disiplin Kanunu'nda yer alan uygunsuz davranışlarda bulunmak, ahlaki zayıflık gibi birtakım disiplinsizliklerin tanım ve kapsamlarının muğlak olduğu görülmektedir. Bununla birlikte Kanun, 8/2 maddesinde⁶⁸ disiplin amirlerince kanunda disiplinsizlik olarak düzenlenen eylemlere nitelik ve ağırlık itibarıyla benzeyen eylemlerin de disiplin cezasıyla cezalandırılabilmesine imkân sağlamıştır.

Bu açıdan bakıldığında TSK Disiplin Kanunu'nda cezada kanunilik ilkesinin mutlak surette geçerli olduğu ancak suçta kanunilik ilkesinin uygulanmadığı görülmektedir. Zira disiplin amirleri kanunun 8'inci maddesine dayanarak kanunda disiplinsizlik olarak düzenlenmeyen bir eylemi kıyas yoluyla disiplinsizlik olarak niteleyip cezalandırabilmektedir.⁶⁹

Netice itibarıyla disiplin hukukundaki “kusur” kavramının ceza hukukundaki “kusur” kavramıyla aynı olmaması ve disiplin yaptırımlarının idari usul kurallarına göre tesis edilmesinin⁷⁰ bir sonucu olarak ceza hukukunda uygulanan kıyas yasağının disiplin hukukunda uygulanmadığı görülmektedir.

Bu noktada kimi yazarlar kıyas yetkisini düzenleyen maddenin disiplin amirlerine açıkça kanunda düzenlenmemiş eylemleri disiplinsizlik olarak nitelendirerek cezalandırma yetkisi tanıdığını ve bu anlamda AsCK'nın mülga 162'nci maddesinde düzenlenen ve suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bariz ihlali olan disiplin tecavüzü⁷¹ uygulamasının TSK Disiplin Kanunu marifetiyle

⁶⁷ Değirmenci, “TSK Disiplin Kanunu Kapsamında Disiplin Amirinin Kıyas Yetkisinin Sınırları”, s. 26-27.

⁶⁸ Anılan maddenin tam metni şu şekildedir:

“Madde 8 – (2) Bu Kanunda belirlenmiş olan disiplinsizliklere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara, eylemleri adli veya askeri suç teşkil etse dahi aynı neviden disiplin cezaları verilebilir.”

⁶⁹ Değirmenci, “TSK Disiplin Kanunu Kapsamında Disiplin Amirinin Kıyas Yetkisinin Sınırları”, s. 34.

⁷⁰ Oğuz Sancakdar, “Disiplin Yaptırımlarının Hukuki Niteliği Konusunda Başlıca Görüşler”, *Fasikül Dergisi*, (39), 2013, s. 12.

⁷¹ Askeri Ceza Kanunu'nun mülga 162'nci maddesinde “askeri terbiyeyi, disiplini bozan ve

sürdürüldüğünü ifade etmektedir.⁷²

AYİM de bir kararında 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu ile oluşturulan TSK disiplin sisteminde, meydana gelen disiplinsizlikler ile müeyyidelerinin kanunilik ilkesi uyarınca tek tek belirlendiği, dolayısıyla kanunda düzenlenmeyen eylemlerin disiplinsizlik olarak kabul edilemeyeceği ve bu eylemlere kanunla belirlenen cezalar dışında yaptırım uygulanamayacağı belirtilmiştir.⁷³

Disiplin amirlerinin yetkisinde olan disiplin cezalarının büyük çoğunluğunun yargısal denetime tabi olmadığı düşünüldüğünde⁷⁴, kanunilik ilkesine aykırılığın yargı denetimine kapalılıkla birleşmesi askeri personelin hukuki güvenliğine ciddi tehdit oluşturmakta ve güçler ayrılığı ilkesinin idare lehine bozulmasına neden olmaktadır. Bu açıdan, Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı tutumu göz önünde bulundurulduğunda, kıyas yasağıyla bağdaşmayan TSK DK'nın 8/2 maddesinin olası bir norm denetiminde Anayasa'nın 38'inci maddesine aykırı olduğu yönünde karar verilmesi mümkün görünmektedir.⁷⁵

Bununla birlikte kıyas yetkisinin sınırsız bir yetki olmadığını belirtmek gerekir. Nitekim disiplinsizlik kapsamında değerlendirilecek eylemlerin kanunda yaptırım altına alınan disiplinsizliklere nitelik ve ağırlık itibarıyla benzemesi gerekmektedir.⁷⁶ Örnek vermek gerekirse asker kişiye karşı “*basit*

hiçbir ceza kanununun maddelerine uymayan filler ve tekasüller” olarak tanımlanan disiplin tecavüzleri, disiplin amirlerine hukuk yaratma konusunda sınırsız bir keyfîlik tanınması bakımından askeri disiplin hukukunda kanunilik ilkesine aykırılıkta en problemlî alanı temsil etmekteydi. (Bkz. Yıldırım, s. 67.)

⁷² Cihan Koç, *TSK İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, TSK Disiplin Kanunu, Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat*, 22. Baskı, Sözkesen Matbaası, 2015, s. 806.

⁷³ AYİM 3. D, 24.04.2014, E. 2013/1088, K. 2014/454.

⁷⁴ TSK Disiplin Kanunu'nun *Yargı Denetimi* başlıklı 43'üncü maddesi şu şekildedir:

“Madde 43 - Askerî öğrenciler ile erbaş ve erler hakkında verilen disiplin cezaları ile subay, astsubay, uzman erbaş ile sözleşmeli erbaş ve erler hakkında verilen uyarma, kınama ve hizmete kısmi süreli devam cezaları hariç bu Kanunda yer alan disiplin cezalarına karşı iptal davası açılabilir.”

Madde metninden anlaşılacağı üzere disiplin amirleri tarafından barış zamanında verilebilecek sekiz ceza türünden (*uyarma, kınama, hizmete kısmi süreli devam, aylıktan kesme, hizmet yerini terk etmeme, ilave hizmet yükleme, izinsizlik, hizmetten men*) yalnızca ikisine karşı (*aylıktan kesme ve hizmet yerini terk etmeme*) yargı yolu açık tutulmuştur.

⁷⁵ Yıldırım, s. 76-79.

⁷⁶ Değirmenci, “TSK Disiplin Kanunu Kapsamında Disiplin Amirinin Kıyas Yetkisinin Sınırları”, s. 30.

yaralama” suçunu işleyen personelin eylemi “*kavga etmek*” disiplinsizliğine nitelik ve ağırlık yönünden benzediğinden bu eylem hakkında cezai işlemle birlikte aynı zamanda disiplin işlemi de yapılabilecektir.

TSK Disiplin Kanunu’nun 8’inci maddesi, benzer eylemleri disiplinsizlik olarak belirlemek suretiyle kıyasla yeni bir hukuk yaratma yetkisini yalnızca öngörülemeyen durumlar için doğabilecek yasal boşlukları doldurma noktasında vermiştir. Diğer bir deyişle kıyas yetkisinin kullanılabilmesi için yasal bir boşluk olması zorunludur. Kanun koyucunun iradesini bir eylemi disiplinsizlik olarak düzenlememe yönünde kullandığı durumlarda kıyasa gidilmesi kanuna uygun olmayacaktır.⁷⁷

Kısacası, kanunun açıkça disiplinsizlik şeklinde düzenlemediği ve kıyasa müsaade etmediği durumlarda kıyas yetkisi kullanılamamaktadır. Zira kıyas yetkisinin kanuna aykırı bir şekilde kullanılması, Askeri Ceza Kanunu’nun 111’inci maddesinde hapis cezası ile müeyyide altına alınan “*hak edilmemiş disiplin cezası vermek*” suçuna vücut verecektir.

TSK Disiplin Kanunu muhteviyatında birtakım sorunlar içermeye devam etse de AİHM’nin ihlal kararlarının da etkisiyle⁷⁸ askeri disiplin hukukunu kanunilik ilkesine uyumlu hale getirmeye çalışmıştır. Özellikle askeri suç ve disiplinsizlik bağlamında adli yaptırım ve idari yaptırım ayırımının benimsenmesi oldukça önemli bir gelişmedir.⁷⁹ Ancak TSK Disiplin Kanunu her ne kadar adli yaptırım ile idari yaptırımların aynı anda uygulanabileceğini öngörmüş olsa da bazı eylemler için suç ve disiplinsizlik ayırımını net bir şekilde yapmış ve bir eylem için aynı anda adli ve idari işlem yapılmasının önünü kapatmıştır.

Bu noktada konuyu örneklerle açıklamak faydalı olacaktır. Askeri suç ve disiplinsizlik bağlantısının aşağıda izah edilmeye çalışılan özel görünümleri, disiplin amirinin kıyas yetkisinin sınırlarını ve adli işlem/idari işlem bağımsızlığının birer istisnasını oluşturduğundan konumuz açısından büyük önem arz etmektedir. Benzer nitelikteki eylemler için kıyas yapma

⁷⁷ Değirmenci, “TSK Disiplin Kanunu Kapsamında Disiplin Amirinin Kıyas Yetkisinin Sınırları”, s. 28-31.

⁷⁸ Örneğin AİHM, *İrfan Bayrak v. Türkiye* davasında, disiplin mahkemelerinin bağımsız olmadığından bahisle disiplin mahkemeleri tarafından hürriyeti bağlayıcı ceza verilmesinin AİHS’nin 6’ncı maddesini ihlal ettiği yönünde karar vermiştir. Bkz. Değirmenci, “Adil Yararlanma Hakkı Bakımından Disiplin Mahkemeleri”, s. 140.

⁷⁹ Yıldırım, s. 81.

yetkisi kanunda sadece disiplin amirlerine tanındığından, disiplin kurulları açısından konuyu incelemeye gerek duyulmamıştır. Şüphesiz bu istisnaların en önemli sonucu, tanım ve kapsamı net bir şekilde ifade edilen veya kasten disiplinsizlik olarak düzenlenmeyen eylemler hakkında disiplin amirlerinin kıyas yoluyla ceza verememesi ve bazı durumlarda adli işlem ile birlikte disiplin işlemi tesis edememesidir. Bu eylemlerin suç ve disiplinsizlik karşılığı için bölüm sonunda yer alan tabloya bakılabilir. (Bkz. Tablo.3)

A. Firar ve İzin Tecavüzü

Konu ile ilgili açıklamalara geçmeden önce görev yerinden ayrı kalma eylemlerini düzenleyen suç ve disiplinsizlikleri ağırlık derecesine göre sıralamak, bu husustaki istisnaların anlaşılmasına katkı sağlayacaktır.

İlk olarak, görev yerini izinsiz terk etmek disiplinsizliği TSK Disiplin Kanunu'nun 17'nci maddesinde (1-b) *“Kıtasından veya görev yerinden yirmi dört saati geçmeyecek şekilde kaçmak veya kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın mesaiye bir tam mesai günü gelmemek”* şeklinde tanımlanmıştır. Kısa süreli kaçmak disiplinsizliği ise aynı kanunun 19'uncu maddesinde (1-b) *“Kıtasından veya görev yerinden yedi günü aşmayacak ve bu süre içinde kendiliğinden gelecek şekilde kaçmak veya mesaiye gitmemek”* şeklinde düzenlenmiştir.

İzin süresini geçirmek disiplinsizliği de aynı maddenin (c) bendinde *“İzin, istirahat veya hava değişimi süresini yasal veya kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın altı günü aşmayacak ve bu süre içinde kendiliğinden gelecek şekilde geçirmek”* şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi görev yerinden yirmi dört saatten az bir süreyle ayrı kalmak ile yirmi dört saatten fazla ancak altı veya yedi günden az ayrı kalmak birbirinden farklı disiplinsizliklere vücut vermektedir.

Eylemin suç boyutunu temsil eden firar ise Askeri Ceza Kanunu'nun 66'ncı maddesinde (1-a) *“Kıtasından veya görevi icabı bulunmak zorunda olduğu yerden izinsiz olarak altı günden fazla uzaklaşmak”* şeklinde, izin tecavüzü suçu ise aynı maddenin (1-b) bendinde *“Kıtasından veya görevini yapmakta olduğu yerden izin, istirahat veya hava değişimi alarak ayrılanlardan, dönmeye mecbur buldukları günden itibaren altı gün içerisinde özürsüz olarak gelmemek”* şeklinde tanımlanmıştır.

Madde metninden, firar suçunun yedinci günün sonunda, izin tecavüzünün ise yedinci günün başında oluştuğu anlaşılmaktadır. Suçun özel

görünümlü hali olan yabancı memlekete firar suçu da aynı kanunun 67/A maddesinde “İzinli olduğu durumlar hariç, ülke sınırları dışında üç gün geçirmek” şeklinde tanımlanmıştır.

Son olarak firarın mehil içinde yakalanma hali de AsCK’nın 68’inci maddesinde “66 ve 67’nci maddelerde düzenlenen firar süresi içerisinde yakalanmak” şeklinde tanımlanmış ve failin hizmet esnasında veya beraberinde harp araç gereci götürmek suretiyle firar etmesi durumunda gün unsurunun aranmayacağı ve cezanın arttırılacağı düzenlenmiştir.

Görev yerinden ayrı kalma eylemlerini düzenleyen suç ve disiplinsizlik maddelerinin lafzına bütün olarak bakıldığında, kanun koyucunun suç ve disiplinsizlik bağımsızlığına bir istisna yaratarak her bir suç ve disiplinsizlik için gün unsuru ve başka maddi unsurlar belirlemek suretiyle bir nevi geçitli suç uygulamasını bu eylem tipinde devam ettirdiği görülmektedir.

Öncelikle kanun metninde kısa süreli kaçmak ve izin süresini geçirmek disiplinsizliklerinin oluşması için altı ve yedi günü geçmemek şart olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla altı günü geçen izin tecavüzü suçu, izin süresini geçirmek disiplinsizliğine; yedi günü geçen firar suçu da kısa süreli kaçmak disiplinsizliğine vücut vermeyecektir.

Yine kanun, kısa süreli kaçmak ve izin süresini geçirmek disiplinsizliklerinde asker şahısların belirlenen süreler içerisinde birliğine kendiliğinden gelmesini şart olarak aramıştır. Mehil içinde yakalanma suçu ise görevden ayrı kalan personelin iradesi dışında yakalanmasıyla oluştuğundan bir günden fazla, altı ve yedi günden az süreyi kapsayan günlerde yakalanan şahıslar hakkında kısa süreli kaçmak veya izin süresini geçirmek disiplinsizlikleri kapsamında disiplin cezası verilemeyecektir.

Bu noktada istisnanın istisnası niteliğinde olan önemli birkaç hususu belirtmekte fayda vardır. İlk olarak, mehil içinde yakalanma suçunun nitelikli halini oluşturan hizmet esnasında veya harp araç gereçleriyle birlikte firar halinde gün unsuru aranmamakta ve ilk yirmi dört saatte yakalanmak dahi suçun tamamlanması için yeterli olmaktadır. Dolayısıyla ilk yirmi dört saat içinde yakalanan firari şahıslar hakkında TSK Disiplin Kanunu’nun 17’nci maddesinde düzenlenen görev yerini izinsiz terk etmek disiplinsizliğinden işlem yapılması önünde kanuni bir engel bulunmamaktadır.

Benzer şekilde gün unsuru aranmayan sözleşerek firar etme suçunda da diğer şartların oluşması halinde görev yerini izinsiz terk etmek veya kısa süreli kaçmak disiplinsizliklerinden dolayı cezai işlem tesis edilebilmektedir. Ayrıca yabancı memlekete firar suçu da gün unsuru dışında özel bir şartta bağlı

olmadığından firari şahsın üçüncü günden yedinci güne kadar olan sürede kendi isteğiyle birliğine gelmesi halinde kısa süreli kaçmak disiplinsizliği oluşacaktır.

Son olarak firar veya izin tecavüzü suçlarının kesintisiz bir yıl devam etmesi halinde TSK Disiplin Kanunu'nun 20'nci maddesi ve TSK Yüksek Disiplin Kurulları Yönetmeliği'nin 9'uncu maddesi uyarınca personelin Silahlı Kuvvetlerden ayırma talebiyle Yüksek Disiplin Kurulu'na sevk edilebileceği konusunda şüphe yoktur.

B. Emre İtaatsizlik

Emre itaatsizlik disiplinsizliği TSK Disiplin Kanunu'nun 19/1-a maddesinde "*Kasıtlı olarak hizmete ilişkin bir emri tam yapmamak ya da değiştirenerek veya sınırını aşmak suretiyle yapmak*" şeklinde tanımlanmıştır.

Emre itaatsizlikte ısrar suçu ise Askeri Ceza Kanunu'nun 87'nci maddesinde "*Hizmete ilişkin emri hiç yapmamak, emrin yerine getirilmesini söz veya fiili ile açıkça reddetmek veya emir tekrar edildiği halde emri yerine getirmemek*" şeklinde düzenlenmiştir.

Madde metninden anlaşılacağı üzere emre itaatsizlik disiplinsizliğinin müspet unsurları bakımından oluştuğunu kabul edebilmek için hizmete ilişkin verilen bir emrin ya eksik yapılması ya değiştirilerek yapılması yahut sınırının aşılması yapılmış olması gerekmektedir. Dolayısıyla hizmete ilişkin bir emrin hiç yapılmaması emre itaatsizlik disiplinsizliğini değil, emre itaatsizlikte ısrar suçunu oluşturacaktır.

Bu noktada kanun koyucu eylemin disiplinsizlik ve suç boyutu arasında net bir ayırım öngördüğünden kanunilik ilkesine aykırı olacak şekilde emre itaatsizlikte ısrar suçunun aynı zamanda emre itaatsizlik disiplinsizliğine vücut verdiğinin kabulüne imkân kalmamaktadır.

Nitekim Askeri Yüksek İdare Mahkemesi bir kararında; hizmete ilişkin bir emrin hiç yapılmamış olması halinin disiplin mevzuatında müeyyide bağlanmamış olması nedeniyle kanunilik ilkesinin bir gereği olarak emre itaatsizlikte ısrar suçunu işleyen davacıya hizmet yerini terk etmeme cezası verilmesinin hukuka aykırı olduğunu, TSK Disiplin Kanunu'nun genel sistematığı ve lafzından anlaşılacağı üzere emri hiçbir şekilde yerine getirmeyen personele emre itaatsizlik disiplinsizliğinden işlem yapılamayacağını belirtmiştir.⁸⁰

⁸⁰ AYİM 3. D, 25.09.2014, E. 2014/768, K. 2014/1192.

C. Nöbet Talimatına Aykırılık

Nöbet talimatına aykırı hareket etmek disiplinsizliği TSK Disiplin Kanunu'nun 19'uncu maddesinde (1-g) "*Maddi bir zarar doğmasına sebebiyet vermeyecek şekilde, ilgili mevzuat kapsamındaki nöbet görevlerini yaparken, nöbet yerini terk etmek veya belirlenmiş ve tebliğ edilmiş olan nöbet talimatındaki kurallara aykırı hareket etmek*" şeklinde tanımlanmıştır.

Mazarratı mucip nöbet talimatına aykırılık suçu ise Askeri Ceza Kanunu'nun "*Dikkatsizlik edenler*" başlıklı 136'ncı maddesinde "*Askeri karakol ve müfreze kumandanları ile nöbetçilerin mazarratı mucip olacak şekilde, kendisini verilen vazifeyi yapmayacak hale koymak, nöbet mahallini terk etmek yahut verilen sair talimata mugayir hareket etmek*" şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi mazarratı mucip nöbet talimatına aykırılık suçunun oluşması için, nöbet yerini terk etmek veya nöbet talimatına aykırı hareket etmek eylemi, maddi bir zarara neden olmalıdır. Aksi halde bu eylem nöbet talimatına aykırı hareket etmek disiplinsizliğini oluşturacaktır.

Madde metnindeki mazarrattan kasıt maddi zarardır. Bu bağlamda maddi zarara neden olan nöbet talimatına aykırı eylemler bu suçu oluşturmakla birlikte maddi zararlar sonuçlanmayan eylemlerin suç olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Nöbet talimatına aykırı hareket etme disiplinsizliğinin tanımında yer alan "*maddi bir zarar doğmasına sebebiyet vermeyecek şekilde*" ibaresi karşısında mazarratı mucip nöbet talimatına aykırılık suçunun varlığı halinde aynı zamanda nöbet talimatına aykırı davranmak disiplinsizliğinden işlem yapılması da mümkün değildir.⁸¹ Burada kanun koyucunun firar suçunda olduğu gibi eylemin suç ve disiplinsizlik boyutları arasında net bir ayrıma gittiğinin kabulü gerekmektedir.

Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, nöbetin başlamadığı veya nöbete hiç gidilmediği durumlarda nöbet talimatına aykırılıktan söz edilemez. Personelin nöbete hiç gitmemesi emre itaatsizlikte ısrar suçunu oluşturacaktır.⁸² Nitekim Askeri Yargıtay da yorgunluk halini nöbet hizmetinden kaçınmak için geçerli bir mazeret olarak kabul etmeyip nöbete hiç gitmeyen sanığın suç işleme kastıyla hareket ettiğine ve emre itaatsizlikte ısrar suçunun oluştuğuna karar vermiştir.⁸³

⁸¹ Demirağ, s. 445-446.

⁸² Yaman, s. 321.

⁸³ ASY DK, 18.09.2014, E. 2014/79, K. 2014/70.

Ç. Maiyetinin Gözetiminde İhmal

Askeri Ceza Kanunu'nun 145'inci maddesinde “*Madununa nezaret vazifesinde ihmal ve tekâsül etme, madunun suçlarını haber vermeme veya bu fiiller hakkında kasten kanuni takibatta bulunmama*” şeklinde tanımlanan astının suçları hakkında takibatta bulunmama suçu, kanun koyucunun adli işlem ile idari işlem bağımsızlığına getirdiği diğer bir istisna olarak karşımıza çıkmaktadır.

Eyleme benzer mahiyetteki maiyetinin disiplinsizliği hakkında soruşturma yapmamak disiplinsizliği de TSK Disiplin Kanunu'nun 19'uncu maddesinde “*Maiyeti tarafından işlenen bir disiplinsizliği öğrenmesine rağmen ceza vermeme takdir yetkisinin bulunduğu hâller dışında kasten disiplin soruşturması yapılmayarak disiplinsizliği örtbas etmek*” şeklinde tanımlanmış olup astın işlediği suçlarının takibinin yapılmaması halinde kanunda herhangi bir disiplin yaptırımını öngörülmemiştir.

