

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 24

Sayı: 2

2022



ISSN 1303-6963

İZMİR - 2022



DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt / Volume : 24

Sayı/Number: 2

Yıl / Year : 2022



ISSN : 1303 - 6963

İzmir - 2022

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 24 Sayı: 2 Yıl: 2022

Yayın No: 09.1300.0000.000/BY.022.083.1141

ISSN: 1303-6963

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

Sorumlu Müdür : Doç. Dr. Lale Burcu ÖNÜT (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

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

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

Editör : Doç. Dr. Lale Burcu ÖNÜT (Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi)

Editör Yardımcıları :

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

Arş. Gör. Dr. Burcu DEMİRBAŞ AKSÜT (DEÜ, Hukuk Fakültesi) Arş. Gör. İlker TEPE (DEÜ, Hukuk Fakültesi)

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

Arş. Gör. Arda Doruk KÖSE (DEÜ, Hukuk Fakültesi) Öğr. Görevlisi Serab ŞEN (DEÜ, Hukuk Fakültesi)

Yayın Kurulu :

Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Üniversitesi) Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi)

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

Prof. Dr. Serkan ÇINARLI (İzmir Bakırçay Üniversitesi) Prof. Dr. Mine AKKAN (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Doç. Dr. Özge KARAEĞE (İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi) Doç. Dr. Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Doç. Dr. Koray DOĞAN (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Danışmanlar Kurulu :

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU (İstanbul Aydın Üniversitesi) Prof. Dr. Erdal ONAR (İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi)

Prof. Dr. Melda SUR (İzmir Ekonomi Üniversitesi) Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi)

Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Marmara Üniversitesi) Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR (Dokuz Eylül Üniversitesi)

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

Tasarım ve Mizanpaj : Öğr. Görevlisi Serab ŞEN

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

Dergide yayınlanan makaleler kaynak gösterilmeden kullanılamaz.

Basım Yeri : Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası

Basım Tarihi : 25.11.2022

Basım Adedi : 50

Basım Yeri Adresi : Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası
DEÜ Tınaztepe Kampüsü 35390 Buca - İzmir
Tel : 0(232) 301 93 00 - Fax : 0(232) 301 93 13

© Tüm Hakları Saklıdır.

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

Öz Değerleri

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

Temel Amacı

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

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Yayın İlkeleri

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

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

9. Dergiye gönderilen yazılarda **hem İngilizce hem de Türkçe** olmak üzere yazı **başlığı (title)**, **en az 100 en fazla 200 kelimedenden oluşan öz (abstract)** ve **5 adet anahtar kelime (keywords)** belirtilmiş olmalıdır. Yabancı dilde yazılan makaleler için ise, makalenin yazıldığı dilde ve Türkçe öz eklenmelidir.
10. Gönderilecek yazıların **Times New Roman** karakterinde, ana metnin **1,5 satır aralığında** ve **12 punto**, dipnotların **10 punto** (tek satır aralığında) olarak hazırlanması, kenar ve alt-üst boşluklarının 2,5 cm olması ve (kaynaklar dâhil) **50 sayfayı (çeviriler için en fazla 30 sayfa)** geçmemesi gerekmektedir.
11. Metin içerisinde başlıklar aşağıdaki şekilde numaralandırılmalı ve gösterilmelidir:
- I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF**
- A. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük**
- 1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük**
- a. Kalın ve sadece ilk harf büyük**
- aa. Kalın ve sadece ilk harf büyük**
- aaa. Kalın ve sadece ilk harf büyük**
12. Atıflar, sayfa altında dipnot şeklinde gösterilir. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.
13. Dipnot ve Kaynakçada yer alan eserlerin aşağıdaki şekilde gösterilmesi zorunludur:
- Kitaplar:** Yazarın **Soyadı (Bold)**, Adı: Eserin Adı, Bası Sayısı, Yayınevi, Eserin Basıldığı Yer ve Yılı, Sayfa Numarası
- Edis**, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Sevinç Matbaası, Ankara 1993.
- ❖ Aynı yazarın birden fazla eserine yapılacak atıflarda, eserin başlığı kısaltma şeklinde dipnotlarda ve kaynakçada belirtilmelidir.
- Edis**, Seyfullah: Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata, Sevinç Matbaası, Ankara 1973, (Hata).
- ❖ Birden fazla yazarlı eserlere yapılan atıflarda tüm yazarların **Soyadı**, Adı/**Soyadı**, Adı şeklinde atıf yapılmalı, “vd., ve diğerleri” şeklinde kısaltma yapılmamalıdır.
- Zevkliler**, Aydın/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri, 17. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara 2017, s. 192.

- ❖ Sonraki dipnotlarda yazarın **Soyadı**, s. (sayfa numarası) şeklinde atıf yapılmalıdır.
Ayiter, s. 79; **Edis**, s. 107.
 - ❖ Çeviri kitaplara atıfta bulunulması halinde çeviren çev. şeklinde kısaltılmadır.
von Tuhr, Andreas (çev. Cevat Edege); Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Ankara 1983, s. 998.
 - ❖ **Makaleler:** Yazarın **Soyadı (Bold)**, Adı: Makalenin Adı (tırnak içinde), Derginin Adı, Cilt, Sayı, Yıl, Sayfa Numarası (Kaynakçada makalenin yer aldığı sayfa aralığı belirtilmelidir)
Öztürk, Bahri: “CMUK Reformu ve Delil Yasakları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1-2, 1994, s. 39-49.
 - ❖ **Kararlar:** Mahkeme adı kısaltması, Dairesi, Karar Tarihi, Esas numarası/ Karar numarası (Kararın Yayın Yeri ve Erişim Tarihi)
Yarg. 5. HD., T. 6.10.2011E. 2011/7613, K. 2011/15694, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 1.1.2021)
 - ❖ Elektronik kaynaklarda erişim adresinin ve tarihinin de belirtilmesi gerekir.
14. Yazıların ilk değerlendirmesi Editör Kurulunca yapılacak olup, yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, yayın/etik ilkelerine açık aykırılık, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, derginin yayın kalitesi ve standardının altında bulunması ve hakemlerin önerdiği düzeltmelerin 20 gün içinde yapılmaması, yazının Editör Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir.
 15. Yapılacak ilk değerlendirmede, hakeme gönderilmesine karar verilen yazılar (**ULAKBİM**) kriterlerine göre ismi saklı tutulan iki hakeme gönderilecek, hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilecektir.
 16. Hakemlerden gelen raporlardan birinin olumsuz, diğerinin olumlu olması durumunda, üçüncü bir hakem incelemesi yapılacaktır. Hakem raporlarının olumsuz olması durumunda yazı yayımlanmayacaktır. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde ve en geç 20 gün içinde değişiklikler yapılacaktır. Belirtilen sürede düzeltmelerin yapılmaması halinde, editör kurulu yazının geri çevrilmesi konusunda takdir hakkını saklı tutar.
 17. Hakemlerden herhangi birinin gönderilen yazıda bilimsel araştırma ve yayın etiğine aykırılık olduğu yönünde kanaat bildirmesi durumunda, yazara yazının Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi’nde yayımlanmaya uygun görülmediği bildirilecektir. Yayın Kurulu, hakem incelemesinden

VIII

geçmiş olmasına rağmen, eserin yayımlanmasına engel oluşturan herhangi başka bir durumun tespit edilmesi halinde, gerekçesi yazara bildirilmek şartıyla eserin yayımlanmaması konusundaki takdir hakkını saklı tutar.

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

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ**Hukuk Fakültesi Dergisi****Cilt: 24 Sayı: 2 Yıl: 2022****İÇİNDEKİLER****ARAŞTIRMA MAKALELERİ****Doç. Dr. Emel BADUR/Dr. Öğr. Üyesi Eser US DOĞAN**

Hekimin Rücuen Tazminat Sorumluluğu Hakkında Güncel
Gelişme ve Değerlendirmeler581-618

Dr. Öğr. Üyesi Efser ERDEN TÛTÛNCÛ

Vücuda Organ veya Sair Cisim Sokmak Suretiyle İşlenen
Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Teşebbüse İlişkin Sorunlar619-672

Dr. Öğr. Üyesi İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU

Limited Şirketler Hukukunda Geçerli Yazılı Olmayan Prensipler673-715

Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur KAYA

Parliamentarism, Rationalized Parliamentarism and
Applicability in Turkey717-741

Dr. Öğr. Üyesi Murat Can PEHLİVANOĞLU

Anonim Şirketlerde Metaverse Ortamında Genel Kurul Toplantısı
Yapılması743-770

Dr. Öğr. Üyesi Burak PINAR

Kamu Alacaklarının Vergi İncelemesi Sürecinde Teminat
Altına Alınması771-803

Dr. Öğr. Üyesi Murat SARIKAYA

Miras Payının Devrine Yönelik Sözleşmelerin Konu Unsuru
Bakımından İncelenmesi805-832

X

Dr. Öğr. Üyesi Ali Haydar YAĞCIOĞLU

Ölüm Karinesi.....833-885

Arş. Gör. Dr. Ali Selkor ATAK

Antik Roma’da Atletizm Yarışmalarının Tarihî Gelişimi ve Roma Hukukunda Profesyonel Atletlere İlişkin Bazı Hukukî Meseleler.....887-929

Arş. Gör. Dr. Cansu KOÇ BAŞAR

Orta Çağ Avrupası’nda Cadı Yargılamaları931-964

Arş. Gör. Nihal ÖZKARDEŞ

Devlet Desteği Hukuku Bakımından Kamu Özel İşbirliği Modeline Dayalı Sözleşmelerde Yer Alan Devlet Garantilerinin Değerlendirilmesi.....965-1015

Arş. Gör. Mehmet Mert ÖZYILDIRIM

Roma Hukukunda Uzun Süreli Kira Hakkı (Ius Emphyteusis)1017-1057

Arş. Gör. Arif Emre SÜMER

Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi Sebeplerinden Yeni Olaylar veya Yeni Delillerin Ortaya Çıkması1059-1092

Orhan Gazi SARIDAĞ

Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuktan Kaynaklanan Bazı Sorunlar1093-1119

Tahira GARABEYLİ

Historical Overview of the Concept of Children’s Rights1121-1167

DOKUZ EYLUL UNIVERSITY**Faculty of Law Review****Volume: 24 Number: 2 Year: 2022****CONTENTS****RESEARCH ARTICLES**

- Assoc. Prof. Dr. Emel BADUR / Assist. Prof. Dr. Eser US DOĞAN**
Current Developments and Evaluations About the Physician's
Liability for Recourse581-618
- Assist. Prof. Dr. Efsar ERDEN TÛTÛNCÛ**
Issues Regarding Criminal Attempt in Terms of Rape and Sexual
Assault by Penetration.619-672
- Assist. Prof. Dr. İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU**
Unwritten Principles Applied to Law of Limited Liability
Companies673-715
- Assist. Prof. Dr. Semih Batur KAYA**
Parliamentarism, Rationalized Parliamentarism and
Applicability in Turkey717-741
- Assist. Prof. Dr. Murat Can PEHLİVANOĞLU**
Shareholder Meetings in Metaverse743-770
- Assist. Prof. Dr. Burak PINAR**
Securing Public Receivables in the Tax Inspection Process771-803
- Assist. Prof. Dr. Murat SARIKAYA**
Examination of the Contracts Regarding the Transfer of Shares
of the Estate in Terms of the Relevant Subject805-832

Assist. Prof. Dr. Ali Haydar YAĞCIOĞLU

The Presumption of Death833-885

Research Assist. Dr. Ali Selkor ATAK

The Historical Development of Athletic Contests in Ancient Rome
and Some Legal Issues Concerning Professional Athletes in
Roman Law.....887-929

Research Assist. Dr. Cansu KOÇ BAŞAR

The Witch Trials in the Medieval Europe.....931-964

Research Assist. Nihal ÖZKARDEŞ

Evaluation of State Guarantees Involved in Public Private
Partnership Contracts Within the Scope of State Aid Law.....965-1015

Research Assist. Mehmet Mert ÖZYILDIRIM

Emphyteutic Lease in Roman Law (Ius Emphyteusis).....1017-1057

Research Assist. Arif Emre SÜMER

Retrial in Criminal Procedure Law Due to Emergence of
New Events or New Evidences.....1059-1092

Orhan Gazi SARIDAĞ

Some Problems Arising from Mediation in Individual
Labour Law.....1093-1119

Tahira GARABEYLİ

Historical Overview of the Concept of Children's Rights.....1121-1167

HEKİMİN RÜCUEN TAZMİNAT SORUMLULUĞU HAKKINDA GÜNCEL GELİŞME VE DEĞERLENDİRMELER

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1182459>

Doç. Dr. Emel BADUR*

Dr. Öğr. Üyesi Eser US DOĞAN**

Öz

Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda yapılan değişiklikle hekimin rücuen tazminat sorumluluğu hakkında önemli bir değişiklik gerçekleşmiştir. Bu değişiklik en yalın anlatımla, muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle kamu kurum ve kuruluşları veya devlet üniversiteleri tarafından ödenen tazminatların, hekime rücu edilip edilmeyeceğine ve rücu miktarına, rücu alacaklısı idare tarafından değil; Mesleki Sorumluluk Kurulu tarafından karar verilmesidir.

Söz konusu değişiklik, kamu kurum ve kuruluşları ile devlet üniversitelerinde görev yapan sağlık personeline yöneliktir. Buna göre, idarenin sorumluluğunun söz konusu olup tazminat ödemek zorunda kaldığı durumlarda, sağlık personeline rücu etmesi belli şartlara bağlanmış ve usul de değiştirilmiştir. Bu değişikliğin, idarenin sorumluluğu, kamu görevlisi hekimin kişisel kusuru ve özellikle de anayasal düzenlemeler bağlamında hukuka uygunluğunun tartışılması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler

Rücu, Malpraktis, Hekim, İdarenin Sorumluluğu, Kişisel Kusur

* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Ankara, (badur@cankaya.edu.tr) ORCID: 0000-0002-5133-8541 (Geliş Tarihi: 12.08.2022-Kabul Tarihi: 22.09.2022) Yazar, *eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*

** Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Ankara, (eserus@cankaya.edu.tr) ORCID: 0000-0002-3766-6696 (Geliş Tarihi: 12.08.2022-Kabul Tarihi: 22.09.2022) Yazar, *eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*

CURRENT DEVELOPMENTS AND EVALUATIONS ABOUT THE PHYSICIAN'S LIABILITY FOR RECOURSE

(Research Article)

Abstract

With the amendment made in the Health Services Main Law, an important change has taken place regarding the physician's liability for recourse compensation. This amendment, in the basic terms, determines whether the compensation paid by public institutions and organizations or state universities due to medical procedures and practices related to examination, diagnosis and treatment will be recourse to the physician and the amount of recourse, not by the administration; It is decided by the Professional Liability Board.

The aforementioned amendment is for health personnel working in public institutions and organizations and state universities. Accordingly, in cases where the responsibility of the administration is in question and it has to pay compensation, the recourse to the health personnel is subject to certain conditions and the procedure has been changed. It is necessary to discuss the legality of the said amendment in the context of the liability of the administration, the personal fault of the public officer physician and especially the constitutional regulations.

Keywords

Recourse, Malpractice, Physician, Liability of the Administration, Personal Fault

GİRİŞ

7406 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 27.05.2022 tarihli Resmi Gazete'de¹ yayınlanarak yürürlüğe girmesiyle birlikte, hekimin rücuen tazminat sorumluluğu hakkında önemli bir değişiklik gerçekleşmiştir. Bu değişiklik en yalın anlatımla, muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle kamu kurum ve kuruluşları veya devlet üniversiteleri tarafından ödenen tazminatların, hekime rücu edilip edilmeyeceğine ve rücu miktarına, rücu alacaklısı idare tarafından değil; Mesleki Sorumluluk Kurulu tarafından karar verilmesidir.

Söz konusu yasal değişiklik, hekimin rücuen tazminat sorumluluğunun, doğrudan yargı kararıyla belirlenmesinden önce; bir de idari karar alma mekanizması tarafından değerlendirilmesini gerekli kılmıştır. Bu değişikliğin en belirgin sonucu, hekimin kusurundan kaynaklanan bazı zararların idare tarafından tazmin edilmesine rağmen; hekime rücu edilmemesi olasılığının Mesleki Sorumluluk Kurulu'nun kararına bağlı olarak mümkün kılınmasıdır.

Anılan yasal değişiklik sonrasında ilk kez Türk Hukukuna kazandırılan bu Kurul, aynı zamanda hekimlerin soruşturma izinlerinin verilmesi hakkında da yetkilendirilmiştir. Kurulun hekimin rücuen tazminat sorumluluğu olup olmadığını veya olduğu durumlarda bu sorumluluğun kapsamını tespit ederken kararına esas alacağı ölçüt, yasa koyucu tarafından, "*ilgilinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanıp kullanmadığı ve kusur durumu*" olarak belirlenmiştir.

Rücu, halihazırda malvarlığında taşıması gerekmeyen bir yükü taşımakta olan kişinin, bu geçici durumu sona erdirmek amacıyla, o yükün nihai sorumlusuna karşı başvuruda bulunmak konusunda sahip olduğu hak olarak tanımlanabilir. Özel hukukta rücu ilişkisi, bir kimsenin yüklenmesi gereken bir yükü (tazminatı), geçici olarak yüklenen kişinin; alacaklıya yaptığı ifa sonrasında, asıl ifa etmesi gereken kişiye başvurmasıyla oluşan hukuki duruma verilen isimdir. Bu sayede rücu eden ve edilen arasındaki iç ilişkide, bir denkleştirme ve denge sağlanmaktadır. Rücu hakkının kabulünün temelinde hakkaniyet düşüncesi yatmaktadır.

Buna karşılık kamu hukukunda, idarenin sorumluluğu asli olduğundan, idarenin kamu görevlisinin kusurundan dolayı tazminatı geçici olarak yükümlendiğini söylemek mümkün değildir. 7406 sayılı Kanunla rücuen taz-

¹ 25.05.2022 tarih ve 31848 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

minat sorumluluğuna ilişkin olarak yapılan değişikliğin kapsamı, kamu kurum ve kuruluşları ve Devlet üniversitelerinde görev yapan hekimlerle sınırlandırılmıştır. Bu durum, idare ile kamu görevlisi hekim arasındaki rücu ilişkisinin dayanak ve sonuçlarını ayırmayı gerektirmektedir. Diğer taraftan, özel sağlık kurum ve kuruluşlarıyla vakıf üniversitelerinde görev yapan hekimlerin rücu tazminat sorumluluklarının tabi olduğu hukuki rejimi etkileyen bir değişiklik yapılmamıştır. Bu durumun da anayasal eşitlik ilkesi açısından ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

I. HEKİMİN RÜCUEN TAZMİNAT SORUMLULUĞU

7406 sayılı Kanununun 14. maddesiyle 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na (SHTK) “*Ek Madde 18*” dahil edilmiştir. Makalenin devamında ek 18. madde olarak ifade olunacak, bu maddenin ikinci fıkrasında, “*Kamu kurum ve kuruluşları ve Devlet üniversitelerinde görev yapan hekim ve dış hekimleri ile diğer sağlık meslek mensuplarının sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle idare tarafından ödenen tazminattan dolayı ilgisine rücu edilip edilmeyeceğine ve rücu miktarına, ilgilinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanıp kullanmadığı ve kusur durumu gözetilerek Mesleki Sorumluluk Kurulu tarafından bir yıl içinde karar verilir.*” düzenlemesine yer verilmiştir.

Yasa koyucu tarafından kullanılan ifadeden anlaşılacağı üzere, hekimin rücu tazminat sorumluluğunun gündeme gelmesi için bazı unsurların kümülatif bir şekilde varlığı gerekir. Bunlardan ilki, idarenin bir rücu alacağına sahip olmasıdır. Ancak idarenin sahip olduğu rücu alacağına, sağlık mesleğinin icrası kapsamında yapılan muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalardan kaynaklanması ve hekimin kusurlu olarak görevini kötüye kullanmasına dayalı olması şarttır. Bu şartların varlığı halinde Mesleki Sorumluluk Kurulu, hekimin rücu tazminat sorumluluğu bulunup bulunmadığına ve miktarına dair bir karar verecektir.

Bu unsurlar, ek 18. maddenin 7. fıkrasında Sağlık Bakanlığı'na verilen uygulama Yönetmeliği çıkartma yetkisine dayalı olarak hazırlanan ve “*Sağlık Meslek Mensuplarının Tıbbi İşlem ve Uygulamaları Nedeniyle Soruşturulmasına ve İdarece Ödenen Tazminatın Rücu Edilmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*”² adı verilen düzenleme ile daha açık hale getirilmiştir.

² 15.06.2022 tarih ve 31867 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

A. İdarenin Rücu Alacağıın Varlığı

Hekimin rücuen tazminat sorumluluğundan söz edilebilmesi için, öncelikle idarenin bir rücu alacağına sahip olması gereklidir. Ancak yukarıda “Giriş” başlığında da kısaca belirtildiği üzere, idarenin rücu hakkının ve buna dayalı olarak ortaya çıkan rücu alacağıın sadece özel hukuk kavramlarıyla tanımlanmaya ve açıklanmaya çalışılması doğru değildir. Bu nedenle aşağıda öncelikle genel olarak rücu alacağına dair açıklamalar yapıldıktan sonra; idarenin sorumluluğu ve kamu görevlisinin kişisel kusuru kavramları da açıklığa kavuşturulmaya çalışılacaktır.

1. Genel Olarak Rücu Alacağı

Rücu alacağı, bir başkasına ait olan borcu ifa eden kişinin, borçlu konumunda olsa da olmasa da, asıl (veya diğer) borçludan isteyebileceği bir alacak hakkı olup; bu alacak hakkı, alacaklı taraf ile borçlu taraf arasında olan asıl ilişkiden bağımsız ve rücu eden ile rücu edilen arasında doğan yeni bir haktır³. Rücu alacağı, basit rücu alacağı ve halefiyetle güçlendirilmiş rücu alacağı olarak ikiye ayrılmaktadır.

Kanunda öngörülen ve halefiyet ile güçlendirilmemiş rücu alacaklarına, basit rücu alacağı adı verilmektedir. Basit rücu alacağıında rücu alacağı, borcu ifa eden kişinin şahsında, alacaklının haklarından tamamen bağımsız bir şekilde yeni bir hak ortaya çıkmaktadır. Bu durumun en önemli sonucu, kişinin şahsında rücu alacağı hakkı doğduğu andan itibaren muaccel olması ve zamanaşımı süresinin de işlemeye başlamasıdır.

Buna karşılık yasa koyucu, bazı hallerde borcu ödeyip alacaklıyı tatmin eden kişiyi daha fazla korumak için rücu hakkını halefiyetle güçlendirir ve böylece rücu hakkı sahibine sadece alacak hakkının değil alacaklının haklarının tamamen geçmesini sağlar⁴. Halefiyetle güçlendirilmiş rücu hakkının doğması için bu durumun mutlaka kanunla düzenlenmiş olması gerekir. Zira halefiyetle güçlendirilmiş rücu alacağı istisnai nitelikte bir alacak hakkıdır.

³ **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 24, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 194, 1215; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 24, Turhan Kitabevi, Ankara 2020, s. 948; **Antalya**, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 2, B. 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 668; **Ayan**, Serkan: “Müteselsil Borçlulukta Rücu Zamanaşımına İlişkin Bazı Sorunlar”, AHBVÜHFD, C. XXIV, S. 4, Ankara 2020, s. 9.

⁴ Halefiyet, alacaklıya ait hakların alacaklıyı tatmin ettiği ölçüde rücu hakkına sahip borçluya geçmesi sonucunu doğurur. **Eren**, s. 1355; **Antalya**, s. 669. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Sevinç Matbaası, Ankara 1979.

TBK'nın 62/2. maddesinde tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişinin, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olacağı düzenlenmiştir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında idarenin hekimden olan rücu alacağına halefiyetle güçlendirilmiş rücu alacağı olduğunun söylenmesi zordur. Zira rücu alacaklısı idare ile hekimin arasında müteselsil sorumluluk ilişkisi bulunmamaktadır. İdare hukukunda kamu görevlisine rücu edilmesi, müteselsil sorumluluk kapsamında değerlendirilmemektedir. Zira kamu hizmetinin sağlayıcısı olan ve yürütülmesinden sorumlu bulunan idarenin, kamu görevlisiyle müteselsil sorumluluğa sahip olduğunun kabul edilmesi halinde, zarar görenin zararını ister kamu görevlisinden ister ilgili idareden talep hakkı doğacaktır ki; bu durum aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere Anayasal ilkelerle bağdaşır nitelikte değildir.

Rücu alacağına doğması için gerçekleşmesi gereken şartlar, geçerli ifanın yapılması; borcun başkasına ait olması (veya hak sahibinin payından fazla ödemede bulunulması); alacaklının tatmini ve rücu hakkının kaybedilmemiş olmasıdır. Rücu edenin diğer borçlulara karşı rücu hakkını kullanabilmesi için, öncelikle yaptığı ifanın geçerli olması, yani usulüne uygun ve ifayı kabule yetkili kişiye (alacaklının kendisi veya yetkilendirdiği kişi) yapması gerekmektedir. Rücu hakkının kullanılabilmesi için aranan bir diğer unsur, alacaklının tatmin edilmiş olmasıdır. Alacaklının tatmininin takas veya ifa yoluyla yapılmasının bir önemi yoktur⁵.

Alacaklı tatmin edilmedikçe, borçlulardan herhangi birinin aleyhine açılan davada ifaya mahkum olması ya da alacaklının borçlulardan herhangi birine karşı ifa isteğinde bulunması hallerinde rücu hakkı doğmaz. Rücu hakkının kaybedilmemiş olmasından anlaşılması gereken, rücu edilenin borcunu ödemediği kaçınılmasını sağlayan savunma sebeplerinin bulunmamasıdır. Zira rücu edilen, asıl borç ilişkisinde kullanabileceği bu tür savunma gerekçelerini kullanarak ifadan kaçınma hakkına sahipse, bu hakkını rücu ilişkisine de taşıyabilecektir⁶.

Rücu alacağına kapsamı asıl borç, faizler ve masraflar olarak üçe ayrılır. Tazminatın tamamını yahut kendi payından fazlasını ifa ederek alacaklıyı tatmin eden kişi, diğer borçlulardan asıl borcu talep edebilir. Böylece rücu hakkına sahip olan rücu alacaklısı, asıl borcun değerinden daha düşük bir değeri ifa etmesi halinde, diğer borçlulara rücu ederken de bu düşük değer

⁵ Eren, s. 1354, 1357; Kılıçoğlu, s. 949.

⁶ Kılıçoğlu, s. 949.

üzerinden hakkını kullanabilir. Borcu ifa eden kişi, diğer borçlular için işleyen faizleri de ifa etmişse, ödediği faiz miktarını da diğer borçlulardan rücu hakkına sahiptir. Ayrıca kendisine borcun ifası için başvuru rücu eden, kendisine açılan davayı diğer borçlulara bildirmişse, rücu hakkı kapsamına masrafları da dahil edebilir.

İdare hukukunda, idarenin rücu alacağı açısından kısmi ifa söz konusu olmaz. Zira idarenin sorumluluğu asli olduğu için, zararın tamamının tazmini öncelikle idarenin sorumluluğundadır. İdare, kusuru anonimlikten çıkarıldığı ve bir ya da birkaç kamu görevlisi bünyesinde kişiselleştirebildiği takdirde, kusurlu kamu görevlilerine ancak kusurları oranında rücu edebilecektir.

2. İdarenin Sorumluluğu ve Rücu Alacağıın Dayanağı Olarak Kamu Görevlisinin Kişisel Kusuru

a. İdarenin Sorumluluğu

İdarenin sorumluluğu, temeli özel hukuk sorumluluğuna dayanmak ve bundan esinlenmekle birlikte, kamu hukukuna özgü ilke ve kurallar doğrultusunda idari yargı içtihatları ile şekillenmiş⁷, özel hukuk sorumluluğundan özerkleşip⁸ gelişmiş esnek ve nesnel bir sorumluluktur. İdare hukukuna tabi olan idarenin mali sorumluluğu kusurlu sorumluluk, yani hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk olarak ikiye ayrılmaktadır⁹.

Hizmet kusuru, bir yandan hizmetin bünyesinde görülen diğer yanılla da hizmeti yürüten kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili kusurlarını da kapsayan bir kavram olarak değerlendirilmektedir. Hizmetin kuruluşu ve işleyişindeki bozukluklar olarak ortaya çıkmaktadır ve yargısal içtihatlarda bu bozukluklar, hizmetin hiç işlememesi, geç işlemesi ve kötü işlemesi olarak kategorilendirilmektedir¹⁰. Bu bağlamda hizmet kusuru, idare hukukuna

⁷ **Duran**, Lütfi: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, TODAİE Yayınları, Ankara 1974, s. 9.

⁸ **Gözler**, Kemal: İdare Hukuku C. II, Ekin, Bursa 2019, s. 1060 vd.; **Gözübüyük**, Şeref/**Tan**, Turgut: İdare Hukuku C. I, Genel Esaslar, Turhan, Ankara 2014, s. 720.

⁹ Değişen ve çeşitlenen toplumsal ihtiyaçlar, teknolojideki ilerlemeler ve doğrultuda devletin üstlendiği faaliyetlerin çeşitlenmesi nedeniyle, idarenin verdiği zararlardan kusuru bulunmasa dahi sorumlu tutulması, sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak ve sonradan kabul edilmiştir. Bununla birlikte, hekimin rücuen tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için kusurlu bir davranışın bulunması ön koşul olduğundan bu çalışma kapsamında kusursuz sorumluluk zikredilmeyecektir.

¹⁰ **Özgüldür**, Serdar: "İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları", Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 835; **Gözübüyük/Tan**, s. 742-743. Bununla birlikte, bu geleneksel ayrımın yetersizliği görüşü de bulunmaktadır (**Gözler**, s. 750).

özgü, soyut, anonim ve kişiselleştirilmemiş bir sorumluluk olarak tanımlanmıştır¹¹. Bununla birlikte, yine Türk idare hukuku öğretisinde ve içtihatlarda açıkça ortaya koyulduğu üzere, idareye atfedilen hizmet kusuru, bir insan fiili ile ilgili olup kamu görevlilerinin işlem ve eylemlerindeki kusuru ifade etmektedir. “*İdare hep tüzel kişilerden oluştuğuna göre, hizmet kusuru olarak adlandırılan kusur, kişiselleştirilebilsin ya da kişiselleştirilemesin, aslında kamu görevlilerinin (=idare ajanlarının) kusurlarıdır*”¹². Bu durumda belli bir ya da birkaç kamu görevlisinde kişiselleştirilebilen kusurlar sonucu doğan zararlar ile idari fonksiyon, ya da daha özel olarak hizmet arasında nedensellik bağı kurulabildiği sürece idarenin hizmet kusurundan dolayı sorumluluğu söz konusu olacaktır¹³.

Bu noktada kişiselleştirilen kusurdan dolayı sorumlu olan idarenin, kusurlu idare ajanına rücu konusunun ortaya koyulabilmesi için, öncelikle idare açısından hizmet kusuru olarak değerlendirilen ve kamu görevlisine rücu hakkı doğuran kişisel kusurunun belirlenmesi gerekmektedir. Çalışma kapsamında hekimin rücu tazminat sorumluluğuna yoğunlaştığından, kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilen ya da salt kişisel kusuruna değinilmeyecektir¹⁴. Ancak belirtmek gerekir ki, zarar doğuran davranış kamu görevli-

¹¹ Sarıca, Ragıp: “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, İÜHFM, Y. 1949, C. 15, S. 4, s. 858-859.

¹² Günday, Metin: İdare Hukuku, İmaj, Ankara, 2011, s. 369. Bu bağlamda, hizmet kusuru kavramının kullanımının yanlışlığına yönelik eleştiri için bkz. Gözler, s. 1084 vd.

¹³ Chapus, René: Droit administratif général, T.1, Montchrestien, Paris, 2000, s. 1523. “*İdari yargıda idari eylem nedeniyle uğranılan zararın tazmini için açılan tam yargı davalarında idarenin tazmin borcunun doğması için ortada bir zararın ve zarara yol açan idareye yüklenebilir bir eylemin bulunması, zararlar eylem arasında nedensellik bağının kurulması ve hizmet kusuru ya da kusursuz sorumluluk esaslarına göre idare hukukuna özgü tazmin sebeplerinin olması gerekmektedir...*”, D. İDDK, 26.10.2017, E. 2015/1172 K. 2017/3252, <https://www.lexpera.com.tr> Erişim Tarihi: 25.07.2022).

¹⁴ Öğreti ve içtihatlarda idarenin sorumluluğunu doğuran kamu görevlisinin hizmetle bağlantılı kusurları için “hizmet içi kişisel kusur” ya da “hizmet kusuru ile kişisel kusurun iç içe olması” (Günday, s. 376 vd.); “Görev kusuru” (Tan, Turgut, İdare Hukuku, Turhan, Ankara, 2013, s. 447); “...idare yönünden ‘hizmet kusuru’ ve kamu personeli yönünden de ‘görev kusuru’ olarak değerlendirilmesi gereken...” (UM 4.04.1997, E. 997/16, K. 997/15, RG. 18.05.1997, S. 21789); aynı yönde “Kamu görevlilerinin ... idaresinden ayrılmasını önleyen ve engelleyen görev kusurları...” (D. 10.D., 20.10.1999, E. 1997/721, K. 1999/5266.); “görevsel kusur” (Güran, Sait: “İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler”, AİD, Y. 1979, C. 12, S. 1, s. 58; Özgüldür, s. 862) olarak da görülmektedir. Genel olarak kamu görevlisinin hizmet ile görev içinde ya da dışında bağlantısı devam ettiği sürece idarenin sorumluluğu/hizmet kusurunun da devam edeceği kabulüyle “kamu görevlisinin kişisel kusuru terimi” ve “salt kişisel kusur” ayrımı benimsenmiştir. “Görev kusuru” kavramsallaş-

sinin yürütülen hizmet ile gerek yetki, yer, araç ve zaman bakımından yabancılaşmış, diğer bir ifade ile illiyet bağı kurulamayacak iradesinden kaynaklanıyorsa idarenin mali sorumluluğu bulunmayacaktır. Bu durumda kamu görevlisinin zarar doğuran davranışının idari fonksiyon ile bağı kopacak ve haksız fiil esaslarına göre bizzat kamu görevlisinin sorumluluğu ortaya çıkaracaktır¹⁵.

b. Kamu Görevlisinin Kişisel Kusuru

Kişisel kusur kavramı, anonim ve objektif nitelikli hizmet kusurundan, belli bir ya da birkaç kamu görevlisinin kusurunu ayırabilmek amacıyla kullanılmaktadır¹⁶. İdare hukukuna özgü bir kavram olarak ortaya çıkan kişisel kusur ise idari bir kusurdur; yani kamu hizmeti olmasa kişisel kusur da olmayacaktır¹⁷.

Kişisel kusur, kamu görevlisi tarafından mevzuatın, üstlendiği ödevin ve yürüttüğü hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı davranışları olarak ifade edilmektedir. Hangi tutum ve davranışların bu kapsamda değerlendirileceği her bir somut olaya göre dikkate alınırken, söz konusu kamu görevlisinin yürüttüğü görev, yetki ve sorumluluğunun kapsamı, mevkii ve yürütülen hizmetin koşullarına göre kendisinden ne beklendiği değerlendirilmelidir¹⁸. Bu bağlamda kamu görevlisinin her aykırı tutum ve davranışı mutlaka hizmet kusuru kapsamında değerlendirilememektedir. “Orta yeterlilikte bir personelin yapmayacağı ya da yapmaması gereken eylemler”, hizmet dışında işlenseler ve fakat hizmetten tamamen soyutlanmasına engel olan “en hafif ve gevşek bağ ile hizmetle bağlı” oldukları sürece kişisel kusuru kapsamındadırlar¹⁹. Bu bağın göstergesi olarak ise, kamu görevlisinin kaynağında mevzuatın ve idarenin yüklediği bir görev, verdiği bir yetki ya da araç gereç olanağından yararlanarak zarar veren davranışta bulunması yeterli kabul edilmektedir²⁰. Bu durumda, resmi yetki ve görev olanaklarından yararlanıl-

tırması ve tartışmaları hakkında bkz. **Akyılmaz**, Bahtiyar/**Sezginer**, Murat/**Kaya**, Cemil: Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yay., Eylül 2020, s. 514-516.

¹⁵ **Günday**, s. 374, **Gözler**, s. 1138. Öğretide kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilen kusuru için kişisel kusur (**Günday**, s. 374), saf kişisel kusur (**Gözler**, s. 1138), salt kişisel kusur (**Gözübüyük/Tan**, s. 731) kavramları da tercih edilebilmektedir. Yargıtay da umumiyetle “salt kişisel kusur” terimini kullanmaktadır.

¹⁶ **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 513.

¹⁷ **Akyılmaz**, Bahtiyar: “Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu Sorunu”, İÜHFİM, C. LXIX, S. 1-2, s. 73.

¹⁸ **Güran**, “İdarenin...”, s. 56-57.

¹⁹ **Duran**, s. 109-111.

²⁰ **Özgüldür**, s. 863.

ması, bunların kullanılarak hareket edilmesi, yani “*kamu görevlisi sıfat ve kimliğinin en ufak bir rol oynadığı*”²¹ durumlarda, kamu görevlisine izafe edilecek kusur idari faaliyet ile bütünleşecek ve idarenin hizmet kusuruna yol açacaktır²².

Anayasa Mahkemesi’ne göre kişisel kusur “görevin yerine getirilmesi maksadıyla, görev sırasında veya görev sebebiyle” işlenmesi halinde kişisel kusurdur ve “doğrudan ya da dolaylı olarak kamu faaliyet ve hizmetleriyle ilişkisi bulunmayan eylem ve işlemler kişisel kusur kategorisinde yer almazlar.”²³

Yüksek Mahkeme bireysel başvuru ile önüne gelen hak ihlali iddiasını incelerken, yıllık izinde bulunan hekimin kamu hastanesinde, hastanenin çalışanları ve olanakları ile 24 haftalık gebeye gerçekleştirilen kürtaj işlemini hekimin salt kişisel kusuru kapsamında değerlendirerek davanın görev yönünden reddedilmesi ve bu kararın Danıştay²⁴ tarafından onanmasını yaşam hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir²⁵. Uyuşmazlık konusu olayda zaman yönünden yetkisiz (yıllık izindeki) kamu görevlisi tarafından hizmete ilişkin yetki ve olanakların hukuka aykırı bir şekilde kullanılmış, “*kamu görevlisi sıfat ve kimliği*” zararın doğmasında başat rol oynamıştır. Bu nedenle, hekimin kişisel kusurunun bulunduğu ve dolayısıyla idarenin sorumluluğuna neden olması gerektiği açıktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, “*...Devlet Hastanesi idaresinin denetim ve kontrol görevini yerine getirmemesi nedeniyle yakınlarının ölümüne neden olan eylemin doktor tarafından gerçekleştirilmiş olmasına yani Devlet Hastanesindeki organizasyon eksikliği nedeniyle*” yaşam hakkının ihlali kararı vermiştir. Mahkeme’nin kullandığı “*organizasyon eksikliği*” ifadesi, idarenin hizmetin kuruluş ve işleyişindeki eksikliğe/bozukluğa, hizmetin kötü işlemesi nedeniyle hizmet kusuruna işaret etmektedir.

²¹ **Güran**, “İdarenin...”, s. 56.

²² “*Kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken mevzuatın, üstlenilen ödevin ve yürütülen hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak, kendilerine izafe edilebilecek boyutta ve biçimde kusurları olmakla birlikte; bu eylemleri gerçekleştirirken resmi yetki, görev ve olanaklarından yararlanarak ve onları kullanarak hareket etmeleri sonucunda; idaresiyle bütünleştiği ve sonuç olarak; oluşan zarar, hizmetin yürütülmesi sırasında ortaya çıktığından, idare yönünden de hizmet kusurunu oluşturmaktadır.*” UM, 22.10.2018, E. 2018/410, K. 2018/564. Aynı yönde, UM, 10.04.2017, E. 2016/417, K. 2017/400.

²³ AYM 25.03.1975, E. 1974/42, K. 1975/62, RG. 3.6.1975, S. 15254.

²⁴ D. 15.D., 22.04.2016, 2013/4111, K. 2016/2803 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 28.07.2022).

²⁵ AYM, B.no: 2017/17652, 15.12.20, RG. 19.01.2021, S. 31369.

Yargıtay da, kamu görevlisinin salt kişisel kusur alanını “...kamu hizmeti ile ilgisi olmayan, kamu görevlisinin özel hayatı ile tamamen özel tutum ve davranışlarından kaynaklanan kusur..” tanımıyla dar yorumlamıştır. Ayrıca, “...kamu görevlisinin, hizmet içinde veya hizmetle ilgili olmak üzere tutum ve davranışının suç oluşturması ya da hizmeti yürütürken ağır kusur işlemesi veya düşmanlık, siyasal kin gibi kötü niyetle bir kişiye zarar vermesi halinde dahi bu durum, aynı zamanda yönetimin gözetim ve iyi eleman seçme yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle hizmet kusuru” olarak nitelemiştir²⁶.

Netice itibariyle, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar hizmet kusuru ile iç içe geçmiş olduklarından idarenin sorumluluğuna neden olurlar, idari kusur oluştururlar. zarara neden olan kamu görevlilerinin belirlenebilir olmaları halinde, kendilerinin de kişisel kusurları nedeniyle sorumlu olmaları gerekir. Bu sorumluluk da zarardan birincil, asli olarak sorumlu olan idarenin, kusurlu personeline rücu etmesi ile gerçekleştirilir.

B. Kamu Görevlisine Rücu Edilmesi Zorunluluğu

Hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan idarenin yargısal denetimi ve mali sorumluluğu, dayanağını Anayasadan alırken, aynı zamanda sağlık hizmetleri özelinde hekimin rücuen tazminat yükümlülüğünün de dayanaklarını oluşturmaktadır.

İdarenin mali sorumluluğunun ve bu sorumluluğun asli niteliğinin temel dayanağı olarak değerlendirilen²⁷ 1982 Anayasası m.125/7 uyarınca,

²⁶ Yargıtay HGK, 30.1.2013, E. 2012/4-729, K. 2013/163 www.lexpera.com (Erişim Tarihi: 27.07.2022).

²⁷ Kamu görevlisinin kusuru nedeniyle idareye husumet yöneltilmesine ilişkin Anayasa m.40 ve m.129/son hükümlerinin davalı tarafı belirlemeye yönelik usul normu niteliğinde olduğu ve fakat idarenin sorumluluğunun asli olması niteliğinin m.125/1 düzenlemesine dayandığına ilişkin bkz. **Ozansoy**, Cüneyt: “Türk İdaresinin Sorumluluğunda Kamu Hukuku Erozyonu”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, I. Kitap İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990, Ankara, Danıştay Yayınları, No:53, s. 73.

Nitekim **Ozansoy** tarafından, Yargıtay kararlarında idarenin sorumluluğunun “devlete kanalize edilmiş sorumluluk” olarak nitelenmesi eleştirilmiş, bu yöntemle yargı kararlarında ortaya çıkan sorumluluğun “dolaylı-üstlenilmiş” bir sorumluluk olarak yorumlandığı ve uygulamada asli sorumluluğun kamu görevlisi üzerine yüklendiği ifade edilmiştir. Bu durumun idarenin sorumluluğunun asli olma niteliğinden ayrılma olarak yorumlayan Yazar, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından 1982 Anayasası yürürlüğe girdikten hemen sonra verilen kararında (YHGK, 14.09.1983, E. 198074, K. 1983/803) “Açılan davalar zarar görenlere hiçbir ciddi külfet yüklemeyen ve sadece hasım değiştirmek suretiyle mercüde idareye karşı devam ettirilecek ve sonuçlandırılacaktır.”

idare kendi işlem ve eylemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür. Ayrıca m.129/5 uyarınca Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.

Anayasa ve DMK'da öngörülen teminat sistemi²⁸ uyarınca kamu görevlisinin kişisel kusuru nedeniyle idarenin hizmet kusuruna dayalı sorumluluğu asli bir sorumluluk olup, kamu görevlisinin kusuru ile birleşmesi²⁹ halinde dahi öncelikle idarenin sorumluluğuna başvurulması gerekmektedir. Dolayısıyla hekimin kusurundan kaynaklı zararın tazmini talebi öncelikle

yorumunu eleştirmiştir (s. 74-76). Böylece asli sorumluluğun kamu görevlisine yüklenerek, "hasım değiştirmek suretiyle" idarenin sorumluluğunun kamu görevlisine rücu edilene kadar alınan bir tedbir niteliğine büründüğünü ifade etmiştir (s. 80).

²⁸ Kanuni teminat ya da yasal güvence sistemi, anayasa ve kanunlar tarafından, kamu görevlisinin kusurlu davranışlarıyla üçüncü kişilere verilen zararların tazmini amacıyla açılacak davalarda husumetin idareye yöneltmesini zorunlu kılmaktadır. Böylece bir yandan zarar görenler açısından tazminatın ödenmesi konusunda bir güvence getirirken, diğer yandan kamu görevlilerinin dava tehdidi altında hizmeti yürütmeleri sağlanmaktadır. Bkz. **Duran**, s. 19; **Akılmaz**, s. 76.

²⁹ Belirtmek gerekir ki, kastedilen Fransız Danıştay'ının (*Conseil d'Etat*) içtihatları ile yerleşmiş idare ile kamu görevlisinin kusurlarının birleşmesi (*cumul des fautes*) ve sonrasında sorumlulukların birleşmesi ("*cumul des responsabilités*") kavramlarının uygulamasından farklıdır. Fransız hukukundaki sorumlulukların birleşmesi (*cumul des responsabilités*) durumunda kamu görevlisinin şahsen ve idarenin de hizmet kusuru nedeniyle aynı anda ve birlikte sorumluluğu söz konusudur. Fransız Danıştay, 1911 tarihli Anguet kararı (**Conseil d'État**, "Anguet", N. 34922, T. 03.02.1911) ile idarenin hizmet kusuru ile kamu görevlisinin görevi sırasında verdiği zararlara ilişkin kusurlarının birleştiği yönünde karar vermiştir. Buna göre kamu görevlisinin kişisel kusuru (mesai saati bitiminden önce kapanan postanede kapalı kalan kişinin çıkış ararken girmesi yasak olan bölüme girmesi sonucu bir görevli tarafından dışarı atılması sonucu ayağını kırması) ile idarenin hizmet kusuru (postanenin saatteki hata nedeniyle erken kapanması) birleşerek tek bir zarara yol açmıştır. Fransız Danıştay'ının 1949 tarihli kararından (**Conseil d'État**, "Dlle Mineur", N. 91864, T. 18.11.1949) itibaren uygulanan sorumlulukların birleşmesi (*cumul des responsabilités*) durumunda, görev dışında olsa bile, kamu görevlisinin hizmet dolayısıyla elde ettiği yetki ve araçların kullanılması vasıtasıyla kişiselleştirilebilecek bir kusur işlemesi ve zararın tamamen bu kusurdan kaynaklanması halinde dahi idarenin de sorumluluğu devam etmektedir. Bu durumda, "*kusur hizmetten ayrılabilse de hizmet kusurdan ayrılamaz*" bir durumu işaret etmektedir. Her iki durumda da zarar gören kişi, idari yargıda idare aleyhine ya da adli yargıda kamu görevlisi aleyhine dava açarak zararının tamamının tazminini isteme konusunda seçimlik hakka sahiptir. Tazminata hükmedilen taraf olarak idare ya da kamu görevlisi, idari yargıda açacağı bir rücu davasıyla diğer taraftan, ödediği tazminatın kusur oranında paylaşılmasını talep edebilecektir. Bkz. **Chapus**, s. 1366 vd.; **Waline**, Jean: Droit administratif, Dalloz, Paris, 2018, s. 544 vd., **Gözler**, s. 1145-1151.

kanunda öngörülen şekil ve şartlara uygun olarak tam yargı davası ile idare-den talep edilmelidir. Zararın idare tarafından karşılanmasından sonra idare kamu görevlisine kusuru oranında rücu edecektir.

Ayrıca m.40/2 uyarınca “*Kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da kanuna göre devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.*”. Her ne kadar, bu madde devletin sorumlu olan kamu görevlisine rücu hakkının saklı olduğunu belirtmekteyse de, Anayasa m.129/5’te düzenlenen “...rücu edilmek kaydıyla...” ifadesi idarenin bu konuda bir takdir yetkisi bulunmadığı şeklinde yorumlanmaktadır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m.13 uyarınca “*Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar....Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır.*” hükmü ile Anayasa m.40/2’deki “...rücu hakkı saklıdır” ifadesi nedeniyle, idarenin bu konuda bir takdir yetkisi olduğu yorumları öğretide³⁰ bulunmuşsa da 1982 Anayasasının ve dolayısıyla m.129/5 hükmünün yürürlüğe girmesinden itibaren, idarenin bu konuda bir takdir yetkisi bulunmadığı veya bu yetkinin bağlı yetkiye dönüştüğü³¹ ve rücu mekanizmasını işletmesinin bir zorunluluk olduğu açıktır³².

Bu durum, idare hukukundaki rücu kurumunu, özel hukuktaki rücu hakkına benzeşse de ondan ayırmaktadır. Şöyle ki, öncelikle idare hukukunda rücuun -her ne kadar AY m.40/2’de “...rücu hakkı saklıdır...” olarak ifade edilmişse de- bir hak olmaktan ziyade yetki ve AYm.129/5 uyarınca da bağlı yetki olarak değerlendirilmesi gerekir. Zira rücutan amaç, kamu görevlisi ile idare arasında bozulan mali dengenin yeniden tesis edilmesinden öteye geçmekte ve kamu görevlisinin kişisel kusurundan sorumluluğunu sağlamaktadır. Her ne kadar, bu kusur idareye atfedilebilen bir kusur oluştursa da, bir yandan zarar gören açısından tazmin güvencesi sağlarken, diğer

³⁰ Özgüldür, s. 870.

³¹ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 523; Gözübüyük/Tan, s. 734-735; Akyılmaz, “Kamu...”, s. 71.

³² “...Anayasanın 129. maddesine ve 657 sayılı Yasanın 13. maddesine göre idarenin, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan dolayı ödemek zorunda kaldığı tazminatı, yasal yollara başvurarak sorumluluğu saptanan görevlilerden tahsil etmesi gerekmektedir. Olayda davacı hakkındaki suçlamaların ortaya çıkışı aşamasında ve sonraki aşamada görevlilerin ağır kusurları söz konusu olduğundan, hükmolunan tazminatı ödeyecek olan idarenin, sorumluluğu saptanan görevlilere yasal yollar çerçevesinde rücu etmesi Anayasa ve yasa hükmü gereği bulunmaktadır.” (D10D, E. 1988/1042, K. 1989/857, 20.04.1989, DD, S. 76-77, 1990, s. 783)

yandan kamu görevlisinin kusurlu davranışından sorumlu olması ilkesini gerçekleştirmekte ve hukuk dışı keyfi davranışların önlenmesi sağlanmaktadır. Bu durumun ikincil sonucu da kişisel kusurları nedeniyle idareyi tazmin yükü altında bırakmış kamu görevlileri açısından uygulama farklılığının önüne geçilerek eşitlik sağlanması olacaktır³³.

İkinci olarak, bu konuda bir zorunluluk değil, takdir yetkisinin bulunduğu kabulü ile idarenin ödediği tazminatı, zararı doğuran kamu görevlisine rücu etmemesi kamu yararına aykırı, haksız ve adaletsiz bir uygulama yaratacaktır³⁴. Nitekim, idare açısından kamu görevlisine rücuun bir anayasal zorunluluk olduğunu vurgulayan Danıştay, “*Kamu hizmeti görevlilerinin kişisel kusurundan kaynaklanan zararın karşılığı olarak ulusal ya da uluslararası bir Mahkemece hükmedilen tazminat devlet tarafından zarara uğrayan kişiye ödendikten sonra ilgili kamu kurumu tarafından sorumlu personele rücu edilmemesi, bu yükün toplum üzerinde bırakılması anlamına geleceği(nden)...*”ni vurgulayarak tam da bu kamu yararı, hak ve adalet mefhumlarına dikkat çekmiştir³⁵. Yüksek Mahkeme aynı kararlar, kamu görevlisine rücu edilmemesi halinde tüm yurttaşların ilgili personele rücu edilmesi talebiyle idareye başvurabilecekleri ve bu konuda dava açma ehliyetlerinin bulunduğunu kabul etmiştir. Danıştay açıkça kamu hizmeti görevlilerinin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden ve kendi kusurlarından doğan zararı toplumun ödemek zorunda olmadığını belirtmiştir.

Ayrıca “*Anayasa'nın sözü edilen maddesindeki 'kendilerine rücu edilmek kaydıyla' ibaresi; kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlar nedeniyle idare aleyhine açılan davalarda tazminata hükmedilmesi halinde, idarenin ödemek zorunda kaldığı tazminatı yasal yollara başvurarak ilgili kamu görevlisinden tahsil etme zorunluluğunu ifade etmekte...*” olduğunun altını çizen Danıştay, önceki içtihadını geliştirmiştir; bu zorunluluk karşısında yurttaşların idareye başvurarak ya da dava dilekçelerinde ilgili kamu görevlisine rücu edilmesi talebinde bulunmaları gerekmediğine hükmetmiştir³⁶.

³³ **Bereket Baş**, Zuhâl: “Görev Kusuru ve Rücu Sorunu”, Kamu Personeli Sorunları-İdare Hukuku Sempozyumu, 4-5 Nisan 2003 Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., No.8, 2004, s. 110.

³⁴ **Gözler**, s. 1183.

³⁵ D. 5.D., 3.06.2008, E. 2007/7369, K. 2008/3234, D. 12.D., E. 2009/4964, K. 2012/5278, T. 26.09.2012, Aynı yönde bkz. D. 5.D., E. 1995/3611, K. 1997/2485, T. 10.11.1997 (www.lexpera.com Erişim Tarihi: 22.07.2022)

³⁶ D10D, E. 2009/144, K. 2009/3183, T. 27.04.2009; D5D, E. 1997/2176, K. 1998/67, T. 20.01.1998.

Sonuç olarak, *Anayasa m.129/5 hükmü, hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesi ile rücuyla ilgili genel kurallar göz önünde tutulduğunda, zarara uğradığı yargı kararıyla saptanan kişiye Devlet tarafından tazminat ödedikten sonra sorumlu personele rücu edilmesi, Hukuk Devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesinin bir gereğidir*³⁷. Gözler, bu zorunluluğa rağmen rücu kararı almayan kamu görevlisinin de idareyi zarara uğratmış varsayılacağını belirtmiştir³⁸.

II. HEKİMİN RÜCU SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI VE UNSURLARI

SHTK ek madde 18 kapsamında hekimin rücuen tazminat sorumluluğunun gündeme gelmesi için, öncelikle fiilinin sağlık mesleğinin icrası kapsamında yapılan tıbbi işlem ve uygulamalardan kaynaklanması gerekliliği aranmıştır. Bu uygulamalar aynı zamanda hekimin görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin mahkumiyetine neden olmalıdır. Yukarıda sayılan iki koşulun kümülatif olarak gerçekleşmesi halinde, kanunda açıklanan süre içerisinde Mesleki Sorumluluk Kurulu tarafından alınacak karar sonucunda hekime rücu edilir.

A. Sağlık Mesleğinin İcrası Kapsamında Yapılan Tıbbi İşlem ve Uygulamalar

Hekimin rücuen tazminat sorumluluğunun kaynağını oluşturan rücu alacağının doğması için, idare tarafından ödenen tazminatın, hekimin sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptığı muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamadan doğmuş olması gereklidir.

Yönetmeliğin 4/1/1 maddesine tıbbi işlem ve uygulama, sağlık meslek mensupları tarafından sağlık mesleğinin icrası kapsamında yapılan muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin işlem ve uygulamaları kapsayacak genişlikte tanımlanmıştır.

Muayene, aslında teşhisin bir parçasıdır ve muayene suretiyle ulaşılmak istenen sonuç, teşhise ilişkindir. Hekimin gerekli muayeneyi yapmaksızın tedavi basamağına geçmesi, hastanın zarara uğramasıyla sonuçlanması kuvvetle muhtemel kusurlu bir davranış oluşturur. Tıbbi müdahalenin yürütüldüğü tüm süreçte, hekimin muayene fiilini gerçekleştirilmesi gerekebilir. Zira muayene sonucunda konulan teşhise uygun olarak seçilen tedavi yönteminin

³⁷ D. 12.D., E. 2009/4964, K. 2012/5278, T. 26.09.2012.

³⁸ Gözler, s. 1185.

hasta ve hastalık üzerindeki etkilerinin gözlemlenebilmesi de ancak yeni muayeneler sayesinde sağlanabilir³⁹.

Konuya ilişkin bir Danıştay kararında⁴⁰ “*Hastanın ikazına rağmen, yeni bir muayene yapılmadan, film çekilerek dişlerin çekilip çekilmeyeceğine karar verilmesi gerekirken, önceki barkot üzerine, **diş hekimince başkaca bir muayene yapılmadan** ve hastanın itirazına rağmen diş çekimi yapması hasta haklarına aykırı olup aynı zamanda hizmet kusuru oluşturmaktadır.*” ifadelerine yer verilmiştir.

Hekimin hastaya soru sorması; bedenini elle, gözle veya alet kullanmak suretiyle incelemesi; görüntüleme yöntemlerine başvurmaması; kan, tükürük, mukozaya dokusu, idrar, dışkıya ilişkin laboratuvar tahlilleri yapılması; invaziv müdahalelerle vücuttan örnek alınması ve bu örneklerin patolojik açıdan incelenmesi muayene kapsamında değerlendirilmeye uygun fiiller olarak nitelenebilir.

Teşhis, bir kişide var olduğu düşünülen veya var olup olmadığı araştırılan hastalığa ilişkin belirlemeler yapılabilmesi amacıyla yürütülen tıbbi faaliyet olarak tanımlanabilir. Teşhis, tedaviye karar verilebilmesi için tüketilmesi zorunlu olan bir aşamadır. Ancak hastalığın varlığına veya yokluğuna; varlığı durumunda sebebine, türüne ve evresine ilişkin belirlemeler yapıldıktan sonra, bir sonraki basamak olan tedaviye geçilebilir. Teşhisin mutlaka bir hastalığın ortaya çıkarılmasıyla sınırlı olmadığı ve belirli bir sonuç elde edilememiş olsa bile bu yöndeki hareketleri de içerdiği öğretide ileri sürülmüştür⁴¹. Hekimin teşhis aşamasındaki yeterli muayeneyi yapmaması veya sonuçları doğru veya zamanında değerlendirmemek gibi kusurlu davranışları, (rücuen) tazminat sorumluluğunu doğurur⁴².

³⁹ Hakeri, muayene kavramını, teşhis muayenesi, önleyici ve erken tanı muayenesi ve kontrol muayenesi olarak üçe ayırmaktadır. **Hakeri**, Hakan: Tıp Hukuku, B. 20, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 781-782.

⁴⁰ Danıştay 10. D. E. 2007/6322, K. 2010/5981, T. 13.07.2010.

⁴¹ **Bayraktar**, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1972, s. 231; **Özpınar**, Berna: Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2007, s. 38; **Çilingiroğlu**, Cüneyt: Tıbbi Müdahaleye Rıza, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 18.

⁴² **Ayan**, Mehmet: Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Yayınları, Ankara 1991, s. 65. Aşçıoğlu'na göre, hekim teşhiste bulunurken sadece deneyimleriyle zenginleştiği bilgisini değil; aynı zamanda kuvvetli bir usa vurma (muhakeme) ve bazen de mesleki sezgi yeteneğini kullanmalıdır. **Aşçıoğlu**, Çetin: Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993, s. 79.

Tedavi ise konulan teşhis doğrultusunda tespit olunan fiziksel ve/veya ruhsal hastalığın ve bu hastalığın neden olduğu acı ve diğer olumsuzlukların ortadan kaldırılması veya en azından eksiltilmesi amacına yönelik tıbbi müdahaledir⁴³. Hatta hastalığın gelişiminin yavaşlatılmasına ilişkin çabalar da bu kapsamda değerlendirilmektedir⁴⁴. Hekimin fiilinin tedavi olarak nitelenebilmesi için, hastanın sağlığı konusunda yarattığı sonuçtan çok; yöneldiği amaç ve tıp biliminin kural ve standartlarına uygun olarak gerçekleştirilmesi dikkate alınmalıdır. Bazı Yargıtay kararlarında⁴⁵ tedavi terimi, “*Tedavi yalnızca tam sıhate kavuşma için değil kısmen de olsa yapılacak tıbbi müdahale ile iyileşme sağlanmasının mümkün olduğu hallerde zorunlu ise insanın bedensel ve ruhsal sağlığı için gereklidir.*” ifadesi kullanılarak tanımlanmaktadır.

Tıbbi müdahale teriminin teşhise ve tedaviye ilişkin faaliyetleri kapsadığına dair bir şüphe bulunmasa da, bunlardan ibaret olmadığını da kabulü gerekir. Klasik anlayışla tıp, şifa vermeye ilişkin bir bilim ve sanat olmakla birlikte; bazı tıbbi müdahalelerin şifa verme amacını gütmedikleri açıktır. Örneğin tıbbi bir gerekliliğe dayanmayan isteğe bağlı gebeliğin sonlandırılması, sterilizasyon, doğum kontrolü amaçlı uygulamalar, yaşayan organ vericisinden organ veya kan bağışçısından kan alınması, sadece güzelleşme veya gençleşmeyi hedef almış estetik cerrahi, sünnet vb. tıbbi müdahalelerin klasik anlamdaki teşhis ve tedavi tanımlarına uygun olmadıkları ortadadır.

Buna rağmen söz konusu müdahaleler de tıbbi müdahale kavramı içerisinde yer almaktadırlar. Zira tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından, kişinin sağlık refahının sağlanması, korunması veya artırılması amaçlarına yönelmiş⁴⁶, tıp biliminin kural ve standartlarına uygun

⁴³ **Bayraktar**, s. 232; **Özpinar**, s. 38; **Özdemir**, Hayrünnisa: Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 42-43; **Özgül**, Mehmet Emin: Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 7.

⁴⁴ Gleixner-Eberle, tıbbi müdahaleyi sağlığın kazanılması; hastalığın önlenmesi, iyileştirilmesi, sonuçlarının hafifletilmesi, ağırlaşmasının önüne geçilmesi ve hastaya şifa sağlanması gibi kavramlar üzerinden tanımlarken, “*ağırlaşmasının önüne geçilmesi*” ifadesiyle, anılan unsura da değinmektedir. **Gleixner-Eberle**, Elisabeth: Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger, Springer, Frankfurt 2014, s. 3.

⁴⁵ Y. 17. HD, E. 2013/12300, K. 2014/19008, T. 18.12.2014; 17. HD, E. 2013/3735, K. 2014/8073, T. 22.05.2014.

⁴⁶ Kişinin sağlık refahı terimi, kişinin yitirilmiş sağlığa teşhis ve tedavi gibi klasik yöntemlerle tekrar kavuşturulmasının yanı sıra sadece gençleşme veya güzelleşme amacı güden estetik cerrahi girişimlerini, sünneti de kapsayacak ve hatta gebeliğin sonlandırılması veya sterilizasyon gibi doğrudan tedavi kapsamında değerlendirilemeyecek kav-

olarak ve tıbbın sınırları içinde uygulanan, fiziki ve ruhi tüm tıbbi hareketleri, özellikle önleyici bakımı, teşhisi, tedaviyi, rehabilitasyonu, raporlamayı⁴⁷ veya bu kapsamdaki incelemeleri kapsayacak genişliktedir⁴⁸.

Yasa koyucu tarafından tercih olunan “sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptığı muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar” ifadesi yerine tıbbi müdahale teriminin kullanılması, hekimin rücuen tazminat sorumluluğunun düzenlenmesi açısından çok daha kapsayıcı ve sağlık hukuku terminolojisine uygun bir seçim olurdu.

B. Görevin Kötüye Kullanılması ve Hekimin Kişisel Kusuru

İdarenin sunduğu sağlık hizmetlerinden ve “olağan” türdeki tıbbi bakım müdahalelerinden kaynaklanan “alelade” ya da basit kusurlu hallerinden sorumluluğu da hukuk devleti ilkesi gereği kabul edilmektedir. Ancak, hekimin kişisel kusuru açısından tıbbi faaliyetin türünün ve boyutlarının “olağandışı” nitelikte olması ve bünyesinde zorluk, karmaşıklık ve mesleki yoruma açıklık taşıması halinde hekimin açık ve bariz kusurunun aranması gerektiği de belirtilmiştir. Sağlık hizmetlerinin bünyesinde taşıdığı risk dolayısıyla basit nitelikteki kusurların maruz görülebileceği; basit kusurlardan dolayı sorumluluğun kabulü halinde bir yandan kusurun tespitinin güçlüğüne, diğer taraftan da sağlık personelinin bu tehdit karşısında müdahale etmede çekince yaşayacağına da dikkat çekilmiştir⁴⁹.

ramları da içerecek genişlikte kullanılmaktadır. Anılan tüm bu tıbbi müdahaleler, teşhis veya tedavi kapsamında değerlendirilemeyecek olsa da kişinin sağlık refahını artırıcı nitelikte oldukları düşünülebilir. Yaşayan organ vericisinden, bağışladığı organ veya dokunun alınması için yapılan tıbbi müdahalede ise kişinin bedenine ilişkin olmasa bile psikolojik sağlığına ilişkin refahının artırılması söz konusu olacaktır. Kendi iradesiyle yakını olan (veya tanımadığı) bir kişiye organ veya doku bağışında bulunan kişinin, başka bir kişinin sağlığına kavuşmasına bağışıyla aracılık etme dışında bir amacı olmayacağına göre, bu hareketinin psikolojik sağlık refahına olumlu etkisi olacağı tartışmasıdır.

⁴⁷ Raporlama veya sağlık raporu verme faaliyeti, dar ve klasik anlamda tıbbi müdahalenin sınırları içerisine dahil edilmemekle birlikte; hem Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 13. maddesi gereğince, münhasıran hekimlere tanınan bir yetki olması hem de hekimin yürüttüğü tıbbi müdahalenin resmi sonuçlarını içermesi amacıyla kaleme alındığı göz önünde bulundurulduğunda, tıbbi müdahale kavramına dahil edilmesinin önünde bir sakınca görülmemektedir.

⁴⁸ **Badur**, Emel: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 30.

⁴⁹ **Çınarlı**, Serkan: İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu, Orion, Ankara, 2013, s. 194; **Ersöz**, Ahmet Kürşat: “Sağlık Hizmetleri

Uzun yıllar gerek Fransız⁵⁰ ve gerekse Türk⁵¹ yargı kararları da ağır kusuru neredeyse sadece sağlık personelinin tıbbi müdahale niteliğindeki eylemlerinde arayan bu görüşü desteklemiş olmakla birlikte, son yıllarda sosyal devlet ilkesine dayanarak, idarenin sağlık hizmeti faaliyetleri ile zarar arasında illiyet bağı korunduğu sürece idarenin sorumluluğunu, yani kusursuz sorumluluğu kabul ettiği kararlar da vermektedir⁵².

Tıbbi müdahalelerden dolayı idarenin sorumluluğu konusunda Danıştay, “ağır kusur” aradığı yerleşik içtihatlarından son yıllarda vazgeçmiştir. Ağır kusuru sadece bünyesinde risk ve tehlike barındırdığı kabul edilen tıbbi operasyonlardan dolayı sorumluluk konusunda arar iken, bakım, gözetim ve diğer müdahalelerden kaynaklanan zararlardan dolayı idarenin sorumluluğu açısından basit kusurun varlığı halinde de tazminata hükmetmektedir⁵³.

Açısından Hizmet Kusurunun Ağırlığı ve İspat Problemi”, İÜHF, C. LXIX, S. 1-2, 933.

⁵⁰ 1935 tarihli *Veuve Loiseau ve Dame Philipponeau* Kararından (CE 8.11.1935 *Veuve Loiseau ve Dame Philipponeau* Kararı, RDCE, 1935, s. 1279’dan aktaran **Chapus**, s. 1305) 1992 yılına dek Fransız Danıştay, sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararlardan dolayı idarenin sorumluluğu için ağır kusur şartı aramıştır. Bununla birlikte idarenin sorumluluğuna yol açan ağır kusurun arandığı sağlık hizmetleri tıbbi işlemler (actes médicaux), yani olağan bakım hizmetleri dışında kalan tıbbi müdahaleler ve cerrahi işlemler olarak nitelenmiştir. Bunun dışındaki olağan ve basit bakım hizmetleri ile, hizmetin organizasyonu ve işleyişinden kaynaklanan sorumluluk için basit kusur yeterli sayılmıştır. 1992 yılında verilen *Epoux V.* Kararı (CE Assemble, 10 Nisan 1992, AJDA 1992.355’ten aktaran **Waline**, s. 569) ile basit kusur idarenin sorumluluğu için sağlık hizmetleri arasında ayırım yapmadan kabul edilmiştir. **Waline**, s. 568-569.

⁵¹ D. 10.D., 1.6.1994, E. 1993/363, K. 1994/2402; D. 10.D., 3.5.1995, E. 1994/3258, K. 1995/2379; D. 10.D., 19.09.2007, E. 2004/6540, K. 2007/4237; D. 10.D., 25.6.2008, E. 2007/2965, K. 2008/4832. D. 15.D., 18.2.2016, E. 2015/534, K. 2016/990. (www.lexpera.com Erişim Tarihi: 25.07.2022)

⁵² “İdari hizmetin içinde ve hizmetin görülmesi sırasında aniden ortaya çıkan ve aniden ortaya çıktığı için de önlenemeyen olayları ifade eden beklenmeyen haller, aynı zamanda idarenin iradesi dışında, önceden bilinmesi olanağı bulunmayan bir olay biçiminde ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla hizmetin içinde meydana gelen olay sebebiyle fiilin idareye “atf ve isnat kabiliyeti” devam ettiğinden, idarenin kusura dayalı sorumluluğu kalksa da, kusursuz sorumluluğu devam etmektedir. Bu sebeple beklenmeyen haller sebebiyle ortaya çıkan zararların idarenin kusursuz sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Davacıların çocuğunun, ameliyat sırasında, ameliyat masasındaki ısıtıcı cihazın arızalanarak fazla ısınması nedeniyle, çocuğun vücudunda yanma meydana gelmesinin, beklenmeyen bir durum olduğu açıktır.”, D. 10. D, 18.5.2007, E. 2004/9232, K. 2007/2720 (www.kazanci.com Erişim Tarihi: 25.07.2022).

⁵³ **Erkal**, Atilla: “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Sağlık Personelinin İstihdamı Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2021, C. 9, S. 2, s. 241; **Yüzbaşıoğlu**, s. 359-360.

Bu “ağır” kusur⁵⁴ oranının belirlenmesi açısından; hizmet standartlarına uyulup uyulmadığı, hekimlik mesleğinin bünyesinde karmaşıklık, yoruma açıklık niteliklerini de barındıran bir faaliyet olduğu dikkate alınmalıdır. Buna ilaveten idarenin sorumluluğunun asli ve anonim olduğu da göz önünde tutularak bu görüntü dışında yer alan tür ve yoğunluktaki kusurlardan dolayı hekimin sorumlu tutulması⁵⁵ yoluna gidilmesi gerekir. Bu bağlamda, resmi kimliği ile hareket eder ve idarenin araç-gereç ve olanaklarından yararlanırken, kasıtlı, keyfi, yanlı, ağır kusur içinde veya suç teşkil eden davranışlar ifa eden hekim ile birlikte idarenin de sorumlu tutulması⁵⁶ ve fakat hekimin de bu davranışlarından dolayı kusuru oranında kendisinin sorumluluğunun da devam etmesi gerekecektir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, hekimin kişisel kusur oranının belirlenmesi, DMK’nın 13/1 maddesindeki “*genel hükümlere göre*” ifadesi nedeniyle adli yargının görev alanında ve TBK’nın 41. maddesi uyarınca açılan bir dava ile sağlanmaktadır. Bu durum, kişisel kusurun kamu görevlisinin kamu hizmetinden kaynaklanan yetkilerini, araç gereci kullanırken verdiği zararlar olarak tanımlanması ve dolayısıyla özü itibariyle idari bir kusur olması nedeniyle haklı olarak eleştirilmiştir⁵⁷.

Hekimin sorumluluğunda kusurun ağırlığı ile ilgili olarak menşee hukuk sistemi dikkat çekici yasal düzenleme yoluna gitmiştir. 4 Mart 2002 tarih ve 2002-303 no’lu Fransa Halk Sağlığı Yasasının⁵⁸ L 1142-1 düzenlemesi ile

⁵⁴ Sağlık hizmetlerinde kusurun hafif, ağır ve olağanüstü kusur olarak ayrımı için bkz. **Yüzbaşıoğlu**, Cihan: İdare ve Personel Yönüyle Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk, Oniki Levha, İstanbul, 2020, s. 350-365; **Ersöz**, s. 928.

⁵⁵ **Güran**, “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, *Danıştay Derg.*, Yıl. 12, S. 46-47, 1982, s. 19-20.

⁵⁶ **Güran**, “Hekimin...”, s. 18.

⁵⁷ **Akyılmaz**, Bahtiyar: “İdarenin Kusurlu Personeline Rücu Sorunu”, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 2009*, s. 541-542. (https://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s_25.pdf Erişim Tarihi: 8.07.2022)

⁵⁸ Kanunun tam adı Hasta Haklarına ve Sağlık Sisteminin Kalitesine Yönelik Kanun (*Loi no. 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*) dur. Öncelikle sağlık hakkı, hasta hakları ile beraber, ulusal dayanışma anlayışı içinde sağlık sisteminin demokratikleştirilmesine yönelik düzenlemeler de içerdiği gibi, çekişmeli yargı dışında uyuşmazlıkların çözümü ve zararların giderilmesinde ivedilik amacıyla bölgesel uzlaşma ve tazminat komisyonları ile ulusal tazminat komisyonu da oluşturmaktadır. Yasanın ilk maddesinin I. fıkrasında sağlık ürünlerindeki kusurlardan kaynaklanan zararlar hariç olmak üzere, önleme, teşhis ve bakım hizmetlerinden idarenin sorumluluğunu kusur şartına bağlanmış; II. fıkrasında ise, hastane enfeksiyonlarından kaynaklanan zararlar açısından idarenin sorumluluğunu esas olarak düzenlemiştir.

her türlü koruyucu, teşhis ve tedavi edici sağlık hizmetleri bakımından idarenin sorumluluğu kusur esasına bağlanmıştır⁵⁹. Bununla birlikte, Halk Sağlığı Yasası kusursuz sorumluluğu da dışlamamış, ancak belli faaliyetlerden kaynaklanan zararın tazminini “karakterize edilmiş kusur” (*faute caractérisée*) koşuluna bağlamıştır. Sadece doğum öncesi teşhis uygulamalarına ilişkin olarak kabul edilen bu kusur, 2002-303 sayılı Yasanın birinci maddesine göre yalnızca açık bir kusur nedeniyle gebelik esnasında tespit edilemeyen bir engeli olan bebeğin ebeveynlerine karşı sorumluluğunu kabul etmektedir. Fransız Danıştay doğum öncesi teşhisin zorlukları ve belirsizlikleri ile bireyin haklarını da dikkate alarak somut olaya göre değerlendirme yapmaktadır. Örneğin doğum öncesi yapılan amniyosentez analizlerinin doğmamış çocukta SMA (spinal müsküler atrofi) riskini ortaya çıkarmadığının ebeveynlere bildirilmesi karakterize edilmiş kusur olarak nitelenmiş ve zarardan dolayı sorumluluk söz konusu olmuştur⁶⁰. Öte yandan fetüsün uzuvlarının görüntülenmesine yönelik ultrason taramalarının yorumlanmasında olağan hata payına ilişkin bilgi eksikliği doğum öncesi teşhiste karakterize edilmiş kusur olarak değerlendirilmemiştir⁶¹.

Bunun dışında kusursuz sorumluluğu dışlamayan ve sosyal devlet ilkesine dayalı bir dayanışma sistemi de oluşturulmuştur. Örneğin zorunlu aşılarından kaynaklanan ya da hastane enfeksiyonlarından kaynaklanan zararlarda bu sisteme başvurulmaktadır. Tıbbi Hataların Tazmini Ulusal Ofisi (ONIAM- L'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux) çoğu kusursuz sorumluluğa dayanan tazminatlar hakkında karar verebilmektedir. Bununla birlikte, ulusal dayanışma sistemi de tıbbi hatadan kaynaklanan tüm zararların karşılanmasını gerektirmemektedir. Tıbbi riskler ve tedavinin kendi içinde bulundurduğu tehlikeler dikkate alınmakta ve sorumluluk kapsamında değerlendirilmemektedir⁶².

Bu durumda idarenin sorumluluktan kurtulabilmesi için, enfeksiyonun harici kaynaklı olduğunu ispat yükü idareye düşmektedir.

⁵⁹ **Frier**, Pierre-Laurent/**Petit**, Jacques: Droit Administratif, LGDJ, Paris, 2014, s. 559.

⁶⁰ CE, 19 février 2003, *Assistance publique – Hôpitaux de Paris c/ Husband M.*, n. ° 247908, aktaran Le Dossier Thématique de Conseil d'Etat: L'Engagement de la responsabilité des hopitaux publics, 5 janvier 2015, s. 4. (<https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/dossiers-thematiques/l-engagement-de-la-responsabilite-des-hopitaux-publics> Erişim tarihi: 26.07.2022)

⁶¹ CE, 9 février 2005, *Centre Hospitalier du Puy-en-Velay'deki Emile Roux n° 255990*, aktaran Le Dossier Thématique ..., s. 4.

⁶² **Sauvé**, Jean Marc: “Santé et Justice: Quelle responsabilité?” Colloque de la santé et justice: quelles responsabilités? Dix ans après la loi du 4 mars 2002 (<https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/sante-et-justice>)

Kısaca malpraktis olarak isimlendirilen hatalı tıbbi uygulama, yasa koyucu tarafından tanımlanmamış ve özel olarak düzenlenmemiştir. Bunun sonucu, malpraktis kaynaklı zararların tazmininin genel hükümlere göre sağlanacak olmasıdır. Kavrama ilişkin bir tanım, Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının⁶³ “*Hekimliğin Kötü Uygulanması (Malpraktis)*” kenar başlıklı 13. maddesinde, bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi anlamına gelecek şekilde ifade olunmuştur. Terim, TDK tarafından⁶⁴ “*Özen göstermeksizin veya yanlış uygulanan tedavi sonucunda ortaya çıkan, görevi kötüye kullanma anlamına gelen hukuki durum.*” olarak tanımlanmıştır. En yalın belirlemeyle hekimin tıbbi müdahalede bulunurken gerçekleştirdiği ve hastanın zarara uğramasına neden olan kusurlu davranışları malpraktis olarak nitelenebilir⁶⁵.

Hekimin zarar doğuran bir fiilinin malpraktis olarak tanımlanabilmesi için, bu davranışın kusurlu olarak gerçekleştirilmesi gerekir⁶⁶. Kusur, kendi

justice-quelles-responsabilites-dix-ans-apres-la-loi-du-4-mars-2002#1 , Erişim tarihi: 9.07.2022).

⁶³ TTB 47. Büyük Kongresinde (10-11 Ekim 1998) kabul edilmiştir. https://www.ttb.org.tr/kutuphane/h_etikkural.pdf (E. T. 10.07.2022)

⁶⁴ <https://sozluk.gov.tr/> (E. T. 10.07.2022)

⁶⁵ **Jackson**, Emily: Medical Law Text, Cases and Materials, B. 2, Oxford University Press, Oxford 2010, s. 101; **Fremgen**, Bonnie F.: Medical Law and Ethics, B. 3, Pearson, New Jersey 2009, s. 120; **Stauch**, Mark/**Wheat**, Kay/**Tingle**, John: Text, Cases and Materials on Medical Law, B. 6, Routledge-Cavendish, Abington 2006, s. 92 vd. Hekimin malpraktis sorumluluğunun tarihi gelişimi hakkında bkz. **Bhat**, Vasanthakumar N.: Medical Malpractice, Auburn House, Westport 2001, s. 5-11.

⁶⁶ Hekimin malpraktis kapsamında değerlendirilen kusurlu davranışlarının büyük bir bölümünü, özen yükümlülüğüne aykırı eylemler veya eylemsizlikler oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle hekimin kusurunun görünümü, kasttan ziyade ihmal olarak belirir. **Herring**, Jonathan J.: Medical Law, Oxford University Press, Oxford 2011, s. 104; **Mason**, J. K./**Laure**, G. T.: Law and Medical Ethics, B. 8, Oxford University Press, Oxford 2011, s. 123; **Fremgen**, s. 121; **Jackson**, s. 103. Tıbbi özen borcu, temel ve genel nitelikli bir edim yükümü olup; hekimin, tıbbi müdahalenin her aşamasında, yani teşhis, tedavi, ameliyat ve bakım edimlerini yerine getirirken, teorik ve uygulamalı tıp alanında genel olarak kabul edilip, benimsenmiş olan mesleki ilke ve kurallara uygun davranmasını gerektirir. Bu nedenle, kendisini sürekli olarak geliştirme gereksinimi duymayan, bir uzmanın görüşüne başvurması gerekirken başvurmayan, tamamen kendi bilgisizliği ve yetersizliği sonucunda yanlış bir tedavi yöntemini uygulayan hekim özen borcunu ihlal etmiş kabul edilir. **Demir**, Mehmet: Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, AÜHFĐ, C. 57, S. 3, Ankara 2008, s. 243. Ancak istisnai bazı hallerde hekimin malpraktis sorumluluğunun tıbbi müdahaleye veya bu müdahale sırasında gösterilmesi gereken özen yükümlülüğüne değil; hekimin etik kuralları ihlal eden fiillerine dayalı olarak da ortaya çıkabileceği belirtilmektedir. Bu duruma, hekimin hasta mahremiyetini ihlal eden davranışları örnek gösterilmektedir. **Walston Dunham**, Beth: Medical Malpractice Law & Litigation, Thomson, New York 2006.

içinde ağır ve hafif kusur olmak üzere ikiye ayrılırken; ağır kusuru kast ve ağır ihmal, hafif kusuru ise hafif ihmal oluşturur⁶⁷. Hekimin kusuru, hem rücuen tazminat sorumluluğunun hem de cezai sorumluluğunun belirlenmesi açısından önem taşır. Demir⁶⁸, tıbbi meslek kusurunun hekimin, aynı statüdeki ortalama bir hekimin somut olaydaki benzer durum ve koşullar altında sergileyeceği dikkat ve özeni göstermemesi halinde mevcut kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir.

Danıştay, tıbbi uygulama hatalarını “*Tıp biliminin standartlarına ve tecrübelerine göre gerekli özenin bulunmadığı ve bu nedenle de olaya uygun gözükmeyen her türlü hekim müdahalesi uygulama hatası (malpraktis) olarak anlaşılmaktadır.*” tanımlamış ve tıbbi uygulama hatasında uygulama kusuru, aydınlatma kusuru ve organizasyon kusuru olarak üçlü ayrıma gitmiştir⁶⁹. Tıbbi uygulama hatasının bu kapsayıcı tanımlaması, aydınlatma ve organizasyon hatalarının bir yandan tıbbi müdahale öncesinde gerçekleşmesi ve diğer yandan sağlık hizmetinin kuruluşundaki eksiklere bağlı olması nedeniyle eleştirilmiştir⁷⁰. Aydınlatmaya ilişkin fiilin tıbbi müdahaleye dahil olduğu düşünülmeyle birlikte; özellikle organizasyon kusuru sağlık hizmetinin kuruluşundaki personel ve ekipman sağlanmasına sıkı sıkıya bağlıdır ve idare açısından hizmet kusuru oluşturduğu kuşkusuzdur.

⁶⁷ Hekimin hukuki ve cezai sorumluluğu açısından önem taşıyan kusurun tespiti ve ispatı ayrı ayrı zorluklar barındırmaktadır. Başka bir ifadeyle ortaya çıkan zararın ne kadarının hekimin kusurlu davranışından ne kadarının diğer etkenlerden oluştuğunun belirlenmesi ve bunların bilimsel kanıtlarla ispatlanması, hukukun ve tıp biliminin oldukça zorlandığı bir alan oluşturmaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Baker**, Tom: The Medical Malpractice Myth, The University of Chicago Press, Chicago 2007, s. 157 vd.; **Demir**, s. 247.

⁶⁸ **Demir**, s. 247.

⁶⁹ “*Hekimin özen yükümlülüğünün ihlali, üç alanda yoğunlaşmaktadır; birincisi, hastanın tedavisinde yani teşhis, endikasyon, tıbbi tedbirin seçimi, bu tedbirin uygulanması, tedavi yahut cerrahi girişim sonrası bakım alanındadır. İkincisi, hastanın aydınlatılması ve anamnez alınmasıdır. Üçüncüsü, klinik organizasyonu alanında (personelin niteliği, yeterli sayıda personel bulundurulması, hekimlerin birbiriyle işbirliği (Konsültasyon)dir. Bu üç alandaki kusuru, sırasıyla uygulama kusuru (tedavide hata), aydınlatma kusuru ve organizasyon kusuru olarak değerlendirmek mümkündür. Bu üç kusura "Tıbbi Uygulama Hatası" (Malpraktis) adı verilmektedir.*” D. 15.D., 11.03.2015, E. 2013/4509, K. 2015/1398 (www.lexpera.com Erişim Tarihi: 01.08.2022)

⁷⁰ **Yüzbaşıoğlu**, s. 235.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin pek çok kararında⁷¹ tekrarlanan ifadelerle göre: “Doktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktor, tıbbi çalışmalarda bulunurken, bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Doktor, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda, bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmalı ve en emin yolu tercih etmelidir.”

Kamu kurum ve kuruluşları ve Devlet üniversitelerinde görev yapan hekimler, kamu görevlisi olarak çalışmaları ve görevlerinin kaynağının kanun olması sebebiyle, tedavi yükümlülüğünü yerine getirmezlerse; bu kanunla verilen yükümlülüğün ihmali sayılır ve Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun oluşmasına sebep verir⁷². TCK'nın 257/1. maddesinde görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisinin, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi için üç aydan bir yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.

TCK'nın 257/1. maddesi gereğince hekimin görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle; 257/2. maddesi gereğince de ihmali davranışla veya gecikme göstererek görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için, görevin gereklerine aykırı hareketin; kişilere haksız kazanç sağlaması, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına yol açması gerekmektedir. Bu unsurlar suçun maddi unsurları olarak nitelenebilir.

TCK m.257'de düzenlenen görevi kötüye kullanılması suçunun oluşması için manevi unsur olarak genel kast gerekmektedir. Dolayısıyla failin

⁷¹ Y. 13. HD, E. 2014/15409, K. 2015/6161, T. 02.03.2015; Y. 13. HD, E. 2013/12684, K. 2014/13341, T. 28.04.2014; Y. 13. HD, E. 2013/29446, K. 2014/13272, T. 25.04.2014; Y. 13. HD, E. 2013/30822, K. 2014/10772, T. 09.04.2014.

⁷² **Gökcan**, Hasan Tahsin: Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikâp, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 81.

yaptığı hareketin görevin gereklerine aykırı olduğunu ve kanunda öngörülen neticelerden birini doğurduğunu bilmesi ve bunu istemesi yeterlidir. İhmal suretiyle de işlenen bu suç tipinin oluşması için de failin görevinin gereklerini yerine getirmekte ihmal ya da gecikme gösterdiğinin ve bu durumun kanunda öngörülen neticelerden birini doğurduğunu bilmesi ve bunu istemesi yeterlidir. Sonuç olarak, TCK m.257, bu suçun taksirli şekli için bir ceza öngörmemektedir⁷³.

Hekim rücuen tazminat sorumluluğuna dair yasal değişiklik yapılırken de hem hekimin kusuruna hem de fiilin görevi kötüye kullanma suçu açısından tipikliğine vurgu yapılmıştır. Ek 18/2. maddede yasa koyucu tarafından, “görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanıp kullanmadığı” ifadesiyle daha belirsiz olarak kaleme alınan unsur, çıkarılan Yönetmelik ile açıklığa kavuşturulmuştur. Yönetmeliğin amacının belirlenmesine ilişkin 1. maddesinde “görevini kötüye kullandığı kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı ile tespit edilmesi halinde” ifadesi kullanılmıştır.

Ayrıca Yönetmeliğin, Kurulun görevlerine ilişkin 6/1/b/1 maddesinde Kurulun ilk görevinin “İdare aleyhine tazminata hükmeden mahkeme kararının, sağlık meslek mensubunun görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullandığını tespit eden kesinleşmiş ceza mahkemesi kararının, inceleme raporu ile ilgili diğer evrakın raporla birlikte eksiksiz olarak sekreteryaya tarafından Kurula sunulmasını sağlamak” olduğu belirtilmiştir.

Ancak hekimin idarenin ödediği tazminata sebep olan fiili ile hakkında verilen görevin kötüye kullanılması suçuna ilişkin mahkumiyet kararına sebep olan fiilin ortak olması gereklidir. Bu durum, Yönetmeliğin 6/1/b/2/ii maddesinde “İdari yargı kararı uyarınca ödenen meblağın hangi miktarının sağlık meslek mensubunun kesinleşmiş ceza mahkemesi kararına konu fiilinden kaynaklandığını gerekirse uzman bilirkişiye tespit ettirmek” şeklinde ifade olunmuştur. Yani idare tarafından ödenen tazminatın tamamının kaynağı hekimin fiili olmayabilir; ancak bu tazminatta hekimin aynı zamanda görevi kötüye kullanma oluşturan fiilin de payının olması gerekir.

C. Mesleki Sorumluluk Kurulu Kararı

Ek 18/3. maddeye göre, Mesleki Sorumluluk Kurulu, Sağlık Bakanı tarafından belirlenen Bakan yardımcısı; Sağlık Hizmetleri, Kamu Hastaneleri, Hukuk Hizmetleri, Yönetim Hizmetleri genel müdürleri veya yardım-

⁷³ Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 1234-1243.

cıları ve profesör veya doçent unvanlı biri dahili, diğeri cerrahi branştan iki hekim olmak üzere yedi üyeden oluşur. Belirlenen üyelerin görev süresi iki yıldır ve Kurulun başkanı, Bakan yardımcısıdır. Mesleki Sorumluluk Kurulu, üye tam sayısının salt çoğunluğuyla toplanır ve üye tam sayısının salt çoğunluğuyla karar alır. Ayrıca Kanunda oylamalarda çekimsiz oy kullanılmayacağı da kaleme alınmıştır.

Kanunda Sağlık Bakanı'na gelen işin niteliği ve sayısına göre, başka bir Bakan yardımcısının başkanlığında, Ek 18/3. maddede belirtilen kişilerden, yeni kurullar oluşturabilme yetkisi de tanınmıştır. Başka bir ifadeyle, Mesleki Sorumluluk Kurulu adı altında farklı üyelerden oluşan birden fazla Kurul kurulabilmesine imkan tanınmıştır.

Ayrıca Kurul üyelerinin, karar alma sürecinde kendilerini güvende hissetmelerinin sağlanması amacıyla, verdikleri kararlar sebebiyle görevinin gereklerine aykırı hareket ettiklerinin kesinleşmiş bir ceza mahkemesi kararıyla tespit edilmesi hali dışında mali ve idari yönden sorumlu tutulamayacakları kararlaştırılmıştır.

Mesleki Sorumluluk Kurulunun hekim hakkında alacağı soruşturma iznine ilişkin kararlarına karşı, Sağlık Meslek Mensuplarının Tıbbi İşlem ve Uygulamaları Nedeniyle Soruşturulmasına ve İdarece Ödenen Tazminatın Rücu Edilmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 11. maddesi uyarınca Ankara Bölge İdare Mahkemesine itiraz edilebilir. Ancak ne SHTK ek madde 18 ne de Yönetmelik, görevi kötüye kullanma suçundan mahkum edilen hekim hakkında alınacak rücu ilişkin kararlara karşı bir başvuru yolu öngörmüştür.

Gerek Kanun ek madde 18 ve gerekse Yönetmelik'in 13. maddesi düzenlemesinden anlaşılan, Kurul'un hekime rücu edilip edilmeyeceğine karar alma yetkisi olduğu, yani söz konusu düzenlemeler ile Kurul'a bu konuda bir takdir yetkisi tanındığıdır. Her ne kadar, kamu hizmetlerinin değişkenliği ve özellikle sağlık hizmetleri alanındaki teknik ve bilimsel gelişmeler, risk faktörü ve mali olanaklar dikkate alındığında, hekimin basit kusurlarından dolayı rücu sorumluluğunun bulunmaması hakkaniyet ve adalete uygun olsa da, söz konu düzenlemeler Anayasanın 129/5. maddesi ile çelişir niteliktedir.

Diğer taraftan, Kurulun bu konuda aldığı kararların bireysel idari işlem niteliğinde olması da dikkate alınmalıdır. Kurul'un rücu edip etmeme yönünde aldığı kararlar, hekim açısından karara göre yükümlendirici ya da yararlandırıcı, bireysel kolektif idari işlem niteliğindedir. Aynı nitelime kusur oranına ilişkin alınan kararlar için de geçerlidir. Yönetmelik'te hekim hakkında alınan soruşturma iznine ilişkin kararlara karşı Ankara Bölge İdare

Mahkemesine itiraz yolu öngörülmüş olmakla birlikte, rücu ilişkin kararlara karşı ayrıca bir idari itiraz yolu da düzenlenmemiştir.

Anayasanın 125/1. maddesi uyarınca idarenin her türlü eylem ve işleme karşı yargı yolu açıktır. Kurul tarafından alınan rücu ilişkin kararlar da bundan müstesna olmadığından, İdari Yargılama Usul Kanunu⁷⁴ uyarınca bu işlemlere karşı Ankara idare mahkemelerinde ve genel dava açma süresi olan altmış gün içinde iptal davası açılabilir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, idari işlemin muhatabı hekim tarafından açılacağı gibi, Danıştay'ın içtihatlarına⁷⁵ göre hekimin kişisel kusurundan zarar görenler de idareye rücu edilmesi talebiyle başvurabilecekler ve bu konuda alınan olumsuz idari işlemleri idari yargıda uyuşmazlık konusu edebileceklerdir.

D. Süre ve Zamanaşımı

Ek 18/2. maddede Mesleki Sorumluluk Kurulu tarafından bir yıl içinde karar verileceği belirtilmiş olmakla birlikte; bu sürenin hangi tarihten itibaren işlemeye başlayacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Mesleki Sorumluluk Kurulu'nun bir yıllık süresinin başlangıç tarihinin, hekimin görevini kötüye kullandığını tespit eden ceza mahkemesi kararının kesinleştiği tarih olduğu Yönetmelikle belirlenmiştir.

7406 sayılı Kanun'da hali hazırda görülmekte olan rücu davalarına ilişkin bir geçici madde de düzenlenmiştir. Kanunun geçici 13/2. maddesinde kamu kurum ve kuruluşları ve Devlet üniversitelerinde görev yapan hekimlerin bu Kanunun kapsamında olan ve açılmış bulunan rücu davalarından, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla yargılaması devam edenler bakımından 7406 sayılı Kanunun Ek 18/2. maddesi uyarınca karar verilmek üzere Mesleki Sorumluluk Kuruluna başvurması için davacıya iki aylık süre verileceği belirtilmiştir. Başvuru yapılmaması halinde dava usulden reddedilir. Bu durumda yargılama gideri taraflar üzerinde bırakılır ve davacı aleyhine vekalet ücretine hükmedilmez.

TBK'nun 73/1. maddesinde rücu isteminin, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın

⁷⁴ 20.01.1982 tarih ve 17580 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁷⁵ "...her yurttaş ve özellikle kamu görevlilerinin kişisel kusuru nedeniyle zarara uğrayıp yargısal süreci başlatmış olan yurttaşlar, ilgili personele rücu edilmesini sağlamak amacıyla idareye başvurabilir ve bu başvurularının reddi üzerine de dava açma hakkını kullanabilirler. Kamu hizmeti görevlilerinin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden ve kendi kusurlarından doğan zararı toplum ödemek zorunda değildir." D.5.D, 3.06.2008, E. 2007/7369, K. 2008/3234, (www.lexpera.com Erişim Tarihi: 22.07.2022)

ve her halde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacağı hükme bağlanmıştır. Maddenin ikinci fıkrası gereğince tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorundadır. Aksi takdirde zamanaşımı, bu bildirimün dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar.

SHTK'nın Ek 18. maddesinde hekimin sorumluluğuna dair özel bir zamanaşımı süresi düzenlenmediğinden TBK'nun 73. maddesinin uygulanması gereklidir. Madde uyarınca iki yıllık sürenin başlaması için, tazminatın tamamının ödenmesi ve birlikte sorumlu kişinin öğrenilmesi unsurlarının kümülatif olarak gerçekleşmesi aranır. Rücu alacaklısı idarenin zaten tazminatın tamamını ödemiş olduğu varsayımı altında, önemli olan rücu borçlusunun öğrenildiği tarihin belirlenmesidir.

Rücu borçlusunun öğrenildiği tarih, hekim hakkında verilen görevin kötüye kullanılması suçuna ilişkin mahkeme kararının kesinleştiği tarih olarak kabul edilmelidir. Zira kararın kesinleşmesiyle birlikte, Mesleki Sorumluluk Kurulunun bir yıllık karar verme süresi de başlayacaktır. Mesleki Sorumluluk Kurulunun kararının, başlamış ve işlemeye devam eden zamanaşımı süresinde verilmesi; hekimin rücu tazminat sorumluluğunun zamanaşımı süresinin TBK'nun 73. maddesiyle düzenlenen kurala ve korunan hukuki menfaate daha uygun olacağı düşünülmektedir.

Rücu borçlusunun öğrenildiği tarihin Mesleki Sorumluluk Kurulunun kararının verildiği tarih olarak kabul edilmesi halinde, hekim çok uzun bir süre için rücu tazminat sorumlusu olarak kalacaktır. Hekimin kusuruyla sebep olduğu ve görevi kötüye kullanma suçunu oluşturan fiili işlemesinden sonra, hem ceza yargılamasıyla kesin hükme ulaşılması için gereken süre hem de bu hükümden sonra Mesleki Sorumluluk Kurulunun bir yıllık karar verme süresinde hala zamanaşımı işlemeye başlamamış olacaktır.

III. DEĞERLENDİRME

SHTK ek madde 18, memur ya da diğer kamu görevlisi statüsündeki sağlık personeli açısından rücu tazminat sorumluluğunu ancak görevin gereklerine aykırı davranmak suretiyle görevin kötüye kullanılması ile sınırlamıştır. Her ne kadar Kanunda açıkça "mahkumiyet"ten bahsedilmese de, ek madde 18'de dayalı olarak çıkarılan Yönetmeliğin 1. maddesi "*görevi kötüye kullandığı kesinleşmiş mahkumiyet kararı ile tespit edilen*" sağlık personeli açısından rücu düzenlemiştir. Söz konusu yasal ve idari düzenlemelerden, taksirle işlenen ve fakat tıbbi uygulama hatası olarak değerlendirilen

dirilebilecek kişisel kusurları kamu görevlisi sağlık personelinin rücuen tazminat sorumluluğuna dahil etmediği gözlenmiştir. Buna göre, idarenin sorumluluğunu doğuran kişisel kusurlar, ceza hukuku kapsamında tipiklik koşulunu sağlayarak bir mahkumiyete bağlanmadığı sürece, kamu görevlisi hekim açısından rücu davasına konu edilemeyecektir.

Belirtmek gerekir ki malpraktis olarak kabul edilen ve daha önce bahsi geçen açıklık ve yoğunluktaki kusurdan dolayı sorumluluk kabul edilmiş olsa dahi, bu kategorinin görevin kötüye kullanılması fiillerinden daha geniş kapsamlı olacağı açıktır. Tıp biliminin ve uygulamasının karmaşıklığı bir yana, Anayasal olarak teminat sisteminin kabul edildiği, idarenin sorumluluğunun da asli ve anonim bir sorumluluk olduğu dikkate alınarak kamu görevlisinin hafif ihmali ile sebep olduğu kusurlardan dolayı kendisine rücu edilmesi adil olmayacaktır⁷⁶. Bununla birlikte, dikkate alınması gereken iki ayrı nokta bulunmaktadır: Öncelikle, hekimin rücuen sorumluluğuna yol açacak öteden beri kabul edilen ağırlıktaki kusurlu fiilleri, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmayabilecektir. İkinci olarak da, Anayasanın 129/5. maddesindeki “...rücü edilmek kaydıyla...” hükmü yasakoyucu açısından da bağlayıcı olduğu için, teminat sistemini benimsemiş bir hukuk düzeninde dahi SHTK’daki değişikliğin Anayasaya uygunluğu tartışmaya açık olacaktır.

Tartışılması gereken bir diğer sorun da, Kanunun kapsamına aldığı hekimlerin istihdam edildikleri kurumlara göre getirilen sınırlamaya ilişkindir. SHTK ek m.18 ile Mesleki Sorumluluk Kurulunun hakkında rücu kararı alabileceği hekim kategorisi, kamu kurum ve kuruluşları ve devlet üniversitelerinde görev yapanlarla sınırlanmıştır. Söz konusu idareler tarafından sağlık hizmetinin yürütülmesi emanet usulü⁷⁷ olarak nitelenmektedir ve bu hizmetin yürütülmesi kamu hukuku kurallarına tabidir. Anayasa’nın 128/1. maddesi uyarınca “Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler memurlar ve diğer

⁷⁶ Akyılmaz, s. 77; Sancakdar/Önüt/Us Doğan/Kasapoğlu Turhan/Seyhan, s. 844.

⁷⁷ Emanet usulü, kamu hizmetlerinin doğrudan devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından kendi örgüt ve hizmete tahsis ettikleri araç ve gereçler vasıtasıyla yürütülmesidir. Günday, s. 343, Tan, s. 365. Emanet usulü, kamu idareleri (Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy) tarafından yürütülen hizmetler olarak da tanımlanmış; diğer kamu tüzel kişilerinin bir kamu hizmetini yürütmek için kurulmaları “kamu kurumu usulü” olarak da adlandırılmıştır. Gözler, s. 387, s. 395; Sancakdar, Oğuz/Önüt, Lale Burcu/Us Doğan, Eser/Kasapoğlu Turhan, Mine/Seyhan, Serkan: İdare Hukuku Teorik Çalışmalar Kitabı, Seçkin yayınevi, 2021, s. 569 vd.

kamu görevlileri eliyle görülür.”. Dolayısıyla, kamu hukuku kurallarına tabi sağlık hizmeti personeli içinde asli ve sürekli görev ifa ettiği şüphesiz olan hekimler, kural olarak 657 s. Devlet Memurları Kanunu (DMK) kapsamında memur ya da 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu kapsamında diğer kamu görevlisi olarak istihdam edilmektedirler⁷⁸.

Bunlara ek olarak, 10.07.2003 tarih ve 4924 sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun⁷⁹ uyarınca, eleman temininde güçlük çekilen yerlerde ve hizmet dallarında sağlık hizmetlerinin etkili ve verimli bir şekilde yürütülebilmesini temin etmek üzere, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları tarafından idari hizmet sözleşmesi ile sözleşmeli hekim istihdamı mümkündür. Bu şekilde idari hizmet sözleşmesiyle istihdam edilen hekim de “*diğer kamu görevlisi*” kapsamında değerlendirilmelidir⁸⁰.

Buradan hareketle, kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri idare ile aralarındaki statüer bir ilişki ile yürüten tüm personelin Anayasa 40/2. ve 129/5. maddeleri kapsamında kamu görevlisi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır⁸¹. Söz konusu personelin kişisel kusurlarından dolayı idarenin asli ve doğrudan sorumluluğuna gidilmesi ve bu personele

⁷⁸ En genel tanımıyla, Anayasanın 128/1. maddesinde geçen memurlar 657 sayılı DMK’ye tabi olarak istihdam edilen kamu personelidir. Diğer kamu görevlileri ise kamu hizmetine ilişkin asli ve sürekli görevleri yürütmekte olup, statüleri kendi özel kanunlarında düzenlenmiştir. Örneğin, hakim ve savcılar, TSK personeli, yükseköğretim kurumları öğretim elemanları. **Günday**, s. 585 vd. Her iki kategorinin de belirleyici unsurları genel idare esaslarına göre yürütülen bir kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yürütmektir. Bu durum da kamusal yönetim biçimlerine göre yürütülen kamu hizmetlerini kadro tahsisi ile yürüten kamu görevlilerini işaret etmektedir. Bu konuda detaylı bilgi ve sözleşmeli personelin durumu için ayrıca bkz. **Gözübüyük/Tan**, s. 798 vd.; **Gözler**, s. 66 vd.; **Sancakdar/Önüt/Us Doğan/Kasapoğlu Turhan/Seyhan**, s. 396 vd.

⁷⁹ 24.07.2003 tarih ve 25178 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁸⁰ Her ne kadar Kanun’un 1. maddesinde geçen ifade “hizmet akdi ile sözleşmeli olarak istihdam edilecek ve işçi sayılmayan sözleşmeli personel” ise de, bahsi geçen sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi olması gerektiği açıktır. Öncelikle Kanunda personelin yükümlülükler, disiplin açısından DMK’ye tabi olmaları; Kanunda hüküm olmayan hallerde DMK’ye atıf yapılması ve özelle Anayasanın 128. maddesi nedeniyle idare ile aralarındaki ilişkinin kamu hukuku ilişkisi olması gerekmektedir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi de sağlık hizmetlerini yürütmek için istihdam edilecek sözleşmeli personelin Anayasa m.128/1 uyarınca asli ve sürekli görev yürüteceği yönünde değerlendirme yapmış; böylece söz konusu kategorinin diğer kamu görevlisi niteliğinde olduğunu tespit etmiştir. (AYM. E. 2005/145, K. 2009/112, KT. 23.03.2010, RG, 31.03.2010, S. 27538.)

⁸¹ **Akıymaz/Sezginer/Kaya**, s. 521.

kusurları oranında rücu edilmesi bir zorunluluktur. Aksi yönde bir düzenleme ve uygulama da anayasaya aykırılık teşkil edecektir⁸².

Bu düzenlemenin hekimler açısından bir güvence getirerek defansif tıp⁸³ uygulamalarının azalmasını sağlayacağı⁸⁴ öngörülebilse de⁸⁵, bu durum sadece kamu kurum ve kuruluşları ile devlet üniversitelerinde istihdam edilen kamu görevlisi hekimler açısından söz konusu olacaktır.

Şöyle ki, Anayasanın 130. maddesi uyarınca kanunla ve kamu tüzel kişiliğini haiz bir şekilde kurulan vakıf üniversiteleri, aynı maddenin son fıkrası uyarınca idari ve mali konular dışında devlet üniversiteleri ile aynı anayasal hükümlere tabidir. Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay tarafından, vakıf üniversitesi tarafından yürütülen hizmetin bir kamu hizmeti olduğu, sürekli ve düzenli nitelikteki kamu hizmetinde çalıştırdığı öğretim elemanının statüsü, göreve alınması, hak ve yetkileri gözetildiğinde, idare hukuku kapsamında bir kamu personeli niteliğinde bulunduğu ve istihdam eden vakıf üniversiteleri ile aralarındaki sözleşmenin de idari hizmet sözleşmesi olduğuna karar verilmiştir. Bu bağlamda, vakıf üniversitesi hastanelerinde istihdam edilen Yükseköğretim Kanununa tabi personelin de Anayasa'nın 129/5. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir.

Diğer taraftan, vakıf üniversitesi hastanelerinde yürütülen sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararların tazmini için de idarenin asli sorumluluğu söz konusudur. Yürüttükleri hizmet bakımından kamu hukukuna tabi olan vakıf üniversitelerince yürütülen sağlık hizmetlerinden kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkin uyuşmazlıklar idari yargıda çözüm-

⁸² **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 523.

⁸³ Defansif tıp uygulamaları için bkz. **Yılmaz**, Kerem: Defansif Tıp, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014.

⁸⁴ **Çınarlı**, Serkan/**Göncü Döner**, Munise Seray/**Azak**, Kerim: "Kamu Sağlık Çalışanlarına Karşı Açılan Rücu Davalarında Organizasyon Kusuru Nedeniyle Hakkaniyet İndirimi", Tıp Hukuku Dergisi, Nisan 2022, S. 21, s. 19.

⁸⁵ SHTK ek madde 18/1 ile Yükseköğretim Kanunu m.53'e tabi olanlar hariç olmak üzere, kamu veya özel sağlık kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde görev yapan sağlık personelinin sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptıkları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle yapılan soruşturmaları izne tabi tutmuştur. Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin isnat ve iftiraya karşı korunma hakkına dayalı olarak, bu personele yönelik göreviyle ilgili bir suçlardan dolayı yargılanabilmeleri 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca soruşturma izni verilmesine bağlıdır. Kamu kurum ve kuruluşları ile devlet üniversitelerinde görev yapan sağlık personeli için halihazırda uygulanmakta olan bu durum, SHTK'na eklenen düzenleme ile özel sağlık kuruluşları ve vakıf üniversitesi sağlık personelinin de kapsayarak, ceza soruşturmaları bakımından ek bir güvence getirmiştir.

lenmektedir⁸⁶. Nitekim Yargıtay da, vakıf üniversitesi hastanelerinin halka sunulan sağlık hizmeti bakımından kamu hastanesi ve davalı hekimin de kamu görevlisi niteliğinde olduğunu belirtmiş; hekimin kişisel kusuru nedeniyle tazminat taleplerinde husumetin idareye yöneltilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir⁸⁷.

Sonuç olarak, ek madde 18 ile belli statüdeki sağlık meslek gruplarına getirilen güvencenin vakıf üniversitelerinde görev yaparak aynı hizmeti yürüten aynı mesleğin mensupları açısından öngörülmemesi, eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Eşitlik ilkesine aykırılık konusu, özel sağlık kuruluşlarında özel hukuk hükümlerine göre istihdam edilen hekimler ve dahi sağlık personeli olması gerekmeksizin tüm kamu görevlileri için dikkate alınması gereken bir sorun oluşturmaktadır.

⁸⁶ “İdari rejime dayalı olarak düzenlenmiş bulunan Türkiye'nin idari yapısında, kamu tüzel kişiliği idari yargının görev alanının belirlenmesinde kullanılan ölçütlerden birisidir. Kamu tüzel kişilerinin kuruluş amacı kamu yararı, faaliyet konuları ise kamu hizmetidir. Bu bağlamda, Kamu Tüzel Kişileri, özel hukuk tüzel kişilerine nazaran üstün ve ayrıcalıklı kamu gücüne sahiptirler ve tek taraflı işlemlerle yeni hukuki durum yaratabilirler.

...

Vakıf Üniversitesi Hastanesinin kamu hizmetini yürüttüğü sırada kişilere verdiği zararın tazmini istemiyle açılan bu davada, kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının saptanması gerekmektedir. Bu hususların saptanması ise idare hukuku ilkelerine göre yapılabileceğinden, 2577 sayılı Yasa'nın 2. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi kapsamında bulunan tam yargı davasının görüm ve çözümünde idari yargı yerleri görevlidir.” UM, 5.11.2012, E. 2021/57, K. 2013/213, [https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/97f8e061-bcbc-40e6-9ebf-9a7f6469dde7?](https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/97f8e061-bcbc-40e6-9ebf-9a7f6469dde7?excludeGerekce=False&wordsOnly=False)

excludeGerekce=False&wordsOnly=False (Erişim Tarihi: 20.07.2022)

⁸⁷ “Vakıf Üniversitesinin Tıp Fakültesi Hastanesi halka sunduğu sağlık hizmeti bakımından kamu hastanesi niteliğindedir, davalı çalışanı da kamu görevlisidir. Davacı taraf, davalı doktorun görevi sırasında dikkatsizlik ve tedbirsizliği nedeni ile desteğin ölümüne neden olduğu iddiasıyla doktoru hasım göstererek maddi ve manevi tazminat davası açmıştır. Davacının iddiası, içerikçe davalı doktorun görevi sırasında ve yetkisini kullanırken işlediği bir kusura ve bu kusurun niteliği itibariyle de kamu görevlisinin ihmaline dayanmaktadır. Davalının görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanılmadığına, dikkatsizlik ve tedbirsizliğe dayalı da olsa eylemin görev sırasında ve görevle ilgili olmasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmasına göre, eldeki davada husumet kamu görevlisine değil, idareye düşmektedir. Dava idare aleyhine açılıp, husumetin de idareye yöneltilmesi gerekir. Davalı doktor hakkındaki davanın husumet yokluğu nedeni ile reddedilmesi gerekir.” Yargıtay HGK, 30.1.2013, E. 2012/4-729, K. 2013/163 www.lexpera.com (Erişim Tarihi: 27.07.2022).

SONUÇ

SHTK ek madde 18, kamu kurum ve kuruluşları ile devlet üniversitelerinde görev yapan hekim açısından rücuen tazminat sorumluluğunu ancak görevin gereklerine aykırı davranmak suretiyle görevin kötüye kullanılması ile sınırlamıştır. Bu koşulun gerçekleşmiş olması halinde dahi, aynı madde ile kurulan Mesleki Sorumluluk Kurulu tarafından ceza mahkumiyeti kararından itibaren bir yıl içinde rücu ve kusur oranına ilişkin karar alınması gerekmektedir. Bu düzenleme, hukuken olduğu kadar uygulamada açısından da birçok soruna yol açabilecek niteliktedir.

Söz konusu yasal değişiklik, hekimin rücuen tazminat sorumluluğunun, doğrudan yargı kararıyla belirlenmesinden önce; bir de idari karar alma mekanizması tarafından değerlendirilmesini gerekli kılmıştır. Hekimin kusuruna ve bunun oranına idari bir kamu hizmetinin nitelikleri de dikkate alınarak idare tarafından karar veriliyor olması, bu konuda genel hükümlere göre ve adli yargıda rücu edilmesine yönelik eleştirileri de karşılamamaktadır. Nitekim mevcut düzenlemede Kurulun rücu edip etmeme konusunda takdir yetkisi bulunmakta olduğu gibi, rücu kararının alınması durumunda kusur oranı da belirlenmektedir. Özellikle Sağlık Bakanlığı bünyesinde örgütlenmiş idari bir kurulun memur ve diğer kamu görevlisi hekimin kusur oranını belirlemede hiyerarşik ilişkilerden kaynaklanabilecek olumsuzluklar da göz ardı edilmemelidir. Kurulun kararının bir idari işlem olduğu dikkate alındığında, idarenin takdir yetkisi sınırsız bir yetki olmayıp yargısal denetime tabi olduğundan, gerek kendisi hakkında karar alınan hekim, gerekse zarar görenler tarafından -özellikle kusur oranı konusundaki- bu kararı uyuşmazlık konusu yapabilecektir. Öncelikle hekimin rücu sorumluluğunun kapsamı daraltılmış ve böylece hekimin malpraktis kapsamında olmakla birlikte, görevi kötüye kullanma teşkil etmeyen kusurlarına (örneğin taksirli davranışlarına) rücu muafiyeti getirilmiştir. Hekimin malpraktis olarak nitelenen kusurlu fiillerinin pek çoğunun hukuken (ağır veya hafif) ihmal ve ceza hukuku anlamında da taksirle işlendiği (örneğin taksirle ölüme sebebiyet verme veya yaralama) göz önünde bulundurulduğunda, getirilen muafiyetin kapsamı daha net görülebilir. Söz konusu düzenleme, her ne kadar hekime yönelik bir koruma getirerek defansif tıp uygulamalarının önüne geçme yönünde olumlu bir yan taşımaktaysa da, Anayasa'nın 129/5. maddesi uyarınca kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından dolayı kendilerine rücu edilmesi zorunluluğu ile çelişmektedir.

İkinci olarak, ek madde 18 ile sadece memur ve diğer kamu görevlisi statüsünde bulunan hekim açısından getirilen düzenleme, yine diğer kamu

görevlisi statüsünde olduğu yüksek yargı kararları ile tespit edilen vakıf üniversitesi personeli hekimleri kapsam dışında bırakmaktadır. Bu durumun Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olduğu tespit edilebilmekte ve özel sağlık kuruluşlarında özel hukuk hükümlerine göre istihdam edilen hekimler açısından dahi eşitlik ilkesine uygunluğu tartışmalıdır.

Ayrıca ek madde 18 düzenlemesinin terimsel açıdan da incelenmesi gerekmektedir. Hekimin rücu tazminat sorumluluğunun gündeme gelmesi için, idare tarafından ödenen tazminatın, hekimin sağlık mesleğinin icrası kapsamında yaptığı muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamadan doğmuş olması gereklidir. Buna karşılık hekimin tıbbi müdahale kapsamında yürüttüğü faaliyetlerin muayene, teşhis ve tedaviyle sınırlandırılması terimsel açıdan doğru değildir. Zira teşhise ve tedaviye ilişkin faaliyetlerin tıbbi müdahale kapsamında olduğuna dair bir şüphe bulunmasa da, bunlardan ibaret olmadığının da kabulü gerekir. Örneğin tıbbi bir gerekliliğe dayanmayan isteğe bağlı gebeliğin sonlandırılması, sterilizasyon, doğum kontrolü amaçlı uygulamalar, yaşayan organ vericisinden organ veya kan bağışçısından kan alınması, sadece güzelleşme veya gençleşmeyi hedef almış estetik cerrahi, sünnet vb. tıbbi müdahalelerin klasik anlamdaki teşhis ve tedavi tanımlarına uygun olmadıkları ortadadır. Böyle bir durumda hekimin kusurlu davranışıyla sebep olduğu idarece tazmin edilen zararların, hekime rücu edilmesinin mümkün olmaması gibi kabulü zor bir sonuç ortaya çıkmaktadır.

SHTK'nun ek 18. maddesinde hekimin sorumluluğuna dair özel bir zamanaşımı süresi düzenlenmediğinden TBK'nun rücu zamanaşımına ilişkin 73. maddesinin uygulanması gereklidir. Madde uyarınca iki yıllık sürenin başlaması için, tazminatın tamamının ödenmesi ve birlikte sorumlu kişinin öğrenilmesi unsurlarının kümülatif olarak gerçekleşmesi aranır. Rücu alacaklısı idare zaten tazminatın tamamını ödediğinden, önemli olan rücu borçlusunun öğrenildiği tarihin belirlenmesidir. Rücu borçlusunun öğrenildiği tarih, hekim hakkında verilen görevin kötüye kullanılması suçuna ilişkin mahkeme kararının kesinleştiği tarih olarak kabul edilmelidir. Kararın kesinleşmesiyle birlikte, Mesleki Sorumluluk Kurulunun bir yıllık karar verme süresi de başlayacaktır. Mesleki Sorumluluk Kurulunun kararının, başlamış ve işlemeye devam eden zamanaşımı süresinde verilmesi; hekimin rücu tazminat sorumluluğunun zamanaşımı süresinin TBK'nun 73. maddesiyle düzenlenen kurala ve korunan hukuki menfaate daha uygun olacağı düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz**, Bahtiyar: “İdarenin Kusurlu Personeline Rücu Sorunu”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu 2009, s.537-543. (https://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s_25.pdf Erişim Tarihi: 8.07.2022)
- Akyılmaz**, Bahtiyar: “Kamu Zararı ve Kamu Zararında Rücu Sorunu”, İÜHFMD C. LXIX, S. 1-2, s. 61-78.
- Akyılmaz**, Bahtiyar/**Sezginer**, Murat/**Kaya**, Cemil: Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yay., Ankara 2020.
- Antalya**, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1, 2, B. 2, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- Aşçıoğlu**, Çetin: Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1993.
- Ayan**, Mehmet: Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Yayınları, Ankara 1991.
- Ayan**, Serkan: “Müteselsil Borçlulukta Rücu Zamanaşımına İlişkin Bazı Sorunlar”, AHBVÜHFD, C. XXIV, S. 4, Ankara 2020, s. 3-59.
- Badur**, Emel: Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Baker**, Tom: The Medical Malpractice Myth, The University of Chicago Press, Chicago 2007.
- Bereket Baş**, Zuhâl: “Görev Kusuru ve Rücu Sorunu”, Kamu Personeli Sorunları-İdare Hukuku Sempozyumu, 4-5 Nisan 2003 Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., No.8, 2004, s. 67-111.
- Bayraktar**, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1972.
- Bhat**, Vasanthakumar N.: Medical Malpractice, Auburn House, Westport 2001.
- Chapus**, René: Droit administratif général, T.1, Montchrestien, Paris 2000.
- Çilingiroğlu**, Cüneyt: Tıbbi Müdahaleye Rıza, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- Çınarlı**, Serkan: İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu, Orion, Ankara 2013.
- Çınarlı**, Serkan/**Göncü Döner**, Munise Seray/**Azak**, Kerim: “Kamu sağlık Çalışanlarına Karşı Açılan Rücu Davalarında Organizasyon Kusuru

- Nedeniyle Hakkaniyet İndirimi”, Tıp Hukuku Dergisi, Nisan 2022, S. 2, s. 3-34.
- Demir**, Mehmet: Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, AÜHFD, C. 57, S. 3, Ankara 2008, s. 225-252.
- Duran**, Lûtfi: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, TODAİE Yayınları, Ankara 1974.
- Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 24, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Erkal**, Atilla: “Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Sağlık Personelinin İstihdamı Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2021, C. 9, S. 2, s. 235-271.
- Ersöz**, Ahmet Kürşat: “Sağlık Hizmetleri Açısından Hizmet Kusurunun Ağırlığı ve İspat Problemi”, İÜHFM C. LXIX, S. 1-2, s. 927-934.
- Fremgen**, Bonnie F.: Medical Law and Ethics, B. 3, Pearson, New Jersey 2009.
- Frier**, Pierre-Laurent/**Petit**, Jacques: Droit Administratif, LGDJ, Paris 2014.
- Gleixner-Eberle**, Elisabeth: Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger, Springer, Frankfurt 2014.
- Gökcan**, Hasan Tahsin: Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikâp, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.
- Gözler**, Kemal: İdare Hukuku C. II, Ekin, Bursa 2019.
- Gözübüyük**, Şeref/**Tan**, Turgut: İdare Hukuku C. I, Genel Esaslar, Turhan, Ankara 2014.
- Günday**, Metin: İdare Hukuku, İmaj, Ankara, 2011.
- Güneş**, Mehmet/**Gündüz**, Mustafa: “Kamu Görevlisine Rücu Edilmesinde Hukuki Sorunlar ve İdari Yargı Kararları Işığında Güncel Bir Değerlendirme”, Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 4, S. 7, Ankara 2015, s. 7-19.
- Güran**, Sait: “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, Danıştay Derg., Yıl. 12, S. 46-47, 1982, s. 16-22.
- Güran**, Sait: “İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler”, AİD, Y. 1979, C. 12, S. 1, s.55-62.
- Hakeri**, Hakan: Tıp Hukuku, B. 20, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Herring**, Jonathan J.: Medical Law, Oxford University Press, Oxford 2011.

- Jackson**, Emily: *Medical Law Text, Cases and Materials*, B. 2, Oxford University Press, Oxford 2010.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: *Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet*, Sevinç Matbaası, Ankara 1979. (Halefiyet)
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, B. 24, Turhan Kitabevi, Ankara 2020.
- Mason**, J. K./**Laure**, G. T.: *Law and Medical Ethics*, B. 8, Oxford University Press, Oxford 2011.
- Ozansoy**, Cüneyt, “Türk İdaresinin Sorumluluğunda Kamu Hukuku Erozyonu”, I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, I. Kitap İdari Yargı, 1-4 Mayıs 1990, Ankara, Danıştay Yayınları, No:53, s. 73-87.
- Özdemir**, Hayrünisa: *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.
- Özgül**, Mehmet Emin: *Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- Özgüldür**, Serdar: “İdarenin Hukuki Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları”, *Günüşğında Yönetim*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s. 809-890.
- Özpınar**, Berna: *Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2007.
- Sancakdar**, Oğuz/**Önüt**, Lale Burcu/**Us Doğan**, Eser/**Kasapoğlu Turhan**, Mine/**Seyhan**, Serkan: *İdare Hukuku Teorik Çalışmalar Kitabı*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.
- Sarıca**, Ragıp: “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, *İÜHFİM*, Y. 1949, C. 15, S. 4, s. 858-895.
- Sauvé**, Jean Marc: “Santé et Justice: Quelle responsabilité?”, *Colloque de la santé et justice : quelles responsabilités? Dix ans après la loi du 4 mars 2002*. (<https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/sante-et-justice-quelles-responsabilites-dix-ans-apres-la-loi-du-4-mars-2002#1>, Erişim tarihi: 09.07.2022)
- Stauch**, Mark/**Wheat**, Kay/**Tingle**, John: *Text, Cases and Materials on Medical Law*, B. 6, Routledge-Cavendish, Abington 2006
- Tan**, Turgut, *İdare Hukuku*, Turhan, Ankara 2013.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, R. Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020
- Waline**, Jean: *Droit administratif*, Dalloz, Paris 2018.

Walston Dunham, Beth: Medical Malpractice Law & Litigation, Thomson, New York 2006.

Yılmaz, Kerem: Defansif Tıp, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014.

Yüzbaşıoğlu, Cihan: İdare ve Personel Yönüyle Sağlık Hizmetlerinden Kaynaklanan Sorumluluk, Oniki Levha, İstanbul, 2020.

Le Dossier Thématique de Conseil d'Etat: L'Engagement de la responsabilité des hopitaux publics, 5 janvier 2015, s. 4. (<https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/dossiers-thematiques/l-engagement-de-la-responsabilite-des-hopitaux-publics> Erişim tarihi: 26.07.2022)

VÜCUDA ORGAN VEYA SAİR CİSİM SOKMAK SURETİYLE İŞLENEN CİNSEL SALDIRI SUÇU BAKIMINDAN TEŞEBBÜSE İLİŞKİN SORUNLAR

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1182464>

Dr. Öğr. Üyesi Efser ERDEN TÜTÜNCÜ*

Öz

Vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle işlenen cinsel saldırının (5237 sayılı TCK m. 102/2) hukuki mahiyeti konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bu mesele, TCK m. 102/2'nin teşebbüse elverişliliği ve buna bağlanan sonuçlar konusunda özel bir öneme sahiptir. Madde gerekçesinde, TCK m. 102/2'nin cinsel saldırı suçunda cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olduğu ifade edilmiştir. Yargıtay da TCK m.102/2'de yer alan düzenlemeyi, TCK m. 102/1'in nitelikli hali olarak kabul etmektedir. Konuya ilişkin yerleşik Yargıtay içtihadı, söz konusu nitelikli halin teşebbüse elverişli olduğu yönündedir. Bununla birlikte doktrinde, TCK m. 102/2'nin TCK m. 102/1'in nitelikli hali olduğunu savunan yazarlar arasında teşebbüse elverişlilik bakımından bir görüş birliği yoktur. Bizim de katıldığımız TCK m. 102/2'nin TCK m. 102/1'den bağımsız bir suç olduğunu savunan görüşe göre ise bu suç teşebbüse elverişlidir. Öte yandan teşebbüse ilişkin koşulların oluşup oluşmadığının somut olay bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu çalışmanın amacı, vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle işlenen cinsel saldırının hukuki niteliği bakımından değerlendirmede bulunarak, Yargıtay kararlarına yansımış örneklerle teşebbüse ilişkin koşulları somutlaştırmak suretiyle, TCK m. 102/2'nin teşebbüse elverişliliği ve buna bağlanan sonuçları irdelemektir.

Anahtar Kelimeler

Cinsel Saldırı Suçu, Vücuda Organ veya Sair Cisim Sokmak Suretiyle Cinsel Saldırı, Nitelikli Cinsel Saldırı, Teşebbüs, Gönüllü Vazgeçme

* İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul, (e.erden@iku.edu.tr) ORCID: 0000-0003-0497-7380 (Geliş Tarihi: 06.05.2022-Kabul Tarihi: 22.09.2022) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**ISSUES REGARDING CRIMINAL ATTEMPT
IN TERMS OF RAPE AND SEXUAL ASSAULT BY PENETRATION**

(Research Article)

Abstract

There is no consensus in the doctrine on the legal nature of rape and sexual assault by penetration (According to Article 102/2 of the Turkish Penal Code No. 5237). This issue is of particular importance in terms of criminal attempt and the consequences attached to it (TPC art. 102/2). In the explanatory memorandum, it has been stated that TPC Art. 102/2 is not a distinct crime, but a variation that requires aggravating the penalty in the crime of sexual assault. The Court of Cassation also considers this provision as “aggravated” sexual assault. According to the pertinent case-law of the Court, “aggravated sexual assault” can be attempted. However, the scholars who assert that TPC Art. 102/2 is not a distinct crime cannot reach a consensus on whether the crime can be attempted. According to the opposing view, which we also agree with; TPC Art. 102/2 and TPC Art. 102/1 are distinct crimes. Therefore, the crime in question is suitable for the criminal attempt. On the other hand, it is vital to evaluate if the conditions of the criminal attempt have been met, taking into consideration the circumstances in concrete cases. The aim of this study is to evaluate the legal nature of rape and sexual assault by penetration. By embodying the conditions of the criminal attempt with examples reflected in the decisions of the Court of Cassation, the suitability of criminal attempt TPC Art. 102/2 and the consequences attached to it have been examined.

Keywords

Sexual Assault Crime, Sexual Assault by Inserting An Organ or Other Object Into the Body, Aggravated Sexual Assault, Attempt, Voluntary Abandonment

GİRİŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) yer alan cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, mağdurun yaşı ve eylemin vücut dokunulmazlığını ihlal edip etmemesi kriterlerine göre birbirinden ayrılmaktadır. Mağdurun on sekiz yaşını tamamlamış bir kimse olması halinde, bu bölümde yer alan suçlardan cinsel saldırı (TCK m. 102) ve cinsel taciz (TCK m. 105) suçları uygulama alanı bulmaktadır. Bu iki suç tipi arasındaki ayrım bakımından ise suç teşkil eden eylemin vücut dokunulmazlığını ihlal edip etmemesi belirleyicidir¹.

Cinsel saldırı suçu, kanun koyucu tarafından TCK m. 102/1'de "*cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl*" olarak formüle edilmiştir. Suçun temel şekli ile daha az cezayı gerektiren hali ve cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli halleri de maddede zikredilmekle birlikte, bunların izahına ve birbirinden ayırt edilebilmesine yarayacak açıklamalara gerekçede yer verilmiştir. Madde gerekçesinde² suçun temel şekline ilişkin maddi unsur, "*kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik ve fakat cinsel ilişkiye varmayan cinsel davranışlar*" olarak ifade edilmiştir. Öte yandan cinsel saldırının ani ve kesilen davranışlarla işlenmesi, daha az cezayı gerektiren bir hal olarak "*sarkıntılık düzeyinde kalmış cinsel saldırı*" şeklinde düzenlenmiştir³.

Maddenin ikinci fıkrası bakımından maddi unsuru oluşturan hareket ise "*vücuda organ veya sair bir cisim sokma*" şeklinde belirlenmiştir. Suçun bu şekilde işlenmesi, madde gerekçesinde cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak öngörülmüş; davranışın, "*cinsel arzuları tatmin etme amacına yönelik olması*" ise aranmamıştır. Bir başka ifadeyle, TCK m. 102/2 çerçevesinde bir suçun oluşması için -kısmen de olsa- "*vajinal, anal veya oral yoldan vücuda organ veya sair bir cismin ithal edilmesi*" gerekli ve yeterlidir⁴. Suç genel kastla işlenebilmekte, organ veya sair cismin mutlaka fail tarafından mağdura sokulması aranmamaktadır. Organ veya cismin fail dışında bir üçüncü kişi tarafından mağdura sokulması veya mağdurun organ

¹ **Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat:** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 413.

² Gerekçe metni için bkz. **Gerçekler,** Hasan: Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 1026-1028.

³ **Artuk, Mehmet Emin/Alşahin, Mehmet Emin:** "Sarkıntılık Fiili", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 65, Sayı: 4, 2016, s. 3243-3270.

⁴ **Taner, Fahri Gökçen:** Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 173.

veya cismi kendisine sokmaya zorlanması bu suç kapsamında sayılacağı gibi eylemin pasif süjesi olacak şekilde failin kendisine organ sokturması halinde de vücuda organ veya cisim sokmak suretiyle cinsel saldırıdan (TCK m. 102/2) söz etmek mümkündür⁵.

TCK m. 102/2 kapsamında suçun oluşabilmesi için organ veya cismin kısmen dahi olsa “sokulmuş olması” arandığından, failin vücuda organ veya cisim sokma kastıyla giriştiği icra hareketlerini, organ veya cismin sokulmasından önce sonlandırmak durumunda kalması halinde uygulanacak olan hüküm konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Böyle bir örnekte failin o ana kadarki eylemlerinin tamamlanmış bir -basit- cinsel saldırı suçu (TCK m. 102/1) olarak mı mütalaa edileceği yoksa TCK m. 102/2 uygulama alanı bularak teşebbüs nedeniyle cezada indirim mi yapılacağı konusunda; TCK m. 102/2'nin hukuki mahiyeti ve buna bağlı olarak teşebbüse elverişliliğine ilişkin kanaat belirleyici nitelik taşımaktadır.

Öte yandan teşebbüse ilişkin esasların, kendine özgü özellikler gösteren suç tipleri bakımından bu farklılıklar gözetilerek somutlaştırılması gerekir. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar da ceza hukukunun en tartışmalı meselelerinden biri olan teşebbüse ilişkin tartışmalar bakımından özellik gösteren suç tiplerinin başında gelmektedir. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar arasında da vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen cinsel saldırı suçu yönünden, konunun daha özel bir öneme sahip olduğu düşüncesindeyiz. Düzenlemenin hukuki niteliği konusunda dahi bir uzlaşının bulunmaması bunun en belirgin göstergesidir. Bu sebeple çalışmanın çerçevesi, TCK m. 102/2'de yer alan vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle cinsel saldırı suçu bakımından teşebbüse ilişkin sorunlar ile sınırlı tutulmuştur.

⁵ Türk hukukunda dolaylı faillik kavramı ile açıklanmaya çalışılan bu durum, Alman Hukukunda yasal zemine sahiptir. Nitekim tipik fiil (§ 177 Abs. 6), “*mağdurun cinsel ilişkiye katlanmaya zorlanması*”nı da kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Buna ilişkin Alman Hukukundaki çeşitli görüşler için bkz. Bkz. **Wagner**, Markus: “Durch Täuschung veranlasste Selbstpenetration als Vergewaltigung? – Zugleich Anmerkung zu BGH Beschl. v. 10.3.2020 - 4 StR 624/191-”, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2021, 592-598; **Ziegler**, Theo: Beck'scher Online-Kommentar StGB, v. Heintschel-Heinegg, 52. Edition, C.H.BECK München 2022, Rn. 47 - 50.1; **Frommel**, Monika: Nomos Kommentar-StGB Hrgs. v. Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ulrich Paeffgen, 5. Auflage, Nomos Verlag 2017, § 177 Rn. 61-62. Türk Hukukunda aksi yöndeki Yargıtay içtihadı ile bunun eleştirisi ve konuya ilişkin doktrindeki çeşitli görüşler için bkz. **Tezcan/Erдем/Önok**, s. 418-420. Alman Hukukundaki katlanma hipotezini dikkate almak suretiyle, TCK m. 102/2'ye ilişkin değişiklik önerisi için ayrıca bkz. **Taner**, “Cinsel Özgürlük”, s. 170-171.

Çalışmada öncelikle TCK m. 102/2’de yer alan düzenlemenin hukuki mahiyetine ilişkin tartışmalara yer verilmiş, buna bağlı olarak vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen cinsel saldırının teşebbüse elverişliliğine ilişkin değerlendirmelerde bulunulmuş ve akabinde teşebbüse ilişkin koşullar bağlamında somut örnekler üzerinden mesele incelenmiştir. Konunun anlaşılmasını kolaylaştırmak adına Yargıtay kararlarına yansıyan örneklerden de istifade edilmiştir. Son olarak, TCK m. 102/2’ye teşebbüs ve gönüllü vazgeçme hallerinde uygulanacak olan hükümlere dair açıklamalarda bulunularak, sonuç kısmında konuya ilişkin değerlendirmelerimize yer verilmiştir.

I. VÜCUDA ORGAN VEYA SAİR CİSİM SOKMAK SURETİYLE İŞLENEN CİNSEL SALDIRININ (TCK M. 102/2) HUKUKİ MAHİYETİ

Öncelikle belirtmek gerekir ki kanun koyucunun iradesi, TCK m. 102/2’deki düzenlemenin, cinsel saldırı suçunda cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olduğu yönündedir. Nitekim madde gerekçesinde söz konusu düzenlemenin cinsel saldırı suçunun nitelikli hali olduğu açıkça ifade edilmiştir⁶. Gerekçeye göre suçun bu nitelikli hali için “*vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin -kısmen de olsa- ithal edilmesi*” gerekli ve yeterlidir⁷. Suçun basit şeklinin aksine bahse konu fıkra kapsamına giren davranışların cinsel arzuları tatmin etme amacına yönelik olması aranmamıştır⁸.

Öte yandan, vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle işlenen cinsel saldırının, cinsel saldırı suçunda cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir nitelikli hal mi yoksa bağımsız bir suç mu olduğu konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır.

⁶ Gerçekler, s. 1027.

⁷ Taner, “Cinsel Özgürlük”, s. 173.

⁸ Gerçekler, s. 1027. Suçun basit şekli için davranışın cinsel nitelikte olmasının yeterli olduğu ancak cinsel arzuları tatmin etme amacının aranmasına gerek olmadığı yönünde bkz. **Korkusuz**, Gülşah: “Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt: LXXI, Sayı: 1, 2013, s. 824. “TCK m. 102/2’nin vücut dokunulmazlığına karşı bir suç değil de cinsel saldırı suçu sayılmasının anlaşılabilir olmadığı” yönünde madde gerekçesine yönelik eleştiri için ayrıca bkz. **Hafizoğulları Zeki/Özen**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, s. 150-151.

A. TCK m. 102/2'nin TCK m. 102/1'in Nitelikli Hali Olduğu Yönündeki Yaklaşım

Doktrindeki baskın görüşe göre TCK m. 102/2, cinsel saldırı suçunda cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli haldir⁹. Bu görüş uyarınca suçun işleniş şekli dışında TCK m. 102/1 ile arasında bir fark bulunmamaktadır¹⁰.

Bu noktada ifade etmek gerekir ki bir suçun nitelikli hali, ilgili suçun temel şeklinin tüm özelliklerini barındırmalı ve ek bir takım özel nitelikler taşımalıdır¹¹. Bir başka ifadeyle nitelikli haller¹², suçun varlığı için zorunlu olan unsurlara eklenerek temel cezanın ağırlaştırılmasına veya hafifletilmesine sebep olan ikincil nitelikteki unsurlardır¹³.

Nitelikli haller, suçta kullanılan araçtan, failin veya mağdurun sıfatından, suçun konusuna ait bir özellikten, fail ile mağdur arasındaki ilişkiden ve belirli derecedeki yakınlıktan (akrabalıktan), suçun işlendiği yer veya zamandan, failin suçun işleyişiyle güttüğü amaç veya saikinden ya da suçun işleniş şeklinden kaynaklanabilir¹⁴.

Bir görüşe göre nitelikli hallerin çoğunluğu suçun işleniş şeklinden kaynaklanmaktadır ve TCK m. 102/2'de yer alan düzenleme, cinsel saldırı suçunda suçun işleniş şekline bağlı olarak cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir nitelikli haldir¹⁵. Bu görüşe göre birinci fıkraya atıf yapılmamış

⁹ **Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, Mehmet Emin/**Çakır**, Kerim: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 385; **Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 337; **Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 330; **Toroslu**, Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, 63; **Korkusuz**, s. 826; **Yeğrim**, V. Korhan: "Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Gönüllü Vazgeçme", Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 17, 2021, s. 192; **Malkoç**, İsmail: Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, Malkoç Kitabevi, Ankara 2009, s. 55; **Taner**, "Cinsel Özgürlük", s. 162. Ayrıca bkz. ve karşı. ibid. 241-242.

¹⁰ **Yeğrim**, s. 180.

¹¹ **Evik**, Vesile Sonay: "Suça Etki Eden Nedenler", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, 2007, s. 123.

¹² Doktrinde nitelikli hal yerine, suça etki eden (tesir eden) sebepler, ağırlatıcı veya hafifletici sebepler, suça etkili olan sebepler, cezaya etkili olan sebepler terimleri de kullanılmaktadır. Bkz. **Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 140-141.

¹³ **Evik**, s. 119.

¹⁴ **Koca/Üzülmez**, "Genel Hükümler", s. 142-144.

¹⁵ **Koca/Üzülmez**, "Genel Hükümler", s. 143; **Yeğrim**, s. 180.

olması da ikinci fıkradaki düzenlemenin nitelikli hal vasfını değiştirmeyecektir¹⁶. Ayrıca doktrinde, madde metnindeki “suretiyle” ibaresinin, bahse konu düzenlemenin nitelikli hal olduğu yönündeki kanaati kuvvetlendirdiği de savunulmuştur¹⁷.

Öte yandan, madde gerekçesi doğrultusunda TCK m. 102/2’deki nitelikli halin oluşması için cinsel arzuları tatmin amacı aranmamakta ise de davranışın objektif olarak cinsel nitelik taşıması gerekmektedir¹⁸. Bu durum doktrinde “eylemin üzerinde gerçekleştirildiği vücut boşluğunun sokma eylemine objektif olarak cinsel nitelik kazandırması gerektiği”¹⁹; “sokulmaya çalışılan cisim veya organ ile içine bir organ ya da cisim sokulmaya çalışılan vücut bölgesi arasında cinsel bir anlam, bağ veya ilişki bulunması”²⁰ gibi kriterlerle somutlaştırılmaya çalışılmaktadır. Vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ ya da sair bir cisim ithal edilmesi, objektif olarak “cinsel bir davranış” teşkil ettiği takdirde²¹ failin cinsel arzuları tatmin amacı taşıyıp taşıyamaması, suçun oluşumu bakımından önem taşımayacaktır. Örneğin gözaltındaki kişinin direncini kırmak, onu rencide etmek amacıyla uygulanan bir işkence kapsamında mağdurun anüsüne cop sokulması halinde, davranışın objektif olarak cinsel olduğundan hareketle, failin TCK m. 102/2 uyarınca sorumluluğu gündeme gelecektir²².

Yargıtay da TCK m. 102/2’yi cinsel saldırı suçunda cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak görmekte; bu nitelikli halin uygulanabilmesi için sokulan organ veya cismin suçu işlemeye elverişli olması gerektiğini belirtmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun (YCGK) zorla öptüğü mağdurun ağzına dilini sokan sanığın eylemini TCK m. 102/2 kapsamında görmediği kararında ortaya koyduğu, organ veya cismin elverişliliği

¹⁶ Koca/Üzülmez, “Özel Hükümler”, s. 336-337.

¹⁷ Demirtaş, Soner: “Suçun Nitelikli Hallerine Teşebbüs”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 3, 2021, s. 396.

¹⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 420.

¹⁹ Koca/Üzülmez, “Özel Hükümler”, s. 337.

²⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız, “Özel Hükümler”, s. 331.

²¹ Karş. Aydın, Öykü Didem: “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 2, 2009, s. 158.

²² Böyle bir örnekte vücuda penis dışında bir cismin sokulması söz konusu olduğundan kasten yaralama, işkence suçları ile ayırımın yapılmasının çoğu durumda mümkün olmayacağı gerekçesiyle bu yaklaşım doktrinde eleştirilmiştir. Bkz. **Toroslu**, s. 63; **Hafizoğulları**, Zeki: “Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, Türk Hukuk Kurumu 71. Yıl Armağanı, Ankara 2005, s. 362-363. Konuya ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 420-421.

açısından bilimsel bir niteliği olmayan “*cinsel motif*”²³ kavramından hareket etmesi doktrinde eleştirilmektedir²⁴.

B. TCK m. 102/2’nin TCK m. 102/1’den Bağımsız Bir Suç Olduğu Yönündeki Yaklaşım

Bizim de iştirak ettiğimiz görüş uyarınca TCK m. 102/2’de yer alan düzenleme bağımsız bir suçtur²⁵. Zira 765 sayılı mülga TCK’da “ırza geçme”, “ırza tasaddi” ve “sarkıntılık” olarak farklı maddelerde düzenlenen suçlar, 5237 Sayılı TCK’da “cinsel saldırı” başlığı altında tek bir maddede bir araya getirilmiştir²⁶. 5237 Sayılı Kanun ile birlikte cinsel suçlarda “ahlak” anlayışından cinsel “özgürlük” anlayışına geçilmesiyle²⁷, toplumsal cinsiyet algısının bir tezahürü olarak görülebilecek “ırz” ve “namus” kavramları da terk edilmiştir²⁸. Fail ve/veya mağdurun cinsiyetinin önem arz etmediği bir anlayışı yansıtmaması açısından yerinde olduğunu düşündüğümüz “*vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle*” ibaresinin kullanılmasının temelinde

²³ Yargıtay CGK, E 2013/14-294, K 2013/615, T 17.12.2013 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.12.2021).

²⁴ Bu görüşe göre ya failin soktuğu organ veya cismin (“penis veya yapay penis”) ya da suçun üzerinde gerçekleştiği mağdura ait vücut boşluğunun “*cinsel motif*” taşıması (“vajina veya anüs”) gerekmektedir. Eleştirisi için bkz. **Tezcan/Ertem/Önok**, s. 422 (dipnot 189). Ayrıca bkz. **Önok**, Murat: “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarla İlgili Yargıtay Kararlarına Eleştirel Bir Yaklaşım” iç M. Buket Soygüt ve Aras Türay (edr) Kadına Yönelik Erk’ek Şiddeti ile Mücadele: Sorunlar ve Çareler Sempozyumu, Beta, İstanbul 2020, s. 66.

²⁵ **Tezcan/Ertem/Önok**, s. 417; **Yenerer Çakmut**, Özlem: “Kavramsal Olarak Kadına Karşı Şiddet/Cinsel Şiddet ve Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçunun Genel Değerlendirmesi” Marmara Üniversitesi Kadın ve Toplumsal Cinsiyet Araştırmaları Dergisi, Cilt: 2 Sayı: 1, 2018, s. 53; **Centel**, Nur: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 99, 2012, s. 275; **Kocaoğlu**, S. Sinan: Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (TCK m.102-105), Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 166.

²⁶ **Toroslu**, s. 61. Karş. **Ünver**, Yener: “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi” iç Yener Ünver (ed) II. Türkiye – Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 28.

²⁷ **Taner**, “Cinsel Özgürlük”, s. 47-51. Ayrıca bkz. **Ünver**, “Türk Maddi Ceza Hukukunda”, s. 23-24; **Sancar**, Türkan Yalçın: Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 91-101; **Dursun**, Selman: “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, Ceza Hukuku Dergisi Sayı: 24, Nisan 2014, s. 58.

²⁸ **Dursun**, “Cinsel Suçlar”, s. 59. “Irz” kavramının kanundan çıkarılmasının son derece yerinde olduğuna ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. **Aydın**, Öykü Didem, s. 157; **Taner**, “Cinsel Özgürlük”, s. 162-163.

esasen eski kanunda farklı maddelerde yer alan suç tiplerinin bir araya getirilme zorunluluğu olduğu doktrinde ileri sürülmektedir²⁹.

Kanun koyucu vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenen cinsel saldırı suçunun eşler arasında da işlenebileceğini düzenlemiş; bunu yaparken evlilik birliğinin kurulması ile eşlerin cinsel özgürlüklerini birbirlerine terk etmedikleri düşüncesinden hareket etmiştir. Doktrinde, suçun temel şeklinin, eşler arasında da işlenebilecek şekilde formüle edilmemiş olması eleştirilmektedir³⁰. Öte yandan bu durumun, vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenen cinsel saldırının bağımsız bir suç olduğu yönündeki görüşü desteklediği de ileri sürülmektedir³¹. Buna karşılık, bir görüşe göre madde metninde basit cinsel saldırı suçunun eşe karşı işlenemeyeceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır ve bu sebeple basit cinsel saldırı suçunun eşler arasında işlenebileceği savunulmaktadır³². Biz, -olan hukuk açısından- eşler arasında sadece TCK m. 102/2’de yer alan suçun işlenebileceğini savunmakta; bu durumun vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenen cinsel saldırının bağımsız bir suç olduğu yönündeki görüşü güçlendirdiği savına katılmaktayız.

TCK m. 102/2 kapsamındaki fiillerin cinsel arzuları tatmine yönelik olmasının madde gerekçesinde aranmadığını yukarıda açıklamıştık. Bu durumun da ikinci fıkrada yer alan düzenlemenin birinci fıkradaki düzenlemeden bağımsız bir suç olduğu yönündeki görüşü desteklediği düşüncesindeyiz. Zira bir suçun temel şeklinin tüm özelliklerini taşımayan bir nitelikli hali söz konusu olamaz³³. Kaldı ki birbirinden farklı suçların varlığından söz edebilmek için, bunların mutlaka farklı maddelerde düzenlenmesi zorunlu değildir³⁴. Suçla korunan hukuksal yararın değişmesine sebep olan bir durum söz konusu ise bağımsız bir suçtan bahsedileceği³⁵ gibi aynı maddede düzenlen-

²⁹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 417.

³⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 417. Yazarlar tarafından Avrupa Birliği’ne uyum için çıkarılan bir yasal düzenlemenin gerekçesinde eşler arasında nitelikli cinsel saldırı suçunun oluşumu bakımından “tıbbi ve doğal sınırlar”ın aşılması gerekliliğine işaret edilmesi de haklı olarak eleştirilmektedir. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde erkek eşin ırza geçme suçunun faili olmayacağı, fiili livata durumlarında ise aile efradına kötü muamele suçunun oluşacağı yönündeki kabule ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. Yeğrim, s. 176.

³¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 418.

³² Ünver, “Türk Maddi Ceza Hukukunda”, s. 30-32. Aynı yönde Dursun, “Cinsel Suçlar”, s. 66.

³³ Koca/Üzülmez, “Genel Hükümler”, s. 141; Toroslu, s. 63.

³⁴ Ünver, “Türk Maddi Ceza Hukukunda”, s. 40.

³⁵ Evik, s. 124; bu argümanın eleştirisi için bkz. ibid. 124.

miş olsa dahi nitelikli hale ilişkin koşulları taşımayan bir düzenleme de bağımsız suç olarak nitelendirilebilir³⁶.

Tüm bu açıklamalar ışığında TCK m. 102/2’de yer alan vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenen cinsel saldırı suçunun hukuki mahiyeti bakımından değerlendirmemiz, bahse konu düzenlemenin bağımsız bir suç olduğu yönündedir. Bu doğrultuda teşebbüse ilişkin genel kuralların uygulama alanı bulacağı kanaatindeyiz.

Bununla birlikte, TCK m. 102/2’nin cinsel saldırı suçunun bir nitelikli hali olduğu görüşünün benimsenmesi halinde teşebbüs bakımından yapılacak değerlendirme değişecektir. Her ne kadar TCK m. 102/2’nin bağımsız bir suç olduğu kanaatinde de olsak, aksi yöndeki görüş uyarınca da teşebbüse ilişkin değerlendirmelerde bulunmakta fayda vardır. Bu doğrultuda TCK m. 102/2’de yer alan düzenlemenin teşebbüse elverişliliği meselesinin doktrin-deki farklı görüşler dikkate alınarak ele alınmasına ve Yargıtay kararlarından örneklerle teşebbüse ilişkin koşulların somutlaştırılmasına çalışılacaktır.

II. VÜCUDA ORGAN VEYA SAİR CİSİM SOKMAK SURETİYLE İŞLENEN CİNSEL SALDIRININ TEŞEBBÜSE ELVERİŞLİLİĞİ MESELESİ

Cinsel saldırı suçu, sırf (salt) hareket suçudur³⁷. Bu nedenle cinsel davranışın³⁸ gerçekleştirilmesi ile suç tamamlanır; icra hareketlerinin kısımlara ayrılabilirdiği ölçüde teşebbüs mümkündür³⁹. Korunan hukuksal değer cinsel özgürlük olduğu⁴⁰ bu suçta, söz konusu menfaatin ne zaman ve ne ölçüde zarar gördüğünün tespiti güçtür. Bu sebeple cinsel saldırı suçunun bir (somut) tehlike suçu olduğu da savunulmaktadır⁴¹.

³⁶ Akbulut, Berrin: Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 163.

³⁷ Korkusuz, s. 824; Tezcan/Erdem/Önok, s. 437.

³⁸ “Cinsel davranış” kavramına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Dursun, Selman: Disiplinler Arası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 172-173; Taner, “Cinsel Özgürlük”, s. 94-114; Turhan, Engin: Türk ve Alman Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 77-91.

³⁹ Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, “Özel Hükümler”, s. 396.

⁴⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 395. Kanun koyucunun “cinsel dokunulmazlık”tan söz etmesi karşısında “cinsel özgürlük” kavramının kullanımını öneren görüş için ayrıca bkz. Taner, “Cinsel Özgürlük”, s. 31 vd.

⁴¹ Taner, “Cinsel Özgürlük”, s. 233.

6545 sayılı Kanunla⁴² yapılan değişiklik öncesinde de cinsel saldırı suçuna teşebbüs konusunda tartışmalar bulunmakta idi. Bazı görüşler suçun ilk fıkrada düzenlenen -basit-şeklinin, neticesiz bir suç olduğundan hareketle, teşebbüse elverişli olmadığını savunurken⁴³; bazı yazarlara göre hareket bölünebildiği takdirde teşebbüs mümkün idi⁴⁴. Yargıtay'ın uygulaması da bu ikinci görüş doğrultusunda idi⁴⁵.

6545 sayılı Kanunla “sarkıntılık” düzenlemesinin gelmesiyle birlikte, suçun temel şekline ve sarkıntılık düzeyinde kalan haline teşebbüsün mümkün olup olmadığı tartışılmaya başlanmıştır⁴⁶. Bir görüşe göre cinsel saldırı suçunda cezanın hafifletilmesini gerektiren bir nitelikli hal olan sarkıntılığa teşebbüs mümkün değildir⁴⁷. Aksi yöndeki görüşe göre failin kastı süreklilik arz eden bir cinsel saldırıya yönelik olsa dahi somut olayda ani ve kesilen davranışlar gerçekleştirilip de vücuda temas gerçekleşmez ise sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel saldırıya teşebbüsten söz etmek mümkündür⁴⁸. Suçun temel şekline teşebbüs ise failin kastının suçun temel şekline yönelik olduğunun tespit edilebilmesi halinde mümkündür. Ancak bunun somut olayda tespiti her zaman kolay olmaz. Hal böyle olunca, failin kastının suçun temel şekline yönelik olduğunun ispatı yapılamıyorsa, şüpheden sanık yararlanır

⁴² 6545 sayılı Kanun'la cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ile ilgili çok sayıda değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklere ilişkin detaylı değerlendirmeler için bkz. **Taner**, Fahri Gökçen: “6545 Sayılı Kanun Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçlarına Ne Getirdi? Ne Getirebilirdi?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Özel Sayı, 2017, s. 65-92.

⁴³ **Hafizoğulları/Özen**, s. 149; “birinci fıkranın birkaç istisna dışında teşebbüse elverişli olmadığı ikinci fıkraya ise teşebbüsün mümkün olduğu” yönünde bkz. **Şen**, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt: I (m. 1-140), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 378-379.

⁴⁴ **Centel**, s. 282; **Malkoç**, s. 27; aynı yöndeki diğer yazarlar için bkz. **Taner**, “Cinsel Özgürlük”, s. 234 (dipnot 831).

⁴⁵ **Taner**, “Cinsel Özgürlük”, s. 234 (dipnot 832); başka örnek kararlar için ayrıca bkz. **Kafes**, Veli: “Yargı Uygulaması Açısından Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)” iç Yener Ünver (ed) II. Türkiye – Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 72.

⁴⁶ **Memiş Kartal**, Pınar: “Cinsel Saldırı”, iç Özel Ceza Hukuku, C.II, Kişilere Karşı Suçlar -1-, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 475; **Dereli**, Alparslan: “Cinsel Saldırı Suçunda Teşebbüs”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 16, 2020 s. 556-559.

⁴⁷ **Koca/Üzülmez**, “Özel Hükümler”, s. 346. Bu görüşe katılmamakla birlikte, nitelikli hallerde teşebbüs konusunda yazarların kendi içerisinde tutarlı bir yaklaşım sergilediklerini ifade etmek isteriz.

⁴⁸ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 437. Ayrıca bkz. ve karşı **Taner**, “Cinsel Özgürlük”, s. 234.

prensibi uyarınca sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel saldırıya teşebbüsten söz edilebilir⁴⁹.

TCK m. 102/2 uyarınca suçun oluşması için vücuda organ veya sair bir cisim “sokulmuş” olması gerekmektedir⁵⁰. Bu durumda failin vücuda organ veya sair cisim sokmak kastıyla icra hareketlerine başlaması ancak elinde olmayan sebeplerle vücuda organ veya sair cisim sokamaması halinde, TCK m. 102/2 uyarınca belirlenecek ceza teşebbüs nedeniyle indirilecek midir; yoksa faile TCK m.102/1’den mi ceza verilecektir? Bir başka ifadeyle TCK m. 102/2 teşebbüse elverişli midir?

Öncelikle ifade etmek gerekir ki öğretide baskın görüşe göre organ veya cismin vücuda ne kadar girdiğinin, vücutta belirli bir süre kalıp kalmadığının veya penetrasyonun cinsel tatmini sağlayacak boyuta ulaşip ulaşmadığının suçun tamamlanması bakımından önemi yoktur⁵¹. Bir başka ifadeyle organ veya cismin tamamen ya da kısmen sokulmuş olması suçun oluşması bakımından önemsizdir. Organ veya cismin muhakkak mağdura sokulmasına da gerek yoktur; mağdurun faile organ veya cisim sokmaya zorlanması durumunda da dolaylı faillik yoluyla TCK m. 102/2 oluşabilir⁵². Ancak penetrasyonun kısmen dahi olsa gerçekleşmemesi halinde ikinci fıkra hükmünün uygulanamayacağı kabul edilmektedir⁵³. Penetrasyonun ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı konusunda “cinsel ilişki ve vücuda girme ile bağlantılı cinsel eylemler”⁵⁴ bakımından Alman Hukukundaki yaklaşım yol gösterici

⁴⁹ Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. **Taner**, “Cinsel Özgürlük”, s. 235.

⁵⁰ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 418; BeckOK StGB/**Ziegler** StGB § 177 Rn. 48.

⁵¹ **Ünver**, “Türk Maddi Ceza Hukukunda”, s. 32; **Koca/Üzülmez**, “Özel Hükümler”, s. 345; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, “Özel Hükümler”, s. 385-386; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, “Özel Hükümler”, s. 332. Bir görüş ise “failin seksüel organının mağdurun vücutuna aşağı-yukarı tamamen girmesi gerektiğini” savunmaktadır. Bkz. **Soyaslan**, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 236. Ayrıca bkz. ve karşı. NK-StGB/**Frommel**, 5. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 61, 62.

⁵² **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 418. Yargıtay’ın ise aksi yönde kararları bulunmaktadır. Bkz. Yargıtay 14. CD., E 2015/7244 K 2016/301 T 18.01.2016. Çocukların cinsel istismarı suçu bakımından ayrıca bkz. Yargıtay 14. CD., E 2013/7470 K 2013/10266 T 08.10.2013; Yargıtay 14. CD., E 2018/7926 K 2019/10020 T 17.06.2019 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.12.2021). Ayrıca bkz. BeckOK StGB/**Ziegler** StGB § 177 Rn. 49; **Wagner**, s. 592-598.

⁵³ **Toroslu**, s. 63; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, “Özel Hükümler”, s. 333; **Taner**, “Cinsel Özgürlük”, s. 173.

⁵⁴ Alman Hukukunda bu kavram, Türk hukukundaki “vücuda organ veya sair cisim sokma”ya karşılık gelecek şekilde kullanılmaktadır. Cinsel ilişki, erkeklik organının kadının vajinasına ithal edilmesi şeklinde tanımlanmakta (BGH, 25.10.2000 - 2. StR 242/00 (LG Bad Kreuznach); anal ve oral yoldan gerçekleştirilen saldırılar ise vücuda

olabilir. Alman doktrinindeki baskın görüşe göre erkeklik organı veya parmak gibi başka bir organ ya da cismin vajinanın giriş bölümüne⁵⁵ sokulmuş olması yeterlidir⁵⁶. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin oldukça yeni tarihli bir kararında bu görüş doğrultusunda sonuca varılmıştır. Sanığın, mağdurun klitorisine parmağıyla dokunması -Alman Hukukunda cinsel ilişki benzeri eylemler bakımından bu suçta aranan, "eylemin mağduru küçük düşürücü niteliğinin" tartışılmasına gerek olmamakla birlikte- vücuda organ sokmak suretiyle cinsel saldırı ("*Vergewaltigung*") - StGB § 177 VI 2 Nr. 1) olarak değerlendirilmemiştir⁵⁷. Mahkeme, klitorise dokunmanın mutlaka vücudun tensel sınırlarını aşmayı gerektirmeyeceğinden ve nitelikli halin söz konusu olabilmesi için vücudun tensel sınırlarının aşılmış olması gerektiğinden hareketle bu sonuca ulaşmıştır⁵⁸. Bu bakımdan organ veya sair cismin en azından vulvanın giriş kısmına ("*Scheidenvorhof*") ulaşmış olması gerektiği ifade edilmiştir⁵⁹.

girme ile bağlantılı eylemler olarak kabul edilmektedir. Çocukların cinsel istismarı suçundan farklı olarak, cinsel saldırı suçunda "vücuda girme ile bağlantılı eylemler" bakımından "mağdurun özel olarak aşağılanması" koşulu aranmaktadır. Bkz. BeckOK StGB/**Ziegler** StGB § 177 Rn. 47 - 50.1.

⁵⁵ Almanca'da "*Scheidenvorhof*"; Latince "*vestibulum vagine*" olarak ifade edilen bu terimin Türkçe tıbbi karşılığı ise "*dölyolu dalzı*" olarak ifade edilmektedir. Bkz. **Turhan**, s. 252 (dipnot 259).

⁵⁶ BeckOK StGB/**Ziegler** StGB § 177 Rn. 50; **Heger**, Martin: Lackner/Kühl – Strafgesetzbuch – Kommentar, 29. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2018, § 177 Rn. 22. Vajinanın giriş bölümündeki temasların "*sokma*" kapsamında sayılmaması gerektiği yönünde görüş ile vajinanın giriş bölümüne ulaşılmamış olsa dahi küçük dudakları (Latince "*labia minora*", Almanca "*innere Schamlippen*") aşan müdahaleleri "*sokma*" kapsamında sayan görüş hakkında açıklamalar için bkz. **Turhan**, s. 253.

⁵⁷ BGH, Beschl. v. 2.12.2020 – 4 StR 398/20 (LG Essen).

⁵⁸ "Vücudun tensel sınırları" kavramı vücudu dıştan sararak vücut örtüsünü oluşturan deri ve tırnak gibi epidermal yapılarla kaplı dış yüzey alanını ifade eder. Ağız boşluğu (cavum oris), burun boşluğu (cavum nasi), vagina, canalis analis gibi anatomik oluşumların dışarıya açılan doğal delik, yarık ya da açıklıkları (rima oris, nares, rima pudendi, anus) da bu sınırlamaya katılır. Bkz. **Arıncı**, Kaplan/**Elhan**, Alaittin: Anatomi, 5. Baskı, 2. Cilt (Dolaşım Sistemi, Periferik Sinir Sistemi, Merkezi Sinir Sistemi, Duyu Organları), Güneş Tıp Kitabevleri, Ankara 2014, s. 394-398. Vücuda bir organ veya sair cismin sokulduğunun kabul edilebilmesi için bu sınırı geçerek, vücut içine doğru az ya da çok girmesi (penetration) gereklidir. Clitoris'e temas için penetrasyon gerekmediğinden nitelikli halin söz konusu olabilmesi için organ veya sair cismin rima pudendi'yi geçerek, clitoris'in vücut içinde kalan bölümüne de teması mümkün kılan vestibulum vagina ("*Scheidenvorhof*")'ya ulaşmış olması gerekmektedir.

⁵⁹ Kararda Mahkeme, iki önemli sonuca varmıştır: (1) Açıkça cinsel bir çağrışım içeren parmakla penetrasyonlar, belirli bir aşağılayıcı etkiye sahip cinsel ilişkiye benzer cinsel eylem olarak nitelendirilebilir. Bu özellikle, vajina, vajina girişi ("*Scheidenvorhof*")

Öte yandan organ veya sair cismin penetrasyonu söz konusu olmasa dahi vücut sıvılarının (örneğin meni veya idrar) mağdurun ağzına girdiği örneklerde de vücut dokunulmazlığının ihlal edilmiş sayılacağı Alman doktrininde baskın şekilde savunulmaktadır⁶⁰. Bizim de katıldığımız Türk doktrinindeki baskın görüşe göre de TCK m. 102/2 bağlamında vücuda sokulan cismin, katı veya sıvı olabilmesi mümkündür⁶¹.

TCK m. 102/2’de yer alan düzenlemenin teşebbüse elverişli olup olmadığı meselesine gelince, cinsel saldırı suçunda cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir nitelikli hali olduğunu kabul eden yazarlar arasında görüş birliği bulunmadığını ifade etmek gerekir.

Bir kısım yazara göre nitelikli halin uygulanabilmesi için vücuda organ veya sair cismin “sokulmuş” olması gerekeceğinden, somut olayda bu durum gerçekleşmediği sürece teşebbüs hükümlerine başvurulabilmesi mümkün olmayacaktır⁶². Suçların içtimaina ilişkin TCK m. 43/1 c.2’de yer alan “*bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekillerinin aynı suç sayılacağı*” yönündeki ifadeden hareketle de TCK m. 102/1 ile TCK m. 102/2’nin aynı suç kabul edilerek, teşebbüse elverişli olmadığı savunulmaktadır⁶³. Aksi yöndeki görüşe göre ise bir suçun nitelikli haline teşebbüs mümkündür; TCK’da bunu engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır⁶⁴. Konuya ilişkin yerleşik Yargıtay uygulaması, bu son görüşle paralel biçimde, TCK m. 102/2’nin suçun nitelikli hali olduğu yönünde olup;

veya anüsün penetrasyonu için geçerlidir. Eğer bu tür penetrasyonlar zorla yapılmışsa, belirli bir aşağılamanın meydana gelip gelmediği sorusunun daha fazla tartışılması genellikle gerekli değildir. (2) Büyük vulva dudakları (“*große Schamlippen*”) arasında kalan ve vücudun önüne kadar uzanan klitorise dokunmak mutlaka vücut sınırını geçmeyi gerektirmez. Nitekim somut olayda mağdurun ifadesi, sanığın “klitorisine dokunduğu” yönündedir.

⁶⁰ **Renzikowski**, Joachim: Münchener Kommentar zum StGB, 4. Auflage, C.H.BECK München 2021, Rn. 157; **Eisele**, Jörg: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch 30. Auflage, C.H.BECK München 2019, Rn. 102; **Hörnle**, Tatjana, Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Auflage, De Gruyter Recht Berlin 2009, Rn. 208, 221. Karş. NK-StGB/**Frommel** 5. Aufl. 2017, StGB § 177 Rn. 62. Çocukların cinsel istismarı suçu bağlamında konuya ilişkin detaylı açıklamalar için ayrıca bkz. **Turhan**, s. 254-255.

⁶¹ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 421; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, “Özel Hükümler”, s. 331; **Koca/Üzülmez**, “Özel Hükümler”, s. 337. Aksi yönde bkz. **Taner**, “Cinsel Özgürlük”, s. 167-168.

⁶² **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, “Özel Hükümler”, s. 396-397; **Koca/Üzülmez**, “Özel Hükümler”, s. 346.

⁶³ **Korkusuz**, s. 839.

⁶⁴ **Özbek/Doğan/Bacaksız**, “Özel Hükümler”, s. 332.

bu gibi durumlarda TCK m. 102/2'ye göre belirlenen cezanın teşebbüs nedeniyle indirilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁶⁵.

TCK m. 102/2'nin bağımsız bir suç olduğu yönündeki görüşe göre bu suç teşebbüse elverişlidir; ikinci fıkra çerçevesinde belirlenen cezanın teşebbüs nedeniyle indirilmesi söz konusu olacaktır⁶⁶. Bazı yazarlara göre ise olan hukuk bakımından bu görüş eleştirilmektedir ve teşebbüs bakımından ortaya çıkan bu tartışmanın, düzenlemenin birinci ve ikinci fıkralarının iki ayrı suç haline getirilmesiyle çözümlenebileceği önerilmektedir⁶⁷.

Yukarıda da izah ettiğimiz gibi bizce de TCK m. 102/2'de yer alan suç bağımsız bir suç tipi olup, teşebbüse elverişlidir. Nitekim, birinci fıkradan farklı olarak, ikinci fıkra bakımından “cinsel arzuları tatmin etme amacının” aranmaması, nitelikli hallerin suçun temel şeklindeki tüm unsurları ihtiva etmesi gerekliliğini karşılamadığı gibi aynı maddenin farklı fıkralarında bağımsız suçların düzenlenmesine dair bir engel de bulunmamaktadır.

Her halde somut olayda teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi, teşebbüse ilişkin koşulların varlığına bağlıdır. “Kişi işlemeyi kastettiği suçu, elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan sebeplerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur” (TCK m. 35). Buna göre teşebbüsün varlığından söz edebilmek için şu dört koşulun gerçekleşmesi gerekir: “kastın varlığı, hareketin tipikliği gerçekleştirilmeye elverişli olması, doğrudan doğruya suçun icrasına başlanmış olması ve failin elinde olmayan nedenlerle tipikliğin gerçekleşmemesi”. Aşağıda, vücuda organ veya sair cisim sokulmak suretiyle cinsel saldırı suçu bakımından teşebbüse ilişkin koşullar ayrı başlıklar altında ele alınarak, Yargıtay kararlarından örneklerle somutlaştırılmaya çalışılacaktır.

Bu noktada ifade edelim ki aşağıdaki başlıklar altında incelenecek olan örneklerin bir bütün halinde değerlendirilmesi en doğru yaklaşım olmakla birlikte, konunun anlaşılmasını kolaylaştırmak ve sistematik bir inceleme yapmak amaçlandığından her başlık altında, bahse konu başlık ile uyumlu

⁶⁵ Yargıtay CGK, E 2019/15-167 K 2020/11 T 16.1.2020 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.12.2021); **Yeldan**, Didem: 99 Soruda Cinsel Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 104-109.

⁶⁶ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 418. Aynı yönde **Ünver**, “Türk Maddi Ceza Hukukunda”, s. 39-40; **Yenerer Çakmut**, Özlem: “Cinsel Şiddet Mağduru Kadın ve Türk Ceza Kanunu'ndaki Konumu”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1, 2016, s. 16; **Kafes**, s. 72; **Kocaoğlu**, s. 166.

⁶⁷ **Yeğrim**, s. 193; **Dereli**, s. 561. Böyle bir düzenleme yapılmasının yerinde olacağı ancak bu konuda bir zorunluluk bulunmadığı yönünde ayrıca bkz. **Taner**, “Cinsel Özgürlük”, s. 235.

örneklere yer verilecektir. Örneğin kastın ortaya konulması bakımından verilen bir örnek, icra hareketlerinin başlangıcı bakımından da değerlendirilebilir. Çalışmada tekrara düşmemek adına ilgili başlıkla daha uyumlu olduğuna inanılan örnekler üzerinden inceleme yapmak şeklinde bir yöntem benimsenmiş olup, esasen değerlendirme ve sonuç bölümünde izah edileceği üzere, tüm bu kriterlerin somut olayda bir bütün halinde göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

A. Vücuda Organ veya Sair Cisim Sokmaya Yönelik Kastın Varlığı

Teşebbüs nedeniyle failin sorumlu tutulabilmesi için her şeyden önce⁶⁸ *kastın şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya konulmuş olması* gerekmektedir. Bu nedenle, failin kastının vücuda organ veya sair cisim sokmaya yönelik olduğu konusunda şüphe varsa, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince TCK m. 102/2'ye teşebbüsten söz etmek mümkün olmayacaktır⁶⁹.

Tamamlanmış suçlarda olduğu gibi teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda da failin kastının suç tipinin objektif nitelikteki tüm unsurlarını içermesi gerekir⁷⁰. Suçun oluşumu bakımından kanuni tarifte failin belirli bir saikle hareket etmesi aranmışsa, somut olayda bunun da gerçekleşmesi beklenir⁷¹. Öte yandan, TCK m. 102/2'nin madde gerekçesinde de açıkça ifade edildiği üzere vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle cinsel saldırı bakımından "*cinsel arzuları tatmin etme*" amacı aranmamakta; bu suç, genel kastla işlenebilen bir suç olarak formüle edilmiş bulunmaktadır⁷². Bu ne-

⁶⁸ Teşebbüs aşamasında kalan suç ile tamamlanmış suç arasında unsurlar yönünden temel bir farklılık bulunmamakla birlikte, teşebbüste suçun objektif unsurları itibarıyla tamamlanamamış bir suç söz konusu olduğundan teşebbüse ilişkin incelemenin failin suç işleme kastından başlayarak yapılması gerektiği yönünde bkz. **Koca/Üzülmez**, "Genel Hükümler", s. 420.

⁶⁹ **Demirbaş**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 463. Şüpheden sanık yararlanır ilkesi çerçevesinde suçun subjektif unsurunun incelenmesine ilişkin ayrıca bkz. **Doğan**, Koray: Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi "in dubio pro reo", 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 204-207. Ayrıca bkz. **Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku -Cilt II-, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2019, s. 114.

⁷⁰ **Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 354; **Koca/Üzülmez**, "Genel Hükümler", s. 421.

⁷¹ **Öztürk/Erdem**, s. 354; **Koca/Üzülmez**, "Genel Hükümler", s. 421; **Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, Mehmet Emin/**Çakır**, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 684.

⁷² Öte yandan yapılan davranışın "objektif yapısı, içeriği itibarıyla cinsel nitelikli olmalıdır". **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 421. Yazarlar, TCK m. 102/1 bakımından aranan "*cin-*

denle, TCK m. 102/2'ye teşebbüsten söz edebilmek için failin kastının “vücuda organ veya sair cisim sokma”⁷³ kapsaması gerekli ve yeterlidir.

Kastın şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya konulmuş olduğunun, somut olayda tespiti için ise genel geçer bir kıstas belirlemek güç olup, her somut olay bağlamında bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Yargıtay kararlarına yansıyan örnekler üzerinden yapılacak bir değerlendirmeyle meseleyi somutlaştırmaya çalışacağız:

Öncelikle ifade etmek gerekir ki failin kastının vücuda organ veya sair bir cisim sokmayı da kapsadığını, ancak dış dünyaya yansıyan davranışlarından hareketle tespit etmek mümkündür⁷⁴. Failin **sarf ettiği sözler** de bu kapsamdadır. Örneğin, “benim olacaksın, buradan ölü çıkar dirin çıkmaz, boşuna debelenme”⁷⁵, “sus kapa çeneni seni de öldürürüm, kendimi de öldü-

sel arzuları tatmin etme amacı”nın da özel kast olarak anlaşılamayacağını makul gerekçelerle açıklamaktadırlar. ibid. 434. Ayrıca bkz. Yeldan, “99 Soruda”, s. 97.

⁷³ Daha önce izah ettiğimiz gibi buradaki “sokma” ibaresinden “sokma veya sokturma”nın anlaşılması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, failin, organ veya cismi kendisine sokturması da TCK m. 102/2 kapsamındadır. Aksi yönde bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, “Özel Hükümler”, s. 385-386; Koca/Üzülmez, “Özel Hükümler”, s. 338. Yine aksi yöndeki Yargıtay içtihadı ve eleştirisi ile konuya ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 418-419. Öte yandan Alman Hukukunda olduğu gibi organ veya sair cismin mağdura bir üçüncü kişi veya bizzat mağdur tarafından sokulması da kapsam dahilindedir. BeckOK StGB/Ziegler StGB § 177 Rn. 49; BGH, Beschl. v. 10.3.2020 – 4 StR 624/19 (LG Siegen).

⁷⁴ Soyaslan, Doğan: Teşebbüs Suçu, Kazancı Kitap, 1994, s. 59. Ayrıca bkz. ve karşı. Dönmezer/Erman, s. 129.

⁷⁵ 5237 Sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonraki bu kararında Yargıtay, “saniğin eşinin kardeşi olan mağdureyi telefon almak bahanesiyle tanık V.'nin evine götürdüğü, tanığın bir bahaneyle evden ayrılmasını müteakip ‘benim olacaksın, buradan ölü çıkar dirin çıkmaz, boşuna debelenme’ diyerek kucakladığı mağduru yatak odasına taşıdığı, bu sırada mağdurenin komşuların duymasını sağlamak için oda kapısının camını kırıp yüksek sesle yardım istediği, saniğin mağdureyi yatağa yatırıp üzerine çıktığı ve kendi fermuarını açtığı, müştekinin ciddi olarak direnmesi ve kapıya gelen komşuların bağırması üzerine eylemini tamamlayamadan bırakmak zorunda kaldığı” olayı vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle cinsel saldırı suçuna teşebbüs olarak değerlendirmiştir (Yargıtay 5. CD, E 2007/11586 K 2008/161 T 22.01.2008, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.12.2021). 765 Sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde verilen bir YCGK kararında da benzer şekilde, “saniğin, mağdurun ırzına geçmek kastıyla mağdurun evine girdiğini beyan ettiği, mağdurun da saniğin bu kastla geldiğini belirttiği, gece geç ve ıssız bir saatte yalnız olduğunu bildiği mağdurenin evinin yatak odasına girerek onun direnip bağırması üzerine saniğin kaçtığı” olayda YCGK, saniğin kastının hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak derecede ırza geçmeye yönelik olduğu ve bu hareketlerin ırza geçme bakımından icra hareketi sayılacağı yönünde karar verilmiştir (Yargıtay CGK, E 1982/5-432, K 1982/24, T 25.01.1982, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 10.12.2021).

rürüm, dört senedir zaten karısızım"⁷⁶, "o....., başkaları ile düşüp kalkıyor-sun, benimle de beraber olacaksın, yoksa gitmem seni bütün köye rezil ederim"⁷⁷, "sus bağırma, sen bu işi yapıyormuşsun, birlikte yapalım"⁷⁸ gibi ifadeler, -dış dünyaya yansıyan diğer davranışlarla bir bütün halinde değerlendirildiğinde- kastın vücuda organ veya sair cisim sokmak yönünde olduğuna kanaat oluşturabilecek niteliktedir.

Failin, kastını **sözsüz iletişim yöntemleri** kullanarak da ortaya koyması mümkündür. Nitekim YCGK'nın yakın tarihli bir kararına yansıyan olayda "yalnız yaşadığını bildiği sağır ve dilsiz mağdurenin evine sabaha karşı gelerek giysilerini çıkarmaya çalışan, mağdurenin direnmesi ve odanın ışığını yakması üzerine ise parmağına yüzük takma işareti yapıp, evlilik cüzdanı tarif eden" sanığın, kastını açıkça ortaya koyan sözler söylememiş olmasına rağmen, olay bir bütün halinde değerlendirildiğinde vücuda organ sokmak suretiyle cinsel saldırı kastını -şüpheye yer bırakmayacak şekilde- ortaya koyduğu kabul edilmiştir⁷⁹.

Öte yandan salt sarf edilen sözlerden kastın açıkça anlaşılabilmesi ya da failin mağdura bir zarar vermeyeceğini söylemesi ancak **kendisinin ve/veya mağdurun kıyafetlerini çıkarması ya da buna mağduru zorlaması gibi dış dünyaya yansıyan diğer davranışlarının** göz ardı edilmesi, kanaatimizce hukuka aykırıdır. Özetle, sarf edilen sözler, kullanılan sözsüz iletişim yöntemleri ve dış dünyaya yansıyan diğer davranışlar⁸⁰ somut olayda **bir bütün halinde incelenmek suretiyle** kastın vücuda organ ya da sair cisim sokmaya yönelik olup olmadığının tespiti yapılmalıdır. Yargıtay kararlarında ise "failin işlenme tarzının" dikkate alındığı ifade edilmektedir⁸¹.

⁷⁶ Yargıtay 14. CD, E 2020/3403 K 2020/4916 T 12.11.2020 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.12.2021).

⁷⁷ Yargıtay 14. CD, E 2013/1436 K 2014/12356 T 10.11.2014 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.12.2021).

⁷⁸ Yargıtay CGK, E 2014/14-600 K 2015/194 T 09.06.2015 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.12.2021).

⁷⁹ Yargıtay CGK, E 2020/14-93 K 2021/319 T 29.6.2021 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.12.2021).

⁸⁰ Esasen subjektif ölçüyü benimsemekle birlikte, kastın ortaya çıkarılması konusunda başlangıç noktasının, yapılan hareketten ibaret olacağı ve hareketi tamamen bir yana bırakarak kastı araştırmanın mümkün olmadığı, hareketin dışında kalan hususların ise ancak harekete anlam ve yön vermek bakımından dikkate alınabileceği yönündeki görüş için bkz. **Dönmezer/Erman**, s. 135.

⁸¹ Yargıtay 14. CD, E 2014/8697 K 2017/4204 T 26.09.2017; Yargıtay CGK, E 2019/14-36 K 2019/675 T 28.11.2019 (Akt. **Yeğrim**, s. 188). Ayrıca bkz. **Yeldan**, Didem: Uygulamada Cinsel Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 143-144.

YCGK'nın yakın tarihli bir kararına konu olan olayda, sanığın kullandığı ifadelerin muhalif üyelerce sanık lehine yorumlanması kanaatimizce dikkat çekicidir. Bahse konu olayda “sanık, ev kiralama konusunda yardımcı olacağı bahanesiyle mağdureyi patronuna ait olan ve kullanılmayan eve götürüp yalnızlaştırarak uygun ortam hazırlamış, evi gezdikten sonra çıkmak isteyen mağdurenin boğazına bıçak dayayıp ağzını kapatmış, yatak odasına götürerek yatağa itmiş, bir yandan pantolonunun kemerini çözerken diğer yandan mağdurenin elbiselerini çıkarmaya çalışmış, boynunu öpmüş, kanyan eline pansuman yapacağı bahanesiyle sanığı mutfığa yönlendiren mağdure evden çıkmaya çalışırken sanık tarafından tekrar engellenmiş, sanık cinsel organını mağdurenin vajinal bölgesine sürmüş, göğüslerini ve kalçasını sıkmış, mağdurenin direnci nedeniyle ona ‘elbiselerini çıkarmadan da yapabiliriz’ diyerek onu ikna etmeye çalışmış, mağdurenin yardım çılgınlıkları ve tanığın kendilerini görerek bağırması üzerine ortaya çıkan engel durumları nedeniyle eylemine son vermek zorunda kalmıştır”. **Tüm bu hususlar birlikte gözetildiğinde,** “sanığın dış dünyaya yansıyan eylemlerinin vücuda organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel saldırı kastını açıkça ortaya koyduğu ancak mağdurenin etkin direnmesi ve tanığın müdahalesi üzerine eylemini tamamlayamadığı” gerekçesi ile “eyleminin bir bütün hâlinde nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs niteliğinde olduğu” kabul edilmiştir⁸². Bahse konu karar, oyçokluğu ile verilmiş; iki muhalif üye, sanığın “sana zarar vermeyeceğim, üzerini çıkartmadan da yapabiliriz” şeklindeki sözlerinden hareketle sanığın **kastında şüpheye düşüldüğünü** gerekçe göstererek karşı oy kullanmışlardır⁸³.

Kanaatimizce, vücuda organ veya sair cisim sokmaya yönelik kastın varlığında şüpheye düşülmesi halinde TCK m. 102/1'den failin sorumlu tutulması kural olarak mümkün⁸⁴ ise de salt sanığın sarf etmiş olduğu sözlerden hareketle, olayın oluşu itibarıyla vücuda organ ya da sair cisim sokma kastının varlığı açıkça anlaşılan sanık lehine yorum yapmak mümkün değil-

⁸² Yargıtay CGK, E 2019/15-167 K 2020/11 T 16.1.2020 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.12.2021).

⁸³ Muhalifler, karşı oy yazılarında “sanığın mağdureye ‘sana zarar vermeyeceğim, üzerini çıkartmadan da yapabiliriz’ şeklindeki sözleri dikkate alındığında, hareketleri cinsel istekleri tatmine yönelik ise de amacının vücuda organ veya sair bir cisim sokmaya yönelik olduğu konusunda şüphe bulunduğu, bu nedenle eylemin TCK'nın 102/1. maddesi kapsamında basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu” ifadeleri ile gerekçelerini ortaya koymuşlardır. Dosyanın, YCGK incelemesinden önceki özel daire kararının gerekçesi de muhaliflerin bu görüşüne dayandırılmış idi. Bu konuda bkz. **Önok**, s. 71.

⁸⁴ **Şare**, Ersin: “Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 130, 2017, s. 126.

dir. Öte yandan, vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle cinsel saldırının muhakkak fail ve/veya mağdurun kıyafetlerini çıkararak gerçekleştirilmesi gerekmez. Suçun oral yoldan işlenmesi buna gösterilebilecek en bariz örnektir. Sadece “*giysilerini çıkarmadan da bu işi yapabiliriz*” ifadesinden hareketle, dış dünyaya yansıyan diğer davranışları dikkate almaksızın organ veya sair cisim sokma kastında şüpheye düşülmesi kanaatimizce hatalıdır.

B. Doğrudan Doğruya İcraya Başlama

Failin kastının varlığının tespiti, ilgili suça teşebbüs nedeniyle ceza sorumluluğunun tayini için gerekli olmakla birlikte, yeterli değildir; fiilin, ilgili suç bakımından icra hareketi niteliğini de haiz olması gerekmektedir.

İcra hareketleri ile hazırlık hareketlerinin birbirinden ayrılması ise ceza hukukunun en tartışmalı meselelerinden biridir. Bu konuda, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bakımından özel bir güçlük yaşandığını söylemek yanlış olmayacaktır. TCK m. 102/1’de yer alan suçun oluşumu açısından, cinsel davranışlarla bir kimsenin rızası hilafına vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesinin yeterli olması karşısında, çalışmanın konusunu oluşturan vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle cinsel saldırı (TCK m. 102/2) bakımından icra hareketlerinin başlangıcını tespit etmek oldukça güçleşmektedir.

Cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlal edildiği fakat henüz TCK m. 102/2 kapsamında organ veya sair cisim sokma/sokturma söz konusu olmadığı durumlarda, tamamlanmış TCK m. 102/1’den mi, yoksa teşebbüs aşamasında kalmış TCK m. 102/2’den mi failin cezalandırılması gerektiğinin tartışılması gerekmektedir. Ayrıca vücuda temasın bulunmadığı durumlarda dahi TCK m. 102/2’ye teşebbüsten söz edilebilmenin mümkün olup olmadığının değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır.

Bilindiği gibi teşebbüsü düzenleyen TCK m. 35’te “*elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlama*”dan söz edilerek maddi objektif teori benimsenmiştir⁸⁵. Bu teori, madde gerekçesinde de açıkça ifade edildiği gibi tipik hareket ile “*yakınlık*” ve “*bağlantı*” içinde olma kriterleri ile

⁸⁵ Doktrinde ise yazarların bir kısmı objektif bir kısmı sübjektif teorileri benimsemekte; bir kısmı ise karma görüşü savunmaktadır. Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. **Dönmezer/Erman**, s. 132-133. Failin icraya başlama konusundaki tasavvurunun hukukumuzda teşebbüs bakımından önemi bulunmamakla birlikte, bu hususun hareketin elverişliliği bakımından önem taşıdığı yönünde ayrıca bkz. **İçer**, Zafer: Suça Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 154. Ayrıca bkz. **İpekçioğlu**, Pervin Aksoy: Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 67-69.

açıklanmaktadır⁸⁶. Bununla birlikte söz konusu kriterlerin somut olaya uygulanarak icra hareketlerinin ne zaman başladığının tespiti, somut uyumsuzluğu çözmekle yükümlü hâkime bırakılacaktır⁸⁷. Zira suç tiplerinin karmaşık yapıları nedeniyle icra hareketlerinin ne zaman başladığını ortaya koyacak tüm suç tipleri bakımından uygulanabilir, genel geçer bir kriter belirlemek oldukça güçtür⁸⁸. Bu sebeple, icra hareketlerinin başlangıcının tespitinde ilgili suç tipine özgü özellikler önem taşımaktadır⁸⁹.

Çalışma konumuz olan TCK m. 102/2 açısından, “**vücut dokunulmazlığının ihlalini oluşturan cinsel davranışlarla belirli bir yakınlık ve bağlantı içinde bulunan hareketlerin gerçekleştirilmesiyle birlikte**” failin teşebbüs alanına girdiğini söylemek mümkündür⁹⁰. Bu bakımdan, TCK m. 102/2 çerçevesinde icra hareketlerinin başladığından söz edebilmek için failin, mutlaka mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal eden bir davranış gerçekleştirmiş olmasına gerek olmadığı düşüncesindeyiz⁹¹.

Bu noktada, teşebbüste tipik hareket ile belirli bir yakınlık ve bağlantı içinde olma kriterlerini, Yargıtay kararlarına yansıyan örneklerle vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen cinsel saldırı bakımından irdelemeye çalışacağız.

1. Tipik Hareketle Belirli Bir Yakınlık İçinde Olma

Tipik hareket ile *zaman ve mekân bakımından* belirli bir yakınlık içinde bulunma kriteri, teşebbüsteki doğrudan doğruya icraya başlama koşulunun objektif unsuru niteliğindedir⁹². Buna göre, failin hareketi yüksek ihtimalle suçla korunan hukuki değer ihlaliyle sonuçlanacak ise şart gerçekleşmiş sayılacaktır⁹³.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki mekân bakımından yakınlık, hazırlık hareketi-icra hareketi ayrımının yapılmasında tek başına göz önünde bulun-

⁸⁶ Madde gerekçesinde, “tasarı metninde yer alan *kastı şüpheye yer bırakmama* ölçütünün madde metninden çıkartılarak, *doğrudan doğruya icraya başlama* ölçütünün kabul edilmesiyle, işlenmek istenen suçla belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması halinde suçun icrasına başlanmış sayılacağı” ifade edilmiştir. Gereke için bkz. **Gerçekler**, s. 422. Ayrıca bkz ve karşı. **Taner**, “Cinsel Özgürlük”, s. 237.

⁸⁷ **Sözür**, Adem: Suça Teşebbüs, Kazancı Kitap, 1994, s. 212; **İçer**, s. 123.

⁸⁸ **İçer**, s. 128. Yazarın normatif düzenleme önerisi için ayrıca bkz. ibid. 129.

⁸⁹ **Sözür**, s. 213.

⁹⁰ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 437.

⁹¹ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 437-438. Aksi yönde bkz. **Taner**, “Cinsel Özgürlük”, s. 237.

⁹² **İçer**, s. 152.

⁹³ **İçer**, s. 152. Bu kriter, “*korunan hukuki değer doğrudan tehlikeye sokulması*” olarak da ifade edilmektedir. Bkz. **Turhan**, s. 129.

durulabilecek bir unsur değildir. Bu kriterin failin suçla korunan hukuki değeri doğrudan ihlale yönelik davranışının tespiti bakımından yardımcı bir işlevi bulunmaktadır⁹⁴. Mekân bakımından yakınlık kriterinin somut olaya uygulanmasında suç tipinin özellikleri ve suçla korunan hukuksal değer göz önünde bulundurulması gerekir. Bu bakımdan, hareketin icra ediliş biçimine de değer atfedilmesi gerektiği savunulmaktadır⁹⁵. Bu görüşe göre, örneğin kasten yaralama suçu bakımından fail, mağdurun vücut bütünlüğüne yönelik bir harekete başlamadıkça, bizatihi fiziksel yakınlık, icra hareketlerinin başlangıcı için yeterli olmayacaktır. Aynı şekilde failin, mağdura ait işyerinin kepenginin asma kilitlerinden bir kısmını kırdığı ancak tamamını kıramadan yakalandığı olayda mala zarar verme suçunun tamamlandığı, konut dokunulmazlığının ihlaline teşebbüs söz konusu olduğu ancak eylemlerin hırsızlık suçu bakımından hazırlık aşamasında kaldığı savunulmaktadır⁹⁶.

TCK m. 102/2'ye teşebbüs konusunda değerlendirme yaparken mekân bakımından yakınlık kriteri bağlamında failin, **mağdurun konutuna veya bulunduğu odaya girmesi** örnekleri üzerinden meseleyi somutlaştırmaya çalışacağız.

Somut olayda failin kastettiği suç tipinde, suçun konusu, mekân bakımından özel olarak koruma altına alınmamış ise bahse konu suç yönünden icra hareketlerine başladığı kabul edilmemektedir⁹⁷. Bu doğrultuda, cinsel saldırıda bulunmak için failin mağdurun konutuna girmeye çalışması örneğinde, bu davranış yalnızca konut dokunulmazlığının ihlali suçunun icra hareketi olarak dikkate alınacak, işlenmek istenen cinsel saldırı suçu bakımından ise hazırlık hareketi olarak kabul edilecektir⁹⁸.

Öte yandan, kanaatimizce failin vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle cinsel saldırıda bulunma kastıyla mağdurun odasına kadar girmesi veya onu kandırmak için hileli davranışlara başvurması halinde, **olağan**

⁹⁴ **Sözür**, s. 213.

⁹⁵ **İçer**, s. 155.

⁹⁶ Konuya ilişkin örnek Yargıtay kararları ve eleştirileri için bkz. **Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 550-551; **İçer**, s. 158-162. Karş. **Dönmezer/Erman**, s. 133.

⁹⁷ **İçer**, s. 162. Ayrıca bkz. ve karş. **Şare**, s. 125-126.

⁹⁸ BeckOK StGB/**Ziegler** StGB § 177 Rn. 130; **İçer**, s. 163. Ayrıca bkz. ve karş. **Tozman**, Önder: Suça Teşebbüs, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 130-131; **Özocak**, Gürkan: Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 96. Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından da bu yönde bir yaklaşım benimsenmiştir. Bkz. BGH, Beschluß vom 14. 3. 2000 - 1 StR 60/00 (LG Augsburg).

hayat tecrübeleri çerçevesinde teşebbüsten söz etmek mümkündür⁹⁹. Bir başka ifadeyle, failin vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle cinsel saldırı kastının varlığı, hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde dosyadan anlaşılıyor ve fail, mağdurun konutuna veya odasına kadar girmiş ise *mekân bakımından* yakınlık kriterinin sağlandığı söylenebilir. Bununla birlikte *mekân bakımından* yakınlık kriterinin tek başına teşebbüsten söz edilebilmesi için yeterli olmadığını, diğer kriterlerin de somut olay bağlamında incelenmesi sonucunda bir kanaate varılabileceğini hatırlatmak isteriz.

İcra hareketlerinin hazırlık hareketlerinden ayrılmasına yarayan diğer bir kriter zaman bakımından yakınlık kriteridir. Failin suçla korunan hukusal değere yönelik hareketi, çok kısa bir zamanda bizzat tipik hareketin icrasıyla sonuçlanacaksa zaman bakımından yakınlığın varlığından söz edilebilecektir¹⁰⁰.

Bu kriter bakımdan, failin vücuda organ veya sair bir cisim sokmak kastıyla **tehdit, şantaj veya cebir kullanması** örnekleri üzerinden konuyu ele almakta fayda görüyoruz.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki Türk doktrinde TCK m. 102/2 kapsamındaki eylemini gerçekleştirmek amacıyla cebir uygulayan failin hareketinin, icra hareketlerinin başlangıcı olarak kabul edildiğini söylemek mümkündür¹⁰¹. Görüşler esasen, tehdit veya şantaja başvurulması halinde farklılaşmaktadır.

Bir görüşe göre, salt tehdit veya şantaja başvurulması bu suçta icra başlangıcı sayılmamakta; TCK m. 102/2'ye teşebbüsten söz edebilmek için bedensel teması sağlamaya ve hatta vücuda organ veya cisim sokmaya yönelik bir girişimin bulunması gerekmektedir¹⁰². Bu görüşün, tehdit suçunun

⁹⁹ **Sözüer**, s. 214. Bu görüş eski kanun döneminde ortaya konulmuşsa da 765 sayılı TCK'da "ırza geçme" ve "ırza tasaddi" olarak ayrı maddelerde düzenlenen suçların, 5237 sayılı TCK'da aynı maddenin farklı fıkralarında düzenlenen birbirlerinden bağımsız suçlar olduğu kanaatinde olduğumuzdan, bu yaklaşımın, mevcut düzenlemeler bakımından da uygulanabilir olduğu kanaatindeyiz. Ayrıca bkz. **Özocak**, s. 111.

¹⁰⁰ **Gropp**, Walter: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Springer 2014, Rn. 55; bu kriterin parça hareket teorisi ile bütünleştirilerek meselenin çözümünde kullanılabileceği ancak her suç tipinde ve her somut olayda en ideal çözüm olmayabileceğinin göz önünde bulundurulması gerektiği yönünde bkz. **İçer**, s. 163-169. Yazar, malvarlığına karşı suçlar ve vücut dokunulmazlığına karşı suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bakımından çoğunlukla hareketin ani tarzda işlenmesi söz konusu olduğundan, bahse konu kriterin fayda sağladığını savunmaktadır. Ayrıca bkz. **Tozman**, s. 117.

¹⁰¹ **Özgenç**, s. 553; **İçer**, s. 166.

¹⁰² **Taner**, "Cinsel Özgürlük", s. 237. Ayrıca bkz. ve karşı. **Şen**, s. 383.

TCK m. 106'daki düzenlenişinden yola çıktığı; cebir bakımından ise farklı bir yaklaşım benimsendiği anlaşılmaktadır. Bir başka ifadeyle, bu görüşe göre vücut temasına yönelik bir davranış olmaksızın yapılan tehditle bizzat tehdit suçu oluşup, cinsel saldırı suçu bakımından bir teşebbüsten söz edilemez; cinsel davranışı kolaylaştırmak amacıyla cebir kullanılması halinde ise teşebbüs aşamasına geçilmiş olur¹⁰³. Öte yandan, failin cebir uyguladığı ve böylece vücut teması gerçekleştirdiği her durumda kastının cinsel saldırı yönünde olduğunun söylenemeyeceği ise açıktır¹⁰⁴.

Bizim de iştirak ettiğimiz görüş uyarınca TCK m. 102/2'ye teşebbüsten söz edebilmek için somut olayda mutlaka fiziksel bir temasın gerçekleştirilmiş olmasına gerek yoktur; teşebbüse ilişkin diğer koşulların da varlığı halinde, failin vücuda organ veya cisim sokma davranışını kolaylaştırmak için mağdura tehdit veya şantaj uygulaması da icra hareketlerinin başlangıcı sayılabilir¹⁰⁵.

Yargıtay içtihadı incelendiğinde, failin hareketinin bir sonraki aşamada asıl ihlal etmek istediği tipik davranışı oluşturmadığı durumlarda teşebbüsten dolayı sorumluluk kabul edilmediği anlaşılmaktadır¹⁰⁶. Örneğin, “*sanığın elinde bıçakla dairelerine girip odalarında bulunan mağdurelere onlarla sevişmek istediğini söylediği*” bir kararında Yargıtay, “*mevcut haliyle sanığın nitelikli cinsel saldırı kastını ortaya koyacak bir eylem veya sözde bulunmaması*” gerekçesiyle failin basit cinsel saldırıya teşebbüs aşamasında kaldığı yönünde kanaate varmıştır¹⁰⁷. Bu örnekte -hatalı şekilde- sanığın kastının şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya konulmamış olduğundan hareketle sonuca varıldığı anlaşılmaktadır. Kanaatimizce -dış dünyaya yansıyan diğer davranışlarıyla birlikte değerlendirildiğinde- sanığın mağdurlara “sevişmek istediğini” söylemesi cinsel ilişkiye girmek isteği olarak TCK m. 102/2 kapsamında kastın varlığına delalet eder niteliktedir. Somut olayın esasen icra hareketlerinin başlayıp başlamadığı bağlamında irdelenmesi

¹⁰³ **Taner**, “Cinsel Özgürlük”, s. 238. Yazarın, bu yöndeki görüşünü, İtalyan Ceza Kanunu'nda yer alan suç tipi ile Türk hukuku arasındaki farklılıklardan hareketle temellendirdiği anlaşılmaktadır.

¹⁰⁴ Aynı yönde görüş ve konuya ilişkin Yargıtay kararı örneği için bkz. **Taner**, “Cinsel Özgürlük”, s. 238.

¹⁰⁵ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 437; **Özgenç**, s. 553; **Şen**, s. 383. Çocukların cinsel istismarı suçu bakımından aynı yönde bkz. **Memiş Kartal**, Pınar: Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, Der Yayınları, İstanbul 2014, s. 222-223.

¹⁰⁶ **İçer**, s. 167.

¹⁰⁷ Yargıtay 14. CD., E 2016/7774, K 2016/7295, T 24.10.2016 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 12.12.2021).

gerekmektedir. Sanığın, bıçakla tehdit etmek suretiyle evlerine girerek mağdurlara cinsel ilişkiye girmek istediğini söylemek şeklindeki eylemlerinin, TCK m. 102/2 bağlamında zaman (ve mekân) bakımından yakınlık kriterini karşılar nitelikte olduğu düşüncesindeyiz.

Bir başka kararında Yargıtay, “*alkollü vaziyette komşusunun evine giderek mağdureyi kapıyı açmaya ikna etmeye çalışıp da onu ikna edemeyince elinde bulunan bıçakla mağdureyi tehdit edip kapıyı bıçakla açmaya çalıştığı*” olayda, “mağdurenin eşini telefonla araması ve bağırması üzerine sanığın olay yerinden ayrılmasını, cinsel saldırı suçuna yönelik elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlama” kapsamında değerlendirmemiştir¹⁰⁸. Kanaatimizce bu örnekte icra hareketlerinin başladığının kabulü gerekir. Ancak kararda icra hareketlerinin başlayıp başlamadığı hususunda değil; icra hareketlerinden vazgeçmenin gönüllü olup olmadığı konusunda bir tartışma yapılarak sonuca varılması daha uygun olurdu.

Sonuç olarak, zaman ve mekân bakımından yakınlık kriterlerinin tek başlarına uygulanmaları halinde çoğu kez doğru sonuç vermediğini söylemek mümkündür¹⁰⁹. Bu sebeple, aşağıda ele alınacak diğer kriterler de dikkate alınmak suretiyle somut olay bakımından bir değerlendirme yapmak gerektiğini vurgulamak isteriz.

2. Tipik Hareketle Bağlantı İçinde Olma

İcra hareketlerinin başladığından söz edebilmek için söz konusu hareketin tipik hareket bakımından *nedensel bir değere sahip olması* da gerekmektedir. Yakınlık kriterini tamamlayan, hareketin sübjektif yönünü ortaya koyan bu kritere göre icra hareketi sayılabilecek hareketlerin hukuki değeri doğrudan ihlale yönelik olması gerekir¹¹⁰.

Fail, suç tanımında öngörülen hareketlerden birini yapmış ise icranın başladığı tartışmasızdır. Bu hareketlerden olmamakla birlikte, bu hareketlere “zorunlu olarak bağlı olan” ve bunlarla “bütünlük içerisinde bulunan” ya da “neticeyi meydana getirmeye elverişli olan” hareketlerin yapılması da icra başlangıcı sayılacaktır¹¹¹. Bu değerlendirme ise *yaşam deneyimleri* ve *olayın akışı* dikkate alınmak suretiyle yapılabilir¹¹². Örneğin failin mağduru تنها

¹⁰⁸ Yargıtay 14. CD., E 2013/6933, K 2015/7145, T 11.06.2015 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 12.12.2021).

¹⁰⁹ **Dönmezer/Erman**, s. 123.

¹¹⁰ **İçer**, s. 169-170.

¹¹¹ **Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut**, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Baskı, Beta, İstanbul 2017, s. 462. Ayrıca bkz. **Gropp**, AT § 9 Rn. 49.

¹¹² **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 462.

bir yere götürmesi, burada mağdura basit cinsel saldırı şeklinde gelişen davranışlar sergilemesi, akabinde eline sivri bir cisim alıp mağdura kendisini takip etmesini söyleyerek vücuda organ veya sair cisim sokmak amacıyla “*daha تنها bir yer*” arayışına girişmesi ve bu sırada mağdurun bir fırsat yakalayıp kaçması örneğinde TCK m. 102/2 bakımından icra hareketlerinin başladığı kabul edilmelidir¹¹³.

Bu noktada ifade etmek gerekir ki Yargıtay’ın TCK m. 102/2 (ve TCK m. 103/2) bakımından icra hareketlerinin başlangıcı konusundaki “*failin kastının mağdura organ veya cisim sokmaya yönelik olduğu ispatlanabilmişse, buna yönelik girişimlerde bulunulmasıyla icra hareketinin başladığını kabul ettiği*” yaklaşımı Önok tarafından esasen basit ve doğru olarak mütalaa edilmiştir¹¹⁴. Ancak yazar, Yargıtay’ın kimi kararlarında vardığı sonuçlara haklı gerekçelerle katılmamaktadır¹¹⁵. Biz de Yargıtay’ın, vücuda organ veya sair cisim sokmaya yönelik girişimlerin ne zaman başladığı konusundaki çelişkili kararlarınının, çoğunlukla somut olay adaletini sağlama kaygısından kaynaklandığını düşünüyor, aşağıda bu bakımdan önemli gördüğümüz kararlara yer vermek istiyoruz.

Yargıtay’ın tipik hareketle bağlantı içinde olma kriteri bakımından hatalı olduğunu düşündüğümüz bir kararında, “*sanığın gece vakti mağdurenin evine üst kısımdan girdiği, üç katlı olan evin iç koridorunda mağdure ve çocuğunun kaldığı bölümün kapısını zorlamaya başladığı ve mağdureyle cinsel ilişki yaşamak istediğini söylediği ve devamında kapının kırılan camı yerine tahta ile kapatılan kısmını zorlayarak elini içeri sokup kapıyı açmaya çalıştığı sırada, mağdurenin mutfaktan aldığı bıçak ile sanığın kolunu yaralamasından sonra olay yerinden kaçtığı olayda*” sanığın eylemlerinin, “TCK m. 102/2 bakımından icra hareketlerini oluşturmadığı, hazırlık hareketleri kapsamında kaldığı, bu haliyle eylemlerin cinsel taciz suçunu oluşturduğu” sonucuna varılmıştır¹¹⁶. Oysa, muhalif üyenin karşı oy gerekçesinde de ifade

¹¹³ Sözüer, s. 217-219; Özgenç, s. 556. Ayrıca bkz. Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Verlag C. H. Beck, München 2003, § 30 Rn. 162.

¹¹⁴ Önok, s. 70.

¹¹⁵ Önok, s. 70.

¹¹⁶ Oluş ve kabulde ihtilaf bulunmayan olayın oluşu karşı oy yazısında şu şekilde özetlenmiştir: “*Mağdure köy yerinde en büyüğü on yaşında olan dört çocuğu ile birlikte yaşamakta, eşi ise yurt dışına çalışmaya gitmiş olup, uzun süredir gelip gitmemektedir. Sanık daha önce de cinsel içerikli olarak mağdureyi birden fazla kez taciz etmiştir. Olay gecesinde de alkollü olduğu anlaşılan sanığın, önce mağdurenin evinin camına vurarak “seninle birlikte olmak istiyorum” diyerek kapıyı açtırmak istediği, daha sonra çatıdan evin iç kısmına koridora girdiği, sanığın, mağdureye “o...pu, başkaları ile düşüp kalkı-*

edildiği üzere, icra hareketlerinin başlangıcı için mutlaka tipik hareketin gerçekleşmesini beklemek, teşebbüsün uygulanabilirliğini ortadan kaldıracaktır. Öte yandan, dosyanın YCGK tarafından yapılan incelemesinde sanığın henüz TCK m. 102/2 kapsamında icra hareketlerine başlamadığı gerekçesiyle (oybirliği) ile eylemlerinin cinsel taciz suçunu oluşturduğu mütalaa edilmiştir¹¹⁷.

Somut olayda vücuda organ veya sair cisim sokma kastı şüpheye yer bırakmayacak şekilde anlaşılan sanığın, mağdurun bulunduğu odaya girmeyi başaramamışsa da mağdurun etkin direnci nedeniyle elinde olmayan sebeple eylemlerine son verdiği ana kadarki hareketlerinin, tipik hareket ile (*yakınlık ve*) bağlantı içinde olma kriterini sağladığı kanaatindeyiz. Sanığın, “*kapının kırılan camı yerine tahta ile kapatılan kısmını zorlayarak elini içeri sokup kapıyı açmaya çalışması ve mağdurenin mutfaktan aldığı bıçak ile sanığın kolunu yaralamasına imkân verecek bir yakınlığın bulunması*”, Alman Hukukunda *Roxin* tarafından savunulan “*somutlaştırılmış parça eylem teorisi*”nden hareketle de mağdurun alanına bir müdahalenin varlığının kabulü ile teşebbüs kapsamında değerlendirilebilir¹¹⁸.

C. Hareketin Tipikliği Gerçekleştirmeye Elverişli Olması

Failin teşebbüsten sorumlu tutulabilmesi için aranan bir diğer koşul, hareketin tipikliği gerçekleştirilmeye elverişli olmasıdır. Bir başka ifadeyle somut olayda failin icra hareketlerine başlaması teşebbüs bakımından tek başına yeterli olmayacak; hareketin tipik neticeyi gerçekleştirilmeye elverişli olup olmadığı yönünden bir değerlendirme yapılması da gerekecektir¹¹⁹. Elverişlilik, her somut olay bakımından özel olarak değerlendirilmeyi gerek-

yorsun, benimle de beraber olacaksın, yoksa gitmem seni bütün köye rezil ederim” şeklinde hakaretli sözlerde bulunarak, koridordaki kapının cam kısmına ince sunta yapıştırılmış bölümü kırarak, elini uzatıp bu kapıyı açmak istediği, mağdurenin de mutfaktan aldığı bıçakla kapıyı açmak için uzanan koluna vurarak sanığı yaraladığı, sanığın yaralanması sebebiyle eylemini tamamlayamadan ayrıldığı anlaşılmaktadır” (Yargıtay 14. CD, E 2013/1436 K 2014/12356 T 10.11.2014, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.12.2021).

¹¹⁷ Yargıtay CGK, E 2019/14-500 K 2021/250 T 02.06.2021 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 10.12.2021).

¹¹⁸ **Roxin**, AT II, § 29 Rn. 141. Yazarın çocukların cinsel istismarı suçu bakımından icra hareketlerinin başlangıcına ilişkin değerlendirmeleri için ayrıca bkz. *ibid.* § 29 Rn. 166-169.