Bundan hareketle astların suçları hakkında takibatta bulunmama eyleminin kanunda disiplinsizlik olarak düzenlenmediği, yalnızca suç olarak düzenlendiği ve bu suçun yaptırımının Askeri Ceza Kanunu'nda belirlenen hapis cezası olduğu sonucuna varılabilir.⁸⁴ Bu noktada kanun koyucunun disiplin amiri tarafından takibi yapılmayan eylemlerin disiplinsizlik olması durumunda amirin eyleminin de disiplinsizlik sayılacağı, takibi yapılmayan eylemlerin suç olması durumunda da söz konusu eylemin suç oluşturacağı hususunda bir ayrıma gittiğinin kabulü gerekmektedir. AYİM de konu ile ilgili verdiği bir kararda davacının eylemi disiplinsizlik sınırlarını aşır suçta vücut verdiğinden suç dosyası hakkında işlem yapmama yönündeki eyleminin maiyetinin disiplinsizliği hakkında soruşturma yapmamak disiplinsizliğini oluşturmadığına kanaat getirmiştir.⁸⁵

Ancak önemle belirtmek gerekir ki, aynı anda hem disiplinsizlik hem de suç oluşturan eylemler hakkında yasal işlem yapılmaması durumunda hem TSK Disiplin Kanunu'nun 19'uncu maddesinde yer alan “*maiyetinin disiplinsizliği hakkında soruşturma yapmamak*” disiplinsizliğinden, hem de Askeri Ceza Kanunu'nun 145'inci maddesinde yer alan “*astının suçları hakkında takibatta bulunmama*” suçundan söz edilecektir.

⁸⁴ Demirağ, s. 463.

⁸⁵ AYİM 3. D, 03.04.2014, E. 2013/888, K. 2014/477.

Tablo 3: Aynı Anda Yaptırım Uygulanamayacak Eylemler

Kanun maddesi	Suç	Kanun maddesi	Disiplinsizlik
AsCK m.66/1(a)	Firar	TSK DK m.19/1(b)	Kısa süreli kaçmak
AsCK m.66/1(b)	İzin tecavüzü	TSK DK m.19/1(c)	İzin süresini geçirmek
AsCK m.87	Emre itaatsizlikte ısrar	TSK DK m.19/1(a)	Emre itaatsizlik
AsCK m.136	Mazarratı mucip nöbet talimatına aykırılık	TSK DK m.19/1(g)	Nöbet talimatına aykırılık
AsCK m.145	Madunun suçlarının takibini yapmama	TSK DK m.19/1(e)	Maiyetinin disiplinsizliği hakkında soruşturma yapmamak

Askeri suçların disiplinsizliklerle net bir şekilde ayrıldığı hallerde yukarıda sayılan ve tabloda gösterilen istisnai eylemler hakkında her ne kadar adli işlemle birlikte karşılık olarak gösterilen disiplinsizliklerden işlem yapılamasa da kıyas yetkisi kullanılarak TSK Disiplin Kanunu'nda yer alan başka disiplinsizliklerden işlem yapılabilecektir. Örneğin suçların takibinin yapılmaması durumunda her ne kadar “maiyetinin disiplinsizliği hakkında soruşturma yapmamak” disiplinsizliğinden söz edilemese de bu eylemin, TSK Disiplin Kanunu'nun 18'inci maddesinde “Astlarının ve emri altındakilerin denetim, kontrol ve gözetiminde ihmal göstermek” şeklinde tanımlanan “maiyetinin gözetiminde ihmal göstermek” disiplinsizliğini oluşturacağını ifade etmek mümkündür.

SONUÇ

Kamu hizmetlerinin aksamadan yürütülmesi ve idarenin aldığı kararların ivedilikle uygulanabilmesi için kanunla düzenlenen idari yaptırımlar; yetki, amaç ve usul yönünden adli yaptırım türlerinden farklılaşmaktadır. Bununla birlikte ceza hukukunun temel ilkelerinin birçoğunun idari yaptırımlar için de geçerli olduğu söylenebilir. Kanunilik ilkesi başta olmak üzere ceza hukukunun temel ilkelerinin özellikle disiplin hukukunda uygulanması gerektiği yargı kararlarıyla da ifade edilmektedir.

Askeri suç ve disiplinsizlikleri, kanunilik ilkesiyle ve yargısal içtihatlarla uyumlu hale getirme çabasının bir ürünü olarak 2013 yılında yürürlüğe giren TSK Disiplin Kanunu, daha evvel askeri mevzuatta dağınık olarak düzenlenen disiplinsizlikleri askeri suçlardan ayırarak bir eylem hakkında aynı anda hem disiplin işlemi hem de cezai işlem yapılabilmesine imkân sağlamıştır. Ancak kanun, bir yandan disiplin işlemlerinin adli işlemlerden bağımsız olduğunu düzenlerken bir yandan da bazı disiplinsizlikler ile suçlar arasında kesin ayrımlar yaparak geçitli suç uygulamasını kısmen devam ettirmiştir. Ayrıca kanunilik ilkesine uyum çabasıyla oluşturulan kanun söz konusu ilkeyle bağdaşmayacak şekilde disiplin amirlerine bazı durumlarda kıyas yetkisi tanımıştır.

Kendi sistematiği içerisinde *non bis in idem* ilkesini ve fikri içtima kurallarını uygulayan kanun, kıyas yasağını ve dolayısıyla kanunilik ilkesini sıkı bir şekilde uygulamayı tercih etmemiştir. Nitekim kıyas yetkisiyle ve bazı tanım ve kapsamı muğlak maddeler vasıtasıyla kanunda düzenlenmeyen eylemler için disiplin cezası verilebilmesi mümkün hale getirilmiştir. Kanunun tanıdığı kıyas yetkisinin özellikle yargı denetimine kapalı disiplin cezalarında uygulanması, askeri personelin hukuki güvenliğini ağır şekilde ihlal eden keyfi uygulamalara sebep olabilmektedir.

Adli yaptırım ile idari yaptırım ayrımını askeri suç ve disiplinsizlikler açısından ele alan bu çalışma, adli işlem ile birlikte disiplin işlemi tesis edilemeyen bazı özel durumları örneklerle açıklayarak pratikte karşılaşılan sorun alanlarına ışık tutmaya çalışmıştır. Ayrıca kıyas yetkisinin bu çalışmada ortaya koyulan istisnaları, disiplin amirlerinin yetkilerinin kanuni ve içtihadi sınırlarını belirleme noktasında önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

- Adalet Bakanlığı, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 7 No.lu Protokol’ün 4. Maddesine İlişkin Rehber: Aynı Suçtan İki Kez Yargılanmama ve Cezalandırılmama Hakkı”, 2020, <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_Protocol_7_TUR.pdf>, Erişim Tarihi 30 Kasım 2021.
- Alkan M, “6413 Sayılı TSK Disiplin Kanununun Esasları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (117), 2015, s. 167-200.
- Artuk M E, “Türk Ceza Hukukunda Yaptırımlar Sistemi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, (4), 2007, s. 61-77.
- Aslan M Y, “İdari Yaptırımlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (85), 2009, s. 173-188.
- Değirmenci O, “Adil Yargılanma Hakkı Bakımından Disiplin Mahkemeleri (AİHS Madde 6)”, *Kara Harp Okulu Bilim Dergisi*, 20(1), 2010, s. 123-163.
- Değirmenci O, “Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu Kapsamında Disiplin Amirinin Kıyas Yetkisinin Sınırları”, *Ceza Hukuku Dergisi*, (29), 2015, s. 7-37.
- Demirağ F, *Türk Ceza Kanunu’nun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Ergutekin İ, “Askeri Ceza Kanununda Düzenlenen Fer’i Cezalar”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 7(27), 2016, s. 815-844.
- Gözler K / Kaplan G, *İdare Hukuku Dersleri*, 15. Baskı, Ekin Yayınevi, 2014.
- Günday M, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, 2011.
- Kangal Z, “Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, (17), 2011, s. 61-106.
- Karabulut M, “İdari Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Anayasa Mahkemesinin Kabahatler Kanunu Hakkındaki Kararı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, (3), 2006, s. 63-68.
- Kılınçarslan S, “Disiplin Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Kanunilik İlkesi Çerçevesinde Yargısal Denetimi”, *Fasikül Dergisi*, (62), 2015, s. 20-31.

- Kızılyar S, “Ceza Yaptırımı ile İdari Yaptırım Ayrımı”, *Yaşar Üniversitesi E-Dergisi*, 8(Özel), 2013, s. 1637-1667.
- Koç C, *TSK İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, TSK Disiplin Kanunu, Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat*, 22. Baskı, Sözkese Matbaası, 2015.
- Özbudak C, “İdari Yaptırımlar Bakımından Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 8(86), 2013, s. 92-95.
- Özen M, “Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14(1), 2010, s. 389-417.
- Sancakdar O, “Disiplin Yaptırımlarının Hukuki Niteliği Konusunda Başlıca Görüşler”, *Fasikül Dergisi*, (39), 2013, s. 7-12.
- Tüzün D, “Kabahatler Kanununun Genel Hükümleri ve İdari Yaptırımlar Üzerine Bazı Gözlemler”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1), 2020, s. 3315-3335.
- Yaman M, *Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015.
- Yıldırım T, “Türk Askeri Disiplin Hukukunun Güncel Sorunları ve Amirlerin Suçta Kıyas Yetkisine Farklı Bir Bakış”, *Ankara Barosu Dergisi*, (1), 2019, s. 47-88.
- Yıldız F, “İdari Yaptırımların Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 9(95), 2014, s. 87-94.

ÇEVİRİ>>

BOŞ

ALMANYA’DA CEZANIN BELİRLENMESİNDEKİ DURUM*

Profesör Dr. Tatjana Hörnle

Tercüme Eden:

H. Kaan CANAN**

Thomas Weigend, Almanya’da yaptırım uygulamalarının gelişimi ile birçok kez meşgul oldu. 2000’den 2013 yılına kadar olan dönemi kapsayan bir analizde durumu iyimser bir şekilde tasvir ediyor: Cezanın belirlenmesine dair uygulamamız liberal, rasyonel ve istikrarlı.¹

I. Giriş: Thomas Weigend’in Tezi: “No News is Good News”

Weigend makalesinin başlığında “No News is Good News” ifadesini kullanıyor. 21. Yüzyılın başındaki yıllar için şaşkıncu bir istikrarın mevcudiyetinden şüphe edilemez. Yine de endişe edilecek bir durum olmadığını ve ceza hukuku çalışmalarının başka sorunlara yönelmesi gerektiğini söylemek için henüz erken. *Johannes Kaspar*, yakın zamanda 72. Alman Hukukçular Forumu (DJT)² için hazırladığı raporunda önemli bir reform ihtiyacı olduğunu ortaya koydu.³

Weigend’in güven verici mesajı, sosyolojik bir makro perspektiften tasvir edilebilecek genel ceza düzeyine dayanıyor. Bu bağlamda, düşük ceza düzeyinin nasıl değerlendirilmesi gerektiği ve önümüzdeki yıllar için sürekli bir istikrarın beklenip beklenemeyeceği gibi sorular sorulmalıdır (aşağıda III.). *Kaspar*’ın ele aldığı sorun ise *uygulamacının bakış açısından*, yani ilk defa ceza

* Tatjana Hörnle, Zur Lage der Strafzumessung in Deutschland, Goltdammer’s Archiv für Strafrecht, 2019, s. 282-295.

** Doktora Öğrencisi, Münih Ludwig Maximilian Üniversitesi Hukuk Fakültesi/MÜNİH, e-posta: k.canan@campus.lmu.de, ORCID: 0000-0002-3311-4288.

¹ Weigend, in: Tonry (Hrsg.), Sentencing Policies and Practices in Western Countries: Comparative and Cross-National Perspectives (Crime and Justice Bd. 45), 2016, S. 83, 83f., 100ff.

² Kaspar, Sentencing Guidelines versus freies tatrichterliches Ermessen – Brauchen wie ein neues Strafzumessungsrecht? Gutachten C zum 72. Deutschen Juristentag, 2017.

³ Ebenso Verrel JZ 2018, 811 ff.; Kudlich/Koch NJW 2018, 2762 ff.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1116915

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 01/10/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 21/02/2022

belirleme kararlarını vermesi veya hakim meslektaşlarına öneride bulunması gereken, mesleğe yeni başlamış ceza hakimlerinin bakış açısından kendisini gösteriyor. Mesleğe yeni başlayan bu hakimler, Alman Ceza Kanunu’nun (StGB) yetersiz ve çok genel hükümlerinin, değerlendirme sürecini yeterince yapılandırmamış olması ve kıyası bir ağırlık değerlendirmesinden ceza miktarına varan belirleyici adıma nasıl yaklaşılacağına dair herhangi bir tavsiye vermiyor olması sorunu ile karşılaşmaktadırlar. *Kaspar*, StGB’nin 46. maddesinde ve yasal ceza aralıklarında bazı değişiklikleri savunuyor, ancak cezalandırma yönergelerine karşı çıkıyor. Bu konudaki son söz bu olmamalıydı. Karşılaştırmalı hukuka dayalı bir bakış gösteriyor ki, *ABD Federal Cezalandırma Yönergelerine (U.S Federal Sentencing Guidelines)* yönelik (çokça paylaşılan ve haklı) eleştiriler meseleyi ortadan kaldırmıyor, çünkü İngiliz Cezalandırma Yönergelerinde daha uygun bir model bulunabilir (bkz. II.3.).

II. İlk derece Mahkemeleri İçin Kılavuz Eksikliği

1. Cezanın Belirlenmesindeki Uyumsuzluklar

StGB’nin 46. maddesinin 2. fıkrasında listelenen cezanın belirlenmesine ilişkin faktörler, suçun ağırlığının değerlendirilebilmesi için işe yarar bir rehberlik sağlamaz. Yapılandırılmamış, sistemsiz ve suç öğretisine uygun olmayan⁴ bir sıralama, cezanın belirlenmesi sürecine kaba bir çerçeve vermeye dahi uygun değildir. Tıpkı özel kısımdaki ceza aralıklarının, cezanın belirlenmesini kolaylaştırmak ve ilgililer için somut ceza tayinini tahmin edilebilir kılmak bakımından pek az faydası olması gibi.⁵ Gerçek şu ki, mahkemeler mahkûmiyet kararını bir cezaya bağlama görevini yerine getirebilmek için başka yollar bulmak zorundalar. En yakın sezgisel çözüm de ilgili yargı bölgesinde alışlagelmiş olana uyum sağlamak.⁶

Yargı bölgelerinden veya federal eyaletlerden toplanan verileri değerlendiren istatistiksel çalışmalar, varsayılan varyansın yalnızca bir kısmını ortaya koyabilir. Alışlagelmiş olanı sorgulamak için iletişim alanı mahkemeler ve savcılıklardaki kendi dairesi ya da bölümü olduğu sürece, mahkemeler

⁴ Bkz. Suç öğretisi ve cezanın belirlenmesi arasında bağlantı kurmanın gerekliliği hakkında Frisch GA 2014, 489ff.; Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 195 ff.

⁵ Kaspar (Fn 2), C 107 ff.

⁶ H.-J. Albrecht, in: Kerner/Kury/Sessar (Hrsg.), Deutsche Forschungen zu Kriminalitätensentehung und Kriminalitätskontrolle, 1983, S. 1297, 1322 ff.; Radtke DRiZ 2018, 250, 251.

içinde ve ayrıca yargı bölgelerinde de önemli ölçüde dahili farklılıklar olabilir. Bu tür farklı değerlendirmelerin, genel tablonun başka bir yargı bölgesi ile karşılaştırıldığında artık gözle görülür herhangi bir farklılık göstermediği ölçüde birbirini dengelemesi mümkündür. Ancak verilerin karşılaştırılması, bölgesel olarak farklı ceza tercihlerinin de olduğunu göstermektedir. Bu, yakın zamanda *Volker Grundies* tarafından gösterildi: Daha büyük coğrafi modeller oluşturan yargı bölgeleri arasında açık farklılıklar bulunmaktadır.⁷

2. Uyumsuz Ceza Tayinlerinin Değerlendirilmesi

Bölgesel farklılıklar nasıl değerlendirilmeli? Şu iki soru arasında bir ayırım yapmalıyız: ilk olarak, sanıkların ceza hükmünü ortadan kaldırmak için Anayasa'nın 3. maddesine dayanarak sonuç elde edip edemeyecekleri; ikinci olarak da, bölgesel farklılıkları ortaya koyan istatistiksel verilerin ceza belirleme sisteminde değişiklik yapmak için hukuk politikasına dair bir argüman oluşturup oluşturmadığı.

Bireysel temel haklar düzeyinde, hükümlülerin, her açıdan özdeş olan bir davanın başka bir yargı bölgesinde daha hafif bir ceza ile sonuçlanabileceğinden bahisle eşitlik ilkesinin (Alman Anayasasının 3. maddesinin 1. fıkrası) ihlal edildiğini ileri sürselerdi başarı şansları olmazdı. Başka bir sanığın daha az cezalandırılmasına ilişkin anayasaya aykırılık itirazları sonuçsuz kaldı.⁸ *Alman Anayasa Mahkemesinin* bu konudaki çizgisi, ihtisas mahkemelerinin kararlarında sadece keyfi sapmalar olması durumunda müdahale edilmesi gerektiği yönündedir. Keyfi karar da alakasız değerlendirilmelere dayanıldığında söz konusu olur.⁹ Gerçi bu noktada, ceza belirlenmesi kararlarında “bölgesel gelenekler” faktörünün de alakasız mülahazalar olduğu öne sürülebilir (hemen aşağıda). Ancak sorun, karşılaştırılan cezalardan *hangisinin* asıl uygun olan cezadan (bölgesel farklılıklar *olmadan*) ayrıldığının açıkça kanıtlanamamasıdır. Aynı durum temyiz için de geçerlidir: *Alman Federal Mahkemesi (BGH)* de cezanın belirlenmesindeki karşılaştırmaya dayanan temyiz başvurularının temelsiz olarak görüldüğünü vurguluyor.¹⁰

⁷ Grundies, in: Neubacher/Bögelein (Hrsg.), Krise – Kriminalität – Kriminologie, 2016, S. 511, 517 ff. S. Für einen Überblick zur Forschung Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2012, Rn 482 ff.

⁸ BVerfG BeckRS 1998, 20980.

⁹ Bkz. örn. BVerfG, Beschluss v. 8.12.2006, 2 BvR 2226/06, Rn. 6; Beschluss v. 26.8.2014, 2 BvR 2172/13, Rn 15; Beschluss v. 1.6.2015, 2 BvR 67/15, Rn 17.

¹⁰ BGH NStZ 1991, 581; NJW 2011, 2597, 2598.

Yüksek mahkemelerin eşit olmayan ceza belirlemelerine dayanan temyizleri ve anayasaya aykırılık itirazlarını reddetmelerinin pratik nedenleri de olabilir. Aksi takdirde benzer davalardan oluşan bir sel ile karşılaşmak zorunda kalırlardı.

Bizim ceza hukuku perspektifimize göre asıl soru, “bölgesel eşitsizliklerin” tespitinin ceza belirleme hukukunda bir değişiklik önermek için neden oluşturup oluşturmadığıdır. Farklı ceza ölçümleri, yalnızca cezanın belirlenmesinde önem taşıyan şartların bölgeden bölgeye farklı olduğunu yansıtıyorsa, böyle bir imkan olmadığını gösterecektir.¹¹ Amaç şematik bir eşitlik değil, haksızlığa uygun olan cezaya ulaşmaktır. Bölgesel olarak ortaya çıkan daha yüksek cezalar, muhtemelen haksızlığı artıran ayrıntıların daha sık ortaya çıktığına da işaret ediyor, örneğin bazı yargı bölgelerinde profesyonel hareket eden faillerin daha fazla hasara yol açması, daha fazla silahın dolaşımında olması veya birden fazla sabıka kaydına sahip daha fazla fail olması gibi. Ancak *Grundies* tarafından tespit edilen bölgesel ceza ölçüm tercihlerindeki farklılıkların, tamamen veya en azından büyük ölçüde olayların ayrıntılarındaki ceza belirlenmesine ilişkin farklılıklardan kaynaklanacak şekilde yorumlanması pek makul olmayacaktır. İstatistiksel hesaplamada temel cezalandırma faktörleri (suçun şiddeti ve suç geçmişi) kontrol edildi.¹² Eldeki verilerle kesin olarak tespit edilemeyen diğer koşullar bazen farklılık gösterse bile, bu durum bariz bölgesel kalıpları açıklamak için yeterli olmayacaktır.

Olaylar arasında bariz farklar olmasa bile, bölgesel olarak cezanın farklı belirlenmesi, örneğin federal sisteme atıfta bulunularak kabul edilebilir olarak sınıflandırılmaktadır¹³ Fakat daha açık bir ayrım yapılması gerekecektir. Bölgesel farklılıkların iki olası açıklaması vardır: Ya kökleri tam olarak açıklanamayan ancak yerel gelenekler olarak devam eden *açık uzlaşmalar* söz konusudur ya da farklı bölgesel geleneklerin ardında yargı alanları arasında *aktüel, sosyolojik olarak açıklanabilir gerçek farklılıklar* vardır. Bu tür sosyolojik farklılıklar alakalı bölgeye ait halkın farklı cezalandırma gereksinimleri olarak tanımlanabiliyorsa, cezanın belirlenmesi için önemli

¹¹ 72. DJT’de, Başsavcı Fünfsinn, bölgesel farklılıkların “kendiliğinden yasadışı” olarak değerlendirilmemesi gerektiğini, çünkü yerel bağlamın cezaların belirlenmesiyle ilgili farklılıklar gösterebileceğini savundu (Başsavcı Prof. Dr. Helmut Fünfsinn’in tezleri in: *Thesen der Gutachter und Referaten* (Homepage des DJT), III. Nr. 4).

¹² *Grundies* (Fn 7), S. 515.