¹¹⁹ **İçer**, s. 132. YCGK’nın 2012 yılında verdiği bir kararında failin kanuni tarifte belirtilen neticeyi gerçekleştirilmeye elverişli olmaması halinde “suçun icrasının bitmediği” yönündeki yaklaşımı ve bunun eleştirisi için bkz. **Özgenç**, s. 549-550 (dipnot 930).

tiren bir husus olmakla birlikte, genel olarak hareketin, tipiklikte yer alan neticeyi gerçekleştirebilme iktidarı olarak tanımlanabilir¹²⁰.

Elverişlilik yönünden yapılacak *ex ante* değerlendirmede hareketin yapıldığı anda ortalama bir kimsenin objektif olarak bilebileceği bütün koşullar göz önünde bulundurularak, tipikliğin gerçekleşmesinin mümkün görünüp görünmediği esas alınır¹²¹. Somut olay bağlamında yapılacak olan bu değerlendirmede *elverişsizlik* ile *yetersizlik* ayrımının yapılması da önemlidir. Hareketin tipikliğin gerçekleşmesi bakımından elverişli olması gerekli olup, yeterli olup olmaması teşebbüs yönünden önem taşımaz¹²². Hareketin tipikliği gerçekleştirilmeye elverişsiz olması halinde elverişsiz teşebbüsten (işlenemez suçtan¹²³) söz edilir ve fail cezalandırılmaz¹²⁴. Elverişlilik, yalnızca kullanılan araç bakımından değil, -suçun konusu da dahil olmak üzere- bütün fiil yönünden mevcut olmalıdır¹²⁵. Elverişsizlik, suçta kullanılan araçtan, suçun konusundan veya başkaca bir nedenden ileri gelebilir¹²⁶. Bir başka ifadeyle elverişlilik değerlendirmesi, “hareket” ile ilgili olarak yapılmaktadır. Zira bir suçun işlenmesi için elverişsiz olan bir araç, başka bir suç için kullanıldığında elverişli kabul edilebilir¹²⁷. Suçta kullanılan aracı kimin kullandığı ya da aracın kime karşı kullanıldığına bağlı olarak da elverişlilik konusunda varılacak sonuç değişebilir¹²⁸.

Vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen cinsel saldırı bakımından hareketin elverişsizliğine, **vücuda duhulü mümkün olmayacak derecede büyük bir cismin araç olarak kullanılması** veya **eylemin ölü insan bedeni üzerinde gerçekleştirilmesi** örnek olarak gösterilebilir¹²⁹. Bu

¹²⁰ **Alacakaptan**, Uğur: İşlenemez Suç, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları-223, 1968, s. 61. Ayrıca bkz. **Kazaker**, Gözde: Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 28.

¹²¹ **Öztürk/Erdem**, s. 357; **Özgenç**, s. 559; **Soyaslan**, “Teşebbüs Suçu”, s. 109-110; **Sözüer**, s. 187. Karş. **Dönmezer/Erman**, s. 116.

¹²² **Öztürk/Erdem**, s. 358; **Sözüer**, s. 188.

¹²³ **Alacakaptan**, s. 2-3.

¹²⁴ Bu durumda kişinin, suç işlemek iradesini açığa vurarak tehlikeli kişiliğini ortaya koymuş olması nedeniyle hakkında tehlikelilik durumuyla orantılı bir güvenlik tedbirine hükmedilmesi gerektiği yönünde bkz. **Özgenç**, s. 563. Bkz. ve karş. **Sözüer**, s. 153, 192. Ayrıca bkz. **Gropp**, AT § 9 Rn. 27-35.

¹²⁵ **Yokuş Sevük**, Handan: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 57, 2005, s. 243, 261.

¹²⁶ **Öztürk/Erdem**, s. 358.

¹²⁷ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, “Genel Hükümler”, s. 700.

¹²⁸ **Alacakaptan**, s. 62; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, “Genel Hükümler”, s. 700.

¹²⁹ **Turhan**, s. 155.

son durumda hareket, TCK m. 102/2 açısından elverişsiz olmakla birlikte ceset üzerinde tahkir edici bir fiil sayılacağından, kişinin hatırasına hakaret suçu bakımından elverişlidir. Keza suçun konusunun bir hayvan olması durumunda da 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu m. 28/A çerçevesinde elverişli olan hareket, TCK m. 102/2 bakımından elverişsizdir.

TCK m. 102/2 ile ilgili olarak hareketin elverişsizliği konusunda en tartışmalı husus, hiç şüphesiz failin **iktidarsızlık** sebebiyle suçu tamamlayamaması durumudur. Bir görüşe göre böyle bir durumda işlenemez suç söz konusudur¹³⁰. İştirak ettiğimiz aksi yöndeki görüşe göre ise fail TCK m. 102/2'ye teşebbüsten sorumlu tutulmalıdır¹³¹.

765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu döneminde de "ırza tasaddi" ve "ırza geçme" suçları bakımından tartışılan bir konu olan iktidarsızlık meselesine ilişkin olarak *Dönmezer*, failin ameliyat dolayısıyla tenasül organının kesilmiş olması gibi tenasül organının ithal edilmesinin kesinlikle mümkün olmaması halinde işlenemez suçtan söz edilebileceğini; iktidarsızlık bu derecede değilse ve nispi olup somut olayda ortaya çıkmışsa artık aracın, (ırza geçme suçu açısından) yetersiz olmakla birlikte elverişli olacağından hareketle teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmuştur¹³².

Mevcut düzenleme bakımından, *Taner*'e göre mutlak şekilde tenasül organının ithal kabiliyetinin bulunmadığı hallerde dahi eylemin teşebbüs aşamasında kaldığının kabulü gerekmektedir¹³³. Zira eski kanun döneminde vajinaya parmak sokmak gibi davranışlar ırza tasaddi sayılmasına rağmen, günümüzde bu eylemlerin TCK m.102/2 kapsamına alınarak daha geniş bir himayeye kavuşturulması anlayışı karşısında, iktidarsızlığın işlenemez suç kapsamında değerlendirilmesinin isabetli olmadığı ifade edilmektedir¹³⁴.

¹³⁰ **Kocaoğlu**, s. 167. Bkz. ve karşı. **Kazaker**, s. 290-291.

¹³¹ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 442; **Taner**, "Cinsel Özgürlük", s. 239; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, "Özel Hükümler", s. 342; **Yokuş Sevik**, s. 261; **Dereli**, s. 563.

¹³² **Dönmezer**, Sulhi: Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Âdâb ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1983, s. 66-67. Böyle bir durumda failde tasaddi kastı bulunması halinde ırza tasaddi suçunun varlığının söz konusu edilebileceğini de belirtmiştir. Karş. **Sözüer**, s. 187, 61 vd.; **Koca**, Mahmut: "Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2015, s. 108-109. Mutlak ve nisbi imkânsızlık ile ilgili güncel mevzuat bakımından öneriler için ayrıca bkz. **Artuk/Gökçen/Aşahin/Çakır**, "Genel Hükümler", s. 717; **Memiş Kartal**, "Çocukların Cinsel İstismarı", s. 223.

¹³³ **Taner**, "Cinsel Özgürlük", s. 239. Aynı yönde bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız**, "Özel Hükümler", s. 342.

¹³⁴ **Taner**, "Cinsel Özgürlük", s. 239. Karş. **Memiş Kartal**, "Çocukların Cinsel İstismarı", s. 223.

Amerikan hukukunda yapılan hukuki ve fiili imkânsızlık ayırımından hareketle de failin iktidarsızlığı nedeniyle suçu tamamlayamaması bir fiili imkânsızlık durumu sayılarak, başta yarattığı tehlikelilik durumu olmak üzere, mağdur ve kamunun menfaatlerini ihlal etmiş olması gerekçeleriyle failin cezalandırılması gerektiği düşünülmektedir¹³⁵.

Yargıtay'ın 765 sayılı TCK dönemindeki bir kararında faildeki fiziki imkânsızlık nedeniyle mağdurun cinsel organına duhulün gerçekleşmemesi üzerine, failin parmağıyla mağdurun kızlığını bozmasına ilişkin eylemi, suça teşebbüs kapsamında değerlendirilmiştir¹³⁶. Buna karşılık 5237 sayılı TCK döneminde verdiği eski tarihli bir kararında Yargıtay, mağdur çocuğun cinsel organına parmağını sokan sanığın eylemini tamamlanmış bir vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle cinsel istismar suçu olarak değerlendirmiş ve teşebbüs hükümlerini uygulamamıştır¹³⁷.

Yargıtay yakın tarihli bir başka kararında ise benzer bir yaklaşımı çocuğun (organ veya sair cisim sokmak suretiyle) nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüs bakımından sergilemiş, ancak bu yönüyle karar oyçokluğu ile verilmiştir¹³⁸. Karşı oy gerekçesi ise dikkat çekicidir: *“her ne sebeple olursa olsun (iktidarsızlık, yakalanma korkusu, mağdurun mukavemeti, başkasının olay yerine gelmesi...) yani failin kendiliğinden veya harici bir mania yüzünden fiiline devam edememesi ve vücuda organ sokamamasının sadece suçun basit şekli bakımından dikkate alınabilecek bir husus olduğu”* yönünde bir yaklaşım benimsenerek, failin iktidarsızlığının teşebbüsün koşullarından biri olan “failin elinde olmayan sebepler ile suçun tamamlanamaması” koşulunu sağlamadığı savunulmuştur¹³⁹. Muhalif üyenin, iktidarsızlık meselesini hareketin elverişliliği bakımından değil; suçun elde olmayan sebeplerle tamamlanamaması koşulu açısından değerlendirerek bir sonuca vardığı anlaşılmaktadır. Ancak söz konusu koşul bakımından değerlendiril-

¹³⁵ Aydın, Murat: “İşlenemez Suç (Elverişsiz Teşebbüs)”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21 Sayı: 1, 2013, s. 90-91.

¹³⁶ Yargıtay 5. CD., E 2000/2250 K 2000/1197 T 13.04.2000 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 15.12.2021).

¹³⁷ Yargıtay 5. CD., E 2005/15761 K 2005/21713 T 27.10.2005 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 15.12.2021).

¹³⁸ Yargıtay 14. CD., E 2018/7549 K 2019/9302 T 24.04.2019 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 15.12.2021).

¹³⁹ “Cinsel saldırı suçunun nitelikli haline teşebbüsün kabulünün içinden çıkılmaz hukuki sorunlar doğurmakta olduğu” görüşünde olan muhalif üye, “cinsel saldırı suçunda erken boşalma veya iktidarsızlık gibi sebeplerin failin elinde olan nedenler olduğu” düşüncesindedir.

diğinde dahi bu yaklaşımın, gönüllü vazgeçme hükümlerini ölçsüz biçimde genişlettiği kanaatinde olup, bu görüşe katılmamaktayız.

Kimi zaman ise teşebbüste hareketin elverişliliği incelemesinin, hazırlık hareketi-icra hareketi ayrımı ile karıştırılarak yapıldığı anlaşılmaktadır¹⁴⁰. Oysa hareketin elverişliliği tartışmasının icra hareketlerinin başlamış olması halinde yapılabilecek bir tartışma olduğu açıktır¹⁴¹. Sonuç olarak, örneğin penisini sokmak kastıyla icra hareketlerine başlamış ama iktidarsızlığı nedeniyle bunu yerine getirememiş olan failin, icra hareketlerine başladığının kabulü gerekir. Failin bu aşamadan sonraki fiilleri bakımından ise elverişlilik ve suçun elde olmayan sebeplerle tamamlanamaması koşulları bakımından ayrı bir değerlendirme yapılmalıdır. Kanaatimizce TCK m. 102/2 kapsamında bir değerlendirme yapıldığında, failin iktidarsızlığı nedeniyle penisini mağdura vajinal, anal veya oral yoldan ithal edememesi halinde teşebbüs hükümleri uygulanmalıdır. Zira bu durumlarda hareket, teşebbüs bakımından “elverişli” olup, failin “elinde olmayan sebeple” suç tamamlanamamıştır. Bundan sonra, iktidarsız failin parmağını ya da başka bir cismi kullanarak duhulü gerçekleştirmesi halinde ise TCK m. 102/2’deki suçun tamamlanmış olduğunun kabulü gerekir¹⁴².

D. Failin Elinde Olmayan Sebeplerle Suçun Tamamlanamaması

Teşebbüsten söz edebilmek için aranan son koşul, kastettiği suçun icra hareketlerine başlayan failin suçu *elinde olmayan sebepler ile tamamlanamamasıdır*. Bilindiği gibi mülga 765 sayılı TCK’da icra hareketlerinin sona ermiş olup olmadığıyla bağlantılı olarak, eksik ve tam teşebbüs ayrımına yer verilmiş idi. Buna göre failin iradesi dışındaki engel, icra hareketleri henüz sona ermeden ortaya çıkmış ve bahse konu hareketlerin bitirilmesine engel olmuşsa eksik teşebbüs; bütün icra hareketleri bitirildikten sonra ortaya çıkıp da sonucun gerçekleşmesini önlemişse tam teşebbüsten söz edilmekteydi¹⁴³. 5237 sayılı TCK m. 35’te ise eksik – tam teşebbüs ayrımına yer verilmemiştir¹⁴⁴. Bunun bir sonucu olarak, teşebbüs bakımından icra hareketlerinin sona

¹⁴⁰ Yargıtay’ın bu yöndeki yaklaşımının eleştirisi ve örnek içtihatlar için ayrıca bkz. **İçer**, s. 187 (dipnot 248).

¹⁴¹ **İçer**, s. 187.

¹⁴² Aynı yönde **Özbek/Doğan/Bacaksız**, “Özel Hükümler”, s. 342; **Ünver**, Yener: “Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar” iç Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları:10, 2008, s. 305.

¹⁴³ **Dönmezer/Erman**, s. 137.

¹⁴⁴ **Aydın**, Devrim: “Suça Teşebbüs”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 55, Sayı: 1, 2006, s. 88. Eksik–tam teşebbüs ayrımının kaldırılması, bu ayrım bakımın-

erme anı ile ilgili tartışmaların artık bir öneminin kalmadığı söylenebilir¹⁴⁵. Öte yandan, TCK m. 35/2’de suça teşebbüs halinde failin, “meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre cezalandırılacağı” ifade edildiğinden, hangi aşamada engelin ortaya çıktığının somut olay bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁴⁶.

Teşebbüs bakımından icra hareketlerinin başlaması yeterli olup, icra hareketlerinin tamamlanamaması veya neticenin gerçekleşmemesinin, “failin elinde olmayan bir sebepten kaynaklanması” gerekmektedir. Failin elinde olmayan engel sebep, çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Bu engel, mağdur veya bir üçüncü kişiden kaynaklanabileceği gibi failin kendisinden de kaynaklanabilir¹⁴⁷. Maddi veya manevi olabilir, bir takım “maddi enerjilerin ortaya çıkmasından” da ileri gelebilir¹⁴⁸.

Engel sebebin **mağdurun aktif direncinden ya da bir üçüncü kişinin müdahalesinden veya doğa olayları gibi maddi sebeplerden kaynaklanması** hallerinde, bunların failin elinde olmayan sebepler olarak anlaşılmasında çoğunlukla bir güçlük yaşanmaz¹⁴⁹. Kanaatimizce TCK m. 102/2 anlamında bir saldırıda bulunmak kastıyla doğrudan doğruya suçun icrasına başlayan failin, mağdurun etkin şekilde direnmesiyle veya bir üçüncü kişinin

dan her olayda uygulanması mümkün objektif ölçütler bulunamayacağından hareketle adil olmayan cezalandırmalar söz konusu olabileceği ifade edilerek savunulmaktadır. Bkz. **Özgenç**, s. 567. Ayrımın yeni kanunda da korunduğu yönündeki *Hafizoğulları*’na ait, görüş için bkz. ibid. 567 (dipnot 977). Ayrımın kaldırılmasına karşı eleştiriler için ayrıca bkz. **Yarsuvat**, Duygun/**Bayraktar**, Köksal/**Yüzbaşıoğlu**, Necmi: “Türk Ceza Kanunu Tasarı’sı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü” iç Teoman Ergül (ed) Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, Ankara 2004, s. 298; **Bayraktar**, Köksal: “TCK Tasarısına İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri” iç Teoman Ergül (ed) Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, Ankara 2004, s. 33. Ayrıca bkz. **Demirbaş**, s. 476.

¹⁴⁵ **Dönmezer/Erman**, s. 138.

¹⁴⁶ **Aydın**, Devrim, s. 95-96. Teşebbüs halinde cezanın belirlenmesi başlığı altında bu husus detaylandırılacaktır.

¹⁴⁷ BeckOK StGB/**Ziegler** StGB § 177 Rn. 132; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, “Genel Hükümler”, s. 699-700.

¹⁴⁸ **Dönmezer/Erman**, s. 138.

¹⁴⁹ Maddi nitelikteki dış faktörlerin bulunması halinde vazgeçme gönüllü değildir. Aynı yönde bkz. **Demirbaş**, s. 479; **Dönmezer/Erman**, s. 148. Öte yandan, yukarıda iktidarsızlık konusundaki açıklamalarımız çerçevesinde zikrettiğimiz yakın tarihli Yargıtay kararındaki muhalif üyenin yaklaşımının, “her ne sebeple olursa olsun” eylemini tamamlamayan faili gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlandırma yönünde olduğunu ancak bizim buna iştirak etmediğimizi (Bkz. II., C.) hatırlatalım.

olaya müdahale etmesiyle etkisiz hale getirilmesi halinde, engel sebebin failin elinde olmayan bir sebep olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

Buna karşılık, engel sebebin **failden kaynaklanması** halinde, somut olayda eylemin elde olmayan sebeple mi tamamlanamadığı yoksa vazgeçmenin gönüllü mü olduğu irdelenmelidir. Vazgeçmenin gönüllü olup olmadığı hususunda varılacak sonuç, failin o ana kadarki eylemlerinden olan sorumluluğunun tespiti ve dolayısıyla ceza sorumluluğu açısından belirleyicidir.

Fail eylemlerine kendi ihtiyariyle son vermişse gönüllü vazgeçmeden söz edilecek¹⁵⁰ ve fail teşebbüs nedeniyle cezalandırılmayacak ise de “o ana kadarki eylemleri bir suç teşkil ediyorsa” bundan sorumlu olacaktır. Vazgeçmenin ne zaman “**gönüllü**” olacağı ise oldukça tartışmalı bir meseledir. Kural olarak, vazgeçmenin **failden kaynaklanan iç faktörlere dayanması** halinde gönüllü olduğu söylenebilir. Şöyle ki fail, acıma veya merhamet etme gibi iç dünyasından kaynaklanan sebeplerle eylemlerine kendiliğinden son vermişse, vazgeçmenin gönüllü olduğu kabul edilmektedir¹⁵¹. Öte yandan, mağdurun faile eylemlerine devam etmemesi için para teklif etmesi, failin suçu ileri bir tarihte işleminin daha kolay olacağını düşünmesi veya eylemlerine devam etmesi halinde yakalanacağından korkması gibi içsel faktörlerin gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirilebilir olup olmadığı tartışmalıdır.

Doktrindeki baskın görüşe göre failin vazgeçme iradesinin hür olması yeterli olup, mutlaka ahlaki olması gerekmemektedir¹⁵². Buna göre vazgeçmenin mutlaka ahlaki sebebe dayanmasının, bir başka ifadeyle içten bir pişmanlığın sonucu olmasının aranması, hukukumuzda gönüllü vazgeçme kurumunun bir suç siyaseti aracı olmasıyla ve kanunun sözüyle bağdaşmaktadır¹⁵³. Nitekim kanunda vazgeçmenin aynı zamanda ahlaki olması gerektiğine dair bir koşul da zikredilmemiştir¹⁵⁴. Bununla birlikte, harici bir

¹⁵⁰ **Demirbaş**, s. 477.

¹⁵¹ **Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 476; **Demirbaş**, s. 479.

¹⁵² **Sözüer**, s. 246; **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 476; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, “Özel Hükümler”, s. 396-397; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, “Genel Hükümler”, s. 476; **Akbulut**, s. 274; **Tozman**, s. 275.

¹⁵³ **Dönmezer/Erman**, s. 147.

¹⁵⁴ **Erra**, Carlo: “Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme” (çev. S. Erman), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 10, Sayı: 1-2, 1994, s. 683-684; **Akdağ**, Hale: “Gönüllü Vazgeçme”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2013, s. 104; **Koca/Üzülmez**, “Genel Hükümler”, s. 444-445; **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 476. Ayrıca bkz. ve karşı. **Bozbayındır**, Ali Emrah: “Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Gönüllü

engel nedeniyle failin durmak zorunda kalması halinde teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiği savunulmaktadır¹⁵⁵. Bir başka ifadeyle zorlanmış iradenin, özgür olduğundan söz edilemeyecektir¹⁵⁶. Alman doktrininde *Roxin*¹⁵⁷ tarafından ileri sürülen, Türk doktrininde *Sözüer* tarafından savunulan “suçlu mantığı” yaklaşımına göre de fail “yakalanma veya cezalandırılma tehlikesini göze alamadığı için suç yolunda ilerlemiyorsa”, vazgeçme gönüllü değildir¹⁵⁸.

Diğer bir görüşe göre vazgeçmenin gönüllü olabilmesi için failin içten bir pişmanlığının sonucu olarak vazgeçmiş olması gerekmektedir. Bu görüş uyarınca, ancak içten bir vazgeçme halinde failin tehlikesizliğinden söz edilebilecek ve normun amacına (*ratio legis*) uygun bir sonuca varılabilecektir¹⁵⁹. Bu görüş, tespiti neredeyse imkânsız olan failin iç dünyasına dair bir araştırmayı zorunlu kılacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir¹⁶⁰.

Özetlemek gerekirse, baskın görüş vazgeçmedeki “gönüllülüğü”, özgür irade kavramı ile açıklamakta ve bu iradenin hangi saik ile ortaya çıktığı ile ilgilenmeyerek iradi vazgeçmeyi, gönüllü vazgeçme kapsamında mütalaa etmektedir. Bununla birlikte, failin tasavvur ettiği fiili işleminin artık mümkün olmadığını düşünmesi veya dış şartlardaki değişiklikler nedeniyle suçu tamamlamanın zorlaşması ya da yakalanmanın kolaylaşması nedeniyle vazgeçmesinin gönüllü olmadığı ifade edilmektedir¹⁶¹. Aksi yöndeki görüşe göre ise vazgeçmenin iradi olması yeterli olmayıp, pişmanlık duyularak içten gelmesi gerekir; içsel bir faktörden dahi kaynaklansa zorlanmış iradenin gönüllü vazgeçme kapsamında olduğu kabul edilemez¹⁶².

Vazgeçmenin gönüllü olup olmadığının tespiti bakımından, Yargıtay *Frank formülünü*¹⁶³ esas alan bir yaklaşım benimsemektedir. Buna göre fai-

Vazgeçmede “Gönüllülük” Şartı”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sayı: 1, 2018, s. 162.

¹⁵⁵ **Önok**, s. 73.

¹⁵⁶ **Koca/Üzülmez**, “Genel Hükümler”, s. 445. “Zorlanmış irade de yine iradedir” yaklaşımı ve eleştirisi için ayrıca bkz. **Sözüer**, s. 248.

¹⁵⁷ **Roxin**, AT II, § 383-386. Ayrıca bkz. BeckOK StGB/**Ziegler** StGB § 177 Rn. 132.

¹⁵⁸ **Sözüer**, s. 248-249.

¹⁵⁹ **Dönmezer/Erman**, s. 147; **Özgenç**, s. 571.

¹⁶⁰ **Erra**, s. 700; **Akdağ**, s. 104.

¹⁶¹ **Önok**, s. 73; **Akbulut**, s. 477; **İpekçioğlu**, s. 135. Ayrıca bkz. **Akdağ**, s. 102.

¹⁶² **Akdağ**, s. 102.

¹⁶³ Buna göre fail “icra hareketlerine devam etmek ve neticeyi gerçekleştirmek istememe rağmen buna muktedir değilim” diyorsa vazgeçme, gönüllü değildir. **Demirbaş**, s. 480; **Roxin**, AT II, § 30 Rn. 431-432; **Gropp**, AT § 9 Rn. 49-51, 157.

lin eylemlerine devam edebilme imkânı varken ve fail bu imkânının olduğuna inanıyorken bunu yapmaması vazgeçmenin gönüllü olduğu anlamına gelmekte; failin suç yolunda daha fazla ilerleyemeyecek olmasını düşünmesi nedeniyle eylemlerine son vermesi durumunda ise vazgeçmenin gönüllü olduğu kabul edilmemekte ve teşebbüs nedeniyle ceza sorumluluğunun belirlenmesi gerekmektedir¹⁶⁴.

Kanaatimizce fail, harici nedenlerden kaynaklanan bir zorlama olmaksızın, özgür iradesiyle hareket etmişse, vazgeçme gönüllüdür. Dış manevi nedenlerin¹⁶⁵ (yakalanma tehlikesi, suçu tamamlamanın zorlaşması vb.) söz konusu olduğu durumlarda ise failin kararına egemen olabilirliğine ilişkin normatif bir inceleme ile sonuca varılmasının, çoğu durumda doğru sonuç vereceği düşüncesindeyiz. Meselenin derinliği nedeniyle çalışmanın sınırlılıkları dışına çıkmamak adına gönüllü vazgeçme ile ilgili görüşlerimizi bu şekilde kısaca ifade ederek, esasen TCK m. 102/2 bağlamında Yargıtay'ın gönüllü vazgeçme konusundaki yaklaşımını inceleyerek, kararlarına yansıyan somut örnekler üzerinden değerlendirmelerde bulunmaya çalışacağız¹⁶⁶.

Vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle cinsel saldırıya teşebbüs ve bu suç bakımından gönüllü vazgeçme ayrımının yapılması oldukça güç olup, somut olay bağlamında değerlendirilmesi gereken bir meseledir. Yukarıda da ifade edildiği gibi Yargıtay, Frank formülünü esas almakta, suçun icrasına başlayan failin içsel faktörler nedeniyle eylemlerine son vermesi halinde vazgeçmenin gönüllü olup olmadığı konusunda failin "**otonom**" bir karar verip vermediği ölçütü ile çözüme ulaşmaktadır¹⁶⁷. Buna göre suç yoluna girmiş olan failin, eylemlerine devam etme olanağı bulunuyorken, ortaya çıkan engel fail tarafından **aşılabilir** olduğu halde vazgeçen failin gönüllü vazgeçmeden yararlanması söz konusudur¹⁶⁸. Örneğin Yargıtay'ın yakın tarihli bir kararında, "olay gecesi birlikte alkol aldığı reşit katılana saldırıp, kıyafetlerini çıkardıktan sonra cinsel ilişkiye girmek iste-

¹⁶⁴ **Öztürk/Erdem**, s. 372-373. Karş. **Sözüer**, s. 248-249.

¹⁶⁵ Dış manevi nedenlerin insan iradesi üzerindeki etkileri hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **Erra**, s. 709.

¹⁶⁶ Vazgeçmenin ne zaman gönüllü sayılacağı konusunda, Türk hukuku ve mukayeseli hukuktaki çeşitli görüşler hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **Bozbayındır**, s. 87-169.

¹⁶⁷ **Önok**, s. 72. Otonom-heteronom ve gönüllü-gönülsüz kavramlarına ilişkin değerlendirme için bkz. ve karş. **Bozbayındır**, s. 159-160. Ayrıca bkz. **Roxin**, AT II, § 30 Rn. 433-434; **Gropp**, AT § 9 Rn. 49-51.

¹⁶⁸ **Önok**, s. 73-74. Bu konuda Yargıtay kararlarından güncel örnekler ve eleştirileri için bkz. **Yeldan**, "99 Soruda", s. 123-129.

diği katılanın direnmesi üzerine onun aşılabilir mukavemeti dışında eylemini tamamlamasına engel başkaca harici neden bulunmadan kendiliğinden bıraktığı ve mağduru öperek sürtünme şeklinde gelişen eylemlerin TCK m. 102/1 kapsamında olduğu” sonucuna varılmıştır¹⁶⁹. Bu kararda olduğu gibi Yargıtay’ın esasen doğru bir ölçüt kullandığı söylenebilirse de kimi zaman fazla kolaylıkla gönüllü vazgeçme hükümlerine başvurduğu gerekçesiyle doktrinde haklı şekilde eleştirildiği görülmektedir¹⁷⁰. Bir başka ifadeyle, Yargıtay’ın kimi kararlarında, teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerekirken, hatalı şekilde gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirme yapıldığı görülmektedir¹⁷¹.

Mağdurun etkin şekilde direnmesinin failin elinde olmayan sebep sayılıp sayılmayacağı konusunda içtihatla bir birlik yoktur. Mağdurun mukavemetinin aşılabilir olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre belirleneceğinden, bu konuda genel geçer bir kural ortaya koymak mümkün olmakla birlikte, içtihatlarda kimi zaman hatalı bazı sonuçlara varıldığı düşüncesindeyiz. Konuya ilişkin kararlar incelendiğinde, mağdurun ciddi bir direnç göstermesi nedeniyle failin eylemlerine son verdiği kimi örneklerde Yargıtay’ın, bu durumu gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirdiği anlaşılmaktadır¹⁷². Bize göre bu kararların bazılarında teşebbüs hükümlerinin

¹⁶⁹ Yargıtay 14. CD., E 2017/1386 K 2021/4519 T 24.06.2021 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 04.02.2022). Çocukların cinsel istismarı suçu bakımından da benzer yönde kararlar bulunmaktadır. Yakın tarihli bir kararda “*tarlada yalnız oldukları sırada organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel istismar eylemine yönelik başladığı icra hareketlerini sonuna kadar götürebilme imkânı bulunduğu halde kendiliğinden eylemine son verdiği yönünde hakkında kanaat oluşan sanık bakımından TCK m. 103/1’de yer alan çocuğun cinsel istismarı suçunun basit şeklinin oluştuğu*” yönünde sonuca varılmıştır (Yargıtay 14. CD., E 2017/289 K 2021/4056 T 03.06.2021, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 04.02.2022). Bir başka yakın tarihli kararda ise “*suça sürüklenen çocuğun, bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik tarihlerde mağdura karşı gerçekleştirmek istediği nitelikli cinsel istismar eylemlerine yönelik başladığı icrai hareketlerini sonuna kadar götürebilme imkânı bulunduğu halde mağdurun aşılabilir mukavemeti dışında ciddi bir engel neden olmaksızın kendiliğinden eylemlerine son verdiği ve mevcut haliyle sübuta eren eylemlerin 5237 Sayılı TCK’nın 103/1. maddesinde düzenlenen zincirleme şekilde çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturduğu*” kanaatine varılmıştır (Yargıtay 14. CD., E 2020/1478 K 2021/3930 T 31.05.2021, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 04.02.2022).

¹⁷⁰ Önok, s. 74.

¹⁷¹ Bu konuda hatalı içtihatlar ve eleştirisi için bkz. Önok, s. 74 vd.; ayrıca bkz. İpekçioğlu, s. 123.

¹⁷² Yargıtay 14. CD., E 2013/1525, K 2013/13036, T 10.12.2013; Yargıtay 14. CD., E 2016/6013, K 2016/8421, T 12.12.2016 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 07.02.2022); Yargıtay 14. CD., E 2017/9473, K 2018/3650, T 14.05.2018; Yargıtay 14.

uygulanması gerekirdi. Zira mağdurun göstermiş olduğu direnç, somut olayın özellikleri çerçevesinde teşebbüsün tatbikini mümkün kılabilmiştir. Yeter ki fail -suç kararını muhafaza etmesine karşın- eylemlerine son vermek durumunda kalsın¹⁷³. Örneğin vücuda organ veya sair bir cisim sokmaya yönelik icra hareketlerine başlayan fail, mağdurun bıçakla kendisini savunması karşısında korkarak veya yakalanacağı korkusuna kapılarak eylemlerine son vermişse vazgeçmenin gönüllü olmadığı; failin TCK m. 102/2'ye teşebbüsten ceza sorumluluğunun bulunduğu kanaatindeyiz¹⁷⁴. Nitekim bu örneklerde failin kararına egemen olduğu söylenemez.

Yargıtay'ın yakın tarihli bir kararına konu olan olayda sanık, *tamirat işleri için evine gittiği mağduru bıçakla tehdit etmiş, cinsel ilişkiye girmek istediğini söylemiş, mağdurun mide bulantısı bahanesiyle banyoya saklanıp kızına mesaj attığı sırada giysilerini tamamen çıkarıp banyoya giren sanığa giyinik vaziyetteki mağdur karşı koymuş ve bu sırada tanıgın olay yerine gelmesi ile sanık eylemlerine son vermek durumunda kalmıştır*¹⁷⁵. Bu olayda, kanaatimizce hatalı olarak gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanmıştır. Kararın gerekçesinde “*sanığın kastının organ sokmaya yönelik olduğuna dair eylemsel bir davranışının bulunmadığı, katılanla birbirlerine dokunduklarına dair savunmanın aksine delil bulunmaması karşısında, mevcut haliyle eylemin cinsel saldırı suçunu oluşturduğu*” ifadelerine yer verilmiştir. Somut olayda sanığın bıçakla mağduru tehdit ederek cinsel ilişkiye girmek istediğini söylemesi ve çırılçıplak şekilde banyoya girmesi şeklinde gelişen eylemlerinin vücuda organ sokmak suretiyle cinsel saldırı kastını açıkça ortaya koyduğu konusunda kanaatimizce tereddüt bulunmamaktadır. Sanığın kendi giysilerini tamamen çıkarıp mağdurun saklandığı banyoya girmesi, teşebbüste icra hareketlerinin başlangıcı kapsamında zaman ve mekân bakımından yakınlık ile bağlantı içerisinde olma kriterlerini de kanaatimizce sağlamaktadır. Bu şekilde icra hareketlerine başlayan sanık, eylemlerine mağdurun aktif mukavemeti ve tanıgın olay yerine gelmesiyle, yani elinde olmayan sebeplerle son vermek durumunda kalmıştır. Eylemlerini sona erdirmek konusunda, failin vazgeçme iradesinin “*zorlanmış bir irade*” olduğunun kabulü ve TCK m. 102/2'ye teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerekirdi.

CD., E 2015/4628, K 2018/5242, T 17.09.2018; Yargıtay 14. CD., E 2017/265, K 2021/2984, T 14.04.2021 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 07.02.2022).

¹⁷³ **Bozbayındır**, s. 164.

¹⁷⁴ Aynı yönde bkz. **Önok**, s. 73.

¹⁷⁵ Yargıtay 14. CD., E 2021/9117 K 2021/255 T 19.01.2021 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 07.02.2022).

Yakın tarihli ve kanaatimizce yerinde olan başka bir kararda ise “*sanığın daha önce sadece Facebook yoluyla mesajlaşıp olay günü ilk kez yüze görüştüğü mağdureyi tır park alanı olarak kullanılan boş araziye götürüp yalnızlaştırarak uygun ortam hazırlaması, mağdureye daha önce cinsel ilişkiye girip girmediğini, anal ya da oral yolla gerçekleşen cinsel ilişki tecrübesinin bulunup bulunmadığını sorması, sorular nedeniyle sanığın niyetinden şüphelenerek evine dönmek isteyen mağdureyi aniden dudağından öpmesi, mağdurenin tepki göstermesi üzerine evine götüreceğini söyleyip araca bindikten sonra şoför mahalli yerine mağdurenin yanına, arka koltuğa geçerek mağdureyi boynundan, dudağından ve göğüs kısmından öpmeye çalışması, bir yandan kendi giysilerini tamamen çıkarıp bir yandan da mağdurenin elbisesini yukarı doğru sıyırıp alt iç çamaşırını çıkarmak istemesi, bu sırada sarf ettiği ‘Benim olacaksın. Ben seni istiyorum. Hiç bağırma yoksa seni burada öldürürüm.’ biçiminde sözlerle mağdureyle cinsel ilişkiye girme niyetini açıkça ortaya koyması, mağdurenin sanığın elinden kurtulmak için kendisinde sara hastalığı bulunduğunu ve kriz geçirebileceğini söylemesi üzerine giysilerini giyip mağdureyi izbana bırakmak üzere yola çıkması ancak izban durağına değil de otabana doğru ilerlemesi, mağdurenin yanında ilaç olmadığını anlaması ve hasta olmadığını düşünmesi üzerine mağdureye yine ‘Seni bırakmayacağım. Bugün benimle birlikte olacaksın yoksa seni öldürürüm.’ biçiminde sözler söylemesi, başka türlü kurtulma imkânının bulunmadığını düşünen mağdurenin hareket hâlindeki aracın sağ arka kapısını açarak bir ayağını dışarı çıkarmak suretiyle araçtan inme girişiminde bulunması üzerine saçlarından tutarak mağdureyi engellemeye çalışması, bu yolla mağdurenin eylemine son veremeyince aracı yavaşlatarak durdurması ve mağdurenin de araçtan kaçması, mağdurenin önce sanığa şiddetli biçimde direnmesi, devamında sara krizi geçirebileceğini söylemesi ve son olarak araçtan inebilmek için hareket hâlindeki aracın kapısını açarak ayağını dışarı çıkarması biçiminde ortaya çıkan engel durumları nedeniyle eylemine son vermek zorunda kalması hususları birlikte gözetildiğinde, sanığın dış dünyaya yansıyan eylemlerinin vücuda organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel saldırı kastını açıkça ortaya koyduğu, ancak mağdurenin etkin direnmesi nedeniyle eylemini tamamlayamadığı, elinde olmayan nedenlerle işlemeyi kast ettiği suçun icrai hareketlerini sürdüremediği, dolayısıyla davranışının gönüllü vazgeçmeye dayanmadığı ve hakkında TCK’nın 36. maddesinin uygulanma şartlarının gerçekleşmediği anlaşıldı.*

ğından, eyleminin bir bütün hâlinde nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs niteliğinde olduğu” sonucuna (oyçokluğuyla) varılmıştır¹⁷⁶.

Daha önce de zikrettiğimiz bir başka YCGK kararında, sağır ve dilsiz mağdureye karşı dış dünyaya yansıyan eylemleri ile şüpheye yer bırakmayacak şekilde kastını ortaya koyan ve icra hareketlerine başladığı kabul edilen sanığın eylemini mağdurun direnç göstermesi nedeniyle tamamlayamaması sanığın elinde olmayan sebep kabul edilerek somut olayda failin eylemleri -haklı şekilde- nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüs kapsamında değerlendirilmiştir¹⁷⁷.

Benzer şekilde, Yargıtay’ın yakın tarihli bir başka kararının karşı oy gerekçesinde **iktidarsızlık** halinin suça teşebbüs bakımından failin elinde olmayan sebeplerle suçun tamamlanamaması koşulunu sağlamadığı; aksine bu hususların “failden kaynaklanan ve failin elinde olan sebepler olması nedeniyle cinsel organı yerine başka organ veya cisim sokarak suçu tamamlama imkânı varken bunu yapmamasının lehine yorumlanması gerektiği” yönündeki görüşten, elverişlilik konusundaki açıklamalarımızı yaparken söz etmiştik¹⁷⁸. Bu görüşe katılmıyoruz. Kastının organ sokmaya yönelik olduğunun hiçbir şüpheye yer bırakmayacak kesinlikte olması halinde organ sokmaya yönelik icra hareketlerine başlayan (örneğin, mağdurun iç çamaşırını indiren) failin, iktidarsızlığı nedeniyle cinsel organını mağdura ithal edememesi halinde, bunun elde olmayan sebep kabul edilerek teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz. Keza icra hareketlerine başlayan ancak organ sokma eylemini tamamlayamadan **erken boşalan** sanık bakımından da teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceği düşüncesindeyiz¹⁷⁹. Cebir kullanarak cinsel ilişkiye girmeye zorlamak üzere mağdurun iç

¹⁷⁶ Yar. CGK, E 2020/15-2, K 2021/205, T 06.05.2021 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 07.02.2022).

¹⁷⁷ Bahse konu kararı, kastın hiçbir şüpheye yer bırakmaksızın ortaya konulması kriteri bağlamındaki açıklamalarımızı (Bkz. II. A.) yaparken zikretmiştik.

¹⁷⁸ Yargıtay 14. CD., E 2018/7549 K 2019/9302 T 24.04.2019 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 15.12.2021). Bahse konu karşı oy gerekçesine katılmadığımızı ilgili bölümde (Bkz. II. C.) açıklamıştık.

¹⁷⁹ Aynı yönde **Arslantürk**, Mustafa: Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 140. Yargıtay bir kararında, “mağdureyi kollarından tutup zorla yatak odasına götürün, yatağa yatırıp ağzını kapatarak elbise ve pijamasını çıkartmaya çalışan ancak mağdurenin direnmesi ve kendisinin de erken inzal olması nedeniyle icra hareketlerini tamamlayamadığı anlaşılan sanığın eyleminin nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs suçunu oluşturduğu” kanaatine varmıştır (Yargıtay 14. CD., E 2011/5401 K 2012/12342). Akt. ibid. 141. 765 sayılı TCK döneminde verilmiş bir kararda da erken boşalma hali zorla ırza geçmeye tam teşebbüs olarak değerlendiril-

çamaşırını çıkararak ve organını sokacakken mağdurun **menstrüasyon (regl) döneminde olduğunu** fark ederek eylemlerine son veren fail bakımından da teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz¹⁸⁰. Nitekim bu örnekte fail amacına ulaşamaz hale gelmiş olup, başarısız bir teşebbüs söz konusudur¹⁸¹.

Yukarıda değinilen Yargıtay kararları bir bütün halinde değerlendirildiğinde ortaya çıkan sonuç şudur: Yargıtay -kanun koyucunun maddi objektif teoriyi benimsemesine uygun olarak- engel sebebi, Frank formülünden hareketle vazgeçmenin “otonom” olup olmadığı şeklinde ayrıma tabi tutarak değerlendirmekle, esasen makul bir yaklaşım benimsemektedir. Buna karşılık, kimi kararlarında -muhtemelen somut olay adaletini sağlama düşünceleriyle- yaklaşımını sanık lehine ve hukuka aykırı şekilde genişleterek formülü hatalı tatbik etmektedir.

III. TEŞEBBÜS HALİNDE VERİLECEK CEZANIN BELİRLENMESİ

Suçta teşebbüs halinde faile, tamamlanmış suçun cezasında indirim yapılmak suretiyle ceza verileceği kabul edilmiş olup, indirim uygulayıp uygulamama hususunda hâkime bir takdir yetkisi bırakılmamıştır¹⁸². İndirim oranları TCK m. 35/2’de “*Suçta teşebbüs halinde fail, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onüç yıldan yirmi yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine dokuz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.*” şeklinde belirtilmiş olup, “*meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı*” kriteri benimsenmiştir.

Hukuksal değerleri korumaya yönelik cezalandırma anlayışından hareketle, somut olayda teşebbüs aşamasında kalmış fiilin, bahse konu hukuksal değer üzerinde yarattığı tehlike ve zararın ağırlığı cezanın tayininde önem

miştir (Yargıtay CGK, E 1984/5-244 K 1984/268 T 09.07.1984, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 07.02.2022). Aksi yönde karara da rastlanmaktadır (Yargıtay 5. CD., E 2005/679 K 2005/1093 T 10.03.2005, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, Erişim Tarihi: 07.02.2022). Failin, erken boşalmak suretiyle cinsel doyuma ulaşmışsa da halen eylemlerine devam edebilme olanağı olmasına karşın, özgür iradesiyle icra hareketlerine son vermesi halinde gönüllü vazgeçmeden yararlanabileceği yönündeki Alman Hukukundaki görüş için ayrıca bkz. BeckOK StGB/**Ziegler** StGB § 177 Rn. 69, 132.

¹⁸⁰ BGH 1 StR 389/65 BGHSt 20, 279/280; **Gropp**, AT § 9 Rn. 162.

¹⁸¹ **Roxin**, AT II, § 30 Rn. 107; **Tozman**, s. 321. Ayrıca bkz. BeckOK StGB/**Ziegler** StGB § 177 Rn. 69.

¹⁸² **Mahmutoğlu**, Fatih Selami/**Karadeniz**, Serra: Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta, İstanbul 2017, s. 827; **Öztürk/Erden**, s. 365.

taşımaktadır. Madde gerekçesinde, “*eksik-tam teşebbüs ayrımının, adil olmayan bir cezalandırmanın ortaya çıkmasına neden olduğu*” ifade edilmiştir¹⁸³. Bu gerekçeyle, 765 sayılı TCK’dan farklı olarak, 5237 sayılı TCK m. 35’e göre, teşebbüs halinde cezanın belirlenmesi bakımından eksik-tam teşebbüs ayrımı kaldırılmıştır. Öte yandan “meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı” kriterinin benimsenmiş olması, engelin hangi aşamada ortaya çıktığını, cezanın tayini bakımından göz önünde bulundurmaya gerektirir¹⁸⁴. Bir başka ifadeyle, engel sebebin ne zaman ortaya çıktığı, teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanmaması açısından değil, teşebbüsteki ceza indiriminin tatbiki bakımından önem taşımaktadır¹⁸⁵.

Teşebbüs, cezalandırma alanını genişleten, tali norm niteliğinde olup asıl norma bağlı olarak uygulanabilmektedir¹⁸⁶. Konumuz bakımından asıl norm niteliğini haiz TCK m. 102/2’nin, yukarıda detaylı olarak izah ettiğimiz üzere, bağımsız bir suç olduğu kanaatinde olup, bu suçun teşebbüse elverişli olduğu düşüncesindeyiz. Yargıtay’ın ise TCK m. 102/2’yi cinsel saldırı suçunda cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak gördüğünü, bununla birlikte teşebbüse elverişli olduğunu kabul ettiğini hatırlatmak isteriz. Bu doğrultuda, teşebbüs halinde failin o ana kadarki davranışlarının “mağdurun cinsel özgürlüğü üzerinde meydana getirdiği tehlike göz önünde bulundurularak” cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilebilmektedir¹⁸⁷. Bununla birlikte, doktrinde TCK m. 102/2’ye teşebbüs nedeniyle indirim yapılırken, TCK m. 102/1’in tamamlanmış halinden daha az bir cezaya hükmedilmemesi gerektiği savunulmaktadır¹⁸⁸. Yargıtay’ın yerleşik uygulaması da TCK m. 102/2’ye teşebbüs halinde, hakkaniyet gereği TCK m. 102/1’de öngörülen asgari cezadan daha az bir cezaya hükmedilemeyeceği yönündedir¹⁸⁹.

¹⁸³ **Mahmutoğlu/Karadeniz**, s. 781-782. Gerekçenin eleştirisi ile birlikte aksi yönde bkz. **Demirbaş**, s. 475-476. Ayrıca bkz. ve karşı. **Özgenç**, s. 563-567.

¹⁸⁴ **Aydın**, Devrim, s. 95-96. Ayrıca bkz. **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, “Genel Hükümler”, s. 675; **Öztürk/Erdem**, s. 365; **Özgenç**, s. 567; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, “Genel Hükümler”, s. 466.

¹⁸⁵ **Öztürk/Erdem**, s. 365.

¹⁸⁶ **Mahmutoğlu/Karadeniz**, s. 785-786. Önce temel ceza belirlenecek ve teşebbüs hükümleri uygulanacak, daha sonra TCK m. 61’deki sıra izlenerek ceza bireyselleştirilecektir. Bkz. **İpekçioğlu**, s. 35-36.

¹⁸⁷ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 438; **Taner**, “Cinsel Özgürlük”, s. 239.

¹⁸⁸ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 438; **Taner**, “Cinsel Özgürlük”, s. 239.

¹⁸⁹ Yargıtay 14. CD., E 2017/560 K 2021/3057 T 19.04.2021; Yargıtay 14. CD., E 2017/9859 K 2019/12428 T 13.11.2019 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.02.2022); Yargıtay 14. CD., E 2016/12037 K 2019/114 T 09.01.2019 (Akt. **Yeldan**,

Aslında 6545 sayılı Kanun öncesindeki halinde TCK m. 102/1'in üst sınırı ile TCK m. 102/2'nin alt sınırı aynı miktarda belirlenmiş idi. Bunun, organ veya cismin vücuda ne kadar girdiğinin bir önemi olmadığından, kanun koyucunun bu yöndeki tartışmaları önlemek ve meselenin “*santim adaleti*”ne dönüşmesinin önüne geçmek istemesinden kaynaklandığı ifade edilmekteydi¹⁹⁰. 6545 sayılı Kanun ile TCK m. 102/2'nin alt sınırının 12 yıla çıkarılmasının söz konusu dengeyi bozduğu ileri sürülmektedir¹⁹¹. Yargıtay'ın çoğu durumda, teşebbüse ilişkin hükümleri uygulaması gerekirken, somut olay adaletini sağlama, cezaların ağır olduğu düşüncesiyle vicdani kanaatin tesisinde güçlük yaşama gibi sebeplerden kaynaklandığına inandığımız¹⁹² gönüllü vazgeçme hükümlerini bir kurtarıcı haline getirmiş içtihadı göz önünde bulundurulduğunda söz konusu eleştirilere katılmamak mümkün değildir. Ceza adaletini sağlama konusunda kriminolojik araştırmalardan yeterince istifade edilmemesinden de kaynaklandığını düşündüğümüz sorunun, Yargıtay tarafından -kanaatimizce hukuka aykırı biçimde- gönüllü vazgeçme lehine bir içtihat oluşturulması ile çözümlenmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. Bunu yaparken özellikle son dönemdeki kararlarında, “*ciddi engel sebep olmaksızın kendiliğinden eylemlerine son verme*” kriterini oldukça geniş yorumladığı düşünülmektedir¹⁹³. Düzenlemenin mevcut halindeki ceza dengesizliğinin somut olay bakımından hatalı hukuki değerlendirmelerde bulunularak çözümlenmesinin adalete duyulan güveni sarsabileceği düşüncesindeyiz. Öte yandan, bu sorunun temelini TCK m. 102/1 ile TCK m. 102/2 bakımından öngörülen cezalar arasındaki dengenin bozulmasının oluşturduğu şüphesizdir.

IV. GÖNÜLLÜ VAZGEÇME HALİNDE UYGULANACAK HÜKÜM VE CEZANIN BELİRLENMESİ

TCK m. 36 uyarınca “*Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını ya da neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan*

“Uygulamada Cinsel Suçlar”, s. 141). Aynı yönde bkz. Arslantürk, s. 135. Ayrıca bkz. Yeldan, “99 Soruda”, s. 104-109.

¹⁹⁰ Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa: Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt III (Madde 86-146), 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 3243. Ayrıca bkz. Özbek/Doğan/Bacaksız, “Özel Hükümler”, s. 332. Yazarlar, bahse konu iki fıkradaki ceza miktarlarının kesişmesinin somut olayda fiilin nasıl gerçekleştiğine yönelik ispat zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağını da ayrıca vurgulamaktadırlar.

¹⁹¹ Kocaoğlu, s. 130; Özbek/Doğan/Bacaksız, “Özel Hükümler”, s. 333.

¹⁹² Aynı yönde bkz. Önok, s. 81-82.

¹⁹³ Yeldan, “Uygulamada Cinsel Suçlar”, s. 141; Yeldan, “99 Soruda”, s. 104.

kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır". Buna göre gönüllü vazgeçmeyi teşebbüsten ayıran en belirgin özellik, suçun tamamlanması bakımından failin "özgür iradesiyle" eylemlerine son vermesidir. Bu bağlamda, failin başarısız kalmış bir teşebbüsü söz konusu ise vazgeçmenin gönüllü olduğundan söz edilemez; teşebbüs nedeniyle sorumluluğu devam eder¹⁹⁴. Bir başka ifadeyle, gönüllü vazgeçmede fail, başlangıçta işlemeyi kastettiği suça teşebbüs nedeniyle sorumlu tutulmayacak ancak cezasızlıkla ödüllendirilmesi bununla sınırlı olacak; "o ana kadarki eylemlerinin bir suç teşkil etmesi halinde" bundan dolayı ceza sorumluluğu bulunacaktır¹⁹⁵. Doktrindeki baskın görüşe göre vazgeçme anına kadarki eylemlerin esasen "**başka bir suçu oluşturması**" gerekmektedir¹⁹⁶. *Hakeri* ise gönüllü vazgeçme bakımından "*tamamlanmış suçun, işlenmesi kastedilen ve fakat gönüllü vazgeçilen suçun bir unsuru olabileceğini*" savunmaktadır¹⁹⁷.

Bu tartışmalara bağlı olarak, vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle cinsel saldırıdan gönüllü vazgeçme halinde uygulanacak hükmün belirlenmesi de doktrinde tartışmalıdır. TCK m. 102/1 ile TCK m. 102/2'nin hukuki mahiyeti ve bunların teşebbüse elverişli olup olmadığı konusundaki kanı, gönüllü vazgeçme halinde uygulanacak olan hükmün belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır.

Bu noktada ifade etmek gerekir ki TCK m.102/2'yi, TCK m. 102/1'in (cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren) nitelikli hali olarak kabul eden yazarlar arasında, TCK m. 102/2'den gönüllü vazgeçme halinde hangi hükmün uygulanacağı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Keza, söz konusu yazarlar arasında TCK m. 102/2'nin teşebbüse elverişliliği konusunda da bir uzlaşısı yoktur.

Bir görüş, gönüllü vazgeçme bakımından TCK m. 36'da yer alan "*tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde*" ifadesine, o ana kadarki eylemlerin kastedilenden "*başka (bağımsız) bir suçu*" oluşturması anlamını yüklemekte ve TCK m. 102/2'den gönüllü vazgeçen failin TCK m. 102/1'den cezalandırılmayacağını savunmaktadır¹⁹⁸. Bu görüş uyarınca,

¹⁹⁴ **Önok**, s. 75; **Roxin**, AT II, § 30 Rn. 107; **Tozman**, s. 321.

¹⁹⁵ **Öztürk/Erdem**, s. 380.

¹⁹⁶ **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 477; **Koca/Üzülmez**, "Genel Hükümler", s. 445; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, "Genel Hükümler", s. 713-714; **Demirbaş**, s. 481.

¹⁹⁷ **Hakeri**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 516.

¹⁹⁸ **Taner**, "Cinsel Özgürlük", s. 241. Yazar, olması gereken hukuk açısından ise farklı görüştedir.

cinsel saldırı suçunun vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenmesi, cinsel saldırı suçunda cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak kabul edildiğinden, suçun basit şekli ile nitelikli hali aynı suçu oluşturmaktadır. Bu gerekçeyle, vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle cinsel saldırıdan gönüllü vazgeçen failin o ana kadarki eylemleri bakımından cinsel saldırı suçundan sorumlu olması mümkün değildir¹⁹⁹. Bu durumda failin, o ana kadarki cinsel davranışlarından TCK m. 105 kapsamında cinsel taciz suçundan sorumlu tutulabilmesi mümkün görülmekte²⁰⁰ ise de vücut dokunulmazlığının ihlali halinde eylem cinsel taciz suçu bakımından tipik olmayacağından, failin cezalandırılmaması şeklinde yerinde olmayan bir sonuç doğurabilecektir²⁰¹.

Bir diğer görüşe göre ise TCK m. 36'nın uygulanma koşulları bakımından o ana kadarki eylemlerin muhakkak "*ayrı bir suç*" oluşturması gerekmediğinden, bedene bir temas varsa TCK m. 102/1 uyarınca basit cinsel saldırı; bedene bir temas yoksa TCK m.105 uyarınca cinsel taciz suçundan faile ceza verilmelidir²⁰². Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir²⁰³. Ancak Yargıtay'ın bu yaklaşımı, failin gönüllü vazgeçmeden ancak o ana kadarki eylemlerinin başkaca (bağımsız) bir suç oluşturması halinde faydalanabileceğini savunan yazarlar tarafından, "*sanki kanunda hiçbir değişiklik olmamış gibi, iki ayrı suç söz konusuymuşçasına*" karar verildiği gerekçesiyle (olması gereken hukuk bakımından makul bulunmakla birlikte) mevzuata aykırı olduğundan bahisle eleştirilmiştir²⁰⁴. Bu görüşteki yazarlar TCK m. 102'nin birinci ve ikinci fıkralarının bağımsız birer suç olarak yeniden düzenlenmesi ile bu sorunun çözülebileceğini savunmaktadırlar²⁰⁵.

¹⁹⁹ **Koca/Üzülmez**, "Özel Hükümler", s. 347; **Koca/Üzülmez**, "Genel Hükümler", s. 446; **Taner**, "Cinsel Özgürlük", s. 241. Öte yandan, gönüllü vazgeçme halinde o ana kadarki eylemlerin "bağımsız bir suç oluşturması gerektiğini" kabul etmekle birlikte, TCK m. 102/2'nin bağımsız bir suç olduğu düşüncesinde olduklarından, ikinci fıkradan gönüllü vazgeçme halinde TCK m. 102/1'in uygulama alanı bulabileceğini savunan bir görüş de bulunmaktadır. Bkz. **Kafes**, s. 73.

²⁰⁰ **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, "Özel Hükümler", s. 397; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 3258.

²⁰¹ **Taner**, "Cinsel Özgürlük", s. 241. Böyle bir örnekte, "diğer unsurlarının da var olması kaydıyla kasten yaralama, hakaret veya kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarının oluşabileceği" yönünde bkz. **Koca/Üzülmez**, "Genel Hükümler", s. 446.

²⁰² **Ünver**, "Türk Maddi Ceza Hukukunda", s. 39; **Hakeri**, s. 516.

²⁰³ Yargıtay 14. CD., E 2018/6880 K 2020/5953 T 17.12.2020 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 10.02.2022).

²⁰⁴ **Taner**, "Cinsel Özgürlük", s. 241. Ayrıca bkz. ve karşı. **Ünver**, "Türk Maddi Ceza Hukukunda", s. 39-40.

²⁰⁵ **Taner**, "Cinsel Özgürlük", s. 241-242; **Yeğrim**, s. 193; **Dereli**, s. 561.

Bizim de katıldığımız TCK m. 102/2'nin bağımsız bir suç olduğu görüşünden hareket edildiğinde, gönüllü vazgeçme halinde mutlaka o ana kadarki eylemlerin “başka bir suçu” oluşturması gerektiği yönündeki anlayışı da karşılar bir durum ortaya çıkmakta ve bahse konu tartışmalar önemini yitirmektedir.

Bu görüş doğrultusunda, failin vücuda organ veya sair cisim sokmak kastıyla girdiği icra hareketlerini engel bir sebep bulunmaksızın kendi iradesiyle sonlandırması halinde, o ana kadarki eylemleri cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığını ihlal ediyorsa TCK m. 102/1 kapsamında ceza tayin edilmelidir²⁰⁶. Şayet eylemleri henüz vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyip cinsel taciz suçu kapsamında sayılabilecek ise failin, TCK m. 105 gereğince cezalandırılması da mümkündür. Vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle cinsel saldırıda gönüllü vazgeçme hallerinde failin ceza almaması gibi yerinde olmayan bir sonucun doğmasını engelleyen bu yaklaşımın yerinde olduğu kanaatindeyiz. TCK m. 102/2'nin hukuki mahiyetine ilişkin açıklamalarımızda açıkça ifade ettiğimiz gibi aynı maddenin farklı fıkralarında yer alan iki düzenlemenin aynı suç olarak kabulü zorunlu değildir. İki fıkranın ayrı suç tipleri olarak düzenlenmesine ilişkin yasal değişikliği savunan görüşlerden bir kısmının iki fıkranın ayrı suçlar olduğunu kabul etmekle birlikte, bunu “tartışmalara son vermek” maksadıyla önerdiği anlaşılmaktadır²⁰⁷. Mevcut haliyle TCK m. 102/2'nin bağımsız bir suç olduğu düşüncesinde olup, bu durumu açıklığa kavuşturmak için yasada mutlaka bir değişiklik yapılmasına ihtiyaç olmadığı kanaatindeyiz.

SONUÇ

Ceza hukukunun en tartışmalı meselelerinden biri olan teşebbüs konusunda cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bakımından özel bazı sorunlar yaşanmaktadır. Bunlardan, vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle işlenen cinsel saldırının (TCK m. 102/2) teşebbüse elverişliliği, bu düzenlemenin hukuki niteliği konusundaki tartışmaların da etkisiyle özel bir öneme sahiptir.

Esasen, madde gerekçesinde yer alan, söz konusu düzenlemenin cinsel saldırı suçunda cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal olduğu yö-

²⁰⁶ Centel, s. 283; Tezcan/Erdem/Önok, s. 440; Malkoç, s. 64. Öte yandan, cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen bir eylem söz konusuysa, somut olayın özelliklerine göre cebir, tehdit veya şantaj gibi başkaca suçlardan failin cezalandırılması mümkündür. Bkz. Tozman, s. 390.

²⁰⁷ Kafes, s. 73; Dereli, s. 561.

nündeki açıklamalardan kanun koyucunun bu konudaki iradesi açıkça anlaşılmaktadır. Doktrinde ise bir görüşe göre bu fıkra cinsel saldırı suçunda cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir nitelikli hal iken; bizim de katıldığımız diğer görüşe göre birinci fıkra da yer alan düzenlemeden bağımsız bir suç söz konusudur. Bu tartışma, suçun teşebbüse elverişli olup olmadığı, teşebbüs ve gönüllü vazgeçme hallerinde uygulanacak hükümlerin belirlenmesi konularında varılacak sonuçlara da etki etmektedir.

Doktrinde TCK m. 102/2'nin, TCK m. 102/1'de yer alan basit cinsel saldırı suçunda cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli hal olduğu görüşünde olan yazarlardan bir kısmı bu nitelikli hal bakımından teşebbüsün mümkün olmadığını savunurken; bir kısmı teşebbüs hükümlerinin uygulama alanı bulabileceği görüşündedir. Yargıtay içtihatları incelendiğinde TCK m. 102/2, cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak kabul edilmekle birlikte teşebbüs hükümlerinin tatbik edildiği görülmektedir. TCK m. 102/2'nin bağımsız bir suç olduğu görüşünde olan yazarlar arasında ise suçun teşebbüse elverişli olduğu hususunda görüş birliği bulunmaktadır.

Doktrinde bazı yazarlarca TCK m. 102/2'nin hukuki mahiyetinin kanunda yapılacak bir değişiklikte açıkça ortaya konulması suretiyle bu tartışmaların sona erdirilebileceği savunulmuştur. Tartışmaları sona erdirmek adına bu çözüm önerisi makul kabul edilebilirse de elzem değildir. Kanaatimizce mevcut durumda TCK m. 102/2'nin TCK m. 102/1'den bağımsız bir suç olarak mütalaa edilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Nitekim aynı maddenin farklı fıkralarında birbirinden bağımsız suçlar düzenlenebilir; bunu yasaklayan bir kural bulunmadığı gibi, TCK'nın çeşitli maddelerinde buna örnek teşkil edebilecek düzenlemelere rastlamak mümkündür. Öte yandan, bir suçun basit şeklinde aranan bir unsurun nitelikli halinde aranmaması mümkün değildir. TCK m. 102/2'de yer alan vücuda organ veya sair cisim sokulmak suretiyle cinsel saldırı suçu bağımsız bir suçtur; bu düzenleme bakımından suçun oluşması için "cinsel arzuları tatmin amacının aranmaması" bu görüşü desteklemektedir. Ayrıca mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan "ırza tasaddi", "ırza geçme" ve "sarkıntılık" suçlarının "cinsel saldırı suçu" başlığı altında bir araya getirilmesi şeklinde tezahür eden, düzenlemenin zaman içerisinde geçirdiği değişim de dikkate alındığında TCK m. 102/2'de yer alan "vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle cinsel saldırı" düzenlemesinin birinci fıkradaki düzenlemeden bağımsız bir suç olduğu ve bu suç bakımından teşebbüse ilişkin genel hükümlerin uygulama alanı bulacağı düşüncesindeyiz.

Bununla birlikte, bu suç bakımından teşebbüse ilişkin koşulların varlığının somut olay bakımından tespitinde özel güçlükler yaşandığını da ifade

etmek gerekir. Gerçekten de failin kastının organ veya sair cisim sokmayı ihtiva edip etmediği, bu suç bakımından icra hareketlerinin ne zaman başladığı ve hangi durumlarda bu hareketlerin elverişsiz sayılacağı ile suçun tamamlanamaması önündeki engelin failin elinde olmayan bir sebepten kaynaklanıp kaynaklanmadığının somut olayda tespiti oldukça güçtür.

TCK m. 102/2'ye teşebbüse ilişkin detaylı açıklamalara çalışmanın ilgili bölümlerinde yer verilmiş olmakla birlikte genel olarak şu tespitleri zikretmekte fayda bulunmaktadır:

- Somut olay değerlendirilirken öncelikle kastın vücuda organ veya sair cisim sokmayı da kapsadığının belirlenmesi gerekmektedir. Bunun için sanığın sarf ettiği sözleri, kullandığı sözsüz iletişim yöntemleri ve dış dünyaya yansıyan diğer davranışlarının bir bütün halinde incelenmesi zaruridir. Nitekim sanığın, cinsel ilişkiye girmek istediğini beyan etmesi tek başına her durumda TCK m. 102/2 anlamında kastını ortaya koymak bakımından yeterli değildir. Kaldı ki sanığın kastının vücuda organ veya sair cisim sokmayı içerdiğinin tespiti de teşebbüsten söz edebilmek için tek başına yeterli değildir; buna yönelik icra hareketlerinin başlaması da gerekir. Öte yandan, sanığın dış dünyaya yansıyan davranışları bir kenara bırakılarak, salt sarf ettiği sözlerden hareketle kastın varlığında şüpheye düşülmesi kanaatimizce hatalıdır.

- İcra hareketlerinin başlangıcının tespiti ise konunun belki de en tartışmalı yönüdür. Bu konudaki değerlendirmenin “tipik hareketle *yakınlık* (zaman ve mekân bakımından) ve *bağlantı* içinde olma” kriterleri ile somutlaştırılarak yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu kriterler ışığında, Yargıtay içtihadında ve doktrinde örneğin sanığın, mağdurun bulunduğu eve veya odaya girmesinin -tek başına- icra başlangıcı sayılmadığı tespit edilmiştir. Bununla birlikte mağdurun giysilerinin çıkarılmaya başlanması, cebir kullanılmak suretiyle mağdurun etkisiz hale getirilmesi gibi eylemlerin icra başlangıcı sayıldığı karar ve görüşlere daha sık rastlanmaktadır. Kural olarak, failin eylemlerinden hemen sonraki aşamada suçla korunan hukuksal yararı ihlal edeceği söylenebiliyorsa TCK m. 102/2 bakımından icra hareketlerinin başladığını söylemek mümkündür. Bunu yaparken hayatın olağan akışı çerçevesinde bir değerlendirme yapmak fayda sağlayacaktır.

- Hareketin TCK m. 102/2 anlamında elverişli olup olmadığının tespitini hâkim, *ex ante* bir değerlendirme yapmak suretiyle gerçekleştirecektir. Bilindiği gibi bu suç bağlamında elverişlilik bakımından yapılan en tipik tartışma failin iktidarsızlığı örneğidir. Vücuda organ sokma kastıyla hareket

eden failin iktidarsızlığı nedeniyle suçu tamamlayamaması halinde teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

- Son olarak doğrudan doğruya icraya başlayan failin, eylemlerine elinde olmayan sebeplerle mi son verdiği, yoksa vazgeçmenin gönüllü mü olduğu konusundaki belirlemenin de somut olay bakımından yapılacak bir değerlendirme ile mümkün olduğunu ifade etmek gerekir. Vazgeçmenin gönüllü olduğundan söz edebilmek için mutlaka ahlaki olması gerekirse de failin özgür iradesine dayanması zaruridir. Fail, halen suç yolunda ilerleyebilme olanağına sahip olduğu halde, özgür iradesiyle eylemlerine son vermesi halinde gönüllü vazgeçmeden yararlanabilecektir. Bu sebeple, örneğin yakalanma korkusu ile eylemlerine son veren failin iradesi zorlanmış olduğundan gönüllü vazgeçmeden yararlanması kanaatimizce mümkün değildir.

Bu açıklamalar ışığında incelendiğinde, Yargıtay'ın son dönemde verilen bazı kararlarda hatalı sonuçlara vardığı kanaatindeyiz. Gerçekten de yakın tarihli bazı kararlarda, kanaatimizce teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerekirken "*fazla kolaylıkla*" gönüllü vazgeçme hükümlerine başvurulduğu tarafımızca üzülmeye sebep edilmiştir. Ancak bu durumun, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda ceza miktarları arasındaki dengenin 6545 sayılı Kanun ile bozulmasından ve somut olay adaletini sağlama kaygısından kaynaklandığı düşünülmektedir.

TCK m. 102'nin birinci ve ikinci fıkraları arasındaki ceza miktarı dengesinin bozulmuş olması nedeniyle Yargıtay uygulaması, TCK m. 102/2'ye teşebbüs halinde, hakkaniyet gereği TCK m. 102/1'de öngörülen asgari cezadan daha az bir cezaya hükmedilemeyeceği yönünde gelişmiştir. Bozulan dengenin yasa metninde yeniden tesis edilmesi, uygulamadaki bu sorunu çözecektir.

Son olarak ifade etmek gerekir ki gönüllü vazgeçme halinde uygulanacak olan hüküm de TCK m. 102/2'de yer alan düzenlemenin hukuki mahiyeti konusundaki kanaate bağlı olarak değişmektedir. Bahse konu düzenlemenin bağımsız bir suç olmadığı görüşünün kabulü, gönüllü vazgeçme hallerinde failin hiç ceza almaması gibi adil olmayan sonuçlara yol açabilmektedir. Biz bağımsız suç olduğunu kabul ettiğimiz için TCK m. 102/2'den gönüllü vazgeçme halinde o ana kadarki eylemlerin mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal edip etmediğine göre sonuca varılması gerekmektedir. Şayet o ana kadarki eylemler mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal ediyorsa TCK m. 102/1'den; etmiyorsa TCK m. 105'ten failin cezalandırılması yoluna gidilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akbulut**, Berrin: Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Akdağ**, Hale: “Gönüllü Vazgeçme”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2013, s. 91-126.
- Alacakaptan**, Uğur: İşlenemez Suç, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları-223, 1968.
- Arıncı**, Kaplan/**Elhan**, Alaittin: Anatomi, 5. Baskı, 2. Cilt (Dolaşım Sistemi, Periferik Sinir Sistemi, Merkezi Sinir Sistemi, Duyu Organları), Güneş Tıp Kitabevleri, Ankara 2014.
- Arslantürk**, Mustafa: Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
- Artuk**, Mehmet Emin/**Alşahin**, Mehmet Emin: “Sarkıntılık Fiili”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 65, Sayı: 4, 2016, s. 3243-3270.
- Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, Mehmet Emin/**Çakır**, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020 (Anılış: **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, “Genel Hükümler”).
- Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, Mehmet Emin/**Çakır**, Kerim: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021 (Anılış: **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, “Özel Hükümler”).
- Aydın**, Devrim: “Suça Teşebbüs”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 55, Sayı: 1, 2006, s. 85-113 (Anılış: **Aydın**, Devrim).
- Aydın**, Murat: “İşlenemez Suç (Elverişsiz Teşebbüs)”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21 Sayı: 1, 2013, s. 77-104.
- Aydın**, Öykü Didem: “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 2, 2009, s. 152-162 (Anılış: **Aydın**, Öykü Didem).
- Bayraktar**, Köksal: “TCK Tasarısına İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri” iç Teoman Ergül (ed) Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, Ankara 2004, s. 21-35.

- Bozbayındır**, Ali Emrah: “Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçmede “Gönüllülük” Şartı”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Sayı: 1, 2018, s. 87-169.
- Centel**, Nur: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı’nın Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 99, 2012, s. 269-290.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Baskı, Beta, İstanbul 2017.
- Demirbaş**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Demirtaş**, Soner: “Suçun Nitelikli Hallerine Teşebbüs”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 3, 2021, s. 379-427.
- Dereli**, Alparslan: “Cinsel Saldırı Suçunda Teşebbüs”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 16, 2020 s. 543-568.
- Doğan**, Koray: Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi “in dubio pro reo”, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Dönmezer**, Sulhi: Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Âdâb ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1983.
- Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir: Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku -Cilt II-, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2019.
- Dursun**, Selman: “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, Ceza Hukuku Dergisi Sayı: 24, Nisan 2014, s. 57-73 (Amılış: **Dursun**, “Cinsel Suçlar”).
- Dursun**, Selman: Disiplinler Arası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Eisele**, Jörg: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch 30. Auflage, C.H.BECK München 2019 (Amılış: Schönke/Schröder/**Yazar** StGB § ... Rn. ...).
- Erra**, Carlo: “Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme” (çev. S. Erman), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 10, Sayı: 1-2, 1994, s. 679-720.
- Evik**, Vesile Sonay: “Suça Etki Eden Nedenler”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 2, 2007, s. 119-133.

- Frommel**, Monika: Nomos Kommentar-StGB Hrgs. v. Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ullrich Paeffgen, 5. Auflage, Nomos Verlag 2017 (Anılış: NK-StGB/**Yazar** 5. Aufl. 2017, StGB § ... Rn. ...).
- Gerçekler**, Hasan: Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Gropp**, Walter: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Springer 2014 (Anılış: **Gropp**, AT § ...).
- Hafizoğulları Zeki/Özen**, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.
- Hafizoğulları**, Zeki: “Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, Türk Hukuk Kurumu 71. Yıl Armağanı, Ankara 2005.
- Hakeri**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Heger**, Martin: Lackner/Kühl – Strafgesetzbuch – Kommentar, 29. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2018.
- Hörnle**, Tatjana, Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Auflage, De Gruyter Recht Berlin 2009 (Anılış: LK-StGB/**Yazar** StGB § ... Rn. ...).
- İçer**, Zafer: Suça Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- İpekçioğlu**, Pervin Aksoy: Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.
- Kafes**, Veli: “Yargı Uygulaması Açısından Cinsel Saldırı Suçu(TCK m. 102)” iç Yener Ünver (ed) II. Türkiye – Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 59-82.
- Kazaker**, Gözde: Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Koca**, Mahmut: “Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2015, s. 103-118.
- Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020 (Anılış: **Koca/Üzülmez**, “Genel Hükümler”).
- Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020 (Anılış: **Koca/Üzülmez**, “Özel Hükümler”).

- Kocaoğlu, S. Sinan:** Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (TCK m.102-105), Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Korkusuz, Gülşah:** “Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt: LXXI, Sayı: 1, 2013, s. 815-854.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami/Karadeniz, Serra:** Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta, İstanbul 2017.
- Malkoç, İsmail:** Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, Malkoç Kitabevi, Ankara 2009.
- Memiş Kartal, Pınar:** “Cinsel Saldırı”, iç Özel Ceza Hukuku, C.II, Kişilere Karşı Suçlar -1-, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Memiş Kartal, Pınar:** Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, Der Yayınları, İstanbul 2014 (Anılış: **Memiş Kartal**, “Çocukların Cinsel İstismarı”).
- Önok, Murat:** “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarla İlgili Yargıtay Kararlarına Eleştirel Bir Yaklaşım” iç M. Buket Soygüt ve Aras Türay (edr) Kadına Yönelik Erk’ek Şiddeti ile Mücadele: Sorunlar ve Çareler Sempozyumu, Beta, İstanbul 2020, s. 63-82.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021 (Anılış: **Özbek/Doğan/Bacaksız**, “Genel Hükümler”).
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021 (Anılış: **Özbek/Doğan/Bacaksız**, “Özel Hükümler”).
- Özgenç, İzzet:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Özocak, Gürkan:** Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan:** Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Renzikowski, Joachim:** Münchener Kommentar zum StGB, 4. Auflage, C.H.BECK München 2021 (Anılış: MüKo-StGB/**Yazar** StGB § ... Rn. ...).
- Roxin, Claus:** Strafrecht Allgemeiner Teil Band II Besondere Erscheinungsformen der Straftat, Verlag C. H. Beck, München 2003 (Anılış: **Roxin**, AT II, § ...).

- Sancar**, Türkan Yalçın: Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Soyaslan**, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Soyaslan**, Doğan: Teşebbüs Suçu, Kazancı Kitap, 1994 (Anılış: **Soyaslan**, “Teşebbüs Suçu”).
- Sözüer**, Adem: Suça Teşebbüs, Kazancı Kitap, 1994.
- Şare**, Ersin: “Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 130, 2017, s. 119-156.
- Şen**, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt: I (m. 1-140), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.
- Taner**, Fahri Gökçen: “6545 Sayılı Kanun Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçlarına Ne Getirdi? Ne Getirebilirdi?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Özel Sayı, 2017, s. 65-92.
- Taner**, Fahri Gökçen: Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017 (**Taner**, “Cinsel Özgürlük”).
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Toroslu**, Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- Tozman**, Önder: Suça Teşebbüs, Adalet Yayınevi, Ankara 2015.
- Turhan**, Engin: Türk ve Alman Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Ünver**, Yener: “Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar” iç Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları:10, 2008.
- Ünver**, Yener: “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi” iç Yener Ünver (ed) II. Türkiye – Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 23-58 (Anılış: **Ünver**, “Türk Maddi Ceza Hukukunda”).
- Wagner**, Markus: “Durch Täuschung veranlasste Selbstpenetration als Vergewaltigung? – Zugleich Anmerkung zu BGH Beschl. v. 10.3.2020 – 4 StR 624/191–”, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) 2021, 592-598.

- Yarsuvat, Duygun/Bayraktar, Köksal/Yüzbaşıoğlu, Necmi:** “Türk Ceza Kanunu Tasarı’sı Hakkında Galatasaray Üniversitesi’nin Görüşü” iç Teoman Ergül (ed) Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar, Ankara 2004, s. 285-317.
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa:** Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt III (Madde 86 - 146), 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- Yeğrim, V. Korhan:** “Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Gönüllü Vazgeçme”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 17, 2021, s. 167-197.
- Yeldan, Didem:** 99 Soruda Cinsel Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021 (Anılış: **Yeldan**, “99 Soruda”).
- Yeldan, Didem:** Uygulamada Cinsel Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022 (Anılış: **Yeldan**, “Uygulamada Cinsel Suçlar”).
- Yenerer Çakmut, Özlem:** “Cinsel Şiddet Mağduru Kadın ve Türk Ceza Kanunu’ndaki Konumu”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1, 2016, s. 3-21.
- Yenerer Çakmut, Özlem:** “Kavramsal Olarak Kadına Karşı Şiddet/Cinsel Şiddet ve Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçunun Genel Değerlendirmesi”, Marmara Üniversitesi Kadın ve Toplumsal Cinsiyet Araştırmaları Dergisi, Cilt: 2 Sayı: 1, 2018, s. 49-54 (Anılış: “Kavramsal Olarak Kadına Karşı Şiddet”).
- Yokuş Sevük, Handan:** “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 57, 2005, s. 243-282.
- Ziegler, Theo:** Beck’scher Online-Kommentar StGB, v. Heintschel-Heinegg, 52. Edition, C.H.BECK München 2022 (Anılış: BeckOK StGB/**Yazar** StGB § ... Rn ...).

LİMİTED ŞİRKETLER HUKUKUNDA GEÇERLİ YAZILI OLMAYAN PRENSİPLER

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1182471>

Dr. Öğr. Üyesi İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU*

Öz

Limited şirket, bir veya daha çok gerçek veya tüzel kişi tarafından bir ticaret unvanı altında kurulur; esas sermayesi belirli olup, bu sermaye esas sermaye paylarının toplamından oluşur. Limited şirket sözleşmesi çifte karakterli bir yapıyı haizdir. Bu yapıdan ötürü borç ve organizasyon sözleşmesine dair özelliklere sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu sözleşme, hukuki niteliği itibarıyla bir hukuki işlemdir. Hukuki işlem olması sebebiyle de ortaklar, limited şirket sözleşmesini kanunen yasak olmayan her türlü ekonomik amaca ve konuya göre şekillendirebilirler. Bununla birlikte kanun koyucu, ortaklara şirket sözleşmesini özgürce düzenleyebilmelerine bir sınır getirmiştir. Bu sınır, bir taraftan Kanun'un emredici hükümleri, diğer taraftan yazılı olmayan prensipler şeklinde karşımıza çıkarlar. İşte bu makale ile limited şirketler hukukunda yazılı olmayan prensiplerin ortaya konulması amaçlanmıştır. Bu sayede anonim şirketlerden farklı olarak limited şirketlere özgü özelliklerin de tespiti yapılabilecektir.

Anahtar Kelimeler

Limited Şirket, Şirket Sözleşmesi, Hukuki İşlem, Emredici Hükümler, Yazılı Olmayan Prensipler

* Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Eskişehir, (o.z.g.u.n@hotmail.com) ORCID: 0000-0002-9660-4575 (Geliş Tarihi: 30.04.2022-Kabul Tarihi: 23.08.2022) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

UNWRITTEN PRINCIPLES APPLIED TO LAW OF LIMITED LIABILITY COMPANIES

(Research Article)

Abstract

A limited liability company is incorporated by one or more real person or legal entities under a business name; it has predefined registered capital, which is comprised of the total amount of the registered capital shares. Limited liability company contract has a dual character structure. Due to this structure, it is accepted that it has the qualification of debt and organizational contract. This contract is a legal transaction from the point of its legal nature. Because of the fact that it is a legal transaction, the members can shape the limited liability company contract according to any economic purpose and objective that are not prohibited by law. Yet, the legislator has stipulated a restriction on the partners' ability to liberally designate the articles of the limited liability company contract. This restriction emerges in the form of mandatory provisions of the Statute on the one hand, and unwritten principles on the other hand. Within this article, it is aimed to put forward the unwritten principles in the law of limited liability companies. Thus, it will be possible to identified the characteristics peculiar to limited liability companies, with the difference of joint stock companies.

Keywords

Limited Liability Company, Company Contract, Legal Transaction, Mandatory Provision, Unwritten Principles

GİRİŞ

Uygulamada nicelik ve nitelik itibariyle önemli sayılabilecek bir şirket tipi olan limited şirketin¹ tipoloji doktrini² açısından melez bir yapı sergilediği³ açıktır⁴. Her ne kadar TTK m. 124/2 hükmü uyarınca, limited şirket

- ¹ Ticaret Bakanlığı'nın 2021 Aralık ayı veri bültenine göre 2.079.773 adet şirketin 988.704 adeti limited şirkettir. Bkz. T.C. Ticaret Bakanlığı, 2021 Aralık Ayı Veri Bülteni, s. 18, https://ticaret.gov.tr/data/61d2a12f13b8761d788ed2a2/2021%20Y%C4%B1%20Aral%C4%B1k%20Ay%C4%B1%20Veri%20B%C3%BClteni_3.pdf. 2022 yılı içerisinde toplam 57 bin 725 limited şirket kurulmak suretiyle bu şirketin hem sermaye tutarı hem de sayıca anonim şirketlere nazaran üstün olduğu görülmektedir. Bu konudaki istatistiki veriler için bkz. <https://www.tobb.org.tr/BilgiErisimMudurlugu/Sayfalar/KurulanKapananSirketistatistikleri.php>. İsviçre hukukunda ise 1996 yılının sonu itibariyle anonim şirketlerin limited şirketlere nazaran sayıca oldukça çoğunlukta olduğunu; ancak Almanya'da bu durum tersine bir seyir izlediği hususundaki veriler için bkz. **Forstmoser**, Peter: "Gestaltungsfreiheit im schweizerischen Gesellschaftsrecht" Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, Deutschland, Europa und USA 11. ZGR-Symposium '25 Jahre ZGR', ZGR-Sonderheft 13, Berlin-New York 1998, s. 255; **Handschin**, Lukas: "Reichweite und Grenzen der Gestaltungsfreiheit im GmbH-Binnenrecht", In: Konvergenzen und Divergenzen im deutschen, österreichischen und schweizerischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, Tübingen, 2011, s. 329-330 ve 349. <https://edoc.unibas.ch/29500/3/20120112152508_4f0eed446a5c7.pdf> Ayrıca anonim şirketin yalnızca sayısal değil; aynı zamanda niteliksel açıdan da üstün olduğu yönünde bkz. **Forstmoser**, s. 255-256. Bununla birlikte limited şirketin sayısal anlamda yükseliş trendine girdiği ifade edilmektedir. Bkz. **Forstmoser**, s. 272 vd. Ayrıca 2007 Revizyonu ile kanun koyucunun küçük ve orta ölçekli işletmeler için ideal hukuki tip olarak limited şirketleri oluşturduğu hususunda bkz. **Handschin**, s. 348.
- ² Tipoloji doktrini çerçevesinde kavramsal unsurlar ile tipik unsuru hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Kaşak**, Esra: Anonim Şirketlerde Genel Kurul İle Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar, 1. Baskı, İstanbul 2019, N. 7.16 vd., s. 370 vd.
- ³ İç ilişkide kolektif şirkete, dış ilişkide ise anonim şirkete dair karakteristik özellikleri ihtiva eden limited şirket hakkında bkz. **Teichmann**, Arndt: Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, Band 27, 1. Auflage, Köln 1970, s. 90 vd. Bununla birlikte şahıs şirketlerinden farklı olan limited şirketin aynı zamanda anonim şirketlerdeki gibi sermaye piyasasına yönelimleri söz konusu değildir. Bkz. **Armbrüster**, Christian: "Grenzen der Gestaltungsfreiheit im Personengesellschaftsrecht", ZGR, 2/3, 2014, s.342.
- ⁴ Benzer yönde bkz. **Zöllner**, Wolfgang: "Inhaltsfreiheit bei Gesellschaftsverträgen", Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, Köln 1992, s. 87; **Teichmann**, s. 45; **Hommelhoff**, Peter: "Gestaltungsfreiheit im GmbH-Recht", Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, Deutschland, Europa und USA 11. ZGR-Symposium '25 Jahre ZGR', ZGR-Sonderheft 13, Berlin-New York 1998, s. 36-37. Türk hukukunda yeni limited şirketin ortakların sorumluluğu tam olarak sınırlandırılmış bir ticaret ortaklığı yönündeki görüş için bkz. **Tekinalp**, Ünal: Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 2012, N. 18-02, s. 334;

sermaye şirketi olarak nitelendirilmişse⁵ de şahıs şirketine ait özellikleri de içerisinde barındırmaktadır⁶. İşte bu gerçeklik, limited şirket sözleşmesinin kendine özgü yapısı ve içeriği⁷ ile de ortaya konulmuştur. Hakikaten TTK'de şirket sözleşmesinin içeriğindeki zorunlu kayıtlar (TTK m. 576)⁸ dışında sözleşmede öngörülmesi kaydıyla bağlayıcı olarak hükümlerin varlığı (TTK m. 577)⁹ bu esnek yapının en büyük kanıtıdır. Bununla birlikte limited şirketlerde -aslında olmaması gereken- emredici hükümler ilkesinin (TTK m.

Yıldız, Şükrü: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2007, s. 55-56. Limited şirket bir şahıs şirketinin iç organizasyonunun esnekliğiyle, bir sermaye şirketinin sorumluluk sınırlamalarının avantajlarını birbirleriyle bağdaştırmakta ve böylelikle hem sermaye hem de şahıs şirketlerinin özelliklerini gösterdiği yönünde bkz. **Şener**, Oruç Hami: Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2017, s. 10. Bu noktada limited şirketin anonim şirketlere olan benzerliği ile sermaye şirketi özelliğini güçlendiren hükümler ile şahıs şirketleri ile ilgili olan benzerlikleri hakkında bilgi için bkz. **Bahtiyar**, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku (Kısa Karşılaştırma ve Değerlendirmeler, Dersler-Soru Örnekleri), Güncellenmiş 14. Bası, İstanbul 2020, s. 418 ve 419. Limited şirket payının doğuşu açısından şahıs şirketleri, devrin Kanun'da düzenlenmesi açısından ise sermaye şirketlerine benzemektedir. Bu noktada devrin şartları açısından limited şirket payının kendine özgü özelliklerinin bulunduğu şahit olunmaktadır. Bu yüzden paya dair bu düzenleme limited şirketin karma şirket özelliğine vurgulamaktadır. Bkz. **Demirkapı**, Ertan: Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanununun Tasarısına Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri, 1. Baskı, İzmir 2008, s. 24. Ayrıca limited şirketler her ne kadar sermaye şirketi özelliğine sahip olsa da kanuni yapısında ve özellikle iç ilişki açısından şahıs şirketlerine özgü özelliklerini barındırmaktadır. Haliyle anonim şirket açısından haklı sebep olarak nitelendirilemeyecek hususların pekâlâ limited şirketlerin feshi açısından haklı sebep teşkil etmesi olasıdır. Bkz. **Yıldırım**, Ali Haydar: 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na göre Limited Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, 1. Baskı, 2013, s. 10. Türk doktrinindeki görüşlerin toplu listesi için bkz. **Eren**, Erkan: Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarma ve Ayrılma Akçesi (Şirket Değerlemesi ve Değerleme Yöntemleri Çerçevesinde Ayrılma Akçesinin 'Gerçek Değerini'nin Belirlenmesi", 1. Baskı, İstanbul 2022, s. 9 vd.

⁵ **Tekinalp**, Tek Kişi Ortaklığı, N. 18-03, s. 335.

⁶ Alman hukukunda benzer yönde bkz. **Kleindiek**, Detlef: "Diskussionsbericht zu den Vorträgen von HOMMELHOFF und HIRTE", Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, Deutschland, Europa und USA 11. ZGR-Symposium '25 Jahre ZGR', ZGR-Sonderheft 13, Berlin-New York 1998, s. 99. Türk hukukunda tek ortaklı limited şirketler açısından aynı yönde bkz. **Tekinalp**, Tek Kişi Ortaklığı, N. 18-05, s. 336.

⁷ Limited şirket sözleşmesinin içeriği konusunda yapılan ikili ayrımın farkı hakkında bkz. **Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**: Ertan, Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Bursa 2013, s. 630.

⁸ TTK m. 576 hükmünün 577 ile 587 hükümleri ile olan bağlantısı ve işlevi hakkında bkz. **Tekinalp**, N. 19-11, s. 350.

⁹ TTK m. 577 hükmündeki bağlayıcılığın iç ilişki anlamında olduğu yönünde bkz. **Tekinalp**, N. 19-13, s. 351. Söz konusu kayıtlara yer verilerek şahsi özellikleri daha güçlü bir şirket oluşturma imkânının varlığı hakkında bkz. **Bilgili/Demirkapı**, s. 635.

579) varlığı¹⁰ şirket sözleşmesinin ortaklarca serbest bir şekilde şekillendirme anlayışını sekteye uğratmış gözükse de sapma ve tamamlama kurumları bazında TTK m. 577 bir çıkış kapısı¹¹ özelliği arz etmektedir. Ayrıca TTK m. 625/2'nin hukuki dayanakları olan TTK m. 616/1-j bendi ile TTK m. 616/2-a bendi bu esnek yapının göstergelerinden biridir. Bahsedilen bu hususların hepsi limited şirket sözleşmesi özerkliğinin anonim şirket esas sözleşmesi karşısındaki konumsal farklılığını¹² ortaya koymamız gerektiğini, limited şirketlere dair çoğu düzenlemede anonim şirketlere yapılan yollamaların ne kadar doğru olduğunun (!) sorgulanması gerekliliğini hatırlatmaktadır. TTK yürürlüğe gireli yaklaşık on sene olmasına rağmen limited şirketler hukukuna özgü yerleşik bir içtihadın oluşturulamadığına¹³ ve bunun gölgesinde limited şirketin¹⁴ anonim şirketin boyunduruğundan kurtarılmadığına¹⁵ şahit olunmaktadır. Oysaki limited şirketler için geçerli olan Kanun'un emredici hükümlerinin yanı sıra, yazılı olmayan prensiplerin varlığı da tartışılarak bu şirket tipine özgü ilkelerin ortaya konulması bir zorun-

¹⁰ Şirket sözleşmesiyle yazılabilecek ihtiyari kayıtların bundan sonra ancak kanunda izin verilen belirli hususlarla sınırlandırıldığı, bu sınırı aşan hükümlerin sicil memurunun itirazına takılacağı ve uygulamada büyük sorunlara davetiye çıkaracağı yönünde bkz. **Yıldız**, s. 93.

¹¹ Şirket sözleşmesi özerkliğinde yapılan tartışmalarda meselenin özü şekillendirme özgürlüğü ile kanuni bağlayıcılık arasındaki ayrımın nasıl yapılacağıdır? Bunun için dört ayrı sahada çalışma yapılması gerekir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kleindiek**, s. 100.

¹² Örneğin; imtiyazlı pay oluşturulması için oybirliği şartı getiren bir esas sözleşme hükmüne ilişkin karar oybirliğiyle mi yoksa sermayenin en az yüzde yetmiş beşini oluşturan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin olumlu oylarıyla mı (421/3-b) alınacağı sorusunun cevabı TTK'nin anonim şirketlere dair hükümlerinin arasında düzenlememişse de, TTK m. 621/2 hükmünün kıyasen anonim şirketler hukukunda uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. **Kırca**, İsmail: Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Güncellenmiş 3. Bası, İstanbul 2022, N. 38, s. 26-27.

¹³ Alman hukukunda benzer yöndeki eleştiri için bkz. **Hey**, Felix: Freie Gestaltung in Gesellschaftsverträgen und ihre Schranken, Münchener Universitätschriften Reihe der Juristischen Fakultät Band 190, 1. Auflage, München 2004, s. 225. Benzer yönde bkz. **Teichmann**, s. 51.

¹⁴ Sermaye şirketlerinde tekçi mi yoksa dualist bir anlayışın mı geçerli olmasına göre hukuki düzenlemelerin yapıldığı hususunda bkz. **Hommelhoff**, s. 38. Bu noktada Alman kanun koyucusunun limited şirketleri, anonim şirketlerden farklı bir konuma getirdiği hususunda bkz. **Hommelhoff**, s. 46. **Tekinalp** de, yeni limited şirketlerin küçük anonim şirket ya da özel anonim şirket olarak tanımlanamayacağını ifade etmektedir. Bkz. **Tekinalp**, Tek Kişi Ortaklığı, N. 18-01, s. 333. Hatta limited şirketin sınırlı sorumlu bir ticaret şirketi olarak nitelendirilemeyeceği de belirtilmektedir. Bkz. **Tekinalp**, N. 18-07, s. 337. Aksi yöndeki görüş için bkz. **Bilgili/Demirkapı**, s. 616.

¹⁵ Alman hukukunda benzer yönde bkz. **Hommelhoff**, s. 52.

luluktur. En azından bu konuda bu yönde bir çalışma yapılarak söz konusu prensiplerin ne olduğu tartışılmalıdır. Bu sayede limited şirketin, anonim şirketten farklı olan yapısı¹⁶ yalnızca teoride değil, uygulamada da yol gösterici bir özellik arz edebilir. Bunun için bu çalışmada öncelikle Alman limited şirketler hukukunda geçerli yazılı olmayan prensipler ortaya konulmuş, sonrasında Türk hukukuna özgü bir değerlendirme genel ve özel tespitler (madde numaralandırması yöntemiyle) yoluyla yapılmıştır.

I. GENEL OLARAK

Limited şirketin karakteristik özelliği, ortakların hukuki ilişkilerinin şekillendirilmesinde etkili olan¹⁷ geniş kapsamlı şirket sözleşmesi özerkliği-dir¹⁸. Bu özerklik ile şirketin iç organizasyon yapısının biçimlendirilmesi kastedilir¹⁹. Ayrıca şirket sözleşmesi özerkliği ortaklarına üst organın -pren-

¹⁶ Limited şirketin sermayeye ve sermaye payına ilişkin anonim şirketten ayrılan hükümleri için bkz. **Tekinalp**, N. 18-19 vd., s. 343 vd.

¹⁷ Şirket sözleşmesi özerkliği, pay sahiplerinin şirketi yönetme haklarına ve organsal yetkilerine dair düzenlemelerini azımsanmayacak ölçüde sınırlandırmıştır. Bununla birlikte genel kurul toplantısına dair usulü prosedürdeki şirket sözleşmesine dayalı ortaya çıkabilecek çelişkili durumların ortadan kaldırılmasına yönelik GmbHG § 45 Abs. 2 hükmü kanuni boşlukları doldurmak ve belirsizlikleri gidermek adına büyük ölçüde bir serbesti tanımaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Bochmann**, Christian: “Statutarische Konfliktvorsorge im Hinblick auf das Verfahren der Gesellschafterversammlung”, GmbHR 2017, 558, 561 vd. Aynı yönde bkz. **Noack**, Ulrich/**Servatius**, Wolfgang/**Haas**, Ulrich: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Beck’sche Kurz Kommentare, Band 20, 23. Auflage, München 2022 (**Noack**, Ulrich) GmbHG § 45 Rn. 9; **Heidinger**, Andreas/**Leible**, Stefan/**Schmidt**, Jessica: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), 3. Auflage, München 2017 (MHLS/**Romermann**, Volker) GmbHG § 45 Rn. 13. Limited şirket sözleşmesinin anayasal boyutunu limited şirketin kanuni tipinden ne derecede ayrılabilceğini önceden kestirmek mümkün değildir. Bu noktada belirli normların tamamlayıcı olarak nitelendirilmeleri de hukuki güvenliği tesis etmekten uzaktır. Anonim şirketlerden farklı olarak limited şirketlerdeki özel durum için bkz. **Noack/Servatius/Haas/Noack** GmbHG § 45 Rn. 6. Ayrıca AktG § 23 Abs 5 hükmünün aksine, kolektif ve komandit şirketler için de zorunlu kanuni hükümlerle çelişmediği sürece ortaklara şirket sözleşmesiyle özgürce hareket etme serbestisi tanındığı hususunda bkz. MHLS/**Romermann** GmbHG § 45 Rn. 2. Benzer yönde bkz. BeckOK GmbHG/**Schindler** GmbHG § 45.

¹⁸ MüKoGmbHG/**Wicke** GmbHG § 3 Rn. 150. Limited şirketin dış ilişkilerinde bu serbestinin olmadığı yönünde bkz. **Altmeynen**, Holger: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Kommentar, 10. neubearbeitete Auflage, München 2021, GmbHG § 45 Rn. 1. Şahıs şirketleri açısından bkz. **Armbrüster**, s. 334.

¹⁹ Ortakların bireysel haklarına da etkisinin olduğu hususunda bkz. MHLS/**Romermann** GmbHG § 45 Rn. 3; **Ziemons**, Hildegard/**Jaeger**, Carsten/**Pöschke**, Moritz: Beck’sche

sipte- sahip olduğu tüm konuları içeren yetkiyi büyük ölçüde diğer organlara (yönetim ve gözetim organları haricinde kanunda öngörülmemiş danışma, ortaklar kurulu, tahkim kurulu, delegeler meclisi vb.) devretmesine cevaz verir²⁰. Ancak devredilen bu yetkinin şirket sözleşmesi değişikliği ile ortaklar tarafından her zaman geri alınabileceği unutulmamalıdır²¹. Bu noktada ortakların yetkilerin devredildiği, örneğin; bir danışma kurulunun gözetleme haklarının ellerinden alınamayacağı da belirtilmelidir²².

Alman hukukunda GmbHG § 45 hükmü, limited şirketin iç anayasasının özgürce şekillendirilmesine ilişkin temel ilkeyi ihtiva etmektedir²³. Gerçekten de Alman hukukunda GmbHG § 45 Abs. 1²⁴ hükmündeki düzenlemeden ötürü²⁵ şekillendirme özgürlüğünün sınırları ve sınırlandırmaları nispeten geniştir²⁶. Bu sayede limited şirketin somut görünümü biçimi, yani

Online-Kommentar, 51. Edition, München 2022 (BeckOK GmbHG/Schindler, Hendrick) GmbHG § 45. Şahıs şirketleri açısından bkz. **Armbrüster**, s.334.

²⁰ **Altmeppen** GmbHG § 45 Rn.3. Benzer yönde bkz. BeckOK GmbHG/Schindler GmbHG § 45; **Weber**, Christoph: Privatautonomie und Außeneinfluß im Gesellschaftsrecht, Jus Privatum 44, 1. Auflage, Tübingen 2000, s. 35. Genel kurulun şirketin yönetimine dair tüm yetkilerden yoksun bırakılabilmesinin genel kurul üst organ niteliğine halel getirmeyeceği hususunda bkz. **Teichmann**, s. 186 ve 187.

²¹ **Altmeppen** GmbHG § 45 Rn.3. Benzer yönde bkz. **Henssler** Martin/**Strohn** Lutz: Gesellschaftsrecht, Beck'sche Kurz Kommentare, Band 62, 5. Auflage, München 2021 (**Mollenkopf**, Claus) GmbHG § 45 Rn 9; **Weber**, s. 35-36. Bu hususun taraf özerkliğini sınırlandıran değil, varlığını tasdik ettiği hususunda bkz. **Teichmann**, s. 186.

²² **Weber**, s. 36; **Zöllner**, s. 120.

²³ **Weber**, s. 34; **Altmeppen** GmbHG § 45 Rn. 1; BeckOK GmbHG/Schindler GmbHG § 45. Bu konudaki örnekler için bkz. MHLS/**Romermann** GmbHG § 45 Rn. 1.

²⁴ “Die Rechte, welche den Gesellschaftern in den Angelegenheiten der Gesellschaft, insbesondere in bezug auf die Führung der Geschäfte zustehen, sowie die Ausübung derselben bestimmen sich, soweit nicht gesetzliche Vorschriften entgegenstehen, nach dem Gesellschaftsvertrag.”

²⁵ Bu düzenlemenin şirketin organizasyon yapısına gönderme yaptığı Kanun'un Üçüncü Bölümü'nde düzenlemesinden ileri gelmektedir. Bkz. **Noack/Servatius/Haas/Noack** GmbHG § 45 Rn. 2; **Altmeppen** GmbHG § 45 Rn. 2; MHLS/**Romermann** GmbHG § 45 Rn. 6.

²⁶ BeckOK GmbHG/Schindler GmbHG § 45 Rn. 16. Limited şirketlerde açıkça emredici nitelikteki hükümlerin az sayıda bulunduğu ve genel kurulun yetkilerinin bu kapsam içerisinde değerlendirildiği hususunda bkz. **Weber**, s. 34. Ayrıca şirketin asgari çerçevede işlemlerini teminat altına almak amacıyla emredici hükümlerin öngörüldüğü hususunda bkz. **Hommelhoff**, s. 40 ve 51. Avusturya hukukunda benzer yönde bkz. **Haberer**, Thomas: Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht (Rechtfertigung und Grenzen), 1. Auflage, Wien 2009, s. 250. İsviçre hukukunda benzer yönde bkz. **Handschin**, s. 330.

gerçek tipi (kanuni tip) iç ilişkilerin esnekliği ile ortakların ihtiyaçlarına göre tasarlanabilir²⁷. Bu bağlamda şirketin iç organizasyon yapısı ya şahıs niteliği ya da sermaye niteliği ağır basan bir limited şirket modeli olarak karşımıza çıkabilir²⁸. Nihayetinde limited şirket sözleşmesi, şirketin işlerliğini sağlamak ve bunu korumak adına dengeli bir bütün tesis etmek zorundadır²⁹.

Limited şirketler hukukunda şirket sözleşmesinin normlar hiyerarşisindeki yerinin tespiti gerekir. Bu tespitin üç aşamada gerçekleştirilmesi gerekir. Buna göre; limited şirketlerde Kanunun emredici hükümleri, bu hükümlere aykırı olmayan ya da bunlarla çelişmeyen şirket sözleşmesi hükümleri ve Kanun'un tamamlayıcı/ikincil nitelikteki düzenlemeleri şeklinde bir normlar hiyerarşinin geçerli olduğu söylenebilir³⁰. Bu husus, kanuni düzenlemelerin ancak ortaklar tarafından esas sözleşmeye açık bir hüküm koyulmadığında ya da mevcut boşluğun tamamlayıcı sözleşme yorumuyla

²⁷ MHLS/Romermann GmbHG § 45 Rn. 3. Ayrıca şirket müdürlerinin yetkilerini şirket sözleşmesinde sınırlandırarak şirketin yönetime geniş ölçüde katılımın sağlanacağı yönünde bkz. BeckOK GmbHG/Schindler GmbHG § 45. Limited şirkete iç ilişkide sağlanan bu esnek yapı, limited şirketin Almanya'da çok fazla tercih edilmesinin ve istatistiksel anlamda yaygın olmasının temel sebeplerinden biridir. Bkz. BeckOK GmbHG/Schindler GmbHG § 45 Rn 1. Kurum teorisi bağlamında varılan benzer sonuç için bkz. **Teichmann**, s. 48. Ayrıca bkz. **Hommelhoff**, s. 39-40. Türk hukukunda şirketler hukuku açısından limited şirketlerin sahip olduğu görece esnek yapının, bu şirketlerin aile şirketi yapılanmasına uygun hale getirilebilmesi için birçok imkana sahip olduğu konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Hamamcıoğlu**, Esra: Aile Tipi Limited Şirketlerde Şirket Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara 2022, s. 171 vd. ve özellikle 174.

²⁸ BeckOK GmbHG/Schindler GmbHG § 45 Rn 1. Diğer bir yaklaşım için bkz. **Kleindiek**, s. 99. İsviçre hukukunda benzer yönde bkz. **Forstmoser**, s. 271.

²⁹ **Noack/Servatius/Haas/Noack GmbHG § 45 Rn 7**; Henssler/Strohn GesR/**Mollenkopf GmbHG § 45 Rn 9**.