¹³ BGH Hakim Prof. Dr. Andreas Mosbacher’in sunumundaki tezler; *Thesen der Gutachter und Referenten* (DJT Anayasayfası), II. Nr. 14.

olabilir. Bu iki açıklamadan ilki (açık uzlaş) normatif bir bakış açısından bariz bir problem teşkil eder. Hukuk devletine dayalı bir ceza muhakemesi, ceza miktarının gerekçelendirilmesinde şeffaflık gerektirir.¹⁴ Hüküm giymiş bir kişiye ceza miktarının neden uygun olduğuna dair verilen bilgi, bu şartlar altında ancak „bizde böyle, neden böyle olduğunu biz de bilmiyoruz“ şeklinde olabilir. Bu da cezai bir yaptırım olan özgürlüğe müdahale için yeterli bir gerekçe olmayacaktır. İkinci olası gerekçelendirmeyi, yani yerel halkın farklı cezai gereksinimlerine atıfta bulunulmasını değerlendirmek daha zordur. Eğer Kaspar gibi cezanın amacı “hukuki barışı sağlamak” olarak kabul edilirse,¹⁵ hukuki barışın yeniden tesisi için gereksinimlerin bölgeden bölgeye farklılık gösterebileceği düşünülebilir. Ama bu durumda da, federal bölgede gerçekten de bölgesel olarak farklı cezalandırma gereksinimleri olduğuna dair ampirik olarak desteklenmiş kanıtlar sağlanması her halükarda gerekli olacaktır. Sadece cezanın ölçümüne dair farklılıklara atıfta bulunmak yeterli değildir. Böyle bir kanıtın elde edilebilmesi bana şüpheli görünüyor. Bölgesel cezalandırma alışkanlıklarının tasvir edildiği tabloya bakıldığında,¹⁶ bunun tamamen veya baskın olarak ilgili yargı bölgelerindeki sakinlerin farklı cezalandırma ihtiyaçlarıyla açıklanması pek olası değildir.

Bu nedenle, ceza belirleme hukuku için bir *optimizasyon gerekliliği* anayasal eşit muamele ilkesinden türetilir, bu durumda optimizasyon, cezayı bölgesel geleneklerden daha bağımsız hale getirme hedefini takip etmelidir.¹⁷ Hukuk kurallarını iyileştirmek için hukuk bilimi ve hukuk politikası gereklidir. Bunlar, yargıçları “deneyimli meslektaşlara sormanın” *De-facto* rehberliği ile yalnız bırakmak yerine, onlara mümkün olduğu kadar açık bir şekilde rehberlik etmelidir. *Kaspar*, “belirli bir eşitsizliğin”, “karmaşık yargısal değerlendirmenin kaçınılmaz sonucu” olduğuna dikkat çekiyor.¹⁸ Ceza belirleme hukukunun optimize edilmesinden sonra bile, her zaman küçük bir karar alanı kalacağı doğrudur. Ceza ölçümünün kesin olarak öngörülebilirliği ve *özdeş* kararlar, ancak ceza ölçümü çok az parametreye bağlı olsaydı beklenebilirdi. Bu tür bir aşırı basitleştirme, bazen eylemin haksızlığını etkileyen faktörlerin dikkate alınmadığı bir duruma yol açardı.

¹⁴ Aynı şekilde Kaspar (Fn 2), C 10.

¹⁵ Kaspar (Fn 2), C 104.

¹⁶ Grundies (Fn 7), S. 519.

¹⁷ Bkz. Streng, *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit*, 1984, S. 14 f.; Hörnle, in: Schumann (Hrsg.), *Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat*, 2010, S. 105, 121 ff.

¹⁸ Kaspar (Fn 2), C 89.

Ancak bu anlayış cezanın belirlenmesine ilişkin yasal parametreleri açıklığa kavuşturarak eşitliğin iyileştirilmesini engellemez.

3. Ceza Belirleme Kılavuzları

Yasal yönergeleri iyileştirme talebinden ne sonuç çıkıyor? Uygulanması nispeten kolay olan bir olasılık, Ceza Kanunu’nun 46. maddesinin temel bir revizyonu olabilir. 72. DJT’de oylayanlar ılımlı taleplerini sadece kısmen benimseseler de,¹⁹ *Kaspar* kongredeki raporunda bu yolu önerdi.²⁰ *Torsten Verrel*’in kongreden önce katılımcılara dilediği reform cesareti²¹ gerçekleşmedi. Gerek raporda gerekse sunumlarda cezalandırma yönergeleri konusunun yeterince ayrıntılı olarak ele alınmamış olması üzücüdür. Ceza Kanunu’nun 46. maddesinin değiştirilmesine ilişkin öneriler, cezanın belirlenmesi hususunda pek etkili olmayacaktır. Ancak, cezaları hafifletmek veya ağırlaştırmak için cezanın belirlenmesine ilişkin hangi kriterlerin dahil edilebileceğine dair az sayıda açıklama ile, ceza verme sürecinin gerçekten yapılandırılması hedefinden hala uzak kalmış olur.

DJT’deki oylamalar, güçlü *Status-quo* etkisinde oldukları için hukuk sosyolojisi perspektifinden bakıldığında ilginçtir. İnsanların tanıdık olana inatla tutunmasına neden olan *Status-quo* etkileri davranışsal ekonomiden iyi bilinir.²² Bunların özellikle hukukçular arasında ve cezalandırma konusunda belirgin olduğunu varsaymaya cesaret edebilirim. Hukukçular kongresinde ne uzman görüşleri ne de konuşmacılar, cezalandırma yönergelerinin olasılığını ciddi olarak ele aldı. Diğer iki konuşmacının aksine, bölgesel ceza ölçüm eşitsizliklerini çokça eleştiren Avukat *Ines Kilian* bile,²³ bundan hiçbir şekilde ceza yasasında değişiklik yapılmasının gerekli olduğu sonucuna varmadı. Konuşmacıların ifadeleri yalnızca cezalandırma yönergeleri hakkındaki yaygın olumsuz yargıları yansıtıyordu: “ceza hukukunun

¹⁹ Bkz. Ceza adaleti dairesi oylama sonuçları Nr. 8 ve 9 (Homepage des DJT).

²⁰ *Kaspar* (Fn 2), C.104ff.

²¹ *Verrel* JZ 2018, 811, 812, 815.

²² *Kahneman/Knetsch/Thaler* The Journal of Economic Perspectives 5 (1991), 193 ff.; *Samuelson/Zeckhauser*

Journal of Risk and Uncertainty 1 (1988), 7 ff.

²³ Bkz. yakında DJT (Hrsg.), *Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages Leipzig 2018*, Band II/1: *Sitzungsberichte — Referate und Beschlüsse* (henüz yayımlanmadı); Leipzig’teki sözlü sunuma dayanıyorum.

insanlıktan çıkarılması ve matematikleştirilmesi”²⁴; “bireysel dava adaletinin vahim düzeyde eşitlenmesi”²⁵; “görünüşte benzer vakaların şematik olarak cezalandırılması”²⁶.

Ne yazık ki, Alman sistemine farklı alternatifleri farklı bir şekilde ele alma fırsatı kaçırıldı. İncelemeyi yapan kişi, *cezalandırma yönergeleri* için yalnızca bir uygulama örneğine atıfta bulunduğundan, yani *ABD Federal Cezalandırma Yönergelerine*, tartışma da dar bir çizgide ilerlemiştir. Bununla birlikte, yalnızca iki seçeneğin olduğunu varsaymak yanlış olur: ya ceza kanunundaki bazı genelleştirilmiş referanslar ve geniş kanuni ceza aralıkları dışında ceza belirlenmesini önceden yapılandırmayan Alman hukuk sistemi ya da *ABD Cezalandırma Yönergelerinin* katı sistemi. Gerçekçi olarak, cezalandırma kılavuzlarına yönelik farklı modeller hakkında raporda daha uzun bir bölümün, bunların avantaj ve dezavantajlarıyla başa çıkma isteğini önemli ölçüde artırması beklenemez. Bu, Leipzig’deki müzakerelerin muhafazakâr seyrini engelleyemezdi. („muhafazakar“ siyasi koordinatlara değil, tecrübeli hukukçuların özelliği olan, aşına oldukları hukuk sisteminin temel yapılarındaki ısrara atıfta bulunur). Ancak hukuk bilimi ve mukayeseli hukuk perspektifinden bakıldığında odağı *ABD Federal Cezalandırma Yönergelerine* doğru daraltmanın yanlıtıcı olduğu vurgulanmalıdır.

Kaspar, Amerikan ceza sistemlerinin çeşitliliğinden sadece kısaca bahsediyor.²⁷ ABD’deki eyaletlerin yalnızca yarısında ceza yönergeleri var; diğer eyaletlerde yargıçlar, Alman sisteminde olduğu gibi, bazen geniş takdir yetkileriyle karar verirler.²⁸ ABD ceza hukuku uygulamasının gözlemcileri, (Amerikan hukuk literatüründe de belirgin olan) federal ceza hukuku ve ceza yargısına odaklanılmasından şikayet etmektedir, oysa bunlar mahkumiyet ve mahkumların sayısında yalnızca küçük bir rol oynamaktadır.²⁹ Eyaletlerin

²⁴ Avukat Dr. Ines Kilian’ın tezleri için: Thesen der Gutachter und Referenten (Homepage des DJT), I. 3.

²⁵ Fünfsinn (Fn 11), I. 3.

²⁶ Mosbacher (Fn 13), I. 3.

²⁷ Kaspar (Fn 2), C 77. DJT’deki tartışmaya haklı bir eleştiri Grosse-Wilde ZIS 2019, 130, 131ff.

²⁸ Bkz. ABD’de her iki ceza belirleme durumu için de halen kısmen çok geniş takdir yetkisi olduğuna dair Reitz, in: Petersilia/Reitz (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Sentencing and Corrections*, 2012, S. 270, 274 ff.

²⁹ Pfaff, *Locked in, The True Causes of Mass Incarceration and How to Achieve Real Reform*, 2017, S.13 ff.

pratikte çok daha önemli olan cezalandırma uygulamasına³⁰ (çoğu suç, tek tek ABD eyaletlerinin ceza kanunlarına göre değerlendirilir) daha az ilgi gösterilir. Daha yakından bir bakış, 51 sistem arasında önemli farklılıklar olduğunu ve genellikle sert cezalar olduğuna ilişkin genelleştirici yargının daha yakın bir inceleme gerektirdiğini gösterir.³¹

Ünlü *ABD Federal Cezalandırma Yönergelerine* odaklanıldığında bir dizi haklı eleştiri söz konusudur, örneğin: çocuk pornografisi³² gibi bazı suçlar için ağır asgari cezalar ve genel olarak yüksek ceza düzeyi.³³ Eğer hem ortalama ceza yüksekliği hem de toplam mahkum sayısı daha düşük olsaydı, örneğin Almanya’daki düzeyde ve kısmen aşırı yüksek asgari cezalar ve tekrarlanan suçlar («three strikes and you’re out») için ceza artırımı olmasaydı, eleştirel sesler korosunu yine de duyar mıydık, ilginç bir soru. ABD’de federal düzeyde cezalandırmaya yönelik süregelen eleştiriler, çoğunlukla bu sorun alanlarının tamamını içermektedir.³⁴ Kaspar’ın raporunda vurguladığı bir başka eleştiri noktası, ceza ölçümünün olaya özgü durumlara göre uyarlanması imkanının en baştan çok kuvvetli şekilde kısıtlanmasıydı. Bir tabloda verilen ve fiilin ağırlığı ve önceki mahkumiyet sayısı olmak üzere iki kategoriye göre belirlenen ceza sınırları bağlayıcı ve dardı. Ancak bu Supreme Court’un *U.S. v. Booker* kararından bu yana değişti.³⁵ *Federal Cezalandırma Yönergeleri* o zamandan beri yalnızca tavsiye niteliğinde olmuştur.

72. DJT’de *cezalandırma yönergelerinin* dezavantajları güçlü bir şekilde vurgulanırken, olası avantajlarından söz edilmedi. Farklı mahkemelerdeki ve bölgelerdeki hakimlerden (en azından aynı zamanda) oluşan bir *uzman komisyon* tarafından ceza belirleme kararlarının yapılandırılması için makul sebepler mevcuttur.³⁶ Bir ceza belirleme komisyonu kanun koyucudan ve

³⁰ Bkz. Washington’daki yönergeler için: Stith *Law & Contemporary Problems* 76 (2013), 105 gg., ve Minnesota: Reitz, in: Aschworth/Roberts (Hrsg.), *Sentencing Guidelines, Exploring the English Model*, 2013, S. 182 ff.

³¹ Pfaff (Fn 29), S. 14 ff.; Hörnle, in: Brown/Turner/Weisser, *The Oxford Handbook of Criminal Process* (im Druck), S. 887, 905.

³² Steiker *Law & Contemporary Problems* 76 (2013), 27 ff.

³³ Bkz. Örneğin: Travis u. a., *The Growth of Incarceration in the United States: Exploring Causes and Consequences*, 2004; Tonry, in: ders. (Hrsg.), *Crime and Justice. A Review of Research*, Bd. 44 (2015), S. 99 ff.

³⁴ Hofer *Univ. Of Toledo Law Review* 47 (2015/2016), 649 ff.

³⁵ 543 U.S. 220 (2005).

³⁶ Bkz. aynı yönde Kudlich/Koch *NJW* 2018, 2762, 2764: »Almanya’da da oldukça makul«; Streng *StV* 2018, 593, 600.

ceza hakiminden daha iyi kararlar verebilir. Meslektaş çevrelerine kapsamlı bir şekilde danışmalar dahi, yargıçlar bireysel olarak geniş genel bir bakıştan yoksundurlar. Kanun koyucunun çalışma koşulları en hafif tabirle elverişsizdir. Ceza hukukunda, kanun değişikliklerinin büyük bir zaman baskısı altında, kısmi bir şekilde ve daha geniş sistematik bağlamlara çok az dikkat edilerek yapıldığından sürekli olarak şikâyet edilir.³⁷ Bu, milletvekillerinin bireysel başarısızlıklarından değil, kolayca değiştirilemeyecek koşullardan kaynaklanmaktadır. Tüm büyük hukuk politikası projeleri üzerinde çeşitli faktörlerin olumsuz etkisi vardır: medya tarafından şekillendirilen siyasi sistemdeki konulara çok kısa dikkat süreleri; büyük projeler için nesnel olarak çok kısa olan yasama süreleri; ve kırılganlığı gelecekte artması muhtemel olan koalisyonlardaki sınırlı eylem seçenekleri. Bu açıdan, daha sonra Federal Adalet ve Tüketicinin Koruması Bakanlığı'nda arşivlenecek bir rapor hazırlamak amacıyla değil, kalıcı bir kurum olarak, uygulanabilir ilkeleri geliştirmek ve periyodik olarak revize etmek için iyileştirilmiş ceza belirleme kurallarının detaylarına ilişkin sorumluluğun bir komisyona devredilmesi üzerinde ciddi bir şekilde durulmalıdır. *Weigend* bunu daha 1988'de önerdi.³⁸ *Kaspar* tezlerinde tipik vaka kümelerinin ceza belirlemesi için ampirik bilgilerin toplanmasıyla sınırlı bir ceza belirleme komisyonu çağrısında bulundu.³⁹ *Verrel*'in tipik ceza ölçümleri hakkında daha iyi verilerin, kolluk kuvvetleri istatistiklerini düzelterek nispeten daha kolay elde edilebileceği önerisi, böyle bir komisyonun çalışması için bir başlangıç noktası olarak kesinlikle mantıklı olacaktır.⁴⁰ Bununla birlikte, ceza belirleme komisyonu yerleşik uygulamalar üzerinde de eleştirel bir şekilde düşünmelidir.

Maalesef, Almanya'da bir ceza belirleme komisyonunun faaliyetleri ve yönerge için ilginç bir modele çok az dikkat gösterilmekte: İngiliz modeli.⁴¹ DJT'nin bu modelle meşgul olması, yıllardır eleştirilen *ABD Federal Cezalandırma Yönergeleri* ile meşgul olmasından daha faydalı olurdu. *İngiltere ve Galler Ceza Belirleme Kurulu (Sentencing Council for England and Wales)*, esas olarak yargıçlardan oluşan bağımsız, daimî bir komisyondur.

³⁷ Ceza aralıklarına dair örn.: *Verrel JZ*, 2018, 811, 814; *Hettinger*, FS für *Streng*, 2017, S. 241,251.

³⁸ *Weigend*, FS 600-Jahr-Feier Universität zu Köln, 1988, S, 579, 601 f.

³⁹ *Kaspar* (Fn 2), C 120.

⁴⁰ *Verrel JZ* 2018, 811, 814.

⁴¹ Bkz. buna ve diğer modellere dair: *Giannoulis*, Studien zur Strafzumessung, 2014, S. 255; *Grosse-Wilde ZIS* 2019, 130,133 f.

Kurulun ana görevlerinden biri, mahkemelerin kararlarında dikkate alması gereken ceza belirleme kılavuzları oluşturmaktır. Kurulun oluşumuna, görevlerine ve hepsinden önemlisi, yönergelere, iyi tasarlanmış ve anlaşılır bir internet sitesinden erişilebilir.⁴² Komisyon, önceki İngiliz ceza belirleme komisyonlarının ve kılavuzlarının uzun yıllara dayanan deneyiminden etkilenmiştir.⁴³ Amaç, mahkemelere ilgili hususlarda adım adım rehberlik etmek ve böylece önemli ölçüde sistematik ve tutarlı karar vermeyi mümkün kılmaktır. İlk adım, öncelikle Alman terminolojisinde neticenin ve hareketin haksızlığı ile ilgili olan, suça özgü nesnel ve öznel koşullar listesini gözden geçirmektir. Bu temelde, bir somut olay birçok farklı ağırlık kategorilerinden birine atanabilir. Bu kategorilerin her birine bir başlangıç noktası olarak numaralandırılmış bir ceza miktarı ve aşağı ve yukarı sapan bir ceza aralığı belirlenmiştir. Bunu ağırlaştırıcı ve hafifletirici koşulların uzun bir listesi takip eder, bu koşulların varlığı başlangıç noktasından aşağı veya yukarı doğru sapmaya izin verir. Bu listenin nihai olmadığı kabul edilir ve bu basamakta koşulların yığılması söz konusu olursa ceza sınırlarını terk etmek mümkündür.

Burada İngiliz ceza belirleme yönergelerinin son ve ayrıntılı bir değerlendirmesini yapmak istemiyorum⁴⁴ – özellikle bazen yüksek olan başlangıç noktaları eleştirilebilir. Ancak *temel metodolojik yaklaşım* dikkate değer: Bir yandan ceza belirleme sürecini adım adım bir kılavuz ve bir başlangıç noktası ile yapılandırmak, diğer yandan olağan dışı durumlarda ceza aralıklarından sapsalara izin vermek. Yasal olarak büyük ölçüde düzenlenmemiş, bölgesel olarak oluşmuş tecrübeye dayalı Alman ısrarından daha rasyonel bir süreç söz konusu. Şeffaf bir ceza belirleme yolu, Alman ceza ölçümünün Black-Box karakterine tercih edilmelidir. Yapılandırılmış, adım adım ilerleyen karar süreçleri ceza kararında gerekçenin, ceza ölçüsünü fiilen belirleyen düşüncelere daha büyük ölçüde uymasını mümkün kılacaktır.⁴⁵

Ancak ikinci bakışta Alman modelinin avantajlarından söz edilebilir. Düzenlenmemiş ve şeffaf olmayan karar verme süreci tatmin edici olmasa da

⁴² <https://www.sentencingcouncil.org.uk/>.

⁴³ Bkz. İngiltere’de ceza yönergelerinin tarihi için: Ashworth, Sentencing and Criminal Justice, 6. Aufl. 2015, S. 23 ff.; Roberts/Ashworth, in: Tonty (Hrsg.), Crime and Justice. A Review of Research 45 (2016), S. 307 ff.

⁴⁴ Bkz. daha geniş bir açıklama için: Ashworth/Roberts (Hrsg.), Sentencing Guidelines. Exploring the English Model, 2013; Roberts Law & Contemporary Problems 76 (2013), 1 ff.

⁴⁵ Bkz. Gerekçelere ve yargısal yaptırım kararlarına ilişkin farklılıklara dair: R. Hassemer MSchrKrim 66 (1983), 26 ff.

cezaların genel düzeyine bakıldığında daha iyi sonuçlara ulaşıldığı için bu eksikliğin telafi edildiği söylenebilir. Bu noktada *Thomas Weigend*'in başta bahsedilen makalesiyle bir bağlantı kurulmalıdır.

III. Ceza Seviyesi

1. *Status quo*

Weigend'a göre, Alman ceza yargısı çekingenlik ve sağduyu ile karakterizedir.⁴⁶ Bu çekingenlik açıkça gösterilebilir. Bir hukuk sisteminin cezalandırıcılığına ya da cezaların ağırlığına ilişkin göstergeler, mahkumların sayısı (100.000 kişiye düşen mahkûm sayısı), özgürlüğü kısıtlayıcı ve kısıtlayıcı olmayan cezaların nispi oranı ve hapis cezalarının uzunluğudur. Ülkeler arası karşılaştırmalarda cezalandırma seviyelerindeki farklılıkları mahkûm sayısını kullanarak tanımlamak yaygındır.⁴⁷ 2016 yılı Avrupa konseyi ülkelerine ilişkin veriler, Almanya için ortalamanın oldukça altında olan nispeten düşük değerler göstermektedir⁴⁸ (ancak daha ayrıntılı bir analiz, Almanya içinde önemli farklılıklar göstermektedir)⁴⁹. 2017 yılı için Alman ceza istatistiklerine bakıldığında, *Weigend*'in atıfta bulunduğu 2013 verilerinden önemli bir sapma görülmemektedir. Tüm mahkumiyetlerin %81'inde hala para cezası tercih ediliyor⁵⁰, ertelenmemiş hapis cezaları tüm mahkumiyetlerin sadece %6,3'ünü oluşturuyor,⁵¹ ve çok nadiren müebbet hapis cezası uygulanıyor (91 dava).⁵² *Weigend*, daha eski bir makalesinde (2001 yılından) gelecek için karamsar bir tahminde bulunmuştu ve ayrıca Almanya için cezalandırmanın artması

⁴⁶ Weigend (Fn 1), S. 100.

⁴⁷ Bkz. örn.: Tonry, in: Tonry/ Frase (Hrsg.), *Sentencing and Sanctions in Western Countries*, 2001, S. 3, 8 ff.; Dünkel/Geng/Harrendorf *Bewährungshilfe* 63 (2016), 178 ff.

⁴⁸ Council of Europe Annual Penal Statistics (<http://wp.unil.ch/space/>), Space 1-2016 , S. 37, 100.000 nüfusa düşen mahkum sayısı, Almanya: 78,4; Fransa: 102,6; Büyük Britanya: 146,1; Türkiye: 244,6; Ortalama: 127,2, medyan: 117,1. İskandinav ülkelerinde ve Hollanda'da mahkum sayısının daha düşük olduğunu bildiriyor: İzlanda: 37,3; Finlandiya 56,7; İsveç: 58,5; Danimarka: 59,7, Norveç: 73,9; Hollanda: 51,4 (Hollanda'daki önemli dalgalanmalar için bkz. Dünkel/Geng/Harrendorf *Bewährungshilfe* 63 (2016), 178, 181 f..