³⁰ MHLS/Romermann GmbHG § 45 Rn 17; **Fleischer**, Holger/**Goette**, Wulf: Münchener Kommentar zum GmbHG, 4. Auflage, München 2022 (MüKoGmbHG/**Liebscher**, Thomas) GmbHG § 45 Rn 4. BeckOK GmbHG/Schindler GmbHG § 45 Rn 4. Şirket sözleşmesinin yorumunda da bu sıralamanın öneminin olduğu hususunda bkz. Henssler/Strohn GesR/**Mollenkopf GmbHG § 45 Rn. 4**. Nitekim limited şirketlerde şirket sözleşmesi özerkliğine Kanun'un verdiği anlam doğrultusunda ne dereceye kadar şirket sözleşmesindeki boşluğun tamamlayıcı yorum metoduyla doldurulabileceği veyahut benzer bir durumda GmbHG § 46-51 hükümlerine başvurulması gerekliliği doğacaktır? sorusunun cevabının verilmesi gerekir. Bu bağlamda doktrindeki hâkim görüş, şirket sözleşmesinin müphem durumlarda objektif prensipler ışığında yorumlanması gerektiğini kabul etmektedir. Keza alelade sözleşmelerin yorumlanmasında farklı olarak hukuki boşluğun varlığı halinde şirket sözleşmesinin tamamlayıcı yorumu, Kanun'un tamamlayıcı kurallarından öncelikli uygulanmalıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BeckOK GmbHG/Schindler GmbHG § 45 Rn 4 vd.

doldurulmadığında uygulama alanı bulması açısından önem arz eder³¹. Ayrıca belirtmek gerekir ki, şirket sözleşmesi özerkliğinin yazılı olmayan sınırlamaları da Kanun'un emredici hükümleri içerisinde değerlendirilir³². Bunun haricinde zaten -şekillendirme özgürlüğünün genel sınırlandırmaları içerisinde sayılan- ahlaka ya da ceza kanununa aykırı hükümlerin şirket sözleşmesinde öngörülmesi mümkün değildir³³.

Limited şirketin organizasyon anayasasının, yani şirket sözleşmesinin özgürce biçimlendirilebilmesine ilişkin ortakların sahip olduğu yetkileri³⁴ sınırsız değildir³⁵. Bu noktada GmbHG § 45 Abs. 1 hükmü bağlamında şirket sözleşmesi özerkliği temelde dört çeşit sınırlandırmaya tabi tutulmuştur³⁶. Birinci sınırlandırma, kanunun öngördüğü emredici mahiyetteki hükümlerdir³⁷. İkinci sınırlandırma, tüzel kişiler hukukuna dair genel prensiplerdir³⁸. Üçüncü sınırlandırma ise, kamusal çıkarların korunmasına ilişkin

³¹ Bunun talilik ilkesi (Subsidiarität) olarak nitelendirildiği hususunda bkz. BeckOK GmbHG/**Schindler** GmbHG § 45.

³² BeckOK GmbHG/**Schindler** GmbHG § 45 Rn 3. Krşnz. **Hey**, s. 222.

³³ **Haberer**, s. 251.

³⁴ Bunun tüzel kişiliğin/birliğin kendi kaderini tayin etme hakkının bir sonucu olduğu yönünde bkz. Henssler/Strohn GesR/**Mollenkopf** GmbHG § 45 Rn 9.

³⁵ **Noack/Servatius/Haas/Noack** GmbHG § 45 Rn 6; MüKoGmbHG/**Liebscher** GmbHG § 45 Rn 57; BeckOK GmbHG/**Schindler** GmbHG § 45.

³⁶ BeckOK GmbHG/**Schindler** GmbHG § 45 Rn. 16. Söz konusu sınırların yedi alt başlık altında (Kanun'daki emredici nitelikteki hükümler, açıkça emredici olarak nitelendirilmeyen; ancak tüzel kişiliğe dair vazgeçilmez nitelikteki hükümler, yine açıkça emredici olarak nitelendirilmemiş; ancak normun amacı dikkate alınarak kamunun menfaatlerinin korumakla sınırlanmış düzenlemelerin ağırlaştırılabilir ise de hafifletilemez nitelikte oluşu, limited şirketler hukukunun yazılı olmayan prensipleri, dengeli bir bütünün parçası olarak limited şirket anayasası, eşit işlem ilkesi gibi genel hükümler ile genel işlem şartlarına ilişkin BGB § 310 IV 1 hükmünün limited şirkete uygulanamaması) ele alınması gerektiği hususunda bkz. **Noack/Servatius/Haas/Noack** GmbHG § 45 Rn. 7 ve 8. Diğer sınıflandırmalar için bkz. MüKoGmbHG/**Liebscher** GmbHG § 45 Rn 57 vd.; Henssler/Strohn GesR/**Mollenkopf** GmbHG § 45 Rn. 8 vd. Şirketler hukukundaki şekillendirme özgürlüğüne getirilen sınırlandırmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Hey**, s. 85 vd.

³⁷ MHLS/**Romermann** GmbHG § 45 Rn. 4. Bunların bir kısmı Kanun'da açıkça emredici hüküm olarak nitelendirilmiş, bir kısmının da normun amacından hareketle emredici karakteri ortaya koyulmuştur. Ortakların bilgi alma hakları (GmbHG § 50) gibi. Daha fazla örnek için bkz. BeckOK GmbHG/**Schindler** GmbHG § 45 Rn 17.

³⁸ Emredici hukuk ilkelerinin yanı sıra içtihat ve doktrin tarafından geliştirilmiş olan tüzel kişiler hukukuna ilişkin prensipler de şirket sözleşmesi özerkliğine bir sınır getirmektedir. Şirket sözleşmesi bu prensipleri ihlal eden başka bir hüküm öngördüğünde geçersizlik yaptırımı gündeme gelir. Bu bağlamda tüzel kişiler hukukunun vazgeçilemez nitelikteki ve emredici karakterdeki prensipleri şu şekilde sıralanabilir: Şirket iradesinin

kurallardır³⁹. Son sınırlandırmayı ise limited şirketler hukukunun yazılı olmayan prensipleri oluşturmaktadır⁴⁰. Bu bağlamda -çalışmamızın esas konusunu teşkil eden- limited şirketler hukukunda yazılı olmayan prensiplerin de şekillendirme özgürlüğünün sınırlandırılmasında etkili olduğu kabul edilmektedir⁴¹.

Belirtmekte fayda vardır ki, idare (yönetim) hakkı, yani organizasyon alanı ile malvarlığı, yani bireysel haklar grubu arasında keskin bir ayrımın yapılması söz konusu değildir⁴². Çünkü her iki hak grubu iç içe geçmiştir. Bu yüzden doktrinde de ifade edildiği üzere; şirket idaresine dair GmbHG § 45 hükmünün uygulama alanını sınırlandırılmasından idare hakkı ile bireysel hakların birbirleriyle kaynaştığı (iç içe geçtiği) şeklinde anlaşılması gerekir⁴³. Bunun dışında GmbHG § 45 Abs. 2⁴⁴ hükmü vasıtasıyla şirket sözleşmesi GmbHG § 46-51 hükümlerine nazaran öncelikli olarak uygulanacaktır⁴⁵. Ancak ortaklar söz konusu hükümleri ilgilendiren hususları şahsen geliştirebilir ya da daraltabilir ise de, burada belirtilen her hususu diledikleri

oluşumuna katılma hakkı, oy hakkından yoksunluk, sadakat yükümlülüğüdür. Ayrıntılı bilgi için bkz. BeckOK GmbHG/**Schindler** GmbHG § 45 Rn 18 vd.

³⁹ Kanun'un açıkça emredici karakterde olduğunu belirtmediği; ancak normun öngörülme amacının kamunun menfaatlerinin korunması olduğu durumlarda şirket sözleşmesi özerkliğine bir sınır getirilmiştir. Bu sınıra örnek olarak GmbHG § 49 Abs. 3 verilebilir. Bkz. BeckOK GmbHG/**Schindler** GmbHG § 45 Rn 22.

⁴⁰ Tüzel kişiler hukukuna ilişkin genel prensiplerin yanı sıra içtihat ve doktrin tarafından limited şirketlere özgü olarak geliştirilmiş şirket sözleşmesini hazırlayan sıfatıyla pay sahiplerinin şekillendirme özgürlüğünü sınırlandıran yazılı olmayan normların varlığı hakkında bkz. BeckOK GmbHG/**Schindler** GmbHG § 45 Rn. 23. Bu prensipler, GmbHG'nin 1982 tarihinden yürürlüğe girmesinden itibaren içtihat ve doktrin tarafından ortaya çıkarılan kurallar bütününden oluşmaktadır. Bkz. BeckOK GmbHG/**Schindler** GmbHG § 45. Kurum teorisi için açısından benzer yönde bkz. **Teichmann**, s. 50.

⁴¹ **Noack/Servatius/Haas/Noack** GmbHG § 45 Rn. 7; **MüKoGmbHG/Wicke** GmbHG § 3 Rn. 154; **Wicke**, Harmut: Beck'sche Kompakt-Kommentare, Gesetz betreffend die Gesellschaften beschränkter Haftung (GmbHG) Kommentar, 4. Auflage, München 2020, GmbHG § 3 Rn. 30.

⁴² **Altmeppen** GmbHG § 45 Rn 2; **MHLS/Romermann** GmbHG § 45 Rn. 8.

⁴³ **MHLS/Romermann** GmbHG § 45 Rn. 9.

⁴⁴ "In Ermangelung besonderer Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags finden die Vorschriften der §§ 46 bis 51 Anwendung." Bu hükmün sözleşme özgürlüğüne ilkesel bir açıklama (Grundsatzklärung) getirdiği hususunda bkz. **Zöllner**, s. 90.

⁴⁵ Bu hükümlerin tamamlayıcı karakteri haiz olduğu; ancak söz konusu kanun hükümlerinin talihine vurgu yapan görüşlerin de (**Noack/Servatius/Haas/Noack** GmbHG § 45 Rn. 9) mevcut olduğu ifade edilmektedir. Ancak sonuçta bir farklılık meydana gelmemektedir. Bkz. **MHLS/Romermann** GmbHG § 45 Rn. 14.

gibi rafa kaldıramazlar⁴⁶. Zaten söz konusu hükümler ile esasında genel kurulun yetkileri ve şirketin irade oluşumunun türü ile şekli tayin edilir⁴⁷.

AktG § 23 Abs. 5 hükmünün, GmbHG'de karşılığının olmayışı, Alman kanun koyucusunun anonim şirketlerin aksine limited şirketler hukukunun tümüne egemen olan şirket sözleşmesi özerkliği ilkesini kabul ettiğinin bir göstergesidir⁴⁸. Bu ayırımın sonucu olarak da limited şirketler hukukuna dair düzenlemelerin ihtiyari ve tamamlanabilir nitelikte olduğu söylenebilir. Keza İsviçre şirketler hukukunda da § 23 Abs. 5 hükmünün bir eşi yoktur⁴⁹. Söz konusu kabul, limited şirketlerin anonim şirketlerden farklı olduğu ve nispeten sayıca üstün olmalarının sebebi olarak da gösterilebilir.

II. KAPSAMI

Şirketler hukukunda sözleşme özgürlüğünün⁵⁰ belirli şirket türleri için öngörmüş olduğu sınırlandırmaların yapı, tip ya da kurum tartışmaları ekseninde norm alanı olarak dikkate alınıp alınmayacağı değerlendirilmektedir⁵¹. Bu bağlamda -yukarıda belirtilen- sözleşme özgürlüğüne getirilmiş sınırlandırmalar alacaklıların korunmasına, kamunun sözleşme harici çıkarlarının muhafazasına, ortağın kendisini korumasına ve bilhassa irade özerkliğinin temel işlevsel koşullarını yerine getirmesine hizmet eder⁵². Diğer bir deyişle,

⁴⁶ Noack/Servatius/Haas/Noack GmbHG § 45 Rn. 9; MHLS/Romermann GmbHG § 45 Rn. 14.

⁴⁷ MHLS/Romermann GmbHG § 45 Rn. 15. Benzer yönde bkz. Altmeyden GmbHG § 45 Rn. 1; Henssler/Strohn GesR/Mollenkopf GmbHG § 45 Rn 1.

⁴⁸ Kollektif ve komandit şirketler için geçerli olan hükümlerin geniş ölçüde limited şirket sözleşmesi özerkliği ile uyum içerisinde olduğu hususunda bkz. BeckOK GmbHG/Schindler GmbHG § 45 Rn 1. Limited şirket sözleşmesi özerkliği ile anonim şirketler hukukundaki katı emredici hükümler ilkesinin karşı karşıya geldiği hususunda bkz. Hommelhoff, s. 37.

⁴⁹ Alman hukuku ile İsviçre hukuku arasındaki sistematik farklılık hakkında bkz. Forstmoser, s. 256 vd. Bu noktada Türk hukukunda limited şirketlere ilişkin birçok hükmün esin kaynağı İsviçre Borçlar Kanunu ise de, iki hukuk düzeni arasında sistemsal bir farklılığın olduğu yönünde bkz. Tekinalp, N. 18-27 vd., s. 345-346.

⁵⁰ Tarihi gelişimi için bkz. Zöllner, s. 85 vd.

⁵¹ Bu tartışma yapılırken hakimiyet ile sorumluluk arasında bir bağlantının kurulması gerekir. Bu bağlantının hakkaniyet düşüncesiyle kanuni çerçevenin tayin edilmesine yardımcı bir araç olarak düşünülmesi gerektiği hususunda bkz. Hey, s. 103-104. Yetki ile kontrol arasındaki ayırımın kabul edilmesi halinde yetki kaymalarının sağladığı imkanlara karşı sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Bkz. Teichmann, s. 183. Bu konuda somut bir örnek için bkz. Weber, s. 35-36.

⁵² İrade özerkliğine getirilen sınırlandırmaların şirketin süreklilik arz edecek şekilde bağlayıcılığını teminat altına alma vasfına sahip olduğu yönünde bkz. Hey, s. 104;

şirketler hukukunda şekillendirme serbestisine getirilen sınırlandırmalar için bir değerlendirme alanının varlığını ortaya koyan söz konusu maddi kriterlerin şirket türlerinin varlığı, kurumsal temel ya da hukuki yapının Kanun'da ifadesini bulmuş tipine meşru bir zemin hazırlayıp hazırlamayacağı tartışma konusudur.⁵³ Bu noktada tamamlayıcı hukuk kurallarına ne şekilde emredicilik etkisinin tanınacağı paradoksu karşısında tıpkı BGB § 307 Abs. 2 (TTK m. 55/1-f) gibi bir yöntemin takip edilerek⁵⁴ -tartışmada- doğru sonuca ulaşılabilmesi olasıdır.

Limited şirket sözleşmesi özerkliği için öngörülmuş yazılı olmayan prensipler üç şekilde karşımıza çıkmaktadır⁵⁵. Bunlar sırasıyla; tüzel kişiliğin /birliğin kendi kaderini tayin etme hakkı ya da birliğin self determinasyonu⁵⁶

Hommelhoff, s.40. Kamusal çıkarların korunması ile pay sahiplerinin korunması arasında benzerlik var ise de alacaklıların korunması taraf özerkliğini genellikle sınırlandırmamaktadır. Bkz. **Teichmann**, s. 183 ve özellikle 250. Şahıs şirketleri açısından aynı yönde bkz. **Armbrüster**, s.338 vd. Kurum öğretisinin de bu gerekçelere dayandığı hususunda bkz. **Weber**, s. 154.

⁵³ **Hey**, s. 222.

⁵⁴ Söz konusu sınırlandırmalardaki karşılaşılabilecek zorluklar hakkında bkz. **Hey**, s. 222. BGB § 307 Abs. 2'ye göre; genel işlem şartlarında bulunan bir hükmün içeriği, kendisinden ayrıldığı yasal düzenlemelerin temel düşüncesiyle bağdaşmıyorsa veya sözleşmenin amacına ulaşmayı tehlikeye düşürüyorsa, diğer tarafın çıkarlarını uygunsuz biçimde ihlal ettiği kabul edilir. Bu bağlamda bu hüküm nazarında yapılan içerik denetiminde sözleşmenin doğasından kaynaklanan temel hak ve yükümlülüklerin tespiti gerekir. Diğer bir deyişle, sözleşmenin doğası, sözleşmenin anlamı ve sözleşme ile takip edilen özel amacı, tarafların sözleşme ile korumak ve gerçekleştirmek istedikleri özel menfaatler ifade edilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Havutçu**, Ayşe: Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, 1. Baskı, Güncel Yayınevi, İzmir 2003, s. 173 vd. Bu yöntem dahilinde limited şirketlerde ortaklar arasında veyahut müdürler ile şirket arasında kanunun kurmuş olduğu düzen içerisinde uyumlu menfaat dengesinin korunması sağlanmalıdır. Aksi takdirde şirket sözleşmesine bu dengenin bozulmasına sebebiyet verecek hükmün konulması, söz konusu hükme TTK bağlamında öngörülen bir yaptırımın uygulanması tehlikesini beraberinde getirir.

⁵⁵ BeckOK GmbHG/**Schindler** GmbHG § 45 Rn. 23; **Wicke**, GmbHG § 3 Rn. 30.

⁵⁶ Bu prensibin geçerliliği tartışmasız değilse de (Burada tartışılan hususun 53 Abs.2'nin nasıl yorumlanacağıdır; çünkü şirket sözleşmesi değişikliklerinde Kanun başkaca bir gerekliliğin şirket sözleşmesiyle getirilebileceğini ifade ederek bu kapsamda üçüncü kişinin onayının aranıp aranmayacağı değerlendirmeye tabi tutulmaktadır.) sözleşme uygulamasında önemli sorunlara gebe değildir. Bkz. BeckOK GmbHG/**Schindler** GmbHG § 45 Rn. 24. Ortaya çıkan sorunlara dair çözüm önerileri için bkz. **Weber**, s. 51 ve 52. Limited şirketler hukukunda bu prensibin uygulama alanının kapsamı tartışmalıdır. Bu kapsamın çerçevesi doğrudan yetkilerin üçüncü kişilere devri halleriyle ilgilidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. MHLS/**Romermann** GmbHG § 45 Rn. 20 vd. Bu konudaki hakim görüş için bkz. MüKoGmbHG/**Liebscher** GmbHG § 45 Rn 43.

(Verbandssouveränität)⁵⁷, şirketin üst organı olarak genel kurulun ortadan kaldırılması yasağı (Selbstmündigung-kendini kısıtlama yasağı) ile iki ögeli asgari yapının korunması kuralıdır (genel kurul ve şirket müdüründen oluşan yapı).

A. Tüzel Kişiliğin/Birliğin Kendi Kaderini Tayin Etme Hakkı/ Birliğin Self Determinasyonu⁵⁸

Tüzel kişiliğin/birliğin kendi kaderini tayin etme hakkından⁵⁹, şirketin temel sorunlarında üçüncü kişilerin kararlarına bağlı hale getirilmesinin yasaklanması anlaşılır⁶⁰. Bilhassa bu prensip, limited şirket sözleşmesi gereğince öngörülmüş esasların ve bunun dışındaki yapısal değişikliklerdeki şekillendirmelerde (şirketin feshi ve yapısal değişiklikler kanunu kapsamında alınacak tedbirlerde olduğu gibi) üçüncü kişilerin söz sahibi olmalarını yasaklar⁶¹. Esasen bu prensip, şirketin faaliyetlerinin ve gelişiminin ortaklar tarafından tayin edilmesi gerekliliğini dile getirir⁶². Böylelikle her bir limited

⁵⁷ Bu prensip ile dernek özerkliği ilkesini bir tutan görüş için bkz. **Zöllner**, s. 119.

⁵⁸ ‘Verbandssouveränität’ kavramının tam karşılığı olması adına dernek ya da tüzel kişiliğe sahip diğer birliklerin kanuni sınırlar dahilinde organizasyon özgürlüğünü de kapsayacak iki ayrı ibarenin kullanılabilmesi kanaatindeyiz. Bunun bir gerekçesi olarak, İkizler’in tüzel kişilerin ilkeli kişiliğinden ne anlaşılması gerektiğine dair görüşü de gösterilebilir. Buna göre; “... ‘İkeli Kişi’ de; varlık amacını ve tüm eylem ve işlemlerini önceden belirlenmiş kurallara sadık kalarak gerçekleştirmeyi ilke edinen kişidir.” Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **İkizler**, Metin: Tüzel Kişilerin İlkeli Kişiliği Bu Uğurda Ana Statünün Anlamı ve İşlevi, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 44. Böylelikle limited şirketin ilkeli kişiliğinin bir gereği olarak kendine özgü yapısının gereğini gerçekleştirmesi adına kendine ait bağlayıcı kurallarla varlığının devamını şart koşar. Bu da kullanılan kavramın ilkeli kişiliğin bir uzantısı olduğunu gösterir. Hatta Wiedemann ‘Verbandssouveränität’ kavramının yeni görev ve yetki alanının meydana getirilmesinde şirket harici bir yetkilendirmeye ya da etkiye izin geçerlilik alanını sınırlandırdığını ifade etmektedir (Bkz. **Wiedemann**, Herbert: Gesellschaftsrecht, Band I Grundlagen, 1. Auflage, C.H.BECK’SCHER VERLAGSBUCHHANDLUNG, München 1980, § 7, I II, s. 371). Bu da tam olarak kavramın bu şekilde kullanılmasını gerektirmektedir.

⁵⁹ Kurumsal bakış açısının bir sonucu olarak görülen bu prensibi ihlali, karar alma yetkisi ile buna bağlı sorumluluk arasındaki ilişkiyi tehdit etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **MüKoGmbHG/Liebscher GmbHG § 45 Rn. 42.**

⁶⁰ **BeckOK GmbHG/Schindler GmbHG § 45 Rn. 24; MHLS/Romermann GmbHG § 45 Rn.19; MüKoGmbHG/Liebscher GmbHG § 45 Rn. 41; Zöllner**, s. 119.

⁶¹ Doktrindeki görüşler için bkz. **BeckOK GmbHG/Schindler GmbHG § 45 Rn 24.** Kurum teorisinin tüzel kişiliğin/birliğin kendi kaderini tayin etme hakkından -esas itibarıyla- farklı olmadığını WEBER’in söylemlerinden çıkartmayız. Bkz. **Weber**, s. 48. Avusturya hukukunda benzer yönde bkz. **Haberer**, s. 255.

⁶² **Noack/Servatius/Haas/Noack GmbHG § 45 Rn. 7.** Benzer yönde bkz. **Weber**, s. 48.

şirket kaderini kendi tayin edebilmeli ve iradesini bu şekilde oluşturup değiştirebilmelidir⁶³.

Tüzel kişiliğin/birliğin kendi kaderini tayin etme hakkı, şahıs şirketlerinde geçerli olan ortaklar dışında üçüncü bir kişinin organ üyesi seçilmesi yasağı (das Verbot der Fremdorganshaft) ile karıştırılmamalıdır⁶⁴. Şahıs şirketlerinden farklı olarak limited şirketlerde seçilmiş organ ilkesi geçerlidir⁶⁵. Bu yüzden şirket yönetimi yetkisi, danışma kurulu gibi geriye kalan diğer organlarda olduğu üzere ortak olmayan kişilere verilebilir. Organ üyeliği çerçevesinde üçüncü kişiler şirket için gerekli konularda (danışma kurulu üyesi olarak şirket yönetimi hakkında tedbirler almak, yatırım veya başkaca hususlarda şirket sözleşmesinde öngörülen onay gereklilikleri) kararlar da alabilirler⁶⁶. Üçüncü kişilerin kararlar üzerindeki yetkilerinin sınırlarını organ (istisnaen ya da ağırlıklı olarak ortak olmayan kişilerden oluşan) tarafından alınan kararlar (şirket sözleşmesi değişikliğine sebebiyet veren sermaye artırımını, azaltımını, yapısal değişiklikler ve fesih kararlarında) çizer⁶⁷. Bundan dolayı söz konusu tedbirler emredici olarak ortakların tek başlarına karar verme yetkisi kapsamında bırakılmalıdır⁶⁸. Bu zorunluluk, ortakların bireysel haklarını ilgilendiren kararlarda da (ortağın çıkarılmasında ya da çıkmasında veyahut ortaklık payının satın alınmasında olduğu gibi) geçerli olmalıdır⁶⁹. Bunun neticesinde ortakların etkisiz bırakılması veyahut üçüncü

⁶³ MüKoGmbHG/**Liebscher** GmbHG § 45 Rn. 41. Benzer yönde bkz. Henssler/Strohn GesR/**Mollenkopf** GmbHG § 45 Rn 9.

⁶⁴ BeckOK GmbHG/**Schindler** GmbHG § 45 Rn 25. Sermaye şirketlerinde seçilmiş yönetim organının istisna tutulmasının geniş bir uygulama alanına sahip olmadığı yönünde bkz. **Zöllner**, s. 119-120. Örneğin; anonim şirketlerde pay sahipleri kanundan dolayı yönetim ve temsil yetkisini haiz olmadıklarından bu kişilerin seçim ile atanmaları gerekir. Bu husus Prinzip der Drittorganshaft/Fremdorganshaft/ seçilmiş organ ilkesi olarak adlandırılır. Bu açıdan anonim şirket organizasyonuna bakıldığında şirket yönetiminde seçilmiş organ ilkesinin geçerli olduğu ve yönetime yetkili kişilerin pay sahipliği statüsü dolayısıyla bu yetkiyi kazanamayacakları sonucuna varılabilir. Bu konuda bkz. **Kaşak**, Yetki, N. 1.69, s. 56 ve N. 4. 125, s. 234-235.

⁶⁵ BeckOK GmbHG/**Schindler** GmbHG § 45 Rn 25. Türk hukukunda TTK m. 623 hükmü ile özden organ ilkesinin terk edildiğini söyleyebiliriz.

⁶⁶ Doktrinde bu yöndeki görüşler için bkz. BeckOK GmbHG/**Schindler** GmbHG § 45 Rn 25.

⁶⁷ BeckOK GmbHG/**Schindler** GmbHG § 45 Rn 25. Benzer yönde bkz. MüKoGmbHG/**Liebscher** GmbHG § 45 Rn. 41. Organ olarak atanan üçüncü kişilerin üçüncü kişi olarak değil de, şirketin bir unsuru olarak değerlendirilmeleri gerektiği yönündeki görüş için bkz. **Zöllner**, s. 120.

⁶⁸ BeckOK GmbHG/**Schindler** GmbHG § 45 Rn 25. Dernek özerkliği prensibinin ortak organ ile temin edileceği yönünde bkz. **Zöllner**, s. 120.

⁶⁹ BeckOK GmbHG/**Schindler** GmbHG § 45 Rn 25.

kişilerin şirket üzerinde etkin hale getirilmesi geçersizlik yaptırımıyla karşı karşıya kalır⁷⁰. Bu yüzden bir limited şirketin üçüncü bir kişinin idari organı ya da özel malvarlığı konumuna getirilmesine izin verilmemelidir⁷¹.

Tüzel kişiliğin/birliğin kendi kaderini tayin etme hakkı, münferiden ortakların üçüncü kişilerle borç doğurucu nitelikte sözleşme akdetmelerine ya da işletme sözleşmelerinin tarafı olmalarına engel teşkil etmez⁷². Bu bağlamda şirket ortaklarının şirketin menfaatini gözetmekle yükümlü oldukları, buna uygun olarak da yükümlülüğün ihlalinden sorumlu tutulacakları düşüncesi tüzel kişiliğin/birliğin kendi kaderini tayin etme hakkının esasını teşkil eder⁷³. Bu husus, ortakların kendi kendilerini koruması olarak da anlaşılabilir⁷⁴.

B. Genel Kurulun Şirketin Üst Organı Olması⁷⁵

Genel kurulun, limited şirketin üst organı olarak kalması gerektiği⁷⁶ ve şirket sözleşmesi ile kendini bundan yoksun kılamama⁷⁷ tüzel kişiliğin/birliğin kendi kaderini tayin etme hakkı ile yakından bağlantılıdır⁷⁸. Aslında burada ifade edilmek istenilen husus, üst organ olarak genel kurulun yetkilerinden vazgeçmesinin tüzel kişiliğin/birliğin kendi kaderini tayin etme hakkı ile bağdaşmayacağıdır⁷⁹. Bu cihetle şirket genel kurulunun üst organ olma niteliğini ortadan kaldıran şirket sözleşmesi düzenlemeleri geçer-

⁷⁰ **Noack/Servatius/Haas/Noack** GmbHG § 45 Rn. 7.

⁷¹ MüKoGmbHG/**Liebscher** GmbHG § 45 Rn. 41. Farklı bir bakış açısı için bkz. **Teichmann**, s. 186. Bu hususun Alman hukukunda “*Abschichtungseffekt*” olarak adlandırıldığı hususunda bkz. **Weber**, s. 48. Zaten limited şirketin tüm ya da münferit pay sahibinin amaçlarını gerçekleştirebileceği faaliyet sahası olarak görülmedi hususunda bkz. **Hommelhoff**, s. 52.

⁷² MüKoGmbHG/**Liebscher** GmbHG § 45 Rn. 44.

⁷³ **Weber**, s. 47.

⁷⁴ **Weber**, s. 48.

⁷⁵ Kanunda genel kurulun konum itibarıyla üst organ niteliğini haiz olduğu açıkça dile getirilmemiştir. Anonim şirketlerin aksine limited şirketler pay sahiplerinin her açıdan üstün yönetim yetkisine sahip olduğu yönündeki açıklamalar için bkz. **Altmeppen** GmbHG § 45 Rn 2; § 37 Rn 3 vd.

⁷⁶ Genel kurulun üst organ niteliğine sahip olmasının genel anlamda iki şekilde formüle edildiği görülmektedir. Bkz. **Weber**, s. 36.

⁷⁷ **Noack/Servatius/Haas/Noack** GmbHG § 45 Rn. 7.

⁷⁸ BeckOK GmbHG/**Schindler** GmbHG § 45 Rn. 27. Benzer yönde bkz. **Hommelhoff**, s. 45.

⁷⁹ **Altmeppen** GmbHG § 45 Rn 4. Benzer yönde bkz. **Noack/Servatius/Haas/Noack** GmbHG § 45 Rn 7; Henssler/Strohn GesR/**Mollenkopf** GmbHG § 45 Rn 9.

sizdir⁸⁰. Bu yasak, ortakların çoğunluğu ya da ortaklar kurulunun şirketin üst organı olarak görülmesinden bağımsız olarak geçerlidir⁸¹.

Limited şirket genel kurulunun yetkilerinin devredilemez nitelikteki çekirdek/öz kısmını şirketin esasına ilişkin kararlar ile yapısal değişikliklere dair tedbirler olarak tanımlamak mümkündür⁸². Bununla birlikte genel kurul her halükârda şirket yönetimine ilişkin tüm tedbirleri alabilir⁸³. Bu kapsamda şirketin esas yapısını ya da işletme düzenini ilgilendiren hususlar telakki edilebilir⁸⁴. Limited şirket genel kurulu müdür organa şirket yönetimine dair bu yetkileri devrettiğinde, kanun düzeninden ayrılan bir hükmün eksik olduğu sürece (yetkinin devredilebileceğine dair) ortaklar tarafından Kanun eliyle müdür organın yarışan yetkiye sahip olduğu kabul edilebilir⁸⁵. Yine de genel kurulun devredilemez nitelikteki yetkileri varlığını korumaktadır⁸⁶. Bu yüzden genel kurulun şirket sözleşmesinin değiştirilmesine ilişkin yetkinin vazgeçilemez nitelikte oluşu, bu yetkinin devri halinde bunun geri alınması imkanını beraberinde getirir⁸⁷. Bunun yanı sıra genel kurulun üst organ olma niteliği onun birçok durumda son sözü söyleme hakkının saklı kaldığı anlamına gelmektedir⁸⁸.

⁸⁰ MüKoGmbHG/**Liebscher** GmbHG § 45 Rn. 86; **Altmeyen** GmbHG § 45 Rn 4; BeckOK GmbHG/**Schindler** GmbHG § 45 Rn. 27. Limited şirket genel kurulun belediye meclisinden oluşacağına dair bir şirket sözleşmesi hükmün limited şirket emredici nitelikteki kurallarını ihlal ettiği yönünde bkz.OLG Karlsruhe, Beschluss vom 18.12.1995-11 Wx 104/95. Avusturya hukukunda benzer yönde bkz. **Haberer**, s. 255.

⁸¹ Bu bağlamda kendi kendini yoksun kılmanın yalnızca ortaklarının tümünü mü yoksa üst organ olarak genel kurulun kendisini mi ilgilendirdiği hususunda terminolojik bir farklılık yaratacağı konusunda bkz. BeckOK GmbHG/**Schindler** GmbHG § 45 Rn. 26. Diğer bir deyişle, ortakların haklarının kullandıkları bir topluluk olarak mı algılanması gerektiği ya da ortaklar kurulunun bir organ olarak mı görülmesi gerektiği hususu tartışmalıdır. Bu tartışma Kanun'dan açık bir ifade yer almadığı için çetrefilli bir hal almıştır. Bu tartışmaya dair üç ayrı görüş ileri sürülmüş olmakla birlikte, tartışmanın ortakların tümünün ancak kurul olarak değil organ niteliğine sahip olduğu şeklinde sonuçlandırılması gerekir. Bkz. MHLS/**Romermann** GmbHG § 45 Rn. 11 ve 12.

⁸² **Altmeyen** GmbHG § 45 Rn. 4.

⁸³ **Altmeyen** GmbHG § 45 Rn. 4.

⁸⁴ **Altmeyen** GmbHG § 45 Rn. 4.

⁸⁵ **Altmeyen** GmbHG § 45 Rn. 4.

⁸⁶ GmbHG § 46' daki listenin bu kapsam dışında kaldığı belirtilmelidir. Bkz. **Altmeyen** GmbHG § 45 Rn. 4. Benzer yönde bkz. Henssler/Strohn GesR/**Mollenkopf** GmbHG § 45 Rn 9. Bu listedeki yetkilere dair tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Henssler/Strohn GesR/**Mollenkopf** GmbHG § 45 Rn 9.

⁸⁷ **Zöllner**, s. 120.

⁸⁸ **Zöllner**, s. 120.

Limited şirketin üst organı olarak genel kurulun konumu sebebiyle diğer şirket organlarının karar alamamaları durumunda geçici karar alma yetkileri⁸⁹ [şirket sözleşmesi ile yapısal değişiklikleri ve şirketin durumu hakkında (örn; fesih yetkisi) karar alma yetkisi] ortadan kaldırılamaz⁹⁰.

C. Şirket Genel Kurulu İle Müdürler Kurulundan Teşekkül İki Ögeli Asgari Yapının Korunması Kuralı

Şirket sözleşmesinin şekillendirilebilmesindeki son sınırlandırma ise limited şirketin kanunen asgari olarak iki organdan teşekkül etmesidir⁹¹. Bunlardan biri genel kurul, diğeri yönetim yetkisini haiz müdürler kuruludur⁹². Müdürler limited şirketi yönetmeye ve dış ilişkide şirketi temsil etmekle yükümlü iken⁹³ şirketin iç ilişkide karar alma organı olan ve üst organ vasfına sahip genel kurulun şirket üzerinde mutlak hakimiyeti (Omnipotenz) söz konusudur⁹⁴. Gerçekten de bir taraftan şirketin üst organı olarak genel kurulun ortadan kaldırılması yasağı diğer taraftan şirketin esas yönetim ve temsil organı olan müdürler kurulunun ortadan kaldırılması yasağı limited şirketler hukukunun yazılı olmayan prensiplerinin yapı taşları olarak karşımıza çıkarlar⁹⁵.

Bu bağlamda şirketi yönetme yetkisinin genel kurula devri ya da tam tersi bir durum⁹⁶ herhangi bir ya da diğer bir organın fiili anlamda ortadan kaldırılmasına yol açmadığı sürece, ortaklar şirket sözleşmesiyle iç ilişkide bunu serbestçe düzenleyebilirler⁹⁷. Ancak bu serbesti, genel kurul ya da başka bir organın yönetim yetkisine dair görevi devraldığı durumlarda şirketi yönetmeye yetkili kişilere ne derecede şahsi inisiyatif tanınması gerektiği ya da bu yetkinin salt bir yürütme organının faaliyetleriyle sınırlandırılıp sınır-

⁸⁹ Buna sözde karar alma yetkisi (Rückfallkompetenz) de denilebilir. Bkz. **Altmeyden** GmbHG § 45 Rn. 4.

⁹⁰ BeckOK GmbHG/**Schindler** GmbHG § 45 Rn. 27. Benzer yönde bkz. **Noack/Servatius/Haas/Noack** GmbHG § 45 Rn 7; **Zöllner**, s. 120-121.

⁹¹ BeckOK GmbHG/**Schindler** GmbHG § 45 Rn. 28.

⁹² MüKoGmbHG/**Liebscher** GmbHG § 45 Rn 37.

⁹³ Henssler/Strohn GesR/**Mollenkopf** GmbHG § 45 Rn 1.

⁹⁴ MüKoGmbHG/**Liebscher** GmbHG § 45 Rn 37.

⁹⁵ BeckOK GmbHG/**Schindler** GmbHG § 45.

⁹⁶ Kanunen emredici nitelikte yetki devrine dair düzenlemelerin şirket sözleşmesiyle yapılacak başka bir düzenleme ile ihlaline izin verilmemelidir. Bu husus doğrudan kanunun kendisinden değil, genel kurulun işleyişini ilgilendiren normun münferiden yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. Bkz. **Weber**, s. 34.

⁹⁷ BeckOK GmbHG/**Schindler** GmbHG § 45 Rn. 28. Benzer yönde bkz. **Teichmann**, s. 184.

landırılamayacağı tartışmasını da beraberinde getirmiştir⁹⁸. Keza limited şirket sözleşmesiyle çoğunluk pay sahibine haklı bir sebep göstermeksizin, yani serbestçe ve maddi bir gerekçe olmaksızın hatta uygun bir tazminata hükmedilmeksizin ortağın şirketten çıkartılmasına yetkili kılınması sorusu da cevap beklemektedir⁹⁹.

III. TÜRK HUKUKU BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRME

A. Genel Tespitler

Limited şirket sözleşmesi bir hukuki işlemdir. Hukuki işlemin de özünde bir irade vardır. Bu irade tekil olabileceği gibi çoğul da olabilir. Bu husus, şirketin ortak sayısına göre değişkenlik gösterir. İş bu irade ile ortaklar şirket sözleşmesini kanuni çerçevede kendi istekleri ve gereksinimleri konusunda şekillendirmede serbesttir. Nitekim irade özerkliği de kişilerin tarafı oldukları hukuki ilişkileri kendi iradeleri doğrultusunda birbirleriyle uzlaşarak diledikleri şekilde tayin edebilmelerine olanak tanımaktadır¹⁰⁰. Gerçekten de irade özerkliğinin vücut bulmuş şekliyle sözleşme özgürlüğü kişilerin yani ortakların uzlaşarak kendi kaderlerini tayin etmelerine dayanır¹⁰¹. Diğer bir deyişle, şirket sözleşmesi ile limited şirketin ortakları kendi şahsi ihtiyaçlarına cevap verebilecek ve ekonomik saiklerini karşılayabilecek bir yapıda şirketin biçimlendirilebilme imkanına sahip olabileceklerdir. Bu biçimlendirmedeki sınırı, esasında TBK m. 27, özelde TTK m. 579 oluşturuyor ise de bu sınırdaki emredici hükümlerin her daim yazılı olması zorunluluğu yoktur¹⁰². O halde yazılı olmayan prensiplerinde limited şirketlerde geçerli olduğu ve limited şirkete dair ortaya çıkacak bir uyuşmazlıkta uygulanacak hükümler sıralamasında emredici hükümlerden sonra geldiği kabul edilmelidir. Bu sonuca TTK m. 1/2 hükmü uyarınca da varılmaktadır. Ancak mezkûr hüküm söz konusu hususa dair bir açıklama getirmemiştir. Yine de şirket sözleşmesi özerkliği kapsamı içerisinde limited şirkette geçerli yazılı

⁹⁸ BeckOK GmbHG/Schindler GmbHG § 45 Rn. 28. Bu tartışma, genel kurulun yetkilerinin kapsamının artırılması ya da azaltılması ile ortakların yönetime dair haklarında değişikliğe gidilmesi arasındaki ilişkiyi de doğrudan ilgilendirmektedir. Bkz. **Noack/Servatius/Haas/Noack** GmbHG § 45 Rn. 10 ve § 46 Rn 92.

⁹⁹ Bkz. **Hommelhoff**, s. 44.

¹⁰⁰ **Zöllner**, s. 88. Türk özel hukukunda irade özerkliğinin kabul edildiği hususunda bkz. **Kaşak**, Fahri Erdem: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, 2. Baskı, İstanbul 2021, N. 43, s. 41.

¹⁰¹ **Kaşak**, Emredici, N. 44, s. 41-42.

¹⁰² Aksi yöndeki görüş ve doktrinde dile getirilen diğer görüşlerin toplu listesi için bkz. **Kaşak**, Emredici, N. 294 vd., s. 265 vd.

olmayan prensiplerin varlığı tartışma götürmez bir gerçekliktir. Çünkü bu prensipler yazılı olmasa dahi ortakların irade özerkliğinin teminatı niteliğindedir¹⁰³. Nitekim çoğu zaman bilinçsizce hazırlanan limited şirket sözleşmelerinden kaynaklanan uyumsuzluklarda ortakların iradelerine verilen önceliğin limited şirkete hâkim ilkelerle uyumluluk arz ettiği hallerde geçerli olduğu kabul edilebilir. Sonuç olarak limited şirkette geçerli yazılı olmayan prensiplerin emredici karakterde olduğu ve ortakların irade özerkliği, yani limited şirket sözleşmesi özerkliği içerisinde değerlendirilmesi gerektiği yargısında bulunulabilir.

B. Özel Tespitler

Limited şirketler açısından şirket sözleşmesi özerkliği bağlamında yazılı olmayan prensiplerin neler olduğu tespit edilerek TTK sistematigi üzerinden -bazı hüküm ve hukuki kurumlar açısından- eleştirel bir yaklaşımla değerlendirmelerde¹⁰⁴ bulunulacaktır.

1) Limited şirketler için TTK'nin İkinci Kitabı'nın Altıncı Kısmı'nda öngörülmüş yetmiş iki madde vardır. Bu maddelere bakıldığında görülecektir ki, kanun koyucu limited şirketlere ilişkin getirmiş olduğu düzenle-

¹⁰³ Esasında tamamlayıcı şirketler hukukunun emredici karakterde olup olmadığı sorusunun cevabı bir hukuki türün varlığının ayırıcı nitelikteki belirli özelliklerinden ayrılmaya izin vermemesidir. Bu anlayışı eleştiren *HABERER*'e göre; limited şirketlerde geçerli yazılı olmayan prensiplerin yalnızca koruma amaçlı kabul edilebileceği kanaatindedir. Bkz. **Haberer**, s. 252 ve 255. Açıkçası bu prensiplerin yazısız da olsa emredici karakterde olduğu kanaatindeyiz. Bunu bir örnekle açıklamak gerekirse; ticari temsilcinin temsil yetkisine getirilen sınırlandırmalar kanunda belirtilen, tacirin iradesinden doğan ve yardımcı niteliğinden ileri gelen sınırlamalar olarak karşımıza çıkarlar. Bu son sınırlandırmanın kanunda açıkça yer almamakla birlikte temsilcilik ya da yardımcı niteliğinden doğan bazı sınırlamalar olduğu ve birtakım işlemlerin ancak tacirin kendisi tarafından yapılabileceği doktrin ve uygulamada kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. **Bahtiyar**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku (Ders Notları/Soru Örnekleri), Güncellenmiş 21. Bası, İstanbul 2020, s. 221 ve 222. Demek oluyor ki, tacirin alter egosu, yani bizim deyimimizle aynadaki yansıması niteliğindeki ticari temsilcinin aynanın ortadan kalkmasına sebebiyet verecek, mesela devir gibi bir işleme izin verilmemesi gerekir. Diğer bir deyişle, kendi varlığını reddeden, yok sayan ya da ortadan kaldıran bir anlayış yasaklanmalıdır. Benzer mantıkla hareket edildiğinde limited şirket açısından kanunda yazılı olmayan; ancak şirketin ortaya çıkış sebepleri doğrultusunda varlık sebebi ışığında birtakım prensiplerin olduğu sonucuna varılabilir. Gerçekten de TTK m. 574/3 hükmü (Bütün şirket paylarının limited şirketin elinde toplanması ile ortaya çıkan ortaksız limited şirketin geçersiz olduğu açıkça kabul edilmiştir. Bkz. **Yıldız**, s. 72-73.) buna güzel bir örnektir. Bu yüzden, *HABERER*'in görüşünün sınırlı bir düzeyde kalması sebebiyle eksik kaldığını itiraf etmek gerekir.

¹⁰⁴ Alman limited şirketler uygulamasında şirket sözleşmesinin şekillendirilmesine dair öneriler için bkz. **Hommelhoff**, s. 46 ve 47.

meleri münferiden/doğrudan ilgili ve dolayısıyla ilgili şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutmuştur. Birinci ayrıma¹⁰⁵; 578/1, 609/1-2.cümle, 610/1, 635/1, 636/5, 643/1, 644/1-a, b, d ile c'nin birinci kısmı hükümleri örnek verilebilir. Çünkü bu ayrımda kanun koyucu şöyle bir ifade kullanmayı tercih etmiştir: "...anonim şirketlere ilişkin hükümler uygulanır." Oysaki ikinci sınırlamaya 584/1, 585/1-2.cümle, 592/1-1.cümle, 617/3-1.cümle, 622/1¹⁰⁶, 629/1, 633/1, 644/1-c'nin ikinci kısmı hükümleri örnek verilebilir. Bu düzenlemelerde ise kanun koyucu şu ifadeleri kullanmayı tercih etmiştir: "...bu konuda anonim şirketlere ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır." veyahut "...hükümleri, kıyas yoluyla/kıyasen limited şirketlere de uygulanır." Böylelikle apaçık bir şekilde ve bilinçli olarak doğrudan/kıyasen uygulama arasında bir ayrıma gidilmiştir. Oysaki bunun bir örneğine ne Alman hukukunda (örn; GmbHG Abs. 2 (1a)- ltz. s.51b, 75/2) ne de mehz İsviçre hukukunda (örn; OR Art. 777c/2, 781/5, 798/b, 799/1, 800, 801, 805/5, 808/c, 814/4, 818/1, 819/1, 820/1, 821/a, 826/2, 827) denk gelmekteyiz¹⁰⁷. Kanun koyucunun bilinçli yaklaşımı eleştiriye açık olmakla birlikte doğrudan ile kıyasen uygulama arasındaki farklılığa dikkat çekmek gerekir. Bu farklılık neticesinde -teorik düzeyde kaldığı iddia edilebilir- birinci sınırlama kapsamında şirket sözleşmesindeki öngörülecek hükümlerin limited şirketin yazılı olmayan prensiplerle çelişmemesi gerekir iken (örn; TTK m. 644/1-a bendi bağlamında ortaya çıkacak bir uyuşmazlıkta m. 625/2 çerçevesinde m. 553 hükmünün uygulanması) öngörülebilecek bir düzenlemede, ikinci sınırlandırma kapsamında kalan hususlarda ise (örn; TTK m. 629/1 bağlamında temsil yetkisinin devri gündeme geldiğinde m. 370-373 hükümlerinin uygulanmasında m. 623/1-3.cümlesinin göz ardı edilememesi) TTK'nin emredici hükümlerine aykırılık teşkil etmemesi şartı aranır. Yine de her iki sınırlandırma bazında yazılı olsun olmasın emredici hükümlerle çelişmemek bir ilkedir, bu yadsınamaz bir gerçektir. Bu gerçekliği göz önünde tutarak yalnızca genel geçer uygulaması olan konularda (sermaye taahhüdünde, esas sermayenin artırılması prosedüründe, kâr payının ödenmesinde, genel kurul toplantısına çağrı, organ eksikliğinde alınabilecek tedbirler, tasfiyeye dair hükümler vb.) ano-

¹⁰⁵ Limited şirketlerle ilgili anonim şirket hükümlerine doğrudan yapılan atıflar sonucunda pek çok konuda anonim şirketlerdeki hükümlere benzer düzenleme ile limited şirketin anonim şirketlere daha çok yaklaştırıldığı yönünde bkz. Yıldız, s.63 vd.

¹⁰⁶ Benzer şekilde anonim şirket genel kurul kararlarına ilişkin yokluk yaptırım hakkında kabul edilen hususların da niteliğine uygun düştüğü ölçüde limited şirket genel kurul kararları için geçerli olduğu yönünde bkz. Kirca, N.6, s. 3 ve N. 10, s. 6-7.

¹⁰⁷ Bu düzenlemelerde ya şirketler hukukuna ya da anonim şirketler hukuku düzenlemelerine niteliğine uygun düştüğü ölçüde ya da kıyasen uygulamadan bahsedilmektedir.

nim şirket ya da ticaret şirketlerine ilişkin hükümlere yollama yapılması gerekirdi. Bunun haricindeki konularda limited şirketlere has/özgü düzenlemeler öngörülmeliydi. Ancak kanun koyucu bu yolu tercih etmemiş ise de anonim şirkete yapmış olduğu yollamalarda kurumlar arası hukuki rabitanın kopmamasına dikkat etmeli¹⁰⁸, limited şirketler hukukundaki düzenlemeler arasındaki (iç) ahengi¹⁰⁹ bozmamalıdır. Buna, TTK m. 408/2 hükmünün limited şirketlere uygulanıp uygulanmayacağı tartışması örnek gösterilebilir¹¹⁰. Sonuç itibariyle, şirket sözleşmesinin susmasının anonim şirket hükümlerinin -kısmen- kıyasen uygulanmasına engel teşkil etmediği söylenebilir¹¹¹. Bu söylem, anonim şirketler hukukundaki emredici hükümlerin kıyasen uygulanmasının, limited şirketler hukukunda zorunlu olarak hiçbir suretle buyurucu bir etkiye sahip olmadığı ve böylelikle sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasına yol açmak zorunda olmadığı şeklinde anlaşılmasını gerektirir¹¹². Bu yüzden -basit bir örnek vermek gerekirse- TTK m. 340 ile 579 hükümleri birbirleriyle örtüşüyor olsa da¹¹³ hukuki etki bağlamında yansımaları aynı olmayacaktır¹¹⁴.

2) Limited şirketler için Kanun'un öngördüğü yapıda geçerli olan münferit düzenlemelerin (bunlar ile, kanun koyucunun her bir şirket tipi açısından tasavvur ettiği, genel hükümler ile bireysel düzenlemeler arasında adilane şekilde tesis edilen dengeyi bozmadan değiştirilemeyen ya da ortadan kaldırılamayan, bunun için gerekli görülen hükümler kastedilmektedir) ya da şirketler hukukunda geçerli prensiplerin ihlali geçersizlik sonucunu beraberinde getirir¹¹⁵. Eski içtihatlar ve doktrinde limited şirketlerde yazılı

¹⁰⁸ Bilhassa doğrudan uygulamaya örnek gösterilebilecek TTK m. 644/1-c bendinin birinci kısmındaki yönetim kurulu kararlarının butlanı hakkındaki 391. maddenin birinci fıkrasının d bendindeki diğer organların devredilemez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin bir kararın varlığı ayrıca 625/2 bağlamında tartışılmadan doğrudan uygulanamaz. O halde hiç olmazsa burada kıyasen uygulamadan bahsedilmeliydi. Hatta bu konuda şöyle bir örnek verilebilir: AktG § 241'de yer alan geçersizlik sebeplerine ilişkin katalog limited şirket genel kurul kararlarına uygulanabilir; meğerki limited şirketler hukukunun özellikleri bundan ayrılmayı gerektirsin. Bu konuda bkz. **Wertenbruch**, *MükoGmbHG* § 47, Rn. 22.

¹⁰⁹ Bu hususa teori ve pratik bağlamda yaklaşan somut bir örnek için bkz. **Hommelhoff**, s. 53-54.

¹¹⁰ Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Biçer**, Levent/**Hamamcıoğlu**, Esra: "Limited Şirket Genel Kurulunda Yetersayılar", *İKÜHFD*, 16(2), İstanbul 2017, s. 357 vd.

¹¹¹ Benzer yönde bkz. **Zöllner**, s. 95.

¹¹² **Zöllner**, s. 95.

¹¹³ Bu konudaki eleştiriler için bkz. **Bahtiyar**, *Ortaklıklar*, s. 428, dipnot 749.

¹¹⁴ Aynı yöndeki görüş için bkz. **Tekinalp**, N. 18-17, s. 342.

¹¹⁵ **Hey**, s. 223-224.

olmayan prensiplerin olumsuz bir sınırlandırma getirdiği kabul edilmektedir¹¹⁶. Hatta bu konuda yazılı kurallardan hareketle bir çıkarımda bulunabilme imkânı var iken¹¹⁷ yazılı olmayan kurallara başvurmanın hukuki dayanaktan yoksun olduğu ifade edilmektedir. Her ne kadar bu şekilde ifade ediliyor olsa da, limited şirketin varlık sebebinin yani yapısının¹¹⁸ şirket sözleşmesine dair ortaya çıkabilecek uyumsuzluklarda dikkate alınması gereken yazılı olmayan prensipler içerisinde değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz¹¹⁹. Nitekim sirküler karar almadaki tehlike ve belirsizlik durumları yüzünden yapılan nitelik tartışması basit kanuni düzen içerisinde şekillendirme özgürlüğünün bir sınırı olarak şirket türünün varlığı kavramı ile sonuçlanmıştır¹²⁰. Ayrıca şirket sözleşmeleri için geçerli şekillendirme özgürlüğü açısından şirket sözleşmesi ile tamamlayıcı nitelikteki kanun hükümlerinden ne derece ayrılınabileceği tartışmasında şirketin konumunun, daha doğru bir deyişle şirket türünün varlık sebebinin füzuli bir tartışmaya sebebiyet verdiği iddia ediliyor olsa da¹²¹, limited şirketin varlık sebebinin şirket sözleşmesindeki düzenleme özgürlüğüne getirilen sınırlandırmalara kaynaklık ettiği tartışmasızdır. Bu kaynak görme işlevi emredici yazılı hukuk kurallarıyla kendini gösterebildiği gibi (TTK m. 447/1-c vb.) yazılı olmayan prensipler şeklinde de karşımıza çıkabilir.

3) 2 nolu alt başlıkta şirket yapısının değiştirilerek geliştirilmiş hali olan şirket tipolojisinin limited şirketler hukukunda şirket sözleşmesi özerkliğine getirilmiş bir sınırlandırma olduğu söylenebilir¹²². Çalışma konumuz

¹¹⁶ BGB § 138 Abs. 1 hükmü bağlamında ahlaka aykırılık sınırlandırmasına atfedilen önem hakkında bkz. **Hey**, s. 224.

¹¹⁷ AktG § 241 Nr.3 hükmünün limited şirketin varlığıyla çelişen bir düzenleme öngörüp öngörmediğine bakmaksızın münferit ya da çoğunluk pay sahibinin iradesi doğrultusunda diğer bir pay sahibinin limited şirketteki payına el koyulmasına ilişkin şirket sözleşmesi düzenlemesine uygulanması yönünde bkz. **Hey**, s. 224.

¹¹⁸ Şirket yapısı ile kastedilen bir bütün olarak şirketin başlıca özellikleridir. Bkz. **Weber**, s. 151.

¹¹⁹ Anonim şirketler açısından benzer yöndeki görüş için bkz. **Teichmann**, s. 250. Şirketler hukukunda üçüncü kişilere etki bağlamında aksi yöndeki görüş için bkz. **Weber**, s. 152.

¹²⁰ **Hey**, s. 225.

¹²¹ Şirket sözleşmesinde objektif bir sebep ileri sürmeksizin ortaklıktan çıkarmaya dair hüküm öngörülmesinin ahlaka aykırılığın hüküm altına alındığı BGB § 138 kapsamında mı yoksa şirket hukukuna hâkim temel prensipler doğrultusunda mu ele alınması gerektiği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Hey**, s. 225 vd.

¹²² Benzer yönde bkz. **Hey**, s. 228 ve 229. Şirket tipolojisinin farklılık arz etse dahi, yazılı olmayan özerklik sınırlandırması olarak değerlendirilebileceği yönünde bkz. **Weber**, s. 153.

açısından tipoloji ile kastedilen, tipe sıkı sıkıya bağlılık olmayıp limited şirket tipi içerisinde tamamlayıcı hukuk kurallarıyla bu tip içerisindeki şekillendirme özgürlüğünün sınırlarının tayinidir¹²³. Bu cihetle, şirket yapısının tipoloji içerisinde değerlendirildiği ölçüde şirket sözleşmesinin tarafı olan kuruculara ve ortaklara -şirket tipi için geçerli- emredici nitelikteki unsurlarından sapılmasına izin verilmemektedir¹²⁴. Tipolojinin şirket sözleşmesi özerkliğine bir sınırlama getirme noktasında maddi nitelikte meşruiyeti olmadığı iddia edilmektedir¹²⁵. Hatta bu konuda kanun koyucunun açık bir düzenleme yapmasına gereksinim olduğu da ifade edilmektedir¹²⁶. Her ne kadar bu şekilde dile getiriliyor olsa da, kanun koyucunun limited şirketi şahıs şirketi özelliği ağır basan¹²⁷ bir sermaye şirketi olarak kabul ettiği bir rol modelin tipoloji öğretisinde şirket sözleşmesinde yazılı olmayan bir prensip olarak kabulünü gerektirir.

4) Şirketin organizasyon yapısından anlaşılan maddi meşruiyet ve buna bağlı ortaya çıkan sözleşmenin serbestçe şekillendirilebilmesinin kısmen de olsa sınırlandırılabilmesi kurumsal görüşün konusunu teşkil eder¹²⁸. Bu görüş aynı zamanda şirketler hukukunda şekillendirme serbestisinin yazılı

¹²³ Emredici asgari gereklilikleri sağlayan bir anonim şirket, atipik bir görünümü de olsa, TTK m. 329 vd. hükümleri ile kanunda yer alan emredici hükümlere tabi olacaktır. Bu sebeple emredici hükümler hakkın kötüye kullanılması ve kanunun dolanılması sınırları saklı kalmak kaydıyla kavramsal unsurları taşıyan tipik ve atipik anonim şirketlere aynen uygulanır. Bu noktada atipik yapılanmalar için kanun koyucu özel düzenlemeler öngördüyse bu hükümlerin kendisine atlanan şirketlere uygulanması ve hatta kural içi boşluk bulunan hallerde hâkim tarafından bu boşluğun doldurulması gerekecektir. Tipoloji doktrinin organizasyon özgürlüğünün sınırlandırılması açısından değerlendirilmesi için Bkz. **Kaşak**, Yetki, N. 7.56 vd., s. 395 vd.

¹²⁴ **Hey**, s. 229.

¹²⁵ Zaten emredici hükümlerle sözleşme haricindeki kişilerin yani kamunun da menfaatlerinin korunduğu ve tip öğretisinin soyut kriterler öngörmek suretiyle belirsizliklere davetiye çıkardığı (her somut olay örgüsü içerisinde bir değerlendirmenin zaten yapıldığı) eleştirileri getirilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Hey**, s. 229 vd. Bu konuda tip öğretisinin şekillendirme özgürlüğünün sınırlarının tayinine çok fazla yardımcı olamayacağı hususunda bkz. **Teichmann**, s. 140; **Weber**, s. 153.

¹²⁶ Tıpkı gerçek kişi harici bir kişinin komandit şirket ortağı olduğu KGaA örneğinde olduğu gibi. Bkz. **Hey**, s. 231 vd. ve özellikle 233. Ayrıca şirketler hukukunun kanundaki tipe uygunluğa değil, tip özgürlüğüne dayandığı hususunda bkz. **Weber**, s. 153.

¹²⁷ Limited şirketlerde anonim şirketler hakkındaki TTK m. 480 hükmüne benzer bir düzenleme yoktur. Bu bağlamda ek ödeme ve yan edim yükümlülükleri, şirket içi kefalet ve garanti vermek vb. durumlar limited şirketin anonim şirketlerin aksine şahsi öğeler ve bu bağlamda edimlere taşınmasının bir sonucudur. Bkz. **Tekinalp**, N. 21-82, s. 397.

¹²⁸ **Weber**, s. 154. Kanuna uygun sonuca varmanın, yani hukuk yaratma imkanının temelinde yatan düşünce kurum teorisinin objektif içeriğini teşkil eder. Bkz. **Hey**, s. 233.

olmayan sınırı olarak karşımıza çıkar¹²⁹. Aslında kurum teorisi¹³⁰, kanun ve ahlak kuralları haricinde düzenleyici nitelikte bir ilke ile şahsi hukuki ilişkilerin sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı ile ilgilenir¹³¹. Bu noktada kurum teorisinde kurum ya kuruluşun sözleşme özgürlüğü ile birlikte ele alınması gereken kavramlar olduğu belirtilmektedir¹³². Bu bağlamda kurum teorisinden önceden düzenlenmiş bir yapı vasıtasıyla sözleşme özgürlüğünün

¹²⁹ Kurum teorisinin sözleşme özgürlüğünü daraltan bir işlem olarak gören görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Wiedemann**, §1, IV 1, s. 74 -76; **Teichmann**, s. 43 vd.; **Weber**, s. 36 ve 155. Kurum teorisinin eleştirisi için bkz. **Hey**, s. 234 vd. ve özellikle 235, 241; **Haberer**, s. 253-254. Kurum teorisinin üçüncü kişilerin şirket içi iradenin oluşumuna katılmasında meşruiyetinin eksikliği hakkında bkz. **Weber**, s. 49. Bunun esas sebebi, ortağın oy hakkının 'siyasi hak' olarak görülmesinden ibarettir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Teichmann**, s. 191.

¹³⁰ Kurum teorisinin maddi ve şekli işlevleri hakkında bkz. **Teichmann**, s. 251. Anonim şirketin işleyişi bağlamında organlar arası yetki bölüşülmesinde kabul edilen sistemler ışığında sözleşme ve kurum teorileri şu şekilde açıklanmıştır: "*Sözleşme teorisine dayanan görüş uyarınca, AO bütün ortakların toplandığı Genel Kurul tarafından idare edilir. AO'nun iradesi o kurulda oluşur ve bu iradenin uygulanması için vekâlet veya temsil ilişkisi çerçevesinde bazı kişi veya gruplar seçilir; bunlar da yöneticiler veya YK ve denetçilerdir. Tamamen karşıt diğer bir görüşe göre ise, ki bu görüş de bir bakıma kurum teorisine dayanmaktadır, AO örgütü içinde organlar, başlı başına birer varlık olarak bulunurlar ve yetkileri aralarında bölüşürler. Organların başlı başlarına varlık olmaları (cüz-ii tam) konusunda çok ileri gidilerek, onlara ayrı tüzel kişilik izafe etmeyi düşünenler dahi vardır.*" Bkz. **Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, N. 514, s. 358. Fransız hukukçu Hauriou'ya kadar uzanan kurum teorisin liberal çağın öznelliğini bastırmak için kullanılmıştır. Bu bağlamda şirket düzeni tarafından sorgulanmayan ve anayasa tarafından tanınan ve ona yansıtılan yaşam ilişkisine dair normlar bütünüdür. Şu hâlde kurumsal hukuk düşüncesinin sözleşme ya da şirket gibi bir hukuk kurumunun sosyal ya da ekonomik hayatı biçimlendiren hukuk düzenini planladığı gibi kullanıp kullanmadığını irdeler. Bu da irade özerkliğinin yalnızca araçsal olarak değil; aynı zamanda işlevsel olarak doğru kullanılıp kullanılmadığını doğrular. Böylelikle anayasanın ve kanunun genel düzen planıyla şirketteki düzenin içsel uyumunun gerçekleştirilip gerçekleştirilemediği tespit edilebilir. Bunun bir sonucu olarak şirketler ve dernekler hukukunda ortak olmaya bağlanan hak ve yetkilerin sınırsız bir şekilde devrine izin verilmemesi gerekir. Bu yüzden üçüncü kişilerin şirkete herhangi bir etkide bulunması istenilmeyen bir durum olarak karşımıza çıkar. Sonuç itibarıyla, kurum teorisi bağlamında özel hukukun genel anayasa düzenine ve değerler sistemine dahil edilmesinin özel gücün sınırlandırılmasına yol açıp açmayacağı ve ne ölçüde bu durumun gerçekleştirilebileceği hususları oldukça tartışmalıdır. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Wiedemann**, §1, IV 1, s. 74-75.

¹³¹ Esasında kurum teorisinin uygulama alanının yalnızca şirketler hukuku ilişkisiyle sınırlı tutulmaması gerektiği hususunda bkz. **Teichmann**, s. 15 ve 43-44.

¹³² Renard'ın görüşü için bkz. **Teichmann**, s. 29 vd. ve özellikle 46.

ortadan kaldırılması gerektiği anlaşılır¹³³. Bu cihetle tüm sözleşme tiplerinin kurum olarak değerlendirilmesi suretiyle şirket yapısının karakteristik özellikleri daha da geliştirilebilir¹³⁴. O halde limited şirketin geliştirilebilmesi için sırasıyla üç aşamadan geçilmelidir¹³⁵. İstenildiği haliyle sözleşmenin şekillendirebilme imkanının daraltılmasına için bir kriter belirlenmeli, sonrasında bu kriterin işlerlik kazanacağı bir ortam oluşturulmalı, son aşamada ise meydana getirilen kurumsallaşma derecesine göre bir sonuç elde edilmelidir. Bu aşamalardan geçilmek suretiyle şirket yönetimi yetkisi ile sorumluluğu arasında ayırım yapılmasını kabul eden görüş bağlamında ortaklar ile müdürler arasındaki yetki dağılımının şirket sözleşmesiyle belirlenerek kontrol altında tutulması gerekir¹³⁶. TEICHMANN'ın eserinde organ yetkilerine bir sınır getirilmesi başlığı altında¹³⁷ TTK m. 625/2 hükmüne ayna tuttuğunu görebiliriz. Bunu dile getirmemizin sebebi anonim şirketlerdeki yetki dağılımına ilişkin emredici hükümler ilkesine dair engel ile sapmanın ve tamamlayıcı nitelikteki düzenlemelerin asgari düzeyde oluşunun limited şirketlerde ayniyet arz etmemesidir. Her ne kadar TTK m. 579, TTK m. 340'ın bir yansıması niteliğinde ise de Kanun'un muhtelif hükümlerinde sapma ve tamamlamaya dair -anonim şirketlerde olmayan- birçok seçenek vardır. Nitekim anonim şirketler hukukunda -katı eşitlik ilkesinin bir gereği olarak¹³⁸ - anonim şirkete ait bir işletmede söz sahibi olması pratikte yönetim

¹³³ Kurum teorisinin şirketin yapısı ile açıklanmasının zorluğu konusunda bkz. **Teichmann**, s. 46.

¹³⁴ **Teichmann**, s. 47.

¹³⁵ Kurum teorisinin yalnızca bireysel anlaşmalardaki şekillendirme imkanından yoksun bırakılmasına ilişkin sonuçlarla ilgilenmediği; aynı zamanda bu sınırlandırmanın belirli bir yapıyla olan bağlılığın arka planında yatan düşünceyi de irdelediği hususu için bkz. **Teichmann**, s. 50. Benzer yönde bkz. **Hey**, s. 233.

¹³⁶ **Teichmann**, s. 184. Üçüncü kişilerin etkisi bağlamında **WEBER** konuyu özetle şu şekilde ifade etmektedir: “*Doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüşün aksine pratik ihtiyaçların karşılanması adına ortakların şekillendirme özerkliği ve bunun tam tersi niteliğinde olan ortak olmayan kişilerin şirket iradesinin oluşumuna etkide bulunabileceği kabul edilmektedir. Bu etkinin, ortak olmayan kişilere tanınan şahsi bir hak olmadığı, aksine ortaklardan kaynaklandığı ifade edilmektedir. Bundan başka üçüncü kişilerin şirket iradesinin oluşumuna dahil olmalarında belirleyici dayanak noktası şirketler hukukuna ilişkin organizasyon yapısıdır. Bu noktada üçüncü kişilere karşı oluşturulmuş kontrol mekanizması devreye sokulmaktadır. Nitekim esas sözleşmeye dair yetkinin ağırlıklı olarak dokunulmaz niteliği kabul edildiğinden, bu, ortakların hakimiyetinin teminat altına alınmasına dair ek bir imkânı içerisinde değerlendirilmektedir.*” Bkz. **Weber**, s. 49 vd.

¹³⁷ Organlar arasında yetki dağılımına ilişkin ayırımın doktrinde itiraza uğramadığını; ancak bunun belirli şartlar dahilinde olabileceği hususunda bkz. **Teichmann**, s. 184 vd. Kurum teorisinin benzer kurumlara olan ilişkisi hakkında bkz. **Hey**, s. 236 vd.

¹³⁸ Ayrıca bkz. 11 nolu alt başlık.

kurulunda bulunmayı zorunlu hale getirmektedir¹³⁹. Bunu istemeyen bir kişinin yapması gereken pay sahipleri sözleşmesiyle buna imkân hazırlamasıdır¹⁴⁰. Oysaki limited şirketler hukukunda bulunmayan bu katı eşitlik ilkesi sebebiyle pay sahipleri sözleşmesine daha az başvurulacağı ve maddi nitelikteki hükümlerle şirket içerisinde çözüm odaklı yaklaşımlar benimsenebileceği kanaatindeyiz. Diğer bir deyişle, TTK m 340 hükmünde anonim şirketler için kaleme alınan gerekçenin¹⁴¹ limited şirketler nazarında tam aksi yönde bir seyir izleyeceği düşüncesindeyiz.

5) Organlar arası yetki dağılımına ilişkin sınırlandırmaların şirketler hukuku haricinde yer alan “*Hiç kimsenin kendi davasının hâkimi olamaz.*” genel prensiplerden birinin sonucu olduğu ifade edilmektedir¹⁴². Diğer bir deyişle, şirket ile ortak arasında ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlıkta şirket organının bir hakem kurulu olarak görev alamayacağı kabul edilmektedir¹⁴³. Bunun yanı sıra genel olarak şirketlerde oy hakkının kullanılmasından vazgeçilmesinde, sermayeye değer biçilmesinde, kâra katılmada vb. durumdaki şekillendirme serbestisinin sınırını öncelikle kanuni düzenleme, bu yok ise ahlaka aykırılığın (BGB 138)¹⁴⁴ -yazılı olmayan kural olarak- çizeceğinin

¹³⁹ Handschin, s. 339.

¹⁴⁰ Handschin, s. 339. Ortaklar arası yükümlülükler noktasında anonim şirketlerde pay sahipleri sözleşmesinin benzer yöndeki işlevi için bkz. Handschin, s. 341 vd.

¹⁴¹ “Tasarının yeni olan bu maddesi, normatif sistemin zorunlu bir parçasıdır. Alm. POK 23 (5) paragrafından esinlenerek kaleme alınmış bulunan bu hükmün, Alman öğretisinde bir çok karşıtı vardır; Türkiye’de de hükmün eleştirileceğinden şüphe edilmemiş, bu husus da hesaba katılarak hüküm öngörülmüştür. Maddeyi eleştirenler, hükmün, esas sözleşmenin düzenlenmesinde paysahiplerinin iradelerine pek az yer bıraktığını, bütün esas sözleşmelerin bir örnek hâle gelmesine sebep olacağını; emredici olmayan hükümlerin belirlenmesi tartışmasını yaratacağını; ticaret sicili müdürüne geniş takdir yetkisi verilmiş olduğunu ileri sürerler. Ancak hükmün, açıkça geçersiz olan, paysahipleriyle alacaklıların haklarını zedeleyen veya sınırlayan düzenlemelerin esas sözleşmelere girmesine engel olduğu, bazı kurum ve kuruluşların şirketlere istedikleri esas sözleşme hükümlerini dayatmaları yolunu kapattığı, bu yararın da Ülkemiz açısından küçümsenmeyecek derecede önem taşıdığı ve hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanmasında etkin bir rol oynayacağı; esas sözleşme hükümlerinin geçerliliğine ilişkin davaların sayısını azaltmak gibi bir yararı da beraberinde getirdiği dikkate alınması gereken noktalardan sadece bir kaçıdır. Anonim şirketler hukukunda bireysel paysahipliği hakları ile azlık hakları öğretisinin bugün gittikçe etkisini kaybeden sözleşme özgürlüğü ilkesini sınırlandırdığından şüphe edilemez.”

¹⁴² Bu konuda yapılan ayırım ve sonuçları için bkz. Teichmann, s. 187-188.

¹⁴³ Teichmann, s. 187.

¹⁴⁴ Bu hükmün öngörülme amacı içerisinde kurumun korunması yoktur. Bunun yerine ölçülülük ilkesinin sözleşme özerkliği ile bağlantısının olduğu yönünde bkz. Armbrüster, s. 360.

kabulü ile şirketin varlık sebebi¹⁴⁵, tipi ve kurum teorisinin şirketlerde geçerli yazılı olmayan prensip kapsamında değerlendirilemeyeceği iddia edilmektedir¹⁴⁶. Oysaki şu bir gerçektir ki; kanun koyucunun her türlü hususu öngörüp düzenlemesi mümkün olmadığı gibi¹⁴⁷, düzenlendiği hususların şirkete özgü olarak ortaya çıkabilen ve kanunda öngörülmeleyen bir durum olabileceği de unutulmamalıdır. Bu yüzden bahsedilen üç hususun her halükârda limited şirket sözleşmesinin yapılandırılmasında göz önünde tutulması gereken -aynı zamanda düzenlemelere temel teşkil eden- emredici nitelikte yazılı olmayan prensipler olduğu kabul edilmelidir.

6) Alman limited şirketler hukukunda genel kurulun üst organ niteliğine sahip olmasının şirketin varlığı ya da yapısal prensiplerle çeliştiği ifade edilmektedir¹⁴⁸. Bu noktada genel kurulun yetkilerini başka bir kurula devretmesinde olduğu gibi bu yetkiyi geri alabilecek olması da şekillendirme özgürlüğünün görünüm biçimlerinden biridir¹⁴⁹. Bu bağlamda limited şirketlerde oy hakkının temsilci yoluyla kullanılabilmesi için bu amaçla özel olarak düzenlenecek 'Textform' olarak adlandırılan yazılı bir belgenin düzenlenmesi dışında herhangi bir şart aranmamaktadır (GmbHG § 47 Abs. 3)¹⁵⁰. Türk hukukunda da oy hakkı esas sermaye payına bağlı şahsi nitelikte vazgeçilmez bir haktır (TTK m. 618/1-3.cümle)¹⁵¹. Bu bağlamda oy hakkının

¹⁴⁵ Almanya'da limited şirketin 1980'li yıllardan beridir çok sayıda saman adamlarla kurulmuş olmasının önüne geçmek, yani kanunun dolanılmasını engellemek ve bilhassa kuruluşunda en azından iki kişinin varlığının arandığı şahıs şirketlerinin daha fazla ortağa sahip olmaya devam etmesi şartının mer'i hukuka göre kabul görmemesi karşısında tek ortaklı limited şirketin kurulmasına cevaz verilmiştir. Bkz. **Armbrüster**, s. 344-345. Bu demek oluyor ki, gelişen şartlar ve bu şartların şirketin varlık sebebiyle ilişkilendirilebilmesi amacıyla kanunda yazılı ifadesini bulmayan düzenlemelere kaynaklık eden yazılı olmayan prensiplerin varlığı inkâr edilemez. Hatta Almanya'da limited şirketler açısından kanunen geçerli her türlü amaçla şirketin kurulabilmesi amaçsal açıklık (Zweckoffenheit) olarak ifade edilmekte ve şirketler hukukuna ilişkin şekillendirme özgürlüğüne dayandırılmaktadır. Bkz. **Hommelhoff**, s. 39 ve 56 vd.

¹⁴⁶ **Hey**, s. 238 vd.; **Haberer**, s. 252 vd. Şahıs şirketleri açısından yapılan değerlendirmeler için bkz. **Armbrüster**, s. 343 vd.

¹⁴⁷ Benzer yönde bkz. **Hommelhoff**, s. 55.

¹⁴⁸ Bunun, GmbHG § 53 Abs.1 hükmünün yorumundan ve ortakların şekillendirme yetkilerine dair sınırlandırmaların bağımsızlığından kaynaklandığı hususunda bkz. **Weber**, s. 34-35.

¹⁴⁹ **Weber**, s. 36.

¹⁵⁰ Bilhassa mezkûr hükmün, ortak pay sahibinin onayını gerektirmediği ve münhasıran basit çoğunlukla alınabilecek kararlar açısından dar yorumlanması gerektiği hususunda bkz. **Weber**, s. 260-262. Ayrıca bkz. **Doğrusöz Koşut**, s. 56.

¹⁵¹ **Doğrusöz Koşut**, Hanife: Limited Şirkette Oy Hakkı, 1. Baskı, İstanbul 2021, s. 59.

kural olarak şahsen kullanılacağını; ancak bir temsilci aracılığıyla kullanılmasının yasaklanmadığını kabul etmek gerekir (TTK m. 617/3-2.cümle)¹⁵². Bu yüzden ortağın genel kurulda temsilci aracılığıyla oy kullanma hakkını sınırlandıran ya da tamamen ortadan kaldıran şirket sözleşmesi hükümleri TTK m. 579 hükmüne aykırı olduğundan bu yönde alınmış müdürler kurulu ya da genel kurul kararları batıldır¹⁵³. Bu noktada kural olarak anonim şirket pay sahipleri için kanunda öngörülmemiş sadakat yükümlülüğünün¹⁵⁴ şahıs şirketi özelliklerini içeren limited şirket ortakları açısından TTK m. 613/2 hükmünde düzenlendiğini söyleyebiliriz¹⁵⁵. Şu hâlde doktrinde ortakların oy haklarının bağımsız bir şekilde kullanmalarına getirilmiş bir sınırlandırma niteliğindeki sadakat yükümlülüğünün özellikle şirket sözleşmesinin değiştirilmesi konusunda ortağa olumlu yönde oy verme zorunluluğunu yükleyip yüklediği tartışması vardır¹⁵⁶. Bu tartışmada genel kurul kararının alındığı konuda şirket menfaatlerinin korunmasında zorunluluğun yanı sıra ortağın menfaatlerinin orantısız bir şekilde zarara uğratılmaması gerektiği genellikle kabul edilmektedir¹⁵⁷. Bunların haricinde *DOĞRUSÖZ KOŞUT*'a göre; şirket sözleşmesi değişikliğine ilişkin kararın objektif olarak ortakların tümü-

¹⁵² **Doğrusöz Koşut**, s. 59.

¹⁵³ **Doğrusöz Koşut**, s. 60.

¹⁵⁴ Sadakat yükümlülüğünün, taraflar arasında şahsi güvene dayalı şirket ilişkilerinde ortaya çıkan ve dürüstlük kuralının üstünde yer almasının yanı sıra objektif olarak başkalarının menfaatlerini koruma amacını taşıyan kanuni yükümlülük olduğu yönünde bkz. **Doğrusöz Koşut**, s. 100-101. Oy hakkının temsilci aracılığıyla kullanılması halinde hem oy hakkının ne şekilde kullanılacağı hem de temsilcinin seçimi konuları da limited şirket ortağının sadakat yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmesi gereken hususlardandır. Zira oy hakkının kullanılması yoluyla bir şekilde sadakat yükümlülüğü ihlal edildiğinde buna bağlı ortaya çıkacak yaptırımların hem borçlar hukuku hem de şirketler hukuku düzleminde ne şekilde uygulama alanı bulacağı ayrı bir öneme sahiptir.

¹⁵⁵ **Doğrusöz Koşut**, s. 101.

¹⁵⁶ **Şener**, s. 465 ve 466; **Doğrusöz Koşut**, s. 105 ve 106.

¹⁵⁷ **Şener**, s. 466; **Doğrusöz Koşut**, s. 106. Şirket sözleşmesi değişikliklerinde şirketin zorunlu menfaatine olan sonucun başka türlü edilememesi söz konusuysa sadakat yükümlülüğünün özel koşullar altında yalnızca oylamaya katılım konusunda zorunluluk halini alabileceği ifade edilmektedir. Bu yüzden yapılacak sözleşme değişikliğinin şirketin çıkarı için zorunlu olmasının yanı sıra ortaklar açısından bunun makul nitelikte olması gerekir. Bu noktada örneğin; sermaye artırım kararına muhalif olan ortaklar için dezavantajlı bir durum yaratmıyorsa, o halde objektif olmayan saiklerle hareket edilmesine izin verilmemelidir. Bu yüzden münferit durumlarda onayın zorunlu olması ve ortaklar için makul olması halinde, onay yükümlülüğü kötüye kullanılmadığı takdirde yalnızca belirli önlemlere ilişkin ortakların belirli yönde oy kullanmaları gerekebilir. Bkz. **Noack/Servatius/Haas/Fastrich GmbHG § 13 Rn.29**.

nün menfaatlerine uygun nitelikte olması gerekir¹⁵⁸. Kanaatimizce burada devreye yine limited şirketlerde geçerli yazılı olmayan prensipleri göz önünde tutarak kararın neye ilişkin olduğunu -ki bu konuda tedbir mahiyetinde olması gerektiği-, azınlığın haklarını ihlal edip etmediği ve en nihayetinde oy kullanmama ya ret oyu vermenin hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde değerlendirilip değerlendirilmediğinin ayrıca irdelenmesi gerekir. Bu yüzden bu konuda olumlu cevabın alınmasında şirketin yapısının¹⁵⁹ korunması gerekliliği ile yazılı olmayan prensiplere olan ihtiyacın varlığı doğrulanmış olur. Ayrıca oydan yoksunluk hali de (TTK m. 619) oy hakkının kullanılmasına ilişkin diğer bir sınırlandırmayı teşkil eder¹⁶⁰. Bu bağlamda TTK m. 619 hükmünde belirtilen haller dışında¹⁶¹ şirket sözleşmesiyle başkaca oydan yoksunluk hallerinin öngörülemediği kanaatindeyiz¹⁶². Çünkü limited şirketlere hâkim emredici hükümler ilkesi, TTK m. 619

¹⁵⁸ Soyut temelli bir ihtiyacın varlığının tüm ortakların alınacak karara olumlu oy verme yükümlülüğüne yol açmayacağı yönünde bkz. **Doğrusöz Koşut**, s. 106 ve 107.

¹⁵⁹ Sadakat yükümlülüğünün yoğunluğu ve kapsamının belirlenmesinde şirket yapısının araştırma zorunluluğu ve ülkemiz uygulamasındaki durum hakkına bkz. **Doğrusöz Koşut**, s. 107 ve 108.

¹⁶⁰ **Şener**, s. 466, dipnot 173. TTK m. 619 hükmünün, her ortağın en az bir oy hakkına sahip olmasını öngören TTK m. 618 hükmünün bir istisnasını oluşturduğu yönünde bkz. **Hamamcıoğlu**, s. 309.

¹⁶¹ Bunlar sırasıyla şu şekildedir: Herhangi bir şekilde şirket yönetimine katılmış bulunanların, müdürlerin ibralarına ilişkin kararlarda oy kullanamaması; şirketin kendi esas sermaye payını iktisabına ilişkin kararlarda, esas sermaye payını devreden ortağın oy kullanamaması; ortağın bağlılık yükümüne veya rekabet yasağına aykırı faaliyetlerde bulunmasını onaylayan kararlarda ilgili ortağın oy kullanamamasıdır. Bunların haricinde *Yıldız*'a göre; her ne kadar limited şirketlerde -anonim şirketlere kıyasla (TTK m. 436)- yoksunluk özel olarak; ancak kapsamı dar olarak düzenlenmiş ise de ortak, karı ya da kocasının veya kendisi ile şirket arasındaki şahsi nitelikteki iş veya işlemin ya da davaya dair görüşmelerin yapıldığı toplantılarda oy hakkında yoksun olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu konuda bkz. **Yıldız**, s. 225.

¹⁶² Aynı yöndeki görüş için bkz. **Şener**, s. 587-588; **Hamamcıoğlu**, s. 310; **Tokcan**, Pelin: Limited Ortaklıkta Oy Hakkından Yoksunluk, 1. Baskı, İstanbul 2018, s. 22-23. Hatta *Akbay*'a göre, TTK m. 577/1-ı bendiyle şirket sözleşmesinde öngörülmek kaydıyla oy hakkı ve oy hakkının hesaplanmasına dair kanuni düzenlemelerden ayrılan hükümler bağlayıcı nitelikte olsalar da, buna kanunun cevaz verdiği düzenlemelerle sınırlı tutmak gerekir. Bkz. **Akbay**, Direnç: Türk Ticaret Kanununun Tasarısı'na Göre Limited Ortaklık Genel Kurulunun Toplanma ve Karar Alma Esasları, 1. Baskı, İstanbul 2010, s. 188. Aksi yöndeki görüşler için bkz. **Çamoğlu**, Ersin: "Limited Ortaklıktan Çıkarma", *Batider*, 30(3), 2014, s. 9; **Bilgili**, Fatih/**Cengil**, M. Fatih: "Limited Şirket Genel Kurulunda Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017/1, s. 93-94 <<http://dosya.gsu.edu.tr/Docs/HukukFakultesi/TR/FakulteDergisi/GSUHFD-2017-1.pdf>> ; **Eren**, s. 65.

hükümün lafzi olarak sınırlı sayımı tercih etmesi ve asgari oy hakkının vazgeçilmezliği söz konusudur¹⁶³. Bu noktada aksi görüşteki yazarların bilinçsiz boşluğun bulunduğu görüşü¹⁶⁴ ile söz konusu hükümdeki yoksunluk hallerinin düzenleniş amacı ile örtüşen, hükmün kapsamı içerisinde değerlendirilebilen ve şirketin menfaatini gerekli kılan hallerde de oydan yoksunluğun gündeme gelebileceği görüşünün¹⁶⁵ limited şirketlerde geçerli yazılı olmayan prensiplerle çeliştiği kanaatindeyiz. Nitekim *TOKCAN*'ın -kısmen- yerinde bulduğumuz tespitinin¹⁶⁶ esasında limited şirketin yapısı ve tamamlayıcı hükümlerin nasıl yorumlanması gerektiği konusundaki tip öğretisinin bir sonucu olduğunu kabul etmek gerekir. Buna göre; oy hakkında yoksunluk hükümlerinin sınırlı sayıda olması ile oy hakkından yoksunluk hükümlerinin kapsamının belirlenmesi farklı hususlardır. Bu bağlamda yazara göre; istisnaların dar yorumlanması kuralının hükmün amacını da daraltan biçimde uygulanmaması gerekirse de hükmün amacını genişletmeden bu amaca göre

¹⁶³ Şener, s. 587-588; Hamamcıoğlu, s. 310.

¹⁶⁴ Çamoğlu, s. 9, dipnot 7.

¹⁶⁵ Bilgili/Cengil, s. 95 vd ve 101-102. Bu konuda yazarların şirket esas sözleşmesine payın devri halinde payının devreden ortağın oy hakkında yoksun kılacağına ilişkin bir hüküm öngörülebileceği görüşünün yerinde olmadığını olması gereken hukuki boşluk kavramı ile açıklayabiliriz. Zira bu boşluğun doldurma yetkisi kanun koyucuya aittir (Bu konuda bkz. Kaşak, Yetki, N. 7.77, s. 406-407) Ki burada oy hakkında yoksunluk kurumunun öngörülme amacının gerçekleştirilmesi noktasında -bir an için- hukuki boşluk bulunduğu düşünülüp tamamlayıcı bir hüküm öngörüldüğünde dahi burada hukuk politikası buna izin vermemektedir. Zira burada hakkın kötüye kullanıldığına dair bir durumda söz konusu değildir. Zaten bu yüzden limited şirketlerde geçerli yazılı olmayan prensiplerin Kanunun emredici hükümlerinden sonra geldiğini ifade etmiştik. Bu vesileyle kanun koyucunun hükmü öngörmeye takip ettiği hukuki politika ile kurumun kendi yapısının birbirinden farklı kavramlar olduğunun farkına varılmalı ve kanuni çerçeveden dışarı çıkılmamasına özen gösterilmelidir. Nitekim -her ne kadar Eren aksi yöndeki fikre iştirak etse de- bu konuda GmbHG § 47 Abs. 4'tekine benzer şekilde 'bir ortağın şirket ile arasındaki hukuki uyumsuzluklarda oydan yoksun olduğuna' dair açık bir hükmün TTK'ye eklenmesi halinde ortaya çıkabilecek haksız ve adaletsiz durumların önüne geçilebileceği dile getirilmektedir. Bkz. Eren, s. 65.

¹⁶⁶ Tokcan, s. 23 ve 25-26. Kısmen ifadesini kullanmamızın sebebini, Akbay'ın da şu ifadesiyle somutlaştırabiliriz: "Oy hakkından yoksunluğun kapsamı belirlenirken sadece onay kararıyla sınırlı kalmamak gerekir. TTK Tasarı 619/2 hükmünün lafzı incelendiğinde ortaklığın kendi esas sermaye payını iktisabına "ilişkin kararlarda" ilgili ortağın oy hakkından yoksun olduğu düzenlenmiştir. Yani sadece onay kararından değil. Bu durumda devirden önce TTK Tasarı 616/1/ı uyarınca, müdürlerin ortaklığın kendi paylarını iktisabı hususunda yetkilendirilmesi, önceden verilmiş onay anlamı taşıdığından, bu yetkilendirme kararı için de ilgili ortak oydan yoksundur." Bkz. Akbay, s. 192. Yani burada genişletici yorumdan ziyade hükmün kapsamını tayin ederken bu yasağa aykırılığa benzer şekilde ulaşılabilecek hallerin ne olduğunun ortaya konulması gerekir.

yorum faaliyetine izin verdiği yönündeki yaklaşımın benimsenmesi gerekir. Bu noktada kanaatimiz kati surette sınırları tayin edilmiş oy hakkından yoksunluk hallerinin çoğaltılamayacağıdır. Zira buradaki mesele, örneğin¹⁶⁷; şirketin kendi esas sermaye payının iktisabına ilişkin kararlardan ne anlaşılması gerektiğidir; yani esas sermaye payının devrinin bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir. Bu yüzden bu kapsama girmeyen¹⁶⁸ esas sermaye payının devri durumunda payını devreden ortağın oydan yoksun kalacağına ilişkin bir hüküm şirket sözleşmesine konulamaz¹⁶⁹. Zira ortak ve

¹⁶⁷ Doktrinde şirket sözleşmesinden kaynaklanan çıkarma hakkının kullanılması ile haklı sebeple çıkarma hakkının kullanılması arasında bir ayırım yapılmaksızın çıkarılacak ortağın genel kurulda oy hakkının olup olmadığı incelenmektedir (Bu yönde bkz. **Eren**, s. 56, dipnot 253.) Oysaki burada çıkarma sebepleri açısından ikili bir ayırım yapılması yerinde olur. Buna göre, şirket sözleşmesinde öngörülebilecek bir çıkarma sebebi için şirket sözleşmesi değişikliğindeki genel kurul kararındaki oy hakkının karşılığını çıkarılacak ortağın kendisinin çıkarılmasına ilişkin kararın alınması sırasında oy hakkının kullanılması teşkil eder. Aksi halde şirket ilişkilerindeki dengelerin bir şekilde bozulması halinde çıkarılacak ortağın savunma hakkı adaletsiz ve eşitlik ilkesine aykırı olacak şekilde elinden alınmış olur. Gerçekten de TTK m. 619/3 hükmü ortakların rekabet yasağının ortadan kaldırılmasına ilişkin bir durumu düzenlememektedir (Bkz. **Tokcan**, s. 75; **Karakılıç**, Hasan: Limited Ortaklıkta Rekabet Yasağı, 1. Baskı, İstanbul 2019, s. 254). Diğer taraftan haklı sebeplerin varlığı halinde şirket tarafından açılan dava ile ortaklıktan çıkarmada ise öncelikle haklı sebebin ne olduğu tespit edilmelidir. Şayet TTK m. 619/3 kapsamına giren rekabet yasağına ilişkin olarak bir çıkarma sebebi iddiası var idiyse rekabet yasağının aykırılığın ortadan kaldırılmasına ilişkin bir genel kurul toplantısı yapılmalıdır. Zira bilindiği üzere TTK m. 613/2-3.cümle gereğince ortakların şirketle rekabet etmemesi için şirket sözleşmesinden öncelikle bunun kararlaştırılması gerekir (**Yıldız**, s. 187). O halde rekabet yasağına aykırı faaliyetlere izin verilmesinin genel kurul onayına bağlandığında bu kararda rekabet yasağı kaldırılacak ortak oy hakkından yoksun kalacaktır. Bu takdirde TTK m. 621/1-g bendi uyarınca karar alınırken oy hakkından yoksun olan ortağın hem oyu hem de esas sermaye payı devre dışı bırakılmış olur. (Bu konuda bkz. **Akbay**, s. 194). Bu durumda söz konusu hükmün uygulama alanı bulabilmesi için rekabet yasağına aykırı faaliyetlere izin verilmesi genel kurul onayına bağlanmalıdır; yoksa TTK m. 613/4 hükmü uygulanır. Ki bu durumda hakkında rekabet yasağı kaldırılacak olan ortak, genel kurulda oy kullanmak ya da yazılı onay vermek suretiyle alınan kararı etkileme imkanına sahip değildir (**Tokcan**, s. 75; **Karakılıç**, s. 234) Buna karşılık en başta haklı sebeple ortaklıktan çıkarma için genel kurul toplantısı yapılacak olsa söz konusu kararın bu sefer TTK m. 621/1-h bendi gereğince aynı yetersayılarla; ancak çıkarılması talep edilen ortağın oy hakkı hesaba katılarak alınması gerekecektir. Zaten her halükârda ortaklara bir rekabet yasağının getirilebilmesi buna şirket sözleşmesinde yer verilmesine bağlıdır.

¹⁶⁸ Esas sermaye payını devreden ortak, TTK m. 619/2 hükmü uyarınca şirketin kendi payını iktisap etmesi hariç, payın devrinin onaylandığı genel kurul kararlarının alınmasında oydan yoksun değildir. Bkz. **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 442.

¹⁶⁹ Aksi yöndeki görüş için bkz. **Bilgili/Cengil**, s. 101.

şirket arasında menfaat çatışmasına sebebiyet verdiği kabul edilen bu durumun şirketin kendi payını devralmasına dair yüzde on oranındaki miktar sınırlaması ve şirket tarafından yapılacak ödemelerin yalnızca serbestçe kullanabileceği öz kaynaklardan yapılabilmesi karşısında (TTK m. 612) bir anlamı yoktur¹⁷⁰. Diğer bir deyişle, TTK m. 619 hükmüyle oydan yoksunluk haliyle öngörülen koruma TTK m. 612 hükmü ile yeterince sağlanmaktadır¹⁷¹.

7) Limited şirketler hukukunda şirket sözleşmesi özgürlüğünün suistimal edilebilir nitelikte oluşu¹⁷², azınlık pay sahiplerinin korunmasına (yıllık bilançonun onaylanması ve safi kâra katılması konusunda) kanunen kesin bir çözüm önerisinin getirilememesi¹⁷³ eleştirileri karşısında¹⁷⁴ Alman kanun koyucusunun açıkça sermaye ortaklığı olarak düzenleme yapma yolunu tercih ettiğini söyleyebiliriz¹⁷⁵. Bu cihetle limited şirkette seçilmiş yönetim, zorunlu asgari esas sermaye, ortaklık payının serbestçe devredilebilirliği ve miras yoluyla geçişi gibi hususlar şirket sözleşmesinde ortakların tasarrufunda olan hususlar arasına dahil edilmiştir¹⁷⁶. Yine de limited şirketler açısından Avrupa Özel Şirketin örnek alındığı ve sermaye şirketlerinde ikili yapı olarak ('devlete yakın anonim şirketler' karşısında) 'devlete uzak' yapıda bir şirketin varlığı teklif edilmektedir¹⁷⁷. Tam da bu noktada tamam-

¹⁷⁰ Demirkapı, s. 330.

¹⁷¹ Demirkapı, s. 330-331. Tasarı döneminde şirket ve ortağın işlem yapmasından doğan riskler yalnızca şirket payının devriyle sınırlı görülmemesi gerektiği ve bu konuda anonim şirketlerdeki gibi genel bir düzenleme getirilme önerisi için bkz. Demirkapı, s. 331.

¹⁷² Sözleşmenin içerik denetiminin yalnızca istisnai ve nitelikli çoğunluğun gerektirdiği durumlara özgülenmesi konusunda bkz. Hommelhoff, s. 47 ve 48.

¹⁷³ Ayrıca azınlık pay sahiplerinin Kanun'a güvenmek yerine, şirketin kuruluşunda ya da sonradan şirketin ortağı olmaları halinde Kanuni düzenden ayrılan düzenlemelerin yapılmasına etkiye bulunabilmeleri zorunlu hale getirildiğinde, azınlığın bu yolu savsaklaması bunun olumsuz sonuçlarına katlanmalıdır demenin doğru olmadığı hususunda bkz. Hommelhoff, s. 48 vd. ve özellikle 50-51.

¹⁷⁴ Şirket sözleşmesi özgürlüğüne dair yapılan tartışmalara dair rapordaki diğer eleştiriler için bkz. Kleindiek, s. 99 vd.

¹⁷⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Hommelhoff, s. 52 vd.

¹⁷⁶ Bunun haricindeki hususlar için bkz. Hommelhoff, s. 52-53.

¹⁷⁷ Hommelhoff, s. 60. Avrupa Özel Şirketin Avrupa Birliği'nin 1960'ların ortalarında başlayan şirketler hukuku alanındaki uyumlulaştırma çabaları 2000'li yıllarda Avrupa tipi şirket formlarının gündeme gelmesiyle yeni bir boyut kazanmıştır. Bu çerçevede Avrupa Şirketi (Societas Europe) ve Avrupa Kooperatif Şirketi'nin (Societas Cooperative Europea) yanı sıra Avrupa Ekonomik Çıkar Gruplaşmaları (European Economic Interest Grouping) sayılabilir. Hatta bu uyumlulaştırma çalışmaları kapsamında tek ortaklı limited şirket formu olan 'Societas Unius Personae' tipinin oluşturulması da hedeflenmektedir (Sümer, Murat: "Avrupa Birliği'nde Şirketler Hukuku Ala-

layıcı nitelikteki düzenlemelerle limited şirketler hukukunda hukuki güvenlik tesis edilmiş olur¹⁷⁸. Bu bağlamda her ne kadar örnek limited şirket sözleşmelerinin faydaları olsa da¹⁷⁹, -yanlış anlaşıldığını ifade eden¹⁸⁰- *HOMMELLHOFF*- limited şirketler hukukunda şahsi sorumluluk konseptinin güçlendirilmesinin ve hayata geçirilmesinin önünde bir engel teşkil ettiği düşüncesindedir¹⁸¹. Sonuç olarak sermaye şirketlerinde ikili yapının varlığını destekleyecek bir kanuni düzene ihtiyaç vardır¹⁸².

8) Genel olarak sermaye şirketlerinde özelde ise limited şirkette yönetim ve temsilin birbirinden ayrılmasının soru işaretlerini beraberinde getirdiğini ifade etmek gerekir. Peşinen söylemek gerekirse, şirket yönetim ve temsili, yani şirketin iç ve dış ilişkisinin birbirinden keskin bir şekilde ayrılmasını doğru bulmamaktayız¹⁸³. Aksine şirket içerisindeki hukuki serbes-

nında Yapılan Uyumlaştırma Çalışmaları ve Avrupa Tipi Şirket Formları”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, 18(2), 2019, s. 557 vd.). Nitekim *Yıldız* da, Avrupa Tipi Limited Şirketlerin küçük ve orta ölçekteki işletmelerin yanı sıra büyük ölçekli işletmelere hatta holdinglere uygun bir yapıya sahip olduğunu düşüncesinde olup Avrupa Anonim Şirketi'nin AB hukukuna özgü en elverişli ve tek şirket tipi olmaması gerektiği kanaatinde (Yıldız, Şükrü: “Avrupa Özel Şirketi”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Birinci Cilt, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 611 vd.). Bu şirket tipi esas sermayesi paylara bölünmüş, tüzel kişiliğe sahip bir ticaret şirketi olup anonim şirkete tanınan yetki ve haklara aynen sahiptir. Bu şirketin kuruluşu, niteliği ve diğer özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Pulaşlı**, Hasan: “Yeni Tüzük Hükümlerine Göre Avrupa Anonim Şirketi”, *Batider*, 21(4), 2022, s. 7 vd.

¹⁷⁸ **Kleindiek**, s. 99.

¹⁷⁹ **Hommelhoff**, s. 58 ve 59.

¹⁸⁰ Bu konuda bkz. **Kleindiek**, s. 100.

¹⁸¹ **Kleindiek**, s. 101.

¹⁸² **Kleindiek**, s. 101.

¹⁸³ *Cenkci*'nin şu ifadeleriyle benzer yargıda bulunduğunu söyleyebiliriz. Buna göre; “*TTK m. 367 ile TTK m. 380/2 arasındaki bağlantı nedeniyle yönetim yetkisi devredilmeden temsil yetkisinin devri mümkün değildir. Dolayısıyla esas sözleşmede yer verilecek temsil yetkisinin devredilebileceğine ilişkin hükümle yönetim yetkisinin devrine de imkân tanınmaktadır. Bu husu temsil yetkisinin tek başına devrinin pratikte önem arz etmemesinden ziyade, 370/2 madde ile organsal işlevin devredilmesinden kaynaklanmaktadır. Organın karakteristik özelliği olan bağımsızlığın sağlanabilmesi, temsil yetkisinin karar alabilme yani yönetim yetkisiyle tamamlanmasını gerektirmektedir. Ortaklığın salt imza yetkisiyle donatılmış kişilerce temsil edilmesini sağlayacak kurumlar hukukumuzda zaten mevcuttur. Bu durum karşısında, kanun koyucunun bir de salt temsil yetkisinin devrine yönelik bir hüküm sevk edeceğini düşünmek abesle iştigal etmekten öteye geçmemektedir.*” Bkz. **Cenkci**, Esra: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisinin Devri, 1. Baskı, Ankara 2018, s. 54. Bu yargının TTK m. 625/1 hükmü gereğince limited şirketlerde de geçerli olduğu söylenebilir. Bunun sebebi, şirket yönetimindeki kararın -insan beyni olarak düşünürsek- aynı doğrultuda icrasını -insanını ayakları- yani

tinin dış ilişkideki yansımaları elbetteki olacaktır. O halde olması gereken kural olarak iç-dış ilişkinin ayniyet arz ettiği; aksinin öngörülmesini şirket ortaklarına tanımak gerektiği bir düzen ile mümkün olabilir. Bu noktada ZOLLNER'in iç ilişkide tam olan sözleşme özgürlüğünün, dış ilişkide -istisnalar haricinde- sözleşme özgürlüğünden yoksun olduğu görüşünün¹⁸⁴ yanı sıra HABERER'in Kanun'a aykırı olmayacak şekilde iç ilişkideki sözleşme özgürlüğünün, dış ilişkide daraldığı görüşü de doğru değildir¹⁸⁵. Doğru olmayan bu anlayışın neticesinde Avusturya hukukunda oybirliğiyle kabul edilen görüş, limited şirketlerde en azından iç ilişkide kanuni düzenlemelerin şüphe halinde emredici değil, tamamlayıcı olduğu yönündedir¹⁸⁶. Oysaki hem Alman (GmbHG § 45 Abs. 1) hem de Avusturya hukukunda (ÖGmbHG § 4 Abs. 2) kanun koyucu limited şirketlere ilişkin kanuni düzenlemelerin tereddüt halinde emredici nitelikte olduğunu kabul etmişlerdir¹⁸⁷. Emredici ve tamamlayıcı hüküm¹⁸⁸ ayrımı da şirket sözleşmesi özgürlüğüne getirilen sınırlandırmada bir kriter olarak karşımıza çıkar¹⁸⁹. Bu noktada Türk kanun koyucusu¹⁹⁰ iç ilişkinin emredici hükümlerle düzenlenmediği TTK m. 577/1-a, e, f, g, h, ı, i, j, k, l, m'de ifade edilerek dile getirilmişken TTK m. 577'de öngörülüp de emredici mahiyette kanundaki kurallar çerçevesinde limited şirket sözleşmesine geçirilmesine gereken kayıtlara yer

temsili sonucunu doğurması gerekir. Aksi halde işin doğasına aykırı durumlar ortaya çıkabileceği kanaatindeyiz. Buna örnek olarak; TTK m. 577/1-i bendindeki şirket yönetiminin üçüncü bir kişiye bırakılmasına ilişkin yetki hükümleri ile TTK m. 623/1-3.cümle arasındaki ilişkinin yerindeliğinin sorgulanması gerekliliği gösterilebilir.

¹⁸⁴ Zöllner, s. 88-89.

¹⁸⁵ Üçüncü kişilerin çıkarlarının korunması gerektiğinden bahisle ulaşılan bu sonuç için bkz. Haberer, s. 250-251. İrade özerkliği ve haliyle sözleşme özgürlüğünün şirketin dış ilişkisini doğrudan kapsamadığı yönünde bkz. Zöllner, s. 88.

¹⁸⁶ Haberer, s. 250.

¹⁸⁷ Her iki hukuk düzeninde bu sonuca dolayısıyla ulaşıldığı hususunda bkz. Haberer, s. 250 ve 251. Alman kanun koyucusunun limited şirketler hukukundaki düzenlemelerin emredici olup olmadığının yorum yoluyla tespit edilmesine imkân tanıdığı hususunda bkz. Zöllner, s. 89-90. İsviçre hukukunda irade özerkliği ilkesinden ötürü şirketler hukukuna ilişkin hükümlerin tereddüt halinde tamamlayıcı karakterde olduğu kabul edilmektedir. Bu sayede şahsi ilişkilere uyum daha kolay tesis edilmektedir. Bkz. Forstmoser, s. 256.