⁴⁹ Dünkel/Geng/Harrendorf *Bewährungshilfe* 63 (2016), 178, 179, 189 ff.

⁵⁰ Statistisches Bundesamt, *Strafverfolgung*, Fachserie 10 Reihe 3, 2017, S. 92: 406.676 von 501.765 Verurteilungen (alle Straftaten ohne Straftaten im Straßenverkehr).

⁵¹ Statistisches Bundesamt (Fn 50): 96.087 Freiheitsstrafen, davon 64.582 mit Bewährung, 31.305 ohne Bewährung.

⁵² Statistisches Bundesamt (Fn 50); S. 161. Wegen Mordes verurteilt wurden 113 Personen, S. 168.

yönünde bir eğilim ve cezalarda gözle görülür bir artış öngörmüştü.⁵³ Şimdi, o zamanki değerlendirmesinin gerçekleşmediği için rahatladığını ifade ediyor.

Düşük düzeyde cezalandırmanın süren istikrarı sosyolojik perspektiften de ilginç, çünkü bu *Franz Streng*'in hukuk öğrencilerinin cezalandırmaya yönelik tutumları üzerine yaptığı uzun vadeli anketlerinde de görülebilir. *Streng*, cezalandırıcı tutumların yıllar içinde arttığını belirtiyor.⁵⁴ Bundan hareketle, bu değişimin ceza mahkemelerinin uygulamasında yavaş yavaş kendini göstermeye başlaması şaşırtıcı olmazdı. Bu yüzden, ceza belirlenmesi uygulamasındaki istikrar kurumların standartlaştırıcı etkisinin bir göstergesi olarak da değerlendirilebilir. Gençler, uzun hukuk eğitimi sırasında kendi fikirlerini törpülemeye hazır durumdadırlar. (Özellikle yeterince kesin yönergelere sahip olmadıkları için meslektaşlarının talimatlarına güvenmek zorunda kaldıklarında).⁵⁵ Karşılaştırmalı hukuk perspektifinden bakıldığında, örneğin Almanya ve ABD'yi karşılaştırırken görülebilen yaptırımların şiddetindeki farklılıklar,⁵⁶ ceza yargısının farklı örgütlenmesi veya yargıçların mahkeme teşkilatı içinde kendi konumlarını kavrayışları ile de açıklanabilir.⁵⁷ Hakimler seçilir ve bireysel kişilikler olarak algılanırsa, uyum sağlama baskısı daha azdır ve seçmenlerin görüşlerini dahil etmek Alman ceza yargı sistemine göre daha kolaydır. Alman yargısı, tek tipleştirilen ve bireysellikten arındıran bürokratik bir güç⁵⁸ olarak tanımlanabilir.

2. Değerlendirme

Weigend, Alman ceza ölçümü uygulamasının istikrarını ve diğer Avrupa ülkelerine kıyasla düşük ceza seviyemizi takdir ediyor.⁵⁹ Bu ilk bakışta makul duruyor, çünkü hapis cezalarının temkinli kullanılması için birçok bariz ve önemli neden var: İnsanların acısını en aza indirmek, cezaevinde kalmanın potansiyel olarak daha fazla istikrarsızlaştırıcı etkisi ve kamu kaynaklarının

⁵³ Weigend, in: Tonry/Frase (Fn 47), S. 188, 209 ff.

⁵⁴ Streng, *Kriminalitätswahrnehmung und Punitivität im Wandel*, 2014, S.72 ff.

⁵⁵ Profesyonel sosyalleşmenin önemine dair ayrıca: Albrecht (Fn 6), S. 1323 f.; ders., FS für Streng, S. 185,198.

⁵⁶ ABD mahkum oranı: 2016'da 450 (Bureau of Justice Statistics, Prisoners in 2016, <https://www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=6187>); Almanya: 78,4, yukarıda Fn 48.

⁵⁷ Hörnle (Fn 31), S. 907.

⁵⁸ Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl. (Studienausgabe) 1980, S. 551 ff.

⁵⁹ Aynı şekilde Albrecht, FS für Streng, S:185, 192 f.:»Kararlılık ve tutarlılık, cezalandırıcı etkilerin efektif bir şekilde sınırlandırılması«.

korunması.⁶⁰ Bu nedenle, Alman mahkemelerinin temkinli ve istikrarlı uygulamaları oldukça anlaşılabilir. *Antje du Bois-Pedain* Alman ceza belirleme uygulamasını normatif düzeyde ceza ölçümünde yargıç takdirine başvuruyu savunmak için kullanıyor.⁶¹

Bununla birlikte, Black-Box stratejisine sahip Alman sistemi övüldüğünde, belirli bir derece memnuniyetsizlik söz konusu oluyor, özellikle ceza yönergelerinin insan onuru gibi yüksek değerlerden yola çıkarak kategorik şekilde reddedilmesi durumunda. *Mosbacher*, 72.DJT'deki tezlerinde, insan onuru ilkesinin failin kişiliğinin yeterince dikkate alınmasını gerektirdiğini ve “sıkça işlenen basit suçlar hariç” “hemen hemen her olayın” ceza yönergelerinde ortaya konamayacak hususiyetleri olduğunu savundu.⁶² İstisna durumunun da açıklanması gerekiyor: Kusur ilkesinden insan onurunun bir neticesi olarak ceza ölçümünün kapsamlı şekilde bireyselleştirilmesi gerekliliği çıkarılıyorsa, bunun neden basit suçlara uygulanmaması gerektiği belirsizliğini koruyor. Failerin saikleri, yaşam koşulları ve kişilikleri, diğer suçlarda olduğu gibi basit hırsızlık ve biletsiz kaçak yolculuk durumlarında da muhtemelen heterojen olacaktır. Aynı zamanda, jürili ceza hakimliğinin (Schöffengericht) hem de eyalet mahkemesi (Landgericht) hakimlerin düzenli olarak ayrıntılı kişilik profilleri oluşturduğu ve kişiselleştirilmiş cezalar uyguladığı fikri, yalnızca zaman gereksinimi çok yüksek olacağından gerçekçi değildir.⁶³ İlkelerin ve değerlerin törensel tasdiki ile Alman ceza uygulamasının istikrarı ve göreceli yumuşaklığı için en makul açıklamanın fiili olarak sistemin uyusukluğunda⁶⁴ ve şeffaflık eksikliğinde bulunması arasında belirli bir boşluk var.

Ayrıca, görece ılımlı bir ceza belirleme uygulamasının istikrarı, yalnızca ilk bakışta bir takdir sebebi olabilir. Normatif yeterliliğe ilişkin nihai bir yargı, bir dizi başka faktörün kapsamlı şekilde incelenmesini gerektirir. Her şeyden evvel, suçların sıklığı, özellikle suçun ağırlığına göre göreceli dağılımı kayıt

⁶⁰ 2014/2015'te bir günlük gözaltı ortalama 129,4 Euro'ya mal oldu, bkz. Prisons in Europe 2005 -2015, Germany Country Profile, <http://wp.unil.ch/space/files/2018/12/Germany.pdf>, S. 1.

⁶¹ Du Bois-Pedain Criminal Law Forum 28 (2017), 391,423 ff.

⁶² Mosbacher (Fn 13), S. 28.

⁶³ Weigend, FS 600-Jahr-Feier Universität zu Köln, S. 579, 599; Kunz, in: Kielwein (Hrsg.), Entwicklungslinien der Kriminologie, 1985, s. 29, 33 ff.; bkz. ağır suçlarda dahi cezayı belirlemek için çok az faktör kullanıldığına dair, H.-J. Albrecht, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität, 1994.

⁶⁴ Weigend da bu şüpheyi dile getiriyor (Fn 1), S. 104.

altına alınmalı ve verilen cezalar ile ilişkilendirilmelidir. Fakat bu, mümkün olanın çok ötesine geçen ve metodolojik zorluklar barındıran karmaşık kriminolojik araştırmalar gerektirecektir. Bu nedenle düşüncelerimi diğer iki faktörle sınırlandırıyorum: birincisi, halkın tutumu; ikincisi, farklı ceza türleri arasında bir seçim yapıldığında etkilenen hükümlülerin sosyal durumu.

Toplumda ceza belirleme pratiğine karşı eleştirel bir tutumun işaretleri var. Allensbach Demoskopi Enstitüsü tarafından 2018 yılında yürütülen ve yayınlanan bir anket memnuniyetsizliğe işaret ediyor: Ankete katılanların %71’i devletin suçlar için daha sıkı önlemler alması gerektiğini belirtiyor.⁶⁵ Bu tip anket sonuçları tekrarlanabilirse,⁶⁶ bulgu şaşırtıcı olur. Toplumdaki cezalandırma ihtiyacına ilişkin diğer araştırmalar da, ağır cezaların gerekliliğine ilişkin ifadelerin, yüksek cezaların zararlı etkilerine ilişkin ifadelerden daha fazla onay aldığını göstermektedir.⁶⁷ *Kaspar*’ın DJT’deki raporunda ifade ettiği, toplumun ceza gereksinimlerine ilişkin ampirik araştırmaların muhtemelen cezaları hafifletmek için kullanılabileceği umudunun⁶⁸ aldatıcı olduğu kanıtlanabilir. Cezalandırma ihtiyacına daha fazla dikkat edilmesi ve sistematik ampirik çalışmalara daha açık olunması, daha sert cezalara yöneltebilir. Cezanın belirlenmesi aşamasında dışarıdan bir Black-Box olarak algılanan ve şeffaf olmayan karar verme sürecinin uygulamayı kamuoyu eleştirilerinden yalıtma işlevi görmesi muhtemeldir.

Normatif bir bakış açısından esas soru, bu tür anket sonuçlarının dikkate alınması gerekip gerekmediğidir. Beklenen tepki, cehalet ve tekdüze düşüncenin bir işareti olarak ve dolayısıyla alakasız olarak yorumlanması ve olası normatif önemine dair düşüncelerin basitçe “popülist” olarak etiketlenmesidir. Ancak bu sorundan kaçınmak o kadar da kolay değil. Bu, “pozitif genel önleme” olarak ifade edilen teorinin ceza yargısının tek

⁶⁵ Köcher, Sehnsucht nach starker Führung, Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 164 v. 18.7.2018

⁶⁶ Ankette spesifik soru şu biçimde, telkin edici şekilde sorulsaydı bir etkisi olabilirdi:»Bazen devletin belli alanlarda daha fazla yetkiyle hareket etmesi gerektiği, daha sıkı önlemler alınması gerektiği fikrini duyabilirsiniz. Ne düşünüyorsunuz: Devletin hangi alanlarda daha sert, hangi alanlarda daha az sert adımlar atması gerekir ve hangi alanlarda değişikliğe gerek görmüyorsunuz?»«(Dokumentation https://www.ifd-all-ensbach.de/uploads/tx_reports-docs/FAZ_Juli2018_Fu_hrung.pdf). İlk cümle olmadan, muhtemelen daha az sayıda katılımcı devletin zayıflığından memnuniyetsizliğini ifade ederdi.

⁶⁷ Bliesener/Fleischer, FS für Streng, S. 201,205 f.

⁶⁸ Kaspar (Fn 2), C 113,C 120.

dayanağı olarak sınıflandırılmadığı zaman da geçerlidir.⁶⁹ Cezaları her zaman toplumdaki yaygın adalet sezgileriyle ilişkilendirmek gerektiği iddiasına da uymak gerekmez.⁷⁰ Yine de “ileri güven kaybı” olarak tanımlanabilecek *kritik bir negatif sınır* olduğunu ve devlet egemenliğinin çok görünür bir alanında böyle bir güven kaybının ceza belirleme pratikleri hakkında düşüncelere yok açacak olumsuz bir gelişme olduğunu söylemek yeterlidir.⁷¹

Yukarıdaki düşünceler toplumun tutumuyla, yani *sosyo-psikolojik* faktörlerle ilgilidir. Buna ek olarak, para cezalarını ve ertelenmiş hapis cezalarını güçlü şekilde tercih eden Alman ceza uygulamasının, kendileri istikrarlı olmayan, *nesnel olarak tanımlanabilir sosyal koşullara* ne ölçüde dayandığı sorusu mevcuttur. Weigend mevcut yasal durumu (özellikle § 47 StGB – sadece istisnai durumlarda kısa süreli hapis cezası; §§ 56ff – şartlı tahliye) yaratmış olan 1969’daki cezanın belirlenmesine dair reformun temelini, rehabilitasyon konusundaki iyimserlik olarak tasvir ediyor.⁷² 1960’ların bu iyimserliği, öncelikle fikir tarihi bakımından, belki de topluma yeniden kazandırmanın o zamanlar (hala) baskın eğilim olduğu ABD’den moda fikirlerin benimsenmesiyle açıklanabilir.⁷³ Ancak Almanya’da hafif, hapis dışı ceza türlerinin öne çıkması,⁷⁴ muhtemelen 1970’lerde ve 1980’lerde Alman toplumundaki genel sosyal koşullar tarafından da desteklendi. Cezalandırmadaki artış sosyal değişim durumlarıyla ilişkilidir.⁷⁵ Nispeten büyük sosyal ve etnik eşitliğe sahip toplumlar, iyimserliğe ve suçlular için belirli bir düzeyde empati de taşıyan sağlam bir dayanışma gerektiren yargılara daha fazla alan bırakır. Parçalanmış toplumlarda düşük cezaların daha az anlayışla karşılanması beklenir.

Normatif düzeyde, *yaptırımların türünün* ya da daha doğrusu *sıklık dağılımının* toplumsal değişimler açısından uygun olup olmadığı dikkate alınmalıdır. Herhangi bir yaptırım sistemi için ön koşul, mahkemelerin

⁶⁹ Hörnle, *Straftheorien*, 2. Aufl. 2017, S. 27 ff.

⁷⁰ Bkz. Robinson, *Intuitions of Justice and the Utility of Desert*, 2013, S.141 ff.

⁷¹ Zu »Disutility of Injustice« Robinson (PFn 70), S. 176 ff. Bkz. Yargıya genel güvenin önemi hakkında ayrıca Streng (Fn 17), S. 16 ff.

⁷² Weigend, in: Tonry/Frase (Fn 47), S.192 f.

⁷³ Bkz. Hakim ceza belirleme modeli olarak rehabilitasyon düşüncesinin yükselişi ve düşüşü için: Weigend *ZStW* 94 (1982), 801, 805 ff.: Allen, *The Decline of the Rehabilitative Ideal: Penal Policy and Social Purpose*, 1981.

⁷⁴ Weigend’in tasviri, in: Tonry/Frase (Fn47), S. 194 ff.

⁷⁵ Streng (Fn 54), S. 78.

yaptırım olarak uyguladıkları şeyin aynı zamanda mahkûm ve toplum tarafından dezavantajlı bir şey olarak sınıflandırılmasıdır. Bu noktada farklı suç teorilerinin ayrıntılarına girmeye gerek yok.⁷⁶ Herhangi bir olumsuz sonuç yoksa veya hükümlü, resmi olarak emredilen yasal sonuçtan kaçabileceğinden emin olabilirse, ceza yoluyla önleyici veya önemli etkiler beklenemez.⁷⁷ Para cezaları için bu, gelirin mevcut ve kısmen el konulabilir olması ve para cezası ödenmediği takdirde para cezası yerine geçen hapis cezasının infazının ciddi bir olasılık olmasıdır. Bunlar kendiliğinden ortaya çıkan koşullar değil. Toplumsal köklerden kopmuş olmak ve yüksek kişisel hareketlilik para cezası verilmesini ve gelecekte ikame hapis cezası tehdidini anlamsız hale getirebilir. Bazı durumlarda ertelenmiş hapis cezalarının ceza olarak uygun olmaması daha olası. Bu tür bir yaptırım hükümlülerin denetimli serbestliğinin iptali olasılığını öngördüğü ve bunu olumsuz değerlendirdiği varsayımına dayanmaktadır. (Ancak o zaman hükümlü için, §56 StGB’nin formüle ettiği gibi, mahkûmiyet bir uyarı işlevi görür). Bu varsayımlar açısından zengin bir kabuldür: Her şeyden önce, nispeten geleceğe uzanan bir zaman perspektifi gerekir (kısa vadeli yerine uzun vadeli düşünmek)⁷⁸, ceza ertelemesi, yalnızca minimum düzeyde bir ertelenme isteği varsayılabilir ve beklenen özgürlükten yoksun bırakma, utanç veya endişe gibi olumsuz duyguları tetiklerse, olumsuz olarak değerlendirilen bir durum olarak işlev görür. Bu önkoşullar demeti eksikse, ceza hükmünün beraat ile eş tutulduğu ve yargılamanın sonucu bütün olarak olumlu olarak görüldüğü açıktır.

Almanya’daki tüm cezaların neredeyse %94’ünün para cezaları ve ertelenmiş cezalar olmasını mümkün kılan iyimser algı, geçmiş yıllarda da muhtemelen biraz fazla iyimserdi. Suçluların sosyal olarak entegre olamamış, belli bir ikametgahı olmayan kişiler olması veya ceza ertelemesini beraat gibi değerlendirmesi nadir görülen bir durum değildir, entegre olmuş kaybedecek çok şeyi olan ve uzun vadeli yaşam beklentileri olan kişiler için suçluluk riski en baştan daha düşüktür. Para cezaları ve ertelenmiş hapis cezaları tercihinin arkasındaki normatif model açık bir şekilde sosyal sapmaları tolere ediyor. Tek soru, sosyal temel koşullar şiddetlenirse bunun ne ölçüde geçerli olduğu. Birkaç yıl önce *Richard Frase*, Alman mahkemelerinin tutuklamadan kaçınmaya

⁷⁶ Hörnle (Fn 69); dies., in: Hilgendorf (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, 2018, S. 507 ff.

⁷⁷ Bu, münferit vakalarda sanığın ya da zanlının ceza yargılamasındaki iletişimden ve sürece katılanların anlayışlı tepkilerinden etkilenebileceği ve hatta belki olumlu etkilenebileceği ihtimalini dışlamaz - ancak bu genelleştirilemez. .

⁷⁸ Bkz. Elffers, in: Bernasco/van Gelder/Elffers (Hrsg.), The Oxford Handbook of Offender Decision Making, 2017, S. 52, 58 f.

neden ABD mahkemelerinden daha istekli olduğunu değerlendirdi. Muhtaçlar için güçlü Alman devlet desteği geleneklerine, çok fazla etnik homojenliğe ve yüksek düzeyde sosyal entegrasyona işaret etti. Bununla birlikte, o zaman bile, Almanya’da sosyal olarak entegre olmayan ve hareketli insanların sayısının da arttığını ve çeşitliliğin boyutunun ABD’dekine yaklaştığını kaydetti.⁷⁹ Sosyal parçalanma o zamandan beri, özellikle göç nedeniyle daha da arttı. Gelecekte tüm mahkûmiyetlerin neredeyse %94’ünün para cezası veya ertelenmiş cezalara bağlanıp bağlanamayacağı, suç işleyenlerin kaçının köklerinden koparıldığına ve kaybedecek hiçbir şeyi olup olmadığına bağlı olacaktır.

IV. Son Söz

Weigend, Cassandra kehanetlerinin yanılabilirliğini açıkça belirtti.⁸⁰ Geleceğe yönelik oldukça karamsar bir senaryo ile bitirdiğim için lütfen beni bağışlayın. Alman ceza uygulamasının iyi yalıtılmış, istikrarlı Black-Box’ı gelecekte hem içeriden hem de dışarıdan baskı altına girebilir. Bir yandan, cezanın düzeyi konusunda halk arasında memnuniyetsizlik belirtileri var. Öte yandan, ceza mahkemeleri de orta vadede para cezası ve ertelenmiş hapis cezalarının şartlarını cömertçe onaylamaya daha az meyilli hale gelebilir. İyi niyetle bakıldığında, ceza belirlenmesinin mevcut durumu iyi bir uzlaşma çözümü olarak tanımlanabilir: bir yandan bölgeden bölgeye değişen, az yapılandırılmış ve şeffaf olmayan ceza kararları, öte yandan nispeten hafif cezalara ayarlı bir uygulama. İkisi arasında *Thomas Weigend*’in ironik olarak tanımladığı bir bağlantı var.⁸¹ Bürokratik olarak örgütlenmiş bir yargı sistemi içinde, cezalandırma için yeterli yasal yönergelerin olmaması, uygulamaların nakledilmesi gerektiği ve bu istikrarlı sistemin, sistem dışındaki değişikliklere direkt tepki vermediği anlamına gelir. Bu nedenle *Weigend*, 2001 yılında cezalandırma alanında girişimcilikten kaçınmayı tavsiye etti.⁸² Bununla birlikte, sosyal değişikliklerin belirli bir gecikmeyle ceza belirleme uygulamasını etkileyeceğinden korkulacaksa, bir ceza belirleme komisyonunda daha sistematik bir şekilde düşünmek (ayrıca para cezası ile hapis arasındaki alan için yeni yaptırım türleri hakkında) ve iyi hazırlanmış ceza belirleme yönergeleri esas itibarıyla bana daha iyi bir çözüm gibi görünüyor.

⁷⁹ Frase, Sentencing in Germany and the United States: Comparing Äpfel with Apples (<https://www.mpicc.de/shared/data/pdf/frase-endausdruck.pdf>), S. 41 ff.

⁸⁰ Weigend (Fn 1); S. 101.

⁸¹ Weigend, in: Tonry/Frase (Fn 47), S. 212.

⁸² Weigend, in: Tonry/Frase (Fn 47), S. 212.