¹⁸⁸ Tamamlayıcı düzenlemeden büyük ölçüde sapmanın hakkın kötüye kullanılmasına işaret ettiği ve geçersiz bir şekillendirmeye sebebiyet verdiği hususu için bkz. Haberer, s. 254.

¹⁸⁹ Zöllner, s. 89.

¹⁹⁰ Sözleşme özgürlüğünü kısıtlamadaki yaklaşım ve kullanılan teknikler hakkında bkz. Zöllner, s. 90-92.

vermiştir¹⁹¹. Bu yüzden Almanya, İsviçre, Avusturya hukuklarında emredici hükümler ilkesi açıkça kabul edilmemiş ise de Türk hukukunda limited şirketler hukukunda mutlak anlamda emredicilik ilkesi hakimdir¹⁹². Burada varılan sonucun aynı olmasının sebebi ülkelerin hukuk politikasında izledikleri yolun farklı noktalarını esas almalarıdır. Bu noktada Türk hukukunda limited şirketler hukukuna ilişkin hükümlerin emredici karakteri konusunda şüpheye düşüldüğünde tartışma yer vermeksizin emredici olduğu kabul edilmelidir.

9) İsviçre limited şirketler hukukunda (Art 786 OR) esas sermaye payının devrinde kanun koyucunun olağanüstü derecede özgürlükçü olduğu kabul edilmektedir¹⁹³. Çünkü şirket ortakları ya mutlak özgürlükten yana bir tercihte bulunarak şirketin onayını kaldırabilirler ya da mutlak bir sınırlandırma getirerek devri tamamen yasaklayabilirler¹⁹⁴. Böylelikle bu iki uç arasında aslında tüm çözümlerin geçerli olduğu sonucuna ulaşılabilir¹⁹⁵. Keza Türk hukukunda da esas sermaye payının devrindeki kanuni düzenin ortakların iradesine bırakılarak bu konuya müdahale edilmesinin uygun görülmediği kabul edilmektedir¹⁹⁶. Bunun yanı sıra payın bütünlüğü ilkesinden vazgeçilerek¹⁹⁷ payının devrinin 6762 sayılı Kanun'a nazaran kolaylaştırılması, payın devrine onay kararının oranını düşürmesi ve onay kararının kaldırılabilmesine izin verilmesine ilişkin düzenleme ile ortakların bu konuda müdahale imkanlarının azaltılması sonucunu doğurmuştur¹⁹⁸. Bu noktada TTK ile anonim ve limited şirket arasında payın devrine dair birçok farkın ortadan kaldırılmasının hukuk politikası açısından şahıs şirketi ağır basan ayrı bir şirket tipine gereksinim duyuluyorsa, uygun olmadığı eleştirilerinin¹⁹⁹ haklılık payının olduğunu belirtmek gerekir.

¹⁹¹ **Tekinalp**, N. 18-18, s. 342.

¹⁹² TTK'nin limited şirketlere ilişkin hükümlerinin büyük çoğunluğunun emredici olduğu nun TTK m. 579'da açıkça belirtildiği hususunda bkz. **Tekinalp**, N. 18-17, s. 342.

¹⁹³ **Handschin**, 333 ve 334.

¹⁹⁴ **Handschin**, 334.

¹⁹⁵ Anonim şirketlerdeki farklı yönlerle karşılaştırmalı olarak bkz. **Handschin**, 334.

¹⁹⁶ **Tekinalp**, N. 21.15, s. 372. Bununla birlikte limited şirket esas sermaye payının serbestçe devir ve intikal etmesi, TTK Tasarısı'nda kabul edilmeyerek bunların devrinin belirli sınırla bağlanarak anonim şirket paylarında olduğu gibi esas sermaye paylarının kolayca tedavülü arzu edilmemiştir. Bkz. **Yıldız**, s. 132.

¹⁹⁷ Şirketin kuruluşundan itibaren ortakların birden fazla pay üstlenmelerinin mümkün olduğu ve Alman hukukundan farklı olduğu yönünde bkz. **Demirkapı**, s. 30.

¹⁹⁸ **Demirkapı**, s. 30-32.

¹⁹⁹ **Demirkapı**, s. 33.

10) İsviçre limited şirketler hukukunda (Art 823 OR) haklı sebeplerin bulunması halinde şirketin ortağın ortaklıktan çıkarılması için mahkemeye başvurabileceği ve böylelikle şirketin kendi ortaklık çevresini belirleme ihtiyacı karşılanmış olmaktadır²⁰⁰. Söz konusu hükmün ikinci fıkrasına göre şirket sözleşmesinde öngörülecek sebeplerle (bunların önemli sebep olması zorunluluğu yoktur) şirket genel kuruluna ortağı ortaklıktan çıkarılmasına izin verilmektedir²⁰¹. Söz konusu ortaklıktan çıkarma hakkında olduğu gibi çıkma hakkını²⁰² da tek taraflı olarak kullanılabilir fesih hakkının verilmesine kadar genişletilebilen; ancak daraltılmayan bu hakkı şirket sözleşmesine dayalı olarak geniş ölçüde serbestçe şekillendirme imkanına sahip tamamlayıcı nitelikte hükümler öngörülmüştür²⁰³. Bunların haricinde TTK m. 636/3 hükmü uyarınca haklı sebebin gerçekleşip gerçekleşmediği, her somut olayın özelliğine göre; yani söz konusu limited şirketin yapısı ve bireysel somut ilişkileri göz önünde bulundurularak tespit edilmelidir²⁰⁴. Gerçekten de *YILDIRIM*'ın da haklı olarak belirttiği üzere, limited şirketin yalnızca kanuni yapısı dikkate alındığı hallerde dahi, haklı sebebin tayininde ortakların ekonomik menfaatinin yanı sıra ideal çıkarlarının da göz önüne alınması gerekir²⁰⁵. İşte bu durum bize kanun koyucunun izlediği hukuk politikası²⁰⁶ ile limited şirketlerde geçerli yazılı olmayan prensipler arasındaki ince çizgiyi göstermek suretiyle limited şirkete dair ortaya çıkması muhtemel somut uyuşmazlıkların çözümünde yalnızca kanun hükümlerinin uygulanmasıyla sınırlı kalınmaması gerekliliğine işaret etmektedir.

11) İsviçre limited şirketler hukukunda kanun koyucunun şirket içi karar verme konusunun şekillendirilmesinde esnek bir yapıyı tercih ettiği görülmektedir²⁰⁷. Bu noktada anonim şirketlerde genel kurul ile yönetim kurulu arasındaki işlevler ayrılığı ilkesinin²⁰⁸ limited şirketlerde daha geçişken

²⁰⁰ Anonim şirketler hukukunda ortaklıktan çıkarma imkânı yok ise de, buna olan ihtiyacın limited şirketlerden daha az olduğu yönünde bkz. **Handschin**, s. 335 ve 336.

²⁰¹ Şirket sözleşmesindeki çıkarma sebeplerinin genel olarak belirtilmesinin geçersiz olduğu yönünde bkz. **Handschin**, s. 335-336.

²⁰² Anonim şirketler hukukunda limited şirketteki çıkma hakkının alternatifi olarak Art 736 OR 1 Abs. 4'te öngörülen şirketin haklı sebeple fesih davasında başkaca bir çözüm olarak ortağın şirketten çıkmasına karar verebileceği yönünde bkz. **Handschin**, s. 347-348.

²⁰³ **Handschin**, s. 345.

²⁰⁴ Bu konuda iki ayrı yöndeki örnekler için bkz. **Yıldırım**, s. 128 vd.

²⁰⁵ **Yıldırım**, s. 133 vd. ve özellikle 136.

²⁰⁶ TTK m. 636/3 hükmü bağlamında haklı sebebin tanımının yapılmamasının kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğu yönünde bkz. **Yıldırım**, s. 126.

²⁰⁷ **Handschin**, s. 336 ve 337.

²⁰⁸ Anonim şirketler hukukunda katı bir şekilde eşitlik ilkesinin kabul edildiği yönünde bkz. **Handschin**, s. 339.

(iç içe geçtiği) yapıda olduğu dikkati çekmektedir²⁰⁹. Türk hukukunda ise limited şirketlerde tıpkı anonim şirketlerde olduğu gibi işlevler ayrılığı ilkesi kabul edilmiştir²¹⁰. Bu ilke sonucunda genel kurul ile müdürler kurulunun kendilerine kanunen tanınmış işlevleri gereği haiz olduğu yetkiyi kullandığı, kendi aralarında altlık-üstlük ilişkisinin bulunmadığı ve hiçbir organın diğere talimat veremeyeceği, birbirlerinin yetkilerini kullanamayacaklarını, böylelikle genel kurulun tüm yetkilerin kendisinden doğduğu bir üst organ olmadığı anlaşılır²¹¹. Bunun hukuki dayanağı TTK m. 616 ile 625/1 hükümleridir. Bu noktada tüzel kişiliğin/birliğin kendi kaderini tayin etme hakkının gereği olarak üçüncü kişilerin şirketin temel konuları üzerinde söz sahibi olması yasağının ve dolayısıyla genel kurul ile müdürler kurulu arasındaki hukuki ilişkinin yapısının kurulmasında limited şirketlerde geçerli yazılı olmayan prensiplerin etkisi olmuştur. Bu etki kanuni dayanaklarının yanı sıra söz konusu ilkenin esnetilmesine imkân tanıyan TTK m. 625/2 hükmü ile yazılı olarak vücut bulmuştur. Ancak bu prensiplerin yazılı olmayanları anonim şirketlerde genel kurulun yazılı olmayan yetkileri doktrini²¹² olarak varlığını kabul ettirmiştir. Demek oluyor ki; limited şirketlerdeki yapının anonim şirketlerden farklı olduğu²¹³ organlar arası ilişkilerde²¹⁴ de karşımıza çıkmaktadır.

12) İsviçre limited şirketler hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da şirket sözleşmesiyle oy hakkının itibari değerden bağımsız olarak her esas

²⁰⁹ Şirket içi hareket etme alanının doktrinde tutarsız bir şekilde değerlendirildiği hususunda bkz. **Handschin**, s. 337 ve özellikle 338.

²¹⁰ **Tekinalp**, N. 22-04, s. 404; **Bahtiyar**, Ortaklıklar, s. 433. İsviçre hukukundaki durumdan farklı olarak genel kurulun üstün organ olmadığı yönünde bkz. **Yıldız**, s. 200.

²¹¹ **Tekinalp**, N. 22-04, s. 404.

²¹² Anonim şirketler açısından genel kurulun yazılı olmayan yetkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kaşak**, Yetki, N. 5.12 vd., s. 259 vd.

²¹³ Örneğin; anonim şirketlerde pay sahiplerine çıkma hakkı verilmesi ya da pay sahiplerine -nisap için oybirliği atanan haller dışında önem arz eden- veto hakkı tanınması durumlarında pay sahiplerinin hakları ve borçları düzenine, haliyle temel yapıya aykırı genel kurul kararları karşımıza çıkar. Bkz. **Kırca**, N. 64, s. 38.

²¹⁴ Anonim şirketin temel yapısını bozan kararların batıl olduğu TTK m. 447-1-c bendi uyarınca ifade edilmişse de buradaki ifadenin anonim şirketin niteliğiyle bağdaşmayan kararlar şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir. Bu yüzden TTK'de öngörülen iki organ dışında başka bir organ oluşturmanın yasak olmasının yanı sıra anonim şirketin temel yapısının TTK m. 329 hükmü ışığında ortaya konulması gerekir. Bkz. **Kırca**, N. 56 vd., s. 35 vd. Bu anlayışın limited şirketler açısından da geçerli olduğu ve böylelikle TTK m. 573 hükmünün göz önünde tutulması gerektiği söylenebilir. Limited şirketin tanımı ve unsurları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Bilgili/Demirkapı**, s. 616 vd.

sermaye payının bir oy hakkı verecek şekilde belirlenmesi mümkündür²¹⁵. Bu noktada dernek özerkliği ilkesinden hareketle her ortağın bir oy hakkına sahip olmak zorunda olduğu sonucuna ulaşamaz²¹⁶. Aksine burada işin doğası gereği ortağın önceden açıkça kararlaştırılmamış haklarına müdahalede bulunulması ve yükümlülüklerinin artması ortaklarının onayına bağlıdır²¹⁷. Buna karşın ortakların şirket sözleşmesinin her türlü değişikliğini birlikte oylamaları zorunluluğu yoktur²¹⁸. Nitekim Türk hukukunda asgari oy hakkı limited şirket ortağının vazgeçilmez, sınırlandırılmaz ve ortadan kaldırılamaz hakkıdır (TTK m. 622 hükmünün yollamasıyla 447/1-a bendi)²¹⁹.

13) Anonim şirketlerden farklı olarak limited şirketlerde ortakların bağlılık ve sadakat yükümlülüğü söz konusudur. Bu hususun İsviçre’de Art 802 OR, Türk hukukunda ise TTK m. 614/1 hükmünde her ortağın şirketin bütün işleri hakkında müdürlerden bilgi alma hakkına sahip olduğu şeklinde -anonim şirketlere nazaran- daha güçlü bilgi alma ve inceleme hakkının varlığına işaret eder²²⁰.

SONUÇ

Limited şirketler hukukunda geçerli yazılı olmayan prensiplerin varlığını ortaya koymak suretiyle limited şirketin kendine özgü bir yapıya sahip sermaye şirketi özelliğine vurgu yapılmıştır. Böylelikle limited şirketlerin öngörülme amacının ortaya konulmasının yanı sıra anonim şirketler karşısındaki hukuki durumunun netleştirilmesine zemin hazırlanmıştır. Ayrıca

²¹⁵ Oyda imtiyazın aile şirketlerindeki kullanım amacı için bkz. **Handschin**, s. 340-341. Türk hukukundaki imtiyazın farklı itibari değerdeki esas sermaye paylarına bir oy hakkı tanınarak öngörülmesi konusunda bkz. **Doğrusöz Koşut**, s. 172 vd.

²¹⁶ **Zöllner**, s. 121.

²¹⁷ **Zöllner**, s. 121.

²¹⁸ **Zöllner**, s. 121.

²¹⁹ **Tekinalp**, N. 21-75, s. 394. Ayrıca bkz. 6) nolu başlık.

²²⁰ İsviçre hukukunda denetçinin atanıp atanmamasına göre bilgi alma ve inceleme hakkının kapsamının değiştirilebileceği hususunda bkz. **Handschin**, s. 344. Bununla birlikte Türk hukukunda anonim şirketlerde pay sahibine tanınan bilgi alma hakkına dair TTK m. 437/6 hükmünde yer alan ‘*Bilgi alma ve inceleme hakkı, şirket sözleşmesiyle ve şirket organlarından birinin kararıyla kaldırılamaz ve sınırlandırılmaz.*’ hükmü, limited şirketlere ilişkin düzenlemelerde yer almamakta ise de limited şirketin şahıs şirketi özelliği gösteren yapısını buna izin vermez. Haliyle anonim şirketlere ilişkin belirtilen düzenlemenin, limited şirketler açısından evleviyet gereği geçerli olması gerekir. Bu yöndeki görüş için bkz. **Bilgili/Demirkapı**, s. s. 733. Bu da bize gösteriyor ki, kanun koyucu bilerek ya bilmeyerek düzenlemediği hususlarda şirketin yapısal özelliği limited şirketlerde geçerli yazılı olmayan prensipleri varlığına işaret ederek bir çıkış kapısına hukuki bir zemin hazırlamaktadır.

limited şirketler açısından uygulanacak hükümlerin birçoğunun anonim şirketlere doğrudan ya da dolaylı yollama şeklinde hüküm altına alınmış olmasının eleştirilebilir tarafları olsa da bu hükümlerin uygulanmasında limited şirketler hukukunda geçerli olmayan yazılı prensiplerin de göz önünde tutulması gerekir. Bu sayede söz konusu yollamaların her halükârda zorunlu olarak -birebir- uygulamayı beraberinde getirmediği sonucuna ulaşabiliriz. Özellikle Alman hukukunda derinlemesine araştırılmış olan bu çalışma konusundaki menfi yöndeki tespitlere katılmadığımızı, limited şirketin yapısı, tipi ve kurumsal görüşün limited şirketlerde geçerli yazılı olmayan prensipler olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bunun için TTK'nin limited şirketlere ilişkin hükümlerinin çoğunluğu gözetilerek genel ve özel tespitlerde bulunulmuştur. Kanun koyucu, limited şirketler için tabi olacakları bir kanuni düzen inşa ederken bu prensiplerin bir kısmını yazılı kurallar olarak öngörürken diğer bir kısmının yazılı olmasının gerekmediği yönünde karar kılmıştır. Bu noktada yazılı olmayan bu prensiplerin emredici mahiyette olduğunu söylemek gerekir. Bu yüzden limited şirketlere dair her türlü uyuşmazlıkta kanun koyucunun öngördüğü yapıya dair emredici mahiyetteki yazılı olsun olmasın tüm kurallar gözetilmelidir. Aksi halde kendi varlık sebebini reddeden hukuka aykırı sonuçlara ulaşılabilir. Sonuç olarak limited şirketlerin anonim şirketlerden farklı olarak kendine özgü dinamik yapısının olduğu gerçeğine ancak yazılı olmayan prensiplerin varlığına kanaat getirerek ulaşabiliriz.

KAYNAKÇA

- Akbay**, Direnç: Türk Ticaret Kanununun Tasarısı'na Göre Limited Ortaklık Genel Kurulunun Toplanma ve Karar Alma Esasları, 1. Baskı, İstanbul 2010.
- Altmeppen**, Holger: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Kommentar, 10. neubearbeitete Auflage, München 2021.
- Armbrüster**, Christian: "Grenzen der Gestaltungsfreiheit im Personengesellschaftsrecht", ZGR, 2/3, 2014, s. 333-363.
- Bahtiyar**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku (Ders Notları/Soru Örnekleri), Güncellenmiş 21. Bası, İstanbul 2020.
- Bahtiyar**, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku (Kısa Karşılaştırma ve Değerlendirmeler, Dersler-Soru Örnekleri), Güncellenmiş 14. Bası, İstanbul 2020; (**Bahtiyar**, Ortaklıklar)
- Biçer**, Levent/**Hamamcıoğlu**, Esra: "Limited Şirket Genel Kurulunda Yetersayılar", İKÜHFD, 16(2), İstanbul 2017 s. 343-381.
- Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**: Ertan, Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Bursa 2013.
- Bilgili**, Fatih/**Cengil**, M. Fatih: "Limited Şirket Genel Kurulunda Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017/1, s. 69-121. <<http://dosya.gsu.edu.tr/Docs/HukukFakultesi/TR/FakulteDergisi/GSUHFD-2017-1.pdf>>
- Bochmann**, Christian: "Statutarische Konfliktvorsorge im Hinblick auf das Verfahren der Gesellschafterversammlung", GmbH 2017.
- Cenkci**, Esra: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisinin Devri, 1. Baskı, Ankara 2018.
- Çamoğlu**, Ersin: "Limited Ortaklıktan Çıkarma", Batider, 30(3), 2014, s. 5-22.
- Demirkapı**, Ertan: Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanununun Tasarısına Göre Limited Ortaklıkta Payın Devri, 1. Baskı, İzmir 2008.
- Doğrusöz Koşut**, Hanife: Limited Şirkette Oy Hakkı, 1. Baskı, İstanbul 2021.
- Eren**, Erkan: Limited Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarma ve Ayrılma Akçesi (Şirket Değerlemesi ve Değerleme Yöntemleri çerçevesinde Ayrılma Akçesinin 'Gerçek Değerini'nin Belirlenmesi", 1. Baskı, İstanbul 2022.

- Fleischer, Holger/Goette, Wulf:** Münchener Kommentar zum GmbHG, 4. Auflage, München 2022 (MüKoGmbHG/**Liebscher**, Thomas) GmbHG § 45.
- Forstmoser, Peter:** “Gestaltungsfreiheit im schweizerischen Gesellschaftsrecht” Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, Deutschland, Europa und USA 11. ZGR-Symposium ‘25 Jahre ZGR’, ZGR-Sonderheft 13, Berlin-New York 1998, s. 255-276.
- Haberer, Thomas:** Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht (Rechtfertigung und Grenzen), 1. Auflage, Wien 2009.
- Hamamcıoğlu, Esra:** Aile Tipi Limited Şirketlerde Şirket Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara 2022.
- Handschin, Lukas:** “Reichweite und Grenzen der Gestaltungsfreiheit im GmbH-Binnenrecht”, In: Konvergenzen und Divergenzen im deutschen, österreichischen und schweizerischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, Tübingen, 2011, s. 329-349. <https://edoc.unibas.ch/29500/3/20120112152508_4f0eed446a5c7.pdf>
- Havutçu, Ayşe:** Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem şartlarına Karşı Korunması, 1. Baskı, Güncel Yayınevi, İzmir 2003.
- Heidinger, Andreas/Leible, Stefan/Schmidt, Jessica:** Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), 3. Auflage, München 2017(MHLS/**Romermann**, Volker) GmbHG § 45.
- Henssler Martin/Strohn Lutz:** Gesellschaftsrecht, Beckshe Kurz Kommentare, Band 62, 5. Auflage München 2021 (**Mollenkopf**, Claus) GmbHG § 45.
- Hey, Felix:** Freie Gestaltung in Gesellschaftsverträgen und ihre Schranken, Münchener Universitätschriften Reihe der Juristischen Fakultät Band 190, 1. Auflage, München 2004.
- Hommelhoff, Peter:** “Gestaltungsfreiheit im GmbH-Recht”, Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, Deutschland, Europa und USA 11. ZGR-Symposium ‘25 Jahre ZGR’, ZGR-Sonderheft 13, Berlin-New York 1998, s. 36-60.
- İkizler, Metin:** Tüzel Kişilerin İlkeli Kişiliği Bu Uğurda Ana Statünün Anlamı ve İşlevi, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Karakılıç, Hasan:** Limited Ortaklıkta Rekabet Yasağı, 1. Baskı, İstanbul 2019.

- Kaşak**, Fahri Erdem: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, 2. Baskı, İstanbul 2021; (**Kaşak**, Emredici)
- Kaşak**, Esra: Anonim Şirketlerde Genel Kurul İle Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar, 1. Baskı, İstanbul 2019; (**Kaşak**, Yetki)
- Kleindiek**, Detlef: “Diskussionsbericht zu den Vorträgen von HOMMELHOFF und HIRTE”, Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, Deutschland, Europa und USA 11. ZGR-Symposium ‘25 Jahre ZGR’, ZGR-Sonderheft 13, Berlin-New York 1998, s. 99-103.
- Kırca**, İsmail: Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Güncellenmiş 3. Bası, İstanbul 2022.
- Noack**, Ulrich/**Servatius**, Wolfgang/**Haas**, Ulrich: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Beck’sche Kurz Kommentare, Band 20, 23. Auflage, München 2022 (**Noack**, Ulrich) GmbHG § 45.
- Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.
- Pulaşlı**, Hasan: “Yeni Tüzük Hükümlerine Göre Avrupa Anonim Şirketi”, Batider, 21(4), 2022, s. 5-28.
- Sümer**, Murat: “Avrupa Birliği’nde Şirketler Hukuku Alanında Yapılan Uyumlaştırma Çalışmaları ve Avrupa Tipi Şirket Formları”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, 18(2), 2019, s. 557-596.
- Şener**, Oruç Hami: Yargıtay Kararları Işığında Limited Ortaklıklar Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2017.
- Teichmann**, Arndt: Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, Band 27, 1. Auflage, Köln 1970.
- Tekinalp**, Ünal: Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 2012, (**Tekinalp**, Tek Kişi Ortaklığı)
- Tokcan**, Pelin: Limited Ortaklıkta Oy Hakkından Yoksunluk, 1. Baskı, İstanbul 2018.
- Weber**, Christoph: Privatautonomie und Außeneinfluß im Gesellschaftsrecht, Jus Privatum 44, 1. Auflage, Tübingen 2000.

- Wicke**, Harmut: Beck'sche Kompakt-Kommentare, Gesetz betreffend die Gesellschaften beschränkter Haftung (GmbHG) Kommentar, 4. Auflage, München 2020.
- Wiedemann**, Herbert: Gesellschaftsrecht, Band I Grundlagen, 1. Auflage, C.H.BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG, München 1980.
- Yıldırım**, Ali Haydar: 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na göre Limited Ortaklığın Haklı Sebep Feshi, 1. Baskı, 2013.
- Yıldız**, Şükrü: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2007.
- Yıldız**, Şükrü: "Avrupa Özel Şirketi", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Birinci Cilt, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 611-630.
- Ziemons**, Hildegard/**Jaeger**, Carsten/**Pöschke**, Moritz: Beck'sche Online-Kommentar, 51. Edition, München 2022 (BeckOK GmbHG/**Schindler**, Hendrick) GmbHG § 45.
- Zöllner**, Wolfgang: "Inhaltsfreiheit bei Gesellschaftsverträgen", Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, Köln 1992, s. 85-158.

PARLIAMENTARISM, RATIONALIZED PARLIAMENTARISM AND APPLICABILITY IN TURKEY

(Research Article)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1182477>

Dr. Öğr. Üyesi Semih Batur KAYA*

Abstract

Many explanations and interpretations about the origin, history and nature of the separation of powers doctrine show that the democratic value of the parliamentary government system is at a high level. Indeed, in contrary to the general knowledge, not only the presidency system but also the parliamentary government system keeps its democratic value at high level in many aspects and establishes a brake and balance mechanism between the powers. This study discusses the features of the parliamentary system, especially the rationalized parliamentary system, and the possibility of its applicability in Turkey. The study reveals that, for Turkey, the system inspired by the presidential system, which is called the Presidential Government System is more convenient than the parliamentary system in terms of breaking down democracy, and this brings deficiencies in terms of democracy as a whole, especially on the constitutional system including the fundamental rights and freedoms. In analysing the subject, the study argues that the capability of the rationalized parliamentary system which is a form of the parliamentary government system to provide inducement in bolstering the democracy in Turkey should be earnestly contemplated considering that the legislative, executive and judiciary powers that define the pure presidency system lack independence in terms of the power and influence map. It is claimed that the inducements created by the parliamentary system may offend democracy as well as strengthen the brake and balance mechanism between the powers. In this context, we briefly addressed the historical precedents of the current types of the parliamentary government, and we emphasized the presence of various different types of parliamentarism while

* Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Trabzon, (drsemihbatur@gmail.com) ORCID: 0000-0001-5888-1750 (Geliş Tarihi: 15.07.2022-Kabul Tarihi: 21.09.2022) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

discussing the main characteristics of the parliamentarism. We have also attempted to review the empirical evidence on which the answer to this question may be based for Turkey around the question of whether it is superior or more stable than presidential forms as a system of government. Here, we sometimes evaluated the deficiencies in the Presidential Government System. In this respect, we have tried to emphasize the importance of designing a rationalized form if Turkey is to adopt the parliamentary system. We said that by doing so, Turkey would have attained a higher level of constitutional fiction in terms of its democratic value and brake and balance system

Keywords

Separation of Powers, Government Systems, Parliamentary Government System, Rationalized Parliamentarism, Applicability of the Rationalized Parliamentarism in Turkey

PARLAMENTARİZM, RASYONELLEŞTİRİLMİŞ PARLAMENTARİZM VE TÜRKİYE'DE UYGULANABİLİRLİK

(Araştırma Makalesi)

Öz

Erkler ayrılığı doktrinin kökeni, tarihi ve doğasıyla ilgili pek çok açıklama ve yorum parlamenter hükümet sistemine ilişkin demokratiklik değerin yüksek seviyede seyrettiğini göstermektedir. Gerçekten de çok bilinenin aksine yalnızca başkanlık sistemi değil, aynı zamanda parlamenter hükümet sistemi de pek çok açıdan demokratiklik değerini yüksek seviyede tutmakta ve erkler arasında fren ve denge mekanizmasını tesis etmektedir. Bu makale parlamenter sistemin ve özellikle rasyonelleştirilmiş parlamenter sistemin özellikleri ve Türkiye'de uygulanabilirliği olasılığını tartışmaktadır. Makale, Türkiye açısından Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi olarak adlandırılan başkanlık sisteminden mülhem sistemin demokrasiyi parçalamak bakımından parlamenter sisteme göre daha elverişli olduğunu ve bunun başta temel hak ve özgürlükler olmak üzere anayasal kurgu üzerinde bir bütün olarak demokratiklik bakımından beraberinde noksanlıklar getirdiğini ortaya koymaktadır. Konuyu irdelerken, saf başkanlık sistemini tanımlayan yasama, yürütme ve hatta yargının yetki ve etki haritası açısından bağımsızlıklarının olmadığı düşünüldüğünde parlamenter hükümet sisteminin bir formu olan rasyonelleştirilmiş parlamenter sistemin Türkiye'ye yönelik demokrasiyi pekiştiren teşvikler üreteceği ihtimali üzerinde ciddi düşünülmesi gerektiğini söylemektedir. Parlamenter sistemin yaratacağı teşvikler demokrasiyi güçlendirebileceği gibi erkler arasında fren ve denge mekanizmasını

yeniden güçlendireceğini iddia etmektedir. Bu bağlamda parlamentarizmin temel özelliklerini tartışırken, bugün var olan parlamenter hükümet biçimlerinin tarihsel öncüllerine kısaca değindikten sonra günümüzde birçok farklı parlamentarizm biçiminin var olduğunu vurguladık. Bir hükümet sistemi olarak başkanlık biçimlerinden daha üstün mü yoksa daha istikrarlı mı olduğu sorunu etrafında Türkiye için bu sorunun cevabının dayandırılabilceği ampirik kanıtları da gözden geçirmeye çalıştık. Burada kimi zaman Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemindeki noksanlıklar üzerinden değerlendirme yaptık. Bu bakımdan Türkiye'nin parlamenter sistemi benimseyecek olursa bunun rasyonelleştirilmiş formunun dizayn edilmesinin önemini vurgulamaya çalıştık. Böyle olmakla Türkiye'nin demokratiklik değeri ve fren ve denge sistemi bakımlarından daha yüksek seviyeli bir anayasal kurguya kavuşmuş olacağını söyledik.

Anahtar Kelimeler

Erkler Ayrılığı, Hükümet Sistemleri, Parlamenter Hükümet Sistemi, Rasyonelleştirilmiş Parlamentarizm, Rasyonelleştirilmiş Parlamentarizmin Türkiye'de Uygulanabilirliği

INTRODUCTION

The parliamentary system is based on a simple logic. This is the coordinated and cooperative functioning of the powers. However, the parliamentary system is not limited to this; the system is indirect and is based on the gradual constitutional accumulation of the past. It may be said that the parliamentary system, compared to the presidential system, supports the tendency of reconciliation, is based on the brake-balance logic in terms of policy making, and has certain advantages such as the incentives created by efforts in this direction.

It may be suggested that the parliamentary system and the parliamentary democracy developed accordingly have been widely adopted by both the political elite and the scientific community in comparative constitutional engineering. Indeed, it should be noted that the parliamentary system is less controversial in terms of its more democratic current than the presidential system with its rules and institutions.

The present study discusses the ways of solving the conflicts between the legislative and executive powers through analysis of the nature of the delegation relations and corporate characteristics defining the parliamentary system and the extent of its influence on the rationalized parliamentary system in consideration of the current constitutional structure in Turkey and demands of the public and the political elites.

In this context, we briefly addressed the historical precedents of the current types of the parliamentary government, and we emphasized the presence of various different types of parliamentarism while discussing the main characteristics of the parliamentarism. We have also attempted to review the empirical evidence on which the answer to this question may be based for Turkey around the question of whether it is superior or more stable than presidential forms as a system of government. Here, we sometimes evaluated the deficiencies in the Presidential Government System. In this respect, we have tried to emphasize the importance of designing a rationalized form if Turkey is to adopt the parliamentary system.

As such, we focused on the possibility of adopting a rationalized parliamentary system as an off-path proposal for Turkey. In this sense, we have observed that the parliamentary system and the parliamentary democracy that is developed accordingly may be appropriate in terms of providing a brake-balance mechanism between the powers and determining and overcoming the conditions created by the problems of democratic representation, especially shaped around the Assembly and which may lead

to the dysfunction of the Assembly. In this respect, we said that the parliamentary system for Turkey may be appropriate in terms of authorization and accountability.

I. PRELIMINARY ISSUE: FUNCTIONAL VALUE OF THE SEPARATION OF POWERS IN CLASSIFICATION OF THE GOVERNMENT SYSTEM

Separation of powers provides for the qualitative separation of the legislative, executive and judiciary powers that are different functions of the government. However, it should be noted that the reasoning of this separation has not been clarified sufficiently in the canonical literature of the politics and law theory of the 17th and the 18th centuries. Indeed, as argued by Waldron, reasoning of the Montesquieu are mere tautologies in the contemporary sense even though they were brought forward by supporting with the empirical data. In the shadow of these tautologies, modern constitutionalism has taken the separation of powers as granted¹ and put it into practice. But here, we need to find the moral foundations in the principle of separation of powers with a qualitative examination and talk about their functional value.

The issue we will focus on as a preliminary issue is the separation of powers, which is a political and legal principle for evaluating the constitutional and legal arrangements of the parliamentary government system. What is this principle and why is it important? In order to explain this principle, we need to mention two more principles regarding the functional value of the principle. The first of these is the principle of division of power, which guides us to avoid excessive concentration of political power in the hands of any person, group or institution. The second is the control-balance principle, which means balancing the exercise of authority by any power holder with the exercise of authority by other power holders. It is required to mention that these two principles have functional value in terms of the separation of powers that determine the government systems.

¹ **Waldron**, Jeremy: "Separation of Powers in Thought and Practice", *Boston College Law Review*, V. 54, 2013, 433-468, p. 433-434.

Although Posner and Vermeule² and Manning³ have expressed their doubts about the constitutional/legal status of the separation of powers principle, in our opinion, it seems essential to put forward the principle in question with certain judicial formulations and to grasp it in uncontaminated political theory terms, especially in the context of Manning's critique. Accordingly, the thesis we will develop has two sides. First, the integrity of the state organs, each having its own distinctive powers and functions, must be preserved. In this respect, we can talk about the realization of the supremacy of the legislative power, the independence⁴ of the judiciary power, the derivative nature of the executive power. Second, we should move away from articulated or multi-layered functional approaches and move towards differentiated governance styles. If the functional integrity of the state organs is ensured, a constitutional fiction will be built in which the state power is better exercised and more respectful of each other's authority and influence.

We see this in the style of introducing the political principle that the legislative, executive and judiciary powers should be separate and different in James Madison's Federalist No. 47: *"No political truth has any greater intrinsic value than the one on which the objection is founded or stigmatized by the authority of the more enlightened patrons of freedom. The concentration in the same hands of all powers, legislative, executive, and judiciary, whether one, several, or more, hereditary, self-appointed, or discretionary may rightly be pronounced as the exact definition of tyranny. Thus, if the federal Constitution were indeed responsible for the accumulation of power, or a mixture of powers, which tended dangerously towards such accumulation, no further argument would be needed to inspire universal condemnation of the system."*

² See. **Posner**, Eric A./**Vermeule**, Adrian: The Executive Unbound, Oxford University Press, Oxford ve New York 2010, p. 208.

³ **Manning**, John F.: "Separation of Powers as Ordinary Interpretation", Harvard Law Review, V. 124, 1940, 1939-2040, p. 1944-1945.

⁴ La Porta et al. state that an independent judiciary and constitutional review functions as a judicial review against abuse of power by other organs of government. Accordingly, different organs of the Government can act as "veto players" that can prevent other elements from acting unilaterally. **La Porta**, Rafael/**Lopez-de-Silanes**, Florencio/**Pop-Eleches**, Cristian/**Shleifer**, Andrei: "Judicial Checks and Balances", Journal of Political Economy, V. 112, N. 2, 2004, p. 445-470.

From this perspective, separation of powers does not stand alone as a canonical principle of constitutionalism. The principle thus works as a set of tightly knit principles that work both separately and together as touchstones of corporate legitimacy. In this respect, the principles related to the separation of powers are as follows:⁵

- a. The principle of separation of functions of state organs: functional separation.
- b. The principle developed against the concentration of too much political power in the hands of any person, group or institution: separation of powers.
- c. Principle requiring the ordinary consent of one government agency to the actions of another, thereby allowing one agency to control or veto the actions of another: brake and balance.

One of the important innovations embodied in constitutionalism is the mechanical functioning of a set⁶ of brake and balance mechanism that allow one branch of state power to check and balance the power of the others. Likewise, in Federalist No. 51 (1788), James Madison discusses the role of brakes and balances and openly admits that they are needed because they are needed to counter the potential for government elite control to oppress the masses. In this context, Madison strikingly suggests the following: “*One must have ambition to resist ambitions. . . It may be a reflection of human nature that such devices are necessary to control government abuses.*”

Consequently, we assume that brake and balance represent the mechanical principle of separation of powers. In this respect, the brake and balance mechanism are one of the few possible manifestations of the separation of powers. This expresses the functional value of the separation of powers, which prevents the intense concentration of power. We argue that there is a clear correlation between the parliamentary system and the brake and balance mechanism, where intense power control is achieved.⁷ Beyond any doubt, this constitutional engineering can be guided by various political and sociological conditions. However, we intent to show that the brake and

⁵ In the same direction see. **Waldron**, p. 438.

⁶ **Holcombe**, Randall G.: “Check and Balances: Enforcing Constitutional Constraints”, *Economics*, V. 6, N. 57, 2018, 1-12, p. 7.

⁷ Accordingly, parliamentary systems are considered more superior than the presidency systems in terms of maintaining the democracy. For contrary opinion, see. **Hiroi**, Taeko/**Omori**, Sawa: “Perils of Parliamentarism? Political Systems and the Stability of Democracy Revisited”, *Democratization*, V. 16, N. 3, 2009, 485-507, p. 485.

balance concept is an empty cup on its own based on the examples from the Western democracies where the parliamentary system functions and only “hard” factors such as balance of the political powers and “soft” factors⁸ such as commitment of the elite to a certain order⁹ are effective.

II. PARLIAMENTARY GOVERNMENTAL SYSTEM

In constitutional democracies, mainly two forms of government are adopted: presidential or parliamentary. Legislative and executive relations are based on the classification of government systems.¹⁰ This dynamic of government systems conceptualization is central to comparative constitutional engineering. One aspect of this engineering is the parliamentary government system. Parliamentary government is a form of constitutional democracy¹¹ where the executive power emerges from the legislative power and is accountable to the legislative power. Indeed, parliament is the only institution that is democratically legitimized in parliamentary systems, and the government derives its authority from the parliament’s trust.¹²

In the parliamentary system, the parliament is sovereign in appointing and dismissing the government. The directly or indirectly elected president¹³ does not have significant legislative power, cannot form a government autonomously and cannot dissolve parliament for political reasons.

Consequently, we need simple and mutually exclusive definitions of the types of regimes to put our constitutional engineering analysis into practice.

⁸ **Da Ros**, Luciano/**Taylor**, Matthew M.: “Check and Balances: The Concept and Its Implications for Corruption”, *Revista Direito GV*, V. 17, N. 2, 2021, 1-30, p. 1.

⁹ The phenomenon of limited power will not apply here unless constitutional rules are constrained by those who interpret and apply them, and if a few elites interpret and enforce the rules, any control over their power must come from other elites. The masses have no power to restrain the elite, neither through democratic oversight nor otherwise. See **Holcombe**, p. 7.

¹⁰ **Cheibub**, Jose Antonio/**Elkins**, Zachary/**Ginsburg**, Tom: “Beyond Presidentialism and Parliamentarism”, *British Journal of Political Science*, 2013, 1-30, p. 1.

¹¹ **Turhan**, Mehmet: “Parliamentarism or Presidentialism?”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, V. 47, I. 1, 1992, 153-168, p. 155.

¹² **Linz**, Juan J.: “Democracy: Presidential or Parliamentary: Does It Make a Difference?”, *The Role of Political Parties in the Return to Democracy in the Southern Cone*, July 1985, 1-19, p. 2.

¹³ For a detailed study, see. **Boyunsuz**, Şule Özsoy: *Başkanlı Parlamenter Sistem*, On İki Levha Yayınları, 2nd Edition, İstanbul 2014, p. 70 etc.

In this respect, a “pure” parliamentary democracy is characterized by the following two essential features:¹⁴

- a. Consisting of a prime minister and cabinet, executive power derives from the legislative assembly.
- b. The executive power is always subject to potential impeachment through a “no confidence” vote of the majority of the legislative power.

Accordingly, definitive aspects of the parliamentary and presidential democracy firstly address the origin of the legislative and executive authority and survival thereof.¹⁵ The executive power derives from the parliamentary system. Determining who will form a cabinet may vary according to corporate principles. But still, the process of forming a government usually falls to the majority party, if any. Otherwise, the government emerges by bargaining between politicians who took their power in the most recent parliamentary elections. Once the government is formed, it remains in office as long as it maintains the “confidence” of the majority in parliament. Again, the exact rules vary for determining when a government has lost that trust, but the executive is always subject to parliament’s continued trust.

Parliamentary systems may be characterized by the absence of a clear separation of powers between the executive and legislative branches, resulting in a different set of checks and balances compared to those found in presidential systems. Parliamentary systems usually have a clear differentiation between head of government and president. While the chief of government is the prime minister, the head of state is usually a figure. Parliamentarism is simple, indirect and based on constitutional accumulation gradually acquired in the past. Compared to a presidential system, parliamentarism has certain advantages,¹⁶ such as efficiency in decision-making and incentives for effort.

The most important manifestation of this bundle of advantages is about democratic stability. To avoid any misunderstanding, we must emphasize that we do not argue that any parliamentary system is ipso facto more likely

¹⁴ **Shugart**, Matthew S.: “Comparative Executive-Legislative Relations”, içinde *The Oxford Handbook of Political Institutions*, Ed. Sarah A. Binder, R. A. W. Rhodes ve Bert A. Rocman, 2008, 1-25, p. 5.

¹⁵ **Shugart**, p. 5-6.

¹⁶ **Storm**, Kaare: “Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies”, *European Journal of Political Research*, V. 37, 2000, 261-289, p. 261.

to achieve democratic stability than any presidential system. Further, as Linz points out,¹⁷ we are not suggesting that any parliamentary regime will make better policy decisions than any presidential government, which is even more difficult to decide.¹⁸ Undoubtedly, there are bad practices in both forms of government.¹⁹ However, after noting that our study does not take into account the many possible variants of parliamentarism and the complex issues surrounding dual-government semi-presidential or semi-parliamentary systems, empirical data show us that the parliamentary system is more current democratically than the presidential system except for the pure presidential system²⁰ in the US. We acknowledge that the study of democratic regimes is inseparable from the study of electoral systems, and that our analysis does not cover all possible presidential election methods.

It would be helpful to explore how the fundamental contradiction between the desire for a strong and stable executive and the latent suspicion of the same presidential power affects political decision-making, leadership style, political practices, and discourse of both. It presents a dimension of conflict that cannot be fully explained by socio-economic, political or ideological conditions.²¹ Even when one accepts the controversial idea that Turkish society in particular is inherently personality-biased, there may be little doubt that in some cases this tendency is powered by institutional arrangements.

Perhaps the best way to summarize the main differences between presidential and parliamentary systems in this respect is to say that while parliamentarism gives flexibility to the political process, the presidential system makes it rather rigid. Proponents of the presidency may argue that this rigidity is an advantage, as it guards against the uncertainty and instability that characterize parliamentary politics. After all, under

¹⁷ **Linz**, Juan J.: "The Virtues of Parliamentarism", *Journal of Democracy*, V. 1, N. 4, 1990, 84-91, p. 84-85.

¹⁸ Especially, see. **Horowitz**, Donald L.: "Comparing Democratic Systems", *Journal of Democracy*, V. 1, N. 4, 1990, p. 73-79.

¹⁹ For a critic, see. **Mainwaring**, Scott/**Shugart**, Matthew: "Juan Linz, Presidentialism, and Democracy: Critical Appraisal", Kellogg Institute Working Paper #200, July 1993, 1-26, p. 9.

²⁰ **Calabresi**, Steven G.: "The Virtues of Presidential Government: Why Professor Ackerman Is Wrong to Prefer the German to the U. S. Constitution", *Constitutional Commentary*, V. 18, 2001, 51-104, p. 56 etc.

²¹ **Linz**, Juan J.: "The Perils of Presidentialism", *Journal of Democracy*, V. 1, N. 1, 1990, 51-69, p. 55.

parliamentary government, countless actors-parties, their leaders, even ordinary legislators-can accept fundamental changes, cause reorganizations, and, above all, make or break prime ministers at any time between elections. However, while the need for authority and predictability may seem to favour the presidential system, it can make presidential administration less predictable. Second, it may always seek to strengthen its legitimacy and authority, either through a vote of confidence or the dissolution of parliament and subsequent elections. Also, a prime minister may be replaced without necessarily creating a regime crisis.²² Finally, as shown by Linz,²³ such elements seem to be large during periods of regime transition and consolidation, when the rigidities of a presidential constitution must indeed appear dysfunctional, especially when compared with the possibility of adaptation offered by parliamentarism.

III. RATIONALIZED PARLIAMENTARY SYSTEM

The homeland of the parliamentary regime is England. The parliamentary system was born here and spread to the European Continent and other territories. Undoubtedly, the existence of a stable majority in the parliament in England constituted an important parameter in the operation of this system. In this respect, apart from one or two exceptions, the problem of a stable majority has not been encountered in England, where the disciplined bipartisan political life is almost settled. However, in majoritarian parliamentary systems, quests such as creating a sustainable majority in the parliament and thus stabilizing the government did not come to the fore. Therefore, the system revisions in question have been brought to the agenda in terms of countries that are characterized as parliamentary systems without a majority.²⁴ Because the pure form of the parliamentary system has not been successful in producing political results like in England in the countries

²² Of course, each of the potential disturbances to the presidential system is more resilient in parliamentary regimes where governments emerge from and are accountable to the legislative power. Also, in a parliamentary regime, there is often political coherence between the majority of the parliament and the cabinet. Even a cabinet made up of parties that do not have a legislative majority is compelled to gain broad enough support in Parliament to gain confidence or get votes of no confidence and pass legislation. **Colomer**, Josep M./**Negretto**, Gabriel L.: "Can Presidentialism Work Like Parliamentarism?", *Government and Opposition*, 2005, 60-89, p. 60.

²³ For details supporting this idea, see. **Linz**, *The Perils*, p. 55 etc.

²⁴ **Anayurt**, Ömer: *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, p. 377.

where it was transferred considering social, political and legal variables such as the election system, structure and functioning of the political parties.²⁵

In the 20th century, although the parliamentary system retained its essential elements, in some countries it acted as the scene of different practices of the conventional models. Some institutions have been added to the system in order to speed up the parliament, especially to make the governments stable and strong and sustainable before the parliament. In the doctrine, parliamentary system practices based on these features are described as “rationalized parliamentary system”.²⁶ In particular, the following measures have been taken in cases where there is no clear majority or an absolute majority in the parliament or it has been lost in the process:²⁷

- a. Giving power and stability to the government
- b. Prevention of the fall of the government due to simple, unnecessary and partisan reasons
- c. Ensuring that the government is formed even when the necessary majority is not obtained in the parliament (even when there is minority)
- d. Allowing minority governments to maintain their existence.

On the other hand, it should be noted here that the rationalization of the parliamentary system has the same aim as the tendency to strengthen the executive power. Because the rationalized parliamentary system comes into existence as a set of techniques developed to stabilize the government, make it effective against the legislative power and, so to speak, not to condemn it. However, this issue may strengthen the parliament as well as weaken it depending on the situation. Therefore, in our opinion, the parliament’s becoming a more productive and faster organ with a rationalized parliamentary system, at least in terms of its democratic nature, will not have

²⁵ In the same direction, **Anayurt**, p. 377.

²⁶ Corrections brought to the parliamentary system without a majority may be grouped around two formulas: Return to dualist parliamentarism, dualization and rationalization of parliamentarism, rationalization. Institutional structures may be divided into two categories according to the gradation in dualism techniques: Semi-presidential and presidential parliamentary structures. However, there is a common logic of both structures, which is to support the executive outside the parliament. Rationalization is the set of techniques to artificially realize the political coherence arising from the existence of a political majority, through legal procedures. See. **Çağlar**, Bakır: *Anayasa Bilimi*, BFS Yayınları, İstanbul 1989, p. 280.

²⁷ **Anayurt**, p. 378-379.

a definite result.²⁸ However, let us emphasize that the rationalization techniques of the parliamentary system do not completely transform the parliamentary system, nor transform it into a brand-new government system. Therefore, these issues help to update the parliamentary system²⁹ and transfer it to the socio-political plane.

The rationalization techniques in the parliamentary system may be briefly explained as follows:³⁰

a. *Founder (Constructive) Motion of Censure (Form and Transfer Method)* As we explained above, in parliamentary systems, the government or the prime minister may be overthrown with a vote of no confidence by implementing motion of censure, and in this way the existence of the government may be terminated. This is one of the basic rules of the parliamentary system. Especially in the absence of stable majorities in the parliament, the motion of censure is a dangerous tool for governments. It is often used for partisan reasons. Here, in order to prevent the misuse of the institution of no confidence and stabilize the government, an “authentic tool”, which can be called the “constitutive motion of censure”, was developed with the 1949 German Constitution. Pursuant to Article 67 of the 1949 Federal German Constitution, a new prime minister must be agreed upon in order to cast a vote of no confidence in a prime minister and thus overthrow the government. If this does not exist, whatever the numerical majority is, it cannot overthrow the prime minister and therefore the government with a vote of no confidence. In that case, in order to overthrow the prime minister and therefore the government, it is necessary to have a replacement prime minister. As such, it was intended to prevent political attempts to overthrow the government with a legal instrument. This institution, which was established in the parliamentary system with the German Constitution, has become increasingly widespread and has shown its influence especially on new constitutions. As a matter of fact, we see this regulation in Articles 158 of the Polish Constitution, 96 of the Belgian Constitution, and 57 of the Georgian Constitution. The founding

²⁸ For comparison **Anayurt**, p. 379.

²⁹ **Yücel**, Bülent: *Parlamentar Hükümet Sisteminin Rasyonelleştirilmesi ve Türkiye Örneği*, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, p. 155.

³⁰ For explanations here, see **Anayurt**, Ömer: *Anayasa Hukuku Genel Kısım, Seçkin Yayınları*, 4th Edition, Ankara 2021, p. 435-439; **Batum**, Süheyl/**Yılmaz**, Didem/**Köybaşı**, Serkan: *Anayasa Hukuku: Temel Kavramlar ve Genel Esaslar, On İki Levha Yayıncılık*, 1st Edition, İstanbul 2021, p. 479 etc.; **Gözler**, Kemal: *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Ekin Yayınevi, 5. Edition, Bursa 2014, p. 255 etc.

(constructive) vote of no confidence is a tool that makes a significant contribution to the stability of the parliamentary government. In this way, there is no interruption in the system. As soon as the government was overthrown, a new one is formed and takes office.

b. *Limitation of the Motion of Censure:* In the parliamentary system, the government must have the confidence of the parliament both during its formation and in the process after its formation. In this context, in the parliamentary system, the government may be subject to motions of no confidence from time to time. The goal here, of course, is to overthrow the government. However, this method may be used indiscriminately just to keep the government under pressure and harassment. In this context, the following regulations are included in the second paragraph of Article 49 of the French Constitution: (1) A motion of censure may be given by at least 1/10 of the deputies, (2) A deputy may sign a motion of no confidence at most three times in ordinary meetings of a legislative year and only once in extraordinary meetings, (3) There must be at least 48 hours between the motion of censure and voting. Similar restrictions may be seen in many of the Constitutions made especially since the 1990s. For example, pursuant to the Bulgarian Constitution, if the motion of censure about the prime minister is rejected, a new motion of censure may not be given before expiry of six months. A government overthrown with the vote of no confidence takes office until formation of a new government (AY. a. 89/3, 111/3). Again, pursuant to the Serbian Constitution, if a motion of confidence is rejected, it may not be subject to a new motion of no confidence until expiry of at least 180 days (AY, a. 130).

c. *Facilitating Formation of the Government and Making it Difficult to Overthrow the Government* The parliamentary system is based on the fact that the government has a sufficient majority in the parliament. Therefore, the government must have the majority in the establishment and maintain this majority in the subsequent process. From the conventional perspective, problems may arise from time to time in the formation and continuation of governments. In order to eliminate these problems to a certain extent and to provide stability to the governments, some regulations have been introduced in some countries, such as facilitating the formation of governments and making it difficult to overthrow them. In this regard, the formula mostly adopted is to seek qualified majorities for the government to be overthrown, while simple majorities are sufficient to obtain a vote of confidence. French

5th Republican Constitution (a. 49/1) and 1982 Constitution before 2017 Amendment (a. 99/5) are typical examples of this.

d. *Guillotine Method*: This technique is specified in paragraph 3, Article 49 of the French 5th Republican Constitution. The rule aims to ensure that the government, which does not meet the quorum before the legislative power but is not or cannot be overthrown can enact laws. So, the essence of the institution is as follows: If the government does not have the necessary support for the law or for a project or a decision on general policy to be passed by parliament, it may ensure that its own political responsibility is put in place to make that decision or pass the law. As such, the political meaning and message of the institution is as follows: If you don't want the government, take over, if not, pass the law. Undoubtedly, this path involves political risk-taking. Because the government is willing to drop itself in response to the rejection of the law. So much so that Sartori named the institution "guillotine"³¹ and it was also adopted in this doctrine.

e. *Vote of Confidence Under the Risk of Termination*: The purpose of this tool is to get a vote of confidence from the parliament by activating the power of dissolution and to neutralize the motions of censure. In other words, it is to get a vote of confidence from the parliament by showing the termination card. The prototype of this method is the 1949 Federal German Constitution. As a requirement of the parliamentary government system, it is obligatory for the government to receive a vote of confidence from the parliament. However, if the government does not receive the required vote of confidence in its establishment, the prime minister may request the president to dissolve the Federal National Assembly within 21 days. Undoubtedly, the deputies may make the dissolution ineffective by appointing a new prime minister within 21 days. (AY a. 68). This tool that is in the hands of the prime minister exposes the parliament to the pressure of dissolution. Thus, a more rational use of the vote of confidence weapon of the parliament can be ensured. Today, it is seen that many constitutions that have adopted the parliamentary system also include this institution.

f. *Measures Aimed At Effective Functioning of the Parliament*: The tools and institutions added to the system in the process in order to prevent the above instability in the executive power have produced positive results. However, it was thought that these remedial regulations should be integrated with making the legislative power effective and efficient, and certain

³¹ Sartori, Giovanni: *Comparative Constitution Engineering*, Translation. Ergun Özbudun, Yetkin Yayınları, Ankara 1977, p. 215.

measures were taken in terms of the legislative power. From this perspective, the following improvements are remarkable in attempts to rationalize the system: (1) Limiting the speaking times in commissions, limiting the duration of commission meetings, in some cases skipping some parts of the commission stage or all, (2) Getting quicker and more reliable results with the introduction of technological tools (such as electronic voting), giving place to block voting method to prevent interruptions caused by the continuous legislative amendment proposals (3) To reduce the number of meetings and decision-making quorums so that the legislative body can gather easily and take decisions easily, (4) To prevent the degrading of the law by enacting many unnecessary issues by the legislative power so that everything is regulated by the legislative power. For the purpose of leaving some issues under the regulation of the executive branch, (4) allowing the automatic termination of the legislative power if it cannot take some decisions (for example, not electing the president).

It is certain that the constitutional techniques that we briefly explained above and that aim to rationalize the parliamentary system make a positive contribution to the system. Indeed, it is a fact that the constructive vote of confidence, stabilizes the system especially in the case of Germany. However, it would be an optimistic approach to expect political stability to be completely resolved with only constitutional techniques. There is, of course, a correlation between the type and means of government system and stability in the political system. However, there are many other social and political variables that affect government stability in government systems. These variables,³² which can be counted as political parties, party systems, electoral systems, political structure and culture, and the level of political fragmentation, make sense when combined with constitutional institutions and instruments in the total mass.

IV. APPLICABILITY OF THE RATIONALIZED PARLIAMENTARY SYSTEM IN TURKEY

The debate on government systems has always been and continues to be on Turkey's agenda. These debates, especially inflamed by the statements of political elites, have been keeping academic circles busy for a long time.³³

³² **Akartürk**, Ekrem Ali/**Tevfik**, Sönmez Küçük: Güçlendirilmiş Parlamenter Sistem, Adalet Yayınları, Ankara 2021, p. 144.

³³ **Gönenç**, Levent: "Türkiye'de Hükümet Sistemi Değişikliği Tartışmaları: Olanaklar ve Olasılıklar Üzerine Bir Çalışma Notu", içinde Başkanlık Sistemi, Ed. Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2005, 1-12, p. 1.

The main argument developed within the scope of the search for an alternative government system in the past was as follows:³⁴ Turkey is a rapidly developing and dynamic country. Turkey needs to come to the fore – so to speak, break its shell – and overcome a series of burning social, political and economic problems among the countries where it is located and among the countries at the same level. Such a transformation project may only be realized by a “fixer” political power that takes and implements decisions quickly and smoothly. The parliamentary system, with its unstable and slow functioning structure, does not respond to Turkey’s need for “effective governance”. For this reason, as in the United States, the acceptance of the presidential system is essential for Turkey to seize the opportunities ahead and to reach the place it deserves in the civilization race.

According to Lijphart, there are two basic choices in the establishment of a democratic regime. One of these preferences is related to the electoral system, while the other is related to the government system.³⁵ Turkey, on the other hand, made its choice regarding the government system and replaced the parliamentary system with the presidential system inspired by the presidential system called the Presidential Government System with the 2017 Constitutional Amendment. This choice of government system in Turkey undoubtedly expressed a radical constitutional change in the political system. Although such a change was largely planned and transferred to political life by the political elite, it may be argued that it concerns the whole society when its scope and impact are taken into account.

The question to be asked at this point is to what extent the political elites, who hold power today, can influence other social actors that may come to power in the current political order in terms of system preference? Although it may seem like a constitutional construct of the legislative-executive relations, the choice of government system also concerns the formation and implementation of public decisions, and therefore also involves the society. In other words, the choice made does not only regulate the authority and influence of the political elite, but also includes social, political and legal demands. As such, the choice for a system of government must be based on a broader base in terms of democratic legitimacy. Therefore, the choice of government system requires a broad-based constitutional consensus. So, this requires a participatory constitution-

³⁴ **Gönenç**, Türkiye’nin, p. 1.

³⁵ **Lijphart**, Arend: “Constitutional Choices For New Democracies”, *Journal of Democracy*, V. 2, N. 1, 1991, 72-84, p. 72-74.

making dynamic in terms of providing the ground for reconciliation. Here, it seems essential to seek the consent of not only those in power or the political parties represented in the parliament, but also the parties outside the parliament and social actors.

As the type of constitution-making technique we mentioned above is not adopted, the 2017 Constitutional amendment suffers from legitimacy problems³⁶ in terms of both content and method.³⁷ These factors, together with those associated with the increasing mediatization and personalization of politics, are likely to make intersystem negotiation increasingly meaningless in the current system. It therefore raises a common concern among the political elites of mature democracies about the dysfunctionality of legislation and its consequences on the legitimacy of political institutions.

On the other hand, we must say that more recently, the Presidential System of Government did not constitute a status quo in terms of ensuring political stability, even though we know that it is not the nature of presidential institutions that causes instability. Because we can argue that there are many other factors in terms of political fiction elements – such as leader cult and personalization of power – in the total mass that determine how this system works. Let us also stress that in countries with a longer history of democratic rule, such as in Western Europe, the parliamentarism model, with all its potential variants, is more prevalent than the presidential model, despite the pressures to personalize political life in the modern world.

Democracy should become the only game played in the political arena and the rules of the game should be determined by the rule of law within the rule of law. As such, an established democracy must include the following elements:³⁸

- a. While socially active actors carry their will to the political arena, they should not engage in any activity towards the creation of an

³⁶ It should be said that Turkey's rule of law has been systematically stretched. To restore control, the government quickly declared a state of emergency, exerting a deterrent effect on popular opposition with limited political mechanisms. See **Kirişçi, Kemal/Sloat, Amanda**: “The Rise and Fall of Liberal Democracy in Turkey: Implications for the West”, *Foreign Policy*, 2019, 1-19, p. 5.

³⁷ This is not only expressed by the political elites in Turkey, but also abroad, the process is read like this. See **Seufert, Günter**: “Turkey Shift to Executive Presidentialism: How to Save EU-Turkish Relations”, *SÜDOSTEUROPA Mitteilungen*, 2018, 6-19, p. 11.

³⁸ **Linz, Juan J./Stepan, Alfred**: *Problems of Democratic Transition and Consolidation*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore 1996, p. 5-6.

anti-democratic regime, should not spend their resources on this, should not resort to foreign intervention or violence.

- b. A significant part of the social base should believe that democracy is the most appropriate system and should make this a life practice.
- c. Active social forces must have agreed that all their contradictions and conflicts may be resolved in democracy, and an institutional tradition must have been established in this direction.

A “fully functioning democracy” includes the following criteria, which are fairly widely accepted here:³⁹ free and fair elections, freedom of speech and assembly, and respect for human rights. This also means that key policy makers can be held accountable (through free and fair elections) and irresponsible organizations such as the military, in particular, do not play a role in overall policy-making other than advising on security-related issues. A fully functioning democracy also means that there is little uncertainty about whether democratic rules and norms, however established, will be upheld (i.e., not overthrown).⁴⁰

In fact, it is not possible to say that these conditions cannot be met in both the presidential system and the parliamentary system. However, it is not possible to argue that this system is successful, except for the USA, which introduced the pure state of the presidential system and put it into practice. Indeed, although there are many elements that differ from the pure presidential system, especially in Latin American countries; it has been seen that the systems inspired by the presidential system here do not contribute to political and government stability, and they evolve into coups and dictatorships as a result of coups. It should be noted that the system implemented in Latin American countries is not exactly a presidential system, but the different political structure and party systems play a role in this.

In Turkey, we argue, regardless of the nature of the government system, that experiences of authoritarian rule and elite settlement or convergence are likely key explanations for regime-type differences. Again, without forgetting this fact, it is necessary to think briefly about the nature of the government system and especially the possibility of rationalized parliamentarism.

³⁹ **McLaren**, Lauren: “The Failure of Democracy in Turkey: A Comparative Analysis”, *Government and Opposition*, V. 46, N. 4, 2011, 485-516, p. 485.

⁴⁰ For an extensive study, see. **Dahl**, Robert A.: *On Democracy*, Yale University Press, New Haven ve London 1998, p. 35-44.

Parliamentarism can be seen as a flexible system in the sense that it provides an easy-to-use and relatively inexpensive mechanism to resolve conflicts between the executive and legislative powers. The set of institutions that can be developed under the title of the parliamentary system represents an “embedded” conflict resolution mechanism that does not exist in the presidential system. In case of disagreement, the parliament is likely to replace it with a government of its own choosing. In fact, according to a widely used model, parliamentarism can be seen as a single, continuous chain of authority and accountability from the electorate to parliament, government, and bureaucracy. In this model, the basic mechanism that keeps all interests neatly aligned is the possibility that society, through parliament, may dismiss the government at any time. Indeed, voters may dismiss deputies in general elections, and deputies may dismiss a government with a vote of confidence. In this sense, with few exceptions, parliamentarism scholars⁴¹ assume a structurally cooperative or at least conflict-free relationship between governments and parliaments; conflicts are temporary and are resolved by the built-in conflict resolution mechanism. In this context, it may be beneficial for Turkey to turn to this set of institutions, the existence of which should be sufficient to guarantee the peaceful functioning and survival of the political system.

This is the parliamentary system and its rationalized form. The rationalization of the parliamentary system should be considered in terms of establishing a “balanced” network of relations between the legislative and executive powers. As such, the tendency to strengthen one of the legislative and executive powers against the other should be realized by considering the brake and balance mechanism. Otherwise, it may go beyond the framework of the democratic state of law. However, in our opinion, this brake and balance mechanism can be achieved with rationalized parliamentary system tools. Indeed, a rationalized parliamentary system can establish a balance between the legislature and the executive in accordance with democratic criteria.

CONCLUSION

Recently, political elites have been making intense efforts to return to the parliamentary system in Turkey. In our opinion, here, above all, political elites are increasingly seeking advice on how to modernize their institutions,

⁴¹ **Cheibub**, Jose Antonio: “Constitutional Parliamentarism in Europe, 1800-2019”, *West European Politics*, V. 45, N. 3, 2022, 470-501, p. 470-472.

how to conduct and maintain close relations with citizens, and how to effectively perform their constitutional functions such as law-making, oversight and representation should seriously contemplate on on-path constitutional techniques in connection with the parliamentary system.

In our opinion, the constitution maker in Turkey should carefully examine the rationalized parliamentary system, especially in terms of guaranteeing the limits of executive action, as it will provide a more effective basis for longer-term governance in the context of the parliamentary system as an important choice.

Within the scope of a change in this direction, the choice of government system will have a validity in terms of the institutions and tools of the democratic state of law in the constitutional construct. The question of whether the scope of change is achievable in the constitution-making process must depend on the flexibility in the process needed and the acceptance of new rules, institutions and procedures by all key social and political actors.

As a result, in the rationalized parliamentary system, the main character of the parliamentary system is preserved, and the following solutions can be developed by taking into account the deficiencies in the current Presidential Government System:

- a. It should be noted that the Assembly has two main functions in Turkey. These are the law-making activity that reveals the main function of the TGNA and the control activity on the executive body. For rationalized parliamentarism to have its real function, the TGNA must have the essential and characteristic authority and influence.
- b. While returning to the parliamentary system, it may be functional for the TGNA to audit the executive organ by means of censure, parliamentary investigation, parliamentary inquiry, and general debate. In the Presidential Government System, some of them either do not exist or are almost completely ineffective. Therefore, the power and influence of both the TGNA and the deputies should be increased.
- c. Techniques for the rationalization of the system we have explained above can be adopted in order to strengthen the executive by making the legislature effective and especially for the establishment and functioning of the government within the parliamentary system.
- d. The 2017 Constitutional amendments brought with it a judicial order in which the President is very decisive. Indeed, the President is

endowed with some hegemonic powers, especially over the supreme judiciary. Accordingly, the President of the Republic has direct or indirect authority (through the Council of Judges and Prosecutors) to determine the members of the Constitutional Court, the Council of State and the Supreme Court. However, it should be noted right away that the judiciary must be independent under all circumstances, regardless of the government system; however, considering the intense powers of the President over the judiciary, which is essentially independent, it is seen that there is such an authority network among the powers that the brake and balance mechanism is dysfunctional. As a matter of fact, considering the decisive position of the President over the HSK, it should be said that he also has an influence on the judicial organs of the first degree. Therefore, if the parliamentary system is adopted, the balance between the executive and the judiciary should be well established. The map of the executive body's authority and influence over the judiciary should be improved in the context of the democratic state of law.

REFERENCES

- Akartürk**, Ekrem Ali/**Küçük**: Tevfik Sönmez, Güçlendirilmiş Parlamenter Sistem, Adalet Yayınları, Ankara 2021.
- Anayurt**, Ömer: Anayasa Hukuku Genel Kısım, Seçkin Yayınları, Ankara 2018.
- Batum**, Süheyl/**Yılmaz**, Didem/**Köybaşı**, Serkan: Anayasa Hukuku: Temel Kavramlar ve Genel Esaslar, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2021.
- Boyunsuz**, Şule Özsoy: Başkanlı Parlamenter Sistem, On İki Levha Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2014.
- Calabresi**, Steven G.: “The Virtues of Presidential Government: Why Professor Ackerman Is Wrong to Prefer the German to the U. S. Constitution”, *Constitutional Commentary*, V. 18, 2001, p. 51-104.
- Cheibub**, Jose Antonio Cheibub/**Elkins**, Zachary/**Ginsburg**, Tom: “Beyond Presidentialism and Parliamentarism”, *British Journal of Political Science*, 2013, p. 1-30.
- Cheibub**, Jose Antonio: “Constitutional Parliamentarism in Europe, 1800-2019”, *West European Politics*, V. 45, N. 3, 2022, p. 470-501.
- Colomer**, Josep M./**Negretto**, Gabriel L.: “Can Presidentialism Work Like Parliamentarism?”, *Government and Opposition*, 2005, p. 60-89.
- Çağlar**, Bakır: Anayasa Bilimi, BFS Yayınları, İstanbul 1989.
- Da Ros**, Luciano/**Taylor**, Matthew M.: “Check and Balances: The Concept and Its Implications for Corruption”, *Revista Direito GV*, V. 17, N. 2, 2021, p. 1-30.
- Dahl**, Robert A.: *On Democracy*, Yale University Press, New Haven and London 1998.
- Gönenç**, Levent: “Türkiye’de Hükümet Sistemi Değişikliği Tartışmaları: Olanaklar ve Olasılıklar Üzerine Bir Çalışma Notu”, içinde Başkanlık Sistemi, Ed. Teoman Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2005, p. 1-12.
- Gözler**, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Ekin Yayınevi, 5. Edition, Bursa 2014.
- Hiroi**, Taeko/**Omori**, Sawa: “Perils of Parliamentarism? Political Systems and the Stability of Democracy Revisited”, *Democratization*, V. 16, N. 3, 2009, p. 485-507.

- Holcombe**, Randall G.: “Check and Balances: Enforcing Constitutional Constraints”, *Economies*, V. 6, N. 57, 2018, p. 1-12.
- Horowitz**, Donald L.: “Comparing Democratic Systems”, *Journal of Democracy*, V. 1, N. 4, 1990, p. 73-79.
- Kirişçi**, Kemal/**Sloat**, Amanda: “The Rise and Fall of Liberal Democracy in Turkey: Implications for the West”, *Foreign Policy*, 2019, p. 1-19.
- La Porta**, Rafael/**Lopez-de-Silanes**, Florencio/**Pop-Eleches**, Cristian/**Shleifer**, Andrei: “Judicial Checks and Balances”, *Journal of Political Economy*, V. 112, N. 2, 2004, p. 445-470.
- Lijphart**, Arend: “Constitutional Choices For New Democracies”, *Journal of Democracy*, V. 2, N. 1, 1991, p. 72-84.
- Linz**, Juan J.: “Democracy: Presidential or Parliamentary: Does It Make a Difference?”, *The Role of Political Parties in the Return to Democracy in the Southern Cone*, July 1985, p. 1-19.
- Linz**, Juan J.: “The Virtues of Parliamentarism”, *Journal of Democracy*, V. 1, N. 4, 1990, p. 84-91.
- Linz**, Juan J.: “The Perils of Presidentialism”, *Journal of Democracy*, V. 1, N. 1, 1990, p. 51-69.
- Linz**, Juan J. and Alfred Stepan: *Problems of Democratic Transition and Consolidation*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore 1996.
- Mainwaring**, Scott/**Shugart**, Matthew: “Juan Linz, Presidentialism, and Democracy: Critical Appraisal”, *Kellogg Institute Working Paper #200*, July 1993, p. 1-26.
- Manning**, John F.: “Separation of Powers as Ordinary Interpretation”, *Harvard Law Review*, V. 124, 1940, p. 1939-2040.
- McLaren**, Lauren: “The Failure of Democracy in Turkey: A Comparative Analysis”, *Government and Opposition*, V. 46, N. 4, 2011, p. 485-516.
- Posner**, Eric A./**Vermeule**, Adrian: *The Executive Unbound*, Oxford University Press, Oxford and New York 2010.
- Sartori**, Giovanni: *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, Çev. Ergun Özbudun, Yetkin Yayınları, Ankara 1977.
- Seufert**, Günter: “Turkey Shift to Executive Presidentialism: How to Save EU-Turkish Realities”, *SÜDOSTEUROPA Mitteilungen*, 2018, p. 6-19.

- Shugart**, Matthew S.: “Comparative Executive-Legislative Relations”, in. The Oxford Handbook of Political Institutions, Ed. Sarah A. Binder, R. A. W. Rhodes ve Bert A. Rocman, 2008, p. 1-25.
- Strom**, Kaare: “Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies”, European Journal of Political Research, V. 37, 2000, p. 261-289.
- Turhan**, Mehmet: “Parliamentarism or Presidentialism?”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, V. 47, N. 1, 1992, p. 153-168.
- Waldron**, Jeremy: “Seperation of Powers in Thought and Practice”, Boston College Law Review, V. 54, 2013, p. 433-468.
- Yücel**, Bülent: Parlamenter Hükümet Sisteminin Rasyonelleştirilmesi ve Türkiye Örneği, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

ANONİM ŞİRKETLERDE METAVERSE ORTAMINDA GENEL KURUL TOPLANTISI YAPILMASI

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1182507>

Dr. Öğr. Üyesi Murat Can PEHLİVANOĞLU*

Öz

Anonim şirketlerde pay sahiplerinin şirket genel kurul toplantılarına katılımının artırılmasının önem taşıdığı kabul edilmektedir. Bu yaklaşımla gelişen teknolojik imkânlardan genel kurul toplantıları bağlamında faydalanılması ihtiyacı bulunmaktadır. Son dönemde ivme kazanan metaverse ortamının yakın gelecekte sosyal ve ticari hayattaki önemini artıracığı, neticede kişilerin bu yeni mecraya ilgisine anonim şirketler hukukunun kayıtsız kalamayacağı değerlendirilmektedir. Bununla beraber, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve ikincil mevzuatının yürürlükteki sistemi karşısında metaverse ortamında genel kurul toplantısı gerçekleştirilmesi mümkün bulunmamaktadır. Zira metaverse ortamının yorum yoluyla kanunun aradığı türde bir elektronik ortam olarak ele alınmasına engel bir durum bulunmamakla beraber, özellikle ikincil mevzuat metaverse ortamından yapılacak toplantılara uygun hükümler içermemektedir. Diğer taraftan, metaverse ortamının her durumda genel kurul toplantısına katılan kişilerin kimliklerinin kontrolü konusunda sorun teşkil ettiği anlaşılmaktadır. Bu çalışmada, genel kurul toplantılarının metaverse ortamında yapılıp yapılamayacağı hususu incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler

Anonim Şirketlerde Genel Kurul Toplantısı, Metaverse, Metaverse Ortamında Genel Kurul, Toplantı Yeri, Genel Kurula Katılanların Kimliklerinin Kontrolü

* İstanbul Kent Üniversitesi, Meslek Yüksekokulu, Hukuk Bölümü Öğretim Üyesi, İstanbul (can.pehlivanoglu@kent.edu.tr) ORCID: 0000-0001-7326-1859 (Geliş Tarihi: 04.04.2022-Kabul Tarihi: 29.06.2022) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

SHAREHOLDER MEETINGS IN METAVERSE*(Research Article)***Abstract**

It is important to increase shareholder participation in shareholder meetings in stock corporations. Accordingly, it is necessary to use the technological developments in the context of shareholder meetings. It is envisioned that the importance of metaverse in social and commercial life will develop over time, and that the law of stock corporations cannot distance itself from the general interest towards metaverse. However, currently, shareholder meetings in metaverse are not permitted according to the 6102 numbered Turkish Commercial Code (TCC) and its secondary legislation. Although it is possible to accept metaverse as an electronic shareholder meetings venue under the TCC by way of interpretation, its secondary legislation includes provisions inconsistent with metaverse. On the other hand, metaverse would cause identification problems regarding participants who attend to the shareholder meetings. This study evaluates whether shareholder meetings can be held through metaverse.

Keywords

Shareholder Meetings in Stock Corporations, Metaverse, Shareholder Meetings in Metaverse, Meeting Venue, Identification of Shareholder Meetings' Participants

GİRİŞ

Anonim şirketlerde pay sahiplerinin önemli bir kısmının genel kurul toplantısına katılmayı gereksiz görmesi ya da toplantıya katılmanın gerektirdiği emek ve masraftan kaçınmaları, genel kurulda şirket yönetim kurulunun veya münferit pay sahiplerinin istekleri yönünde kararlar alınmasına zemin hazırlamaktadır¹. Bu durumun anonim şirketlerde bir güç boşluğu yarattığı belirtilmekte² ve tesadüfi bir çoğunluğun veya şirket faaliyetlerinin rizikosunu taşımayan bir kitlenin şirkette söz sahibi hale gelmesi sorunu doğurduğu vurgulanmaktadır³. Diğer taraftan, küreselleşen dünyada yabancı sermaye yatırımlarının artırılabilmesi için şirketle pay sahibinin ilişkileri bakımından mesafelerin kaldırılmasının önem taşıdığı değerlendirilmektedir⁴. Nitekim bu yaklaşımla 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) pay sahiplerinin genel kurul toplantılarına katılmalarını kolaylaştırıcı ve teşvik edici yöntemler uygulanmaya çalışılarak, toplantıya temsilci aracılığıyla katılım ve elektronik ortamda genel kurul toplantısı yapılması konuları özel olarak düzenlenmiştir⁵.

Günümüzde toplumsal, ekonomik ve teknolojik gelişmeler sayesinde yeni iletişim mecralarının sayısının her geçen gün arttığı, kişilerin ilgi ve kaynaklarının da geçici veya sürekli olarak yeni oluşan mecralara kayma eğiliminde olduğu gözlemlenmektedir. Dolayısıyla, anonim şirketlerde genel kurul müessesesinde pay sahiplerinin katılımcılığının artırılması adına yeni iletişim mecralarından faydalanılması ve buna göre mevzuata yenilikler getirilmesi önem taşımaktadır. Üstelik tarihsel süreçte fiziki ortamın yanında elektronik ortamda da genel kurul toplantısı yapılmasının gerekçeleri olarak ayrıca ileri sürüldüğü görülen masrafların azaltılması, çevrenin korunması ve teknolojik gelişmelerin benimsenmesi hususları⁶ ile COVID- 19 salgınının sebep olduğu endişelerin geçerliliğini ciddiyetini artırarak sürdürdüğü açıktır⁷. Bu kapsamda, son dönemde merak ve alaka odağı durumuna gelmiş

¹ **Kaya**, Mustafa İsmail: “Pay Sahiplerinin Anonim Şirket Genel Kurulunda Temsil Edilmesi”, BATIDER, Cilt 30, Sayı 47, 2014, s. 47.

² **Kaya**, s. 47.

³ **Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 856.

⁴ **Tekinalp**, Ünal/**Poroy**, Reha/**Çamoğlu**, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 591.

⁵ **Kaya**, s. 48.

⁶ **Brochet**, Francois/**Chychyla**, Roman/**Ferri**, Fabrizio: Virtual Shareholder Meetings, Finance Working Paper No. 777/2021, ECGI 2021, s. 12.

⁷ Örneğin, T.C. Ticaret Bakanlığı tarafından yapılan 20.03.2020 tarihli “Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarına İlişkin Açıklama” ile pay sahiplerinin genel kurul toplantılarına

mecralardan birini oluşturan ve Türkçede “sanal evren” olarak bilinen “metaverse” âleminin genel kurul toplantıları bağlamında ne tür bir rol üstleneceğinin incelenmesi ihtiyacı bulunmaktadır⁸.

Bu çalışmada anonim şirketlerde genel kurul toplantılarının metaverse üzerinden gerçekleştirilmesi meselesi incelenmektedir⁹. Bir başka deyişle, pay sahiplerinin fiziksel olarak bir araya gelmektense elektronik ortamda genel kurul toplantısı yapmak amacıyla metaverse ortamını kullanmak istemeleri halinde TTK hükümlerinin bu şekilde yapılacak bir toplantıya cevaz verip vermeyeceği sorunu ele alınmaktadır. Öncelikle “metaverse” kavramı ve genel kurul toplantılarının önemi değerlendirilmekte, akabinde ise fiziksel ve elektronik ortamda yapılan genel kurul toplantılarına ilişkin bazı kural- ların metaverse ortamında uygulanabilirliği tartışılmaktadır. Bu çerçevede, metaverse ortamının günümüzdeki özellikleri ve karşılaştırmalı hukukta elektronik ortamda genel kurul toplantıları yönünden önem taşıması sebebiyle, çalışmadaki değerlendirmeler özellikle toplantı yeri ve genel kurula katılanların kimliklerinin kontrolü hususları üzerinden ilerlemektedir.

I. “METAVERSE” KAVRAMI

Bir kavram olarak “metaverse” esasen iki kelimenin birleşiminden oluşmakta, bu çerçevede “meta” kelimesi yaygın olarak “sanal” ve “verse” kelimesi de “evren” anlamına gelecek biçimde kullanılmaktadır¹⁰. Metaverse ortamı siyasi, ekonomik, kültürel ve sosyal etkileşime olanak sağladığından gerçek dünyayı andırmakta, ayrıca bu ortama erişim sağlayan metaverse hizmet sağlayıcısının sunduğu işlem ve ödeme yöntemi suretiyle kişilerin çeşitli ticari ilişkiler kurmaları da söz konusu olabilmektedir¹¹. Kişiler

elektronik ortamda katılmaları hususunda takdirlerini kullanmaları tavsiye olunmuştur (<https://icticaret.ticaret.gov.tr/haberler/sirketlerin-genel-kurul-toplantilarina-iliskin-aciklama>, Erişim Tarihi: 30.03.2022).

⁸ Örneğin, Microsoft şirketinin kurucularından iş insanı Bill Gates birkaç yıl içerisinde elektronik ortamda yapılan toplantıların metaverse üzerinden gerçekleşmeye başlayacağını öngördüğünü ifade etmektedir (<https://fortune.com/2021/12/10/bill-gates-metaverse-office-meetings/>, Fortune, Erişim Tarihi: 30.03.2022).

⁹ Metaverse ortamında şirket genel kurul toplantısı yapılmasına dair güncel bir örnek için bkz. <https://www.iberdrola.com/press-room/news/detail/iberdrola-first-spanish-company-hold-general-shareholders-meeting-in-metaverse>, Iberdrola News, Erişim Tarihi: 02.07.2022).

¹⁰ Jeon, Hyun- joo, et. al.: Blockchain and AI Meet in the Metaverse, Intech Open Book Series 2022 (<https://www.intechopen.com/chapters/77823>, Erişim Tarihi: 03.04.2022), s. 1.

¹¹ Jeon, s. 3.

metaverse ortamına internet üzerinden giriş yapmakta ve kullanım deneyimi özellikli teknolojiler barındıran cihazlarla (örneğin, sanal gerçeklik gözlükleriyle) gerçekleştirilebilmektedir. Bununla beraber, günümüzde henüz gerçek manada metaverse ortamını oluşturan bir hizmet sağlayıcının bulunmadığı iddia edilmektedir¹².

Tarihsel süreçte metaverse fikrini ilk kez 1992 yılında yayınlanan “Snow Crash” romanıyla Neal Stephenson adlı yazarın ortaya koyduğu, bunu günümüzdeki teknolojik anlayışla ilk defa gerçekleştirenlerin ise birtakım bilgisayar oyunları olduğuna işaret edilmektedir¹³. Kullanıcı yaklaşımı itibariyle metaverse ortamını çekici kılanın ise kişilerin bu ortamda hangi kimlikle var olacaklarını belirleme özgürlüklerinin bulunması ve kendilerini anonimleştirme olanağının mevcudiyeti olduğu gözlemlenmektedir¹⁴. Metaverse ortamına giriş yapan kişiler, kendilerine ait olan ve çoğu zaman görsel bir ifadesi de bulunan “avatar” olarak bilinen kimlikler vasıtasıyla aynı ortamdaki diğer kullanıcılar ile iletişim ve etkileşimde bulunabilmektedir¹⁵. Nitekim birden çok teknolojik yeniliğin iç içe geçerek metaverse ortamında kullanılması imkânının gelişmesi sayesinde gerçek dünyanın sanal dünyaya taşınmasının kolaylaşması ve sanal ortamda neredeyse her türlü alışverişin yapılabilmesi, bu kimliklerin gündelik hayattaki işlevini de artırmaktadır.

II. METAVERSE ORTAMININ HUKUKİ NİTELİĞİNE DAİR TESPİTLER

Metaverse ortamının hukuki niteliği bu ortamın işlevi ve katılımcıları ile ilişkili biçimde belirlenmelidir. Bu doğrultuda öncelikle, gerçek dünyadaki verilerin metaverse ortamında kullanılabilir veriler olarak aktarılması sürecinin doğuşu ve bu durumun yarattığı güvenilirlik sorununun Türkçede “blokszincir” olarak bilinen ve verilerin güvenilirliğini tesis eden teknolo-

¹² **Jackson**, Lauren: “Is the Metaverse Just Marketing?”, The New York Times, 11.02.2022, <https://www.nytimes.com/2022/02/11/podcasts/metaverse-marketing.html>, Erişim Tarihi: 03.04.2022.

¹³ **Leenes**, R.E.: “Privacy Regulation in the Metaverse”, Handbook of Research on Socio-Technical Design and Social Networking Systems (ed. Whithworth, B., et al.), Information Science Reference, London 2009, s. 123-124.

¹⁴ Bkz. **Johnson**, Alastair: “A Digital Identity for the Metaverse”, Forbes, <https://www.forbes.com/sites/alastairjohnson/2022/01/07/a-digital-identity-fit-for-the-metaverse/?sh=71af5a79184b>, Erişim Tarihi: 03.04.2022.

¹⁵ **Çelikkol**, Şimal: “Metaverse Dünyası’nın Tüketici Satın Alma Davranışları Açısından Değerlendirilmesi”, İstanbul Kent Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, Cilt 3, Sayı 1, 2022, s. 66.

jilerle çözümlenmeye başlandığı dikkate alınmalıdır¹⁶. Zira bu yenilik herhangi bir avatar ile metaverse üzerinde işlem ve eylemlerde bulunan kişinin işlem geçmişi ve gerçek kimliği kadar, bu kişinin metaverse üzerinden edindiği bir varlığın hak sahipliğinin de blokzincir teknolojisi ile takip edilmesine olanak sağlamaktadır¹⁷. Dolayısıyla, metaverse ortamında bir kısım kişisel veriler işlenmekte, çeşitli değerler üzerinde haklar edinilebilmekte ve bu ortamda kişilerin birbirine zarar vermesi kadar suç teşkil eden eylemleri doğrudan ya da dolaylı olarak gerçekleştirmeleri de mümkün olmaktadır¹⁸. Üstelik, avatar kimliklerinin (şimdilik) 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) madde 8 uyarınca hak ehliyetinden ve dolayısıyla hukuki kişilikten yoksun bulunması, metaverse ortamında anayasal temel hak ve özgürlüklerin kullanılamayacağı veya burada kişilerin temel hak ve özgürlüklerine karşı gelebilecek saldırılara karşı hukuken koruma sağlanamayacağı anlamına da gelmemektedir.

Diğer taraftan metaverse, kullanıcıların internet üzerinden erişilebildikleri ve genelde “platform” olarak anılan hizmet sağlayıcılar tarafından yaratılan hizmet ve içerik barındıran bir ortam olduğundan, aslında tek değil birden çok metaverse ortamı bulunduğu söylenebilecektir¹⁹. Dolayısıyla, metaverse ortamının bu mecrayı işleten platformun varlığından ayrı değerlendirilmesi olanaklı değildir. Temelde, metaverse ortamı işleten kurumların genel olarak teknolojik faaliyetler gerçekleştiren özel hukuk tüzel kişisi vasfındaki diğer kurumlardan bir farkı bulunmamaktadır. Ancak metaverse gerçek dünyadaki eylem ve işlemlerin sanal dünyada aynen gerçekleşmesini temin ettiğinden yürürlükteki hukuk kurallarının kapsamına hangi ölçüde alınması gerektiği tartışma konusudur²⁰. Henüz metaverse ortamına ilişkin olarak Türk hukukunda yürürlüğe konulmuş özel bir düzenleme bulunmaması sebebiyle, herhangi bir metaverse platformunu yürürlükteki mevzuat

¹⁶ **Jeon**, s. 3. Bir kavram olarak “blokzincir”, bloklar şeklindeki dizinlerden oluşan ve dağıtık defter teknolojisini kullanan sanal bir veritabanını ifade etmek üzere kullanılmaktadır (**Dimitropoulos**, Georgios: “The Law of Blockchain”, Washington Law Review, Cilt 95, Sayı 3, 2020, s. 1127).

¹⁷ NFTs: Identity in the Metaverse, Financial Times, <https://www.ft.com/partnercontent/crypto-com/nfts-identity-in-the-metaverse.html>, Erişim Tarihi: 03.04.2022.

¹⁸ Bkz. **Basu**, Tanya: “The metaverse has a groping problem already”, MIT Technology Review 16.12.2021, <https://www.technologyreview.com/2021/12/16/1042516/the-metaverse-has-a-groping-problem/>, Erişim Tarihi: 03.04.2022.

¹⁹ **Çelikkol**, s. 68.

²⁰ Metaverse ortamı işleten kurumların bu ortamda gerçekleşen faaliyetlerin türüne göre doğabilecek, örneğin bankacılık ve sermaye piyasası mevzuatından kaynaklı izin yükümlülükleri bu çalışmanın konusuna girmemektedir.

açısından tek bir hukuki kavram altında tanımlamak veya faaliyetini tek bir kanun dairesinde değerlendirmek olanaksızdır. Metaverse ortamının teknik bakımdan kurgulanma şekline göre bu ortamda gerçekleşen eylem ve işlemler ile bunları gerçekleştirenlerin, muhataplarının ve buna ortam sağlayanların farklı hukuki temeller ve kanunlar uyarınca sorumluluklarının doğacağı açıktır.

Bu çalışmanın konusu bakımından, kullanıcılarına sadece iletişim bağlamında bir etkileşim imkânı veren metaverse ortamları önem taşımaktadır. Zira nihayetinde anonim şirket genel kurul toplantıları kişilerin bir araya gelerek görsel, yazılı ve işitsel manada iletişimde bulunduğu etkinlikler, bir başka deyişle, toplantılardır. Bu anlamda genel kurul toplantılarının metaverse ortamında yapılmasıyla kastedilen, bu toplantıya katılanlar ve bunu düzenleyen kişilerin iletişimlerini ve (varsa) haklarını kullanma konusundaki işlem ve eylemlerini bu ortam üzerinden gerçekleştirmeleridir. Genel kurul toplantıları açısından bu kişiler arasında herhangi bir alım satım ya da benzeri başkaca ticari ilişki kurulması ihtiyacı da bulunmamaktadır. Ancak metaverse ortamını oluşturan platformlar ile bunları kullananlar arasındaki ilişkinin sözleşme temelinde gerçekleşmekte olması²¹, genel kurul toplantısını yapan şirket bakımından bu toplantı faaliyetinin elektronik ticaret niteliğinde olmamasına rağmen²², platformların kullanıcılarına sağladıkları hizmetler nedeniyle bu defa platformların kendilerinin 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun kapsamında bir “hizmet sağlayıcı” (m. 2(1)(ç)) ve ayrıca 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerince bir “sağlayıcı” (m. 3(1)(ı)) olarak yükümlülüklerinin doğabileceği dikkatten uzak tutulmamalıdır.

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun m. 2(1)(s) uyarınca “sosyal etkileşim amacıyla kullanıcıların internet ortamında metin, görüntü, ses, konum gibi içerikleri oluşturmalarına, görüntülemeleme veya paylaşımlarına imkân sağlayan gerçek veya tüzel kişiler” için “sosyal ağ sağlayıcı” kavramı kullanılmaktadır. Hakkında özel bir düzen-

²¹ Metaverse platformlarının işleyişleri “White Paper” olarak anılan belgelerde izah edilmekte olup, metaverse üzerinde sözleşme temelinde işleyişe ilişkin bir örnek bkz. Decentraland White Paper, <https://decentraland.org/whitepaper.pdf>, Erişim Tarihi: 03.04.2022.

²² 6563 sayılı Kanun m. 3 ve m. 4 hükümleriyle somutlaşan kanun sistemine bakıldığında, elektronik ticaretin bir sözleşme akdedilmesini hedef alan işlem ve eylemlerin varlığını gerektirdiği anlaşılmaktadır. Oysa genel kurul toplantılarında sözleşme akdedilmesini hedefleyen bir işlem yoktur.

leme yapılarına kadar, metaverse platformlarının hukuki nitelik itibarıyla 5651 sayılı Kanun uyarınca bir “sosyal ağ sağlayıcı” olarak görülmesi ve kullanılan metaverse ortamının da bir “sosyal ağ” olarak ele alınması pekâlâ mümkündür. Zira genel kurul toplantılarında kişilerin görsel, işitsel veya yazılı biçimde iletişimi ve bu etkileşimde ortaya koydukları irade beyanları mevcut olmaktadır. Yine toplantıların gerçekleştirilebileceği bir metaverse ortamının asıl unsurunun sosyal etkileşim olacağı dikkate alındığında, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunca yayınlanan “Sosyal Ağ Sağlayıcı Hakkında Usul ve Esaslar” uyarınca kapsam dışı bırakılan platformlar (m. 2) arasında toplantı yapılacak metaverse platformlarının nitelik itibarıyla yer alamayacağı da açıktır²³. Diğer taraftan 5651 sayılı Kanun madde Ek Madde 4(9) hükmünün sosyal ağ sağlayıcının içerik veya yer sağlayıcısı olmasından doğan sorumluluk ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmayacağını belirtilmesi, söz konusu metaverse platformunun her durumda 5651 sayılı Kanun uyarınca “yer sağlayıcı” niteliğinin²⁴, ayrıca 6563 sayılı Kanun ve 6502 sayılı Kanun uyarınca da yükümlülüklerinin süreceğini göstermektedir²⁵.

III. GENEL KURUL TOPLANTILARININ ÖNEMİ

Anonim şirketler tüzel kişiliği haiz yapılar olarak (TTK m. 355(1)) kendilerini meydana getiren pay sahiplerinden bağımsız biçimde varlıklarını sürdürmelerini temin edecek bir örgütsel düzene ihtiyaç duymaktadır²⁶. Şirketin kendi adına işlem gerçekleştirme yeteneği bulunmadığından, şirket fiil ehliyetini organları vasıtasıyla kullanmaktadır (TMK m. 50). Dolayısıyla anonim şirketlerin yönetimi, temsili ve denetimi bizzat onu oluşturan pay sahipleri tarafından gerçekleştirilmemekte, bu görevleri şirket tüzel kişiliğinin kanunen belirlenmiş organları yerine getirmektedir²⁷. Bu kapsamda

²³ Mezkûr düzenlemenin kanunun sosyal ağ sağlayıcı tanımını daralttığı yönünde bkz. **Turgut**, Cemile: Kişilik Hakkının Bir Görünümü Olarak Unutulma Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 396.

²⁴ Sosyal ağ sağlayıcıların, aynı zamanda yer sağlayıcı oldukları yönünde bkz. **Turgut**, s. 388; Avrupa Birliği Adalet Divanı SABAM v. NETLOG (C- 360/10, EU: C: 2012: 85 Par. 27). Öte yandan, sosyal ağ sağlayıcıların somut olayın koşullarına göre içerik sağlayıcı olarak da kabul edilmeleri pekâlâ mümkündür.

²⁵ 6563 sayılı Kanun uyarınca “hizmet sağlayıcı” kavramının 5651 sayılı Kanun’da yer alan erişim ve yer sağlayıcı kavramlarını da kapsadığı yönünde bkz. 6563 sayılı Kanun m. 2 Madde Gereçesi.

²⁶ **Akdağ Güney**, Necla: “Anonim Şirketlerde Eşitlik İlkesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 18, Sayı 3-4, 2014, s. 116.

²⁷ **Teoman**, Ömer: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oydan Yoksunluğu, BTHAE, Ankara 1983, s. 3.

genel kurul, anonim şirketin kanunen zorunlu organlarından bir tanesidir²⁸ ve tüm pay sahiplerinden oluşmaktadır²⁹. Genel kurul şirkete hâkim organ olarak görülmekle beraber, bir üst organ olarak değerlendirilmemektedir³⁰. Pay sahipleri açısından ise genel kurul, kural olarak şirket işlerine ilişkin hakların kullanıldığı yer olmaktadır (TTK m. 407(1)). Diğer taraftan, genel kurul vasıtasıyla pay sahipleri şirketin işleri hakkında düzenli ve kapsamlı bilgi edinmektedir (TTK m. 437).

Anonim şirketi yönetim kurulu yönetmekte ve temsil etmektedir (TTK m. 365(1)). Genel kurul ise ancak kanunda ve esas sözleşmede açıkça öngörülen hallerde karar almakta olup (TTK m. 408(1)), çeşitli hükümlerde öngörülenler saklı kalmak üzere genel kurula ait devredilemez görev ve yetkiler Türk Ticaret Kanunu madde 408(2) hükmünde sayılmıştır. Türk Ticaret Kanunu madde 408(1) hükmünde yer alan “karar alır” ifadesiyle genel kurulun bir karar organı niteliğinde bulunduğu somutlaştırılmıştır³¹. Diğer taraftan, Türk Ticaret Kanunu madde 409 hükmünün “toplanır” ifadesi genel kurulun “toplanarak” karar alan yönünü işaret etmektedir³². Bununla beraber genel kurul sürekli bir organ olmayıp, ancak kanun ve esas sözleşme hükümleri dairesinde olağan ve olağanüstü olarak toplanmaktadır³³.

Genel kurula katılma hakkı bulunmayan veya sınırlandırılmış olan bir pay sahibinin konumunun “anlamsız” ve “anormal” olacağı vurgulanmaktadır³⁴. Bu anlamda, genel kurula katılma hakkı pay sahibinin vazgeçilmez ve bertaraf edilemez haklarından görülmekle beraber³⁵, pay sahiplerinin genel kurula katılarak haklarını kullanmaları zorunlu değildir³⁶. Genel kurula katılma hakkına bağlı olarak kullanılan pay sahipliği haklarından en önemlisi

²⁸ **Gürbüz Usluel**, Aslı Elif: “Yeni Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Anonim Ortaklıklarda Kamu Denetiminin Değerlendirilmesi”, *BATIDER*, Cilt 28, Sayı 1, 2012, s. 178.

²⁹ **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 533.

³⁰ **Pulaşlı**, Hasan: *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 308 (Şirketler); **Tekinalp/Poroy/Çamoğlu**, s. 529.

³¹ Madde gerekçesinde genel kurulun sadece karar almak değil bilgi edinmek amacıyla da toplanabileceğinin belirtilmesi dikkat çekicidir.

³² Bkz. **Pulaşlı**, Hasan: “Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı ve Müeyyidesi”, *İÜHF*, Cilt 71, Sayı 2, 2013, s. 335.

³³ **İmregün**, Oğuz: *Kara Ticareti Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001, s. 285.

³⁴ **Tekinalp**, Ünal: *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 366.

³⁵ **Tekinalp**, Ünal/**Poroy**, Reha/**Çamoğlu**, Ersin: *Ortaklıklar Hukuku II*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 9 (Ortaklıklar II).

³⁶ **Göktürk**, Kürşat: “Anonim Şirket Pay Sahipliği Haklarının Kullanılmasında Muhalefet Şartı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 2, 2017, s. 57.

ise hiç kuşkusuz oy hakkıdır. Pay sahiplerinin genel kurulda oy kullanması hukuki işlem niteliğindeki bir irade açıklaması olarak, anonim şirketin genel kurul kararıyla somutlaşan kendi irade açıklamasının oluşmasına katkıda bulunmuş olmaktadır³⁷. Genel kurul toplantılarında alınan kararlar şirketin iradesini açıklamakta olduğundan³⁸, toplantıya katılsın ya da katılmasın veya olumlu oy kullansın ya da kullanmasın tüm pay sahiplerini bağlamaktadır³⁹. Dolayısıyla, genel kurul pay sahipleri demokrasisinin gerçekleştiği yer olarak görülmekte⁴⁰ ve bu minvalde anonim şirketlerin çoğu konuda temsili bir demokrasi anlayışıyla yönetildiğinin altı çizilmektedir⁴¹.

Genel kurulun görev ve yetkisine giren konularda pay sahiplerine oy hakkı tanınmak suretiyle şirketin kaderi üzerinde bir takdir yetkisi verilmesindeki meşruiyet, pay sahiplerinin şirket yönetiminin faaliyetlerini denetleme konusunda en fazla menfaati bulunan ilgili grubu olmasıyla açıklanmaktadır⁴². Bu çerçevede, kural olarak sermaye payıyla orantılı oy hakkı tanınması kuramı da şirketten en çok menfaati bulunan pay sahibinin şirketin zararına olacak işleri engellemede en çok menfaati olan taraf durumunda görülmesiyle ilişkilendirilmektedir⁴³. Yine pay sahiplerinin yatırımlarının daha çeşitli olduğundan hareketle şirketin iktisadi başarısı veya başarısızlığı konusunda daha toleranslı olmalarının, bu ilgili grubunu şirketin menfaatine hareket etmeye teşvik edeceği belirtilmektedir⁴⁴.

Genel kurulun fiziki olmayan şekillerde toplanma biçiminin anonim şirketi, pay sahiplerini ve kamuyu ilgilendiren yönleri bulunmaktadır. Bu çerçevede, genel kurul toplantılarının elektronik ortamda yapılması anonim şirketlerin organsal yapısının iyileştirilmesine ilişkin görülmektedir⁴⁵. Bu toplantıların doğal niteliği olan “toplantı” yani “ifade” unsurunun gerçekleş-

³⁷ Teoman, s. 4.

³⁸ Teoman, s. 2.

³⁹ İmregün, s. 285.

⁴⁰ Pulaşlı, s. 836.

⁴¹ Macey, Jonathan R./Moll, Douglas, K.: The Law of Business Organizations, West Academic Publishing, St. Paul 2020, s. 284.

⁴² Hu, Henry T.C./Black, Bernard: “The New Vote Buying: Empty Voting and Hidden (Morphable) Ownership”, Southern California Law Review, Cilt 79, 2006, s. 850.

⁴³ Hu/Black, s. 851.

⁴⁴ Haan, Sarah C.: “Shareholder Proposal Settlements and the Private Ordering of Public Elections”, The Yale Law Journal, Cilt 126, Sayı 2, 2016, s. 287.

⁴⁵ Bkz. Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM Dönem: 23 Yasama Yılı: 2 S. Sayısı: 96, Genel Gerekeç (Türk Ticaret Kanunu Genel Gerekeçesi), Par. 70.

mesine olanak sağlayacak bir toplanma biçiminin kullanılması önem taşımaktadır⁴⁶. Diğer taraftan, anonim şirket paylarının mülkiyet hakkı kapsamındaki değerlerden kabul olunması karşısında⁴⁷, genel kurul toplantılarının gerçekleştirilme usulünün toplumsal ve ekonomik eğilimler çerçevesinde geliştirilmesi mülkiyet hakkına ilişkin anayasal hükümlerin bir gereği olarak değerlendirilmektedir⁴⁸. Yine elektronik ortamın kullanımının anonim şirketlerde şeffaflığın sağlanması açısından önemli görülmesi karşısında⁴⁹, şeffaflıktan sadece pay sahipleri değil şirketle hukuki ilişki içine giren diğer kişiler de faydalanacağından, genel kurul toplantılarının şeklinin kamuyu ilgilendirdiği kuşkusudur.

IV. METAVERSE ORTAMINDA GENEL KURUL TOPLANTISI YAPILMASI

Bir anonim şirketin genel kurul toplantısı ancak belirli bir mecrada ve belirli bir zamanda yapılabilmektedir⁵⁰. Aksine esas sözleşmede hüküm bulunmadığı takdirde genel kurulun şirket merkezinin bulunduğu yerde toplanacağı öngörülmüştür (TTK m. 409(3)). Bu anlamda, genel kurul toplantısının yeri tektir. Ancak Kanunun elektronik ortamda genel kurul toplantısı yapılması imkânını tanımasıyla birlikte artık genel kurula katılmanın çoklu ortamlardan gerçekleştirilebildiği ifade edilmektedir⁵¹. Yine de gerek TTK m. 1527(5) hükmünün lafzı gerekse TTK m. 409(3) hükmünden hareketle anonim şirketlerde tamamen elektronik ortamda bir genel kurul toplantısı yapılmasının, bir başka ifadeyle fiziksel olarak hiç kimsenin toplanmadığı bir toplantının düzenlenmesinin olanaklı bulunmadığı kabul edilmektedir⁵². Bu doğrultuda, Türk Ticaret Kanunu sisteminin öngördüğü elektronik genel kurul şekli, fiziksel ortamda yapılan toplantıya elektronik ortamda katılma

⁴⁶ Bkz. Hoschett v. TSI Intern. Software Ltd. 683 A.2d 43 (1996).

⁴⁷ Bkz. T.C. Anayasa Mahkemesi, T. 22.10.2015, E. 2015/29 K. 2015/95 (T.C. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 30.03.2022).

⁴⁸ Pay sahiplerinin oy hakları dahil haklarının artırılması eğiliminin esasında payların mülkiyet hakkı konusu değerlerden kabul olunması yaklaşımının ortaya konulması anlamına geldiği yönünde bkz. **Talbot**, Lorraine: “Why Shareholders Shouldn’t Vote: A Marxist- progressive Critique Shareholder Empowerment”, The Modern Law Review, Cilt 76, Sayı 5, 2013, s. 816.

⁴⁹ Bkz. Türk Ticaret Kanunu Genel Gereği Par. 89.

⁵⁰ **Pulaşlı**, s. 840.

⁵¹ **Pulaşlı**, s. 840.

⁵² Bkz. **Falcıoğlu**, Mete Özgür: Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 54; **Bahtiyar**, Mehmet: Ortaklıklar Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 159; **Pulaşlı**, s. 840.

olanağı sağlanması şeklindedir⁵³. O halde genel kurul toplantıları katılım türü bakımından (1) fiziki katılımlı ya da (2) çoklu ortamlardan katılımlı şeklinde ikiye ayrılacaktır⁵⁴. Anonim şirketin elektronik ortamda genel kurul toplantısı yapması halinde pay sahipleri açısından ise toplantıya elektronik yöntemle katılma şeklinde bir seçimlik hak ortaya çıkmış olmaktadır⁵⁵.