**KRİZ ZAMANINDA İDARE HUKUKU:
COVID-19'A ULUSAL MÜDAHALELERİN KARŞILAŞTIRILMASI***
Cary COGLIANESE & Neysun A. MAHBBOUBI*****

Tercüme Edenler:

Rıdvan AKIN****

Emre SOYER*****

ÖZET

2020'nin başından itibaren, dünyanın dört bir yanındaki ülkeler, COVID-19 virüsünün hızla yayılan tehditleriyle sırasıyla ve ardından birlikte karşı karşıya kaldı. Bu küresel pandeminin ortak deneyimi, bilim adamlarına ve politika yapıcılara, ülkelerin yönetim yapılarındaki ve idari müdahalelerdeki farklılıkların, pandeminin yarattığı çeşitli krizleri yönetme yeteneklerini nasıl etkilediğini görmeleri için karşılaştırmalı bir bakış sağlıyor. Bu makale, dünya çapında önde gelen idare hukuku uzmanları tarafından yazılan Administrative Law Review'daki özel bir dizi makaleyi tanıtmaktadır. Vaka çalışmaları Çin, Şili, Almanya, İtalya, Yeni Zelanda, Güney Afrika ve Amerika Birleşik Devletleri'nin yanı sıra Dünya Sağlık Örgütü'ne odaklanmaktadır. Pandemi ve sonuçları halihazırda sorun olmaya devam etse de, bu konu ülkelerin ortak bir şekilde karşılaştığı düzenlemeler alanındaki zorlukları aydınlatmayı, yaklaşımları karşılaştırmayı ve yetki sınırları arasında aktarılacak dersleri çıkarmayı amaçlamaktadır. Bu özel sayıdaki makalelerden en az dört temel ders çıkar. Birincisi, küresel bir salgının etkili bir ulusal ve yerel yönetim gerektirdiği açıktır. İkincisi, düzenlemeler hızlı yayılan kamu sağlığı tehditleri karşısında uyarlanabilir ve esnek olmalıdır. Üçüncüsü, acil durum yürütme yetkileri sınırlı olmalı ve denetime ve sınırlandırmaya tabi olmalıdır. Son olarak, idare hukuku, ülkelerin kamu sağlığı acil durumlarına etkili müdahale oluşturma becerisini etkileyebilse de, sorumlu kamu liderliği şüphesiz her şeyden önemlidir. Bu dört ders, kanun koyucuların ve politika

* Çeviri için izin veren Sayın Prof. Dr. Cary Coglianesi ve Neysun A. Mahboubi'ye teşekkürlerimizi borç biliriz. (Makalenin yayımlandığı yer: Coglianesi, Cary and Mahboubi, Neysun A., "Administrative Law in a Time of Crisis: Comparing National Responses to COVID-19", Administrative Law Review, Vol. 73, p. 1, (2021) pp.1-18)

** Pennsylvania Üniversitesi Edward B. Shils Hukuk ve Siyaset Bilimi Profesörü,

ORCID: 0000-0002-5496-2104

*** Araştırmacı, Pennsylvania Üniversitesi, Çağdaş Çin Araştırmaları Merkezi.

**** **Arş. Gör.**, Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı / İSTANBUL, **e-posta:** rakin@fsm.edu.tr, **ORCID:** 0000-0001-8061-4085.

***** **Arş. Gör.**, Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi İdare Hukuku Anabilim Dalı / İSTANBUL, **e-posta:** esoyer@fsm.edu.tr, **ORCID:** 0000-0002-4718-0278.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1116926

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 15/01/2022

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 29/03/2022

danışmanlarının viral salgınlara ve diğer kamu sağlığı tehditlerine müdahale etmek için daha çevik ve etkili düzenleyici yaklaşımlar hazırlama çabalarına rehberlik edebilir. Mevcut küresel pandemi sonunda gerilese bile, Administrative Law Review'un COVID-19 krizine verilen ulusal yanıtlara ilişkin özel sayısı, uluslararası kamu sağlığı kurumlarını ve dünya çapında düzenleyici işbirliğini güçlendirmeye yönelik bir fikir ve yenilenen ivme için bir temel sağlayabilir.

Anahtar Kelimeler: *Kamu sağlığı yönetimi, yeni koronavirüs, COVID-19, SARS-COV-2 virüsü, karşılaştırmalı idare hukuku, bulaşıcı hastalık salgını, acil durum yetkileri, yönetim, liderlik, esneklik, uyum, küresel sağlık*

ABSTRACT

Beginning in early 2020, countries around the world successively and then together faced the same rapidly emerging threats from the COVID-19 virus. The shared experience of this global pandemic affords scholars and policymakers a comparative lens through which to view how differences in countries' governance structures and administrative responses affected their ability to manage the various crisis posed by the pandemic. This article introduces a special series of essays in the Administrative Law Review written by leading administrative law experts across the globe. Case studies focus on China, Chile, Germany, Italy, New Zealand, South Africa, and the United States, as well as the World Health Organization. Although the pandemic and its consequences remain ongoing problems, this issue seeks to elucidate the regulatory challenges that countries have faced in common, and to compare approaches and distill lessons that might be transferrable across jurisdictions. From the essays in this special issue emerge at least four key lessons. First, it is clear that a global pandemic demands effective national and local governance. Second, regulations must be adaptable and responsive in the face of fast-moving public health threats. Third, emergency executive powers must be limited and subject to oversight and sunset. Finally, as much as administrative law can affect countries' ability to craft effective responses to public health emergencies, responsible public leadership undoubtedly matters most of all. These four lessons can help guide efforts by lawmakers and policy advisors to prepare more nimble and effective regulatory approaches to respond to viral outbreaks and other public health threats. Even when the current global pandemic eventually recedes, the Administrative Law Review's special issue on national responses to the COVID-19 crisis can provide a basis for reflection and renewed momentum toward strengthening international public health institutions and regulatory cooperation around the world.

Keywords: *Public health administration, novel coronavirus, COVID-19, SARS-COV-2 virus, comparative administrative law, infectious disease pandemic, emergency powers, governance, leadership, flexibility, adaptation, global health*

GİRİŞ

COVID-19 salgını ve ikinci dereceden ekonomik sonuçlarının tümü, belli merhalelerden geçen ve milyonlarca ölüme, iş kaybına ve tarifi imkânsız acılara yol açan dünya çapında tarihi bir kriz oluşturuyor. Bunun uzun vadeli etkileri derin ve kalıcı olacaktır. Kriz toplumun tümüne yayıldığından, farklı disiplinlerden bilim adamları, sadece şu anın taleplerine yanıt vermeye değil, aynı zamanda gelecekteki viral salgınları ve bunların kamu sağlığı ve ekonomik etkilerini nasıl daha iyi önleyebileceğimizi veya hafifletebileceğimizi öğrenmeye çalışarak bunun sonuçlarını dikkate almayı gerekli buldular.

İdare hukuku akademisyenleri için birçok farklı ülkenin aynı tehdide neredeyse aynı zamanda maruz kalması olgusu, bu ülkelerin düzenleyici müdahalelerindeki farklılıkları öğrenme ve bu farklılıklardan bilgi edinme ve aynı zamanda ülkelerin hükümet yapılarındaki farklılıkların olağanüstü durumlarda (*time of emergency*) tepki verme yeteneklerini nasıl etkilediğini araştırma fırsatı sunmaktadır. Yeni koronavirüsün dünya çapında yarattığı ve yaratmaya devam edeceği yaygın ekonomik yıkım, ölümler ve hastalıklar, karşılaştırmalı idare hukuku için yalnızca bir öğrenme fırsatından daha fazlasını; bir öğrenme zorunluluğunu yaratmaktadır. Bir sonraki krizde daha iyisini yapmaya hazır olmak için mevcut krizi irdelemek zorundayız.

Daha kesin olarak, akademisyenler ve politika yapıcılarının her ikisi de kamu sağlığı krizlerinin üzerine eğilmek için mevcut olan farklı hukuki müdahalelerin çeşitliliği ve bu çeşitlilikler arasından seçim yapılmasının olası sonuçları hakkında daha fazla şey öğrenmelidir. Ayrıca, usule uygunluk, açıklık ve tarafsızlık (şeklinde) ortak idare hukuku değerlerinin bir kriz anında oynaması gereken rolü ve olağan dönemlerde iyi işleyen hukuk doktrinlerinin kriz zamanlarında ters etki yapıp yapmayacağını da göz önünde tutmaları gerekir. İdare hukuku (bir dizi doktrinler ve kurumların tasarımı olarak) ile hükümetlerin kamu sağlığı krizlerine yanıt olarak iyi performans göstermelerini etkileyebilecek diğer faktörler -liderlik ve risk iletişimi gibi - arasındaki ilişkiyi daha iyi anlamaları gerekir.

Bu hayati konular etrafında akademik diyalogu teşvik etmek amacıyla 2020 baharında küresel bir karşılaştırmalı idare hukuku projesi başlattık. Saygıdeğer akademik ağlarımızdan yararlanarak, ilk olarak dünyanın dört bir yanından yaklaşık kırk idare hukuku uzmanını ülkelerinin küresel salgına erken düzenleyici müdahaleleri ile ilgili idare hukuku konuları hakkında yazmak için bir araya getirdik. Bu ilk etkileşimler, The Regulatory Review'da yayınlanan

ve viral salgına yanıt olarak sanayileşmiş dünyanın birçok ülkesinde meydana gelen ilk idare hukuku gelişmelerinin dikkate değer bir anlık görüntüsünü sağlayan bir kısa makale koleksiyonu ortaya çıkardı.¹ Bu birinci projedeki makaleler, idare hukuku ve COVID-19 krizinin hukuki boyutlarına ilişkin en eski karşılaştırmalı araştırmalardan bazıları olarak öne çıkmasına rağmen, bunlar küresel pandeminin hukuki boyutlarının daha derinlemesine ve uzun süreli mülahazaları için fırsat sunmadılar. *Administrative Law Review* için bu özel sayı, Çin, Şili, Almanya, İtalya, Yeni Zelanda, Güney Afrika ve Amerika Birleşik Devletleri'nin yanı sıra küresel sağlığa adanmış bir kilit uluslararası kurul olan Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ) için gereken derinliği ve dikkati sağlamayı amaçlamaktadır.

Bu özel sayıdaki makalelerin tüm yazarları, hakkında yazdıkları her ülkede - ya da uluslararası kuruluş DSÖ söz konusu olduğunda - idare hukuku alanında önde gelen uzmanlardır. *The Regulatory Review* serisine katkıda bulunan diğer kişilerin yanı sıra, onların mükemmel çalışmalarından ilham alıyoruz, burada çeşitli ülkelerin karşılaştığı bazı ortak sorunları vurguluyor ve ardından bazı ilk anda öğrenilen dersleri sunuyoruz. Elbette, bu yapay kavrayışları alçakgönüllülükle ortaya koyuyoruz, çünkü salgın, yazım sürecinde daha bitmedi ve gerçekten de yeni bir şekil alıyor olabilir. Bazı ülkeler, bazen koronavirüsün rahatsız edici yeni varyantlarının ortaya çıkmasıyla bağlantılı olarak, art arda viral yayılma dalgası görmeye devam ediyor. Etkili aşılama geliştirme hedefi kayda değer bir hızla başarıya ulaşırken, şimdi yaygın aşılamanın uygulanması sorunu, ülkelerin yüzleşmesi gereken göz korkutucu yönetim zorlukları listesine eklenerek keskin bir şekilde ortaya çıktı. Şu anda kesinliğe yakın bir şekilde çıkarılabilecek tek sonuç, yönetim zorluklarının ve bunlara verilecek en iyi yanıtların bir süre daha gelişmeye devam edeceğidir.

I. COVID-19 VE KARŞILAŞTIRMALI İDARE HUKUKU

Bu tür yönetim zorlukları üzerinde düşünürken, ülkelerin düzenleme yetkisini hükümet yetkililerine nasıl devrettiğine bakılmaksızın, bu yetkililerin belirli krizlerle karşılaştıklarında yetkilerini kullanma biçimlerinin ortak ve büyük bir öneme sahip olduğunu not ediyoruz. Amerika Birleşik Devletleri'nde, son yıllara "Yeni Düzen/New Deal savaşını kaybeden,

¹ *The Regulatory Review'deki bu makaleler için*, Bkz. *Comparing Nations' Responses to Covid-19*, REGUL. REV., <https://www.theregreview.org/2020/04/20/comparing-nations-responses-covid-19/> (last visited Jan. 31, 2021).

düzenleme ve hükümet karşıtı güçlerin yeniden “canlanması” damgasını vurdu.² Trump Yönetimi altında bu yeniden canlanma, Kongre İnceleme Yasası kapsamında bazı düzenlemelerin seyretilmesi ve “ekonomik açıdan önemli” kuralların³ yayınlanmasında bazı yavaşlamaların olması, alışılmadık derecede çok sayıda kamu görevlisinin üst düzey kamu görevine⁴ atanması ve sosyal yardım kurumları için finansmanda yıllık aşırı kesintilerin yapılması şeklini aldı.⁵ Sözde derin devlete yönelik sert retorik saldırılarla birleşen bu ve benzeri politikalar, halkın hükümete olan güvenin tarihi gerilemelere çekilmesine hizmet etti⁶.

Düzenlemeye karşı itiraz, genelde sağcı popülist hareketlerin yükselişiyle bağlantılı olarak farklı liberal demokratik ülkelerde de hız kazandı⁷. Birleşik Krallık’ın Avrupa Birliği’nden yakın zamanda ayrılması, ilk olarak, büyük ölçüde, İngiliz ekonomisini Avrupa düzenlemelerinin yükünden kurtarmanın bir yolu olarak pazarlandı.⁸ Brexit’in kendisi Avrupa’da -en azından şimdilik-anormal kalmaya devam etse de aynı düzenleme karşıtı vizyon diğerleri arasında İtalya’da Matteo Salvini (eski Başbakan yardımcısı), Fransa’da

² Gillian E. Metzger, *Foreword: 1930s Redux: The Administrative State Under Siege*, 131 HARV. L. REV. 1, 2 (2017).

³ *Bkz.* Cary Coglianese, *Let’s Be Real About Trump’s First Year in Regulation*, REGUL. REV. (Jan. 29, 2018), <https://www.theregreview.org/2018/01/29/lets-be-real-trumps-first-year-regulation/> (Trump yönetiminin radikal bir şekilde deregülasyonlaştırdığı fikrini çürütmek); Cary Coglianese et al., *Deceptive Deregulation*, REGUL. REV. (Nov. 2, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/11/02/coglianese-sarin-shapiro-deregulatory-deceiving/> (Trump yılının, İdarenin iddia ettiğinden çok daha az deregülasyonla sonuçlandığını gösteriyor.).

⁴ *Bkz.* John T. Bennett, *Frustrated by “My Generals,” Trump Turns to “My Actings,”* ROLL CALL (Jan. 14, 2019, 5:05 AM), <https://www.rollcall.com/2019/01/14/frustrated-by-my-generals-trump-turns-to-my-actings/> (Vekil memurların belirsiz süreler boyunca sorumlu tutmanın yasallığını tartışıyor.).

⁵ *Bkz.* Brittany Renee Mayes et al., *What Trump Proposed in His 2021 Budget*, WASH. POST (Feb. 10, 2020), <https://www.washingtonpost.com/graphics/2020/business/trump-budget-2021/> (Trump yönetimi’nin sosyal yardımda 2021 bütçe kesintileri önerdiğini açıklıyor.).

⁶ *Bkz.* *Public Trust in Government: 1958-2019*, PEW RSCH. CTR. (Apr. 11, 2019), <https://www.people-press.org/2019/04/11/public-trust-in-government-1958-2019/> (halkın hükümete olan güveninin son yıllarda nasıl azaldığını gösteriyor.).

⁷ *Genel olarak bkz.* Cary Coglianese, *Law as Scapegoat*, in THE CRISIS OF CONFIDENCE IN LEGISLATION 337 (Maria De Benedetto, Nicola Lupo & Nicoletta Rangone eds., 2020) (bazı popülist liderlerin neden yasaları ve düzenlemeleri suçladığını açıklıyor.).

⁸ Anu Bradford, *No, Brexit Won’t Free the U.K. from EU Regulations*, WALL ST. J. (Feb. 7, 2020, 9:54 AM), <https://www.wsj.com/articles/no-brexits-wont-free-the-u-k-from-eu-regulations-11581087277>.

Marine Le Pen (Ulusal Cephe Partisi Başkanı) ve Hollanda'da Geert Wilders (Özgürlük Partisi'nin parlamento lideri) söylemlerinde öne çıkıyor.⁹ Başka yerlerde Avustralya'da Scott Morrison ve Brezilya'da Jair Bolsonaro gibi hükümet liderleri, son birkaç yıldır siyasi gündemlerinin merkezinde yer alan, özellikle çevrenin korunmasıyla ilgili konuları saldırgan bir şekilde deregüle ettiler.¹⁰

Kamu sağlığı, kamu güvenliği ve refahına ilişkin düzenlemelerin en çok kuşatma altında olduğu bu demokrasilerde, COVID-19 pandemisine erken müdahalenin özellikle zayıf olduğu görülüyor. The Regulatory Review'daki diziye yapılan katkılar, Amerika Birleşik Devletleri¹¹, Birleşik Krallık¹² ve Brezilya¹³ gibi ülkelerdeki, her biri koronavirüsün erken yayılımını önemli ölçüde kontrol altına almakta başarısız olan ve bugüne kadar mücadele etmeye devam eden ülkelerdeki hukuki analizleri belgeliyor. Bu başarısızlıklar, bu ülkelerde son yıllarda hüküm süren düzenleme karşıtı eğilimlerin doğal

⁹ Bkz, Örneğin., Erin McLaughlin et al., *Salvini Says He Wants Pre-Maastricht EU Rules, Ahead of Far-Right Rally*, CNN, <https://www.cnn.com/2019/05/18/europe/matteo-salvini-european-union-rally-intl/index.html> (May 19, 2019, 4:11 PM) (Matteo Salvini tarafından düzenlenen ve Marine Le Pen ve Geert Wilders'in yer aldığı, Masstricht Antlaşması'nın kural ve düzenlemelerine karşı çıkan bir mitingi anlatıyor).

¹⁰ Bkz Amy Remeikis, *Scott Morrison Flags Trump-Style Economic Plan in Pledge to Cut More Red Tape*, GUARDIAN (June 23, 2019, 11:29 PM), <https://www.theguardian.com/australia-news/2019/jun/24/scott-morrison-flags-trump-style-economic-plan-in-pledge-to-cut-more-red-tape> (Scott Morrison'ın Donald Trump'ın ekonomik planını nasıl ilham kaynağı olarak kullanmayı planladığını not ediyor); Sue Branford & Mauricio Torres, *Bolsonaro Pledges Government Shakeup, Deregulation, Amazon Development*, MONGABAY (Nov. 19, 2018), <https://news.mongabay.com/2018/11/bolsonaro-pledges-government-shakeup-deregulation-amazon-development/> (Jair Bolsonaro'nun Amazon'u deregülasyon ve geliştirme planını anlatıyor).

¹¹ Bkz Alejandro E. Camacho & Robert L. Glicksman, *The Trump Administration's Pandemic Response Is Structured to Fail*, REGUL. REV. (May 19, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/05/19/camacho-glicksman-trump-administration-pandemic-response-structured-fail/> (Trump İdaresi'nin pandemiye ele alma biçiminin yetkilerin yanlış tahsis edilmesiyle daha da kötüleştiğini ortaya koyuyor.)

¹² Bkz Duncan Fairgrieve, *The U.K. Races to Catch Up on COVID-19*, REGUL. REV. (Apr. 30, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/04/30/fairgrieve-uk-races-to-catch-covid-19/> (Birleşik Krallık'ın pandemiye ele alışındaki başarısızlıkları detaylandırıyor.).

¹³ Bkz Bruno Queiroz Cunha, *Brazil's COVID-19 Response Is Caught Between Denialism and Technocratic Hubris*, REGUL. REV. (June 1, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/06/01/cunha-brazil-covid-19-response-caught-between-denialism-technocratic-hubris/> (Brezilya hükümetinin koronavirüsü kontrol altına alma konusundaki dağınık ve başarısız tepkisini analiz ediyor.).

sonucu olarak görünüyor.¹⁴

Bu arada, Çinli yetkililerin Wuhan şehrinde ilk kez ortaya çıktıktan sonra koronavirüs vakalarını tespit etme ve bildirme konusundaki başlangıçtaki başarısızlığı – The Regulatory Review ve şimdi bu özel Administrative Law Review¹⁵ sayısında daha ayrıntılı olarak ele alınan bir başarısızlık - ülkede daha sonraki önleme çabalarının göreceli etkinliği tarafından hayret verici derecede gölgelendi¹⁶. Karşılaştırmalı olarak çalışan akademisyenler için, demokratik ve otoriter rejimlerin performanslarının yan yana gelmesi, kamu sağlığı veya diğer krizler¹⁷ karşısında farklı yönetim modelleri hakkında rahatsız edici soruları gündeme getirdi ki bu sorular kamuoyunda da kaybolmadı¹⁸.

Diğer ülkelerin COVID-19'a nasıl tepki verdiğine daha geniş bir açıdan baktığımızda, bu sorular daha da karmaşık hale geliyor. Almanya¹⁹, Güney

¹⁴ Cf. Coglianesi, *supra* note 7, at 4 (“Güvensizlik sarsıldığında, özgeciliğe uzak saiklere sahip politikacılar bu güvensizliği istismar edip derinleştirebilir ve liberal, demokratik yönetimin ortadan kaldırılması için koşullar ekebilir.”).

¹⁵ Shen Kui, *The Delayed Response in Wuhan Reveals Legal Holes*, REGUL. REV. (Apr. 20, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/04/20/delayed-response-wuhan-reveals-legal-holes/>; Jacques deLisle & Shen Kui, *China's Response to COVID-19*, 73 ADMIN. L. REV. 19, 19–20 (2021).

¹⁶ Jacques deLisle, *China's Administrative State Is Both a Blessing and a Curse*, REGUL. REV. (June 30, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/06/30/delisle-china-administrative-state-both-blessing-curse/>; deLisle & Shen, *supra* note 15, at 41–43.

¹⁷ See Rachel Kleinfeld, *Do Authoritarian or Democratic Countries Handle Pandemics Better?*, CARNEGIE ENDOWMENT FOR INT'L PEACE (Mar. 31, 2020), <https://carnegie-endowment.org/2020/03/31/do-authoritarian-or-democratic-countries-handle-pandemics-better-pub-81404> (Demokratik ve otoriter ülkeler arasında COVID-19'un kontrol altına alınmasındaki tepkileri karşılaştırıyor).

¹⁸ See, e.g., Li Yuan, *In a Topsy-Turvy Pandemic World, China Offers Its Version of Freedom*, N.Y. TIMES, <https://www.nytimes.com/2021/01/04/business/china-covid19-freedom.html> (Jan. 14, 2021).