Genel kurul toplantısının katılım türü bakımından önemli bir başka husus da toplantıya katılan kişilerin kim olduğu ile bu kişilerin yetkilerinin kontrol edilmesidir⁵⁶. Zira genel kurula katılan kişiler, toplantının yapılabilmesi ve karar alınabilmesi için gerekli nisaplar yönünden belirleyicidir. Bu kontrolün neticesi genel kurul toplantı tutanağına yazılmakta ve tutanağın geçersiz olması durumunda alınan kararlar da geçersiz olmaktadır⁵⁷. Üstelik Türk Ticaret Kanunu madde 446(1)(b) gereği, genel kurula yetkisi bulunmayan kişilerin veya temsilcilerinin toplantıya katıp oy kullanmaları, bu durum kararın alınmasında etkili olmuş ise genel kurul kararının meydana gelişine ilgili iptal sebeplerinden kabul edilmektedir⁵⁸. Dolayısıyla, bir kişinin pay sahibi olarak herhangi bir biçimde genel kurul toplantısına katılabilmesi için öncelikle bu kişinin genel kurula katılma hakkının bulunduğunu kanunun aradığı biçimde ortaya koyması önem taşımaktadır.

Metaverse bir elektronik ortamdır. Dolayısıyla, metaverse ortamında gerçekleştirilecek genel kurul toplantıları, fiziki katılımlı değil çoklu ortamlardan katılımlı toplantılar kategorisinde değerlendirilmelidir. Türk Ticaret Kanunu madde 1527 hükmünde “elektronik ortam” ile kastedilenin ne tür mecralar olduğu tanımlanmadığından⁵⁹, metaverse ortamında toplantı yapılmasına kanun uyarınca kavramsal bir engel bulunmamaktadır. Ancak

⁵³ **Kalender**, Emre: “Anonim Şirketlerde Genel Kurul Toplantı Yerinin Esas Sözleşmede Gösterilmesi”, BATIDER, Cilt 25, Sayı 2, 2019, s. 221.

⁵⁴ Genel kurul toplantılarının katılım türü bakımından toplu bir değerlendirmesi için bkz. **Falcoğlu**, s. 35-40.

⁵⁵ **Falcoğlu**, s. 106.

⁵⁶ **Karahan**, Sami: Şirketler Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya 2013, s. 546.

⁵⁷ **Karahan**, s. 550.

⁵⁸ Düzenlemenin bir eleştirisi için bkz. **Kırca**, İsmail: Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 157-160.

⁵⁹ TTK m. 1527 Madde Gereği (https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/sorgu, Erişim Tarihi: 04/04/2022), elektronik ortamdan söz ederken tahdidi anlamlı bir kavram yerine “online toplantı sistemi” tabirini kullanmaktadır. Yine kanunun anonim şirketler yönünden elektronik ortamlarla ilgili tanım yapmaya elverişli tek ifadesini elektronik ortamı kullanmak isteyen pay sahiplerinin elektronik posta adreslerini şirkete bildirmelerini belirten 1528. Maddesi oluşturmaktadır.

metaverse ortamının sanal niteliği, genel kurulun elektronik ortamda yapılmasına ilişkin genel ilkelerin bu düzleme de aynen uygulanmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla, elektronik ortamdaki toplantıların kendi bünyesinde katılım ve iletişim bağlamında bir güvenlik sorunu barındırdığından hareketle⁶⁰, toplantı için gerekli teknik altyapının kurulması ve pay sahiplerinin kimliklerinin kontrolü meselelerinin metaverse ortamında nasıl çözümleneceği özel olarak incelenmelidir⁶¹.

A. Karşılaştırmalı Hukuktan Örnekler

İnceleyebildiğimiz kadarıyla yabancı hukuk sistemlerinde henüz metaverse ortamında genel kurul toplantısı yapılmasına yönelik özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla beraber, yabancı hukuk sistemlerinin elektronik ortamda genel kurul toplantılarını ele alış biçimi incelendiğinde, toplantı yeri ve genel kurula katılanların kimliklerinin kontrolü meselelerinin özel bir önem taşıdığı ve bu hukuk sistemlerinde metaverse ortamında toplantıya izin verilip verilmediğinin de bu çerçevede değerlendirilmesi gerekeceği anlaşılmaktadır⁶². İlk olarak, Avrupa Birliği hukukunda halen yürürlükte bulunan Avrupa Parlamentosu ve Konseyin 11 Temmuz 2007 Tarih ve 2007/36/AT Sayılı Payları İşlem Gören Şirketlerde Belirli Pay Sahibi Haklarının Kullanılmasına İlişkin Yönergesinin 8(2). maddesi incelendiğinde, pay sahiplerinin genel kurul toplantısına elektronik ortamda katılmalarına ilişkin olarak getirilebilecek sınırlamaların sadece pay sahiplerinin kimliklerinin tespit edilmesi ve iletişimin güvenliği amaçlarıyla sınırlı ve orantılı olabileceğinin kabul olduğu görülmektedir.

Diğer taraftan, Amerika Birleşik Devletleri Kaliforniya Eyaleti Şirketler Kanunu'nun (*California Corporations Code*) 600(e) maddesine göre; toplantıya katılanların kimliğinin tespitinin yapılması, pay sahipliğinden kaynaklı oy ve bilgi edinme haklarının kullanımı ile tutanakların kaydının temin edilmesi koşullarına ilişkin makul tedbirler alındığı takdirde genel kurul toplantısının elektronik iletişim, elektronik video iletişimi, telekonferans ve başkaca uzaktan iletişim yöntemleriyle yapılması mümkündür. Benzer şekilde, Delaware Eyaleti Şirketler Kanunu (*Delaware General*

⁶⁰ Bkz. **Özer**, Işık: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirket Genel Kuruluna Elektronik Ortamda Katılım", BATIDER, Cilt 25, Sayı 4, 2009, s. 640.

⁶¹ Bkz. **Azarkan**, Necat: "Anonim Şirketlerde Sanal (Virtüel) Genel Kurul", Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi, Cilt 2, Sayı 4, 2018, s. 33.

⁶² Karşılaştırmalı hukuktan örnekler için bkz.: **Keser Berber**, Leyla/**Yayla**, Ümit İhsan: "Elektronik Genel Kurullar Türkiye Uygulaması", REGESTA, Cilt 2, Sayı 3, 2012, s. 23-25.

Corporation Law) madde 211'e göre genel kurul toplantıları fiziksel bir yer olmaksızın uzaktan iletişim araçlarıyla gerçekleştirilebilmektedir. Yine Delaware hukuku toplantıya katılan ve oy kullanan kişilerin hak sahipliğini teyit etmek üzere makul tedbirleri alma yükümlülüğünü kanunen şirkete yüklemiştir⁶³.

Öte yandan, Hong Kong Şirketler Kanunu'nun (*Hong Kong Companies Ordinance*) 584. maddesine göre bir şirketin genel kurul toplantısı, aynı yerde bulunmayan pay sahiplerinin toplantıyı dinlemelerine, toplantıda konuşmalarına ve oy kullanmalarına olanak sağlayacak herhangi bir teknoloji kullanılarak bir veya daha fazla yerde gerçekleştirilebilmektedir. Söz konusu düzenleme, elektronik ortamda genel kurul toplantısı yapılmasının hukuki dayanağı olarak gösterilmektedir⁶⁴. Hong Kong hukukunun genel kurul toplantısına katılan pay sahiplerinin kimliklerinin tespiti meselesine yönelik özel bir düzenleme yer vermediği görülmekle beraber, mezkûr düzenlemede (m. 584(2)) toplantıya şirket esas sözleşmesinin uygulanacağı belirtildiğinden, bu konuda gerekli tedbirleri almak konusunda şirketin yükümlülüğü ve takdir yetkisi bulunduğu değerlendirilebilecektir.

B. Fiziksel Ortamda Genel Kurul Toplantıları

Pay sahiplerinin fiziksel olarak aynı mekânda bir araya gelerek toplanırları bir halde, fiziksel ortamda yapılan bir genel kurul toplantısı söz konusu olmaktadır⁶⁵. Genel kurul, kural olarak, şirket merkezinin bulunduğu yerde toplanmaktadır (TTK m. 409(3)). Nitekim Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Bakanlık Temsilcileri Hakkında Yönetmelik⁶⁶ (Genel Kurul Yönetmeliği) m. 8(1) uyarınca da genel kurul toplantıları esas sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça şirket merkezinin bulunduğu mülki idare birimi sınırları içinde yapılacaktır. Dolayısıyla, fiziksel olarak yapılan genel kurul toplantısının mutlaka fiziksel bir toplantı yeri (mekânı) bulunmaktadır⁶⁷. Genel kurul toplantısı çağrısında toplantı yerinin noksan veya şaşırtıcı nitelikte belirtilmiş

⁶³ ABD hukukunda genel kurula çoklu ortamlardan katılıma ilişkin genel bir değerlendirme için bkz. **Fairfax**, Lisa: "Virtual Shareholder Meetings Reconsidered", Seton Hall Review, Cilt 40, Sayı 3, 2010, s. 1367-1432.

⁶⁴ **Zetsche**, Dirk A., et. al.: "Enhancing Virtual Governance: Comparative Lessons from COVID- 19 Company Laws", Journal of Corporate Law Studies, Cilt 21, Sayı 2, 2021, s. 15.

⁶⁵ **Bahtiyar**, s. 159.

⁶⁶ R.G. T. 28.11.2012 S. 28481.

⁶⁷ **Pulaşlı**, s. 840.

olduğu hallerde toplantıda alınan kararların iptal edilebilir hale gelmesi⁶⁸, toplantı yerinin önemini ortaya koymaktadır.

Pay sahibinin genel kurula kendisi veya temsilcisi yoluyla katılması (TTK m. 425) ve burada haklarını kullanabilmesi için öncelikle pay sahibi sıfatını şirkete karşı ispatlaması gerekmektedir⁶⁹. Genel kurula katılma konusunda kimlerin hak sahibi olduğu başlangıçta “genel kurula katılabilecekler listesi” olarak adlandırılan listeye tespit edilmekte (TTK m. 417(3)), bu liste genel kurula katılanların imzalamasıyla birlikte artık “hazır bulunanlar listesi” olarak isimlendirilmektedir (TTK m. 417(4))⁷⁰. Genel kurula katılabileceklerin listesi düzenlenirken senede bağlanmamış bulunan veya nama yazılı paylar ile ilmühaber sahipleri için pay defterindeki kayıtlar dikkate alınmaktadır (TTK m. 417(2)). Dolayısıyla, pay defterinden takibi mümkün paylardan doğan pay sahipliği bu defter aracılığıyla ispatlanacaktır (TTK m. 426(1))⁷¹. Diğer taraftan, pay defterinden takibi mümkün bulunmayan hamiline yazılı pay senetlerinin sahipleri açısından ise TTK m. 417(1) ve m. 426(2) gereği, Hamiline Yazılı Pay Senetlerinin Merkezi Kayıt Kuruluşuna Bildirilmesi ve Kayıt Altına Alınması Hakkında Tebliğ (Tebliğ) m. 6 uyarınca Merkezi Kayıt Kuruluşu Anonim Şirketi (MKK) tarafından sağlanacak pay sahipleri çizelgesi kullanılacaktır. Dolayısıyla, MKK kayıtlarında ismi bulunmayan pay sahipleri paya bağlı haklarını kullanamayacak (Tebliğ m. 10(1)) ve genel kurul toplantısında pay sahibi olarak da bulunamayacaktır.

Genel kurula katılabilecek kişilerin listesi genel kurulun yapılacağı yerde bulundurulacak ve bu listede özellikle pay sahiplerinin adı- soyadı veya unvanları, adresleri, sahip oldukları pay miktarı, payların itibari değerleri, grupları, şirketin esas sermayesi ile ödenmiş olan tutar veya çıkarılmış sermayesi, toplantıya aslen ve temsil yoluyla katılacakların imza yerleri gösterilecektir (TTK m. 417(3)). Dolayısıyla, pay defteri veya MKK kayıtlarında adı bulunan bir kişinin toplantıya katılabilmesi için bu listede gösterilen kişi olduğunu da ayrıca ispatlaması gerekmektedir⁷². Bu anlamda, pay

⁶⁸ **Moroğlu**, Erdoğan: Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 104.

⁶⁹ Bkz. TTK m. 426 Madde Gereğesi (<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/sorgu>, Erişim Tarihi: 04/04/2022).

⁷⁰ **Kendigelen**, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 316.

⁷¹ TTK m. 426 Madde Gereğesinde, pay defterinin bulunmadığı hallerde pay sahibinin sıfatının diğer delillerle kanıtlanacağı belirtilmiş ancak bu delillerin neler olabileceği yazılmamıştır.

⁷² Bkz. **Özer**, s. 639.

sahibinin toplantıya katılması aşamasında bir kimlik kontrolü yapılması zorunlu olmaktadır⁷³. Nitekim Genel Kurul Yönetmeliği madde 18(3) hükmüyle, pay sahiplerinin ve temsilcilerinin kimliklerini ve yetki veya temsil belgelerini ibraz etmek suretiyle listeyi imzalayacakları vurgulanmıştır. Toplantı yerine girişte gösterilecek kimliklerin kontrol işlemleri yönetim kurulu veya yönetim kurulunca görevlendirilen üyeler ya da kişiler tarafından yerine getirilmektedir (G.K. Yönetmeliği m. 5(2)). Bu kapsamda, ibraz edilecek kimliğin türü belirtilmemiş olmakla beraber, toplantıda Genel Kurul Yönetmeliği Ek- 2’de örneği bulunan hazır bulunanlar listesinin kullanılması zorunlu bulunduğundan (Genel Kurul Yönetmeliği m. 16(2)) ve burada kimlik numarası kısmı yer aldığından, ibraz edilecek kimliğin kimlik numarası gösteren türden bir kimlik olması mecburu gözükmektedir⁷⁴.

C. Elektronik Ortamda Genel Kurul Toplantıları

Anonim şirketlerde elektronik ortamda yapılacak genel kurul toplantılarının usul ve esasları TTK m. 1527 ile bu hükme istinaden yürürlüğe konulan Anonim Şirketlerde Elektronik Ortamda Yapılacak Genel Kurullara İlişkin Yönetmelik⁷⁵ (Yönetmelik) uyarınca düzenlenmektedir. Bu kapsamda, elektronik ortamda genel kurul toplantısı yapılabilmesi için esas sözleşmede yer verilmesi zorunlu bulunan hüküm de (Yönetmelik m. 5(1)) elektronik ortamda genel kurul toplantılarının usul ve esaslarına ilişkin kaynaklardan biri olarak gösterilebilecektir (TTK m. 1527(5)). Mevzuata uygun biçimde gerçekleştirilen elektronik ortamdaki genel kurul toplantısında elektronik yolla katılma, öneride bulunma, görüş açıklama ve oy verme fiziki katılımın ve oy vermenin bütün hukuki sonuçlarını doğuracaktır (G.K. Yönetmeliği m. 6(2)).

Türk Ticaret Kanunu’nda elektronik ortam ile neyin kastedildiği belirtilmemiştir. Ancak mezkûr ikincil mevzuat uyarınca, anonim şirketlerde genel kurul toplantılarının elektronik ortamdan gerçekleşmesini sağlayan bilişim sistemi “Elektronik Genel Kurul Sistemi” (EGKS) olarak tanımlanmakta olup, payları borsaya kote olmayan şirketlerin bu sistemi kendilerinin

⁷³ Şirket yönetiminin toplantıya girişte güvenlik önlemi de alması gerektiği yönünde bkz. **Pulaşlı**, s. 910.

⁷⁴ Konuya ilişkin olarak T.C. Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi (CİMER) üzerinden yapılan 28.03.2022 tarihli ve 2201460916 sayılı başvuruya T.C. Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü tarafından verilen 28.06.2022 tarihli cevapta, ibraz edilecek kimliğin kişinin “kimliğinin doğrulanmasını sağlayacak geçerli kimlik belgesi” vasfında olması gerektiği belirtilmiştir.

⁷⁵ R.G. T. 28.08.2012 S. 28395.

kurması veya destek hizmeti almak suretiyle kullanması olanaklıdır (Yönetmelik m. 4(1)(c)). Payları MKK tarafından kayden izlenen borsaya kote şirketleri için ise EGKS doğrudan MKK tarafından sağlanmaktadır (Yönetmelik m. 5(3)). Bu toplantılar için özel teknik standartları haiz bir bilişim sistemi öngörülmesinin temel sebebini oyun gerçek sahibi tarafından kullanıldığına tespiti ihtiyacı oluşturmaktadır⁷⁶. Toplantıya elektronik ortamda katılan kişilerin listesi bu sistemden alınmakta ve hazır bulunanlar listesi de bu şekilde oluşturulmaktadır (Yönetmelik m. 8(2)).

Yönetmelik gereği genel kurul toplantısı EGKS üzerinden gerçekleştirilse dahi toplantı fiziki ve elektronik ortamda aynı anda açılmaktadır (m. 9). Bu anlamda toplantı yerinin fiziksel olarak da mevcut bulunması ve elektronik ortamda toplantı yayının eş zamanlı yapılabilmesi gerekli teknik donanımın bu yerde kullanılabilir olması gerekmektedir⁷⁷, neticede fiziksel ortamda yapılan genel kurul toplantılarında toplantı yerine ilişkin esaslar EGKS kullanıldığında da aynen uygulanmaktadır. Nitekim bu kural genel kurul toplantısının tamamen elektronik ortamda yapılmasına, bir başka ifadeyle toplantının toplantı yeri fiziken belirlenmeksizin yapılmasına engel bir ikincil mevzuat düzenlemesi olarak gösterilebilecektir⁷⁸.

Pay sahiplerinin elektronik ortamda genel kurul toplantısına katılımı EGKS içerisine giriş yapılmasıyla gerçekleşmektedir (Yönetmelik m. 8(1)). Bu kapsamda pay sahiplerinin sisteme girişinde güvenli elektronik imza kullanmaları zorunludur (Yönetmelik m. 8(1)). Bununla beraber, Genel Kurul Yönetmeliği m. 6 hükmünün elektronik ortamda genel kurul toplantısı yapılmasına ilişkin olarak Yönetmelik hükümlerinin uygulanacağı ve ancak Yönetmelikte hüküm bulunmayan hallerde Genel Kurul Yönetmeliğinin kıyasen uygulanacağını belirtmesine rağmen, Genel Kurul Yönetmeliğinin kimlik kontrolü zorunluluğunun elektronik ortamdaki toplantılarda uygulanması gerekliliği aranmamalıdır. Zira zaten güvenli elektronik imza; münhasıran sahibine bağlı olan, sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimlik tespitini sağlayan, imzalanmış veride sonradan bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan elektronik imza olarak tanımlanmaktadır (5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu (EİK) m. 4). Bu kapsamda, güvenli elektronik imzayla giriş yapıl-

⁷⁶ Bkz. TTK m. 1527 Madde Gerekeşi (<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/sorgu>, Erişim Tarihi: 04/04/2022).

⁷⁷ **Eyuboğlu**, Ceren: Halka Açık Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul Toplantıları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 20.

⁷⁸ **Falcioğlu**, s. 138.

ması aynı zamanda imzayı kullanan kişinin kimliğini ibrazı anlamını da taşımakta, hazır bulunanlar listesi de zaten bu nedenle EGKS çıktısıyla oluşturulmaktadır (Yönetmelik m. 8(2)).

D. Metaverse Ortamında Genel Kurul Toplantıları

Yürürlükteki mevzuat yönünden metaverse üzerinden gerçekleştirilecek genel kurul toplantısının geçerli görülebilmesi için bir elektronik ortamda genel kurul toplantısı olarak addolunması gerekecek, bunun için ise kullanılacak metaverse platformunun bir EGKS olarak kabul edilmesi aranacaktır. Dolayısıyla söz konusu platformun “Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Uygulanacak Elektronik Genel Kurul Sistemi Hakkında Tebliğ” (Tebliğ) hükümlerine uygunluğunun tespit ettirilmesi gerekecektir (Tebliğ m. 8). Bu kapsamda, toplantıda kullanılacak metaverse platformunun asgari olarak Tebliğ m. 8(4) hükmünde belirtilen özellikleri taşıması ve Tebliğ m. 9’daki kriterleri sağlaması zorunlu olacaktır. Tebliğ sisteminde belirtilen özellik ve kriterlerin bir kısmının metaverse platformlarınca sağlanması teknik açıdan mümkün bulunmakla beraber, önemli bir kısmının platformlara ilişkin güncel teknoloji ve kullanıcı beklentisi sebebiyle bu platformlarca uygulanması mümkün görünmemektedir. Bu çerçevede, özellikle güvenli elektronik imza sisteminin kullanılması zorunluluğunun esnetilmesi ve alternatiflerinin kullanımının metaverse ortamındaki toplantılar açısından değerlendirilmesi gerekmektedir.

EGKS içerisine giriş güvenli elektronik imzayla yapıldığı gibi (Yönetmelik m. 8(1)), oy kullanma dâhil diğer işlemler de yine güvenli elektronik imzayla giriş yapılmış olmasına bağlıdır (Yönetmelik m. 14(1)). Üstelik sistemin birden çok güvenli imzanın seri ve paralel olarak atılabilmesini destekleyecek nitelikte bulunması da teknik bir zorunluluk olarak öngörülmüştür (Tebliğ m. 9(2)). Neticede elektronik ortamdaki genel kurul toplantılarının gerektirdiği teknik altyapı gereği toplantıya katılan kişilerin güvenli elektronik imza kullanması ve bu sayede kimliklerinin kontrolünün sağlanması söz konusu bulunmaktadır. Üstelik toplantıya katılanların kimlik bilgilerinin on yıl boyunca saklanması şirketin yükümlülükleri arasında belirtilmiştir (Yönetmelik m. 13(1)(c)). O halde metaverse platformunun teknik olarak anılan nitelikleri taşıyan güvenli elektronik imzayı genel kurul toplantısının yapıldığı kısımda giriş sırasında kullanılabilir kılması gerekmektedir. Zira metaverse düzlemindeki toplantı mecrasına güvenli elektronik imzayla giriş yapılamaması halinde pay sahipleri bu toplantıya hiç katılmamış sayılacaklar, ayrıca toplantı da bir EGKS vasıtasıyla yapılmamış olacaktır.

Elektronik ortamda yapılacak genel kurul toplantısına güvenli elektronik imzayla giriş yapılması zorunluluğunun bir Yönetmelik değişikliği ile kaldırılarak⁷⁹, karşılaştırmalı hukuktan örneklerde olduğu gibi bu konuda tedbirleri alma yükümlülüğünün takdirinin şirketlere bırakılması ve EGKS vasfı taşımanın kolaylaştırılması halinde dahi metaverse ortamında toplantı yapılması kimlik kontrolü sorunlarının devam etmesi nedeniyle mümkün olmayacaktır. Zira yönetim kurulu tarafından genel kurul toplantısına katılabileceklerin listesi Genel Kurul Yönetmeliği Ek- 2'deki biçimde hazırlanması gerektiğinden (m. 16(2)) ve bu listede pay sahibinin adı-soyadı veya unvanı, kimlik numarası, uyruğu ve adresi bilgileri ile imzası zorunlu olarak arandığından, yönetim kurulu tarafından mutlaka bu bilgilerin ve imzanın⁸⁰ edinilebileceği tedbirlerin metaverse ortamına entegre edilmesi gerekecektir. Oysa pay sahibinin kimlik bilgilerini elektronik ortamda ibraz etmesi, ibraz edilen kimlik belgesi gerçek ve doğru olsa dahi bunu ibraz eden kişinin o belgede gösterilen kişi olduğunu ispat etmekte yeterli olmayacaktır. Dolayısıyla anılan düzenlemenin ve TTK m. 417(3) hükmünün uygulamasının değiştirilmesi gerekecek, bu noktada metaverse ortamında verilerin doğruluğunu teyit amaçlı kullanılan blokzincir teknolojilerinden kimlik kontrolü sürecinde faydalanılması gibi çözümlere başvurulması değerlendirilebilecek⁸¹,

⁷⁹ Öğretide elektronik ortamda genel kurul toplantısında güvenli elektronik imza kullanımının işlem güvenliği sorunu yanı sıra TTK m. 1526 ile ilişkilendirildiği görülmektedir (**Keser Berber/Yayla**, s. 30). Ancak TTK m. 1526 ile TTK m. 1527 birbirinden farklı hususları düzenlediğinden iki maddenin ilişkilendirilmesi zorunlu görülmemelidir.

⁸⁰ Gerek TTK gerekse Genel Kurul Yönetmeliği, söz konusu imzanın ıslak imza şeklinde olmasının gerekip gerekmediği hususunda suskundur. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 15 yönünden imzanın kural olarak ıslak imza şeklinde olması gerekmekte olup, TBK imzanın hangi ortama hangi teknoloji ile atılacağı konusunda bir tercih yapmamıştır (**Keser Berber**, Leyla: “Biyometrik İmza ve Türk Borçlar Kanunu’ndaki Yazılı Şekil Şartı ile Hukuk Muhakemeleri Kanundaki İmza Açısından Yeri”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü Bilgi Notu 08.02.2019, <https://itlaw.bilgi.edu.tr/tr/haberler/bilgi-notu-biyometrik-imzanin-tbk-yazili-sekil-sar-86/>, Erişim Tarihi: 02.04.2022, s. 12). Anonim şirketlerin genel kurul toplantıları özetinde 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun kapsamında bir düzenleme de bulunmadığından, genel kurul toplantıları yönünden kişilerce elektronik sistemler üzerinden örneğin elle atılacak imzalar geçerli kabul edilebilmelidir.

⁸¹ Bu kapsamda kimlik kontrolü aşamasında kişilerin kullandığı elektronik cihazların kameraları vasıtasıyla biyometrik verilerinin taranması ve kimlik belgesindekiyle eşleştirilmesi gibi uygulamalar akla gelebilecek ise de bu tür uygulamalar 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m. 6 dairesinde özel nitelikli kişisel veri kategorisindeki verilerin işlenmesi durumunu gündeme getirecektir ki bu verilerin işlenmesi mezkûr mevzuat tahtında birçok hukuki sorun ve maliyet doğuracaktır. Anonim şirketlerde pay sahiplerinin kişisel verilerinin işlenmesi konusunda genel olarak bkz. **Can, Ozan/Çamlı**,

bu da mevzuatın yenilikçi teknolojilere hukuki geçerlilik tanınması zorunluluğunu doğuracaktır. Aksi halde, bir şirket yönetim kurulunun TTK m. 553 uyarınca hukuki sorumluluk riskinin doğmaması adına metaverse ortamında genel kurul toplantısı yapılmasına, anılan biçimde bir ikincil mevzuat değişikliği gerçekleşse dahi, sıcak bakmayacağı açıktır.

V. METAVERSE ORTAMINDA TOPLANTI VE GEÇERLİLİK SORUNU

Her şeyden önce, genel kurul toplantısının metaverse ortamında yapılmasının bu toplantıda alınan kararların hukuki geçerliliğini TTK haricinde bir rejime tabi kılacağından söz etmek mümkün görünmemektedir. Neticede elektronik ortamda genel kurul toplantıları açısından söz konusu olduğu üzere, payları borsaya kote olmayan şirketlerde toplantının gerçekleştirilmesi için kullanılacak metaverse ortamı anonim şirketin kendisi tarafından oluşturulabileceği gibi gerekli ortam üçüncü kişilerden temin edilmek suretiyle de edinilebilecektir. Bu kapsamda, metaverse ortamını işleten üçüncü kişi durumundaki platform bir sosyal ağ sağlayıcı ve EGKS olarak değerlendirilerek bu tanıma giren kişilerin sorumluluk rejimine tabi olacaktır. Diğer taraftan, metaverse ortamı niteliğinde bir EGKS toplantıyı gerçekleştirecek şirket tarafından sunulursa, bu defa 5651 sayılı Kanun kapsamında şirket hem “sosyal ağ sağlayıcı” hem de bir “içerik sağlayıcı” (m. 2(1)(e)) durumunda olacak ve sunduğu içerikten sorumluluğu yine ayrıca sürecektir (m. 4(1)). Dolayısıyla, toplantının EGKS vasfı taşıyan bir metaverse platformundan yapılması durumunda alınan kararların geçerliliğine ilişkin Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin uygulama alanı aynen sürecektir.

Diğer taraftan, bir genel kurul kararının varlığından söz edilebilmesi için ortada kanunen genel kurul kararı olarak nitelendirilmesi mümkün olan bir toplantıda esas sözleşme ve kanunun öngördüğü nisaplarla alınmış bir kararın bulunması gerekmekte, aksi halde alınan kararlar yönünden bir “yokluk” hali söz konusu olmaktadır⁸². Bu anlamda genel kurul kararının kurucu unsurları bir genel kurul toplantısının varlığını ve bir kararın bulunmasını gerektirdiğinden⁸³, genel kurul kararlarında “çifte unsur” ilkesinin

İlgün Mağdem: “Türk Hukukuna Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Kişisel Verilerinin İşlenmesi ve Korunması”, BATIDER, Cilt 26, Sayı 3, 2020, s. 129-161.

⁸² **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 594; Yarg. HGK., T. 31.03.2013, E. 2013/1048 K. 2014/430 (Yargıtay Karar Arama Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 04.04.2022).

⁸³ **Önder**, M. Fahrettin: “Yargıtay Kararları Açısından Limited Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü”, DEÜHFD, Cilt 7, Sayı 1, 2005, s. 107.

geçerli olduğu ifade edilmektedir⁸⁴. Kurucu şekli vasıftaki emredici hukuk kurallarına aykırılık durumunda kurucu unsurların eksikliği sebebiyle söz konusu hukuki işlem şeklen hiç meydana gelmemiş kabul edilmekte olduğundan genel kurul kararları açısından da yokluk kuramının uygulanması mümkün görülmektedir⁸⁵. Örneğin, toplantı yapılmadan elden dolaştırma usulü veya mektup ile genel kurul kararı alınmış ise bu karar “yok” sayılmaktadır⁸⁶. Öte yandan, toplantı çağrısında fiziksel bir toplantı yeri belirtilmekle birlikte bir de elektronik toplantı yeri olarak metaverse adresinin belirtilmesi, EGKS niteliği taşımayan bir metaverse ortamı geçerli bir toplantı yeri olamayacağından bu defa çağrının usulsüzlüğünden kaynaklı bir iptal edilebilirlik sorunu doğacaktır⁸⁷.

O halde EGKS niteliği taşımayan bir metaverse ortamı kullanılarak gerçekleştirilecek bir genel kurul toplantısında alınacak kararlar, söz konusu metaverse ortamı mevzuatın aradığı nitelikte bir toplantı yeri veya katılım yöntemi sağlamadığından yoklukla malûl kabul edilecektir⁸⁸. Zira metaverse ortamında yapılmış bir toplantı, anonim şirketlerde genel kurul toplantılarına ilişkin hükümler yönünden geçerli bir toplantı vasfı taşımamaktadır. Neticede metaverse ortamında yapılacak bir toplantının kural olarak yürürlükteki mevzuat karşısında ne bir EGKS ne de bir fiziksel ortam olarak kabulü olanaklı bulunmadığından burada bir toplantı düzenlenmesi halinde ortada yapılmış bir toplantı kalmamaktadır. Bu anlamda, metaverse ortamının yegâne toplantı açılış ve katılım noktası olarak gösterilmesi halinde geçerli bir toplantı yerinin bulunmadığından söz edilecektir. Diğer taraftan, toplantının bir fiziksel ortamda açılmış olması ve bazı pay sahiplerinin buna metaverse üzerinden katılması halinde bir toplantı yeri ve toplantı mevcut ancak geçerli bir elektronik ortamdan katılım yöntemi bulunmamış olacak, bu durum toplantı ve karar nisaplarını etkileyecek ve kanunun aradığı toplantı ve karar

⁸⁴ **Pulaşlı** (Şirketler), s. 347.

⁸⁵ **Moroğlu**, s. 33, 38. Genel kurul kararları kapsamında yokluk müessesesi bakımından öğretilerdeki görüşlerin bir derlemesi için bkz. **Hacıömeroğlu**, Oğuzhan A./**Aksoy**, Kemalettin Ahmet: “Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü Hakkında Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım”, YBHD, Cilt 5, Sayı 2, 2020, s. 412-416.

⁸⁶ **Pulaşlı** (Şirketler), s. 348.

⁸⁷ Çağrı metninde toplantı yerinin, toplantının yerini saptayabilmeye imkân bırakmayacak şekilde noksan veya şaşırtıcı nitelikte belirtilmiş olması halinde alınacak kararların iptal edilebileceği yönünde bkz. **Moroğlu**, s. 105.

⁸⁸ Nitekim elektronik ortamda genel kurul toplantısı yapılmasına ilişkin düzenlemenin yürürlükte bulunmadığı dönemde internet üzerinden yapılacak genel kurul toplantılarının yoklukla malûl olacağına kabul edildiği yönünde bkz. **Önder**, s. 108.

nisaplarına aykırı karar yoklukla malûl olacaktır⁸⁹. Bir başka deyişle, metaverse ortamından katılanların kullandıkları oylar toplantı dışında kullanılmış sayılacağından bu oylarla alınan kararlar yok kabul olunacaktır. Toplantının fiziksel ortamına katılan pay sahiplerinin sayısının nisapları sağlamada yeterli olması halinde ise bu defa yokluk halinden değil ancak metaverse ortamından katılan ve oy kullanan pay sahiplerinin nisapları değiştirmesinden kaynaklı bir iptal edilebilirlik halinden söz edilebilecektir (TTK m. 445)⁹⁰.

Metaverse ortamından yapılacak genel kurul toplantıları için toplantının şekli kurucu unsurları sorunu haricinde akla gelebilecek bir başka sorun, bu ortama kanunen toplantıya katılma hakkına sahip olmayan kişiler tarafından da girilip girilemeyeceği ve girilmesi halinde hukuken ne sonuçların oluşacağı olmaktadır. Zira anonim şirketlerin genel kurul toplantılara kamuya açık toplantılardan değildir⁹¹. Genel kurula katılma hakkı pay sahibi ve kural olarak intifa hakkı sahibi (TTK m. 432(2)) ile rehin hakkı, hapis hakkı, saklama sözleşmesi, kullanım ödücü sözleşmesine göre hak sahibine (TTK m. 427(2)) tanınmış olup⁹², bu kişilerin yardımcıları da dahil olmak üzere üçüncü kişilerin pay sahibi ile dahi olsa genel kurula girme hakkı kural olarak bulunmamaktadır⁹³. Yetkisi bulunmadığı halde genel kurula üçüncü kişilerin girmek istemesi halinde burada TTK m. 415 hükmüne aykırı bir durum söz konusu olacağından bu kişilerin giriş talebi zaten baştan reddedilecektir. Ancak toplantıya giriş yetkisi bulunan bir pay sahibinin bu girişini metaverse üzerinden gerçekleştirmesi halinde artık yetkisiz bir kimsenin girişinden bahsedilmeyecek ve yok hükmünde bir giriş söz konusu olacak,

⁸⁹ Yasada öngörülen asgari toplantı ve karar yetersayılarına aykırı olan genel kurul kararlarının yokluk yaptırımına tabi olduğu, buna karşın esas sözleşmedeki yetersayılara uygun değilse iptal yaptırımının uygulanacağı yönünde bkz. **Pulaşlı** (Şirketler), s. 348. Buna karşın, kanunun toplantı ve karar yetersayısı ile ilgili hükümlerine bir defalık aykırılık halinde genel kurulun ve burada alınan kararların yokluğunun kabul edilemeyeceği, hatalı olarak toplanan bir genel kuruldan söz edilerek iptal yaptırımının uygulanması gerektiği yönünde bkz. **Moroğlu**, s. 130, 145.

⁹⁰ Haksız olarak oylamaya kabul edilme veya yanlış oy sayımının iptal sebebi olabileceği, ancak oylama sonucunda tutanakta tespit edilecek irade genel kurulun gerçek iradesini değiştirir nitelikte değilse iptal edilebilirliğin söz konusu olmayacağı yönünde bkz. **Moroğlu**, s. 146, 211.

⁹¹ **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Ortaklıklar II, s. 11.

⁹² **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, s. 544.

⁹³ **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Ortaklıklar II, s. 11. Esas sözleşmede hüküm bulunması halinde genel kurul toplantısını yürütmekle görevli başkanın dinleyicilerin genel kurul toplantısına katılmalarına izin verebileceği veya iç yönergeye hüküm konularak dinleyicilerin toplantıya alınabilecekleri yönünde bkz. **Falcıoğlu**, s. 188.

dolayısıyla yönetim kurulunun sorumluluğu hükümleri saklı kalmak üzere, bu kişi genel kurul nisapları bakımından toplantıya katılmamış sayılacaktır.

Öte yandan, genel kurula katılma veya oy verme hakkı bulunmayan kişilerin oylamaya katılmaları halinin genel kurulun varlığının kabulüne engel olmayacağına işaret edilmektedir⁹⁴. Bu anlamda pay sahibi olmayan kişilerden örneğin basın mensuplarının veya danışmanların toplantıya katılıp izlemelerinin, bu kişilerin varlığının genel kurulun idaresini etkilemediği takdirde toplantının geçerliliğine etki etmeyeceği ifade edilmektedir⁹⁵. Dolayısıyla, metaverse ortamından izlemeye ve dinlemeye açılan bir toplantıya yetkisiz kişilerin bir şekilde girmiş olması halinde TTK m. 433 ve TTK m. 446(1)(b) hükmünde düzenlenen sonuçlar söz konusu olacaktır⁹⁶. Bu çerçevede, yetkisiz katılmanın karara bir etkisi olmadığı ortaklık tarafından kanıtlanması halinde alınan kararların iptal edilmesi mümkün olmayacaktır⁹⁷. Benzer şekilde, genel kurula girme hakkına sahip bir kişinin toplantıdaki ses ve görüntüleri üçüncü kişilerin izleyebileceği şekilde aleni hale getirmesini engelleyici bir kapalı sistem oluşturulmasının gerekli olduğu ve aksinin genel kurulun kanun ile izin verilenler dışındaki kişiler için kapalı organ niteliğini bozacağı dikkatten uzak tutulmalıdır⁹⁸. Bunları engelleyecek tedbirlerin metaverse ortamında alınıp alınamayacağı da toplantıya katılabileceklerin kontrolünü gerçekleştirmesi nedeniyle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından cari bir başka sorundur⁹⁹.

SONUÇ

Türk Ticaret Kanunu madde 1527 hükmündeki “elektronik ortam” ile kastedilenin ne tür mecralar olduğunun tanımlanmamış olması karşısında, metaverse ortamında genel kurul toplantısı yapılmasının önünün tamamen kapalı olduğu söylenemeyecektir. Ancak genel kurul toplantıları için kullanılacak elektronik ortam alelade bir ortam değil, doğrudan ikincil mevzuatın düzenlediği EGKS türündeki özellikli bir ortamdır. Oysa genel kurul toplantılarının yapılmasına olanak sağlayacak donanımdaki metaverse platformları, konu hakkında özel düzenleme yapıncaya kadar hukuken ancak

⁹⁴ **Moroğlu**, s. 126.

⁹⁵ **İmregün**, s. 299.

⁹⁶ **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, Ortaklıklar II, s. 14.

⁹⁷ **Moroğlu**, s. 126.

⁹⁸ **Falcioğlu**, s. 190.

⁹⁹ “GK toplantı başkanlığının ve Bakanlık temsilcisinin GK tutanağını imzalaması hukuki durumu değiştirmez. Çünkü sayılan kişilerin görevi toplantının açılması aşaması ile toplantı sürecine ilişkindir. Toplantıların hazırlığı YK’ya aittir” (**Tekinalp**, s. 319).

bir “sosyal ağ sağlayıcı” ve toplantının yapıldığı metaverse ortamı da bir “sosyal ağ” olarak değerlendirilebilecek, bu platformların EGKS niteliği taşıdığından ise söz edilemeyecektir. Dolayısıyla, yürürlükteki mevzuatın metaverse üzerinden yapılacak genel kurul toplantılarına izin vermediği açıktır.

Bir an için ikincil mevzuatın yürürlükte bulunmadığı düşünüldüğünde dahi bu defa genel kurul toplantılarına katılanların kanunen kimlik kontrolü sorunu cari olacaktır. Karşılaştırmalı hukuktan hareketle, bu konuda makul tedbirleri alma bakımından takdir yetkisinin şirketlere bırakılmasının metaverse ortamında toplantıların mümkün kılınması için önem taşıdığı değerlendirilmektedir. Nitekim güvenli elektronik imza sisteminin kullanılması zorunluluğunun sürdürülmesi şeklinde bir tercih metaverse ortamının günümüz kullanımı ve gelişim beklentisiyle uyuşmayacaktır. Yine gelişen teknoloji ve toplumsal sorunlar neticesinde elektronik ortamdan katılım biçimlerinin sadece ikincil mevzuatta öngörülen teknik yöntemlerle gerçekleştirilmesi zorunluluğunun sürdürülmesinin pay sahiplerinin genel kurula katılma hakkını ve dolayısıyla paylarından doğan mülkiyet hakkını sınırlayıcı görülebileceği aşikârdır. Dolayısıyla, ikincil mevzuatın elektronik ortamda genel kurul toplantılarına ilişkin usulünün gözden geçirilmesi önem taşımakta ve metaverse ortamında verilerin doğruluğunu teyit amaçlı kullanılan blokzincir teknolojilerinden kimlik kontrolü sürecinde faydalanılması çözümünün metaverse üzerinden toplantılar bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir.

Son olarak, pay sahiplerinin şirketten memnuniyetsizliklerini dile getirmek konusunda tek yöntemlerinin genel kurul toplantısına katılmak ve oy kullanmak olmadığı, şirketteki paylarını satmak suretiyle de bunu etkin bir biçimde ortaya koyabilecekleri ve kendi mağduriyetlerini bir seviyede gidebilecekleri açıktır¹⁰⁰. Ancak pay sahiplerinin genel kurula katılmalarını teşvik edici yöntemlerin kullanılmasının bir amacının da şirket tüzel kişiliğinin ve dolayısıyla şirketten menfaati bulunan kesimlerin menfaatlerinin korunması olduğu unutulmamalıdır. Metaverse ortamının sanal dünyayı azami şekilde gerçekle uyumlaştırma yaklaşımı nedeniyle, metaverse ortamındaki toplantının gerçek bir toplantı hissiyatı tesis edecek biçimde yapılmasını mümkün kılma potansiyeli bulunmaktadır¹⁰¹. Metaverse ortamının bu

¹⁰⁰ **Lafarre**, Anne: The AGM in Europe, Emerald Publishing, Bingley 2017, s. 8.

¹⁰¹ Elektronik ortamda genel kurul toplantısı yapılması konusuna karşı eleştirilerden biri, toplantıların fiziki ortamda yapılmamasının yöneticilerin üzerindeki hesap verme baskısını azalttığıdır (**Boros**, Elizabeth: Virtual Shareholders Meetings: Who Decides How

şekilde seyri yöneticilerin daha az değil daha fazla hesap verecekleri bir toplantı düzeninin oluşmasına katkı sağlayacaktır. Bununla beraber, metaverse ortamının sosyal ve teknolojik bakımından seyrinin henüz belirgin olmadığı bir dönemde doğrudan metaverse ortamında genel kurul toplantısı yapılmasını hedefleyen ve düzenleyen bir yasal düzenleme yapılmasından imtina edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akdağ Güney**, Necla: “Anonim Şirketlerde Eşitlik İlkesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 18, Sayı 3-4, 2014, s. 115-135.
- Azarkan**, Necat: “Anonim Şirketlerde Sanal (Virtüel) Genel Kurul”, Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi, Cilt 2, Sayı 4, 2018, s. 25-48.
- Basu**, Tanya: “The metaverse has a groping problem already”, MIT Technology Review 16.12.2021, <https://www.technologyreview.com/2021/12/16/1042516/the-metaverse-has-a-groping-problem/>, Erişim Tarihi: 03.04.2022.
- Boros**, Elizabeth: Virtual Shareholders Meetings: Who Decides How Companies Make Decisions, Melbourne University Law Review, Cilt 28, Sayı 2, 2004, s. 265-289.
- Brochet**, Francois/**Chychyla**, Roman/**Ferri**, Fabrizio: Virtual Shareholder Meetings, Finance Working Paper No. 777/2021, ECGI 2021.
- Can**, Ozan/**Çamlı**, İlgün Mağdem: “Türk Hukukuna Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahiplerinin Kişisel Verilerinin İşlenmesi ve Korunması”, BATIDER, Cilt 26, Sayı 3, 2020, s. 129-161.
- Çelikkol**, Şimal: “Metaverse Dünyası’nın Tüketici Satın Alma Davranışları Açısından Değerlendirilmesi”, İstanbul Kent Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, Cilt 3, Sayı 1, 2022, s. 64-75.
- Dimitropoulos**, Georgios: “The Law of Blockchain”, Washington Law Review, Cilt 95, Sayı 3, 2020, s. 1117-1192.
- Eyuboğlu**, Ceren: Halka Açık Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul Toplantıları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Falcıoğlu**, Mete Özgür: Anonim Şirketlerde Elektronik Genel Kurul, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- Göktürk**, Kürşat: “Anonim Şirket Pay Sahipliği Haklarının Kullanılmasında Muhalefet Şartı”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı 2, 2017, s. 53-77.
- Gürbüz Usluel**, Aslı Elif: “Yeni Türk Ticaret Kanunu Bağlamında Anonim Ortaklıklarda Kamu Denetiminin Değerlendirilmesi”, BATIDER, Cilt 28, Sayı 1, 2012, s. 157-190.
- Haan**, Sarah C.: “Shareholder Proposal Settlements and the Private Ordering of Public Elections”, The Yale Law Journal, Cilt 126, Sayı 2, 2016, s. 262-344.

- Hacıömeroğlu**, Oğuzhan A./**Aksoy**, Kemalettin Ahmet: “Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü Hakkında Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Üzerine Eleştirel Bir Yaklaşım”, YBHD, Cilt 5, Sayı 2, 2020, s. 405-434.
- Hu**, Henry T.C./**Black**, Bernard: “The New Vote Buying: Empty Voting and Hidden (Morphable) Ownership”, Southern California Law Review, Cilt 79, 2006, s. 811-908.
- İmregün**, Oğuz: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001.
- Jeon**, Hyun- joo, et. al.: Blockchain and AI Meet in the Metaverse, Intech Open Book Series 2022 (<https://www.intechopen.com/chapters/77823>, Erişim Tarihi: 03.04.2022).
- Kalender**, Emre: “Anonim Şirketlerde Genel Kurul Toplantı Yerinin Esas Sözleşmede Gösterilmesi”, BATIDER, Cilt 25, Sayı 2, 2019, s. 213-232.
- Karahan**, Sami: Şirketler Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya 2013.
- Kaya**, Mustafa İsmail: “Pay Sahiplerinin Anonim Şirket Genel Kurulunda Temsil Edilmesi”, BATIDER, Cilt 30, Sayı 47, 2014, s. 45-95.
- Kendigelen**, Abuzer: Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Keser Berber**, Leyla: “Biyometrik İmza ve Türk Borçlar Kanunu’ndaki Yazılı Şekil Şartı ile Hukuk Muhakemeleri Kanundaki İmza Açısından Yeri”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü Bilgi Notu 08.02.2019, <https://itlaw.bilgi.edu.tr/tr/haberler/bilgi-notu-biyometrik-imzanin-tbk-yazili-sekil-sar-86/>, Erişim Tarihi: 02.04.2022).
- Kırca**, İsmail: Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
- Lafarre**, Anne: The AGM in Europe, Emerald Publishing, Bingley 2017.
- Leenes**, R. E.: “Privacy Regulation in the Metaverse”, Handbook of Research on Socio- Technical Desing and Social Networking Systems (ed. Whithworth, B., et al.), Information Science Reference, London 2009, s. 123-136.
- Keser Berber**, Leyla/**Yayla**, Ümit İhsan: “Elektronik Genel Kurullar Türkiye Uygulaması”, REGESTA, Cilt 2, Sayı 3, 2012, s. 13-48.

- Macey**, Jonathan R./**Moll**, Douglas, K.: The Law of Business Organizations, West Academic Publishing, St. Paul 2020.
- Moroğlu**, Erdoğan: Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Önder**, M. Fahrettin: “Yargıtay Kararları Açısından Limited Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü”, DEÜHFD, Cilt 7, Sayı 1, 2005, s. 103-126.
- Özer**, Işık: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirket Genel Kuruluna Elektronik Ortamda Katılım”, BATIDER, Cilt 25, Sayı 4, 2009, s. 621-662.
- Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi Cilt I, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Pulaşlı**, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara 2022 (Şirketler).
- Pulaşlı**, Hasan: “Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Sakatlığı ve Müeyyidesi”, İÜHFM, Cilt 71, Sayı 2, 2013, s. 335-346.
- Talbot**, Lorraine: “Why Shareholders Shouldn’t Vote: A Marxist-progressive Critique Shareholder Empowerment”, The Modern Law Review, Cilt 76, Sayı 5, 2013, s. 791-816.
- Tekinalp**, Ünal/**Poroy**, Reha/**Çamoğlu**, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.
- Tekinalp**, Ünal/**Poroy**, Reha/**Çamoğlu**, Ersin: Ortaklıklar Hukuku II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019 (Ortaklıklar II).
- Tekinalp**, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.
- Teoman**, Ömer: Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oydan Yoksunluğu, BTHAE, Ankara 1983.
- Turgut**, Cemile: Kişilik Hakkının Bir Görünümü Olarak Unutulma Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Zetsche**, Dirk A., et. al.: “Enhancing Virtual Governance: Comparative Lessons from COVID- 19 Company Laws”, Journal of Corporate Law Studies, Cilt 21, Sayı 2, 2021, s. 1-36.

KAMU ALACAKLARININ VERGİ İNCELEMESİ SÜRECİNDE TEMİNAT ALTINA ALINMASI

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1182511>

Dr. Öğr. Üyesi Burak PINAR*

Öz

Kamu alacaklarının koruma altına alınması ve hazineye aktarılması kamu harcamalarının finansmanı için büyük önem taşımaktadır. Kamu alacağının hazineye intikali, usul kanunlarına göre belli bir sıranın izlenmesini gerektirmektedir. Söz konusu sıranın izlenmesinden sonra kamu alacağının hazineye intikali gerçekleştirilebilmektedir. Bu sıranın izlenmesinden sonra hazineye intikalin beklenmesi, bazı durumlarda kamu alacaklarının tahsilini geciktirmekte, güçleştirmekte ve hatta imkânsız hale gelebilmektedir. Bu nedenle kamu alacaklarının tahakkuk etmeden önce koruma altına alınması için 6183 sayılı Kanun'da çeşitli önlemler düzenlenmiştir. Bu önlemlerden biri "Teminat"tır; hem kamu alacağını koruma altına alır hem de diğer önlemlere dayanak oluşturur.

Koruma önlemlerinin kamu alacağını güvence altına alması esas olmakla birlikte uygulamada amacı aşan ölçüsüz idarî uygulamalar kendini göstermektedir. Özellikle vergi incelemesi sona erdikten sonra teminat istenmesi ölçüsüz uygulamaların en önemli örneğini oluşturmaktadır. Kanundaki düzenleme, vergi incelemesi başladıktan sonra erinceye kadar uygulamayı mümkün kılmaktadır. Ancak vergi incelemesi sona erdikten sonra teminat istenmesi yoluna gidilmesi yönünde Kanun'da bir düzenleme yoktur; idarenin uygulamaları ise hukuka aykırıdır. Bu nedenle, tüm tereddütleri giderecek düzenleme yapılmasının elzem olduğu düşünülmektedir.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İzmir, (burak.pinar@deu.edu.tr) ORCID: 0000-0002-9163-3094 (Geliş Tarihi: 31.05.2022-Kabul Tarihi: 15.06.2022) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

Anahtar Kelimeler

Kamu İcra Hukuku, Kamu Alacakları, Tahsilat, Koruma Önlemi, Teminat

**SECURING PUBLIC RECEIVABLES IN
THE TAX INSPECTION PROCESS**

(Research Article)

Abstract

Protecting public receivables and transferring them to the treasury is of great importance for the financing of public expenditures. The transfer of the public receivables to the treasury requires a certain process according to the procedural laws. After the process in question is followed, the public receivable can be transferred to the treasury. Waiting for the transfer to the treasury after following this process delays the collection of public receivables, makes it difficult and even becomes impossible. For this reason, various measures have been regulated in the Law No. 6183 in order to protect public receivables before they are accrued. One of these measures is “Guarantee”; It both protects the public receivables and forms a basis for other measures.

Although it is essential for the protection measures to secure the public receivables, in practice, excessive administrative practices that go beyond the purpose manifest themselves. Especially after the tax inspection is over, the demand for collateral is the most important example of disproportionate practices. The regulation in the law makes it possible to apply until the tax inspection starts and ends. However, there is no regulation in the Law to request collateral after the tax inspection is over; The practices of the administration are against the law. For this reason, it is thought that is essential to make a regulation that will eliminate all hesitations.

Keywords

Public Enforcement Law, Public Claims, Collection, Provisions of Protection, Guaranty (Assurance)

GİRİŞ

Kamu alacaklarının kamu hizmetlerinin finansmanı için taşıdığı önem, kamu alacaklarının koruma altına alınmasını zorunlu kılmış ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un "*Amme Alacaklarının Korunması*" başlıklı İkinci Bölümü'nde, 9 ilâ 36'ncı maddeler arasında koruma önlemleri tesis edilmiştir. Söz konusu önlemlere bakıldığında, kamu alacaklarının tahsilinin tehlikeye düşmesi durumunda başvuru ve alacağının doğumundan tahsiline kadar her aşamada alınabilecek tedbirler niteliğinde olduğu görülmekle, mülkiyet hakkına müdahale niteliği itibarıyla kanunî düzenleme altına alınmaktadır¹.

Mülkiyet hakkının ancak "*kanunla*" sınırlandırılabilceğini zorunlu kılan 1982 Anayasası'nın 35'inci maddesinin "*şekli*" gereğini, koruma önlemlerini kanunla düzenlemek suretiyle yerine getiren kanun koyucu, bazı düzenlemelerinde "*maddi*" gereği yani içeriğini ihmal edebilmekte, açık, kesin ve yoruma mahal bırakmayacak şekilde düzenlemelere yer vermediğinden boşluk bırakılmasına sebep olmaktadır. En genel tanımıyla, "*gerekli kanunî düzenlemedeki eksiklik*" olarak tanımlanan² kanun boşluğu niteliğindeki bu boşluklara, hukuk diğer alanlarında olduğu gibi kamu icra hukukunda da rastlanmakta, vergi incelemesi sona erdikten sonra mükelleflerden teminat istenmesi ve (sonrasında) ihtiyatî tahakkuk ve/veya ihtiyatî haciz uygulanması yoluna gidilip gidilemeyeceği (sorunu), söz konusu boşluklardan ilki olarak karşımıza çıkmaktadır. Öte yandan, vergi incelemesi sona erdikten sonra sadece mükellefler bakımından değil, aynı zamanda vergi sorumlularından (ve özellikle kanunî temsilcilerden), teminat istenmesi ve (sonrasında) ihtiyatî tahakkuk ve/veya ihtiyatî haciz uygulanması yoluna gidilip gidilemeyeceği bir diğer boşluk olarak kendini göstermekte ancak işbu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.

Vergi incelemesi sürecinde teminat istenmesine yönelik 6183 sayılı Kanun'daki düzenlemelerdeki kanun boşluğunun tespiti ve söz konusu boşluğun doldurulması konusunun incelendiği bu çalışmada öncelikle teminat müessesinin hukukî niteliği ortaya konulduktan sonra, teminat istenmesine ilişkin 6183 sayılı Kanun'unda yer alan düzenlemenin/düzenlemelerin temi-

¹ **Çelik**, Binnur: Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 47.

² **Kırca**, Çiğdem: "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Uygun Sınırlama", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2001, Cilt 50, S. 1, s. 91-119, s. 91. Krş. **Aktaş**, Sururi: "Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt Haziran 2010, Cilt 14, Sayı 1-2, s. 1-28, s. 10.

nat istenilmesini bir zaman dilimi ya da bir aşama ile sınırlayıp sınırlamadığı ve bu durumun bir boşluk oluşturup oluşturmadığı, bu konudaki (vergi) idare(si) ve yargı uygulamasından yararlanılmak suretiyle, tartışılacak ve yapılan değerlendirmeler ile varılan sonuçların ortaya konulması ile çalışma tamamlanacaktır.

Çalışmanın başında belirtilmelidir ki, bir güvence önlemi olan teminatın ise, “*tarhiyat öncesi*”, “*(tarh edilmiş ve fakat) tahakkuk etmemiş*” ve “*tahakkuktan önceki*” aşamaya ilişkin olduğu konusunda öğretide görüş birliği bulunmaktadır. Buna göre teminat, tahakkuk aşamasından önce uygulanabilecek, tahsil aşamasına özgü bir güvence önlemi olarak kabul edilmektedir³.

I. TEMİNAT – TANIMI, HUKUKÎ NİTELİĞİ VE KAPSAMI

Kamu icra hukukunda teminat, “*kamu alacağının tahsilini tehlikeye düşüreceği kabul edilen bazı sebeplere dayanarak, kamu alacaklısının talebi üzerine, kamu borçlusu tarafından kanunda belirtilen değerleri borcuna karşılık olmak üzere güvence olarak göstermesi*” anlamına gelmektedir⁴.

³ Güvence önlemleri öğretide; “*Tarhiyat Öncesi Güvence Önlemleri*” ve “*Tahsilat Aşamasındaki Güvence Önlemleri*”, (Yeniçeri, Harun: Türk ve Sisteminde Vergi Güvenlik Önlemleri, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2005, s. 24 vd.); “*Tahakkuk Etmemiş Kamu Alacaklarının Korunması*” ve “*Tahakkuk Etmemiş Kamu Alacaklarının Korunması*”, (Yiğit, Yusuf: Kamu Alacaklarının Korunması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2005, s. 37 vd.); Kılıç, Lokman: Amme Alacaklarının Tahsilinde Teminat, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011, s. 45 vd.); “*Kamu Alacaklarının Doğrudan Koruma Altına Alınması*” ve “*Kamu Alacaklarının Dolaylı Koruma Altına Alınması*”, (Sağır, Ali: Türk Vergi Hukukunda Kamu Alacaklarının Korunması, Yüksek Lisans Tezi, Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Manisa 2011, s. 27 vd.); “*Genel Koruma Hükümleri*” ve “*Diğer Koruma Hükümleri*”, (Ertürk, Yasin: Türkiye’de Kamu Alacaklarının Korunması Tedbirleri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2014, s. 21 vd.); “*Tahakkuktan Önce Alınabilecek Önlemler*” ve “*Tahakkuktan Sonra Alınabilecek Önlemler*”, (Özhan, Tefrik: 6183 Sayılı Yasa Kapsamında Amme Alacaklarının Güvence Altına Alınması, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010, s. 41 vd.); “*Tarhiyat Öncesi Güvence Önlemleri*” ve “*Tarhiyat Sonrası (Tahsilat Aşamasındaki) Güvence Önlemleri*”, (Soner, Gül: Türk Vergi Hukukunda Teminat Uygulaması, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2012, s. 21 vd.) şeklinde sınıflandırmalara tâbi tutulmaktadır. Öte yandan teminat, diğer kamu alacaklarının korunmasını sağlayan tedbirler ile birlikte “*Koruma Önlemleri*” başlığı altında kabul edilmektedir. Bkz. Semiz, İmran: Vergi İcra Hukukunda Teminat, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2014, s. 13.

⁴ Karakoç, Yusuf: Kamu İcra Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, (Kamu İcra Hukuku), s. 111. Ayrıca bkz. Bayraklı, Hasan Hüseyin: Vergi İcra Hukuku,

Vergi mevzuatında yer alan ceza muhatabının teminat göstermezse, cezalarda indirimden (VUK.m.376); kamu borçlusunun teminat göstermezse, tecil imkânından yararlanmasına (AATUHK. m.48) imkân tanımayan teminata ilişkin diğer düzenlemelerden farklı olarak, kamu alacağını koruma altına alma önlemi olarak teminat müessesesinin amacı, kamu alacağının kesinleştiğinde, kamu borçlusunun borcunun ödememesi halinde, teminata konu hak varlığının paraya çevrilerek alacağın tahsil edilmesini temin etmek olup⁵ kamu alacağının ödenmemesi halinde oluşacak “*muhtemel zararı önlemek*” amacıyla kamu alacağının güvence altına alınmasına hizmet etmektedir⁶. Aksi durumda kamu alacağı tahakkuk aşamasına geçmeden, söz konusu işlemlerin/aşamaların Kanun’da gösterilen sürelerde yapılmasının beklenmesi, kamu alacağının tahsilini tehlikeye düşüreceğinden teminat (koruma altına alma) önleminin uygulanması önem kazanmakta; teminat müessesesi ile borçlu açısından idarenin re’sen hareket ederek, malvarlığına dahil bir kısım kıymetler üzerindeki zilyetlik ve tasarruf hakkını ortadan kaldıran ihtiyatî hacze nazaran çok daha hafif bir önlem olma niteliği taşımaktadır⁷.

Belirtilen yönüyle teminatın kamu alacağını koruma altına alma niteliği dikkate alınarak hukukî nitelendirmesi yapılırken “*koruma önlemi*” ve “*yargısal denetim*” yönlerinden irdeleme yapılması gerekmektedir.

Teminatın kamu alacağını koruma altına alma niteliği konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu noktada, “*önleme tedbiri*” ya da “*idari tedbir*” olabileceği yönünde bir tartışma yürütülebilirse de her iki nitelendirmenin de doğru olmayacağı sonucuna varılmaktadır. “*Önleme tedbiri*” ya da önleyicilik özelliğine karşılık “*muhtemel zararı önlemek*” suretiyle kamu alacağının tahsil edilememe tehlikesi ya da kamu alacağının tehlikeye düşme tehli-

Afyonkarahisar 2011, s. 31, 35; **Tanrıkulu**, Abdurrahim: “Kamu Alacaklarında Teminat Kurumu”, Vergi Sorunları Dergisi, S.12, Ocak-Mart 1984, (www.vergisorunlari.com.tr), (Erişim Tarihi:11.02.2022). Ayrıca **Kızılot**, Şükrü/Şenyüz, Doğan/Taş, Metin/**Dönmez**, Recai: Vergi Hukuku, 3. Baskı, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2008, s. 283.

⁵ **Kızılot/Şenyüz/Taş/Dönmez**, s. 283.

⁶ Dş. 4. D., T. 12.04.2018, E. 2014/5614, K. 2018/3613), (www.lexpera.com.tr), (E.T. 01.02.2022).

⁷ **Şimşek**, Edip: Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Kanun Şerhi, 2. Baskı, Alfa Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 1996, s. 82; **Taylar**, Yıldırım: “Kamu Alacakları İçin Güvence Önlemi Olarak Teminat ve Teminat-İhtiyatî Haciz İlişkisinden Kaynaklanan Sorunlar”, Mali Pusula, Sayı: 48, Aralık 2008, s. 68-87, s. 71. Ayrıca bkz. **Üstün**, Ümit Süleyman: “Kamu Alacaklarının Korunması Bakımından Teminat Kurumu”, Vergi Sorunları, Kasım 2003, S. 182, s. 146-156, (Teminat), s. 147. Aynı yönde **Kuzucu Yapar**, Burcu: Türk Hukukunda Kamu Alacaklarını Güvence Altına Alan Önlemler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 88.

kesi göz önüne alınarak “koruma önlemi” olarak nitelendirilmesinin daha uygun olduğu düşünülmektedir⁸. Yine, “cezalandırma amacından ziyade daha ciddi ihlallerin meydana gelmemesi adına, bir takım ihlallerin gerçekleşmesi ile idarî makamlar tarafından alınan önleyici nitelikte idari kararlar⁹” olarak tanımlanan idarî tedbir niteliği de önleme özelliği nedeniyle kabul görmemekte ve koruma (altına alma) yönünün esas alınmasıyla nitelendirilmenin müessesenin kimliğine daha uygun olduğu düşünülmektedir.

Teminatın hukukî nitelendirmesinde koruma önlemi niteliği, hukukun genel ilkelerinden ve hakkaniyet, adalet gibi üst kavramlardan kaynaklanan ön(celikli) koşulları barındırmakta¹⁰, yargısal denetimde ilk olarak bu ön(celikli) koşulların aranması gerektiği kabul edilmelidir. Buna göre kamu alacaklarının korunmasına hizmet eden önlemlerin, belirtilen kavramlardan kaynaklardan “kamu alacaklarını koruma altına alan araç olma” ve “kamu alacaklarının korunmasını sağlama süresi/süreci yönüyle geçici olma” şeklinde iki özelliği olduğu, bunların “görünüşte haklılık”, “gecikmezlik”, “orantılılık” ve “kanun ile düzenlenme” şeklinde sıralanabilecek diğer koşullarının varlığı ile bütünsel bir değerlendirme yapılarak hem önleme başvurmada hem de önlemi uygulamada hukuka uygunluğu sağlanmalıdır. Bu çerçevede, koruma önlemlerinin yargısal denetiminde öncelikle, “tehlikenin yani kamu alacağının tahsilinin tehlikeye düşmesinin çok uzak bir ihtimal olmaması”, “muhtemel bir tehlikenin bulunması” ve “haklı görünüşle yetinilmesi” yönleriyle¹¹ değerlendirilmek suretiyle ön(celikli) koşulları taşıyıp taşımadığı belirlenerek önlemlerin hukuka uygunluğunun sağlanması yoluna gidilebilecektir. Başka bir deyişle hukuka uygunluk denetiminde koruma önlemi niteliğinin özellikleri ve unsurları yönüyle yargısal denetim yapılabilecektir.

Teminatın yukarıda belirtilen ön(celikli) koşulları yanında kanunî koşullarının hukuka uygunluk denetiminde ise öncelikle teminat istemesine yönelik yazının dava konusu edilebilirliği ve denetim kapsamı tartışılmalıdır.

Teminatın düzenlendiği 6183 sayılı Kanun’un 9’uncu maddesindeki iki fıkra, kapsam yönüyle teminatı (ilk fıkra için) dar ve (ikinci fıkra için) geniş

⁸ Semiz, s. 4 vd.

⁹ Kağıtçıoğlu, Mutlu: “İdarenin Ekonomik Kolluk Faaliyetinin Bir Görünümü: Sermaye Piyasası Kanununda İdari Tedbirler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2016, Cilt: 22, Sayı: 3, Özel Sayı Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan Cilt III, s. 3323-3351, s. 3328.

¹⁰ Kaşıkçı, Mahmut: Vergi Hukukunda Arama Koruma Önlemi (Vergisel Arama), Ethemler Yayıncılık, İstanbul 2007, s. 69.

¹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Semiz, s. 4 vd.

kapsamda yorumlanacak şekilde kaleme alınmış ve amaca uygunluk yönüyle kanun koyucunun iradesi bu şekilde metne yansımıştır. Buna göre ilk fıkradaki düzenleme, esasen ve ihtiyaten tarh aşamasına yönelik bir koruma önlemi olup¹² bu nedenle (salt) 213 sayılı Vergi Usul Kanunu kapsamına giren kamu alacaklarının koruma altına alınmasını konu edinmektedir. Buna karşılık ikinci fıkradaki düzenleme Vergi Usul Kanunu kapsamına giren kamu alacakları dâhil olmak üzere tüm kamu alacaklarını kapsamaktadır. Söz konusu farklılık yargısal denetimde görevli yargılama makamlarının farklılığı şeklinde de kendini göstermekte, ilk fıkradaki kamu alacaklarının teminata konusu edinmesi 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un 6'ncı maddesinin (b) bendi uyarınca vergi mahkemelerinin, ikinci fıkradaki kamu alacaklarının teminata konusu edinmesi ise teminat altına alınmak istenen kamu borcu *genel bütçe, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezalarından* kaynaklanıyorsa vergi mahkemelerinin, belirtilen kapsam dışında kalıyorsa idare mahkemelerinin görevine girmektedir.

Her iki fıkranın düzenlenişi ve kaleme alınışı dikkate alındığında, kanun koyucunun iradesinin teminatın yukarıda belirtilen ön(celikli) şartlarını gözetecek şekilde ortaya konulduğu görülmektedir. Şöyle ki, ilk fıkrada açıkça tahakkuk aşamasına gelmeden önce kamu alacağını koruma altına alma iradesi söz konusu olduğu için, haliyle bu dar kapsamı düzenleyecek şekilde bir hüküm tanzim etme yoluna gidilmiş ve Vergi Usul Kanunu kapsamına giren alacakların teminat altına alınması konu edinmiştir. Buna karşılık ikinci fıkrada, ilk fıkrada aranandan farklı olarak kamu borçlusunun "*Türkiye'de ikametgahının bulunmamasının kamu alacağının tahsilinin tehlikede olduğunu göstermesi*" şeklindeki kanunî karinenin sebep, konu ve amaç yönüyle kapsamının geniş tutulması gerek "*ikâmetgah*" gerek "*tahsilin tehlikeye düşmesi*" şeklinde iki unsurun birlikteliği arandığı için tüm kamu alacakları bakımından yerinde ve "*ölçülü*" olduğu düşünülebilir. Ancak olması gereken hukuk açısından kamu alacaklarının çeşitliliği, kamu finansmanı bakımından taşıdığı önem ve uluslararası vergi hukukunun gelişimi dikkate alındığında dikkate alındığında kapsamın tüm kamu alacaklarını kapsayacak şekilde genişletilmesinin amaca ve müessesenin ruhuna uygun olduğu düşünülmektedir.

Hukukî düzenlemelere bağlı olarak idarenin teminat isteme yazısı şeklinde ortaya çıkan işleminin dava konusu edilebilirliği tartışılmakta ancak

¹² Karakoç, Kamu İcra Hukuku, s. 113.

koruma önlemlerinin niteliği ile Anayasa'nın 13'üncü, 35'inci ve 125'inci maddelerinin birlikte değerlendirilmesi sonucu yargısal denetimin mümkün olduğu/olması gerektiği sonucuna varılmaktadır. 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 2'nci maddesinin ilk fıkrasının "a" bendindeki "İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları" hükmünden hareketle koruma önlemlerinin dava konusu edilmesi yönündeki genel anlayışın 2577 sayılı Kanun özelinde "kesin, icraî ve yürütülebilir" nitelikteki işlem kimliğinde olması halinde dava konusu edilebilirliği dikkate alındığında koruma önlemlerinin ve inceleme konumuz olan teminatın bu yönüyle değerlendirilmesi gerektiği görülmektedir.

Kamu alacaklarını koruma altına alma yönelik önlemlere bakıldığında, yukarıda belirtildiği üzere, ön(celikli) koşulları taşıyıp taşımadığı yönünden dava konusu edilebilir olduğu yönünde şüphe duymamak gerekir. Zira burada önlemlerin büyük bir kısmının "malvarlığına yönelik olması" ve "mülkiyet hakkının özüne idarî işlem ile dokunması" şeklindeki iki yönünün varlığı, icraîlik ve yürütülebilirlik unsurlarının sağlanması ile yargısal denetime başvuru hakkının ve imkânının bulunduğu göstermektedir. Teminat önlemi özelinde, "kamu borçlunun malvarlığı üzerinde doğrudan doğruya alınmış bir önlem veya icraî bir fiil niteliği bulunmadığı"¹³ ve bir talepten ibaret olduğu ileri sürülmekte ise de idarenin söz konusu işlemi ile subjektif ve bireysel bir hukukî durumun doğmasına ya da değişmesine neden olması¹⁴ karşısında icraîlik niteliği öne çıkmakta ve belirli bir kişi ve olay hakkında sonuç doğurması ile yürütülebilir olma niteliği ile idarî işlemin

¹³ "İdarenin teminat istemesinde, borçlunun malvarlığı üzerinde doğrudan doğruya alınmış bir önlem veya icraî bir fiil bulunmamakta, idare subjektif bir tasarrufla teminat istemektedir. Diğer bir ifade ile; teminat istenmesi halinde, sadece kendinden teminat istenen kişi açısından bazı sonuçlar doğuran hukuki durum ortaya çıkmış olur." Aksi yönde Dş. 7. D., T. 25.01.1989, E. 1988/382, K. 1988/122) (www.lexpera.com.tr), (E.T. 01.02.2022)

¹⁴ **Onar**, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. I, II, III, 3. Bası, İstanbul 1966, s. 1655. Aynı yönde **Çelik**, s. 51-52; **Üstün**, Ümit Süleyman: Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2007, (Takdir Yetkisi), s. 164; **Coşkun Karadağ**, Neslihan: "Vergi Alacağının Güvence Altına Alınmasında Teminat, İhtiyati Haciz ve İhtiyati Tahakkuka İlişkin Özellikli Durumlar", Maliye Dergisi, S. 162, Ocak-Haziran 2012, s. 238-255, s. 240. Krş. **Karakoç** Yusuf: Kamu Alacaklarının Tahsili Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözümlenen Uyuşmazlıklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, (Uyuşmazlıklar), s. 53; **Karakoç**, Kamu İcra Hukuku, s. 258.

kimliği kazanılmak suretiyle¹⁵ dava konusu edilebilir hale geldiğinin kabulü gerekmektedir.

Teminat istenmesine ilişkin yazının, muhtemel etkisinden dolayı kamu borçlusunun malvarlığı üzerindeki haklarının kullanımına kısıtlayıcı etki etmesi sebebiyle, borçlunun hukukunu etkilediği kabul edilerek icraî, ve yürütülebilir bir işlem olarak değerlendirilmektedir¹⁶. Bu anlamda teminat istenmesine ilişkin yazının kamu borçlusunun (mülkiyet) hukukuna (muhtemel) etkisi, teminat istenmesini gerektiren hallerin aynı zamanda ihtiyatî haciz nedenini oluşturmasında olup teminat gösteri(e)lmemesi halinde malvarlığının ihtiyaten haczi yoluna gidilebileceğinden, söz konusu kişilerin hukukunu etkileyen ve hukukî sonuçlar meydana getiren teminat istenmesine ilişkin işlemin bu yönüyle de kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelik taşıdığı kabulü gerekmektedir¹⁷. Buna göre, teminat istenmesini gerektiren

¹⁵ “Özel kanunlarına göre henüz tahakkuk etmemiş vergi ve cezalar hakkında, kamu alacağının güvenceye bağlanması amacıyla öngörülen teminat istenmesi, ihtiyatî tahakkuk ve ihtiyatî hacze karşı açılacak davaların, dava konusu edilmekle tahsili duran vergi ve cezalar hakkında yapılacak yargılamadan ayrı ve bağımsız olarak incelenmesi gerekmektedir.”, (Dş. VDDK., T. 18.11.2005, E. 2005/148, K. 2005/255), (www.lexpera.com.tr), (E.T. 01.02.2022).

¹⁶ Bkz. **Ağar**, Serkan: “Vergi Yargısında Davaya Konu İcrai İşlem-I”, (Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 67, Y. 2006, s. 285-316), (İcrai İşlem), s. 288, s. 309-310; **Selçuk**, Mehmet Serhat: “Vergi Davasının Konusu ve Dava Açma Hakkının Doğması”, İzmir Dayanışma, S. 2 (121), Mayıs 2020, s. 93-98, s. 97. Teminat istenmesi işleminin bu niteliğinin ayrılabilir işlem teorisi ile ortaya çıktığı yönünde bkz. **Canbazoğlu**, Kerem: “Vergilendirme ve Vergi Alacağının Cebren Tahsili Süreçlerinde Tesis Edilen İşlemlerin Ayrılabilir İşlem Teorisi Çerçevesinde Yargısal Denetimi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 89, Y. 2010, s. 154-195, s. 180. Ayrıca bkz. s. 2921. **Çaptuğ**, Mehpare/**Avcıoğlu Aksoy**, Ezgi: “İdari İşlem Teorisi Açısından Kamu İcra Hukuku İşlemlerinde Yetki ve Şekil Unsuru”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 2893-2953, s. 2921. Krş. **Erkut**, Celâl: İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdarî İşlemin Kimliği, Danıştay Matbaası, Ankara 1990, s. 129; **Sezginer**, Murat: İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 56.

¹⁷ Bkz. **Candan**, Turgut: Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 84; **Ağar**, Serkan: Vergi Tahsilâtından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2009, (Uyuşmazlıklar), s. 169. Ayrıca bkz. **Balcı**, Mustafa, Güncel Yargı Kararları Işığında (6183 sayılı Kanun Kapsamında) Teminat İsteme ve İhtiyatî Haciz Uygulamalarında Yaşanan Hukukî Sorunlar ve Çözüm Önerileri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 59. Krş. **Doğrusöz**, Bumin: “Vergi İdaresinin Teminat İstemi”, (www.dunya.com), (E.T. 16.04.2022). “Dava konusu edilebilecek işlem, tahsil dairesi tarafından teminat istenmesine ilişkin işlemdir. Bu nedenle, inceleme elemanının teminat istenmesinin gerekli olduğunu ve istenecek teminatın yaklaşık miktarını belirten yazısı, bir ön işlem niteliğinde olduğundan iptal davasına konu olamaz”, (**Taylar**, s. 78). Teminat isteme işlemi-

durumların mevcut olup olmadığı yönünde, özellikle idarî işlemin sebep unsuru yönünden, idarenin gösterdiği sebebin Kanun’da belirtilen sebep olup olmadığı yönünde yargı organlarınınca yapılan inceleme sonucunda söz konusu işlemin iptal edilmesi halinde ihtiyati haczin temelinde yatan ve ihtiyatî haczi (karineten) gerektiren bu sebep ortadan kalkacağından ihtiyati haciz uygulaması da söz konusu olamayacaktır¹⁸.

Buraya kadar, teminat isteme yazısının dava konusu edilebilirliği hem ön(celikli) şartlar hem de teminat istenmesine ilişkin kanunî sebebin varlığı yönüyle yargısal denetime konu edilebilirliği incelendi. Bundan sonrası için teminat talebine ilişkin dava edilebilecek diğer haller ile muhtemel hukuka aykırılıkları önlemeye yönelik diğer olası hukukî çareler üzerinde durulacaktır.

Teminat istenmesine ilişkin yazının tebliği sonrasında kamu borçlusunun, yukarıda belirtilen nedenlerle dava açmasının dışında, esas itibariyle iki şekilde davranabileceği kabul edilir; talep edilen teminatı göstermek ya da göster(e)memek. Bu noktada, teminatın gösterilmesi durumunda idarenin teminatı kabul etmemesi durumunda “*ret işlemi*” dava konusu edilebilecek, teminat göster(e)meme durumunda ise 6183 sayılı Kanun’un 13’üncü maddesinin ilk fıkrasının birinci ve dördüncü bendi gereğince idarenin ihtiyatî haciz tesis etme yetkisi ortaya çıkacaktır.

Teminata ilişkin kesin, icraî ve yürütülebilirlik niteliği taşıyan işlemler yanında teminat isteme koşulların oluşmasına ve hatta öncesine yönelik idarenin tutum ve davranışlarını önleyici türden uygulamalara yönelik bir hukukî çare olarak “*Kamu Denetçiliği Kurumu*”na başvuru ile sonrasında

nin kesinliğine karşılık yürütülebilir bir sonucu olmadığı ve dava konusu edilecek işlemin ancak ihtiyatî haciz işlemi olacağı, oluşan durum hakkında belirsizlikler ve analiz ve eleştiri için bk. Bkz. **Bahçeci**, Barış: Kamu Alacağını Takip Hukuku, Seçkim Yayıncılık, Ankara 2019, s. 169-170.

¹⁸ “Madde hükmünden anlaşılacağı üzere, teminat istenmesini gerektiren hallerin varlığı durumunda ihtiyati haciz uygulanması kanundan doğan bir zorunluluk olmaktadır. Teminat istenmesini gerektiren durumların mevcut olup olmadığı yönünde yargı mercilerince yapılan inceleme sonucunda söz konusu işlemin iptal edilmesi halinde ihtiyati haczi gerektiren bu sebep ortadan kalkacağından ihtiyati haciz uygulaması da söz konusu olamayacaktır. Bu durumda, teminat istenmesine ilişkin yazı davacının hukukunu etkileyen, kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem niteliğinde bulunduğu idari davaya konu olabilecek bir işlem olarak değerlendirilmesi de tabii bulunmakta olup, dava dilekçesinde ileri sürülen iddialar da dikkate alınarak uyuşmazlığın esası hakkında yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.”, (Dş. 9. D., T. 15.02.2006, E. 2004/770, K. 2006/333. Aynı yönde Dş. 3.D., T. 11.03.1998, E. 1997/361, K. 1998/849), (www.lexpera.com.tr), (E.T. 01.03.2022).

verilecek kararın yargı organlarına taşınması düşünülebilir¹⁹. Anayasa'nın 74'üncü maddesinin beşinci fıkrası hükmü gereği, vergi idaresinin işleyişiyle ilgili şikâyetler “*vergi idaresinin her türlü işlemi ile eylemi*” ile (vergi) idare(sinin) “*tutum ve davranışları*” Kamu Denetçiliği Kurumu'nun görev alanına dâhil edilmiştir. Burada dava konusu edilmesi mümkün olanlar dışında dava konusu ol(a)mayan ve özellikle hazırlık hareketleri niteliğindeki eylemler, “*idari tutum ve davranış*” olarak nitelendirilerek “*idarenin bireylerle ilişkilerinde bireyleri rahatsız eden, idarededen bezdiren idari eylem ve işlemler dışında kalan ve fakat hukuka aykırı olmamakla beraber şikâyet konusu olan haller*” şeklinde tanımlanabilecek²⁰ ve fakat idari yargının yaptığı “*hukuka uygunluk*” denetimine ilâveten “*ihtiyaca uygunluk*” ya da “*yerindelik*” denetimi yapılan haller olarak denetim kapsamına alınmıştır. Bu şekilde vergi inceleme sürecindeki hukuka aykırılıklar şikâyet ve başvuru konusu olabilecek ve fakat başvuru usulü ile denetim sonuçlarının “*tavsiye*” niteliği müesseseden belirtilen yararın sağlanmasını mümkün kıl(a)mamaktadır²¹.

¹⁹ Bkz. **Pınar**, Burak: “Vergi Sorunlarının Çözüm Yolu Olarak Kamu Denetçiliği”, Hukukta Anlaşmazlık Çözüm Yolları Uluslararası Sempozyumu, 29-30 Nisan 2021.

²⁰ “İdarede -devlet dairelerinde- vatandaşa yapılan genel görgü kuralları dışı hitap ve muameleler veya gereksiz yere bekletilmeleri, idarenin eylem ve işlemi olmayıp, tutum ve davranışdır. İdareye dilekçesini götüren vatandaşa memur: “... harcını yatır, getir!” diyor. Harcı yatırıp gelen vatandaşa bu defa “... şu kadar liralık posta pulu lâzım” diyor. Onu da gidip alıp gelen dilekçe sahibine bu defa da “...dilekçenin adedi eksik, onu tamamla getir” diyor. Burada görünürde bir suç yok, kötü muamele de yok, ama “davranış”, vatandaşı idareden soğutacak ve şikâyetçi olunmasını gerektirecek niteliktedir. Bu isteklerin hepsi vatandaşa bir defada söylenebilir.” Tanım ve örnek(ler) için bkz. **Odyakmaz**, Zehra: “Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Tanıtılması ve 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Bazı Maddelerinin Değerlendirilmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 4, S: 14, Temmuz 2013, s. 1-83, s. 9. Krş. **Kahraman**, Mehmet/**Balkan**, Ali: “Kamu Denetçiliği Kurumu Kararlarında Denetim Ölçütü Olarak Kullanılan İyi Yönetim İlkeleri”, Ombudsman Akademi, Yıl: 6, S: 12, s. 71-101, s. 78; **Karakul**, Selman: “Hukuki ve İdari Denetim Ölçütü Olarak İyi Yönetim İlkeleri”, Ombudsman Akademi, Yıl: 2, S: 3, s. 61-105, s. 62. Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in “*İyi Yönetim İlkeleri*” başlıklı 6'ncı maddesi Kurum'un inceleme ve araştırma yaparken uyması gereken iyi yönetim ilkelerini örneksime yoluyla belirtmiş, söz konusu ve benzer ilkelere uygunluk açısından (işlem ve eylem) ile tutum veya davranışta bulunup bulunulmadığını gözeticeği belirterek, incelemede referans alacağı normlar kategorisine dâhil etmiştir. Bkz. ışığında tanım ve kapsam belirlenmeye çalışılmıştır (RG. 28.03.2013-28601 (Mükerrer)).

²¹ Analiz ve eleştiriler için bkz. **Pınar**, Burak: “Vergi İdaresinin Tutum ve Davranışlarının Ombudsman Yoluyla Denetlenmesi”, 2. Uluslararası Adli Bilimler ve Hukuk Kongresi, 21-22 Mayıs 2022.

II. (İNCELEME KONUSU ÖZELİNDE) TEMİNATA İLİŞKİN HÜKÜMLER

A. Genel Açıklama

6183 sayılı Kanun'un "*Teminat*" ile ilgili 9-12'nci maddesi hükümlerine bakıldığında, teminat istenecek hallerin idarenin yetkilendirilmesi temelinde, ikiye ayrılarak ihdas edildiği görülmektedir. Bunlardan ilki olan "*vergi ziyayı kesilmesi gereken haller*" ile "*kaçakçılık suçu oluşturan haller*", (sadece) Vergi Usul Kanunu kapsamına giren kamu alacakları için geçerli olup bu hallerde teminat istenebilmesi için, belirtilen sebepler öncesinde, "*vergi incelemesine yetkili olan memurlarca tespit ve talep edilmesi*" ve "*kamu alacağının salınması için gerekli işlemlere başlanmış olması*"²² ön şartının/şartlarının sağlanması gerekmektedir.

Teminat istenmesine yol açan diğer hâl ise, "*Türkiye'de ikâmetgahı bulunmayan bir kamu borçlusunun durumunun kamu alacağının tahsilini tehlikeye soktuğunu göstermesi*"dir. Bu hâl bakımından, kapsam sınırlaması söz konusu olmayıp her türlü kamu alacağının teminata alınması için uygulanabileceği kabul edilmektedir. Yapılan düzenleme "*kamu alacağının tahsili tehlikeye soktuğunu gösterme*" halinde hüküm ve sonuç ifade edecek ve tahakkuk etmemiş kamu alacaklarını koruma altına alacaktır.

Belirtilen hükümlerden inceleme konusu ile ilgili olan "*vergi ziyayı kesilmesi gereken haller*" ile "*kaçakçılık suçu oluşturan haller*" ile ilgili sınırlı inceleme ve değerlendirme yapılacak, teminat ile ilgili diğer düzenlemelere, konu ile ilgisi olduğu ölçüde değinilecektir.

B. Vergi Ziyayı Kabahatinde ve Kaçakçılık Suçlarında Teminat İstenmesi

1. Önşart: Kamu Alacağının Salınması İçin Gerekli İşlemlere Başlanmış Olması Sonrasında Vergi İncelemesine Yetkili Olan Memurlarca Tespit Edilme ve Teminat İstenmesinin Talep Edilmesi

Kanun koyucu 6183 sayılı Kanun'un 9'uncu madde(s)i hükmüyle "*vergi ziyayı kabahati ile kaçakçılık suçları*"nı gerektiren halin/hallerin teminat işleminin sebebi olabilmesi bakımından ön şart ihdas ettiği görülmektedir. Buna göre; "*kamu alacağının salınması için gerekli işlemlere başlanması halinde teminat istenmesini gerektiren halin varlığının vergi incele-*

²² Candan, s. 79 vd.

mesine yetkili memurlarca tespit edilmesi ve teminat(ın) istenmesinin talep edilmesi” şartıyla teminat istenebileceği hükme bağlanmaktadır.

Kanun koyucunun düzenlemesindeki önşart, kendi içinde üç farklı alt şartı zorunlu kılmakta, bunlar sırasıyla;

- kamu alacağının salınması için gerekli işlemlere başlanması,
- teminat istenmesini gerektiren halin varlığının vergi incelemesine yetkili memurlarca tespit edilmesi ve
- teminat(ın) istenmesinin talep edilmesidir.

Ön şartın içeriğindeki alt başlıklardan ikisi, yoruma mahal vermeyen nitelikte açıklıkta olup kanun koyucu, teminat şartlarının gerçekleş(tiril)mesini teminen, “*tespit ve talep*” edilebilirlik bakımından, “*vergi incelemesine yetkili memurlarca yapılan ilk hesaplara göre belirtilen miktar üzerinden*” şeklindeki ifadesi ile Vergi Usul Kanunu’nun 135’inci maddesindeki “*İncelemeye Yetkililer*” in yetkilendirildiği görülmektedir. Buna göre,

“Vergi Müfettişleri, Vergi Müfettiş Yardımcıları, ilin en büyük mal memuru veya vergi dairesi müdürleri ile Gelir İdaresi Başkanlığı’nın merkez ve taşra teşkilatında müdür kadrolarında görev yapanlar”

tarafından (ön/ilk) hesapların yapılması, “*vergi ziyayı kabahati ile kaçakçılık suçları*”nı gerektiren haller bakımından ön şarttır. Ancak söz konusu şart zaman bakımından bir diğer şart ile birlikte anlam ifade etmekte, “*kamu alacağının salınması için gerekli muamelelere başlanmış olması*” halinde ön şart hüküm ifade etmektedir. Burada yorum yapılmasına ihtiyaç duyulmasını gerekli kılan ifade, “*kamu alacağının salınması için gerekli işlemlere başlama*”dan ne anlaşılması gerektiğidir.

Kamu alacağının salınması için gerekli işlemlerin başlaması için vergilendirme süreci esas alınarak bir yorum yapılmalı ve yorumda sürecin ilk adımı olan tarh işlemi belirleyici olmalıdır. Dolayısıyla, tarh işleminin yapılmasına ilişkin işlemler bu kapsamda değerlendirilmeli ve tarh işleminin tamamlanması öncesindeki işlemlerin teminata ilişkin ön şartın kapsamında yer aldığı kabul edilmelidir²³. Buna göre ilgiliden teminat istenebilmesi için, vergi ziyayının ve/veya kaçakçılık sayılan hallerin varlığını gösterecek, vergi

²³ **Tancı, Muhittin/Arıkan, Vural/Yalçınmer, Polat:** İzahlı İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Ankara 1970, s. 13. Aynı yönde Boy, Kadir: 100 Soruda Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, (Vergi Dünyası Ücretsiz Eki), İstanbul 2000, s. 65. Bkz. ve krş. (Dş. 4. D., T. 06.04.2016, E. 2016/4285, K. 2016/1502, Karşı oy), (www.lexpera.com.tr), (E.T. 01.02.2022).

incelemesine başlanılmış olması²⁴ ve/ya inceleme sırasında mükellefin vergi ziyasına neden olduğu ya da kaçakçılık suçunu işlediği konusunda emarelere²⁵ rastlanması gibi²⁶ (çeşitli) işlemlerin yapılmış olması yeterlidir²⁷. Bu aşamada, inceleme tamamlanmadan ve rapora bağlanmadan önceki zaman diliminde, inceleme elemanınca yapılan ilk hesaplamalara istinaden, gerekçeli bir “ön rapor” düzenlenip vergi dairesine gönderilmesi ile teminat istenebilecektir²⁸. Ancak burada vergi dairesi, vergi inceleme raporunda yer alan

²⁴ “...teminat istenmesini gerektiren hallerde vergi incelemesi yapmaya yetkili memurlarca ihtiyati haciz uygulanacak şirket hakkında incelemeye başlanarak en azından bir ön inceleme raporu düzenlenmesi suretiyle kanunun 9,13 ve 17’nci maddelerine göre gerekli işlemin yapılmasının istenilmesi gerekmektedir. Dava dosyasının incelenmesinden, uyumsuzluk konusu ihtiyati haciz işleminin dayanağını teşkil eden 23.2.1999 günlü yazıda ... Turizm Ticaret Anonim Şirketi, ... Turizm Anonim Şirketi ve ... Otelcilik Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi ile ilgili inceleme yapıldığı ancak, davacı şirket hakkında incelemeye başlanıldığı yolunda hiçbir açıklamanın bulunmadığı yalnızca söz konusu şirketlerle aralarında organik bağ bulunduğu iddiasından hareket edildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda davacı şirket ile ilgili olarak Kanun’un aradığı şartların gerçekleştiğine ilişkin hiçbir tespit yapılmadan, bu şirket hakkında tesis edilen ihtiyati haciz işleminde hukuka uyarlık bulunmadığından davanın reddi yolunda verilen kararda isabet görülmemiştir.” (Dş. 4.D., T. 08.06.2000, E.2000/423, K. 2000/2680, (www.lexpera.com.tr), (E.T. 01.02.2022).

²⁵ Geniş bilgi için bkz. **Atalay**, Oğuz: Emare İspatı, Manisa Barosu Dergisi, Sayı 70, 1999, s. 7-22.

²⁶ “...ilgili hallerden teminat istenebilmesi için 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun 344’üncü maddesi uyarınca vergi ziyası cezası kesilmesini gerektiren haller ile 359 uncu maddesinde sayılan hallerle temas eden bir amme alacağının salınması için gerekli işlemlere, diğer bir anlatımla vergi incelemesine başlanmış olması ve incelemeye yetkili memurlarca ilk hesaplar yapılarak teminat istenmesine esas olacak bir miktarın belirlenmesi gereklidir. Dolayısıyla, teminatın ancak devam eden bir vergi inceleme esnasında ve inceleme elemanlarınca yapılan ilk hesaplamalar sonucu belirlenen miktar üzerinden istenebilmesi mümkündür.” (Dş. 4. D., T. 10.03.2014, E. 2013/5941, K. 2014/1522. Aynı yönde Dş. 4. D., T. 02.04.2013, E. 2012/791, K. 2013/1707; Dş. 4. D., T. 08.03.2013, E. 2010/3197 K. 2013/1113, (www.lexpera.com.tr), (E.T. 01.02.2022).

²⁷ **Candan**, s. 80. Kamu alacağının tahsilinin tehlikede olmasına yönelik herhangi bir emarenin önemi olmadığı hk. bkz. **Netek**, Okan: “Amme Alacağının Korunmasında Bir Yöntem: Teminat İsteme”, Mükellefin Dergisi, Ağustos 2012 Sayı 104, (www.lebbyalkin.com.tr), (Erişim Tarihi: 30.03.2022).

²⁸ **Kızılot**, Şükrü: “Vergi İncelemesi Sırasında Teminat İstenmediği Durumlarda Sonradan Teminat İsteme ve İhtiyati Haciz Yoluna Gidilemeyeceği” (www.yaklasim.com.tr), (E.T. 01.04.2022). Kanun hükmü incelendiğinde de “ön rapor” gibi bir ifadenin yer almadığından bahisle sadece ilk hesaplamalara göre değil süreç devam ederken de teminat istenebileceği yönünde görüş için bkz. **Ertürk**, s. 22. Aynı yönde **Keskin**, Ömer: “6183 sayılı Kanun’un 9’uncu Maddesinde Düzenlenen Teminat Müessesesinin Bazı Açılardan İncelenmesi”, Vergi Dünyası, S. 409, Eylül 2015, s. 21-29, s. 24. Kamu alacağının salınması için gereken işlemlere başlanılmasına yönelik ifadesinden ne anlaşılması

matrah farkı üzerinden hesaplanan vergi ve ceza tutarını esas almak suretiyle vergi dairesi kendiliğinden teminat isteyemeyecek, mutlaka inceleme elemanının talebi ile teminat isteme işlemini gerçekleştirebilecektir²⁹.

Vergi inceleme elemanının hazırlamış olduğu “ön rapor” kavramı teminat istenilmesine yönelik işleminin hukuka uygunluk denetiminde büyük önem taşımakta, işlemin sebep-konu unsuru arasındaki illiyetin sağlanması adına işlemin temelini oluşturmaktadır. Bu anlamda incelemeyi yapan vergi inceleme elemanınca düzenlenecek ön raporun, teminat istenilmesine ilişkin gerekçeleri ortaya koyması gerekecektir. Burada, salt Kanun maddelerine ya da genel ve soyut ifadelerle yer vermek şeklinde değil³⁰, “*vergi ziyat cezası kesilmesini gerektiren haller ile 359 uncu maddesinde sayılan hallerle temas edilme*” sebebinin teminat işleminin sıhhatini sağlaması açısından, yargısal denetime elverişli şekilde ve somut olarak ifade edilmesi gerekecektir. Bu anlamda kaçakçılık suçunu işlediği konusunda tespit edilen emareler ne kadar somut ve ispata elverişli ise yargısal denetim yolu ile hukuka uygunluk ölçüsünde sağlanmış olacaktır.

Ön raporun gerekçeli olması, teminat isteme işleminin yargısal denetimini sağlarken yargı organlarına vergi incelemesinin sonucundan bağımsız bir şekilde değerlendirme yapma ve karar verme imkânında sağlamaktadır. Nitekim Danıştay’ın;

gerektiğine dair bir düzenleme olmadığından Kanun’un lafzı ve ruhundan inceleme elemanlarının vergi incelemeleri esnasında teminat talebini içeren “*Ön İnceleme Raporu*” tanzim etmeleri gerektiği, bu rapor tanzim edilmeden teminat istenemeyeceği hik. Bkz. ve krş. **Özdemir**, Muharrem/**Güzel**, Ahmet: Amme Alacakları Tahsil Usul ve Esasları, Nobel Kitabevi, Adana 2007.

²⁹ **Şeker**, Sakıp: “Vergi İncelemelerine Dayanan İhtiyati Haciz Uygulamalarının Mükellef hakları Yönünden Değerlendirilmesi”, Legal Mali Hukuk Dergisi, Sayı: 37, Ocak 2008, s. 159-162, s. 160.

³⁰ Aksi yönde “Vergi inceleme elemanları teminat istenmesini gerektiren hallerde ya bir ön inceleme raporu düzenler ya da durumu ilgili vergi dairesine bir yazı ile bildirebilirler. Bir ön inceleme raporu düzenlenip vergi dairesine tebliği zorunlu değildir. Ancak yazı ile ihtiyati haciz işlemi talebinde bulunulurken, yasanın öngördüğü hallerle temas eden bir durumun varlığını belirtmek gerekir ise de, 6183 sayılı Yasanın 9, 13 ve 17. maddelerine göre gerekli istemin yapılması istemini içeren yazı karşısında, bu belirtmenin maddelere atıf yoluyla yapıldığını kabul etmek gerekir. Mahkeme kararında, konu ile ilgili inceleme raporunun vergi dairesine henüz gelmediği yanıtından hareketle, bu durumda ihtiyati haciz uygulanmasını gerektiren kaçakçılık hallerinin mevcudiyeti hakkında bir tespit ve delil ileri sürülemediği gerekçesiyle sonuca varılmış ise de isabetli olmamıştır.” (Dş. 3. D., T.23.02.1993, E. 1992/1898, K. 1993/862), (www.kazanci.com.tr), (E.T. 01.04.2022). Krş. **Gündüz**, Zeki: “Her İnceleme Raporu İçin Teminat İstenebilir mi?”, (www.dunya.com), (E.T. 16.04.2022).

“6183 sayılı Kanuna göre teminat istenmesini gerektiren haller ile ihtiyati haciz ve ihtiyati tahakkuk gibi haller amme alacaklarının korunması bakımından öngörülen tedbirler olup cebri takip ve tahsil yöntemleriyle ilgili olmaması nedeniyle de farklı ilkelere dayanmaktadır. Bu hükümler tahakkuk etmemiş ancak inceleme elemanınca gerekli muamelelere başlanmış alacaklara uygulanabileceğinden, kaçakçılık hallerinin mevcudiyetinin kesin olarak tespitine de bu aşamada gerek bulunmamaktadır. Bu durumda inceleme elemanının yukarıda belirtilen yazısı ile incelemeye başladığından dolayısıyla ihtiyati haciz işlemi için yeterli bulunduğundan kaçakçılık hallerinin mevcudiyeti hakkında bir tespit ve delil ileri sürülmediği gerekçesine dayalı vergi mahkemesi kararında yasal isabet görülmemiştir.”

şeklinde ifade edilen içtihadında da belirtildiği üzere³¹, teminat istenilmesi işleminin hukukî temeli, kamu alacağının korunması/güvence altına alınması esasına dayandığından, salt vergi incelemesi sonuçlanma/masına doğrudan bağlı olmayıp salt bu nedenden/gerekçeden hareketle işlemin denetimi yapılamayacaktır; hüküm onun üzerine inşa edilemeyecektir³².

Ön raporun gerekçeli olmasının başka bir fonksiyonu da vergi incelemesinin sonucunu oluşturacak olan tarhiyatlar bakımından kendini göster-

³¹ Dş. 3. D., T. 23.02.1993, E. 1992/1898, K. 1993/862, (www.kazanci.com.tr), (E.T. 01.04.2022).

³² “1994 ve 1995 takvim yıllarına ilişkin işlemleri incelenen davacı adına, kaçakçılık cezalı vergilendirme yapılması önerilen İnceleme raporlarının düzenlendiğinde ve 14.6.1999 tarihinde tebliğ edilen 10.6.1999 tarihli ve 5415 sayılı dava konusu yazı ile davacıdan, tahakkuk ettirilen vergi ve cezalar için yedi gün içinde 6183 sayılı Yasanın 10’uncu maddesinde belirtilen teminatlardan birisini, aynı Yasanın 9’uncu maddesi uyarınca teminat göstermesi istendiğinde tartışma bulunmadığından; gerek teminatın istendiği, gerekse bu davanın açıldığı tarihte teminat istenmesi için öngörülen nedenin gerçekleştiği açıktır. Söz konusu vergi inceleme raporlarında önerilen vergilendirmelere ilişkin ihbarnamelerin 24.5.1999 tarihinde tebliği üzerine davacı tarafından aynı vergi mahkemesinde vergilendirmeye karşı dava açılmış olmasının; kamu alacağına güvence oluşturmak üzere teminat istenmesi ve dosyadaki belgelerden anlaşıldığına göre ihtiyati tahakkuk ve ihtiyati haciz kararları alınması üzerine, teminat istenmesine karşı açılan bu davanın, açıldığı tarihteki hukuksal duruma göre yapılması gereken yargısal denetime etkisi bulunmadığı halde, tarhiyatlara karşı açılan davalarda mahkemelerince 20.12.1999 tarihinde verilen ara kararına yanıt alınıncaya ve bu davalar sonuçlanıncaya kadar bekletme kararı verdikten sonra tarhiyatlar hakkında verilen kararlarda hüküm altına alınan vergi ve ceza tutarlarına göre iptal kararı veren vergi mahkemesi ısrar kararında hukuka uygunluk görülmemiştir.” (Dş. VDDK., T. 18.11.2005, E. 2005/148 K. 2005/255), (www.lexpera.com.tr), (E.T. 01.04.2022). Aksi yönde bkz. (Yaklaşım, Haziran 2007, S. 174), (www.yaklasim.com.tr), (E.T. 01.04.2022). Aksi yönde **Öztürk**, Nadir: “Teminat İsteme” Vergi İnceleme Elemanlarının İz’ansız Kılıcı mı”, Yaklaşım, Haziran 2007, S. 174, (www.yaklasim.com.tr), (E.T. 01.03.2022).

mektedir. Bu anlamda, yukarıda belirtildiği üzere vergi incelemesinde belirlenen tespitlere doğrudan bağlı olmasa da “tarhiyatlara hazırlayıcı niteliği”³³ itibariyle, ileride yapılacak cezalı tarhiyatın gerekçelerinin, yaklaşık olarak da olsa, ortaya konulmasını sağlayacaktır³⁴.

Teminata ilişkin (teorik) açıklamalar ve yargı kararları incelendiğinde, “koruma önlemi” niteliği öne çıkarılmakta ve fakat tahakkuk aşamasına kadar/özgü uygulanabileceği belirtilmektedir. Buna göre, vergilendirme sürecinin tahsil aşamasına kadar olan koruma önlemi niteliği teminat ile, sürecinin tahsil aşamasına geçildiğinde ise 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’da öngörülen diğer (takip ve) tahsil işlemlerinin uygulanması gerekmektedir³⁵.

³³ “...teminat, ancak vergi incelemesinin devam ettiği durumlarda yapılan ilk hesaplamalara göre istenebilecek tarhiyatlara hazırlayıcı mahiyette ve alacağın korunmasına yönelik tedbir olup, inceleme sonuçlanıp tarhiyatlar yapıldıktan sonra teminat istenilmesine olanak bulunmadığı...”, Dş. 3. D., T. 09.02.2015, E. 2011/3698, K. 2015/547, (www.kazanci.com.tr), (E.T. 01.04.2022).

³⁴ Burada sözü edilen ispatın tam bir ispat olmayıp “yaklaşık olarak ispat” olduğu, yaklaşık ispatta ispat edilmek istenen olayı muhtemel görülmekte ancak bu vakianın gerçekleşmeyebileceği konusunda da her zaman bir ihtimalin bulunduğu, yani o vakianın doğru olma ihtimalinin doğru olmama ihtimaline nazaran daha ağır basması gerektiği ve yaklaşık ispatta hâkimin çoğu kez acele karar vermesi gereken haller ile delil ikamesinin oldukça zor olduğu ve bu sebeple kesin ispatın beklenemeyeceği hallerde dikkate alınacağı bir ispat ölçüsü olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Şentürk**, Akın Gencer: “Amme Alacaklarının Korunması Yöntemlerinden “Teminat İsteme” Uygulamasının İhtiyati Tahakkuk-İhtiyati Haciz Müesseseleri İle Bağlantısının Ortaya Konulması ve Bir İdari İşlem Olarak Vergi Hukuku Yönünden İrdelenmesi (II)”, (www.lebbyalkin.com.tr), (E.T. 01.03.2022). Gerçekten de bazı durumlarda, hakikate yakın gösterme (inanılır kılma) şeklinde bir ispat söz konusudur. Bu halde, talepte hakkı olma ihtimalinin bulunması yeterli kabul edilmektedir. Ancak ispat edilmek istenen olayın muhtemel olarak görülmesinde iddia edilen olayın doğru olma ihtimali, doğru olmama ihtimaline göre ağır basarken iddia edilen olayın yanlış olma ihtimali de, gözardı edilmemelidir Bkz. **Başözen**, Ahmet: “Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde “Yaklaşık İspat” ve “İhtimal” Kavramı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015) s. 653-694, s. 656, 659. Yaklaşık ispatın en çok uygulama alanı bulunduğu alanlardan biri geçici hukuki himaye tedbirleridir. Söz konusu tedbirlerin Kamu İcra Hukuku’ndaki karşılığı ise güvence önlemleri olup aynı esasların güvence önlemleri bakımından geçerli olması, Kanun’da aksine düzenleme bulunmadıkça zorunluluk arz etmektedir.

³⁵ “6183 sayılı Kanunun yukarıda sözü edilen maddelerinde yer alan teminat isteme, ihtiyati haciz ve ihtiyati tahakkukun, kamu alacağının cebren tahsil ve takibine yönelik işlemler olmayıp, icrai muamelelere başlamadan önce tahsile konu amme alacağının tehlikeye girmesini engellemeye yönelik, dolayısıyla amme alacağını koruyucu niteliği bulunan işlemler olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.”, (Dş, 4.D., T. 29.04.2015, E. 2014/7003 K. 2015/1848). “Görüldüğü üzere, maddede, teminat sayesinde, henüz tarh aşaması ta-

2. Kanun Hükmündeki “İle” Bağlacının Anlamı ve Yorumu

Teminat istenmesini gerektiren ve idarenin bağlı yetkiye sahip kılındığı iki duruma bakıldığında “*vergi ziyayı kabahati ile kaçakçılık suçları*”nı gerektiren hallerin düzenlendiği görülmektedir. Kanun koyucu, işlemin sebebi olarak söz konusu hâlleri aramakla birlikte hükümdeki “*ile*” bağlacı nedeniyle hâsıl olan tereddütleri giderememekte, her iki halin “*ve*” anlamında birlikte/birarada ya da her iki halin birbirinden bağımsız “*veya*” anlamında ayrı ayrı uygulanabileceği yönünde yoruma mahal veren halinin giderilmesi, hükmün uygulama koşullarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

İlk olarak, birinci fıkradaki “*vergi incelemesine yetkili memurlarca yapılan ilk hesaplara göre belirtilen miktar üzerinden tahsil dairelerince teminat istenir*” şeklindeki hükmün emredici niteliği dikkate alındığından “*veya*” içerikli bir yorumun kamu alacağını güvence altına almaya yeterli olduğu ve hatta hükmün niteliğinin ölçülülük ilkesi kapsamında³⁶ tartışılması gerektiği düşünülebilir. Hatta söz konusu yorum kapsamında, vergi incelemesi sırasında incelemeye yetkililerce vergi ziyayı tespitinde bulunulmuşsa yapılan ilk hesaplara göre belirlenecek tutarın bildirilmesi ve teminat istenmesinin sağlanması gerekeceğinden kanun hükmünde herhangi bir sınırlama getirmediği, “*veya*” anlamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülebilir³⁷. Ancak kanun koyucunun iradesinin lafzî, tarihsel ve amaçsal yorum yöntemleri ile birlikte değerlendirilmesi sonucu “*ve*” anlamında yorumlanması gerektiği düşünülmektedir. Kanun hükmünün yasal değişiklik sonrası aldığı

mamlanmayan kamu alacaklarının korunması amaçlanmış, aynı bölümün izleyen maddelerinde de bu yöntemin uygulanmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiş olup, tarih ve tebliğ edilerek tahsil edilebilir hale gelen kamu alacakları için anılan hüküm uyarınca teminat istenmesine olanak bulunmamaktadır. Bu durumda; olayda, ödeme emri aşaması da geçirilen kamu alacağının tahsili için 6183 sayılı Kanunda öngörülen diğer cebren tahsil yöntemlerine başvurulması gerekirken, teminat istenmesi yolunda tesis edilen işlem de yasaya uyarlık bulunmadığından, bu husus dikkate alınmadan verilen mahkeme kararında isabet görülmemiştir.” (Dş, 7. D., T. 03.10.2007, E. 2006/1290, K. 2007/3914), (www.kazanci.com.tr), (E.T. 01.02.2020).

³⁶ Bkz. **Artun**, Emine Sevcan: Vergi Hukukunda Ölçülülük İlkesi, (Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2021, s. 237 vd.

³⁷ 30.03.2007 tarih ve 26568 no.lu Resmi Gazete’de yayımlanan A. Sıra No:1 Tahsilat Genel Tebliği’nin 6’nci maddesi ile Vergi Müfettişleri Tarafından Vergi Mevzuat Yönünden Yapılacak İncelemelerde 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun Teminat İsteme İhtiyati Haciz Ve İhtiyati Tahakkuk Hükümleri Kapsamında Yapılması Gereken İşlemler ile ilgili Usul Ve Esaslara İlişkin Yönerge Taslağı’nda 213 sayılı Kanun’un 344’üncü maddesi uyarınca vergi ziyayı cezası kesilmesini gerektiren haller ile 359’uncu maddesinde sayılan hallerin mevcudiyetinin birlikte aranmasına gerek olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. **Balcı**, s. 111, dn. 121, 122.

hâl ile varılacak sonucun amaçlanan sonuç ile aynı olmadığı açıktır. Zira, 4369 sayılı Kanun'la Vergi Usul Kanunu'nun ceza hükümlerinde yapılan³⁸ değişikliklerden önce 6183 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesi hükmüne bakıldığında, yürürlükten kaldırılan kaçakçılık, ağır kusur ve kusur cezalarının 6183 sayılı Kanun'un teminat hükümleri ile ilişkilendirilerek, ziyaa uğratılan kamu alacağının yüzde elli oranında uygulanan kusur cezası ve belli miktarın altındaki ağır kusur cezası uygulanması gereken kamu alacakları için teminat istenemeyeceği hükme bağlanmış, limit belirlenmesi ile teminat uygulama alanı sınırlandırılmıştı. Değişiklik sonrası, kaçakçılık, ağır kusur ve kusur cezaları kaldırılarak bütün vergi ziyayı halleri için vergi ziyayı cezası getirilerek önceden kaçakçılık ve belli haddin üzerindeki ağır kusur cezalarında uygulanan söz hükmün daha geniş bir kapsamda anlaşılması ve değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülebilirse de³⁹, teminat hükümlerinin tespit olunan (ve kusura ihtiyaç duymayan⁴⁰) her vergi ziyayı durumunda uygulan-

³⁸ 4369 sayılı Vergi Usul Kanunu, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Gelir Vergisi Kanunu, Kurumlar Vergisi Kanunu, Katma Değer Vergisi Kanunu, Gider Vergileri Kanunu, Emlak Vergisi Kanunu, Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu, Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu, Damga Vergisi Kanunu, Harçlar Kanunu, 3505 Sayılı Kanun, Katma Değer Vergisi Mükelleflerinin Ödeme Kaydedici Cihazları Kullanmaları Mecburiyeti Hakkında Kanun, Belediye Gelirleri Kanunu, 1318 ve 4208 Sayılı Kanunlar ile 178 Sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve 190 Sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, (RG. 29.07.1998-23417).

³⁹ Değişiklik sonrası görüşler için bkz. **Özbalcı**, Yılmaz: Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları, Oluş Yayıncılık, Ankara 2004, s. 213; **Baydere**, Cihan: Türk Vergi Hukukunda İhtiyati Tahakkuk ve İhtiyati Haczin Yargısal Denetimi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 15-18; **Taylar**, s. 79-80.

⁴⁰ "Vergi ziyayı, Vergi Usul Kanunu'nun 341. maddesinde mükellefin veya sorumlunun vergilendirme ile ilgili ödevlerini zamanında tahakkuk ettirmemesi veya eksik yerine getirmesi yüzünden verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesi veya eksik tahakkuk ettirilmesi şeklinde tanımlanmış; şahsi, medeni haller veya aile durumu hakkında gerçeğe aykırı beyanlar ile veya sair suretlerle verginin noksan tahakkuk ettirilmesine veya haksız yere geri verilmesine sebebiyet vermenin de vergi ziya hükmünde olduğu belirtilmiş; söz konusu hallerde verginin sonradan tahakkuk ettirilmesi veya tamamlanması veyahut haksız iadenin geri alınmasının ceza uygulanmasına mani teşkil etmeyeceği hükme bağlanmıştır. 344. maddede ise, 341. maddede yazılı hallerde vergi ziyasına sebebiyet verildiği takdirde, mükellef veya sorumlu hakkında ziyaa uğratılan verginin bir katı tutarında vergi ziyayı cezası kesileceği öngörülmüştür. Fıkarda yapılan düzenlemeye bakıldığında; vergi ziyasına sebebiyet veren her vergi mükellef ve sorumlusunun, kusurlu olsun veya olmasın, bu suçu işlemiş kabul edilerek, vergi ziyayı cezasına muhatap kılınacağı, düzenlemenin sözel yorumu sonucu ortaya çıkmaktadır. Buna göre, tanımdaki biçimde vergi ziyasına sebebiyet veren vergi mükellef veya sorumlusunun, vergi ziyasının oluşumunda herhangi bir kusurunun bulunmadığını kanıtlayarak, cezadan kurtulma olanağı mevcut değildir. Böyle olunca; vergi ziyayı cezasının kanunda belirtilen sonuç (vergi

ması inceleme elemanlarının elinde “iz’ansız bir kılıç” haline geldiği⁴¹ dikkate alınarak hükümdeki “vergi ziyayı cezası kesilmesini gerektiren haller ile 359 uncu maddesinde sayılan hallere temas edilme” şeklindeki lafzî açıklık ve kanunilik ilkesi⁴² dikkate alınarak yorumlanmasını uygun olacağı düşünülmektedir. Kaldı ki yerinde olarak belirtildiği üzere⁴³, “vergi ziyayı cezasını kesilmesini gerektiren bir hale ilişkin bir kamu alacağının salınması için gerekli işlemlere başlanmasını teminat isteme nedeni olarak amaçlasaydı, birinci fıkranın devamında 213 sayılı Kanun’un 359’uncu maddesi kapsamında yani kaçakçılık suçuna ilişkin temas eden bir kamu alacağının salınması için gerekli işlemlere başlanmış olması ifadesini kullanmazdı.”

İkinci olarak, 6183 sayılı Kanun’da kamu alacaklarının korunması hükümlerinin, ancak kamu alacağının tahsilinin tehlikeye girmesiyle ya da böyle bir ihtimalin gerçekleşmesiyle ilgili emarelerin bulunması durumunda uygulanmak amacıyla düzenlendiği yönünde hükmün lafzını esas alarak yorum yapılmasını gerekli gören ortak görüşten hareketle değerlendirme yapılmalıdır. Buna göre söz konusu emarelerin varlığını ispat yükü idareye düşmekte, yargısal denetimde sebep ve konu unsurlarının denetimi emarelerin somutluğu noktasında kendini göstermektedir.

Son olarak, Vergi Usul Kanunu’nun 359’uncu maddesinde yazılı fillerle vergi ziyayına sebebiyet verdiği anlaşılan mükellef ile vergi ziyayına bu şekilde sebebiyet vermeyen mükellef arasında fark gözetmeksizin, vergi

ziyayı için öngörüldüğü; vergi ziyayının olduğu her durumda cezanın da olacağı, vergi mükellef veya sorumlusunun iradesinin, kusurlu olup olmamasının, suçun oluşumunda herhangi bir etkisinin bulunmadığı; vergi kanunlarında öngörülen ödevlerin yerine getirilmesinde azami dikkat ve özeni göstermesine karşın vergi ziyayını engelleyemediğini kanıtlamış olsa dahi, mükellef veya sorumlu cezalandırılabilir. Bu itibarla, vergi ziyayına sebep olan, bir başka ifade ile, vergilendirme ile ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi yüzünden, verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesi veya eksik tahakkuk ettirilmesine sebebiyet veren her vergi mükellef ve sorumlusunun, 213 sayılı Kanun’un 341. maddesinde kusur aranmaması nedeniyle, ortaya çıkan vergi ziyayından sorumlu tutulacağı açıktır.” Bkz. Dş. 4. D., T. 10.12.2019, E. 2018/6583, K. 2019/ 8505, (Balci, s. 70, dn. 45).

⁴¹ Bkz ve krş. Öztürk, Nadir: “Teminat İsteme” Vergi İnceleme Elemanlarının İz’ansız Kılıcı mı?, Yaklaşım, Haziran 2007, S. 174, (www.yaklasim.com.tr), (E.T. 01.03.2022). Krş. Tanrikulu, Abdurrahim: “Kamu Alacaklarında Teminat Kurumu”, Vergi Sorunları Dergisi, S. 12, Ocak-Mart 1984, (www. vergisorunlari.com.tr), (Erişim Tarihi: 11.02.2022).

⁴² Kanunilik ilkesi yönünden bkz. Batı, Murat: “6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un İşlevsiz Hükümleri”, Vergi Sorunlar Dergisi, S. 369, Haziran 2019, (www. vergisorunlari.com.tr), (Erişim Tarihi: 11.02.2022).

⁴³ Balci, s. 112-113. Krş. Yılmaz, Kâzım: Kamu (Amme) Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Yasa, Ce-Ka Yayınları, Ankara 2006, s. 77.

kanunları karşısındaki tutum ve davranışlarına bakılmaksızın teminat (ve ihtiyatî haciz) uygulanması kanun koyucunun amacına aykırılık oluşturacaktır. Zira Vergi Usul Kanunu'nun Ek 1'inci maddesinde “*vergi ziyana sebebiyet verilmesinin kanun hükümlerine yeterince nüfuz edememekten*” kaynaklanarak “*Uzlaşma*”dan yararlanmaya imkân tanıdığı ve yine aynı maddenin “*359 uncu maddede yazılı fiillerle vergi ziyana sebebiyet verilmesi halinde tarh edilen vergi ve kesilen ceza ile bu fiillere iştirak edenlere kesilen ceza ve 370 inci maddenin (b) fıkrası kapsamında kendilerine ön tespite ilişkin yazı tebliğ edilen mükelleflere mezkur maddeye göre kesilen ceza hariç*” şeklindeki ifadesiyle mükellefler arasında yararlandırıcı işlemler bakımından farklılık yarattığı dikkate alındığında kanun koyucunun teminat uygulaması bakımından benzer bir iradeyi gösterdiği kabul edilmelidir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle 6183 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinde geçen “*ile*” bağlacını “*ve*” anlamında yorumlamak ve her iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerektiği yönünde bir yorumun kanun koyucunun iradesine daha uygun olacağı düşünülmektedir. Zira bu durum kamu icra hukukunda ölçülülük ilkesinin⁴⁴ ve menfaat dengesinin⁴⁵ bir gereği olarak kabul edilmeli, Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddedeki fiilleri işleyen mükellefler için “*iyiniyet karinesi*” olamayacağından hareketle söz konusu fiilleri işleyenler ile işlemeyenler arasındaki farklılık gözetilmelidir. Dolayısıyla söz konusu ayırım, yargısal denetimin yerine getirilmesinde gerekçe arayışını ve sağlanmasına da hizmet edecektir. Öte yandan, 6183 sayılı Kanun'un 9'uncu maddede sayılan iki şartın birlikte gerçekleşmesi gereği, Vergi Usul Kanunu'nun 359'uncu maddesindeki fiillerin işlendiği her durumda bir kamu alacağının doğmayabileceği de dikkate alındığında kamu alacağını güvence altına gerekçesi de temelini yitirecektir. Kaldı ki, aksi düşünülse dahi, yani vergi ziyana sebebiyet verme ihtimalinin gözetilmesi seçeneğinde bile inceleme esnasındaki tavır ve davranışlarıyla kamu alacağının tahsili konusunda tereddüt hâsıl olursa, somut gerekçeleri ortaya konulmak kaydıyla, 6183 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesinin üçüncü bendi hükmü işletilerek ihtiyatî haciz yapmak suretiyle kamu alacağının garanti altına alınması imkânını kullanılacaktır.⁴⁶

⁴⁴ Bkz. ve krş. Artun, s. 238. Ayrıca bkz. Bahçeci, s. 165-166.

⁴⁵ Bkz. ve krş. Demirbaş Aksüt, Burcu: “Kamu İcra Hukuku'nda Menfaat Dengesi”, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. 16, Özel Sayı, İzmir 2014 (Basım Yılı 2015), C. III, s. 4671-4735), s. 4684-4685.

⁴⁶ Kanun'un lafzının “veya” anlamında yorumlanmasıyla, “213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 344. maddesi uyarınca vergi ziyai cezası kesilmesini gerektiren haller” ifade-

III. VERGİ İNCELEMESİ SIRASINDA/SONRASINDA TEMİNAT İSTENMESİ

A. Vergi İncelemesi Sırasında Teminat İstenmesi

Kanun koyucunun 9'uncu madde(s)i hükmüyle “*vergi ziyayı kabahati ile kaçakçılık suçları*”nı gerektiren halin/hallerin teminat işleminin sebebi olabilmesi bakımından ön şart ihdas ettiği, tarh öncesi “*kamu alacağının salınması için gerekli işlemlere başlanması halinde teminat istenmesini gerektiren halin varlığının vergi incelemesine yetkili memurlarca tespit edilmesi*” gerektiği yukarıda ifade edilmişti. Yine ilgiliden teminat istenebilmesi

sinin, vergi ziyayı olan her durumda teminat istenmesi zorunluluğu doğurduğu ileri sürülmektedir. Buna göre, kanun hükmündeki “*tahsil dairelerince teminat istenir.*” ifadesi ile birlikte değerlendirildiğinde bu konuda karar verecek olan vergi inceleme elemanlarına ya da fiilen uygulamayı yapacak olan tahsil dairelerine takdir yetkisi tanınmadığı iddia edilmektedir. Bkz. **Ozansoy**, Ahmet: “Teminat ve İhtiyati Hacizde “İle”nin Hayati Önemi”, (Yaklaşım, Haziran 2007, S. 174), (www.yaklasim.com.tr), (E.T. 01.03.2022). Her ne kadar kanun hükmünün lafzen katı yorumlanmasıyla belirtilen ihtimalin ortaya çıkabileceği düşünülebilirse de diğer yorum yöntemlerinin uygulanmasıyla bu durumun kabulünün mümkün olmadığı ortaya çıkacaktır. Zira vergi ziyayı kabahatinin düzenlendiği Vergi Usul Kanunu'nun 341'inci ve 344'üncü maddelerine bakıldığında, teminata ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği açıkça görülmektedir. Bu çerçevede, teminatın vergi ziyayı kabahatinin sonucuna bağlandığı iddia edilen yorum dikkate alındığında, kanun koyucunun, tahsil aşamasına kadar düzenlemeler getirdiği (Vergi Usul) Kanunu'na değil tahsil aşamasına ilişkin bir Kanun'a, hem de bu aşamada uygulanmayacağı kabul edilen bir güvence önlemini, vergi ziyasının sonucu olarak yer verdiği yönündeki sonuç çelişkileri dolu ve kabul edilemez olmaktadır. “6183 sayılı Kanun'un 13. maddesinde “İhtiyati Haciz” hükümleri düzenlenmiş olup maddenin (1) numaralı bendinde, 9. madde gereğince teminat istenmesini mucip hallerin bulunması ihtiyati haciz sebebi olarak görülmüştür. Buna göre, 9. madde uyarınca teminat istenmesini gerektiren bir halin ortaya çıktığı durumda, borçlunun hem teminat istenmesini gerektiren borcu hem de diğer tahakkuk etmiş veya etmemiş bütün borçları için derhal ihtiyati haciz uygulanması gerekmektedir. 6183 sayılı Kanun'un 17. maddesinde ise “İhtiyati Tahakkuk” hükümleri düzenlenmiş olup maddenin (1) numaralı bendinde 13. maddenin (1) numaralı bendine yer verilmiştir. Maddeler arasında kurulan bu bağ ile 9. madde uyarınca teminat istenmesini gerektiren bir halin ortaya çıktığı durumda, borçlunun henüz tahakkuk etmemiş vergi ve resimlerinin tahakkuk ettirilmesi kararı da verilebilecektir. Bu üç koluma hükmü arasında öngörülen bu geçiş ile vergi incelemeleri sırasında vergi ziyayı tespit edilen amme borçlusuna ilişkin tahakkuk etmiş veya henüz tahakkuk etmemiş amme alacaklarının koruma altına alınması amaçlanmıştır. Bkz. **Öztürk**, Nadir: “Teminat İsteme” Vergi İnceleme Elemanlarının İz'ansız Kılıcı mı?”, (Yaklaşım, Haziran 2007, S. 174), (www.yaklasim.com.tr), (E.T. 01.03.2022). Ayrıca bkz. **Keskin**, s. 25. Teminat istemeye yönelik yetkinin mükellef haklarını ihlale açık olması hakkında analiz ve görüş için bkz. **Bahçeci**, s. 168-169.

için, vergi ziyanının ve/veya kaçakçılık sayılan hallerin varlığını gösterecek, vergi incelemesine başlanılmış olması ve/ya inceleme sırasında mükellefin vergi ziyana neden olduğu ya da kaçakçılık suçunu işlediği konusunda emarelere rastlanması gibi (çeşitli) işlemlerin inceleme tamamlanmadan ve rapora bağlanmadan önce, inceleme elemanınca yapılan ilk hesaplamalara istinaden, gerekçeli bir “ön rapor” düzenlenip vergi dairesine gönderilmesi ile teminat istenebileceği belirtilmişti. Buna göre (salt) vergi incelemesine başlanılmış olması teminat isteme işleminin sebep unsurunu oluşturmada yeterli olmamakta⁴⁷, muhtemel vergi, ceza ve gecikme faizi tutarının hesaplandığı ön raporun varlığı ve içeriğinin⁴⁸ kanun koyucunun aradığı sebep ve konu unsurunu karşıladığı kabul edilmelidir⁴⁹.

Yapılan açıklamalar, bir güvence önlemi olarak teminat istenmesinin vergi incelemesi sırasında istenmesinde tereddüt bulunmadığını, vergi incelemesine başlanmanın “incelemeye başlama ve ilk hesaplamalara göre miktarın belirlenmesi şartlarıyla birlikte gerçekleşmesinin” yeterli olabileceğini, bununla birlikte; “teminat’ istenmesine esas olan inceleme elemanı yazısında vergi ziyana sebebiyet verildiğinin somut delillerle saptandığı hususunda bir bilgiye yer verilmesi⁵⁰” ve “vergi ziyayı cezası kesilmesini gerektiren haller ile 359’uncu maddede sayılan hallerle temas eden bir amme alacağının salınması isin gerekli muamelelere başlanması ve muhtemel amme alacağının güvence altına alınması gerektiği hususunun tereddüte mahal bırakmayacak şekilde somut verilere dayan(dırıl)ması ve bu yönde bilgi ve belge ibraz edilmesi gerektiği⁵¹” şeklinde diğer şart/ların sağlan-

⁴⁷ Aksi yönde **Tancı-Arıkan-Yalçınır**, s.13; **Çelik**, s.42; **Mutluer**, M. Kâmil-**Dayanç Kuzeyli**, N. Nilay: Vergi Hukuku, (Yetkin Yayınları), Ankara 2019, s. 317; **Karakoç**, Kamu İcra Hukuku, s. 112-113; **Koçak**, Muhsin: Vergi-İcra Hukuku, 2. Baskı, (Seçkin Yayınları), Ankara 2018, s. 81. Ayrıca **Yerlikaya**, Gökhan Kürşat: Açıklamalı ve İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Şerhi, (Oniki Levha Yayınları), İstanbul 2012, s. 62; **Baydere**, s. 25.

⁴⁸ Bkz. ve krş. **Candan**, s. 79-81. Ayrıca **Kaneti**, Selim/**Ekmekçi**, Esra/**Güneş**, Gilsen/**Kaşıkcı**, Mahmut: Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 571. **Akmansu**, Mehmet: Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Şerhi ve İzahları, Ankara 1954, s. 93.

⁴⁹ **Balcı**, s.117.

⁵⁰ Tahsil dairesinin teminat istemesi ancak vergi incelemesi sırasında somut birtakım verilere dayanılması durumunda ve yapılan ilk hesaplamalara göre belirlenen miktarla sınırlı olarak mümkündür. Vergi incelemesi yapılmadan tahsil dairesi tarafından takdire dayalı şekilde teminat istenmesinin mümkün olmadığı hk. bkz. Any. Mah. T. 15.5.2019, E. 2018/142, K. 2019/38, (RG.20.05.2019-30807). Aynı yönde Dş. 9. D., T. 18.09.2003, E. 2001/2129, K. 2003/4497, (**Balcı**, s. 119, dn. 131).

⁵¹ İzmir 4. VM., 13.09.2018 tarih ve E. 2018/1230, K. 2018/1422, (Özel Arşiv)

masıyla birlikte söz konusu önlemin uygulanmasının hukuka uygunluğun sağlanmasına hizmet edebileceğini kabul etmektedir⁵². Bu nedenle yerleşik içtihatlar bulunmamasına rağmen “*incelemeye başlama ve ilk hesaplamalara göre miktarın belirlenmesi şartlarıyla birlikte gerçekleşmesi*” bugün için yargı uygulamasında teminat istenmesi için yeterli görülmekte, “*somut tespit*” ölçütü ise istisnaen yargı kararlarına konu olmaktadır.

B. Vergi İncelemesi Sonrasında Teminat İstenmesi

Vergi incelemesi sırasında teminat istenmesi konusunun, mevzuatın açıklığı ve (kısmen) yargı kararlarındaki istikrara rağmen belirsizlik içerdiği iddialarıyla karşılaştığı yukarıda belirtilmişti. Buna karşılık, vergi incelemesi tamamlandıktan (ve tarhiyat işlemi tesis edildikten) sonra teminat istenmesi konusu da tartışılmaya devam etmekte ve henüz bir sonuca bağlanmamış durumdadır.

6183 sayılı Kanun’un 9’uncu maddesindeki düzenlemeye bakıldığında, teminat müessesesinin vergi incelemesi ile sınırlandığı, vergi inceleme sona erdikten teminat istenmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle, vergi inceleme raporu tamamlanıp, vergi ve ceza ihbarnameleri tebliğ edildikten sonra veya vergi inceleme raporu sonucunda vergi inceleme elemanının ilk hesaplara göre belirlediği bir tutar yok ise teminat istenemeyecektir⁵³. Güncel yargı kararlarında, teminat istenmesinin,

“henüz kamu alacağı olma niteliği kazanmamış vergi ve cezaların, tahakkuk ettikleri tarihte karşılaşılabilecek tahsil imkansızlığına bir önlem ola-

⁵² Kararlar için bkz. **Balci**, s. 121 vd.

⁵³ Teminata konu olacak henüz tahakkuk etmemiş bir kamu alacağı niteliğinde olmakla birlikte teminat istendiği sırada devam eden bir vergi incelemesinin varlığı ve verginin tarhiyatına ilişkin ön işlemlere başlanmış olduğu gözetilerek incelemenin tamamlanmasının ve alacağın tahakkuk ettirilmesinin alacağın varlığını belirsiz kılacak uzun bir süreci gerektirmeyeceği açık olduğundan vergi incelemesinin tamamlanıp alacağın tahakkuk ettirilmesinin makul karşılanabilecek bir zaman aralığını aşması hâlinde ise teminatın idarece kaldırılması, kaldırılmadığı takdirde meydana gelecek zararların dava yoluyla tazmin edilmesinin mümkün olduğu hk. Any. Mah. T. 15.5.2019, E. 2018/142, K. 2019/38, (RG. 20.05.2019-30807). Aynı yönde Dş. 9. D., T. 18.09.2003, E. 2001/2129, K. 2003/4497. Ayrıca **Kızılot**, Şükrü: “Vergi İncelemesi Sırasında Teminat İstenmediği Durumlarda Sonradan Teminat İsteme ve İhtiyati Haciz Yoluna Gidilemeyeceği” (www.yaklasim.com.tr), (E.T. 01.01.2022). Aynı yönde **Candan**, s. 80-81; **Kaneti/Ekmekçi/Güneş/Kaşıkçı**, s. 574. Ayrıca bkz. **Gerçek**, Adnan: Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, 4. Baskı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Bursa 2015, s. 152-153; **Bahçeci**, s. 163-164; **Kuzucu Yapar**, s. 94. Aksi yönde bkz. **Akmansu**, s. 93; **Karakoç**, Kamu İcra Hukuku, s. 113; **Mutluer/Dayanç Kuzeyli**, s. 317.

rak öngörüldüğünden vergi incelemesinin devam ettiği durumlarda yapılan ilk hesaplamalara göre mümkün olduğu⁵⁴,

gereğesiyle vergi incelemesiyle sınırlı olduğu yönünde görüş mevcut iken, aksi yönde yargı kararları da mevcuttur⁵⁵. Aksi yöndeki kararlarda esas olarak;

- vergi inceleme safhasından başlanarak cebren tahsil aşamasına kadar teminat istenmesinin önünde herhangi bir engel bulunmadığı,

⁵⁴ Dş. 3. D., T. 30.04.2019, E. 2015/3204, K. 2019/2875; Dş. 9. D., T. 09.10.2018, E. 2016/5401, K. 2018/6084; Dş. VDDK., T. 22.10.2014, E. 2014/584, K. 2014/861; Dş. 7. D., T. 02.11.2017, E. 2016/2520, K. 2017/5909; İstanbul BİM. 6. VDD., T. 28.02.2019, E. 2018/3130, K. 2019/488, Kararlar için bkz. **Balcı**, s. 239-240. Krş. **Baysal**, Eda: “Vergi Hukuku Yönünden Amme Alacağının Korunmasına Dair Güvence Önlemlerinden Olan ‘Teminat İsteme’ Uygulamasında ‘Yetki’ ve ‘Neden’ Unsurlarının Tahlili”, Legal Mali Hukuk Dergisi, Y. 2009, S. 54, Haziran 2009, s. 1165-1175, 1166; **Kuzucu Yapar**, s. 91.

⁵⁵ “teminat istenmesini gerektiren durumlarda ihtiyati tahakkuk ve ihtiyati haciz kararının vergi inceleme raporu tamamlandıktan sonra yapılamayacağı veya teminatın sadece inceleme aşamasında istenebileceği gibi kabullerin; yukarıda yer alan 6183 sayılı Kanun’un ilgili hükümleri ile vergi incelemesi, tarh, tebliğ ve tahakkuka ilişkin VUK hükümleri çerçevesinde hukuka uyarlığının bulunmadığı, 6183 sayılı Kanun’un 9.maddesinde sayılan hallerin varlığı halinde vergi inceleme safhasından başlanarak cebren tahsil aşamasına kadar teminat istenmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. 6183 sayılı Kanun’un 9.maddesinde yer alan “amme alacağının alınması için gerekli muamelelere başlanmış olduğu takdirde...” başlangıç anını tayine yönelik olup teminat istemek için alacağın tarh edilmiş olması şart olmadığı gibi tebliğ ve tahakkuk ettirilmiş olması da şart değildir. Başlangıç aşamasında öngörülen teminat istemenin tarh, tebliğ ve tahakkuktan sonra yapılamayacağını kabul mükelleflerin lehine olan bir durumun yok edilmesi anlamına gelmektedir. Zira, idarenin takdir hakkını teminat istemeden yana kullanması, ihtiyati hacize göre borçluların menfaatine daha uygundur. Herhangi bir sebeple inceleme safhasında teminatın istenmemiş olmasının; incelemenin bitmesi ile tarha kadarki süre içerisinde veya alacağın itirazlı olduğu bir devrede veya daha sonraki aşamalarda (ödeme emri ve kesin haciz aşamasına kadar) teminat istenmesine mâni değildir. Aynı durum, Kanununun 13.maddesi uyarınca yapılan ihtiyati haciz ile Kanununun 17 ve 18.maddeleri uyarınca yapılan ihtiyati tahakkuk ve buna bağlı haciz uygulamaları içinde geçerlidir. İhtiyati haciz veya ihtiyati tahakkuk araçlarının kamu alacağının korunması için sadece vergi incelemesi aşamasında kullanılabilmesine ilişkin görüşlerde aynı kusurlar taşmaktadır. Bu çerçevede, teminat istenilmediği durumlarda da ortada Kanununun 9.maddesinde sayılan sebepler varsa hiçbir müddetle mukayyet olmaksızın gerek tarh öncesi gerekse tarh sonrası aşamalarda (teminat gösterilme yükümlüğünün doğduğu andan ödeme emrinin kesinleştiği ve 6183 sayılı Kanun’un 62.maddesi uyarınca haciz işlemi yapılması gereken süreye kadar ihtiyati haciz uygulanabileceği gibi aynı sebeplerin varlığı halinde gerek tarh öncesi gerekse tarh sonrası aşamalarda (alacağın kesinleşmesi anına kadar) her zaman ihtiyati tahakkuk yoluna başvurulabilecektir.”, Dş. 4. D., T. 06/04/2016, E. 2015/7735, K. 2016/1492. Aynı yönde Dş. 4. D., T. 12.04.2018, E. 2014/5614, K. 2018/3613. Karar için bkz. **Balcı**, s. 240-242.

- 6183 sayılı Kanun'un 9.maddesinde yer alan "amme alacağının alınması için gerekli muamelelere başlanmış olduğu" ifadesinin başlangıç anını tayine yönelik olduğu, teminat istemek için alacağın tarh edilmiş olmasının gerekmediği,
- aksi yöndeki kabullerin mükelleflerin lehine olan bir durumun yok edilmesi anlamına geleceği,
- teminatın istenmemiş olmasının; incelemeden sonraki aşamalarda (ödeme emri ve kesin haciz aşamasına kadar) teminat istenmesine engel oluşturmadığı,
- teminat istenmesinin süreye bağlı olmadığı

gerekçelerine dayanılmaktadır. Söz konusu gerekçelerin kabulü mümkün değildir.

İlk olarak, güvence önlemleri temel hakların özüne müdahale niteliğinde olduğundan dar yorumlanmalı ve "kamu yarar" sebepli sınırlamalar ancak "kamu alacağının tahsilinin tehlikeye düşmesi" ile 6183 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesindeki hüküm esas alınarak yapılmalıdır. Bu anlamda süre ve aşama olarak sınırsız bir güvence önleminden bahsedilebilmesi mümkün değildir.

İkinci olarak, kanun hükümlerinde düzenlemeyen, boşluk bırakılan konuların idareye serbesti ve hatta takdir yetkisi tanyacağı şeklindeki bir görüşünde kabulü mümkün değildir. Zira, idarenin kanuniliğinin esas olduğu ve anayasal sınırların çizildiği bir yerde düzenlenmeyen konularda idarenin yetkisizliği esas alınmalıdır. Aksi bir irade kanun koyucu tarafından düzenleme boşluğu bırakılan bir alanda idarenin yetkisizliği yönünde yorumlanmalıdır. Yoksa görev ve yetkisini kanundan alan idareye verilmeyen bir yetkinin yargı eliyle sağlanması söz konusu olur ki hukuk devletinde kabulü mümkün değildir.

Üçüncü olarak, güvence önlemlerinin düzenlenme şekli itibariyle kanun koyucunun mükellef lehine düzenleme tanzim etmediği bir yerde yargı eliyle seçenekler arasında idare yerine geçerek görüş oluşturmak da mümkün değildir. Zira güvence önlemlerinin ihdası sırasında mükellefin lehine olacak şekilde bir tercihte bulunulmamış, idareye sınırları belirlenmiş bir yetki tanınmıştır. Bu nedenle mükellefin lehine bir yorum yapıldığından bahisle idare yargı eliyle yetki tanımlanması da kabul edilemez.

Belirtilen nedenlerle, vergi incelemesi sona erdikten sonra teminat istenmesinin kanun koyucunun iradesine aykırı olduğu, bu aşamada diğer güvence yöntemlerine başvurmayı mümkün kılacak düzenlemeler ihdas edildiği, güvence önlemlerinin başlangıcının belli olduğu ve fakat sonunun

belli olmadığı bir yetki kullanımının işin niteliğine uygun olmayacağı düşünülerek değerlendirme yapılması ve incelemenin sona ermesi ile sınırlan(dırıl)ması gerekmektedir. Hatta vergi incelemesi sırasında teminat istenmesi ile ilgili idare ve yargı uygulamasının belirsizlikleri dikkate alındığında teminat müessesesinin bütünüyle gözden geçirilerek tereddütleri giderici nitelikte bir düzenleme yapılması gerekmektedir.

SONUÇ

Kamu alacaklarının kamu harcamalarının finansmanı açısından taşıdığı önem başta olmak üzere, sosyal ve ekonomik gerekçeler(i) de dikkate alınarak hazineye süratle ve güvenle aktarılması büyük önem taşımaktadır. Bu konuda usul kanunlarının tahakkuk ve tahsil aşamalarına ilişkin ihdas ettiği düzenlemeler vergilendirme (tarh, tebliğ ve tahakkuk) ile tahsil aşamalarına yönelik olmakta ve vergilendirme sürecine yönelik sıranın izlenmesi sonrası kamu alacağının hazineye intikali gerçekleştirilebilmektedir. Belirtilen sürecin ilk aşamalarında ve hatta hazırlık işlemleri sırasında kamu alacağının tahakkuk ve tahsiline yönelik hukuka aykırılık emareleriyle karşılaşılması durumunda alacağın tahakkuk etmesi beklenmeksizin güvence altına alınması gerekmekte olup buna yönelik güvence önlemleri ihdas edilmiştir. Bu sayede belirtilen aşamaların başında ihlâl ile ilişkin emareler sürecin sonunda alacağın tahsilini tehlikeye düşürecekse güvence altına alınması sağlanmaktadır.

Kamu alacaklarının belirtilen şekilde güvence altına sağlamaya yönelik tedbirlerden ilki 6183 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesiyle hüküm altına alınmış olup "Teminat" müessesesi olarak adıyla paralel bir şekilde kamu alacağını güvence altına almaya yönelik usul ve esasları düzenlemiştir. Söz konusu düzenleme, içeriğindeki "*vergi ziyat*" hukukî sebebine yönelik düzenlemesi ile alacağın güvence altına alınmasına hizmet ederken aynı zamanda ihtiyatî haciz gibi diğer güvence önlemlerine hukukî ve maddî dayanak oluşturması yönünden büyük önem taşımaktadır. İdare ve yargı uygulamasında, özellikle tüzel kişilerin kanunî temsilcileri ve ortaklarını da içine alacak şekilde yorumlanan söz konusu düzenlemeler temel haklara ölçsüz ve doğrudan müdahalede bulunulmakta, tahsil amacını aşan ölçsüz uygulamalar kendini göstermektedir. Vergi incelemesi sona erdikten, tarh ve tebliğ aşamaları gerçekleştikten sonra teminat uygulaması da belirtilen ölçsüz uygulamaların en önemli örneğini oluşturmaktadır.

6183 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesindeki düzenleme, lafzı itibarıyla vergi inceleme başladıktan vergi incelemesi sona erinceye kadar uygulanabilmesi mümkün olan ve buna ilişkin düzenlemeleriyle kanun koyucunun amacına hizmet eder nitelik taşımaktadır. Ancak zaman içinde geçirdiği

yasal değişiklik ve oluşan yeni durumun ortaya çıkardığı sonuçlar, gerekli ve mümkün olmamasına karşılık, hukukî sebebin mükellef aleyhine yorumlanmasına hizmet etmekte, menfaat dengesine aykırı, ölçüsüz bir güvence önlemi ile temel haklara doğrudan müdahale edilmesine yönelik bir uygulamanın gelişmesi sağlanmış ve günümüze gelmiştir. Elverişsizlik ve orantısızlığın tamda bu uygulamada ortaya koyduğu sonuçlara yönelik tartışmalar yerleşik bir yargı uygulamasını sağlayamamışken bu kez de vergi incelemesi sona erdikten sonra teminat istenmesi yoluna gidilmesi ile yeni bir hukuka aykırılıklar dizini kendini göstermiş ve göstermeye devam etmektedir.

Yaşanan hukukî sorunların temelinde, idarenin kamu gücünü öne çıkaran uygulamasına yargının mevzuatı geniş ve hukuka aykırı yorumla zemin hazırlaması yatmaktadır. Temel haklara (ve özüne) müdahale niteliğindeki tüm hukukî düzenlemelerin dar yorumlanması esası ile mali hukuka egemen olan kanunilik ilkesinin, niteliğine uygun düştüğü oranda, usul kanunlarında uygulama alanı bulması gerekliliği dikkate alınarak yorum yapılması gerekmektedir. Söz konusu anlayışın yanında, kanun koyucunun düzenlediği konulara yönelik belirtilen şekilde yorum yöntemlerin uygulanması dışında kanun koyucunun düzenlemediği konularda yorum faaliyetinde daha özenli davranılması, hukukî ve maddî sonuçları gözetilerek yorum yapılması esası benimsenmelidir. Yapılacak yorum, hukukî düzenleme bulunmayan konularda, anayasal bir ilke olan “*idarenin kanuniliği*” ilkesine aykırılık oluşturmayacak şekilde olmalı ve yetkisizliğin olduğu bir yerde yargısal yorum eliyle düzenleme ihdasından kaçınılmalıdır. Vergi incelemesi sona erdikten sonra teminat istenmesi ve buna bağlı uygulamaların yapılabileceğine ilişkin düzenlemenin olmadığı açıkça görülmekte iken düzenleme olmayan bir alanın idarenin yetkilerinin varlığı lehine yorumlanması kabul edilebilir nitelik taşımamaktadır. Aksi durum, düzenleme olmayan her konuda idareyi yargı eliyle yetkilendirmek olur ki, hukuk devleti ilkesine açıkça aykırılık teşkil etmekte, “*idarenin kanuniliği*” ilkesinin içini boşaltmaktadır. Bu nedenle, belirtilen idarî ve yargısal pratik dikkate alınarak tereddüde ve belirtilen türde yoruma mahal bırakmayacak açıklıkta teminat müessesesine yönelik tüm tereddütleri giderecek düzenleme yapılmasının, yaşanan sorunların zamansal geçmişi dikkate alındığında elzem olduğu düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

- Ağar**, Serkan: “Vergi Yargısında Davaya Konu İcrai İşlem-I”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 67, Y.2006, s. 285-316, (İcrai İşlem).
- Ağar**, Serkan: Vergi Tahsilâtından Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2009, (Uyuşmazlıklar).
- Akmansu**, Mehmet: Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Şerhi ve İzahları, Ankara 1954.
- Aktaş**, Sururi: “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt Haziran 2010, Cilt 14, Sayı 1-2, s. 1-28.
- Artun**, Emine Sevcan: Vergi Hukukunda Ölçülülük İlkesi, (Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2021.
- Atalay**, Oğuz: Emare İspatı, Manisa Barosu Dergisi, Sayı 70, 1999, s. 7-22.
- Bahçeci**, Barış: Kamu Alacağını Takip Hukuku, Seçkim Yayıncılık, Ankara 2019.
- Balcı**, Mustafa: Güncel Yargı Kararları Işığında (6183 sayılı Kanun Kapsamında) Teminat İsteme ve İhtiyatî Haciz Uygulamalarında Yaşanan Hukukî Sorunlar ve Çözüm Önerileri, (On İki Levha Yayıncılık), İstanbul 2020.
- Başözen**, Ahmet: “Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde “Yaklaşık İspat” ve “İhtimal” Kavramı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015), s. 653-694.
- Batı**, Murat: “6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un İşlevsiz Hükümleri”, Vergi Sorunlar Dergisi, S. 369, Haziran 2019, (www. vergisorunlari.com.tr), (Erişim Tarihi: 11.02.2022).
- Baydere**, Cihan: Türk Vergi Hukukunda İhtiyati Tahakkuk ve İhtiyati Haczin Yargısal Denetimi, (On İki Levha Yayıncılık), İstanbul 2019.
- Bayraklı**, Hasan Hüseyin: Vergi İcra Hukuku, Afyonkarahisar 2011.
- Baysal**, Eda: “Vergi Hukuku Yönünden Amme Alacağının Korunmasına Dair Güvence Önlemlerinden Olan ‘Teminat İsteme’ Uygulamasında ‘Yetki’ ve ‘Neden’ Unsurlarının Tahlili”, Legal Mali Hukuk Dergisi, Y. 2009, S. 54, Haziran 2009, s. 1165-1175.
- Boy**, Kadir: 100 Soruda Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, (Vergi Dünyası Ücretsiz Eki), İstanbul 2000.

- Canbazoğlu, Kerem:** “Vergilendirme ve Vergi Alacağının Cebren Tahsili Süreçlerinde Tesis Edilen İşlemlerin Ayrılabilir İşlem Teorisi Çerçevesinde Yargısal Denetimi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 89, Y. 2010, s. 154-195.
- Candan, Turgut:** Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Coşkun Karadağ, Neslihan:** “Vergi Alacağının Güvence Altına Alınmasında Teminat, İhtiyati Haciz ve İhtiyati Tahakkuka İlişkin Özellikli Durumlar”, Maliye Dergisi, S. 162, Ocak-Haziran 2012, s. 238-255.
- Çaptuğ, Mehpare/Avcıoğlu Aksoy, Ezgi:** “İdari İşlem Teorisi Açısından Kamu İcra Hukuku İşlemlerinde Yetki ve Şekil Unsuru”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 2893-2953.
- Çelik, Binnur:** Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Demirbaş Aksüt, Burcu:** “Kamu İcra Hukuku’nda Menfaat Dengesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C. 16, Özel Sayı, İzmir 2014 (Basım Yılı 2015), C. III, s. 4671-4735.
- Doğrusöz, Bumin:** “Vergi İdaresinin Teminat İstemi”, (www.dunya.com), (E.T. 16.04.2022).
- Erkut, Celâl:** İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, (Danıştay Matbaası), Ankara 1990.
- Ertürk, Yasin:** Türkiye’de Kamu Alacaklarının Korunması Tedbirleri, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2014.
- Gerçek, Adnan:** Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, 4. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2015.
- Gündüz, Zeki:** “Her İnceleme Raporu İçin Teminat İstenebilir mi?”, (www.dunya.com), (E.T. 16.04.2022).
- Kağıtçıoğlu, Mutlu:** “İdarenin Ekonomik Kolluk Faaliyetinin Bir Görünümü: Sermaye Piyasası Kanununda İdari Tedbirler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2016 Cilt: 22 Sayı: 3, Özel Sayı Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan Cilt III, s. 3323-3351.

- Kahraman, Mehmet/Balkan, Ali:** “Kamu Denetçiliği Kurumu Kararlarında Denetim Ölçütü Olarak Kullanılan İyi Yönetim İlkeleri”, Ombudsman Akademi, Yıl: 6, S: 12, s. 71-101.
- Kaneti, Selim/Ekmekçi, Esra/Güneş, Gilsen/Kaşıkcı, Mahmut:** Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.
- Karakoç, Yusuf:** Kamu Alacaklarının Tahsili Aşamasında Ortaya Çıkan ve Vergi Yargısında Çözömlenen Uyuşmazlıklar, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, (Uyuşmazlıklar).
- Karakoç, Yusuf:** Kamu İcra Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, (Kamu İcra Hukuku).
- Karakul, Selman:** “Hukuki ve İdari Denetim Ölçütü Olarak İyi Yönetim İlkeleri”, Ombudsman Akademi, Yıl: 2, S: 3, s. 61-105.
- Kaşıkcı, Mahmut:** Vergi Hukukunda Arama Koruma Önlemi (Vergisel Arama), Ethemler Yayıncılık, İstanbul 2007.
- Keskin, Ömer:** “6183 sayılı Kanun’un 9’uncu Maddesinde Düzenlenen Teminat Müessesesinin Bazı Açılardan İncelenmesi”, Vergi Dünyası, S. 409, Eylül 2015, s. 21-29, s. 24.
- Kılıç, Lokman:** Amme Alacaklarının Tahsilinde Teminat, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011.
- Kırca, Çiğdem,** “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Uygun Sınırlama”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2001, Cilt 50, S. 1, s. 91-119.
- Kızılot, Şükrü,** “Vergi İncelemesi Sırasında Teminat İstenmediği Durumlarda Sonradan Teminat İsteme ve İhtiyati Haciz Yoluna Gidilemeyeceği” (www.yaklasim.com.tr), (E.T. 01.04.2022).
- Kızılot, Şükrü/Şenyüz, Doğan/Taş, Metin/Dönmez, Recai,** Vergi Hukuku, 3. Baskı, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2008.
- Koçak, Muhsin:** Vergi-İcra Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2018.
- Kuzucu Yapar, Burcu:** Türk Hukukunda Kamu Alacaklarını Güvence Altına Alan Önlemler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Mutluer, M. Kâmil/Dayanç Kuzeyli, N. Nilay:** Vergi Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Netek, Okan:** “Amme Alacağının Korunmasında Bir Yöntem: Teminat İsteme”, Mükellefin Dergisi, Ağustos 2012, S. 104, (www.lebibyalkin.com.tr), (Erişim Tarihi: 30.03.2022).

- Odyakmaz, Zehra:** “Kamu Denetçiliği (Ombudsmanlık) Kurumunun Tanıtılması ve 6328 Sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Bazı Maddelerinin Değerlendirilmesi”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 4, S: 14, Temmuz 2013, s. 1-83.
- Onar, Sıddık Sami;** İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. I, II, III, 3. Bası, İstanbul 1966.
- Ozansoy, Ahmet:** “Teminat ve İhtiyati Hacizde “İle”nin Hayati Önemi”, Yaklaşım, Haziran 2007, S. 174, (www.yaklasim.com.tr), (E.T. 01.03.2022).
- Özdemir, Muharrem/Güzel, Ahmet:** Amme Alacakları Tahsil Usul ve Esasları, Nobel Kitabevi, Adana 2007.
- Özbalcı, Yılmaz:** Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Yorum ve Açıklamaları, Oluş Yayıncılık, Ankara 2004.
- Özhan, Tefrik:** 6183 Sayılı Yasa Kapsamında Amme Alacaklarının Güvence Altına Alınması, (Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010.
- Öztürk, Nadir,** “Teminat İsteme” Vergi İnceleme Elemanlarının İz’ansız Kılıcı mı”, Yaklaşım, Haziran 2007, S. 174, (www.yaklasim.com.tr), (E.T. 01.03.2022).
- Öztürk, Nadir:** “Teminat İsteme” Vergi İnceleme Elemanlarının İz’ansız Kılıcı mı?”, Yaklaşım, Haziran 2007, S. 174, (www.yaklasim.com.tr), (E.T. 01.03.2022).
- Pınar, Burak:** “Vergi İdaresinin Tutum ve Davranışlarının Ombudsman Yoluyla Denetlenmesi”, 2. Uluslararası Adli Bilimler ve Hukuk Kongresi, 21-22 Mayıs 2022.
- Pınar, Burak:** “Vergi Sorunlarının Çözüm Yolu Olarak Kamu Denetçiliği”, Hukukta Anlaşmazlık Çözüm Yolları Uluslararası Sempozyumu, 29-30 Nisan 2021.
- Sağır, Ali:** Türk Vergi Hukukunda Kamu Alacaklarının Korunması, (Yüksek Lisans Tezi), Celal Bayar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Manisa 2011.
- Selçuk, Mehmet Serhat:** “Vergi Davasının Konusu ve Dava Açma Hakkının Doğması”, İzmir Dayanışma, S.2 (121), Mayıs 2020, s. 93-98.
- Semiz, İmran:** Vergi İcra Hukukunda Teminat, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2014, s. 13.

- Sezginer**, Murat: İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.
- Soner**, Gül: Türk Vergi Hukukunda Teminat Uygulaması, (Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2012.
- Şeker**, Sakıp: “Vergi İncelemelerine Dayanan İhtiyati Haciz Uygulamalarının Mükellef hakları Yönünden Değerlendirilmesi”, Legal Mali Hukuk Dergisi, Sayı: 37, Ocak 2008, s. 159-162.
- Şentürk**, Akın Gencer: “Amme Alacaklarının Korunması Yöntemlerinden “Teminat İsteme” Uygulamasının İhtiyati Tahakkuk-İhtiyati Haciz Müesseseleri İle Bağlantısının Ortaya Konulması ve Bir İdari İşlem Olarak Vergi Hukuku Yönünden İrdelenmesi (II)”, (www.lebibyalkin.com.tr), (E.T. 01.03.2022).
- Şimşek**, Edip: Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Kanun Şerhi, 2. Baskı, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1996.
- Tancı**, Muhittin/**Arıkan**, Vural/**Yalçın**, Polat: İzahlı İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Ankara 1970.
- Tanrıkulu**, Abdurrahim: “Kamu Alacaklarında Teminat Kurumu”, Vergi Sorunları Dergisi, S.12, Ocak-Mart 1984, (www.vergisorunlari.com.tr), (Erişim Tarihi:11.02.2022).
- Taylar**, Yıldırım: “Kamu Alacakları İçin Güvence Önlemi Olarak Teminat ve Teminat-İhtiyati Haciz İlişkisinden Kaynaklanan Sorunlar”, Mali Pusula, Sayı: 48, Aralık 2008, s. 68-87.
- Üstün**, Ümit Süleyman: “Kamu Alacaklarının Korunması Bakımından Teminat Kurumu”, Vergi Sorunları, Kasım 2003, S. 182, s. 146-156.
- Üstün**, Ümit Süleyman: Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2007, (Takdir Yetkisi).
- Yeniçeri**, Harun: Türk ve Sisteminde Vergi Güvenlik Önlemleri, (Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2005.
- Yerlikaya**, Gökhan Kürşat: Açıklamalı ve İçtihatlı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Şerhi, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2012.
- Yılmaz**, Kâzım: Kamu (Amme) Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Yasa, Ce-Ka Yayınları, Ankara 2006.
- Yiğit**, Yusuf: Kamu Alacaklarının Korunması, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2005.

MİRAS PAYININ DEVRİNE YÖNELİK SÖZLEŞMELERİN KONU UNSURU BAKIMINDAN İNCELENMESİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1182513>

Dr. Öğr. Üyesi Murat SARIKAYA*

Öz

Bu çalışmada, TMK m. 677-678 hükümleri çerçevesinde miras payının devrine yönelik sözleşmeler konu unsur bakımından incelenmektedir. TMK m. 677 hükmünde, mirasın açılmasından sonra miras payının devrine ilişkin sözleşmeler devralanın başka bir mirasçı olup olmadığına göre farklı düzenlenmiş; TMK m. 678 hükmünde ise mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerde bu tarz bir ayırım gözetilmemiştir. Çalışmanın amacı, kanun koyucunun miras payının devrine yönelik sözleşmeleri düzenlerken gözettiği ayrımlar çerçevesinde bu sözleşmelerin konusunu ve konuyla bağlantılı hükümlerini aydınlatmaktır. Ayrıca mirasçılar arasında miras payının devrine ilişkin TMK m. 677/I hükmünde terekenin bir kısmı üzerinde sözleşme yapılabileceğinin kabul edilmesi ele alınmakta ve bu yaklaşımın TMK m. 677/II hükmü bağlamında üçüncü kişiye yapılan miras payı devirlerine de genişletilip genişletilemeyeceği tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Miras Payının Devri, Konu, Tereke, Mirasçı, Üçüncü Kişi

* Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İstanbul (sarikaya@tau.edu.tr) ORCID: 0000-0002-6787-0460 (Geliş Tarihi: 05.04.2022-Kabul Tarihi: 30.05.2022) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**EXAMINATION OF THE CONTRACTS REGARDING
THE TRANSFER OF SHARES OF THE ESTATE IN TERMS OF
THE RELEVANT SUBJECT**

(Research Article)

Abstract

In this study, the contracts regarding the transfer of shares of the estate are examined in terms of the relevant subject within the framework of Art. 677-678 TCC. Whereas in Art. 677 TCC contracts regarding the transfer of shares of the estate concluded after the commencement of the succession are regulated differently depending on whether the transferee is another heir, in Art. 678 TCC such a distinction isn't foreseen for the contracts which are concluded before the commencement of the succession. The aim of the study is to shed light onto the subject relevant provisions of these contracts within the framework of the distinctions observed by the legislator in the regulation thereof. In addition, the approach accepted by the legislator in Art. 677/I TCC which allows that the contracts between the heirs can be made on a part of the estate is examined and it is discussed whether the same approach can be extended to the transfer of shares of the estate to third parties.

Keywords

Transfer of Shares of the Estate, Subject, Estate, Heir, Third Party

GİRİŞ

Türk Medenî Kanunu'nun miras hukuku kitabında miras payının devrine yönelik sözleşmeler "Paylaşmanın Tamamlanması ve Sonucu" başlığı altında düzenlenmektedir. Bu bağlamda, TMK m. 677 hükmü mirasın açılmasından sonra mirasçılarının miras payı üzerinde yaptıkları sözleşmelere, TMK m. 678 hükmü ise mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelere ilişkindir. Çalışmada bu sözleşmeler esas itibarıyla konu unsuru yönünden incelenmekte olup, konunun açıklığa kavuşturulması bakımından gerekli olduğu ölçüde sözleşmelerin hüküm ve sonuçlarına da yer verilmektedir. Yine çalışmanın amacı, inceleme konusuna ilişkin kabul gören güncel yaklaşımları aktarmak ve değerlendirmek olduğundan, bu sözleşmelerin hukuk doktrininde gelişimi içerisinde yaşanan tartışmalar zorunlu olduğu ölçüde kapsama dâhil edilmiştir. İçeriğin sınırlandırılabilmesi adına, miras payının rehni ve haczi gibi meseleler incelemeye dâhil edilmemiştir. Terekeye dâhil bir malvarlığı değerini mirasçılardan birinin borçlar hukuku sözleşmesiyle devretmeyi taahhüt ettiği işlemler ise miras hukuku yönünden özellik arz etmediğinden¹ yine incelemenin kapsamı dışında tutulmuştur. Çalışmada öncelikle miras payının devrine yönelik sözleşmelerin genel anlamda konusu irdelenmekte, akabinde mirasın açılmasından sonra miras payının devri ile mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmeler ayrı ayrı incelenmektedir.

I. MİRAS PAYININ DEVRİNE YÖNELİK SÖZLEŞMELERİN GENEL ANLAMDA KONUSU

Miras payının devrine yönelik sözleşmeler bakımından öncelikle TMK m. 677-678 hükümleri çerçevesinde devre konu olan hakkın niteliği bakımından iki durumun birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir. TMK m. 677 hükmünde, mirasın açılması ile paylaşılması arasında yapılan sözleşmeler düzenlenmekte ve gerçek anlamda "miras payı" devrinin söz konusu olduğu durum burada karşımıza çıkmaktadır. TMK m. 678 hükmü ise mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmeleri düzenlemekte ve bu aşamada henüz miras payından bahsedilemeyeceği için kendine özgü bir nitelik göstermektedir. Dolayısıyla bu iki farklı durum bakımından devir konusu hakkın ne olduğu açıklığa kavuşturulmalıdır.

¹ **Tuor**, Peter/**Picenoni**, Vito: Schweizerisches Zivilgesetzbuch: Das Erbrecht, 2. Abteilung, Der Erbgang, Artikel 537-640 ZGB, 2. Auflage, Verlag Stämpfli & Cie, Bern 1964, Art. 635 N. 4, 5; **Özakman**, Cumhuriyet: Miras Payının Devrine İlişkin Sözleşmeler, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1984, s. 27.

A. Mirasın Açılması ile Paylaşılması Arasında Yapılan Sözleşmeler

Bilindiği üzere, miras bırakanın ölümüyle birlikte mirasçılar arasında terekedeki hak ve borçları kapsayan bir miras ortaklığı doğmaktadır (TMK m. 640/I). Miras ortaklığı, tüzel kişiliği olmayan ve miras bırakanın ölümüyle (mirasın açılmasıyla) birlikte kanun gereği (kendiliğinden) doğan bir ortaklıktır. Bu ortaklık içerisinde mirasçılar, terekeye dâhil tüm malvarlığı değerleri üzerinde elbirliğiyle (iştirak hâlinde) hak sahibi olurlar ve bu haklar üzerinde ancak birlikte tasarruf edebilirler (TMK m. 640/II); böylece her bir mirasçı adına terekenin diğer mirasçılara karşı korunması sağlanmış olur².

Nitekim TMK m. 701/I hükmüne göre, kanun veya kanunda öngörülen belirli sözleşmeler uyarınca, ortaklığa giren mallar üzerinde ortakların elbirliğiyle malik olmasını sağlayan topluluklar oluşabilir. Bu bağlamda miras ortaklığı, mirasçıların tereke üzerinde elbirliğiyle hak sahibi olmasını sağlayan kanunen öngörülmüş bir topluluktur. Dolayısıyla miras ortaklığında mirasçıların elbirliğiyle hak sahibi oldukları tereke üzerinde tek başlarına tasarruf edebilecekleri belirlenmiş paylar bulunmamaktadır (*Karş.* TMK m. 701/II). Buna karşın, her mirasçı, kanunen veya ölüme bağlı tasarrufla belirlenen bir miras payına sahiptir. Miras payı, mirasçının elbirliği ortaklığı niteliğindeki miras ortaklığına dâhil olmasını sağlamakta ve ayrıca mirasın paylaşılması neticesinde mirasçıya terekeden özgülenecek olan henüz somutlaşmamış bir payı ifade etmektedir. Eşya üzerinde elbirliği mülkiyetini doğuran elbirliği ortaklığında, prensip olarak, bu ortaklığa dâhil olmayı ve dolayısıyla elbirliğiyle malik olma konumunu ifade eden pay üzerinde tasarrufta bulunulamaz³ (*Karş.* TMK m. 702/III). Ancak TMK m. 677 hükmünde, kanunen öngörülmüş bir elbirliği ortaklığı olarak miras ortaklığı bakımından farklı bir kural getirilmiştir. Zira TMK m. 677 hükmü, mirasın paylaşılmasından önce miras payının devrini gerek mirasçılar arasında gerekse de mirasçı ile üçüncü bir kişi arasında mümkün görmektedir. Bu bakımdan, mezkûr hükmün mirasçılar arasındaki elbirliği ortaklığı prensibine istisna getirildiği kabul edilmektedir⁴.

² **Tuor**, Peter/**Schnyder**, Bernhard/**Schmid**, Jörg/**Jungo**, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Schulthess, Zürich-Basel-Genf 2015, s. 992, 993.

³ Ayrıca bkz.: **Ayiter**, Nuşin: Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet), Yeni Desen Matbaası, Ankara 1961, s. 111 vd.

⁴ **Escher**, Arnold: Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640), 3. Auflage, Schulthess, Zürich 1960, Art. 635 N. 7; **Schaufelberger**, Peter C./**Keller Lüscher**, Katrin: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. Auflage, Hrsg. Thomas

Miras ortaklığı bakımından elbirliği ortaklığına ilişkin prensipten ayrılarak miras payının devredilebileceğinin kabul edilmesi, kanun koyucunun pratik ihtiyaçları dikkate almasına dayanmaktadır. Zira bir mirasçının kendi payından tek başına yararlanamamasının, büyük bir mirası iktisap etmiş olmasına rağmen yoksulluk içinde yaşamasına sebep olabileceği ifade edilmektedir⁵. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki mirasçının miras payını ivazlı olarak devretmesi zorunlu değildir, ivazsız devir de mümkündür⁶.

Elbirliği mülkiyetine vücut veren miras ortaklığında bir mirasçının terekedeki belirli bir mal üzerinde tek başına tasarrufta bulunması ise mümkün değildir⁷. Dolayısıyla miras payının devre konu olabilmesi de terekedeki belirli bir malvarlığı değeri üzerinde tasarrufta bulunulduğu anlamına gelmemektedir. Nitekim miras payı bizzat (devreden) mirasçı bakımından terekedeki bir malvarlığı değeri üzerinde müstakil bir hak ihtiva etmemekte, onu ancak miras ortaklığına ve mirasın paylaşılmasına katılma konularında yetkili kılmaktadır⁸.

B. Mirasın Açılmasından Önce Yapılan Sözleşmeler

Miras bırakanın ölümünden önce onun malvarlığının tereke hâlini alması ve miras ortaklığının oluşması söz konusu değildir. Hayatta olan bir kişinin ölümü hâlinde onun terekese üzerinde elbirliğiyle hak sahibi olacak müstakbel mirasçılardan bahsetmek mümkün olmakla birlikte, müstakbel mirasçı bu aşamada ancak beklenen bir hakka sahiptir. Henüz miras ortaklığı

Geiser, Stephan Wolf, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2019, Art. 635 N. 1, 11; **İmre, Zahit/Erman, Hasan**: Miras Hukuku, 15. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2021, s. 539; **Genç Arıdemir, Arzu**: Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Miras Payının Devri Sözleşmesi, On İki levha, İstanbul 2012, s. 19. Bu istisnanın, miras ortaklığının amacının tasfiyeye yönelik olması ve ortaklar arasında kişisel yakınlığın gerekmemesine dayandığı ifade edilmektedir; **Özakman**, s. 19.

⁵ Bkz.: **Escher**, Art. 635 N. 1; **Tuor/Schnyder/Jungo**, s. 993; **Eren**, Fikret: “Miras Açıldıktan Sonra Miras Hisselinin Devri Sözleşmesi”, Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta’ya Armağan, Sevinç Matbaası, Ankara 1974, s. 131; **Eren**, Fikret/**Yücer Aktürk**, İpek: Türk Miras Hukuku, 3. Baskı, Yetkin, Ankara 2020, s. 477.

⁶ Bkz.: **Escher**, Art. 635 N. 3; **Tuor/Schnyder/Jungo**, s. 993; **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 635 N. 2. Yine devrin sulh sözleşmesine dayanabileceği yönünde bkz.: **Wolf**, Stephan/**Genna**, Gian Sandro: Schweizerisches Privatrecht, IV/2, Erbrecht, 2. Teil, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2015, s. 381; **Bolatoğlu**, Bolat: Miras Açıldıktan Sonra Miras Hakkının Devri Sözleşmesi, Kazancı Hukuk Yayınları, 1984, s. 12.

⁷ **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 635 N. 1, 11.

⁸ BGE 99 II 21 (E. 3.d). Fakat TMK m. 677/I hükmünde, mirasçılar arasında terekenin bir kısmı üzerinde miras payının devri sözleşmesi yapılabileceği kabul edilmiştir. Bkz. aş. II. B. 1. b.

dâhilinde elbirliğiyle hak sahibi olunan bir tereke vücuda gelmemiştir; dolayısıyla kazanılmış bir miras hakkı bulunmadığı gibi, terekeden özgülenecek olan bir paydan da bahsedilemez⁹. Bu bakımdan, mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerin beklenen bir hakkın devrini konu edindikleri ifade edilmelidir¹⁰. Mirasın açılmasından sonra yapılan sözleşmelerde olduğu gibi, TMK m. 678 kapsamındaki devirlerin de ivazlı veya ivazsız yapılabileceğini belirtmek gerekir¹¹.

II. MİRASIN AÇILMASINDAN SONRA YAPILAN MİRAS PAYININ DEVRİNE İLİŞKİN SÖZLEŞMELER

A. Genel Çerçeve

Yukarıda belirtildiği gibi TMK m. 677 hükmü, miras payının devrini gerek mirasçılar arasında gerekse de mirasçı ile üçüncü bir kişi arasında mümkün görmektedir. Hükmün ilk fıkrasında mirasçılar arasında gerçekleşen devir, ikinci fıkrasında ise mirasçı ile üçüncü bir kişi arasında gerçekleşen devir düzenlenmiş bulunmaktadır.

Bu bağlamda, miras payının devrinden bahsedilebilmesi için öncelikle devreden bir birden çok mirasçıdan biri olması gerekir¹². Şayet tek mirasçı varsa o zaten terekedeki mal ve haklar üzerinde tek başına tasarrufta bulunabilir, elbirliği mülkiyeti oluşmayacağından paylaşma ve dolayısıyla da miras payı kavramları gündeme gelmez¹³. Birden çok mirasçı varsa devreden kanunî veya atanmış mirasçı olması mümkündür¹⁴. Buna karşın, vasiyet alacaklısı mirasçı olmadığından ve dolayısıyla miras payına sahip bu-

⁹ **Yıldırım**, Mustafa Fadıl: “Beklenen (Açılmamış Bir Terekedeki) Miras Hakkının Devri Sözleşmesi (I), Yargıtay Dergisi, C. XXI, S. 1-2, 1995, s. 116.

¹⁰ **Escher**, Art. 636 N. 2; **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 636 N. 3; **Göksu**, Tarkan: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, 3. Auflage, Hrsg. Peter Breitschmid, Alexandro Jungo, Schulthess, Zürich-Basel-Genf 2016, Art. 636 N. 2; **İmre/Erman**, s. 552, 554; **Özakman**, s. 107, 108; **Çabri**, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 640-682), C. III, On İki Levha, İstanbul 2020, m. 678 N. 840; **Yıldırım**, Beklenen Miras Hakkının Devri (I), s. 117.

¹¹ **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 636 N. 4; **Wolf/Genna**, s. 387; Yarg. 8. HD. T. 16.09.2008 E. 2008/2724 K. 2008/4116 (Legalbank).

¹² **İnan**, Ali Naim/**Ertaş**, Şeref/**Albaş**, Hakan: Miras Hukuku, 10. Bası, Seçkin, Ankara 2019, s. 603; **İmre/Erman**, s. 540.

¹³ **Dural**, Mustafa/**Öz**, Turgut: Miras Hukuku, 17. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, s. 389; **İmre/Erman**, s. 540. Tek mirasçının veya miras ortaklığındaki tüm mirasçıların mirasın devrine yönelik sözleşmeleri TBK m. 202 çerçevesinde yapabileceği yönünde bkz.: **Genç Arıdemir**, s. 109; **Escher**, Vorbem. zu Art. 635/636 N. 2.

¹⁴ Yedek mirasçı ve art mirasçının durumu hakkında bkz.: **Genç Arıdemir**, s. 124 vd.

lunmadığından TMK m. 677 anlamında bir devir yapamaz. O, ancak, alacağın devri hükümlerine göre (TBK m. 183 vd.) vasiyet alacağını bir başkasına devredebilir¹⁵.

TMK m. 677/I hükmü uyarınca mirasçılar arasında gerçekleşen miras payı devrinin yazılı şekilde yapılması gerekir (TMK m. 677/I). Özellikle dikkat çekilmesi gereken husus, terekede taşınmaz bulunsada dahi mirasçılar arasındaki devirde adi yazılı şeklin yeterli olduğudur¹⁶. Dolayısıyla burada, resmi şekil şartı arayan TMK m. 706/I hükmünün uygulanmasına yer yoktur¹⁷. Zira miras payının devrine ilişkin sözleşmenin konusu belirli bir eşya olmadığından, malvarlığı devrine yönelik sağlararası işlemler için genel olarak öngörülen şekil şartları aranmamaktadır¹⁸.

Mirasçı ile üçüncü bir kişi arasındaki devir sözleşmesinin geçerliliği ise -mirasçılar arasındaki devirden farklı olarak- TMK m. 677/II hükmünde resmi şekle bağlanmıştır. Dolayısıyla bu sözleşmenin noter tarafından düzenleme şeklinde yapılması gerekir¹⁹. Burada, noter tarafından düzenlenen devir sözleşmesi, miras payına isabet eden taşınmazların (paylaşmadan sonra) devri için de geçerli bir hukukî sebep oluşturmaktadır.

B. Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Sözleşmelerin Konusu

Yukarıda açıklanan genel çerçeve içerisinde mirasın açılmasından sonra yapılan devir sözleşmesinin, konu ve konuyla bağlantılı hükümler bakımından daha kapsamlı incelenmesi gerekmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki -yukarıda da kısaca ifade edildiği gibi- miras payının devri, terekedeki belirli mal veya hakların devredilmesi anlamına gelmemektedir²⁰. Zaten mirasçılardan herhangi birinin terekedeki malvarlığı değerleri üzerinde tek başına tasarruf etmesi mümkün değildir (TMK m. 640/II). Bu bakımdan,

¹⁵ **İmre/Erman**, s. 540; **Bolatoğlu**, s. 19.

¹⁶ **Tuor/Schnyder/Jungo**, s. 993; **Dural/Öz**, s. 385, 386; **Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkay: *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları*, 6. Baskı, Seçkin, Ankara 2019, s. 573; **Antalya**, Gökhan/**Sağlam**, İpek: *Miras Hukuku*, C. III, 4. Baskı, Seçkin, Ankara 2019, s. 502; Yarg. 8. HD. T. 16.01.2017 E. 2014/25453 K. 2017/257 (Legalbank).

¹⁷ **İmre/Erman**, s. 541.

¹⁸ BGE 101 II 222 (E. 6.e).

¹⁹ İsviçre hukukunda ise mirasçı ile üçüncü kişi arasındaki devre ilişkin ayrı bir şekil şartı öngörülmediğinden, bu hâlde de mirasçılar arasındaki devir gibi adi yazılı şeklin yeterli olacağı kabul edilmektedir. Bkz.: **Tuor/Schnyder/Jungo**, s. 993; **Göksu**, Art. 635 N. 4.

²⁰ **Wolf/Genna**, s. 381; **Tuor/Schnyder/Jungo**, s. 993; **Göksu**, Art. 635 N. 6; **İmre/Erman**, s. 541; **Özakman**, s. 26; BGE 118 II 514 (E. 4); BGE 100 Ib 121 (E. 4); BGE 99 II 21 (E. 3.d).

devrin konusu ya devredenin ortaklık içindeki miras hakkı ya da paylaşma neticesinde devreden mirasçıya özgülenecek malvarlığı değerleri olabilir²¹. Belirtilen bu iki ihtimal arasında önemli farklar vardır. İlk durumda, miras payını devreden miras ortaklığından çıkacak; ikinci durumda ise devreden miras ortaklığı içinde kalmaya devam edecek ve devralan ise devredene karşı ancak bir alacak hakkına sahip olacaktır²².

TMK m. 677 hükmü de ilk fıkrasında mirasçılar arasında gerçekleşen devri, ikinci fıkrasında ise mirasçı ile üçüncü bir kişi arasında gerçekleşen devri düzenlemiş bulunmaktadır. Hükmün bu yapısına uygun şekilde belirtilen iki durumu ayrı ayrı incelemek gerekmektedir.

1. Mirasçılar Arasında Miras Payının Devri

a. Temel Kapsamı

TMK m. 677/I çerçevesinde mirasçılardan birinin miras payını diğer bir veya birkaç mirasçıya devretmesi hâlinde, bu payı devralan da hâlihazırda miras ortaklığının ve dolayısıyla tereke üzerindeki elbirliği mülkiyetinin ortağı durumundadır²³. Dolayısıyla mirasçılar arasında gerçekleşen pay devrinde, bir mirasçının diğerlerinin rızası olmaksızın üçüncü bir kişiyi ortaklığa dâhil etmesi söz konusu değildir²⁴. Şu hâlde, devreden mirasçının ortaklığa dâhil olmasını sağlayan miras hakkının devir konusu olduğunun kabul edilmesinde bu yönden bir sakınca bulunmamaktadır²⁵.

Nitekim mirasçılar arasında gerçekleşen pay devrinde payını (tam olarak) devreden miras ortaklığından çıktığı, devralanın ise devraldığı pay kadar miras payını çoğalttığı bugün çoğunlukla kabul edilmektedir²⁶. Bu

²¹ Tuor/Picenoni, Art. 635 N. 13.

²² Tuor/Schnyder/Jungo, s. 993, 994.

²³ Wolf/Genna, s. 382.

²⁴ Piotet, Paul: Schweizerisches Privatrecht, IV/2, Erbrecht, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, Basel 1981, s. 678.

²⁵ BGE 102 Ib 321 (E. 4).

²⁶ Bkz.: Tuor/Schnyder/Jungo, s. 994; Wolf/Genna, s. 382, 383; Göksu, Art. 635 N. 7; Köprülü, Bülent: Miras Hukuku Dersleri, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1985, s. 419; Eren, s. 146; Eren/Yücer Aktürk, s. 492; Dural/Öz, s. 388; Serozan/Engin, s. 573; Ayan, Mehmet: Miras Hukuku, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 352, 353; Çabri, m. 677 N. 792; Topuz, Seçkin: "Miras Açıldıktan Sonra Miras Hissesindeki Devri Sözleşmesinin Konusu Şekli ve Etkisi", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, S. 2, 2008, s. 426. Gerek mirasçılar arasındaki devrin gerekse mirasçı ile üçüncü kişi arasındaki devrin taahhüt işlemi niteliğinde olduğu görüşünde bkz.: Kılıçoğlu, Ahmet M.: Miras Hukuku, 10. Bası, Turhan, Ankara 2019, s. 345. Doktrinde

sonuca özellikle TMK m. 677/II hükmünün zıt anlamı dikkate alınarak ulaşılmaktadır²⁷. Buna göre, mirasçılar arasında gerçekleşen devrin konusu, devredenın sübjektif miras hakkı olmakta²⁸ ve sözleşme bu hak üzerinde tasarrufi etki doğurmaktadır²⁹. Dolayısıyla miras payını devreden, artık, paylaşmayı isteyemez ve paylaşmaya katılamaz³⁰. Tereke üzerindeki elbirliğiyle hak sahipliği ilişkisi ortaklıkta kalan mirasçılar arasında devam eder. Bununla birlikte, devredenın miras payının tamamını devretmesi zorunlu değildir, payın belirli bir oranının devredilmesi de mümkündür³¹. Bu son hâlde tabiatıyla devreden de miras ortaklığında kalmaya devam edecektir³².

Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de miras payının devri neticesinde devralan mirasçının miras ortaklığındaki payının artacağını, devreden mirasçının payının ise buna mukabil azalacağını kabul etmiştir³³. Bu hâlde, miras payının artmış olması mirasın paylaşılmasında önemini gösterecek; paylaşma sonucu üzerinde daha fazla hak sahibi olunmasını sağlayacaktır³⁴.

Mirasçılar arasında gerçekleşen pay devrinin miras hakkı üzerindeki tasarrufi etkisi sebebiyle, aynı mirasçının payını birden çok kez devretmesi hâlinde ilk devre itibar edilmesi gerekir. Zira mirasçının hâlihazırda başka bir mirasçıya devretmiş olduğu hakkı tekrar devretmesi mümkün değildir.

ortaya konan farklı fikirler hakkında geniş bilgi için bkz.: **Özakman**, s. 52 vd.; **Genç Arıdemir**, s. 26 vd.

²⁷ **Köprülü**, s. 419; **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 635 N. 12.

²⁸ **Tuor/Schnyder/Jungo**, s. 994; **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 635 N. 11; **Göksu**, Art. 635 N. 6; BGE 118 II 514 (E. 4).

²⁹ **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 635 N. 12; **Göksu**, Art. 635 N. 7; **Serozan/Engin**, s. 573. Bununla birlikte, bazı hak ve yetkilerin devredende kalmasının kararlaştırılabileceği ifade edilmektedir; **Genç Arıdemir**, s. 44. Ayrıca miras payını devredenın beş yıl süreyle tereke borçlarından müteselsil sorumluluğunun devam edeceği TMK m. 681 hükmüne kıyasen kabul edilmektedir; **Wolf/Genna**, s. 383; **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 635 N. 13; **Dural/Öz**, s. 388; **Serozan/Engin**, s. 573; BGE 102 Ib 321 (E. 6). Mirasçılar arasında yapılan miras payı devrinin sübjektif kısmi paylaşma niteliğinde olduğu yönünde bkz.: **Tuor/Schnyder/Jungo**, s. 994 dn. 15; **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 635 N. 8, 12; **Wolf/Genna**, s. 383; ayrıca *karş. Escher*, Art. 635 N. 8. Buna karşın, devredenın müteselsil borçluluğunun TBK m. 202 (Art. 181 OR) hükmüne istinat etmesi gerektiği görüşünde bkz.: **Piotet**, s. 680.

³⁰ Miras payını devralanın tenkis talebinde bulunup bulunamayacağı tartışmalıdır. Bu konuda bkz.: **Genç Arıdemir**, s. 169-171.

³¹ **Göksu**, Art. 635 N. 6; **Dural/Öz**, s. 386; **Genç Arıdemir**, s. 45.

³² **Wolf/Genna**, s. 383.

³³ BGE 99 II 21 (E. 3.d).

³⁴ BGE 99 II 21 (E. 3.d).

Fakat miras payının belirli bir oranı devredilmişse daha sonra payın kalan kısmının başka bir mirasçıya devredilmesi imkân dâhilindedir³⁵.

Doktrinde özellikle *Tuor* tarafından savunulmuş olan farklı bir görüş ise külli intikalın kanunda açıkça öngörülen hâllerde kabul edilebileceğinden hareketle mirasçılar arasında yapılan devrin tasarrufi etkisini, kural olarak, reddetmiş; böyle bir etkinin, ancak, miras payının diğer tüm mirasçılara devredilmesi hâlinde mümkün olabileceğini ifade etmiştir³⁶.

Hâlbuki mirasçılar arasındaki pay devrine ilişkin TMK m. 677/I hükmünde, üçüncü kişiye pay devrine ilişkin TMK m. 677/II hükmünden farklı olarak sözleşmenin doğuracağı hüküm konusunda hiçbir açıklama yapılmamış; yalnız bu tür bir devrin mümkün olduğu ve hangi şekle tabi olduğu düzenlenmiştir. TMK m. 677/II hükmünde üçüncü kişiye yapılan pay devri bakımından sözleşmenin tasarrufi etkisinin açıkça dışlanması karşısında, TMK m. 677/I hükmünde mirasçıya yapılacak devir bakımından bu etkiye izin verildiği sonucu çıkarılmalıdır. Zira aksini öngörmek isteyen kanun koyucunun, hükmün tamamı bakımından tasarrufi etkiyi dışlayan bir düzenleme öngörmesi beklenirdi³⁷. Yine miras payı üzerinde sözleşmeyi düzenleyen TMK m. 677 hükmünün, kanunda “Paylaşmanın Tamamlanması ve Sonucu” başlıklı dördüncü ayırımında düzenlenmiş olması da sistematik yönden miras hakkı üzerinde tasarrufi etkiye izin verildiğini göstermektedir. Mirasçılar arasında gerçekleşen pay devrinin de ancak paylaşma sonucu üzerinde borçlandırıcı bir etki doğurabileceği kabul edilirse bu sözleşmenin mirasın paylaşılmasına ilişkin hükümler arasında düzenlenmesi anlamsız kalacaktır.

Bununla birlikte mirasçıların, sözleşmenin yalnız borçlandırıcı etki doğurmasını kararlaştırmalarının önünde de bir engel yoktur³⁸. Böyle bir hâlde devreden, miras ortaklığında kalmaya devam edecek; devralan mirasçı ise -TMK m. 677/II kapsamında üçüncü kişinin durumunda olduğu gibi- paylaşma sonucu üzerinde hak iddia edebilecektir³⁹. Doktrinde, sözleşmenin bu şekilde borçlandırıcı bir etki mi yoksa -yukarıda belirtildiği gibi- tasarrufi bir etki mi doğurduğunun yorum meselesi olduğu ifade edilmektedir⁴⁰.

³⁵ **Piotet**, s. 681; **Çabri**, m. 677 N. 816.

³⁶ Bkz.: **Tuor/Picenoni**, Art. 635 N. 17, 18.

³⁷ **Tuor/Picenoni**, Art. 635 N. 20.

³⁸ **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 635 N. 14; **Wolf/Genna**, s. 384; **Genç Arıdemir**, s. 39, 40.

³⁹ **Tuor/Schnyder/Jungo**, s. 994; **Wolf/Genna**, s. 384.

⁴⁰ **Tuor/Picenoni**, Art. 635 N. 20b; **Serozan/Engin**, s. 575; **Antalya/Sağlam**, s. 501; **Çilingiroğlu**, Cüneyt: “Miras Paylarının Devri”, İstanbul Barosu Dergisi, C. LXVII, S. 7-8-9, 1993, s. 568. Şüphe hâlinde sözleşmenin borçlandırıcı etkisinin kabul edilmesi

Belirtmek gerekir ki sözleşmenin yorumunda, tarafların gerçek ve ortak iradesinin farklı bir şekilde tezahür ettiği anlaşılmadıkça güven teorisinin işaret ettiği objektif anlam dikkate alınmalıdır⁴¹. Mirasçılar arasında gerçekleşen pay devrinde tarafların bu işlemde beklentisi genellikle nihai bir hukukî sonuca derhal ulaşmak yönünde olacaktır. Dolayısıyla sözleşmenin amacı doğrultusunda tarafların nazari iradesinin (güven teorisinin işaret ettiği anlamın) tasarrufi etki yönünde tespit edilmesi normal olan durumdur⁴².

Şu hâlde, mirasın açılmasından sonra mirasçılar arasında gerçekleşen miras payı devrinin konusu, tarafların sözleşmede yalnız paylaşma sonucu üzerinde borçlandırıcı etkiyi istedikleri anlaşılmadıkça, devredenın sübjektif miras hakkı olmakta ve sözleşme bu hak üzerinde tasarrufi etki doğurmaktadır.

b. TMK m. 677/I Uyarınca Terekenin Bir Kısmı Üzerinde Yapılan Sözleşme

TMK m. 677/I hükmü, 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi (eMK) m. 612 hükmünden farklı olarak mirasçılar arasında yapılan devrin terekenin bir kısmını konu edinebileceğini öngörmektedir. Buna ilişkin olarak madde gerekçesinde, “*öğretide ve yargı kararlarında kabul edilen, payın devrinin terekenin tamamı üzerindeki payı kapsamının zorunlu olmadığı yönündeki görüş yasal dayanak bulmuştur.*” açıklamasına yer verilmiştir. Bu bakımdan, aşağıda öncelikle hükmün bu şekilde düzenlenmesinde belirleyici rol oynayan 24.05.1985 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı’na ve ayrıca konuya ilişkin doktrin görüşlerine yer verilecek, akabinde söz konusu düzenlemenin değerlendirilmesi yapılacaktır.

aa. 24.05.1985 Tarih ve 1984/2 E. 1985/5 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı

Yukarıda belirtildiği gibi, TMK m. 677/I hükmünde terekenin bir kısmı üzerinde sözleşme yapılabileceğinin düzenlenmesinde 24.05.1985 tarih ve 1984/2 E. 1985/5 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı⁴³ büyük önem taşımaktadır. Karara göre, mirasın taksiminden önce terekeye dâhil

gerektiği görüşünde bkz.: **Tuor/Picenoni**, Art. 635 N. 20c; **İmre/Erman**, s. 549; **Genç Arıdemir**, s. 40; **Çilingiroğlu**, s. 568. Tereddüt hâlinde aynı görüşe (tasarrufi etki) üstünlük tanınması gerektiği görüşünde bkz.: **Antalya/Sağlam**, s. 501.

⁴¹ **Sarıkaya**, Murat: Sözleşmenin Yorumu, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 211.

⁴² Bkz.: BGE 102 Ib 321 (E. 4); **Tuor/Schnyder/Jungo**, s. 994.

⁴³ RG. 20.07.1985 T. 18817 S.

olan belli bir taşınmazdaki miras hakkının diğer bir mirasçıya temlikine ilişkin sözleşmenin geçerli olması için bu sözleşmenin, temlik edenin terekedeki tüm miras haklarını kapsaması gerekli değildir. Terekeye dâhil olan belli bir taşınmazdaki miras hakkının temlikine ilişkin sözleşme de geçerlidir ve böyle bir sözleşme iştirak hali bozulmadan tapuda işlem yapılmasını sağlayacaktır. Zira kanun koyucu mali sıkıntıda bulunan mirasçıları düşünerek eMK m. 612'deki düzenlemeyi getirmiş, bu suretle taksimin gerçekleşmesine kadar her bir mirasçının terekedeki miras payını devredebileceğini kabul etmiştir. *Çoğun içinde azın da bulunduğu* kuralı gereği, mirasçılardan birinin diğerine tüm miras payını devretmesi geçerli olduğuna göre, belli bir taşınmazdaki miras payının da devredilebilmesi gerekir. Bu çözüm, mirasçıların yararına ve kanun koyucunun amacına uygun olacaktır.

Belirtmek gerekir ki söz konusu içtihadı birleştirme kararı salt çoğunlukla alınmıştır. Karara birçok karşı oy yazısı eklenmiştir. Karşı oy yazılarındaki görüşler incelendiğinde temel itiraz noktaları şu şekilde özetlenebilir: İştirak hâlinde mülkiyette ortaklar için tek başlarına tasarruf edebilecekleri bir pay söz konusu değildir, ortaklar bir bütün olan terekenin tümü üzerinde hak sahibidirler. Dolayısıyla terekedeki belli bir taşınmaz üzerinde miras payından söz edilemez. Nitekim mirasın taksimi neticesinde ilgili taşınmazın temlik edene düşmemesi de ihtimal dâhilindedir. Bu bakımdan, belirli bir taşınmazdaki miras hakkının temliki mümkün değildir.

bb. Konuya İlişkin Doktrin Görüşleri

Yukarıda aktarılan 24.05.1985 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı doktrinde çoğunlukla eleştiri konusu olmuştur. Gerçekten terekedeki bir mal üzerinde mirasçının temlik edebileceği bir hakkının bulunmadığı⁴⁴, terekedeki münferit bir malın veya hakkın devrinin mirasçılar arasında ancak mirasın paylaşılması yoluyla mümkün olabileceği⁴⁵ ve diğer mirasçıların rızası alınmaksızın bir mirasçının terekedeki bir malvarlığı değeri üzerindeki miras payına ilişkin tasarruf sözleşmesi yapmasının miras hukuku ilkelerimizle bağdaşmadığı⁴⁶ doktrinde temel itiraz noktaları olarak ortaya konmuştur.

Buna karşın, 24.05.1985 tarihli kararda açıklanan görüşü doktrinde özellikle *Sungurbey* müdafaa etmiştir. Yazara göre, mirasçıların yalnızca

⁴⁴ Oğuzman, M. Kemal: *Miras Hukuku*, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995, s. 323; Genç Arıdemir, s. 55. Aynı yönde bkz.: Serozan/Engin, s. 574; Çabri, m. 677 N. 794.

⁴⁵ Dural/Öz, s. 387.

⁴⁶ Genç Arıdemir, s. 54, 55.

terekenin tümünde miras paylarına sahip olup, tereke konularında miras payları bulunmadığı görüşü 19. yüzyılın sonunda ve 20. yüzyılın başlarında özellikle Alman hukukunda aşılmış; terekedeki belirli konularda da miras payları bulunduğu kabul edilmiştir⁴⁷. Bu bakımdan, terekede belirli bir taşınmazdaki miras payının mirasçılardan birine geçirilmesine ilişkin sözleşmelerin geçersiz olduğu görüşü dayanaktan yoksundur⁴⁸. Yine yazara göre, terekedeki belirli bir taşınmazda miras paylarının gösterilmesine de hiçbir engel bulunmamaktadır⁴⁹. *Kocayusufpaşaoğlu* ise, önce, terekede yer alan bir taşınmaz payının devrinin eMK m. 612 anlamında miras payı devri olmadığını ifade etmiş⁵⁰; 24.05.1985 tarihli karar üzerine ise bu kararın uygulama bakımından büyük kolaylık sağlayacağını belirtmiş fakat doktrindeki farklı görüşlere değindikten sonra dogmatik yönden muayyen bir görüş açıklamamıştır⁵¹.

cc. Değerlendirme

Belirtildiği üzere, 24.05.1985 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda ortaya konan görüş kanun koyucu tarafından TMK m. 677/I hükmünde de benimsenmiş ve terekenin bir kısmı üzerinde miras payının devri konusunda sözleşme yapılabileceği kabul edilmiştir⁵². Fakat belirtilen yaklaşıma karşı doktrindeki çoğunluk fikri tarafından ortaya konan eleştirilerde *kanımızca* da isabet bulunmaktadır.

⁴⁷ **Sungurbey**, İsmet: “Elbirliğiyle (İştirak Halinde) Mülkiyetin Ne Olduğu ve Elbirliği İlkesinin Yaşamsal Gücü, Yargıtay Dergisi, Özel Sayı, C. XV, S. 1-4, 1989, s. 255, 256.

⁴⁸ **Sungurbey**, Elbirliği, s. 265.

⁴⁹ **Sungurbey**, Elbirliği, s. 275.

⁵⁰ **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Miras Hukuku, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, s. 549 dn. 24a.

⁵¹ **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Miras Hukuku, 2. ve 3. Basılara Ek Kitap, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 54 vd. Yine kararla aynı doğrultuda bkz.: **Antalya/Sağlam**, s. 497.

⁵² Nitekim bkz.: Yarg. 8. HD. T. 01.02.2016 E. 2014/18043 K. 2016/1717 (Legalbank); Yarg. 8. HD. T. 08.10.2015 E. 2015/14688 K. 2015/17795 (Legalbank). Ayrıca yine 24.05.1985 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı üzerine çıkarılan Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 27.11.1985 tarih ve 1478 sayılı “Miras Payının Devri ve Taksimi Hk.” Genelgesi'nde “*Medeni Kanunun 612 nci maddesi gereğince gerek noterler ve gerekse tapu sicil müdürlüklerince düzenlenecek miras payının temlikine ilişkin sözleşmelerin terekedeki bütün miras paylarını kapsamasına gerek bulunmamaktadır. Mirasçılar arasında yapılacak miras payı temliklerinin iştirak hali bozulmadan yine iştirak halinde mülkiyet olarak, payını devreden mirasçı veya mirasçıların yerlerine devralan mirasçı veya mirasçılar yazılmak suretiyle tescil işlemlerinin yapılması gerekmektedir.*” açıklamasına yer verilmiştir. Bkz.: <https://mevzuat.tkgm.gov.tr/BelgeGoruntule.aspx>, Erişim: 20.03.2022.

Miras payının devrine ilişkin sözleşmelerde devrin konusu, terekedeki belirli mallar üzerinde mevcut bir payın devri değildir⁵³. Nitekim miras ortaklığında mirasçıların terekedeki bir malvarlığı değeri üzerinde belirlenmiş payları bulunmamaktadır⁵⁴. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, tereke yalnız bir taşınmazdan ibaret olsa dahi miras payının devrinin bu belirli maldaki pay üzerinde tasarruf anlamına gelmediğini vurgulamıştır⁵⁵. Dolayısıyla *çoğun içinde azın da bulunduğu* gerekçesiyle belli bir taşınmazdaki miras payının devredilebileceğinin kabul edilmesi, *kanımızca*, isabetli değildir; zira burada azlık/çokluk meselesi değil, varlık/yokluk meselesi bulunmaktadır. Belirtildiği üzere, mirasçıların terekedeki münferit malvarlığı değerleri üzerinde belirlenmiş payları yoktur⁵⁶.

Belirtmek gerekir ki terekedeki belirli malvarlığı değerlerinin miras payının devri sözleşmesinin konusu olabileceğinin kabul edilmesi, mirasın paylaşılmasına ilişkin esaslarla da çelişki oluşturmaktadır. Bir kere, mirasçılar arasında böyle bir devrin gerçekleşmesi, ilgili malın (mesela taşınmazın) terekenin geri kalanından ayrı şekilde paylaşılmasını gerektirecektir⁵⁷. Keza mirasın paylaşılmasında ilgili malvarlığı değerinin mutlaka devredene özgüleneceği yönünde bir kesinlik yoktur⁵⁸. Dolayısıyla belirli bir malvarlığı

⁵³ **Wolf/Genna**, s. 381.

⁵⁴ **Tuor/Picenoni**, Art. 635 N. 2.

⁵⁵ BGE 99 II 21 (E. 3.d). Bununla birlikte, terekede taşınmaz bulunuyorsa mirasçılar arasında gerçekleşen (olağan) miras payı devrinde (Bkz. yuk. II. B. 1. a) devralan, devreden isminin tapu kütüğünden silinmesini isteyebilmekte ve bu işlem açıklayıcı bir etkiye sahip bulunmaktadır. Bkz.: **Wolf/Genna**, s. 383; **Genç Arıdemir**, s. 179 vd.

⁵⁶ Nitekim elbirliği mülkiyetine tabi taşınmazlar için tapu kütüğünde malik isimlerinin yanında herhangi bir pay oranı gösterilmeyeceği yönünde bkz.: **Nomer**, Halûk Nami/**Ergüne**, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, 7. Bası, On İki Levha, İstanbul 2019, s. 251, 252; **Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay Özdemir**, Saibe: Eşya Hukuku, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020, s. 396 dn. 287.

⁵⁷ **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 396 dn. 287. Buna karşı, TMK m. 642/II hükmünde terekedeki belirli malların paylaşılmasına imkân tanındığı söylenebilirse de açılan böyle bir kısmi paylaşma davasında diğer mirasçının terekenin tamamının paylaşılmasını istemesi veya bir mirasçının ilk elden terekenin tamamının paylaşılması için dava açması durumlarında, üzerinde pay devri gerçekleşen taşınmaz terekenin geri kalanının hukuki durumundan ayrı düşecektir.

⁵⁸ Ayrıca bkz.: **Çilingiroğlu**, s. 560. Tereke mallarının aynen paylaşılmasının mümkün olmadığı, mesela bölünmeye elverişli olmayan malvarlığı değerlerinin bulunduğu hâllerde bunların mirasçılar arasında dağıtılması yoluna gidileceği yönünde bkz.: **Ergüne**, Mehmet Serkan: "Terekedeki Münferit Mallar İçin Kısmi Paylaşma Davası Açma İmkânının Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. XXII, S. 3, 2016, s. 1073. Karş. **Sungurbey**, Elbirliği, s. 271 dn. 14 (Yazar, hâkimin, ayrı çeşitten konuları ayrı ayrı paydaşlara vererek bölüştürmeye yetkili

değeri üzerinde iki mirasçının devir işlemi yapmasına izin verilmesi, bu işleme katılmayan diğer mirasçıların paylaşmadaki hukukî durumunu da etkilemektedir⁵⁹.

2. Mirasçı İle Üçüncü Kişi Arasında Miras Payının Devri

Mirasçılar arasında gerçekleşen devirden farklı olarak mirasçı ile üçünü bir kişi arasında gerçekleşen devirde sözleşmenin konusu kanuni düzenlemede açıklığa kavuşturulmuştur. Gerçekten üçüncü kişiye yapılan miras payı devrine ilişkin TMK m. 677/II hükmünün ikinci cümlesi, “Sözleşme bu kişiye paylaşmaya katılma yetkisi vermez; sadece paylaşma sonunda mirasçığa özgülenen payın kendisine verilmesini isteme hakkını sağlar.” düzenlemesini içermektedir. Bu hükmün anlamı, yukarıda açıklanan ikinci durumun⁶⁰ geçerli olduğudur. Dolayısıyla miras payını devralan üçüncü kişi, devreden miras hakkını değil, yalnız paylaşma neticesinde devredene özgülenecek miras payının -yani bu paya isabet eden malvarlığı değerlerinin kendisine geçirilmesini isteme hakkını elde etmektedir. Şu hâlde, miras payını devreden, miras ortaklığından çıkmamaktadır. Devralan üçüncü kişi, mirasçı olmadığından onun mirasın paylaşılmasını isteme veya paylaşmaya katılma hakkı yoktur. Bu haklar, devredende kalmaya devam etmektedir. Miras payını devralan, ancak, paylaşma sonucu üzerinde, yani mirasın paylaşılmasıyla devredene özgülenen malvarlığı değerleri üzerinde kişisel bir hak iddia edebilmektedir⁶¹. Bu da söz konusu malvarlığı değerlerinin kendi-

olmadığı yönünde Mecelle'nin 1135 ve 1138. maddelerindeki gibi bir kuralın İsviçre-Türk hukukunda bulunmamasına karşın, Yargıtay'ın eski hukukumuzun etkisiyle gene bu yolda karar verdiğini ifade etmiştir.)

⁵⁹ Örneğin, terekede üç taşınmaz bulunuyor ve mirasçı olarak da miras bırakanın üç çocuğu mevcutsa bu taşınmazların her birinin mirasçılardan birine verilmesi suretiyle paylaşma yapılabilir (Karş. TMK m. 642/II). Paylaşmadan önce bir mirasçının diğerine taşınmazlardan biri üzerinde devir işlemi yapması, bu taşınmazın işleme katılmayan üçüncü mirasçığa özgülenmesinin mümkün olup olmadığı meselesini doğurur. Hâlbuki payların özgülenmesi konusunda mirasçıların anlaşamaması hâlinde hâkim dahi -kural olarak- bu özgülemeyi kendisi yapamamakta, mirasçılar arasındaki eşitlik ilkesi gereği kur'a çekilmesi gerekmektedir (TMK m. 650/III).

⁶⁰ Bkz. yuk. II. B.

⁶¹ Bkz.: Escher, Art. 635 N. 18, 19; Tuor/Schnyder/Jungo, s. 994; Schaufelbergerger/Keller Lüscher, Art. 635 N. 14, 16; Wolf/Genna, s. 384; Kocayusufpaşaoğlu, 3. Bası, s. 549, 550; İmre/Erman, s. 542, 543; BGE 101 II 47 (E. 1); BGE 87 II 218 (E. 1.a); BGE 85 II 603 (E. 2); BGE 84 II 355 (E. 3); BGE 63 II 231 (E. 2); Yarg. 8. HD. T. 25.01.2016 E. 2014/16426 K. 2016/1114 (Legalbank): “...sözleşme alıcı kişiye paylaşmaya katılma yetkisini vermez, sadece paylaşma sonunda mirasçığa özgülenen payın kendisine verilmesini isteme hakkını sağlar. Yani miras payını devralan kişi terekeye

sine devrini isteme yönünde devredene karşı bir alacak hakkıdır⁶². Dolayısıyla sözleşme yalnız borçlandırıcı bir etki doğurmaktadır⁶³. Mirasçılardan birinin üçüncü kişiyle yaptığı sözleşmeye tasarrufi etki tanınarak üçüncü kişinin subjektif miras hakkını kazanmasına ve böylece miras ortaklığına dâhil olmasına kanun koyucu izin vermemiştir⁶⁴.

Mirasın paylaşılmasından sonra devreden, kendisine intikal eden malvarlığı değerlerini devralana geçirmekle yükümlüdür. Bunun için her bir malvarlığı değerinin devrinde gerekli tasarruf işleminin ayrı ayrı yapılması gerekir⁶⁵. Şayet devreden, paylaşma neticesinde kendisine özgülenen taşınmazın mülkiyetini devralana geçirmekten kaçınırsa devralan -noterde düzenlenen sözleşmeye istinaden- mülkiyetin hükmen kendi adına geçirilmesini talep edebilir (TMK m. 716)⁶⁶. Miras payını devralan üçüncü kişi ile diğer mirasçılar arasında herhangi bir borç ilişkisi bulunmadığından⁶⁷ üçüncü kişi yalnız payını devreden mirasçıya karşı kişisel hakkını ileri sürebilir, diğer mirasçılara veya vasiyeti yerine getirme görevlisine karşı bu hakkın ileri sürülmesi imkânı yoktur⁶⁸.

Mirasın paylaşılmasını isteme hakkına sahip olmayan devralan, ancak aralarındaki devir sözleşmesi uyarınca devredeni mirasın paylaşılmasını

göre üçüncü şahıs durumunda olduğundan mirasçılar arasındaki elbirliği mülkiyet paylı mülkiyete dönüştürülmedikçe iptal ve tescile karar verilemez. Çünkü elbirliği mülkiyetinde mirasçıların belirlenmiş payları olmayıp, her birinin payı taşınmazın tamamı üzerinde söz konusudur.”

⁶² **Piotet**, s. 674; **Tuor/Schnyder/Jungo**, s. 994; **Schaufelbergerger/Keller Lüscher**, Art. 635 N. 14; **Serozan/Engin**, s. 574; **Çabri**, m. 677 N. 823; **Çakırca**, S. İrem: “Miras Payının Devri Sözleşmeleri”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C. II, Vedat, İstanbul 2007, s. 1823; BGE 87 II 218 (E. 1.a, 1.c). Devralanın hakkının, paylaşmayla devredene bir şeyler özgülenmesi geciktirici koşuluna bağlı olduğu görüşünde bkz.: **Wolf/Genna**, s. 384; **Schaufelbergerger/Keller Lüscher**, Art. 635 N. 14. Devredene özgülenenleri devretme borcunun belirsiz vadeye bağlı olduğu görüşünde bkz.: **Genç Arıdemir**, s. 238; **Özakman**, s. 202, 203.

⁶³ **Escher**, Art. 635 N. 19; **Schaufelbergerger/Keller Lüscher**, Art. 635 N. 15; **Wolf/Genna**, s. 384; **Göksu**, Art. 635 N. 9; **İmre/Erman**, s. 542; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 606; **Serozan/Engin**, s. 574.

⁶⁴ **Çabri**, m. 677 N. 797.

⁶⁵ **İmre/Erman**, s. 546; **Özakman**, s. 65; **Genç Arıdemir**, s. 240; **Çabri**, m. 677 N. 824; **Çakırca**, s. 1830.

⁶⁶ **Dural/Öz**, s. 390; **Antalya/Sağlam**, s. 499; **Çabri**, m. 677 N. 824; **Çakırca**, s. 1831.

⁶⁷ **Tuor/Schnyder/Jungo**, s. 994; **Schaufelbergerger/Keller Lüscher**, Art. 635 N. 15; **Wolf/Genna**, s. 385. Diğer mirasçılara TBK m. 186 (Art. 167 OR) anlamında bir bildirim mümkün olmadığı yönünde bkz.: BGE 87 II 218 (E. 1.c).