¹⁹ Johannes Saurer, *COVID-19 and Cooperative Administrative Federalism in Germany*, REGUL. REV. (May 13, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/05/13/saurer-covid-19-cooperative-administrative-federalism-germany/> [Bundan sonra Saurer, *COVID-19 and Cooperative Administrative Federalism*]; Johannes Saurer, *Patterns of Cooperative Administrative Federalism in the German Response to COVID-19*, 73 ADMIN. L. REV. 139 (2021) [Bundan sonra Saurer, *Patterns of Cooperative Administrative Federalism*].

Kore²⁰, Tayvan²¹ ve Yeni Zelanda²² dahil olmak üzere birkaç liberal demokrasi, otokratik yöntemlerden kaçındı ve ülkelerin erken viral enfeksiyon oranlarını başarılı bir şekilde kontrol altına alırken kendi yönetim ilkelerine de sadık kaldı. Aynı zamanda, Rusya ve İran gibi bazı otokrasiler, yine de Çin'deki uygulamalara benzer güçlü gözetim ve diğer kontrol araçları kullanarak koronavirüs ile mücadele etti.²³ Vietnam ve Singapur da dâhil olmak üzere diğer otokratik rejimlerin salgını yönetmede -Vietnam²⁴ örneğinde daha açık ve şeffaf düzenleme ve Singapur örneğinde özenle sınırlandırılmış olağanüstü durum önlemleri- sayesindeki göreceli başarıları, yönetim modellerinin otokratik olmayan unsurlarına dayanıyor gibi görünüyor.²⁵

The Regulatory Review'daki başlangıç serimizde ve şimdi bu özel sayıdaki makaleler, kriz zamanlarında rejim tipinin nispi değerleri ve etkinlikleri hakkındaki tartışmaları çözmeyebilir. Bununla birlikte, burada sunulan her bir bilimsel açıklamanın ayrıntılı olmasıyla okuyucular, devletin

²⁰ Seung-Youn Oh, South Korea's Success Against COVID-19, REGUL. REV. (May 14, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/05/14/oh-south-korea-success-against-covid-19/>.

²¹ Cheng-Yi Huang, *Soft Regulation and Hard Compliance in Taiwan*, REGUL. REV. (June 11, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/06/11/huang-soft-regulation-hard-compliance-taiwan/>; ayrıca bkz Raymond Zhong, *How Taiwan Plans to Stay (Mostly) Covid-Free*, N.Y. TIMES, <https://www.nytimes.com/2021/01/02/world/asia/taiwan-coronavirus-health-minister.html> (Jan 11, 2021).

²² Richard W. Parker, *Lessons From New Zealand's COVID-19 Success*, REGUL. REV. (June 9, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/06/09/parker-lessons-new-zealand-covid-19-success/> [bundan sonra Parker, *Lessons from New Zealand*]; Richard W. Parker, *Why America's Response to the COVID-19 Pandemic Failed: Lessons from New Zealand's Success*, 73 ADMIN L. REV. 77, 77-79 (2021) [bundan sonra Parker, *Why America's Response to the COVID-19 Pandemic Failed*].

²³ Rusya ve İran'ın karşılaştığı zorluklar hakkında bkz. Michele A. Berdy, *How Russia's Coronavirus Crisis Got So Bad*, POLITICO (May 19, 2020, 4:30 AM), <https://www.politico.com/news/magazine/2020/05/19/moscow-coronavirus-vladimir-putin-265227>; Virginia Pietromarchi, *Iran Braces for a New Coronavirus Wave After Surge in Infections*, AL JAZEERA (June 6, 2020), <https://www.aljazeera.com/news/2020/06/iran-braces-coronavirus-wave-surge-infections-200605211903567.html>. Çin'in COVID-19'un yayılmasını kontrol etmek ve kontrol altına almak için kullandığı yöntemlerin bir tartışması için, bkz Amy Gadsden, *The Post-COVID-19 Future of Surveillance in China*, PERRY WORLD HOUSE (May 20, 2020), <https://global.upenn.edu/perryworldhouse/news/post-covid-19-future-surveillance-china>.

²⁴ Bkz Trang (Mae) Nguyen, *Vietnam's Astonishing Success at Curbing COVID-19 Outbreaks*, REGUL. REV. (June 4, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/06/04/nguyen-vietnam-astonishing-success-curbing-covid-19-outbreaks/>.

²⁵ Bkz Kevin Y.L. Tan, *Singapore's Regulatory Response to COVID-19*, REGUL. REV. (June 15, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/06/15/tan-singapore-regulatory-response-covid-19/>

düzenleme yetkisi ve müdahalesi hakkında öğrenecek çok şey bulacaktır. Buna ek olarak, bu özel sayıdaki makaleler, siyasi veya kültürel farklılıklara rağmen yetki alanları arasında aktarılabilen hukuki araç veya yaklaşımların yanı sıra ülkelerin birlikte paylaştıkları düzenleme zorluklarını ortaya koymaktadır.

II. KÜRESEL SALGINLARA MÜDAHALELERDEN ALINAN DERSLER

COVID-19'a yönelik düzenleyici ve yönetsel müdahalelerin karşılaştırmalı çalışılmasından hangi kapsamlı dersler çıkarılabilir? Dünyada koşulların değişken olduğunu kabul etmekle birlikte, farklı ülkelerin pandemiye nasıl tepki verdiğinden de çok şey öğrenebileceğimize inanıyoruz. Bu değişkenliğin, yeterli sayıda etkili aşı uygulanana kadar bir süre daha böyle devam etmesi muhtemeldir. "Bazı ülkelerde virüs 2020 yazında kontrol altına alınmışsa da, sonbahar ve kış aylarında virüsün yeniden canlandığı ve bazen hükümetleri yeni karantinalar ve diğer kamu sağlığı(na ilişkin) düzenleyici önlemler uygulamaya zorladığı görülmüştür²⁶".

Sonuç olarak herhangi bir özel yasal önlemin etkinliğine dair kesin bir açıklama, bu makale itibarıyla sunulmuş dahi değildir. Dahası, bunun gibi hiçbir giriş ne bu özel sayıda yansıtılan karşılaştırmalı bilimin zenginliğinin ne de bu sayının üzerine inşa edildiği The Regulatory Review serisindeki tüm makalelerin hakkını veremez. Yine de, akademisyenlerin ve politika yapımcıların birbirlerinden öğrenmeleri ve disiplinler arasında ve ülkeler arasında çapraz döllemenin gerçekleşmesi için idare hukuku ve düzenleme politikasının kamu sağlığı krizlerine nasıl etkili bir şekilde yanıt verilebileceğine dair

²⁶ Bkz., Örn., Reuters Staff, *Special Report: 50,000 COVID-19 Deaths and Rising. How Britain Failed to Stop The Second Wave*, REUTERS (Nov. 24, 2020, 4:34 AM), <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-britain-newwave-sp/special-report-50000-covid-19-deaths-and-rising-how-britain-failed-to-stop-the-second-wave-idUSKBN284112>; Crispian Balmer & Angelo Amante, *Why Us Again? Italy Suffers Disproportionate Toll in Second COVID Wave*, REUTERS, <https://www.reuters.com/article/health-coronavirus-italy-dead/why-us-again-italy-suffers-disproportionate-toll-in-second-covid-wave-idUKKBN28020I> (Dec. 14, 2020, 10:24 AM); Dave Lawler, *Special Report: Europe Braces for Monster 2nd Coronavirus Wave*, AXIOS (Oct. 15, 2020), <https://www.axios.com/europe-second-wave-covid-lockdowns-de426ae5-e1c5-4855-9023-633842f96615.html>; Jason Horowitz, *For Europe, It's Wave After Wave*, N.Y. TIMES (Dec. 22, 2020), <https://www.nytimes.com/interactive/2020/12/22/world/europe/covid-europe-hospitals.html>; Dasl Yoon & Miho Inada, *Covid-19 Surge Hits South Korea and Japan, After They Had Contained Virus*, WALL ST. J., <https://www.wsj.com/articles/covid-19-surge-hits-parts-of-asia-seen-as-pandemic-success-stories-11607523625> (Dec. 9, 2020, 11:21 AM); Yuri Kageyama, *Japan Declares Emergency For Tokyo Area As Cases Spike*, ASSOCIATED PRESS (Jan. 7, 2021), <https://apnews.com/article/tokyo-emergency-coronavirus-spike-japan-01e0916762eaa06d3d65510bcd271967>.

anlayışımızı geliştirmek hayati önem taşımaktadır²⁷. Bu amaçla, bu özel sayıdaki yazılardan çıkan en az dört dersi burada sunuyoruz.

A. Küresel Salgınlara Karşı Etkili Ulusal ve Yerel Yönetim Çağrısı

Küresel bir salgının doğal olarak koordineli bir küresel tepki gerektirdiğini söylemeye gerek yoktur. “Ülkelerin, bilgi paylaşmak, araştırma yapmak, ve tıbbi malzeme ve aşı dağıtımını sağlamak için gerekli sağlam küresel tedarik zincirlerini geliştirmek için işbirliği yapmaları gerekmektedir.” Oswald Jansen’in makalesi, DSÖ’nün ihtiyaç duyulan küresel işbirliğini kolaylaştırmak için bir araya gelmekteki hakiki zorlukların ana hatlarını çiziyor²⁸.

Hal böyle olunca ABD Temsilciler Meclisi’nin eski Başkanı Tip O’Neill’in bir keresinde “[bütün] siyasetin yerel olduğunu”²⁹ belirttiği gibi, bulaşıcı bir viral salgınla mücadele etmek için gereken yönetim kapasitesi esas olarak, ülkelerin sınırları arasında değil, ülke sınırları içerisinde kalan bir durumdur. COVID-19 pandemisine temel hukuki müdahaleler, doğal olarak tek tek ülkelerin kendi içlerinden ortaya çıkmıştır. Ne de olsa sadece iç hukuk, bir salgını önlemek veya viral yayılma eğrisini aşağıda tutmak için gerekli olduğunda, sosyal toplantılar veya ekonomik faaliyetler üzerinde kısıtlamalar öngörebilir.

Koordinasyon her bir ülkenin kendi içinde de gerçekleşmelidir. Ülke liderleri, politikalara uygunluğun sağlanması veya ihtiyaç duyulan malzemelerin dağıtıldığından emin olmak için yerel ve bölgesel yetkililerin işbirliğine ihtiyaç duyar. Ulusal eylemler, virüse maruz kalan bireyleri test etmek, izlemek ve izole etmek için yerel çabaları desteklemelidir. Bireyler hastalığa maruz kaldıklarında, uygun sağlık hizmetlerine ihtiyaç duyarlar ve bu hizmetler, bu hastaların ikamet ettiği topluluklar içinde de sağlanmalıdır.

Bir bulaşıcı hastalığın yayılması dünyanın her yerine ulaşmış olsa bile bu bireyden bireye temasla gerçekleşir. Yayılmayı içeren ve enfekte olmuş

²⁷ Cary Coglianese, *What Regulators Can Learn from Global Health Governance*, GLOB. HEALTH GOVERNANCE (forthcoming 2021) (manuscript at 1, 3, 7) (on file with author).

²⁸ Bkz Oswald Jansen, *Administrative Law Rules and Principles in Decisionmaking of the World Health Organization During the COVID-19 Pandemic*, 73 ADMIN. L. REV. 165, 166–69 (2021) (COVID-19 salgını tarafından gösterilen DSÖ’de yapılması gereken değişiklikleri tartışıyor).

²⁹ TIPO’NEILL & GARY HYMEL, ALL POLITICS IS LOCAL, AND OTHER RULES OF THE GAME, at xvi (1994).

bireylerin ihtiyaçlarına cevap veren bir durum, bireysel davranış ve ihtiyaçlara cevap vermek amacıyla aksiyonların alınabileceği yerel düzeyde yönetime gereksinim duyar. Viral enfeksiyon yayılımının bireysel doğası, ulusal düzeyden başlayarak yerel düzeye kadar uzanan yalnızca yerel hükümetlerin sağlayabileceği çok önemli koordinasyon işlevini öne çıkarır. Amerika Birleşik Devletleri'nde yayılan geniş hastalık ve ülkenin yaşadığı akıl almaz derecede yüksek ölüm oranları, ulusal liderlerin koordinasyon sorumluluklarından kaçındığında neler olabileceğini trajik bir şekilde gösteriyor.³⁰

Sonunda onlarca yıllık belirgin küreselleşmeye rağmen, dünya çapında yönetim kapasitesinin büyük kısmı hala ülkeler arasında değil, ülkelerin kendi içinde bulunuyor. Dünya muhtemelen artık birbirine bağlı ve bu karşılıklı bağıllık bulaşıcı bir hastalığın hızla dünya genelinde yayılmasına izin vermektedir. Ancak yönetim yetkisinin çoğu ulus-devlet düzeyinde ve altında kalmaktadır. Bu sebeple ulusal kurumlar ve onların yerel yönetimleri tarafından gerçekleştirilen güçlü ve sorumlu idarenin yerini hiçbir şey tutamaz.³¹

B. Hukuki Düzenlemeler Hızlıca Uyarlanmalı

İkinci bir ders, ölümcül bulaşıcı hastalıklarla mücadele etmek için hukuk kurallarının kimi zaman önemli ölçüde ve neredeyse her zaman hızlıca değişmesi zorunluluğudur. Pandemi karşısında dünyadaki çoğu ülke yeni kanunlar çıkardı, yeni düzenlemeler yayınladı ya da düzenlemelerinde değişiklikler yaptı. Hükümetler olağanüstü durum/hal ilan etti bununla beraber mevcut kurallara ve yönetim modellerine istisna getirdiler.³² Bazı

³⁰ Parker, *Lessons from New Zealand*, supra note 22; see also Rebecca L. Haffajee & Michelle M. Mello, *Thinking Globally, Acting Locally—The U.S. Response to Covid-19*, 382 NEW ENG. J. MED., May 28, 2020, at e75(1)–(3) (Amerika Birleşik Devletleri'nde tek tip bir yanıt eksikliği ile artan COVID-19 vakaları arasındaki ilişkiyi vurguluyor).

³¹ Burada ulusal ve devlet yönetiminin pratik önceliğini kabul etmekle, dünya düzeninin yapısal eşitsizliklerini gözden kaçırmak ya da her ülkenin kendi başının çaresine bakması gerektiğini önermek istemiyoruz. Zengin ulusların diğer ülkelerdeki kamu sağlığı altyapısını ve etkili küresel halk sağlığı yönetimini desteklemek için hem ahlaki hem de çıkar temelli nedenleri vardır. Küresel sağlık adaleti ve hakkaniyeti konularının özellikle aydınlatıcı analizi için, örneğin, bkz. JENNIFER PRAH RUGER, *GLOBAL HEALTH JUSTICE AND GOVERNANCE* (2018), and Matiangai Sirleaf, *Responsibility for Epidemics*, 97 TEX. L. REV. 285 (2018).

³² Cary Coglianese, *Obligation Alleviation During the COVID-19 Crisis*, REGUL. REV. (Apr. 20, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/04/20/coglianese-obligation-alleviation-during-covid-19-crisis/>

ülkelerde, hükümetler yasal yetkilerini önemli ölçüde yeniden yapılandırdı.³³ Devlet ve toplum, düzenleme ve özgürlük arasında yeni dengeler ile iş dünyası ve hükümet arasında yeni ilişkiler kurarak pandemi boyunca değişen ve çeşitlenen şekillerde esneklik ve eğilim gösterdi.

Hukukun hastalık zamanındaki bu değişimi, bu özel sayıdaki makalelerde geçen ana temayı işaret ediyor. Devletlerin, yalnızca bu virüsün kendisinin yeniliği sebebiyle değil, aynı zamanda toplum içindeki bireylerin davranışlarının, tutumlarının ve çıkarlarının çok çeşitli ve değişken olmasından ötürü hukuk dinamizm çevikliğini gerektirir. Özünde bir pandemi, tıbbi bir problem olduğu kadar sosyolojik bir problemdir, çünkü en etkili olan ilk yansımaları -sosyal mesafe ve maske takmak gibi- hükümetlerin insan popülasyonları arasında davranış değişikliklerini gerektirir. Fakat insanlar ve onların davranışları -hatta bazen- en sıkı disiplin altına alınmış toplumlarda bile sabitlikten uzaktır. Sonuç olarak, kanun koyucular ve kamu sağlığı yetkilileri stratejilerini ve kurallarını uyarlamaya hazır olmalıdır.

Pandemi dönemi bir yana, normal zamanlarda bile, “iyi düzenleme; değişen riskler, teknolojiler, ekonomik koşullar ve dünya koşullarına ilişkin bilgiler karşısında hem kuralların hem de kural dışlıkların ayarlanmasını ve uyarlanmasını yani ‘yükümlülük yönetimini’ gerektirir. Ülkeler ardı ardına yükümlülük yönetiminde bir dereceye kadar dinamizm sergilemiştir.³⁴ Çin,³⁵

³³ Bkz. Andrew Edgar, *Disrupting Administrative Law in a Public Health Crisis*, REGUL. REV. (Apr. 24, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/04/24/edgar-disrupting-administrative-law-p-ublic-health-crisis/> (COVID-19 salgını sırasında Avustralya’da idari işlemin yargı denetiminin nasıl kesintiye uğradığını tartışıyor).

³⁴ Bkz. Coglianese, *yuk. dipnot 32*. Kural dışlıklar (*unrules*) hakkında daha fazla tartışma için bkz. Cary Coglianese v.d., *Unrules*, 73 STAN. L. REV. (2021’de çıkacak) (yazar ile dosyada).

³⁵ Bkz. deLisle, *supra* note 16 (discussing the lockdown in Wuhan); deLisle & Shen, *supra* note 15 (Çin’deki virüs noktalarındaki kapanmayı analiz ediyor).

Almaya,³⁶ İtalya,³⁷ İsrail³⁸ ve Güney Afrika³⁹ gibi çoğu ülke, salgının ilk evrelerinde “eğriyi düzleştirmek”⁴⁰ için popülasyonlarının büyük çoğunluğunu karantinaya almıştır. Ülkeler aldıkları bu kararların akabinde, ekonomilerini ne zaman ve nasıl yeniden açacakları hakkında karar verme ihtiyacıyla karşı karşıya kaldılar. Bazı ülkelerde hükümetler karantinayı kaldırdıktan sonra, virüs tekrar ortaya çıktı, yetkililer ekonomik ve sosyal aktivitelerin durdurulup durdurulmaması konusunda yeniden zor bir kararla karşı karşıya kaldılar.⁴¹

Hızlı çözüm bulabilmek en önemlisidir. Bazen ülke liderlerinin -ve onların vatandaşlarının- hızlı çözümün önemini öğrenmesi için önceden bir salgınla karşılaşması gerekir. Singapur,⁴² Güney Kore,⁴³ Tayvan⁴⁴ ve Vietnam⁴⁵

³⁶ Bkz. Saurer, *COVID-19 and Cooperative Administrative Federalism*, supra note 19 (Almanya’daki kapanma önlemleri tartışılıyor); Saurer, *Patterns of Cooperative Administrative Federalism*, yuk. dipnot 19 at 148–50 (Aynı).

³⁷ Bkz. Fernanda G. Nicola, *Exporting the Italian Model to Fight COVID-19*, REGUL. REV. (Apr. 23, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/04/23/nicola-exporting-italian-model-fight-covid-19/> (İtalya, Codogno’da karantinaya yönelik analiz); ayrıca bkz. Fernanda Nicola & Gino Scaccia, *The Italian Model to Fight COVID-19: Regional Cooperation, Regulatory Inflation and the Cost of One-Size-Fits-All Lockdown Measures*, 73 ADMIN. L. REV. 53, 58–61 (2021) (Kuzey İtalya bölgelerindeki kapanma inceleniyor).

³⁸ Elena Chachko & Adam Shinar, *Israel Pushes its Emergency Powers to Their Limits*, REGUL. REV. (Apr. 28, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/04/28/chachko-shinar-israel-pushes-emergency-powers-limits/>.

³⁹ Bkz. Geo Quinot, *Regulatory Justification and Coordination in South Africa*, REGUL. REV. (Apr. 29, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/04/29/quinot-regulatory-justification-coordination-south-africa/> (Güney Afrika’daki kapanma kısıtlamalarını vurguluyor); Geo Quinot, *Justification, Integration and Expertise: South Africa’s Regulatory Response to COVID-19*, 73 ADMIN. L. REV. 105, 111–13 (2021) (Aynı).

⁴⁰ Ç.n: Hastanelerin kapasitesine uygun olarak, enfekte sayısının hızının azaltılması için kullanılan bir ibare olarak “flatten the curve”.

⁴¹ Bkz. Nectar Gan, *China’s New Coronavirus Outbreak Sees Beijing Adopt ‘Wartime’ Measures as Capital Races to Contain Spread*, CNN, <https://www.cnn.com/2020/06/15/asia/coronavirus-beijing-outbreak-intl-hnk/index.html> (June 16, 2020, 2:10 AM) (Pekin’de kapanma önlemlerinin yeniden başlatılmasını tartışıyor); Jill Lawless, *England to Enter New Lockdown; UK Virus Cases Pass 1 Million*, ASSOCIATED PRESS (Oct. 31, 2020), <https://apnews.com/article/virus-outbreak-england-london-boris-johnson-371b19c116876d9fe2052bf96010bfd6>.

⁴² Bkz. Tan, yuk. dipnot 25 (Singapur’da COVID-19’a karşı etkili yanıtları vurguluyor).

⁴³ Bkz. Oh, yuk. dipnot 20 (Güney Kore’nin MERS’ten öğrenilen derslere dayanarak COVID-19’a karşı etkili kampanyalarını detaylandırıyor).

⁴⁴ See Huang, yuk. dipnot 21(2003’teki SARS salgınında Tayvan’da halihazırda yürürlükte olan yasal altyapıyı vurguluyor).

⁴⁵ Bkz. Nguyen, yuk. dipnot 24 (Vietnam’ın COVID-19’a etkili yanıtını tartışıyor).

gibi ülkelerin COVID-19 karşısında görece erken başarılarına bakıldığında açıkça geçmiş tecrübelerinden ders çıkardıkları görülür. Bu ülkelerin her biri önceden SARS, MERS ya da diğer ciddi virüs salgınlarını tecrübe ettiler ve onlar COVID-19 karşısındaki cevaplarını geçmişten çıkardıkları derslere göre temellendirdiler. Genel olarak geçmişten ders almanın ve bugüne uyum sağlamanın, özellikle kriz zamanlarında, iyi idari yönetimin etkin bir şekilde uygulanmasının anahtarları olduğunu sonucunu çıkarabiliriz.⁴⁶

C. Olağanüstü Durum Yetkileri Denetlenmeli ve Sınırlanmalı

Üçüncü bir ders, doğrudan bazı ülkelerin COVID-19'a yanıt olarak yaptıkları belirli türdeki yasal değişikliklerden, yani hükümetlerini nasıl yapılandırdıkları ve yasal yetkiyi nasıl tahsis ettiklerine ilişkin değişikliklerden çıkar.⁴⁷ Genellikle bu değişiklikler yöneticilere yeni veya daha geniş yetkiler verir. Bu açıdan bakıldığında buradan çıkarılması gereken ders, daha ziyade yürütme organının yetkilerini kötüye kullanma potansiyeli hakkında dikkatli olmakla ilgilidir zira kimi yasal değişiklikler hükümet yetkililerine daha geniş düzenleme gücü verdiği için olağan süreçlerden veya olağan yasama faaliyetlerinden ya da yargısal denetimden belirli kaçışlara izin verebilir. Bu tür değişiklikler, yürütme organı yetkililerinin pandemi sırasında veya sonrasında kötüye kullanmaya çalışacakları gücü biriktirmek için bir bahane olarak kullanmalarına izin verme riski taşır. Alexander Cooley ve Daniel Nexon'un ifade ettiği gibi, “dünya genelinde liberal olmayan hükümetler, pandemiye medya özgürlüğünü kısıtlamak ya da siyasal muhalefeti ve sivil toplumu sindirmek için bir kılıf olarak kullanıyorlar.”⁴⁸

Kamu sağlığına yönelik geçici önlemler, yetkinin merkezileşmesi gibi önemli ve yapısal kurallardaki bazı acil değişikliklerin pandeminin getirdiği

⁴⁶ İdarecilerin pandemiler sırasında “ihtiyatlı” gözetmen rolünü üstlenmeleri gerektiğine dair bir argüman için bkz. Maciej M. Sokołowski, *Regulation in the COVID-19 Pandemic and Post-Pandemic Times: Day-Watchman Tackling the Novel Coronavirus*, TRANSFORMING GOV'T: PEOPLE, PROCESS & POL'Y (2021'da çıkacak), <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/TG-07-2020-0142/full/html>. Elbette, kamu sağlığı ile ilgili olağanüstü durumlar dışında dahi, yöneticilerin daha geniş anlamda bir teyakkuzu gereklidir. Cary Coglianese, *Regulatory Vigilance in a Changing World*, REGUL. REV.(Feb.25, 2019), <https://www.theregreview.org/2019/02/25/coglianese-innovation-regulatory-vigilance/>.

⁴⁷ Bkz., örn., Selam Gebrekidan, *For Autocrats, and Others, Coronavirus Is a Chance to Grab Even More Power*, N.Y. TIMES, <https://www.nytimes.com/2020/03/30/world/europe/coronavirus-governments-power.html> (April 14, 2020).

⁴⁸ Alexander Cooley & Daniel H. Nexon, *How Hegemony Ends: The Unraveling of American Power*, FOREIGN AFFS. (July/Aug. 2020), <https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2020-06-09/how-hegemony-ends?>

büyük riskleri bertaraf etmesi adına meşrulaştırılabilir. Ancak bu, hükümetin hastalıkla mücadele ettiği süre boyunca merkezileşen yetkilerini kontrolsüz bir biçimde kullanabileceği anlamına gelmez. Sonuç olarak olağanüstü durumlar, hükümet liderleri tarafından elde edilen yeni güçler, meşru olmayan yollarla amaçlarına ulaşmak ya da kamu sağlığı kriziyle ilgisiz önlemleri uyarlayarak istismar edilebilir.⁴⁹

Kaldı ki kriz sona erdiğinde, hükümetler olağanüstü durum döneminde uyguladığı yeniden yapılandırma ile ortaya çıkan yetkilerinin hassas bir şekilde yeniden değerlendirilmesi gerekecektir. Olağanüstü yetkilerin kendiliğinden sona ereceğine dair hükümler gibi yollarla sağlanabileceği yönünde bir değerlendirme yapılmaksızın, hükümet yetkililerinin kendilerine verilen yeni yetkileri gönüllü olarak devredeceklerini kesin olarak söylemek mümkün değildir. Özellikle yöneticilere normal gözetim biçimlerinden geçici olarak muafiyet verildiğinde, kendilerini bu tür bir gözetime yeniden teslim etmeye direnebilirler. COVID-19'a yanıt olarak yapılan yasal değişikliklerin, en azından bazı ülkelerde, demokratik hesap verebilirlik ve hukukun üstünlüğü için uzun süre devam eden sonuçları olması olasıdır.

⁴⁹ Birimizin başka bir yerde belirttiği gibi:

Düzenleyiciler ve seçilmiş yetkililer acil durumlarda... aşırı tepki verebilirler. Yüklülük dayatma veya hafifletme konusunda aşırı uçlarda ileri gidebilirler. Nasıl ki yetkililer acil durumları özgürlüğü ayaklar altına almak ve gücü büyötmek için bir bahane olarak kullanabilirlerse, liderler de "düzenlememe" tuzağına düşebilir ve acil durumları yalnızca arkadaşlarının veya siyasi bağışçılarının çıkarlarına hizmet etmek için değerli düzenlemeleri geri almak için kullanabilir. Veya mevcut krizle çok az bağlantısı olan tercih edilen bir politikayı uygulamaya koymak için acil bir durumu bahane olarak gösterebilirler.

Coglianesi, *Obligation Alleviation During the COVID-19 Crisis*, bkz. yuk. dipnot 32. COVID-19 salgınının ardından Macaristan'daki bu tür aşırı tepkilerin kapsamlı bir açıklaması için, bkz. David E. Pozen & Kim Lane Scheppele, *Executive Underreach, In Pandemics and Otherwise*, 114 AMER. J. INT'L. L. 608, 611-12 (2020) (Başbakan Viktor Orbán'ın olağanüstü hal kararnameleeri çıkarmak için yeni yetkileri kullanmasını tartışıyor, "çoğunun pandemi ile çok az ilgisi vardı.").

Fransa,⁵⁰ İsrail,⁵¹ Hindistan,⁵² Şili⁵³ ve İsviçre⁵⁴ gibi çeşitli ülkelerdeki deneyimler bu endişeleri zaten ortaya koydu. Liderler ve halklarının kısa vadede COVID-19 ile başa çıkmak için kabul edilebilir, hatta gerekli bulunduğu anayasalarda ve demokratik prosedürlerde yapılan değişiklikler, çok daha uzun bir vadede yürürlükte kalabilir.⁵⁵ Devlet başkanlarına, başbakanlara ve diğer üst düzey yürütme görevlilerine verilen yeni yetkiler, azınlıklara yönelik korumaları kabul etmemek veya başka yetki suistimallerini gerçekleştirmek için yıllarca kullanılabilir. Halihazırda COVID-19 krizi, çeşitli ülkelerde demokrasi ve insan haklarının karşısında heyula gibi duran zorlukların olumsuz etkisini arttırdı.⁵⁶ Hem olağanüstü durum sırasında hem de sonrasında yürütme yetkisinin kullanılmasının uygun şekilde denetlenmesi gerekir.⁵⁷

D. Liderlik Fark Yarattır

Bu özel sayı, idare hukuku konularının bir karşılaştırması etrafında düzenlenmiş olsa da, hukukun etkin tasarımı ve uygulanması için sorumlu liderliğe ne kadar bağlı olduğunu unutmamalıyız. Liderliğin yarattığı fark,

⁵⁰ Bkz. Thomas Perroud & Emma Guernaoui, *France's Health Crisis Is a Democracy Crisis, Too*, REGUL. REV. (Apr. 21, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/04/21/perroud-guernaoui-frances-health-crisis-democracy-crisis/> (Fransa'da hükümetin COVID-19 pandemisine yanıt olarak uyguladığı yeni yasal önlemleri tartışıyor).

⁵¹ Bkz. Chachko & Shinar, *yuk. dipnot 38* (İsrail hükümetinin COVID-19 pandemisine yanıt olarak aldığı önlemleri gözetimle ilgili olmadığını inceliyor).

⁵² Bkz. Gautam Bhatia, *India's Executive Response to COVID-19*, REGUL. REV. (May 4, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/05/04/bhatia-indias-executive-response-covid-19/> (yürütme makamının Hindistan'da COVID-19 müdahalesini yürüttüğünü belirtiyor).

⁵³ Bkz. Josefina Court & José Tomás Correa, *Chile's Political and Institutional Response to COVID-19*, REGUL. REV. (June 24, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/06/24/court-correa-chile-political-institutional-response-covid-19/> (Şili'de olağanüstü durumun idari otorite üzerindeki etkilerini analiz ediyor).

⁵⁴ Bkz. Odile Ammann, *Regulatory Uncertainty over Emergency Powers in Switzerland*, REGUL. REV. (May 29, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/05/29/ammann-regulatory-uncertainty-over-emergency-powers-switzerland/> (İsviçre'nin COVID-19'e yanıtındaki düzenleyici belirsizlik alanlarını vurguluyor).

⁵⁵ Bazı ülkelerde, elbette, anayasal hükümler, vatandaşlara olağanüstü hallerde ek koruma sağlayabilir. Bkz. Kim Lane Scheppele, *Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11*, 6 J. CONST. L. 1001, 1079 (2004).

⁵⁶ Bkz. Perroud & Guernaoui, *supra* note 49 (COVID-19 salgını nedeniyle Fransa'da anayasal demokrasiye yönelik tehditleri vurguluyor).

⁵⁷ Tom Ginsburg & Mila Versteeg, *The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic* (Univ. of Chi. Pub. L. Working Paper, Paper No. 747, 2020), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3608974.

Başbakan Jacinda Ardern'in Yeni Zelanda'daki ilk viral salgını ne kadar etkili bir şekilde kontrol altına alabildiğini ve o zamanki Başkan Donald J. Trump'ın görev süresi boyunca COVID-19'a karşı liderlik yapmaktan ne yazık ki imtina ettiğini ve gereksiz sayıda ve son derece trajik ölümlere katkıda bulunduğu arasındaki karşıtlıktan daha net olamaz.⁵⁸

Yetkiyi çevik ve sorumlu bir şekilde kullanabilen liderlerin önemine ek olarak, halkın güvenini sağlamak için sağlam bir liderliğe ihtiyaç vardır. Vatandaşların, kriz anında liderlerin talimatlarını takip etmeleri için onlara güvenmeleri gerekir.⁵⁹ Ancak dürüst, bilimsel olarak bilgilendirilmiş ve aktif bir liderlikle uluslar, bir viral salgını uzak tutmayı bile umabilir.⁶⁰

Bir kamu sağlığına ilişkin olağanüstü durum karşısında, hukukun yanıt vermesini sağlamak için aktif liderliğe ihtiyaç vardır.⁶¹ Çoğu zaman, hukuk sistemleri ve bürokratik örgütlenme, görece denge dönemlerine derinden kök salmış rutinlerini aralıksız sürdürerek hayatta kalırlar. Yine de böyle normal zamanlarda işlemek üzere tasarlanan rutinlerin aktif olarak yönetilmesi, hatta dengesiz(olağandışı) durumlarda, bu uygulamaların olağan kalıplarından kurtarılması gerekir. Yeni tehditler ve değişen koşullar karşısında esneklik ve sürekli tetikte olmak gerekir. Ayrıca, çeşitli bölgesel ve yerel yönetim makamları⁶² arasında etkin bir şekilde koordinasyon sağlamak ve kamu ve

⁵⁸ Bkz. Tom Frieden, *Which Countries Have Responded Best to Covid-19?*, WALL ST. J. (Jan. 1, 2021, 11:00 AM) <https://www.wsj.com/articles/which-countries-have-responded-best-to-covid-19-11609516800> (“Başbakan Jacinda Arden, Yeni Zelandalıların işbirliği yapma isteklerini büyük ölçüde artıran ve ülkenin başarısı için gerekli olan empatik ve açık iletişime örnek oldu.”); *ayr. bkz.* Parker, *Lessons From New Zealand*, yuk. dipnot 22 (Yeni Zelanda'daki agresif, ancak etkili COVID-19 müdahale stratejisine dikkat çekiyor), Parker, *Why America's Response to the COVID-19 Pandemic Failed*, yuk. dipnot 22 at 108–24 (Yeni Zelanda ve Amerika Birleşik Devletleri'nin COVID-19 yanıtları karşılaştırılıyor).

⁵⁹ Bkz. Maria De Benedetto, *Regulating in Times of Tragic Choices*, REGUL.REV. (May6,2020), <https://www.theregreview.org/2020/05/06/de-benedetto-regulating-times-tragic-choices/> (başarılı bir pandemi yanıtı için hükümete güvenin gerekli olduğunu yorumluyor).

⁶⁰ Bkz. Mauricio Guim, *Mexico's Untimely Fight Against Coronavirus*, REGUL. REV. (May 27, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/05/27/guim-mexico-untimely-fight-against-coronavirus/> (Hükümetin etkili COVID-19 müdahale stratejilerinin bilimsel uzmanlığa dayandığını belirtiyor).

⁶¹ Normal zamanlarda bile faal liderlik ve düzenlemelerde ihtiyat gereklidir, META-REGULATION IN PRACTICE: BEYOND NORMATIVE VIEWS OF MORALITY AND RATIONALITY (2017)).

⁶² Bkz. Nicoletta Rangone, *Italy's Complex Legislative Framework Impairs Its COVID-19 Response*, REGUL. REV. (June 8, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/06/08/rangone-italy-complex-legislative-framework-impairs-covid-19-response/> (İtalya'da ulusal ve

özel sektör arasında işbirliğini sağlamak için güçlü ve güvenilir liderliğe ihtiyaç vardır.⁶³

Liderlik başarısızlıkları, koronavirüs salgınıyla karşı karşıya kalan birçok ülke ve kurumu rahatsız etti. Virüs ilk ortaya çıktığında Çinli liderler başlangıçta savunmacı davrandılar ve yeni virüsle ilgili bilgilerin yayılmasını sınırlamaya çalıştılar.⁶⁴ DSÖ'deki liderler, ilk uyarılar yapma konusunda kendi kararsızlıklarını sergilediler.⁶⁵ Brezilya ve ABD, iki ülke başkanının da liderlikten kaçınmasından muzdaripti, zira iki ülke başkanı da 2020 yılı boyunca kamu sağlığına yönelik söz konusu tehdidin ciddiyetini inkar edecek birçok şey yaptı.⁶⁶ Başkan Bolsonaro ve o zaman başkan olan Trump, yalnızca viral salgının kontrolünü ele geçirmek için adım atmakta başarısız olmadı; virüs ve önerilen davranışsal uygulamalar hakkında çelişkili açıklamalarda bulunarak halk sağlığı görevlilerinin risk iletişimi çabalarını bulandırarak aslında işleri daha da kötüleştirdiler.⁶⁷ En azından Amerika Birleşik Devletleri'nde, 2021'de başkanlık yönetiminin değişmesi, pandemiye müdahale açısından yeni bir imkân sunuyor.

Amerika Birleşik Devletleri, ülkenin 2020'de virüse verdiği yavaş tepki ve yılın büyük bölümünde eyalet düzeyindeki ve mahalli düzeydeki tutarsız müdahaleleri nedeniyle gereksiz can kayıplarına maruz kaldı. Virüs kelimesi ilk kez ortaya çıktığında, ABD Hastalık Kontrol ve Önleme Merkezleri (CDC)

bölgesel COVID-19 müdahaleleri arasındaki ilişkiyi tartışıyor).

⁶³ Bkz. Oh, *yuk. dipnot 20* (Güney Kore'de COVID-19'a etkili ulusal ve özel müdahaleyi vurguluyor).

⁶⁴ Bkz. Shen, *The Delayed Response in Wuhan Reveals Legal Holes*, *yuk. dipnot 15* (Wuhan'da COVID-19'a gecikmiş müdahaleyi vurguluyor); deLisle & Shen, *yuk. dipnot 15 at 29–40* (Wuhan'daki COVID-19 müdahalesinde şeffaflık eksikliğini tanımlıyor).

⁶⁵ Bkz. Oswald Jansen, *Increasing the Legitimacy of the World Health Organization*, *REGUL. REV.* (Apr. 22, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/04/22/jansen-increasing-legitimacy-world-health-organization/> (DSÖ'nün COVID-19'a tepkisini açıklıyor).

⁶⁶ Bkz. Mariana Urban & Eduardo Saad-Diniz, *Why Brazil's COVID-19 Response Is Failing*, *REGUL. REV.* (June 22, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/06/22/urban-saad-diniz-brazil-covid-19-response-failing/> (Brezilya'daki başarısız COVID-19 müdahalesini detaylandırıyor); Cunha, *yuk. dipnot 13* (Başkan Bolsonaro'nun Brezilya'da COVID-19'a yanıt vermemesine dikkat çekiyor); Camacho & Glicksman, *yuk. dipnot 11* (Trump Yönetiminin COVID-19'a müdahalesinin başarısızlıklarını vurguluyor).

⁶⁷ Bkz. Urban & Saad-Diniz, *yuk. dipnot 65*; Camacho & Glicksman, *yuk. dipnot 11. Genel olarak bkz.* Ed Yong, *How the Pandemic Defeated America*, *ATLANTIC*, <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2020/09/coronavirus-american-failure/614191/> (Aug. 4, 2020, 1:12 PM) (“Trump, COVID-19 pandemisinin bir eş zamanlı hastalığıdır.”).

ve ABD Gıda ve İlaç Dairesi (FDA) başlangıçta, ihtiyatlı olma yönündeki normal eğilimlerini takip ederek testlerin geliştirilmesi yönünde yaklaştı,⁶⁸ bu normal zamanlarda uygundur ancak bu yaklaşım, virüsün kök salmasına ve nüfusa yayılmasına izin veren yaklaşık üç, dört önemli haftayı kaybedecek bir sonuç olarak ortaya çıktı. Amerika Birleşik Devletleri'nin o ilk günlerinde eksik olduğu şey, Beyaz Saray'ın iyi niyetli bir bürokratik liderliğin tersine Hastalık Kontrol ve Önleme Merkezleri ile Gıda ve İlaç İdaresi'ndeki normal çalışma biçimlerinden koparmak ve onları hızlı hareket etmeye ve ülkenin test kapasitesini geliştirmek için alternatif test yöntemlerini onaylamaya zorlamasıydı.⁶⁹

Başkan Trump sadece bu tür gereken liderliği sağlamakta başarısız olmakla kalmadı, aynı zamanda Mart 2020'nin başlarında, enfeksiyon vakalarını tespit etmek için test yapılmasına açıkça direndi⁷⁰ -bu durumu aylarca sürdürdü- o, testin viral enfeksiyonu önlemenin esaslı bir bileşeni olduğuna değil, yalnızca kendisinin politik imajına zarar verdiğine inandı.⁷¹ Başkan Trump, federal hükümet ve eyaletler arasında yanıtları koordine etmeye yardımcı olmak yerine, eyaletler arası bir salgınla başa çıkma sorumluluğunu “büyük ölçüde eyaletlere yükledi”.⁷² Biden Yönetimi çok daha

⁶⁸ Bkz. Coglianesi, *Obligation Alleviation During the COVID-19 Crisis*, yuk. dipnot 32 (ABD Hastalık Kontrol ve Önleme Merkezleri ile ABD Gıda ve İlaç İdaresi tarafından COVID-19'a yanıt olarak alınan başlangıçtaki temkinli yaklaşımı tartışılıyor). Yararlı daha fazla tartışma için, bkz. Walter G. Johnson & Gary E. Marchant, *Legislating in the Time of a Pandemic: Window of Opportunity or Invitation for Recklessness?*, J.L. & BIOSCIENCES 1, 4–5 (2020), <https://academic.oup.com/jlb/article-pdf/7/1/1/1saa042/33744178/1saa042.pdf>.

⁶⁹ Test fiyaskosunun aydınlatıcı bir açıklaması için, bkz. Lawrence Wright, *The Plague Year*, NEW YORKER (Dec. 28, 2020), <https://www.newyorker.com/magazine/2021/01/04/the-plague-year>. Wright, “Amerika, kaybedilen Şubatı hiçbir zaman telafi etmedi” diye belirtiyor. *Aynı yazar*.

⁷⁰ Bkz. Morgan McFall-Johnsen, *Trump Said He Wants to Keep Grand Princess Cruise Passengers on the Ship so that US Coronavirus Numbers Don't 'Double.'* *That Strategy Failed in Japan*, BUS. INSIDER (Mar. 6, 2020, 8:16 PM), <https://www.businessinsider.com/trump-keep-passengers-on-grand-princess-cruise-ship-coronavirus-2020-3> (Trump'ın Grand Princess COVID-19 salgınına tepkisini tartışıyor.).

⁷¹ Bkz. Eric Litke, *Yes, Trump Said Positive COVID-19 Tests are Making the U.S. “Look Bad,” Referenced Slowing Testing*, POLITIFACT (June 24, 2020), <https://www.politifact.com/factcheck/s/2020/jun/24/priorities-usa-action/trump-positive-coronavirus-tests-slowdown-look-bad/> (Trump'ın COVID-19 testi konusundaki geri adımını tartışıyor).

⁷² Allison K. Hoffman & Simone Hussussian, *COVID-19 and Access to Medical Care in the United States*, REGUL. REV. (May 26, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/05/26/hoffman-hussussian-covid-19-access-medical-care-united-states/>. Hukukun, bu tür liderlik devrine ya da yöneticilere erişim sağlanması konusuna değinirken karşılaştığı zorluklara dair aydınlatıcı bir tartışma için. Bkz. Pozen & Scheppele, *yuk. dipnot 48*, at 615–17.

aktif bir yaklaşım sergileyebileceğinin sinyallerini verdi.

SONUÇ

Bilim adamları, politika yapımcılar ve dünyanın ilgili vatandaşları COVID-19 krizi ve sonuçlarıyla boğuşmaya devam ederken, bu özel sayıdaki makaleler, hukukun halk sağlığı krizlerine yanıt vermek için nasıl uyarlanabileceği ve tanzim edileceği/düzenleneceği hakkında değerli karşılaştırmalı bilgiler sunuyor. Karşılaştırmalı idare hukukunda bir çalışma olan bu özel sayı, Frank Goodnow'un "yalnızca çalışarak ve kendi idari metotlarımızla yabancılarınkini karşılaştırarak "modern ve karmaşık sosyal durumumuz" karşısında devletin idari kanadının devasa taleplerini karşılayabileceğimiz yönündeki yönlendirmesiyle kurulan zengin bir geleneğe dayanmaktadır.⁷³ Goodnow'un yaklaşımı, şu an yaşanan ortak küresel deneyime uzaktan da olsa yakın olan son küresel deneyim olan 2. Dünya Savaşı'ndan hemen sonra ilgi görmeye başladı.⁷⁴ Dünya yıkıcı bir salgınla karşı karşıya kaldığından ve hukukun, kamu refahını artırmak için hükümet politikaları, bireysel davranışlar ve ekonomik faaliyetlerle nasıl etkileşime girdiğini ve bunları nasıl şekillendirebileceğini açıkça anlaması gerektiğinden, idare hukukunun karşılaştırmalı çalışması bugün yeni bir önem taşımaktadır.

İleriye baktığımızda, bu mevcut krizden öğrenilen derslerin, düzenleyici yeniliklerin pozitif dinamiklerini besleyeceğini ve yargısal sınırlarının ötesine yayılmasını ve "istisnacı" ulusal düşüncenin prangalarından kurtulacağını umabiliriz.⁷⁵ Dünyanın dört bir yanındaki kanun yapımcılar ve politika danışmanları, küresel sağlık krizlerine karşı etkin düzenleyici tepkiler hakkında birbirlerinden öğrenmeye çalışarak ve en iyi uygulamaları ödünç alarak bir "zirve yarışı" sürdürmeye çalışmalıdır. En iyi düzenleyici rekabet türü, tüm ulusların bir sonraki viral salgınla daha iyi mücadele edebilecek yerel düzenlemelerinde ve devlet kurumlarında anlamlı değişiklikler ürettiğini

⁷³ Frank J. Goodnow, *Comparative Administrative Law: An Analysis Of The Administrative Systems, National And Local, Of The United States, England, France And Germany*, at iv (1893).

⁷⁴ Bkz. Roberto Scarciglia, *Reconsidering Comparative Methodology in Administrative Law*, 10 BEIJING L. REV. 1051, 1053 (2019) (İkinci Dünya Savaşı sonrasında takiben idare hukukundaki yükselişi tartışıyor).

⁷⁵ Bkz. Jeremy Konyndyk, *Exceptionalism Is Killing Americans*, FOREIGN AFFS. (June 8, 2020) <https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2020-06-08/exceptionalism-killing-americans> (Amerikan istisnacılığının olumsuz etkilerini yorumluyor).

gören bir rekabet olacaktır.⁷⁶

Ayrıca, bilim adamları ve politika yapıcılar, koronavirüs ile ilişkili düzenleme başarısızlıkların diğer ülkeler üzerindeki olumsuz yayılma etkilerini giderek daha fazla fark ederken, bu küresel salgından öğreneceğimizi umduğumuz bir başka ders, uluslararası mevzuat ve kamu sağlığı iş birliğinin önemi hakkındadır.⁷⁷ Bu ders, etkili aşuların dağıtımıyla ilgili olarak şu anda özel bir aciliyet kazanıyor, çünkü öldürücü bir “aşı milliyetçiliği” olasılığı pandemiyi yalnızca daha da uzatabilir.⁷⁸ Nihayetinde, kriz yatıştığında, farklı ülkelerin nasıl tepki verdiği ve nasıl ilerlediği üzerine düşünmenin, uluslararası halk sağlığı kurumlarının güçlendirilmesine ve düzenleme işbirliğinin güçlendirilmesine yönelik ivmenin yenilenmesine yardımcı olabileceğini umuyoruz.⁷⁹

Dünya, 2008 küresel mali krizinin⁸⁰ harekete geçirdiği “ardı arkası kesilmeyen olumsuz siyasi sonuçlarıyla” bugün bile mücadele ederken önümüzdeki yıllarda mevcut pandemiden dolayı daha da derin olumsuz sonuçlar yaşama ihtimali öngörülebilirken, *Administrative Law Review*'daki bu özel sayının ve ilham vermesini umduğumuz daha fazla bilimsel araştırmanın, ulusların şimdi ve gelecekte küresel sağlık tehditleri karşısında nasıl tepki vereceğini iyileştirmede küçük bir rol oynayabileceğini umuyoruz.

⁷⁶ Bkz. CARY COGLIANESE & ROBERT A. KAGAN, REGULATION AND REGULATORY PROCESSES, at xi, xiii (2007) (sağduyulu düzenleyici rekabetin yararlarını tartışıyor).

⁷⁷ Bkz. Elizabeth Golberg, *Regulatory Cooperation to Combat Public Health Crises*, REGUL. REV. (Apr. 27, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/04/27/golberg-regulatory-cooperation-combat-public-health-crises/> (düzenleyici işbirliği ve kamu sağlığı krizinin el ele gittiğine dikkat çekiyor)

⁷⁸ Thomas J. Bollyky & Chad P. Bown, *Vaccine Nationalism Will Prolong the Pandemic*, FOREIGN AFFAIRS (Dec. 29, 2020), <https://www.foreignaffairs.com/articles/world/2020-12-29/vaccine-nationalism-will-prolong-pandemic>

⁷⁹ Bkz. Reeve T. Bull v.d., *New Approaches to International Regulatory Cooperation: The Challenge of TTIP, TPP, and Mega-Regional Trade Agreements*, 78 LAW & CONTEMP. PROBS. 1, 1, 20, 26–27, 29 (2015).

⁸⁰ Frances Z. Brown v.d., *How Will the Coronavirus Reshape Democracy and Governance Globally?*, CARNEGIE ENDOWMENT FOR INT'L PEACE (Apr. 6, 2020), <https://carnegieendowment.org/2020/04/06/how-will-coronavirus-reshape-democracy-and-governance-globally-y-pub-81470>.

KAYNAKÇA

- Ammann O, Regulatory Uncertainty over Emergency Powers in Switzerland, *Regulatory Review* (May 29, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/05/29/ammann-regulatory-uncertainty-over-emergency-powers-switzerland/>
- Balmer C / Amante A, Why Us Again? Italy Suffers Disproportionate Toll in Second COVID Wave, *REUTERS* (Dec. 14, 2020), <https://www.reuters.com/article/health-coronavirus-italy-dead/why-us-again-italy-suffers-disproportionate-toll-in-second-covid-wave-idUKKBN28O20I>
- Benedetto M. D, Regulating in Times of Tragic Choices, *Regulatory Review* (May6,2020), <https://www.theregreview.org/2020/05/06/de-benedetto-regulating-times-tragic-choices/>
- Berdy M A, How Russia's Coronavirus Crisis Got So Bad, *POLITICO* (May 19, 2020), <https://www.politico.com/news/magazine/2020/05/19/moscow-coronavirus-vladimir-putin-265227>
- Bhatia G, India's Executive Response to COVID-19, *REGUL. REV.* (May 4, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/05/04/bhatia-indias-executive-response-covid-19/>
- Bradford A, No, Brexit Won't Free the U.K. From EU Regulations, (Feb.7, 2020) <https://www.wsj.com/articles/no-brexite-wont-free-the-u-k-from-eu-regulations-11581087277>
- Branford S / Torres M, Bolsonaro Pledges Government Shakeup, Deregulation, Amazon Development, *MONGABAY* (Nov. 19, 2018), <https://news.mongabay.com/2018/11/bolsonaro-pledges-government-shakeup-deregulation-amazon-development/>
- Brittany R. M/ Liberto J/Paletta D, What Trump proposed in his 2021 budget,
- Bull R T v.d., New Approaches to International Regulatory Cooperation: The Challenge of TTIP , TPP , and Mega-Regional Trade Agreements, 78 *LAW & CONTEMP. PROBS.* 1, 1,29 (2015).
- Camacho, A. E, Robert L *Regulatory Review* ,(May 19, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/05/19/camacho-glicksman-trump-administration-pandemic-response-structured-fail/>

- Chachko E/ Shinar A, Israel Pushes its Emergency Powers to Their Limits, REGUL. REV. (Apr. 28, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/04/28/chachko-shinar-israel-pushes-emergency-powers-limits/>
- Coglianesi C, “Law as Scapegoat” , Maria De Benedetto (Anthology Editor), Nicola Lupo (Anthology Editor), Nicoletta Rangone (Anthology Editor), The Crisis of Confidence in Legislation, International Association of Legislation (IAL),Hart Publishing, 2020.
- Coglianesi C, Let’s Be Real About Trump’s First Year in Regulation, Regulatory Review (Jan. 29, 2018), <https://www.theregreview.org/2018/01/29/lets-be-real-trumps-first-year-regulation/>
- Coglianesi C, Natasha Sarin, and Stuart Shapiro, Deceptive Deregulation, (Nov. 2, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/11/02/coglianesi-sarin-shapiro-deregulatory-deceiving/>
- Coglianesi C, Obligation Alleviation During the COVID-19 Crisis, Regulatory Review (Apr. 20, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/04/20/coglianesi-obligation-alleviation-during-covid-19-crisis/>.
- Coglianesi C, Regulatory Vigilance in a Changing World, Regulatory Review Feb.25, 2019), <https://www.theregreview.org/2019/02/25/coglianesi-innovation-regulatory-vigilance/>.
- Comparing Nations’ Responses to Covid-19, Regulatory Review, <https://www.theregreview.org/2020/04/20/comparing-nations-responses-covid-19/>
- Cooley A / Nexon D. H, How Hegemony Ends: The Unraveling of American Power, FOREIGN AFFS. (July/Aug. 2020), <https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2020-06-09/how-hegemony-ends?>.
- Court. J/ Tomás-Correa J, Chile’s Political and Institutional Response to COVID-19, REGUL. REV. (June 24, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/06/24/court-correa-chile-political-institutional-response-covid-19/>
- Cunha, B. Q, Brazil’s COVID-19 Response Is Caught Between Denialism and Technocratic Hubris, REGUL. REV. (June 1, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/06/01/cunha-brazil-covid-19-response-caught-between-denialism-technocratic-hubris/>

- De Lisle J, China's Administrative State Is Both a Blessing and a Curse, *Regulatory Review* ,(June 30, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/06/30/delisle-china-administrative-state-both-blessing-curse/>
- De Lisle J/ Kui S, "Lessons from China's Response to COVID-19: Shortcomings, Successes, and Prospects for Reform in China's Regulatory State" (2020). Faculty Scholarship at Penn Law. 2239. https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2239
- E-Metzger G, Foreword: 1930s Redux: The Administrative State Under Siege, *131 Harvard Law Review*, 1, 2 (2017).
- Edgar A, Disrupting Administrative Law in a Public Health Crisis, *Regulatory Review* (Apr. 24, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/04/24/edgar-disrupting-administrative-law-public-health-crisis/>
- Fairgrieve D, The U.K. Races to Catch Up on COVID-19, *Regulatory Review*,(Apr. 30, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/04/30/fairgrieve-uk-races-to-catch-covid-19/>
- Frieden T, Which Countries Have Responded Best to Covid-19?, *WALL ST. J.* (Jan. 1, 2021, 11:00 AM) <https://www.wsj.com/articles/which-countries-have-responded-best-to-covid-19-11609516800>
- G-Nicola F, Exporting the Italian Model to Fight COVID-19, *Regulatory Review* (Apr. 23, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/04/23/nicola-exporting-italian-model-fight-covid-19/>
- G. Johnson W, Gary E. Marchant, Legislating in the Time of a Pandemic: Window of Opportunity or Invitation for Recklessness?, *J.L. & BIOSCIENCES* 1, 4–5 (2020), <https://academic.oup.com/jlb/article-pdf/7/1/lsaa042/33744178/lsaa042.pdf>.
- Gadsden A, The Post-COVID-19 Future of Surveillance in China, *PERRY WORLD HOUSE* (May 20, 2020), <https://global.upenn.edu/perryworldhouse/news/post-covid-19-future-surveillance-china>.
- Gan N, China's New Coronavirus Outbreak Sees Beijing Adopt 'Wartime' Measures as Capital Races to Contain Spread, *CNN*, (June 16, 2020) <https://www.cnn.com/2020/06/15/asia/coronavirus-beijing-outbreak-intl-hnk/index.html>
- Gebrekidan S, For Autocrats, and Others, Coronavirus Is a Chance to Grab

- Even More Power, N.Y. TIMES, <https://www.nytimes.com/2020/03/30/world/europe/coronavirus-governments-power.html> (April 14, 2020).
- Ginsburg T / Versteeg M, The Bound Executive: Emergency Powers During the Pandemic (Univ. of Chi. Pub. L. Working Paper, Paper No. 747, 2020), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3608974.
- Golberg E, Regulatory Cooperation to Combat Public Health Crises, REGUL. REV. (Apr. 27, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/04/27/golberg-regulatory-cooperation-combat-public-health-crises/>
- Guim M, Mexico's Untimely Fight Against Coronavirus, Regulatory Review (May 27, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/05/27/guim-mexico-untimely-fight-against-coronavirus/>
- Hoffman A. K/ Hussussian S., COVID-19 and Access to Medical Care in the United States, Regulatory Review (May 26, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/05/26/hoffman-hussussian-covid-19-access-medical-care-united-states/>.
- Horowitz J, For Europe, It's Wave After Wave, N.Y. TIMES (Dec. 22, 2020), <https://www.nytimes.com/interactive/2020/12/22/world/europe/covid-europe-hospitals.html>;
- <https://www.washingtonpost.com/graphics/2020/business/trump-budget-2021/>
- Huang, Cheng-Yi, Soft Regulation and Hard Compliance in Taiwan, Regulatory Review (June 11, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/06/11/huang-soft-regulation-hard-compliance-taiwan/>
- J. Bollyky T / P. Bown C, Vaccine Nationalism Will Prolong the Pandemic, FOREIGN AFFAIRS (Dec. 29, 2020), <https://www.foreignaffairs.com/articles/world/2020-12-29/vaccine-nationalism-will-prolong-pandemic>.
- Jansen O, Administrative Law Rules and Principles in Decision making of the World Health Organization During the COVID-19 Pandemic, 73 ADMIN. L. REV. 165,(2021)
- Jansen O, Increasing the Legitimacy of the World Health Organization, Regulatory Review (Apr. 22, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/04/22/jansen-increasing-legitimacy-world-health-organization/> (explaining the WHO's response to COVID-19).

- Kageyama Y, Japan Declares Emergency For Tokyo Area As Cases Spike, ASSOCIATED PRESS (Jan. 7, 2021), <https://apnews.com/article/tokyo-emergency-coronavirus-spike-japan-01e0916762eaa06d3d65510bcd271967>.
- Kleinfeld R, Do Authoritarian or Democratic Countries Handle Pandemics Better?, <https://carnegieendowment.org/2020/03/31/do-authoritarian-or-democratic-countries-handle-pandemics-better-pub-81404>
- Konyndyk J, Exceptionalism Is Killing Americans, FOREIGN AFFS. (June 8, 2020) <https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2020-06-08/exceptionalism-killing-americans>
- Kui S, The Delayed Response in Wuhan Reveals Legal Holes, Regulatory Review, (Apr. 20, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/04/20/delayed-response-wuhan-reveals-legal-holes/>
- L. Haffajee L R, Michelle M. Mello, Thinking Globally, Acting Locally—The U.S. Response to Covid-19, 382 NEW ENG. J. MED., May 28, 2020,
- Lawler, D, Special Report: Europe Braces for Monster 2nd Coronavirus Wave, AXIOS (Oct. 15, 2020), (Dec. 22, 2020), <https://www.axios.com/europe-second-wave-covid-lockdowns-de426ae5-e1c5-4855-9023-633842f96615.html>; Jason Horowitz, For Europe, It's Wave After Wave, N.Y. TIMES
- Lawless J, England to Enter New Lockdown; UK Virus Cases Pass 1 Million, ASSOCIATED PRESS (Oct. 31, 2020), <https://apnews.com/article/virus-outbreak-england-london-boris-johnson-371b19c116876d9fe2052bf96010bfd6>.
- Litke E, Yes, Trump Said Positive COVID-19 Tests are Making the U.S. “Look Bad,” Referenced Slowing Testing, POLITIFACT (June 24, 2020), <https://www.politifact.com/factchecks/2020/jun/24/priorities-usa-action/trump-positive-coronavirus-tests-slowdown-look-bad/>
- McFall-Johnsen M, Trump Said He Wants to Keep Grand Princess Cruise Passengers on the Ship so that US Coronavirus Numbers Don't ‘Double.’ That Strategy Failed in Japan, BUS. INSIDER (Mar. 6, 2020, 8:16 PM), <https://www.businessinsider.com/trump-keep-passengers-on-grand-princess-cruise-ship-coronavirus-2020-3>
- McLaughlin E/Mortensen A/ Di-Donato V, Salvini says he wants pre-

- Maastricht EU rules, ahead of far-right rally, CNN, <https://www.cnn.com/2019/05/18/europe/matteo-salvini-european-union-rally-intl/index.html> (May 19, 2019)
- Nguyen T M, Vietnam's Astonishing Success at Curbing COVID-19 Outbreaks, *Regulatory Review* (June 4, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/06/04/nguyen-vietnam-astonishing-success-curbing-covid-19-outbreaks/>.
- Nicola F/ Gino S, The Italian Model to Fight COVID-19: Regional Cooperation, Regulatory Inflation and the Cost of One-Size-Fits-All Lockdown Measures, *73 Administrative Law Review*. 53, (2021)
- O'neill T / Hymel G, All Politics Is Local, And Other Rules Of The Game
- Oh S, South Korea's Success Against COVID-19, *REGUL. REV.* (May 14, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/05/14/oh-south-korea-success-against-covid-19/>.
- Parker R W, Lessons From New Zealand's COVID-19 Success, *REGUL. REV.* (June 9, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/06/09/parker-lessons-new-zealand-covid-19-success/>
- Parker R W, Why America's Response to the COVID-19 Pandemic Failed: Lessons from New Zealand's Success, *73,Administrative Law Review*. 77, (2021)
- Perroud T / Guernaoui E, France's Health Crisis Is a Democracy Crisis, Too, *REGUL. REV.* (Apr. 21, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/04/21/perroud-guernaoui-frances-health-crisis-democracy-crisis/>
- Pietromarchi V, Iran Braces for a New Coronavirus Wave After Surge in Infections, *AL JAZEERA* (June 6, 2020),<https://www.aljazeera.com/news/2020/06/iran-braces-coronavirus-wave-surge-infections-200605211903567.html>
- Pozen, D. E. / Kim Lane Scheppele, Executive Underreach, In *Pandemics and Otherwise*, 114 *AMER. J. INT'L. L.* 608, (2020)
- Public Trust in Government: 1958-2019, *PEW RSCH. CTR.* (Apr. 11, 2019), <https://www.pewresearch.org/politics/2021/05/17/public-trust-in-government-1958-2021/>

- Quinot G, Justification, Integration and Expertise: South Africa's Regulatory Response to COVID-19, 73 Administrative Law Review. 105, (2021)
- Quinot G, Regulatory Justification and Coordination in South Africa, Regulatory Review (Apr. 29, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/04/29/quinot-regulatory-justification-coordination-south-africa/>
- Rangone N, Italy's Complex Legislative Framework Impairs Its COVID-19 Response, REGUL. REV. (June 8, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/06/08/rangone-italy-complex-legislative-framework-impairs-covid-19-response/>
- Remeikis A/ Morrison F, Trump-Style Economic Plan in Pledge to Cut More Red Tape, GUARDIAN (June 23, 2019, 11:29 PM), <https://www.theguardian.com/australia-news/2019/jun/24/scott-morrison-flags-trump-style-economic-plan-in-pledge-to-cut-more-red-tape>
- Saurer J, COVID-19 and Cooperative Administrative Federalism in Germany, Regulatory Review, (May 13, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/05/13/saurer-covid-19-cooperative-administrative-federalism-germany/>
- Saurer J, Patterns of Cooperative Administrative Federalism in the German Response to COVID-19, 73 ADMIN. L. REV. 139 (2021).
- Scarciglia R, Reconsidering Comparative Methodology in Administrative Law, 10 BEIJING L. REV. 1051.
- Scheppele K. L, Law in a Time of Emergency: States of Exception and the Temptations of 9/11, 6 J. CONST. L. 1001, 1079 (2004).
- Sokołowski M M, Regulation in the COVID-19 Pandemic and Post-Pandemic Times: Day-Watchman Tackling the Novel Coronavirus, TRANSFORMING GOV'T: PEOPLE, PROCESS & POL'Y (forthcoming 2021), <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/TG-07-2020-0142/full/html>.
- Special Report: 50,000 COVID-19 Deaths and Rising How Britain Failed to Stop The Second Wave, REUTERS (Nov. 24, 2020, 4:34 AM), <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-britain-new-wave-sp/special-report-50000-covid-19-deaths-and-rising-how-britain-failed-to-stop-the-second-wave-idUSKBN284112>

- T. Bennett J, Frustrated by “My Generals,” Trump Turns to “My Actings,” ROLL CALL (Jan. 14, 2019), <https://www.rollcall.com/2019/01/14/frustrated-by-my-generals-trump-turns-to-my-actings/>
- Tan, K.Y.L, Singapore’s Regulatory Response to COVID-19, REGULATORY REVIEW (June 15, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/06/15/tan-singapore-regulatory-response-covid-19/>.
- Urban M, Eduardo Saad-Diniz, Why Brazil’s COVID-19 Response Is Failing, REGUL. REV. (June 22, 2020), <https://www.theregreview.org/2020/06/22/urban-saad-diniz-brazil-covid-19-response-failing/>
- Yong E, How the Pandemic Defeated America, ATLANTIC, <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2020/09/coronavirus-american-failure/614191/>
- Yoon D / Inada M, Covid-19 Surge Hits South Korea and Japan, After They Had Contained Virus, WALL ST. J., (Dec. 9, 2020), <https://www.wsj.com/articles/covid-19-surge-hits-parts-of-asia-seen-as-pandemic-success-stories-11607523625>
- Yuan L, In a Topsy-Turvy Pandemic World, China Offers Its Version of Freedom, (Jan. 14, 2021). <https://www.nytimes.com/2021/01/04/business/china-covid19-freedom.html>
- Z-Brown F,et al., How Will the Coronavirus Reshape Democracy and Governance Globally?, CARNEGIE ENDOWMENT FOR INT’L PEACE (Apr. 6, 2020), <https://carnegieendowment.org/2020/04/06/how-will-coronavirus-reshape-democracy-and-governance-globally-pub-81470>.
- Zhong R, How Taiwan Plans to Stay (Mostly) Covid-Free, N.Y. TIMES(Jan 11, 2021), <https://www.nytimes.com/2021/01/02/world/asia/taiwan-coronavirus-health-minister.html>