⁶⁸ **Wolf/Genna**, s. 385; **İmre/Erman**, s. 542; **Özakman**, s. 65; **Genç Arıdemir**, s. 226.

istemeye zorlayabilecektir. Örneğin devreden, belirli bir süre içinde mirasın paylaşılması için dava açmayı taahhüt etmişse devralan bu yükümlülüğün yerine getirilmesini isteyebilir⁶⁹. Yine devreden sözleşmeyle mirasın paylaşılması bakımından devralanın talimatlarına uymakla yükümlü kılınabileceği veya devralana, mirasın paylaşılmasında devredeni temsil etme yetkisi verilebileceği ifade edilmektedir⁷⁰.

Bundan başka, devralanın mirasın paylaşılmasına etki edememesinin onun haklarını tehlikeye düşürebileceğini dikkate alan kanun koyucu, TMK m. 648 hükmünde miras payını devralan üçüncü kişiyi koruyucu bir düzenleme öngörmüştür. Buna göre, miras payını devralan, payını devreden mirasçı yerine paylaşmaya katılmak üzere bir kayyım atanmasını sulh hâkiminden isteyebilmektedir. Kayyımın paylaşmaya katılmasıyla miras payını devralan üçüncü kişinin menfaatleri korunmak istenmiştir⁷¹.

Miras payının birden çok defa üçüncü kişilere devredilmesi hâlinde devralanların hepsi devredene karşı bir alacak hakkına sahip olduğundan, hangi sözleşmenin daha önce yapıldığının bir önemi yoktur. Devreden bunlardan hangisine karşı tasarruf işlemleriyle borcunu ifa ettiği belirleyici olup diğerleri ancak tazminat talep edebilecektir⁷².

TMK m. 677/I hükmünde miras payının devrinin terekenin bir kısmına ilişkin olabileceği kabul edildikten sonra Türk hukuk doktrininde, mirasçı ile üçüncü bir kişi arasındaki sözleşmelerde de (TMK m. 677/II) aynı imkânın mevcut olduğu ifade edilmiştir⁷³. Öncelikle belirtmek gerekir ki TMK m. 677/I hükmünün belirtilen şekilde düzenlenmesinde önemli rol oynayan 24.05.1985 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda⁷⁴ üçüncü kişilere yapılan devirler konusunda bir görüş açıklanmamıştır. Yine TMK m. 677/II hükmünde "*Bir mirasçının üçüncü kişiyle yapacağı böyle bir sözleşmenin geçerliliği...*" lafzına yer verilmesi, *kanımızca*, kanun koyucunun terekedeki belirli malvarlığı değerlerini üçüncü kişiye yapılan miras payı devirlerinin

⁶⁹ Dural/Öz, s. 389; İmre/Erman, s. 544.

⁷⁰ Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 635 N. 17; Göksu, Art. 635 N. 9; Eren, s. 139; Eren/Yücer Aktürk, s. 484, 485.

⁷¹ İmre/Erman, s. 545. Kayyımın gerektiğinde paylaşma davası açabileceği, alacaklının paylaşma konusunda mirasçılardan isteksizliğine veya anlaşmazlığına belirsiz bir süre boyunca katlanmasının beklenemeyeceği yönünde bkz.: BGE 129 III 316 (E. 3); Göksu, Art. 635 N. 9.

⁷² Eren, s. 148; Eren/Yücer Aktürk, s. 493.

⁷³ Kılıçoğlu, Ahmet M.: Medenî Kanun'umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukuku'nda Getirdiği Yenilikler, 2. Bası, Turhan, Ankara 2004, s. 328, 329; Topuz, s. 423.

⁷⁴ Bkz. yuk. II. B. 1. b. aa.

kapsamına da almak istediğini kabul etmek için yeterli değildir⁷⁵. Zira eMK m. 612 hükmünde “miras hisseleri hakkında mukavele” mirasçılar arasındaki devri ve üçüncü kişiye yapılan devri içeren şekilde tek fıkrada düzenlenmişti. TMK m. 677 hükmünün gerekçesinde belirtildiği üzere hüküm, artık, “...İsviçre Medenî Kanununun 635 inci maddesinde olduğu gibi iki fıkra halinde düzenlenmiştir. Kenar başlığıyla birlikte arılaştırılmak suretiyle kaleme alınmıştır. Maddenin birinci fıkrasına miras payının devrinin terekenin tamamı veya bir kısmı üzerinde olabileceği hükmü eklenmiştir.”. Dolayısıyla TMK m. 677 hükmün düzenlenmesinde mehaz Art. 635 ZGB hükmünün yapısı örnek alınmış ve mehaz hükümde olduğu gibi⁷⁶ ikinci fıkra kaleme alınırken ilk fıkradaki sözleşmeye atıf yapılmıştır. Miras payı devrinin terekenin tamamı veya bir kısmı üzerinde olabileceği eklemesinin hükmün ilk fıkrasına olduğu da gerekçede ifade edilmiştir. Bu açıklamalar karşısında hükmün ikinci fıkrasında yer alan “böyle bir sözleşme” ifadesinin, üçüncü kişiye yapılan miras payı devirlerinin de terekedeki belirli malvarlığı değerlerine ilişkin olabileceği yönünde kanun koyucu iradesini yeterli kanaat oluşturacak şekilde gösterdiği söylenemez. Bundan başka, TMK m. 677/I hükmünün terekenin bir kısmı üzerinde miras payının devrini kabul etmesinin, miras ortaklığına ve mirasın paylaşılmasına ilişkin prensiplerle uyumsuz olduğu izah edilmiştir⁷⁷. Kanunun genel sistemine aykırı bir kabulün -zorunlu olmadıkça- hükmün ikinci fıkrasına teşmil edilmesinden kaçınılması gerekir. En önemlisi, kanun koyucunun TMK m. 677/I hükmünde -genel sisteme aykırı olsa da- kabul ettiği yaklaşımda gözettiği menfaat, TMK m. 677/II hükmünde üçüncü kişiye yapılan miras payı devirlerinde gerçekleşmemektedir. TMK m. 677/I hükmünde terekenin bir kısmı üzerinde miras payının devredilebileceği kabul edilirken hangi menfaatlerin göz önünde bulundurulduğu yine 24.05.1985 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı’nda yer verilen gerekçelerden anlaşılabilir. Kararda, mirasçılardan her birinin paylaşmadan önce miras payını devredebildiği, böylece mirasçıların yararıyla çelişen zamansız bir paylaşmanın sakıncalarının önlenildiği, aynı zamanda sıkıntıda bulunan mirasçıların menfaatlerinin de gözetildiği, belli bir taşınmazdaki miras payının devrine ilişkin sözleşmenin yapılan devrin tapuda işlem görmesini sağlayacağı belirtilmiştir. Dikkat çekmek gerekir ki kararda ön plana çıkarılan hukukî menfaat, mirasçılar

⁷⁵ Karş. Topuz, s. 423.

⁷⁶ Art. 635 ZGB Abs. 2: *Werden sie von einem Erben mit einem Dritten abgeschlossen, so geben sie diesem kein Recht auf Mitwirkung bei der Teilung, sondern nur einen Anspruch auf den Anteil, der dem Erben aus der Teilung zugewiesen wird.*

⁷⁷ Bkz. yuk. II. B. 1. b. cc.

arasındaki miras payı devrinin, prensip olarak, tasarrufi etkiye sahip olmasıyla⁷⁸ doğrudan bağlantılıdır. Buna göre, belli bir taşınmazdaki miras payını başka bir mirasçıya devreden mirasçı, mirasın paylaşılması gerekmeksizin bu taşınmazla ilişkisini kesmekte ve diğer mirasçıların işleme katılımı (rızası) da aranmamaktadır. Hâlbuki üçüncü kişiye yapılan miras payı devri yalnız borçlandırıcı etki doğurmaktadır. Miras payının üçüncü kişiye devri, mirasın paylaşılmasından önce tapuda devralan adına işlem yapılmasını sağlayamayacaktır. Miras payını devralan üçüncü kişinin mülkiyeti kazanması, her hâlükârda tüm mirasçıların katılacağı mirasın paylaşılmasından sonra mümkün hâle gelmekte ve devreden de paylaşmaya kadar elbirliği ortaklığına dâhil olmaya devam etmektedir. Bu bakımdan, mirasçılar arasındaki miras payı devrinin belirli malvarlığı değerlerine ilişkin olabileceği kabul edilirken gözetilen menfaatin, üçüncü kişiye yapılan devirlerde büyük ölçüde gerçekleşmediği görülmektedir. Hâl böyle olunca, kanun koyucunun TMK m. 677/I hükmünde terekenin bir kısmı üzerinde miras payı devrine izin vermesindeki amacın, TMK m. 677/II kapsamındaki üçüncü kişiye yapılan devirlerde esas olarak bulunmadığı ifade edilebilir. Şu hâlde, TMK m. 677/I hükmünün mevcut şekilde düzenlenişindeki tarihi arka plan, kanunun miras ortaklığına ve mirasın paylaşımına ilişkin genel sistemi ve terekenin bir kısmı üzerinde miras payı devrine izin verilmesinin amaca uygun değerlendirilmesi, üçüncü kişiye yapılan miras payı devirlerinde de bu imkânın mevcut olduğunu kabul etmeye engel niteliktedir. TMK m. 677/II hükmünün lafzı -yine açıklanan sebeplerle- tüm bu engelleri aşmaya yarayacak bir yorum yapılmasını sağlamaya elverişli değildir⁷⁹. Bu bakımdan, TMK m. 677/II anlamında üçüncü kişiye yapılan miras payının devri kapsamının terekedeki belirli malvarlığı değerleri üzerinde paylaşmadan beklenen paya teşmil edilemeyeceği kanaatindeyiz⁸⁰. Buna karşın, mirasçılardan birinin terekede yer alan bir mal üzerinde kendisine paylaşırma sonucu düşmesini beklediği payı önceden (klasik bir) borçlar hukuku sözleşmesiyle devretmeyi taahhüt etmesi⁸¹ ve böylece terekede mevcut olduğu bilinen malvarlığını ivazlı bir sözleşmenin konusu yapması mümkündür.

⁷⁸ Bkz. yuk. II. B. 1. a.

⁷⁹ Kanunun yorum araçları olarak lafız, sistematik, hükmün oluşum tarihçesi ve amacın birbiriyle ilişkisi ve lafzın farklı şekilde anlaşılabilirliği karşısında diğer üç yorum aracına ağırlık verilmesi gerektiği hakkında bkz.: **Wank**, Rolf: Die Auslegung von Gesetzen, 6. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2015, s. 75.

⁸⁰ Ayrıca bkz.: **İnan /Ertas/Albaş**, s. 604.

⁸¹ **Nomer/Ergüne**, s. 255; Yarg. 8. HD. T. 28.05.2018 E. 2018/10624 K. 2018/13253 (Legalbank): “Satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan tapu iptal ve tescil davalarının

Şu hâlde, mirasın açılmasından sonra mirasçı ile mirasçı olmayan üçüncü bir kişi arasında yapılan miras payı devrinin konusu, mirasın paylaşılması neticesinde devredene özgülenecek malvarlığı değerleri (yani paylaşma sonucu) olmakta ve devralan bunların kendisine geçirilmesi konusunda bir alacak hakkı elde etmektedir. Kanun, üçüncü kişiye yapılan miras payı devrinin devreden miras hakkı üzerinde tasarrufi bir etkiye sahip olmasına izin vermemiştir. TMK m. 677/I hükmünde kabul edilen mirasçılar arasındaki pay devrinin terekenin bir kısmı üzerinde olabileceği yaklaşımının, TMK m. 677/II bağlamında üçüncü kişiye yapılan pay devirlerine genişletilemeyeceği kanaatindeyiz.

III. MİRASIN AÇILMASINDAN ÖNCE YAPILAN SÖZLEŞMELER

A. Genel Çerçeve

Mirasın açılmasından sonra yapılan miras payının devri sözleşmesinde olduğu gibi, mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmenin de müstakbel mirasçılar arasında veya müstakbel mirasçı ile üçüncü bir kişi arasında olması mümkündür. TMK m. 678 hükmünün konusu olan söz konusu devir sözleşmesinde devreden, mirasın açılması hâlinde mirasçı olacak bir kişidir. Bu bakımdan devreden, kanuni veya atanmış mirasçı sıfatını kazanabilecek bir konumda bulunmalıdır. Dolayısıyla ölüme bağlı tasarrufla mirasçı atanan

kabulü için aranacak ilk husus sözleşmenin ifa olanağının bulunup bulunmadığıdır. Elbirliği ortaklığına (iştirak halinde mülkiyete) konu bir taşınmazda elbirliği ortaklarından birinin, miras payını, ortaklık dışı bir kişiye satmayı vaat etmesi halinde sözleşme bir taahhüt muamelesi olarak geçerlidir. Ancak elbirliği ortaklığı çözülmeye kadar sözleşmenin ifa olanağının varlığından söz edilemez. Fakat elbirliği ortaklığına dahil paydaşlar arasında gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi yapılmışsa iştirak bozulmamak kaydıyla satıcı elbirliği ortağının payının alıcı elbirliği ortağının payına ilave edilmek suretiyle satış vaadi sözleşmesinin ifa olanağı vardır...Bir an için, davacıların "satış sözleşmesi" ne dayandıkları kabul edilse dahi az yukarıda da belirtildiği gibi davacı yan mirasçı olmayıp taşınmaz elbirliği mülkiyeti hükmüne tabi olduğundan TMK 677. maddesinin de somut olaya uygulanma yeri bulunmamaktadır. "; Yarg. 14. HD. T. 21.03.2006 E. 2006/1662 K. 2006/3212 (Lexpera): "Satış vaadi sözleşmesinden kaynaklanan davaların kabulüne karar verebilmek için sözleşmenin ifa olanağının bulunması zorunludur. Elbirliği mülkiyetine (Türk Medeni Kanunu m.701) konu bir taşınmazda elbirliği (iştirak halinde) ortaklarından birinin, ortaklık dışı bir kişiye satım vaadinde bulunması halinde, sözleşme bir taahhüt muamelesi olarak geçerli olmakla beraber birlikte elbirliği ortaklığı çözülmeye kadar sözleşmenin ifa olanağının varlığı düşünülemez.". Karş. Sungurbey, İsmet: "Miras Payının Ya Da Belirli Konulardaki Miras Payının Üçüncü Bir Kişiyeye Geçirilmesi Sözleşmelerine ve Bu Payların Hacine İlişkin Pratik Sorunlar", Yasa Hukuk Dergisi, C. VII/2, 1983, s. 1523.

kişi de henüz miras bırakanın ölümü gerçekleşmeden TMK m. 678 uyarınca beklenen hakkı üzerinde sözleşme yapabilir. Buna karşın, mezkûr hüküm kapsamında vasiyet alacaklısının (beklenen) bu alacağı üzerinde tasarrufta bulunması mümkün değildir⁸².

Mirasın açılmasından sonra yapılan sözleşmelerden farklı olarak ise ileride tek başına mirasçı olacak kişi de TMK m. 678 kapsamında sözleşme yapabilmekte ve tüm mirası devredebilmektedir⁸³. Zira mirasın açılmasından önce o da ancak beklenen bir hakka sahip bulunmaktadır.

Yine kanun koyucu, mirasın açılmasından sonra yapılan sözleşmelerden farklı olarak mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerin hüküm ifade edebilmesi için miras bırakanın işleme katılımını veya iznini şart koşmuştur (TMK m. 678/I). Bunun sebebi, bir kişinin müstakbel mirasçılarının o kişi henüz hayattayken mirası hakkında serbestçe işlem yapmasının genel ahlâka aykırı bulunmasıdır⁸⁴. Şu hâlde, miras bırakanın rıza açıklamasının sözleşmedeki ahlâka aykırılığı ortadan kaldırdığı kabul edilmiştir⁸⁵. Miras bırakanın bu konuda genel ve soyut bir rıza açıklaması yeterli olmamakta, somut bir işleme rıza gösterilmesi gerekmektedir⁸⁶. Böyle bir rıza açıklamasının miras bırakan tarafından sonradan geri alınması ise mümkün değildir⁸⁷. Buna karşın, rızanın devir sözleşmesinden sonra verilmesi mümkün görülmektedir⁸⁸. Yine miras bırakanın sözleşmenin hüküm doğurması için gerekli rıza açıklamasının herhangi bir şekle tabi olmadığı kabul edilmektedir⁸⁹.

⁸² Escher, Art. 636 N. 3; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 636 N. 6.

⁸³ Tuor/Picenoni, Art. 636 N. 4; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 636 N. 3; Wolf/Genna, s. 386; Göksu, Art. 636 N. 2; İmre/Erman, s. 554.

⁸⁴ Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 636 N. 1; Köprülü, s. 419; Kocayusufpaşaoğlu, 3. Bası, s. 543.

⁸⁵ Wolf/Genna, s. 386 (Ayrıca sözleşmenin bu şekilde geçerlilik kazanmasının Alman, Fransız ve İtalyan hukuklarına nazaran bir farklılık olduğu ifade edilmektedir.); Çabri, m. 678 N. 837.

⁸⁶ Kocayusufpaşaoğlu, 3. Bası, s. 546.

⁸⁷ Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 636 N. 8, 10; Wolf/Genna, s. 388; Göksu, Art. 636 N. 5; İmre/Erman, s. 558; Yıldırım, Beklenen Miras Hakkının Devri (I), s. 133; Çakırca, s. 1840; BGE 128 III 163 (E. 3.c).

⁸⁸ Tuor/Schnyder/Schmid, s. 995; Wolf/Genna, s. 388; Göksu, Art. 636 N. 4; Dural/Öz, s. 383; Eren/Yücer Aktürk, s. 476; Özakman, s. 136; BGE 98 II 281 (E. 5.e). Aksi yönde bkz.: Yıldırım, Mustafa Fadıl: “Beklenen Miras Hakkının Devri Sözleşmesi Konusunda İki Gelişme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. LIII, S. 1, 2004, s. 122, 123 ve Beklenen Miras Hakkının Devri (I), s. 134; Çakırca, s. 1839.

⁸⁹ Tuor/Schnyder/Schmid, s. 995; Schaufelberger/Keller Lüscher, Art. 636 N. 9; Wolf/Genna, s. 388; Göksu, Art. 636 N. 5; Özakman, s. 137, 138; BGE 98 II 281 (E. 5.g); YHGK. T. 02.11.1994 E. 1994/17-453 K. 1994/664 (Legalbank).

Miras bırakanın rızası sağlanmadan yapılan -geçersiz- sözleşmeye istinaden yerine getirilmiş edimler varsa bunların iadesi istenebilecektir (TMK m. 678/II)⁹⁰.

TMK m. 678 hükmü, mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerin tabi olduğu şekil konusunda ise bir düzenleme içermemektedir. Bu bakımdan doktrinde, devir sözleşmesi müstakbel mirasçılar arasında ise TMK m. 677/I hükmünde öngörülen (adi) yazılı şeklin, müstakbel mirasçı ile üçüncü bir kişi arasında ise TMK m. 677/II hükmünde öngörülen resmi şeklin gerekli olduğu ifade edilmektedir⁹¹.

B. Mirasın Açılmasından Önce Yapılan Sözleşmelerin Konusu

Yukarıda ifade edildiği gibi, miras bırakanın ölümünden (mirasın açılmasından) önce yapılan sözleşmelerde beklenen miras hakkının devri söz konusu olmaktadır. Bununla birlikte, miras bırakanın ölümü üzerine mirasçı sıfatı devralan tarafından değil, devreden tarafından kazanılmaktadır. Dolayısıyla miras ortaklığında devreden yer almaktadır. Bunun sonucu olarak da mirasın paylaşılmasını devreden isteyebilecektir. Devralanın elde ettiği hak ise mirasın paylaşımıyla devredene özgülenen malvarlığı değerlerine yönelik kişisel bir hak olup devralan bunların kendisine geçirilmesini isteyebilecektir⁹². Dolayısıyla devreden ile devralan arasında bir borç ilişkisi bulunmaktadır⁹³. Mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerde bu bakımdan devrin müstakbel mirasçılar arasında olması ile üçüncü kişiye yapılması arasında da fark yoktur⁹⁴. Şu hâlde, bu tür sözleşmelerde devralanın ileride

⁹⁰ Burada iadenin sebepsiz zenginleşme kurallarına göre değil, aynen iade veya tam değer tazmini şeklinde olacağı ve TBK m. 81 hükmünün uygulanmasına da yer olmadığı yönünde bkz.: **Tuor/Picenoni**, Art. 636 N. 21; **Kocayusufpaşaoğlu**, 3. Bası, s. 548; **İmre/Erman**, s. 559; **Serozan/Engin**, s. 577, 578; **Yıldırım**, Mustafa Fadıl: Beklenen (Açılmamış Bir Terekedeki) Miras Hakkının Devri Sözleşmesi (II), Yargıtay Dergisi, C. XXI, S. 3, 1995, s. 288. *Karş.* **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 636 N. 14; **Dural/Öz**, s. 384, 385; **Antalya/Sağlam**, s. 503.

⁹¹ **İmre/Erman**, s. 556, 557; **Dural/Öz**, s. 383; **Antalya/Sağlam**, s. 504; **Çabri**, m. 678 N. 844; **Yıldırım**, İki Gelişme, s. 120, 121 dn. 9.

⁹² Yine beklenen tasfiye payının bir bölümünün devredilmesi de mümkündür; bkz.: Yarg. 2. HD. T. 03.04.2003 E. 2003/2492 K. 2003/4868 (Legalbank).

⁹³ Bu bakımdan, TMK m. 677/II bağlamında üçüncü kişiye yapılan miras payı devrine benzer bir durum oluşmaktadır; **Wolf/Genna**, s. 389; **Göksu**, Art. 636 N. 7.

⁹⁴ Şu var ki devralan da (müstakbel) mirasçı ise mirasın açılmasının ardından devredenden bağımsız olarak kendisi paylaşmayı isteyebilecektir. Ayrıca TMK m. 648 hükmüne kıyasen, devredenine yerine paylaşmaya katılmak üzere bir kayyım atanmasını isteme imkânının üçüncü kişiyle mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerde de mevcut

beklenen hakkı elde edememe riskini taşıdığı ifade edilmelidir. Zira miras bırakan sözleşmeye rızasını açıklamış olsa dahi bu rıza miras bırakanın -saklı pay kuralları içerisinde- tasarruf özgürlüğünü ortadan kaldırmamaktadır⁹⁵. Yalnız, miras bırakanın devir sözleşmesine katılımı miras sözleşmesiyle olmuşsa⁹⁶ miras bırakan ile müstakbel mirasçı arasında mirastan feragati ve miras bırakan ile üçüncü kişi arasında mirasçı atamayı birlikte bünyesinde barındıran bir sözleşmeyle karşılaşılabılır. Böyle bir durumda, mirasın açılmasıyla miras ortaklığına devreden değil, devralan üçüncü kişi dâhil olur ve o, tereke üzerinde de elbirliğiyle hak sahipliğini kendiliğinden kazanır⁹⁷.

Ayrıca belirtmek gerekir ki mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmelerin -mirasın açılmasından sonra yapılanlardan farklı olarak- belirli malvarlığı değerlerini de konu edinebileceği kabul edilmektedir⁹⁸. Bu noktada Federal Mahkeme, TMK m. 678/I (Art. 636 Abs.1 ZGB) hükmünde TMK m. 677 (Art. 635 ZGB) hükmünden farklı olarak “miras payından” söz edilmediğini, geniş bir ifadeyle “miras hakkında” ibaresine yer verildiğini belirtmekte; ayrıca hükümde sözleşmenin konusunun değil, miras bırakanın

olduğu kabul edilmektedir; bkz.: **Kocayusufpaşaoğlu**, 3. Bası, s. 548; **İmre/Erman**, s. 558; **Yıldırım**, Beklenen Miras Hakkının Devri [II], s. 283.

⁹⁵ BGE 128 III 163 (E. 3.c). Yine devir sözleşmesinden sonra miras bırakanın malvarlığını tüketmesi de mümkün olduğundan, devre konu hakkın karşılığı beklendiği gibi elde edilemeyebilir (**İmre/Erman**, s. 555). Hatta beklenen miras payını devreden müstakbel mirasçının ileride ölüm, mirastan yoksunluk veya önde gelen zümrede mirasçı ortaya çıkması gibi sebeplerle mirasçı sıfatını hiç kazanamaması da ihtimal dâhilindedir (**Özakman**, s. 120, 121). Nitekim devredilen hakkın kapsamının belirsiz olduğu yönünde bkz.: Yarg. 2. HD. T. 03.04.2003 E. 2003/2492 K. 2003/4868 (Legalbank).

⁹⁶ TMK m. 678 bağlamında katılmanın miras sözleşmesiyle olmak zorunluluğu bulunmadığı ve miras bırakanın sözleşmeye imza atmak suretiyle rızasını açıklaması anlamına geldiği yönünde bkz.: **Horozoğlu**, Orçun: “Mirasın Açılmasından Önce Beklenen Miras Hisselinin Devri”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, Der Yayınları, İstanbul 2015, s. 361.

⁹⁷ Bkz. ve karşı. **Tuor/Picenoni**, Art. 636 N. 7 vd.; **Köprülü**, s. 419, 420; **Kocayusufpaşaoğlu**, 3. Bası, s. 543 vd.; **İmre/Erman**, s. 555, 556; **Eren/Yücer Aktürk**, s. 476; **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 636 N. 8, 11; **Çabri**, m. 678 N. 848, 851; BGE 98 II 281 (E. 5.d). **Piotet** ise TMK m. 678 (Art. 636 ZGB) hükmü bakımından hâkim anlayıştan ayrılmakta ve mirasın açılmasından önce mirasçılar arasında yapılan devrin mirasın açılmasıyla birlikte miras ortaklığındaki tüm hakları devralana geçirebileceğini ifade etmektedir. Yazara göre, TMK m. 678 (Art. 636 ZGB) hükmü, TMK m. 677 (Art. 635 ZGB) hükmünün konusunu oluşturan her iki sözleşmeye ilişkin bulunmakta ve bunların hukukî niteliğini, etkisini veya şeklini değiştirmemekte; yalnız ek bir geçerlilik şartı getirmektedir; **Piotet**, s. 682.

⁹⁸ **Tuor/Schnyder/Jungo**, s. 995; **Yıldırım**, İki Gelişme, s. 130; BGE 128 III 163 (E. 2.b).

katılım veya izninin ön planda olduğunu ifade etmektedir⁹⁹. Miras bırakan tarafından da tasdik edilen sözleşmede ileride terekede yer alacak belirli mal veya haklara yer verilmesinin bir tür öncelenmiş paylaşma kuralı olarak ele alınabileceği belirtilmiştir¹⁰⁰. Buna istinaden doktrinde, müstakbel mirasçıların belirli malların paylaşımına ilişkin anlaşmalarının TMK m. 678 (Art. 636 ZGB) çerçevesinde sözleşme konusu olabileceği kabul edilmektedir¹⁰¹.

Şu hâlde, mirasın açılmasından önce yapılan devir sözleşmesinin konusu, devreden beklenen miras hakkı olmakta ve miras bırakanın ölümü üzerine devreden, paylaşma neticesinde kendisine özgülenen malvarlığı değerlerini devralana geçirmekle yükümlü hâle gelmektedir. Belirli malvarlığı değerlerinin de henüz mirasın açılmasından önce sözleşme konusu olabileceği kabul edilmektedir.

SONUÇ

Miras payının devrine yönelik sözleşmeleri kendi içerisinde gruplandırmak mümkün ve gereklidir. Bu anlamda, TMK m. 677 hükmü mirasın açılması ile paylaşılması arasındaki sözleşmelere, TMK m. 678 hükmü ise mirasın açılmasından önceki sözleşmelere ilişkindir. Mirasın açılmasından sonra miras payının devri sözleşmeleri, devrin bir başka mirasçıya yapılp yapılmadığına göre TMK m. 677 hükmünün iki ayrı fıkrasında düzenlenmiştir. TMK m. 677/I hükmü mirasçılar arasındaki miras payı devrini, TMK m. 677/II hükmü ise üçüncü bir kişiye miras payı devrini konu edinmektedir. TMK m. 677/I hükmü çerçevesinde mirasçılar arasındaki miras payı devrinin, tarafların sözleşmede yalnız paylaşma sonucu üzerinde borçlandırıcı bir etki istedikleri anlaşılmadıkça, devreden subjektif miras hakkını konu edinmesi ve sözleşmenin bu hak üzerinde tasarrufi etki doğurması esastır. TMK m. 677/II hükmü çerçevesinde üçüncü kişiye yapılan miras payı devri ise -zorunlu olarak- mirasın paylaşılması neticesinde devredene özgülenecek malvarlığı değerlerini konu edinmekte ve devralan paylaşma sonucunun kendisine geçirilmesine yönelik alacak hakkı elde etmektedir. TMK m. 677/I hükmü, mirasçılar arasındaki sözleşmenin terekenin bir kısmı üzerinde olabileceğini düzenleyerek, terekedeki yalnız belirli malvarlığı değerlerinde miras payı devrinin gerçekleşebileceğini kabul etmiştir. Öğretide haklı olarak eleştirilen ve fakat *de lege lata* benimsenmiş olan bu yaklaşımın, *kanımızca*, TMK m. 677/II çerçevesinde üçüncü kişiye yapılan miras payı

⁹⁹ BGE 128 III 163 (E. 2.b).

¹⁰⁰ BGE 128 III 163 (E. 2.b).

¹⁰¹ **Göksu**, Art. 636 N. 2; **Schaufelberger/Keller Lüscher**, Art. 636 N. 3.

devirlerine genişletilmesi mümkün değildir. TMK m. 678 hükmü, mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmeleri devrin bir başka müstakbel mirasçıya olup olmadığına göre farklı değerlendirmemiştir. Gerçekten sözleşmenin devralan tarafında kim olduğuna bakılmaksızın, mirasın açılmasından önce yapılan devir sözleşmesinin konusu devredenin beklenen miras hakkı olmakta ve miras bırakanın ölümü üzerine devreden, paylaşma neticesinde kendisine özgülenen malvarlığı değerlerini devralana geçirmekle yükümlü hâle gelmektedir.

KAYNAKÇA

- Antalya**, Gökhan/**Sağlam**, İpek: Miras Hukuku, C. III, 4. Baskı, Seçkin, Ankara 2019.
- Ayan**, Mehmet: Miras Hukuku, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- Ayiter**, Nuşin: Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet), Yeni Desen Matbaası, Ankara 1961.
- Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. Auflage, Hrsg. Thomas Geiser, Stephan Wolf, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2019 (Atıf: Schaufelberger, Peter C./Keller Lüscher, Katrin).
- Bolatoğlu**, Bolat: Miras Açıldıktan Sonra Miras Hakkının Devri Sözleşmesi, Kazancı Hukuk Yayınları, 1984.
- Çabri**, Sezer: Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 640-682), C. III, On İki Levha, İstanbul 2020.
- Çakırca**, S. İrem: “Miras Payının Devri Sözleşmeleri”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C. II, Vedat, İstanbul 2007, s. 1819-1843.
- Çilingiroğlu**, Cüneyt: “Miras Paylarının Devri”, İstanbul Barosu Dergisi, C. LXVII, S. 7-8-9, 1993, s. 543-571.
- Dural**, Mustafa/**Öz**, Turgut: Miras Hukuku, 17. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.
- Eren**, Fikret: “Miras Açıldıktan Sonra Miras Hisselinin Devri Sözleşmesi”, Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta’ya Armağan, Sevinç Matbaası, Ankara 1974, s. 131-151.
- Eren**, Fikret/**Yücer Aktürk**, İpek: Türk Miras Hukuku, 3. Baskı, Yetkin, Ankara 2020.
- Ergüne**, Mehmet Serkan: “Terekedeki Münferit Mallar İçin Kısmi Paylaşma Davası Açma İmkânının Değerlendirilmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. XXII, S. 3, 2016, s. 1063-1085.
- Escher**, Arnold: Das Erbrecht, Zweite Abteilung: Der Erbgang (Art. 537-640), 3. Auflage, Schulthess, Zürich 1960.
- Genç Arıdemir**, Arzu: Mirasın Açılmasından Sonra Yapılan Miras Payının Devri Sözleşmesi, On İki Levha, İstanbul 2012.

- Göksu**, Tarkan: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, 3. Auflage, Hrsg. Peter Breitschmid, Alexandro Jungo, Schulthess, Zürich-Basel-Genf 2016.
- Horozoğlu**, Orçun: “Mirasın Açılmasından Önce Beklenen Miras Hisselinin Devri”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, Der Yayınları, İstanbul 2015, s. 353-377.
- İmre**, Zahit/**Erman**, Hasan: Miras Hukuku, 15. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2021.
- İnan**, Ali Naim/**Ertas**, Şeref/**Albaş**, Hakan: Miras Hukuku, 10. Bası, Seçkin, Ankara 2019.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Medenî Kanun’umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukuku’nda Getirdiği Yenilikler, 2. Bası, Turhan, Ankara 2004.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Miras Hukuku, 10. Bası, Turhan, Ankara 2019.
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Miras Hukuku, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987 (Atıf: 3. Bası).
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Miras Hukuku, 2. ve 3. Basılara Ek Kitap, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- Köprülü**, Bülent: Miras Hukuku Dersleri, 2. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1985.
- Nomer**, Halûk Nami/**Ergüne**, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, 7. Bası, On İki Levha, İstanbul 2019.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay Özdemir**, Saibe: Eşya Hukuku, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2020.
- Oğuzman**, M. Kemal: Miras Hukuku, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995.
- Özakman**, Cumhuriyet: Miras Payının Devrine İlişkin Sözleşmeler, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1984.
- Piotet**, Paul: Schweizerisches Privatrecht, IV/2, Erbrecht, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, Basel 1981.
- Sarıkaya**, Murat: Sözleşmenin Yorumu, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.
- Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkay: Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları, 6. Baskı, Seçkin, Ankara 2019.
- Sungurbey**, İsmet: “Elbirliğiyle (İştirak Halinde) Mülkiyetin Ne Olduğu ve Elbirliği İlkesinin Yaşamsal Gücü, Yargıtay Dergisi, Özel Sayı, C. XV, S. 1-4, 1989, s. 253-288 (Atıf: Elbirliği).

- Sungurbey, İsmet:** “Miras Payının Ya Da Belirli Konulardaki Miras Payının Üçüncü Bir Kişiyeye Geçirilmesi Sözleşmelerine ve Bu Payların Hazine İlişkin Pratik Sorunlar”, Yasa Hukuk Dergisi, C. VII/2, 1983, s. 1517-1533.
- Topuz, Seçkin:** “Miras Açıldıktan Sonra Miras Hisselinin Devri Sözleşmesinin Konusu Şekli ve Etkisi”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. III, S. 2, 2008, s. 419-429.
- Tuor, Peter/Picenoni, Vito:** Schweizerisches Zivilgesetzbuch: Das Erbrecht, 2. Abteilung, Der Erbgang, Artikel 537-640 ZGB, 2. Auflage, Verlag Stämpfli & Cie, Bern 1964.
- Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Jungo, Alexandra:** Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Schulthess, Zürich-Basel-Genf 2015 (Atf: Tuor/Schnyder/Jungo).
- Yıldırım, Mustafa Fadıl:** “Beklenen (Açılmamış Bir Terekedeki) Miras Hakkının Devri Sözleşmesi (I), Yargıtay Dergisi, C. XXI, S. 1-2, 1995, s. 109-144 (Atf: Beklenen Miras Hakkının Devri [I]); Beklenen (Açılmamış Bir Terekedeki) Miras Hakkının Devri Sözleşmesi (II), Yargıtay Dergisi, C. XXI, S. 3, 1995, s. 278-293 (Atf: Beklenen Miras Hakkının Devri [II]).
- Yıldırım, Mustafa Fadıl:** “Beklenen Miras Hakkının Devri Sözleşmesi Konusunda İki Gelişme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. LIII, S. 1, 2004, s. 117-130 (Atf: İki Gelişme).
- Wank, Rolf:** Die Auslegung von Gesetzen, 6. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2015.
- Wolf, Stephan/Genna, Gian Sandro:** Schweizerisches Privatrecht, IV/2, Erbrecht, 2. Teil, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2015.

ÖLÜM KARİNESİ

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1182516>

Dr. Öğr. Üyesi Ali Haydar YAĞCIOĞLU*

Öz

Ölüm karinesi, Türk ve İsviçre Hukuku'nda, gaiplikte olduğu gibi detaylı bir düzenlemeye sahip olamamıştır. Bu durum, ölüm karinesinin ölüm ile aynı sonuçlara tabi tutulmasından kaynaklanmaktadır. Ancak Alman ve Avusturya Hukuku'nda özel bir kanunda, hem gaipliği hem de ölüm karinesini içine alacak şekilde genel düzenlemeler getirilmiştir. Bu düzenlemeler, konunun ele alınışı ve içerik yönünden farklılıklar taşımaktadır. Bu çalışma sözü edilen farklılıkları da göz önünde tutmaktadır. Böylece çalışmamızda hukukumuz bakımından ölüm karinesi kavramı, koşulları, sonuçları ve aksinin ispatlanmış olması halleri karşılaştırmalı bir bakış açısıyla ele alınmıştır. Ölüm karinesi adı bir karine olarak, ölümden dolayı hak sahibi olanlar açısından bilinmezliğe son vermektedir. Ölüm karinesi sıkı koşullar altında değerlendirilir, özellikle kaybolan kimsenin ölümüne kesin gözüyle bakılmasını gerektirir. Ölüm karinesinin bu kesinlik özelliği aslında aksini ispata elverişli olmaması sonucunu doğurmalıdır. Çalışmamızda bu konuda da bir çözüm önerisinde bulunulmuştur. Ancak çok düşük ihtimal de olsa aksinin ispat edilmesi ihtimali üzerinde durulmalıdır. Bu ihtimalde özellikle aile ve miras hukuku açısından doğacak hukuki sonuçlar önem taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler

Ölüm Karinesi, Gaiplik, Ölümün Kesinliği, Karinenin Aksini İspat, Ölü Kaydının Hükmünü Yitirmesi

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, İzmir, (ali.yagcioglu@deu.edu.tr) ORCID: 0000-0002-1518-9796 (Geliş Tarihi: 29.06.2022-Kabul Tarihi: 03.08.2022) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

THE PRESUMPTION OF DEATH

(Research Article)

Abstract

In Turkish and Swiss Law, the presumption of death has not been regulated in detail as in the case of disappearance. Because the presumption of death has subjected to the death's consequences. However, in a special law in German and Austrian Law, general provisions that contain both disappearance and presumption of death have been regulated. These regulations differ in subject's handling and content. The mentioned differences shall be considered in this study. Thus, in terms of our law, the concept of presumption of death, its conditions, its consequences, and the cases where its opposite has been proven shall be discussed comparatively in this study. The presumption of death, as a rebuttable presumption, puts an end to vague situation of the someone who has rights that are resulted from other person's dead. The presumption of death is evaluated under strict conditions. It requires the certain death of the disappeared person. This certainty of the presumption of death means unrebuttable result. A solution about this matter has been offered in the study. However, even if the proving the contrary is a chance in a million, this possibility should also be considered. In this case, the legal consequences that will arise especially in terms of family and inheritance law are important.

Keywords

Presumption of Death, Disappearance, Certainty of Death, Refutation of Presumption, Invalidation of Death Record

GİRİŞ

Kişinin öldüğünün kesin olarak düşünüldüğü ancak cesedinin bulunmadığı hallere ilişkin olarak kişinin kişiliğinin sona ermiş olup olmadığına yönelik bir belirsizlik doğabilir. Bunu gidermek amacıyla hukukumuzda, “Ölüm karinesi” kenar başlığıyla Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) 31’inci maddesinde¹ bir kimsenin, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolması ihtimalinde, cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılacağı şeklinde bir sonuç benimsenmiştir. Mevaz İsviçre Medeni Kanun (İMK) ise “Ölüm belirtisi” anlamına gelen “Anzeichen des Todes” kenar başlığıyla 34’üncü maddede, bir kimsenin ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren şartlar altında kaybolması ihtimalinde, cesedini hiç kimse görmemiş olsa bile, o kimsenin ölü olarak değerlendirilebileceğini kabul etmiştir. Kullanılan terminoloji ve bazı önemsiz farklılıklar dışında bu düzenlemenin TMK m. 31’deki düzenlemeyle benzerlikler taşıdığı söylenebilir.

Bir kimsenin cesedinin bulunamamış olması, ancak bu kimsenin ölümünün de mutlak şekilde kesin görülmesi halinin, sadece Türk ve İsviçre Hukuku’nda değil, başka ülkelerin hukuklarında da yasal zemine kavuşturulmuş olduğu gözlemlenmektedir. Şöyle ki, Alman Hukuku için 1939 tarihli “Verschollenheitsgesetz (Kayıp Kişiler Kanunu)” ile Alman Medeni Kanunu’nun çeşitli hükümleri (§ 1319, § 1320, § 1494, § 1677, § 1681, § 1884, § 1921, § 1974, § 2031, § 2252, § 2370); Avusturya Hukuku için 1950 tarihli “Todeserklärungsgesetz (Ölüm İlanı Kanunu)” konuyu düzenlemektedir. Bu düzenlemeler dikkate alındığında, Türk ve İsviçre Hukuku’nda yüzeysel bir düzenlenmenin bulunduğu; buna karşın Alman ve Avusturya Hukuklarında detaylı kuralların benimsendiği görülmektedir. Bu detaylı kuralların varlığı, çalışmamıza ilişkin bazı soru ve sorunların tespitinde, irdelemesinde ve değerlendirilmesinde yol gösterici niteliktedir. Bununla birlikte Alman ve Avusturya Hukuklarındaki bu detaylı kurallar, çalışmamızın sınırlarını aşmamak amacıyla ayrıntılarıyla incelenmeyecek, sadece temel bazı noktalarda bunlara değinilecektir.

Ölüm karinesi yargı kararlarında neredeyse yok denecek kadar kendisine yer edinmiş bir kurumdur². Belki de bu özelliği sebebiyle gaiplikle

¹ Ayrıca kütüğe ölü kaydı düşülmesiyle ilgili bakınız (bkz.) TMK m. 44.

² Yarg. HGK T. 16.05.2007, E. 2007/2-276, K. 2007/278 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 03.04.2022). Bazı kararlarda ölüm karinesinin gaiplikle karıştırıldığı görülmektedir. Bkz. Yarg. 8. HD., T. 19.03.2019, E. 2017/8842, K. 2019/2901; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2.Dairesi, 11.10.2000 T., 2000/426 E., 2000/611 K.;

birbirine karıştırılma sakıncası altındadır. Nitekim yargı uygulamasında bazı kararlarda, sanki ölüm karanesiyle gaipliğin aynı anlamı taşıdığı izlenimi uyandıracak şekilde özensiz kullanımlara rastlanmaktadır. Bu durum çalışma konumuzu seçmemizde motive edici bir sebep olmuştur. Ayrıca ölüm karanesine ilişkin hukukumuzda, Alman Hukuku'nda, Avusturya Hukuku'nda ve özellikle Mehaz Kanun'da tercih edilmiş olan terimlerin ve kuralların farklılığı, bu kurumun kavram olarak neyi ifade etmek istediği, neyi amaçladığı ve hangi kurallarla düzenlendiği konularının incelenmesini zorunlu kılmaktadır.

Ölüm karanesi kavramı, ölüm karanesinin hukuki niteliği ve gaiplikten farkı çalışmamızda inceleyeceğimiz ilk konulardır. Kavram ve hukuki nitelik net bir şekilde ortaya konduktan sonra, ölüm karanesinin uygulama koşulları üzerinde durulacaktır. Bundan sonra ise ölüm karanesinin sonuçları ve karinenin aksinin ispatlanmasında doğacak sonuçlar irdelenecektir. Aksi durumun gerçekleşmesi, yani hakkında ölüm karanesi çerçevesinde ölü kaydı düşülmüş olan kişinin farklı bir tarihte ölmüş olduğunun veya aksine; sağ olduğunun anlaşılması ihtimali karşısında, çalışmamızda bu karinenin aksinin ispatlanmasının; Medeni Hukukun Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Miras Hukuku gibi alanlarıyla Sosyal Güvenlik Hukuku alanını kapsayan sonuçları da incelenmeye çalışılacaktır.

I. ÖLÜM KARİNESİ HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

A. Genel Olarak

Normal koşullar altında bir kimsenin ölü olup olmadığı, ceset üzerinde yapılacak değerlendirme sonucunda hekim tarafından tespit edilir ve ölü hakkında ölüm belgesi düzenlenir³. Bundan sonra Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun (NHK) 31'inci maddesine göre; orada yetkili sayılan makamlar, ölüm olayını Genel Müdürlüğe veya Nüfus Müdürlüğü'ne bildirirler⁴.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu 28.04.2011 T., 2007/282 E., 2011/295 K. (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 02.04.2022). Ölüm karanesine karşılık gelen madde numaralarının belki de sehven yanlış kullanıldığı karar için bkz. Adana BAM. 1. HD., T. 30.11.2017, E. 2017/23, K. 2017/23. (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 02.04.2022).

³ Ölüm belgesi vermeye yetkili sayılanlar hakkında bkz. Mezarlık Yerlerinin İnşası ile Cenaze Nakil ve Defin İşlemleri Hakkında Yönetmelik m. 16. Defin ruhsatı verilmesi hakkında bkz. 1530 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 216.

⁴ Bildirilecek Nüfus Müdürlüğü, ölümün gerçekleştiği yerdeki, bu bilinmiyorsa cesedin bulunduğu yerdeki, ölüm taşıta gerçekleşmişse, cesedin taşıttan çıkarıldığı yerdeki Nüfus Müdürlüğüdür (NHK m. 31/f. III). Bu konuda ayrıca bkz. 8.10.2021 Tarihli T.C. İç İşleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü "*Nüfus Mevzuatının*

Bununla birlikte öyle olaylar vardır ki, bir kimsenin cesedi veya bir parçası hiç kimse tarafından görülememiş veya bulunamamış, bir ceset bulunsa da teşhis edilememiş olsa bile, o kimsenin ölümüne kesin gözüyle bakılabilir. Mesela bir uçağın sağ kurtulmaya elverişsiz şekilde açık denize düşmüş olmasında kaza yerine ulaşılabilme mümkün değildir⁵. Bu örnekte olduğu gibi, ölüme kesin gözüyle bakılmasının haklı gerekçesi, o kimsenin bazı özel koşullar altında; ölümüne kesin gözüyle bakılmasını gerektiren durumlar içinde kaybolmasıdır. Bunun yanında cesedin bulunamamış, bulunsa bile teşhis edilememiş olması ve kişinin ölüm kütüğüne kaydedilmiş olması koşullarının da gerçekleşmesi gerekir.

B. Terminoloji

Hukumumuzda konuyu düzenleyen TMK m. 31'in kenar başlığında "Ölüm karinesi" ifadesi tercih edilmiştir. Ancak Mevzuat İMK m. 34'te "Ölüm belirtisi" (*Anzeichen des Todes*) ifadesine yer verilmiştir. İsviçre Hukuku öğretisinde, konu ölümün ispatı başlığı altında ele alınıp da bir ispat meselesi gibi değerlendirilse de; bu kurum bir "Karine" (*Die Vermutung*) olarak nitelendirilmemiştir. Birçok yazar bu kurumla ilgili açıklamalarını "Ölüm ilanı" (*Todeserklärung*) başlığı altında yapmış⁶; bazıları ise "Emare ispatı"

Uygulanmasına İlişkin Açıklama"nın VI.Bölüm, "15.Ölüm Olaylarına İlişkin Esaslar" başlığı altındaki açıklamalar,

https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/talimat/nufusislemeler/081021-tarihli-nufus_mevzuatinin_uygulanmasina_iliskin_aciklamalar.pdf, Erişim Tarihi:1.3.2022.

⁵ **Bucher**, Andreas: *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2009, s. 49, kn. 219; **Hausheer**, Heinz/**Aebi-Müller**, Regina E.: *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 5.Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2020, s. 32, kn. 93; **Guggenbühl**, Markus/Beretta, Piera: *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art.1-456 ZGB*, 4. Auflage, (Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2010, Art. 34, kn. 1; **Guggenbühl**, Markus: *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB*, 6. Auflage, (Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2018, Art. 32, kn. 1; **Hrubesch-Millauer**, Stephanie/**Bosshardt**, Martina: *Personenrecht in a nutshell*, 2. Auflage, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2021, s. 26.

⁶ **Hofer**, Sibylle/**Hrubesch-Millauer**, Stephanie: *Einleitungsartikel und Personenrecht*, 2.Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2012, s. 215, kn. 11.20; **Hofer**, Sibylle: *Personenrecht*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2019, s. 42, kn. 120. "Ölüm ilanı" (*Todeserklärung*) kavramını, "Emare ispatı" (*Indizienbeweis*) başlığı altında diğer bir adlandırma olarak kullanan yazarlar için bkz. **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 32, kn. 93 vd.; **Hrubesch-Millauer/Bosshardt**, s. 26.

(*Indizienbeweis*) başlığını kullanmıştır⁷. İlginçtir ki İMK'da “*Ölüm ilanı*” (*Todeserklrung*) kavramı kullanılmamış olmasına rağmen, İsviçre Hukuk Usulü Hakkında Kanun'un 21'inci maddesinde yetki kuralı düzenlenirken kenar başlık olarak “*Ölüm ve gaiplik ilanı*” (*Todes- und Verschollenserklrung*) terminolojisi tercih edilmiştir.

Aslında “*Ölüm ilanı*” (*Todeserklrung*) kavramı, bazı yazarlarca, gaiplikle ilgili açıklamalarda kullanılmıştır. Şöyle ki bu kavram, İMK'nın kabulünden önce dili Almanca olan kantonlarda tercih edilen sistem çerçevesinde, ölümün yüksek ihtimal görüldüğü hallerle ilişkilendirilmişti. Ölümün yüksek ihtimal görüldüğü bir başka sistem, dili Fransızca olan kantonlarda kabul edilen ve kökeni Fransız Hukuku'na dayanan Gaiplik ilanıydı (*Verschollenerklrung*)⁸. Bu açıklamalar kapsamında Ölüm ilanı ve Gaiplik

⁷ **Pedrazzini**, Mario M./**Oberholzer**, Niklaus: Grundriss des Personenrechts, 4. Auflage, Verlag Stmpfli+Cie AG, Bern 1993, s. 38; **Bucher**, s. 49, kn. 219 vd; **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 32, kn. 93 vd; **Hrubesch-Millauer/Bosshardt**, s. 26.

⁸ Bu iki kavram arasındaki farkı anlayabilmek adına konuyu biraz açmak gerekirse; *Ölüm ilanı* sisteminde, belirli koşullar yerine getirildikten; özellikle belirli bir sürenin geçmesinden ve bir ilan sürecinden sonra, kayıp kimse için yapay bir ölüm günü belirlenmektedir. Bu gün, kural olarak ölüm ilanının yapıldığı gündür. O güne kadar kişinin hayatta olduğu, o günden sonra ise öldüğü karineten kabul edilir. Böylece kayıp kişi o güne kadar miras hakkına sahip olup, o günden sonra artık mirasbırakan olarak değerlendirilir. *Gaiplik ilanı* sisteminde ise, ispat yükünün tersine çevrilmesi söz konusudur. Bir kimse- nin ölümünü iddia eden, kural olarak bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. Ancak belirli durumlarda bu ispat kuralından vazgeçilebilir. Bu durumlarda ölüm karineten kabul edilir; kişinin yaşadığını iddia eden bunu ispat etme hakkına sahiptir. Böylece kişinin hayatta olduğu, ancak bunun ispatlanabildiği zaman süreci için söz konusudur. O zaman sürecinin bitişinden itibaren o kimse ölü olarak kabul edilmelidir. Neticede İMK Gaiplik ilanı sistemini kabul etmiş, ancak ölüm ilanına ilişkin bazı unsurları da sisteme dahil etmiştir. Ölüm ilanında olduğu gibi yapay bir ölüm gününün tespit edilmesi, İMK'nın yapısına uygun düşmemektedir. İMK'da kişinin yaşadığına yönelik bir karine de geçerli değildir, aksine Kanun kişinin ölümünü ispattan muaf tutmaktadır. Gaiplik ilanı, kişinin yaşadığına yönelik bir karine getirmediği için, ölüm anı, kişinin ispatlanabilen son yaşam belirtileri anına kadar geriye götürülür. O ana kadar kaybolan kimseye düşen mirasın ya da kazanımın geri alınması söz konusu olmaz. Ayrıca kayıp kişiye mirasçılık sıfatı, son yaşam belirtisi anına bakılarak tespit edilir. Bkz. **Tuor**, Peter/**Schnyder**, Bernhard/**Schmid**, Jörg/**Rumo-Jungo**, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2010, s. 127-128, kn.9-13; **Lardelli**, Flavio/**Ngeli**, Caterina: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art.1-456 ZGB, 4. Auflage, (Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2010, Art. 35, kn. 1; **Lardelli**, Flavio: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art.1-456 ZGB, 6. Auflage, (Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2018, Art. 35, kn. 1. Pedrazzini/Oberholzer, gaiplik ilanında kaybolan kimsenin ne yaşadığına ne de öldüğüne dair bir karinenin söz konusu olduğunu, sadece kaybolan kimsenin hayatta olma-

ilanı sistemleri, aslında ölüme kesin gözle bakılan bir hal olan ölüm karinesinden tamamen farklıdır. Bu sebeple, İsviçre Hukuku'nda üzerinde fazlaca düşünülmeyen, karıştırılmaya elverişli kullanımların bulunduğu söylenebilir.

İMK m. 34'ün kenar başlığında “Ölüm belirtisi” (*Anzeichen des Todes*)” terminolojisinin kullanımı, gaiplikte de ölümün karineten kabul edilmesi ve böylece gaiplikle karıştırılma endişesiyle, bilinçli bir tercihe dayanıyor olabilir. Ancak benzer örnekler⁹ üzerinden açıklanan; iki veya daha fazla kimseden aynı olayda hangisinin daha önce öldüğünün ispat edilemediği; “aynı anda ölüm karinesi” (*Vermutung des gleichzeitigen Todes*) veya başka bir ifadeyle “birlikte ölüm karinesi” (*Kommorientenvermutung*) için de aynı endişenin taşındığı söylenemez. Nitekim burada açıkça “karine” (*Vermutung*) terimi kullanılmaktadır¹⁰. Bu sebeple “Ölüm belirtisi” teriminin kullanımında daha ziyade konunun ispata ilişkin özelliğini ön planda tutmak düşüncesinin var olduğu kabul edilmelidir.

Ölüm karinesiyle gaipliği kesin sınırlar içinde birbirinden ayırt edici terminoloji arayışında Alman ve Avusturya Hukuklarındaki kullanımlara da değinmek gerekir.

Alman Medeni Kanunu'nda (*BGB*) da birçok yerde “bir kimse hakkında ölüm ilanı kararı verilmesinden veya Kayıp Kişiler Kanunu

diğina dair bir yüksek olasılığın bulunduğunu, bu olasılığın, hakları ölüme bağlı olanların ölümü ispat etme yükünden kurtardığını, böylece geride kalanların özellikle de mirasçılarının ölümü ispatlamış gibi haklarını ileri sürebileceklerini belirtmiştir. **Pedrazzini/Oberholzer**, s. 39. Yazarların gaiplikte ölümün karineten kabul edilemeyeceğine dair açıklamalarının sebebi, İMK m. 34'teki kurum (*ölüm karinesi*) için “Ölüm karinesi” (*Todesvermutung*) terminolojisini kullanmaları olabilir. Ancak gaipliği anlatırken, özellikle ispat yükünden kurtarmaya yönelik açıklamalardan; gaiplikte de ölümü bir karine olarak benimsedikleri anlaşılmaktadır.

⁹ Mesela uçak kazası örneğinde bkz. **Pedrazzini/Oberholzer**, s. 37; **Hrubesch-Millaue/Bosshardt**, s. 25.

¹⁰ **Pedrazzini/Oberholzer**, s. 37; **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 126, kn. 4; **Kley, Andreas/Seferovic**, Goran: ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Hrsg. Kren Kostkiewicz, Jolanta/Nobel, Peter/Schwander, Ivo/Wolf, Stephan), 2. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2011, Art. 32, s. 120; **Guggenbühl**, BSK, Art. 32, kn. 4 vd.; **Hrubesch-Millaue/Bosshardt**, s. 25. Bununla birlikte iki kimsenin aynı anda ölemeyeceği kesin olsa bile, hangisinin daha önce öldüğü kanıtlanamadığı sürece, İMK m. 32/f. II düzenlemesinin unsurlarının sağlanmış olacağı ve bu koşullar altında artık karinenin yasal bir fiksiyona dönüşeceği hakkında bkz. **Pedrazzini/Oberholzer**, s. 37; **Guggenbühl**, BSK, Art. 32, kn. 5; **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 31, kn. 90. Birlikte ölüm karinesi hakkında doğrudan fiksiyon nitelendirmesinde bulunan bkz. **Riemer**, Hans Michael: Personenrecht des ZGB, Stämpfli Verlag AG, 2. Auflage, Bern 2002, s. 87, kn. 138.

(*Verschollenheitsgezet*) çerçevesinde ölüm anının tespit edilmesinden” bahsedilmektedir¹¹. Kayıp Kişiler Kanunu § 1’e göre, somut koşullara göre yaşamaya devam ettiği konusunda ciddi şüphelere yol açması koşuluyla, uzun zamandır nerede olduğu bilinmeyen ve bu süre içinde yaşadığı veya öldüğü konusunda hiçbir haber alınamayan kimse, kayıp sayılmaktadır. Ancak somut koşullara göre ölümü konusunda şüphe bulunmayan kimseyi kayıp olarak nitelendirmek mümkün değildir. § 2’ye göre ise, kayıp kimse hakkında Kanun’un § 3 ile § 7’deki koşullar gerçekleşmiş ve ilan prosedürü de yerine getirilmişse, ölüm ilanı kararı verilebilecektir. Kanun’un § 3 ile § 7’deki düzenlemeler, kayıp kimseler için ölüm ilanı kararının hangi olgular¹² çerçevesinde verilebileceğiyle ilgilidir. Bunlar arasında, savaş veya savaş benzeri operasyon gibi tehlike arz eden bir durum içinde; özellikle yüksek ölüm olasılığı içinde kaybolmayla, deniz seyahatinde batan gemide veya uçak seyahatinde tahrip olan uçakta bulunma ve kaybolmayla ilgili örnekler bulunmaktadır. Bu örnekler, Türk ve İsviçre Hukuku düzenlemeleri çerçevesinde somut olayın özellikleriyle ölümün gerçekleşmesi olasılığına göre incelendiğinde; yerine göre ölüm karinesi veya gaiplik kararı kapsamında değerlendirmeye elverişlidir. Buna göre Alman Hukuku’nda gaiplik ve ölüm karinesi kurumları arasında kesin bir ayırım yapılmış değildir. Her iki kurum arasındaki sınırların kesin olarak çizilmediği Alman Hukuku da, bu hukukta tercih edilen “*Ölüm ilanı kararı*” (*Todeserklärungs*) teriminin, Türk İsviçre Hukuku açısından doğru bir terminoloji seçimi olup olmadığı meselesinin çözümünde yardımcı olmamaktadır.

Avusturya Hukukunda ise 1950 tarihli “*Ölüm İlanı Kanunu*” (*Todeserklärungsgesetz*), Alman Hukuku’ndaki Kayıp Kişiler Kanunu’yla hemen hemen aynı hükümleri içermekte ve aynı terminolojiyi kullanmak-

¹¹ Kanundaki ifade aynen şöyledir: “*wenn er für tot erklärt oder seine Todeszeit nach den Vorschriften des Verschollenheitsgesetzes festgestellt wird*”. Bkz. BGB § 1319-1320 (*evlilikte ölüm kararı verilen eşin hayatta olduğunun anlaşılması*), § 1494 (*eşlerden birinin ölümüyle mal ortaklığı rejiminin sona ermesi*), § 1677, 1681 (*velayetin sona ermesi veya hayatta kalan eş açısından devam etmesi*), § 1884 (*Kısıtlının ölümüyle vasiyetin sona ermesinde*), § 1921 (*bakım yükümlüsünün ölümüyle bakım ilişkisinin sona ermesinde*), § 1974 (*vasiyet alacaklısının mirasçılara karşı alacak talebini ileri sürmesi için geçmesi gereken sürenin başlangıcını tespit*), § 2031 (*ölüm ilanı kararı verilen kimsenin yaşadığının anlaşılmasıyla mirasçılara karşı iade talebi yöneltmesinde*), § 2252 (*sözlü vasiyetin geçerlilik süresinin tespitinde*), § 2370 (*ölüm ilanı veya ölüm anı kararına yönelik duyulan güven*).

¹² Bu olgular için bkz. “II. ÖLÜM KARİNESİNİN UYGULAMA KOŞULLARI A. Maddi Koşullar 1. Kişinin Ölümüne Kesin Gözüyle Bakılması Gerektiren Durumlar İçinde Kaybolması” başlığı altında yapılan açıklamalar.

tadır. Bu sebeple şimdiye kadar ve bundan sonra Alman Hukuku için yapmış olduğumuz açıklamalar Avusturya Hukuku açısından da aynen geçerliliğini korumaktadır.

Sonuçta kimi hallerde gaiplik kurumunu ifade eder şekilde kullanılan “Ölüm ilanı” terminolojisi veya ispata ilişkin özelliği ön planda tutan “Ölüm belirtisi” terminolojisi yerine, kanaatimizce ayırt ediciliği sağlamak adına “Ölüm karinesi” terminolojisi tercih edilmelidir¹³. Ölüm karinesinin hukuki niteliği açıklanırken görüleceği üzere, hem İsviçre Hukuku’ndaki hem de Türk Hukuku’ndaki düzenlemeler kapsamında, bu kurum, bir karine olarak ele alınmıştır. Biz de çalışmamızda TMK m. 31’in kenar başlığında kullanıldığı üzere “Ölüm karinesi” terminolojisini tercih edeceğiz.

C. Hukuki Niteliği

Ölüm karinesinin, adında geçtiği üzere bir karine mi olduğu, karineyse türleri bakımından adi karine mi kesin karine mi olduğu yoksa kanuni bir varsayım mı (*fiksiyon*) olduğu sorularının cevaplanması gerekir. Özellikle varılacak sonuç, ispat yönünden nasıl hareket edileceği noktasında önem taşımaktadır. Bunun için öncelikle karine ve varsayım kavramlarına kısaca değinmek gerekir.

1. Karineler ve Varsayım (Fiksiyon)

Öğretide karine genel olarak, varlığı bilinmeyen bir olgu hakkında sonuç çıkarmayı sağlayan bir işaret, belirti olarak tanımlandığı gibi¹⁴; varlığı bilinen bir olgudan varlığı bilinmeyen bir olgu hakkında sonuç çıkarmak olarak da tanımlanmaktadır¹⁵. Kanunkoyucu, bilinmezlikleri, belirsizlikleri

¹³ İsviçre öğretisinde sadece Pedrazzini/Oberholzer “Ölüm karinesi” (*Todesvermutung*) terminolojisini kullanmıştır. Yazarlar bu kurumu, ölümün ispatıyla ilgili özel kural olan “*Emare ispat*” (*Indizienbeweis*) başlığı altında incelemişlerdir. Bkz. **Pedrazzini/Oberholzer**, s. 38, 46.

¹⁴ **Karakaş**, Fatma Tülay: “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 62 (3), 2013, s. 731.

¹⁵ **Brückner**, Christian: Das Personen des ZGB Erster Teil Rechts- und Handlungsfähigkeit, Verwandtschaft, Heimat und Wohnsitz natürlicher Personen (Art. 11-26 ZGB, Art. 31-38 ZGB), Schulthess Verlag, Zürich 2000, (http://www.cbrueckner.ch/pdf/AA01_Personenrecht1.pdf, Erişim Tarihi: 18.2.2022), kn. 134, dn. 59; **Zevkliler**, Aydın/**Acabey**, M. Beşir/**Gökyayla**, Emre: Zevkliler Medeni Hukuk, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2000, s. 177; **Zevkliler**, Aydın/**Acabey**, M. Beşir: Zevkliler Medeni Hukuk-I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021, s. 253; **Yağcıoğlu**, Ali Haydar: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı, Güncel Yayınevi, İzmir 2007, s. 52.

bir sonuca bağlamak amacıyla, çeşitli kanuni düzenlemelerde karinelere yer vermiştir. Kanuni karineler, adi ve kesin olmak üzere kendi içerisinde ikiye ayrılırlar¹⁶. Aksinin ispatı mümkün olan bir karine ise adi, aksinin ispatı mümkün değilse kesin bir karinenin varlığından söz edilir. Adi karinelere, buna dayanan taraf, iddiasını ispat etmekten kurtulmuş olur, diğer taraf ise bu halde sadece aleyhindeki bu karinenin doğru olmadığını ispat yoluna gidebilir. Eğer doğru olmadığını ispat ederse, ispat yükü, karineye dayanan tarafa geçer. Hukukumuzda adi karineye pek çok hükümde yer verilmektedir: İyiniyet karinesi (TMK m. 3), resmi sicil ve senetlerin doğruluğu karinesi (TMK m. 7) gibi¹⁷. Kesin karineler aksi ispat edilemeyen karinelere dir. Bu yönüyle kesin karineler, kanuni varsayımlara benzer. Hatta öğretilerde bazı yazarlar¹⁸ kanunî varsayım ile kesin karineyi eş anlamda kullanmaktadır. Kesin karineler, aksi ispat edilemeyen karinelere dir, bu açıdan kanunî varsayımların da aksi ispat edilemez. Kanunî varsayımlarda belli bir olaya kanun sonuç bağlamaktadır. Oysa kanunî karinelere, varlığı bilinen olumlu veya olumsuz bir olaydan, başka bir olumlu veya olumsuz olayın veya durumun varlığı veya yokluğu sonucu çıkarılmaktadır. Kanuni varsayımların söz konusu olduğu durumlarda, kesin karinelere olduğu gibi, böyle bir varsayım dayanan kimse ispat yükünden kurtulmaktadır. Kanun önce kendi lehine hak çıkaracak kimselere ispat imkânı tanımakta, bu ispat imkânı sağlanamazsa, bu olaya belirli bir sonuç bağlamaktadır. Hukukumuzda kanunî varsayımların sayısı azdır. Örneğin, TMK m. 222/f. I-II'ye göre, belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimse, bu iddiasını ispatlayamazsa, o mal eşlerin paylı mülkiyetinde sayılmaktadır. Paylı mülkiyetinde sayılma, artık kanuni bir varsayım olarak kabul edilmektedir. Başka bir örnek, Türk

¹⁶ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 198; Zevkliler/Acabey, s. 254; Yağcıoğlu, s. 52; Karakaş, s. 736.

¹⁷ Edis, Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993, s. 373-374; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 197-198; Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami: Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık, 24. Bası, İstanbul 2018, s. 342-343, kn. 1042.

¹⁸ Brückner, kn. 134, dn. 59. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, kesin karinelerin aksi kanıtlanmadığından dolayı bunlara yasal varsayımlar da denilebileceğini bkz. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 198; Zevkliler/Acabey, s. 254, Kanuni faraziyenin (varsayımın) aksinin iddia edilemeyeceğini, bu hususta, kanuni kesin karine veya kısaca kesin karine deyiminin de kullanıldığı hakkında bkz. Oğuzman/Barlas, s. 341, kn.1036. Gerçekten, Edis'in de ifade ettiği gibi, kanuni varsayım mı, yoksa kesin karine mi söz konusu olduğu bir yorum meselesidir ve iki kavramı birbirinden ayırmak güçtür. Pratikte ise bu ayırımın önem taşımaz, nitekim sonucu bakımından (aksi ispat edilememe) her iki kavramın aynı olduğu gibi gerekçelerle, bu ayırım kabul edilmeyebilir de. Bkz. Edis, s. 376, dn. 55.

Borçlar Kanunu m. 175'e göre, koşulun gerçekleşmesini taraflardan biri, dürüstlük kurallarına aykırı bir biçimde engellerse, o koşul gerçekleşmiş sayılır, koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına aykırı bir biçimde sağlarsa, o koşul gerçekleşmemiş sayılır. Burada kanun, dürüstlük kurallarına aykırı bir biçimde koşulun gerçekleşmesinin engellenmesi veya sağlanması olayına, koşulun gerçekleşmiş veya gerçekleşmemiş sayılması şeklinde sonuç bağlamaktadır¹⁹.

2. Ölüm Karinesinin Adi Karine Olduğu

Bu açıklamalar çerçevesinde ilk bakışta ölüm karinesinin kanuni varsayım olduğu izlenimi uyanmaktadır. Özellikle TMK m. 31'de belirtilen; ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolma koşulunun ispat edilmesi, artık aksine bir durumun söz konusu olamayacağı düşüncesine yönelmektedir. Nitekim TMK m. 44/f. I uyarınca o yerin en büyük mülki amirin emriyle de kütüğe ölü kaydı düşülmektedir. Böylece gaiplikte olduğu gibi yargı yoluna gitme, belirli bir sürenin geçmesini bekleme ve ilan gibi uzun bir prosedüre ihtiyaç duyulmamaktadır.

Bununla birlikte TMK m. 44/f. II'deki "*Bununla birlikte her ilgili, bu kişinin ölü veya sağ olduğunun mahkemece tespitini dava edebilir*" hükmü, ölüm karinesinin kanuni bir varsayım olduğu izlenimini ortadan kaldırmaktadır. Nitekim belirli bir sonucu kanuni varsayım olarak kabul etmek aynı zamanda artık bu sonucun aksinin ispat edilemeyeceğini de kabul etmek anlamına gelmektedir. Oysaki TMK m. 44/f. II, kişinin ölü sayılması şeklinde sonucun kesin bir sonuç olmadığını, kişinin gerçekten ölü olduğu ancak bunun başka bir tarihte gerçekleşmiş olduğu ya da aksine sağ olduğu gerçeğinin tespitinin mahkemeden istenebileceğini belirtmektedir. O halde, ölüm karinesi, adıyla da uyumlu şekilde; kanunda düzenlenen adi bir karine olarak değerlendirilmelidir. Öğretide de çoğunluk görüşü, ölüm karinesinin adi (*aksi ispat edilebilen*) bir karine olduğunu benimsemektedir²⁰.

¹⁹ Edis, s. 375-376; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 198; Oğuzman/Barlas, s. 341, kn. 1038; Yağcıoğlu, s. 52.

²⁰ Köprülü, Bülent: Medeni Hukuk: Genel Prensipler-Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler), 2. Bası, Acar Matbaacılık, İstanbul 1984, s. 245; Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya: Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 13. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 250; Öztan, Bilge: Medeni Hukukun Temel Kavramları, 46. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, (Temel Kavramlar), s. 240; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 508; Serozan, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm Kişiler Hukuku, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 425; İnan, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/Albaş, Hakan: İnan Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2022, s. 462, kn. 1399; Ayan, Mehmet/Ayan Nurşen: Kişiler Hukuku, 8. Baskı,

Ölüm karinesinin hukuki niteliği hakkında başka bir görüş²¹, ölüm karinesinin kesin bir karine olduğunu, ancak varsayım olmadığını; hakkında ölü kaydı düşülen kişinin çıka gelmesi ihtimalinde o kişinin ölmüş sayılmayacağını, bilakis kendi varlığıyla aksini kanıtlamış olacağını kabul etmektedir. Kesin karineler, aksi ispat edilemeyen karineler olduğu için, kendi içinde tutarlılık bulunmayan bu görüşe katılmak mümkün değildir. Hakkında ölü kaydı düşülen kimsenin sonradan ortaya çıkma ihtimali, ölüm karinesi için aranan koşulların çok sıkı olmasından dolayı düşük bir ihtimaldir. Ancak böyle bir ihtimalin ortaya çıkmasında ölüm karinesinin hukuki niteliği hakkında ayırım gözetmeksizin geçerli olacak sonuç, sonradan ortaya çıkan ve hakkında ölü kaydı düşülen kişinin bizzat kendisinin veya o kimsenin sağ olmasından lehine hak çıkararak bir başka kimsenin, TMK m. 44/f. II anlamında bir “*ilgili*” olarak, sağ olduğunun tespitine ve böylece nüfus kaydının düzeltilmesine yönelik dava açmasıdır (*Ayrıca bkz. TMK m. 46*).

TMK m. 44/f. II'deki ölü veya sağ olduğunun tespiti hükmünü, farklı şekilde yorumlayan yazarlar²² da bulunmaktadır. Şöyle ki, TMK m. 31'deki koşullar (*aynı içerikte TMK m. 44/f. I'deki koşullar*) gerçekleşmesine rağmen en büyük mülki amir ölü kaydı düşülmesini reddederse artık TMK m. 44/f. II'de belirtilen; mahkemedeki kişinin ölü olduğunun tespit edilmesine yönelik hükmü elde etmekten başka çare yoktur. Bir başka ihtimal de, mülki amirin koşulları oluşmadan ölü kaydı düşmesidir. Bu durumda ilgili kişinin, ölü kaydı düşülen kişinin sağ olduğunun tespiti için dava açması gereklidir.

Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 175; **Arat**, Ayşe: “Gerçek Kişilerde Kişiliğin Sona Ermesi”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi, Yıl: 2006, Cilt: 9, Sayı: 1-2, (<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/116648>, Erişim Tarihi: 08.02.2022), s.263; **Karakaş**, s. 738; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Medeni Hukuk Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, (Medeni), s. 209; **Ardıç**, Oğuzhan: Medeni Hukuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s.171; **Antalya**, O. Gökhan/**Topuz**, Murat: Marmara Hukuk Yorumu Cilt: I Medeni Hukuk (Giriş-Kavramlar-Başlangıç Hükümleri), 3. Bası, Ankara 2019, s. 619, kn. 2225; **Tokat**, Hüseyin: Türk Hukukunda Gaiplik, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 39. Olay-hak karinesi şeklinde yapılan ayırım doğrultusunda, bir olay karinesi olan ölüm karinesinin (*bkz. Öztan, Temel Kavramlar, s. 240; Antalya/Topuz, s. 618, kn. 2214*) aksinin ispatının, karineye temel teşkil eden olayın gerçek olmadığına ispatıyla mümkün olacağı yönünde bkz. **Antalya/Topuz**, s. 619, kn. 2220.

²¹ **Hatemi**, Hüseyin: Kişiler Hukuku, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 82-83, kn. 9.

²² **Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay Özdemir**, Saibe: Kişiler Hukuku, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 30; **Akıpek/Akıntürk/Ateş**, s. 251; **Baygın**, Cem/**Nar**, Ahmet: Medeni Hukuk Dersleri I Başlangıç Hükümleri ve Gerçek Kişiler Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 344.

TMK m. 44/f. II'nin gereken açıklıktan uzak olması, maalesef hükmün yorumlanmasında farklı anlamların çıkarılmasına yol açmaktadır. Kanaatimizce TMK m. 44/f. II'de belirtilen dava açma imkânı, ölüm karinesinin aksinin ispat edileceği halleri de göz ardı etmemek adına kabul edilmiştir. Kanunkoyucunun TMK m. 31'deki koşulların aynısını, TMK m. 44/f. I'de de belirtmesi, bu gerçeği vurgulamak adınadır. Gerçekten hükmün sistematik yorumu, ikinci fıkranın ilk fıkradan bağımsız şekilde değerlendirilmemesi gerektiğini de ortaya koymaktadır. Kaldı ki TMK m. 44/f. II'de kişinin gerçekten ölü ancak bunun farklı bir tarihte gerçekleşmiş olduğunun tespiti de istenebilmektedir. Bu tespit, o kişi hakkında ölüm karinesinin koşullarının gerçekleştiğine değil; eldeki somut deliller çerçevesinde kişinin farklı bir tarihte gerçekten öldüğüne yöneliktir. Başka bir deyişle, ölüm karinesinin koşulları çerçevesinde kişinin ölmüş sayılmasıyla kişinin gerçekten ölü olması farklı durumlardır. Kişinin farklı bir tarihte ölü olduğunun ispatı, ölüm karinesinin aksinin ispatıdır.

İsviçre Hukuku literatürü incelendiğinde, İMK m. 34'te, "Ölüm belirtisi" (*Anzeichen des Todes*) kenar başlığıyla ele alınan ölüm karinesinin hukuki niteliği hakkında doyurucu açıklamalara rastlanılamamaktadır. Yeri itibariyle; hakları ölüme bağlı olanların bunu ispat etmesi gerektiğine ilişkin İMK m. 33'ten sonra gelmesi ve emarelerin ispatı yoluyla ölümün ispatlanmış sayılması karşısında bu hükmün ispata ilişkin kolaylık sağladığı anlaşılmaktadır. Ancak asıl açıklanması gereken husus, ölüm belirtisinin aksinin ispatlanmasının mümkün olup olmadığıdır. Bazı yazarlar ölüm karinesini de içine alacak şekildeki açıklamalarında, gaiplik ilanı kararından (*ölüm karinesinde ölü karardan*) şu durumlarda dönülebilmesinin mümkün olduğunu belirtmişlerdir: Gaiplik ilanı kararı veya ölü kararı, kesin nitelikte karar niteliği taşımazlar, gaibin veya hakkında ölü kaydı düşülen kişinin geri gelmesinde ya da hala hayatta olduğuna dair inandırıcı haber alınmasında yahut ölüm nedeninin ve ölüm zamanının sonradan belirlenebilmesinde karardan dönülmesi mümkündür. Bu durumda ya mahkeme İMK m. 42 çerçevesinde sicili düzeltmeye yönelik yeniden bir karar alır ya da İMK m. 43 çerçevesinde idari memur bunu açık bir yanlışlık veya hata olarak addedip düzeltmeyi kendiliğinden yapar²³. Bu açıklamalara bakılırsa, İsviçre Hukuku'nda da ölüm karinesi kesin bir karine veya fiksiyon olmayıp, adi bir karine niteliği taşır. Özellikle hakkında ölü kaydı düşülen kimsenin hala hayatta olduğuna dair delil sunulabilmesi de bu sonucu desteklemektedir.

²³ Hrubesch-Millauer/Bosshardt, s. 32; Guggenbühl/Beretta, BSK, Art. 34, kn. 6; Guggenbühl, BSK, Art. 34, kn. 6.

Alman ve Avusturya Hukukunda ise ölüm karinesi ve gaiplik örneklerinin aynı başlık altında “*Ölüm ilanı*” (*Todeserklärung*) düzenlendiğini belirtmiştik. Ölüm ilanının hukuki niteliğinin karine olduğu Alman Kayıp Kişiler Kanunu § 9/f. I-1. cümlede açıkça belirtilmektedir (*Aynı şekilde Avusturya Ölüm İlanı Kanunu § 9/f. I, 1. cümle*). Alman Kayıp Kişiler Kanunu’na göre ölüm ilanı, kayıp kimsenin kararda belirtilen anda ölmüş olduğu yönünde karine yaratır. Ölüm kesin ancak ölüm anı kesin değilse, ölümün ve ölüm anının Alman Kayıp Kişiler Kanunu § 39. vd.’na göre mahkemece tespiti mümkündür ve bu karar da aynı şekilde § 44/f. II’ye göre ölüm anı konusunda bir karine oluşturur. Bu karinelerin aksi ispat edilebilir. Ölüm ilanı ve mahkemece ölüm anının tespiti kurucu etkiye sahip olmadığı için, bu kararların sonradan hatalı olduğu ortaya çıkarsa, en başından beri gerçek durum ne idiye, ona göre doğacak hukuki sonuçlar geçerli kabul edilir²⁴.

Kanaatimizce ölüm karinesinin adi bir karine olarak kabulü, sıkı şekilde ele alınan ölüm karinesinin uygulama koşullarıyla, özellikle de kişinin ölümüne kesin gözülle bakılma şeklindeki koşulla çelişmektedir. Aşağıda açıklanacağı üzere; bir taraftan hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde kayıp kişi hakkında ölü kaydı düşerken, diğer taraftan; çok düşük bir ihtimal de olsa kişinin sonradan çıkagelmesi veya ondan hayatta olduğuna dair haber alınabilmesi ihtimalinden bahsedilememelidir. Bizce en ufak bir şüphe, ölüm karinesine yönelik taleplerin reddi sonucuna götürmelidir. Bu halde hakları kayıp kimsenin ölümüne bağlı olanlar için gaiplik sürecini işletmekten başka çare kalmamalıdır. Bu sonuç, özellikle kayıp kimsenin menfaatlerini korumak açısından daha elverişlidir.

Bu düşüncelerle olması gereken, ölüm karinesinin “*Ölmüş sayılma*” kenar başlığıyla bir varsayım (*fiksiyon*) olarak düzenlenmesidir. Varsayımlar aksi ispat edilemediği için de TMK m. 44/f. II’deki kural yürürlükten kaldırılmalıdır. Gerçekten koşulları sıkı şekilde değerlendirildiğinde, ölmüş kabul edilmenin aksi bir durumundan zaten bahsedilemeyeceği için, böylesi bir ispat kuralına da yer verilmemelidir²⁵.

²⁴ **Egerland**, Thomas: Beckische Kurz Kommentar Erbrecht (Hrsg. Burand, Wolfgang/Rojahn, Dieter Hrsg.), 3. Auflage, 2019, VerschG § 1 kn. 1; **Leipold**, Dieter: Münchener Kommentar zum BGB (MükoBGB), Band: 11 Erbrecht, 8. Auflage, 2020, BGB § 1922, kn. 15; **Müller-Christmann**, Bernd: Beck’sche Online-Kommentare (BeckOK BGB), Hau/Poseck 61. Edition, 1.11.2021, BGB § 1922 kn. 7.

²⁵ Bu konuda ayrıca bkz. “III. ÖLÜM KARİNESİNİN SONUÇLARI VE AKSİNİN İSPATLANMASI B. Ölüm Karinesinin Aksinin İspatlanması” başlığı altında yapılan açıklamalar.

D. Ölüm Karinesinin Amacı

Ölüm karinesi şeklinde bir kurumun düzenlenmesinin ve bu konuda bir adi karine getirmenin amacı, hukuki güvenlik ilkesi çerçevesinde, bir bilinmezliği, belirsizliği ve yaşanabilecek bir ispat güçlüğü ortadan kaldırmaktır. Şöyle ki, ölüm karinesinde kişinin ölümüne kesin gözle bakılmasını gerektiren durumlar içinde kaybolması ve cesedinin bulunamaması olgusu, adeta kişinin öldüğü verisine ulaşmaya benzer. Bu benzerlik sebebiyle, mevcut olgulardan, kişinin ölüp ölmediğine ilişkin bilinmeyen durum hakkında ölüm şeklinde bir sonuç çıkarılır. Bu konuda daha fazla titizlik gösterip, ölüme ilişkin kesin delil aramak, hakları o kişinin ölümüne bağlı olanlar için sonsuzluğa uzanan bir belirsizliği ve ispat güçlüğü doğurur. Bu sebeple ölümün, hiçbir şüpheye yer bırakmayacak ölçüde gerçekleştiğine yönelik yaklaşık ispat aranarak kabulü, hak sahipleri açısından bir zorunluluktur.

E. Gaiplikten ve Sessiz Göçten Farklılıkları

Ölüm karinesiyle karıştırılması sakıncası karşısında özellikle gaiplik kurumunun sınırlarını doğru bir şekilde ortaya koymak gerekir.

İki kurum arasında var olan en belirgin farklılık, ölüm karinesinde ölüme kesin gözüyle bakılmayı gerektiren durumların varlığı aranmayken, gaiplikte bu denli kesinliğe varmayan; ancak ölümü yüksek olasılık dâhilinde kabul etmeyi gerektiren bazı dayanak noktalarının var olması gerekliliğidir. Bu dayanak noktaları, bir kimsenin kendisinden uzun zamandır haber alınamayacak şekilde veya yüksek ölüm tehlikesi içinde kaybolmuş bulunmasıdır. Her iki kurum açısından ortada bir cesedin bulunmuyor oluşu ortak bir özellik olsa da, gaiplikteki yüksek ölüm tehlikesi veya yüksek ölüm olasılığı unsuru, ölüm karinesi çerçevesinde kişi hakkında ölü kaydı düşülmesi için yeterli sayılmamaktadır. Buna göre ölüm karinesindeki kesin gözle bakılan ölüm, sicil hukuku ve maddi koşullar açısından geniş ölçüde normal bir ölüm olayına denk tutulmaktadır. Ortada bir cesedin bulunduğu normal ölümden farklı olarak ölüm karinesinde; TMK m. 44/f. II çerçevesinde çekişmesiz yargı işi olarak açılacak tespit davası yoluyla aksini ispat imkânı da tanınmaktadır. Buna karşılık gaiplikte, uzun ve zahmetli bir yargılama sürecinden geçilmektedir (TMK m. 32-35)²⁶.

²⁶ **Arsebük**, Esat: Medeni Hukuk, Tan Matbaası, Ankara 1938, s. 177; **Saymen**, Ferit H.: Türk Medeni Hukuku Cilt: II Şahsın Hukuku, 2. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1960, s. 41; **Ataay**, AYTEKİN: Şahıslar Hukuku Birinci Yarım Giriş-Hakiki Şahıslar, 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, s. 250; **Arpacı**, Abdülkadir: Kişiler Hukuku

Ölüm karinesinde ölüme kesin gözle bakılarak kişi hakkında ölü kaydı düşülmesi, aksini ispat konusu bir tarafa bırakılacak olursa, normal ölümün doğurduğu hukuki sonuçlardan pratik bir farklılık taşımamaktadır. Gaiplikte ise yüksek ölüm olasılığı ve buna göre gaibin bir gün çıkagelmesi ihtimalinin varlığı, gaipliğin koşullarının ve hukuki sonuçların farklı ve özel biçimde düzenlenmesini gerektirir. Koşulları açısından gaiplikte belirli bir süre geçmesi ve ilan şartının yerine getirilmesi gerekirken, ölüm karinesinde böyle bir süreye ve ilana ihtiyaç yoktur²⁷. Sonuçları açısından bakılacak olursa, evlilikte gaibin eşinin, yeniden evlenebilmesi için evliliğin feshine yönelik dava açması gerektiği (*TMK m. 131*), babalık karinesinde üç yüz günlük sürenin, kocanın gaipliğinde ölüm tehlikesi veya son haber alma tarihinden işlemeye başlayabileceği (*TMK m. 285/f. III*), gaibin mirasının paylaşılmasında mirasçılardan güvence göstermek zorunda olmaları (*TMK m. 584-588*), gaiplik kararı verilmiş kimse adına kayıtlı bir taşınmazın olağanüstü kazandırıcı zamanaşımıyla edinilebilmesi (*TMK m. 713/f. II*) düzenlemeleri, gaipliğe özel hukuki sonuçlara örneklerdir.

İsviçre Federal Mahkemesi ölüm karinesindeki ölümüne kesin gözle bakılması koşulunu, gaipliğin usuli koşullarının ölüm karinesi yoluyla dolanılmasına engel olmak için, oldukça sıkı gereklilikler altında değerlendirmektedir. Mahkeme şüphe halinde gaipliğin koşullarının yerine getirilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Federal Mahkeme BGE 56 I 546 vd.²⁸ ve BGE 75 I 328 vd.²⁹ kararlarında kayıp kimseyi insani kanaatine göre ölü kabul etse de; ölümü, kesin olmayıp yüksek olasılık olarak değerlendirmiş ve gaiplik sürecinin işletilmesi gerektiğini kabul etmiştir. BGE 56 I 546 vd. kararında Yüksek Mahkeme, yalnız yaşayan ve Bangkok bölgesinde bulunan bir gemide seyahate çıkan kadının kaybolması olayını ele almıştı. Olayda kadının kaldığı kamara, içeriden kilitli ancak penceresi açık halde bulunmuştu. Bu durum, Federal Mahkeme İçtihatları gereğince mutlaka kadının intihar ettiği sonucuna ulaşmayı gerektirmiyordu. Kadın pekâlâ dikkatsizce

(Gerçek Kişiler), 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 186. İsviçre Hukuku yönünden bkz. **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 32, kn. 94; **Guggenbühl**, BSK, Art. 34, kn. 2; **Pedrazzini/Oberholzer**, s. 38; **Hrubesch-Millauer/Bosshardt**, s. 26-27; **Kley/Seferovic**, ZGB Kommentar, Art. 34, s. 121; **Riemer**, s. 89, kn. 141; **Hürlimann-Kaup**, Bettina/Schmid, Jörg: Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Auflage, Schulthess, Zürich 2016, s. 216; **Tokat**, s. 41.

²⁷ **Tokat**, s. 41-42.

²⁸ BGE 56 I 546, Erw. 2b (<https://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c1056546.pdf>, Erişim Tarihi: 22.02.2022).

²⁹ BGE 75 I 328 (<https://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c1075328.pdf>, Erişim Tarihi: 22.02.2022).

pencereden denize düşmüş ve yüzerek bir adaya çıkmış veya bir gemi tarafından kurtarılarak güven altına alınmış da olabilirdi. BGE 75 I 328 vd. kararındaki olayda ise Buenos Aires'te bir uçağa binen bir kimse Şili'nin Santiago şehrine seyahat ediyordu. Uçak ne varış noktasına indi ne de herhangi bir yerde bulunabildi. Yolculardan hiçbiri hakkında herhangi bir yaşam belirtisine rastlanılmadı. Bu olayda uçağın düşmüş olabileceği kesin bir şekilde kabul edilmiş olsa da, yolcuların kesin bir şekilde öldüğü sonucuna varılmamıştı³⁰.

Federal Mahkeme'nin ölüm karinesinin koşullarını sıkı şekilde değerlendiren yaklaşımı çerçevesinde, deniz, kara veya hava yoluyla seyahate veya bir geziye çıkmış bir kimsenin geri dönmediği ve sonradan kendisinden haber de alınamadığı hallerde, gaiplik süreci işletilmelidir. Buna göre sadece somut koşullar altında, o kimsenin ölümünü şüpheye yer bırakmayacak; başka bir deyişle ölümüne kesin gözle bakılacak şekilde kaybolması ihtimalinde, ölüm karinesi uygulama bulacaktır³¹.

Ölüm karinesinin gaiplikten diğer farklılıkları şu şekilde sıralanabilir: ölüm karinesinde her ilgili nüfusta ölüm kaydı düşülmesini isteyebilirken, gaiplikte gaipliğin kararının sadece hakları ölüme bağlı olanlar tarafından istenebilmesi, ölüm karinesinde bir mahkeme kararına gerek yokken, gaiplik için mahkeme kararının gerekmesi, ölüm karinesinde evlilik birliği kendiliğinden sona ererken, gaiplikte bunun için evliliğin feshinin istenmesinin gerekmesi³².

Türk yargı uygulamasında ölüm karinesiyle gaiplik arasında sınırın açıklıkla ortaya konulması açısından bazı kararlarda ölüm karinesiyle gaipliğin aynı kurumlar olduğu izlenimi uyandıracak bazı ifadelere yer verildiği³³ ve bir kararda; belki de sehven ölüm karinesine karşılık gelen madde numaralarının yanlış kullanıldığı³⁴ görülmektedir. Bu özensiz tutumun

³⁰ **Riemer**, s. 89-90, kn. 143.

³¹ **Riemer**, s. 90, kn. 144.

³² Bu farklılıklar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Tokat**, s. 42-43.

³³ TMK m. 32'deki gaipliği açıkladıktan sonra bunun ölüm karinesini düzenlediği hakkında bkz. Yarg. 8. HD., T. 19.03.2019, E. 2017/8842, K. 2019/2901. Denize düşen kimsenin cesedinin bulunamamış olmasının ölümüne karine teşkil ettiği, 743 S. MK m. 31 veya 42'ye göre ölü veya gaip olduğuna karar verilmesi hakkında bkz. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2.Dairesi, 11.10.2000 T., 2000/426 E., 2000/611 K. Terör eylemi sonucu şehit düşen davacının babasının hakkında gaiplik kararı ve ölüm karinesi bulunan ifadeyle bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu 28.04.2011 T., 2007/282 E., 2011/295 K. (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 02.04.2022).

³⁴ Adana BAM. 1. HD., T. 30.11.2017, E. 2017/23, K. 2017/23. (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 02.04.2022).

gerekeceği, uygulamada ölüm karinesine az rastlandığından, üzerinde düşünülmeden kavram karmaşası içine düşülmesi olabilir.

Ölüm karinesinden tamamen farklı bir durumu ifade eden; ancak ölüm karinesinin sınırlarını vurgulamak adına bu başlık altında “*Sessiz Göç*” (*stille Auswanderung*) kavramına da değinmek gerekir. Bu kavram daha çok gaiplikle kıyaslanmaya elverişlidir. Şöyle ki sessiz göçte, ortada kendisinden haber alınamayan ve kaybolan bir kimse bulunmakla birlikte, bu durum daha çok onun ölümünden ziyade başkaca sebeplerle; özellikle başka bir kıtada yeni bir hayata başlama istekleriyle açıklanabilmektedir. Ancak somut olaya göre kaybolan kimseden haber alınamaması belli bir uzunluğa erişmişse, mesela kişinin 100 yaşını doldurmasına kadar bir süre geçmişse -ki mirasta gaip için gösterilecek güvence onun yüz yaşına varmasına kadar geçecek süre için gösterilmektedir (*TMK m. 584/f. II, İMK m. 546/f. II*)- sessiz göç için bile ölüm olasılığı çerçevesinde gaipliği tartışmak mümkündür³⁵.

Sessiz göç, yalnız gezgin olup da kaybolan kimseler için olası görülebilir. Kaybolan kimsenin sosyal çevresi ve geleceğe ilişkin planları, onun sessiz göç sebebiyle kaybolup kaybolmadığına veya öldüğüne karar verilmesinde belirleyicidir. Buna karşılık bir uçağın yolcuları veya bir keşif gezisinin katılımcıları gibi bir grup insanın kendilerinden haber alınamayacak şekilde kaybolması durumu, sessiz göç olarak nitelendirmeye elverişli değildir. Bu gruptan birilerinin yaşıyor ve kendisine ulaşılabilir olması, zaten diğerlerinin nerede olduğu öğrenilebilir. Böylece toplu bir kayıpta, ölümüne kesin gözüyle bakılacak koşullar da ispat edilebilmiş değilse, haber alınamayacak şekilde kaybolma durumu, yüksek ölüm tehlikesi olasılığı içinde kaybolma ihtimali olarak değerlendirilmelidir³⁶.

Görüldüğü üzere, sessiz göçte gaipliğe göre kişinin hayatta olduğuna dair olasılık daha yüksektir. Bu noktada sessiz göçün, ölümün kesin olasılık olarak değerlendirildiği ölüm karinesinden tamamen farklı bir durumu ortaya koyduğu açıktır.

II. ÖLÜM KARİNESİNİN UYGULAMA KOŞULLARI

Ölüm karinesi çerçevesinde bir kişinin gerçekten ölmüş sayılması için gerçekleşmesi gereken iki maddi koşulun varlığı ilgili hükümden (*TMK m. 31/İMK m. 34*) anlaşılmaktadır: Birincisi, kişinin ölümüne kesin gözüyle bakılmasını gerektiren durumlar içinde kaybolması, ikincisi de kişinin cese-

³⁵ Brückner, kn. 112, 137.

³⁶ Brückner, kn. 126.

dinin bulunamamış veya bir ceset bulunsa bile bu cesedin teşhis edilememiş olmasıdır. Gerçekleşmesi gereken bir de şekli koşul bulunmaktadır ki, bu da kişinin ölüm kütüğüne ölü olarak kaydedilmesi işlemidir³⁷.

A. Maddi Koşullar

1. Kişinin Ölümüne Kesin Gözüyle Bakılmasını Gerektiren Durumlar İçinde Kaybolması

Kişinin ölüm karinesi kapsamında ölü sayılıp, ölü kütüğüne ölü olarak kaydedilebilmesi için söz konusu kişinin ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren bir durum içinde kaybolması gerekir. Bu noktada üzerinde durulması gereken öncelikli husus, “ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durum”un neyi ifade ettiği.

Ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durum ile kastedilen; cesedin bulunamamasına yol açan olayın, ölümün kesin şekilde gerçekleştiği kanaatine varmayı gerektirmesidir. Başka bir deyişle, kişinin kaybolmasına yol açan olaya ilişkin emarelerin, artık kişinin hiçbir surette hayatta olama-

³⁷ Alman Hukuku’nda 1939 tarihli “*Verschollenheitsgesetz (Kayıp Kişiler Kanunu)*” § 2’ye göre ölüm ilanı (*Todeserklärung*) kararı verilebilmesi için § 13 vd. anlamında bir ilan usulünden geçmek gerekmektedir. Bundan başka § 3 ile § 7 anlamında kayıplık haline ilişkin olgulardan birisi de gerçekleşmelidir. Bu olgulardan birisi gerçekleşse bile Kanun’un § 1 anlamındaki kayıplıktan söz edilemiyorsa, ölüm ilanı kararı verilemez. § 3 ile § 7 arasında sayılan olgular, kişinin kayıp olup da belli bir yaşa ulaşması, belli bir sürenin geçmiş olması, savaş gibi tehlikeli bir durum içinde bulunması, deniz veya hava yoluyla yolculukta bulunması ve geminin batması veya uçağın düşmesi olarak sayılmıştır.

Kayıp Kişiler Kanunu’nun § 1/f. II’ye göre, somut olayın koşullarına göre ölümün gerçekleşmiş olduğu şüphesiz ise artık ölümün varlığı kabul edilir ve kayıplık halinden söz edilemez. Bu tür olaylara, ölümün doğrudan gözler önünde gerçekleşme de genel hayat tecrübelerine göre ölümün her halükârda gerçekleştiğinin kabul edilebileceği mesela bir uçağın infilak etmesi veya bir uzay aracının yanması örnekleri verilmektedir. Bu örnekler halk dilinde kayıplık hali olarak nitelense bile, Kayıp Kişiler Kanunu § 1/f. II’deki açık düzenlemeye göre, belli bir ilan sürecine (§ 2 ve § 13 vd.) bağlı olan ölüm ilanına (*Todeserklärung*) göre değil; yine aynı Kayıp Kişiler Kanunu’nda öngörülen; ölümün ve ölüm anının tespit edildiği bir usule tabi (*Verfahren bei Feststellung der Todeszeit § 39 vd.*) değerlendirilirler. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Egerland**, VerschG § 2 kn. 1, § 1, kn. 9. Bu açıklamalar, aynı ve benzer hükümler içerdiği için Avusturya Ölüm İlanı Kanunu için de geçerlidir.

Görüldüğü üzere Alman ve Avusturya Hukukunda, bir yandan belli bir ilan sürecine bağlı olan ölüm ilanına yer verilmiş, diğer yandan ölümün ve ölüm anının tespit edildiği bir usule yer verilmiştir. Her iki usul için verilen bazı örnekler, hukukumuz açısından kimi zaman ölüm karinesi nitelemesine elverişli olaylar olabilmektedir.

yacağı sonucuna götürmesidir. O kişiden artık hiç haber alınamıyorsa, bu, ölümüne kesin gözüyle bakılma şeklindeki talihsizliğin doğal bir sonucu olmalıdır³⁸. Gaiplikte ölümün gerçekleştiği yüksek olasılık (*höchstwahrscheinlich*) içinde değerlendirilirken, ölüm karinesinde ölüm için mutlak bir kesinlik (*absolut sicher*) aranmaktadır³⁹. Nitekim Federal Mahkeme'nin kararlarında da (*BGE 56 I 546 vd.*⁴⁰ ve *BGE 75 I 328 vd.*⁴¹)⁴² ölümüne kesin gözüyle bakılma, gaiplikteki büyük bir tehlike altında kaybolmaktan farklı olarak; kaybolma şekline göre sadece büyük bir tehlike içinde kaybolmayı değil, ayrıca ölüm sonucunu kabul etmeyi gerekli kılan ve

³⁸ Brückner, kn. 117.

³⁹ Hausheer/Aebi-Müller, s. 33, kn. 97; Kley/Seferovic, ZGB Kommentar, Art. 34, s. 121; Hrubesch-Millauer/Bosshardt, s. 33. Ölüm karinesinde Yargıtay'ın ifadesiyle ölüm "muhakkak surette" olmalıdır. Bkz. Yarg. HGK T. 16.05.2007, E. 2007/2-276, K. 2007/278 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, Erişim Tarihi: 03.04.2022).

⁴⁰ "Astım hastası olup da denizde seyahat eden Bayan M. 'nin kaybolmasında gaiplik sürecinin işletilmesine karar vermişti. Seyahat ettiği kamaranın penceresi açık bulunan Bayan M. 'nin dikkatsizliği sonucunda denize düşmüş olabileceği kanaati ağır basmaktadır. Gemi yönetiminin intihar yönündeki iddiaları, kadının herhangi bir psikolojik rahatsızlığı bulunmaması gerçeği karşısında havada kalmıştır. Bunun için sıkı şekilde aranan ispat yükü yerine getirilememiştir. Alınan bilirkişi raporuna göre de Bayan M. kamarasından kapıdan çıkarak ayrılmıştır ve daha sonra iç sürgü özel bir cihazla dışarıdan kaydırılarak kapatılmıştır. Bu tespit de göz ardı edilmemelidir. Bayan M. 'nin gerçekten denize düştüğü varsayılsa bile, o zaman iyi bir yüzcü olarak kendisini bir adada veya başka bir gemide kurtaramayacağı da kesin değildir; nitekim yakın civarda gemilerin veya küçük adaların bulunup bulunmadığı belirsizdir. Tüm bu varsayımların kendi içinde ne kadar az olasılık taşıdıkları göz ardı edilemezse de, bunlar Bayan M. hakkında ölü kaydı düşülmesi için yeterli değildir". Bkz. BGE 56 I 546, Erw. 2b (<https://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c1056546.pdf>, Erişim Tarihi: 22.02.2022)

⁴¹ "Federal Mahkeme BGE I 546 (550) kararında İMK m. 34 ve 49'un uygulanmasına yönelik ilkeleri geliştirmişti. Buna göre kesin olarak ölümün kabulü için, kaybolma şekline göre sadece büyük bir tehlike içinde kaybolma yeterli değildir, ayrıca bu kaybolma, ölüm sonucunu kabul etmeyi gerekli kılan ve ispat edilebilen bir olayla ilişkilendirilmelidir. Buna karşılık somut olayda bir uçağın (And Dağı'na) düştüğü ve tüm yolcuların hayatlarını kaybetmiş olabileceği konusunda yüksek olasılık söz konusudur. Olayda uçak iz bırakmadan kaybolmuş ve soruşturma dosyasına göre kazanın meydana geldiği anda uçakta bulunanlardan hiç kimseye ait yaşam belirtisine ulaşılamamıştı. Bununla birlikte diğer olasılıklar da tamamen dışlanamaz. Uçağın düşmüş olduğu kesin olarak kabul edilebilirse de tüm yolcuların hayatını kaybettikleri kesin değildir. Diğer olasılıklar ne kadar uzak olursa olsun düşünülemez değildir. Bu nedenle ölüm kaydı İMK m. 49/f. I'e göre yapılamaz ve İMK m. 49/f. II anlamında ölümün tespitine yönelik dava sonuca ulaşamaz. Bu tür durumlar için yüksek ölüm tehlikesi içinde kaybolma nedeniyle gaiplik süreci (İMK m. 35 vd.) işletilmelidir". Bkz. BGE 75 I 328 (<https://www.servat.unibe.ch/dfr/pdf/c1075328.pdf>, Erişim Tarihi: 22.02.2022).

⁴² Kararlar için ayrıca bkz. Hausheer/Aebi-Müller, s. 34-35, kn. 100.

ispat edilebilen bir olayla ilişkilendirilmeyi gerekli kılar. Tek başına böyle bir olay, o kimse için derhal ölü kaydı düşülmesi için yeterlidir ve gaiplik-tekinin aksine; kişinin hayatta olduğuna dair bir haber alma ihtimaliyle belli bir süre beklenmemesini haklı gösterir.

Alman Hukuku'nda Kayıp Kişiler Kanunu'na göre ölüm ilanına esas olan kayıplık kavramı için, § 1'deki şu dört koşulun gerçekleşmiş olması gerekir: a. kişinin bilinmeyen bir yerde bulunması, b. bu yerin uzun zamandır bilinmiyor olması, c. bu süre içinde kişinin yaşadığı veya öldüğü konusunda haber alınamaması, d. kişinin somut koşullara göre yaşamaya devam ettiği konusunda ciddi şüphenin bulunması. Nerede olduğunun bilinmemesi, resmi makamlar nazarında her türlü araştırmalara rağmen o kimsenin yerleşim yerinin tespit edilememesidir. Bu kimsenin daha önce bilinen yerleşim yerinden uzaklara gitmiş olmasına gerek yoktur, çünkü büyük bir şehirde, o kimse hala orada oturuyor olsa bile, onun yerleşim yeri tespit edilemiyor olabilir. Uzunca süredir bilinememe hali hem bulunduğu yerin bilinmemesi hem de ondan haber alınamama halini kapsamına alır. Uzun süre için geçmesi gereken süreler, Kayıp Kişiler Kanunu'nun § 3 ile § 7'de kanunen belirlenmiştir. Bu süreler içinde o kimsenin yaşadığı veya öldüğü konusunda haber alamamış olmak gereklidir. Kayıplık hali için o kimsenin yaşadığına dair ciddi anlamda bir şüphe bulunmalıdır. Böyle bir şüphenin kabulünde önem taşıyan durum, kimsenin nerede bulunduğu bilinemediği ve haber alınmadığı süre boyunca, yaşıyor olduğuna dair bir haberin mutlaka alınması beklenirken bunun gerçekleşmemesidir. Haber almanın beklenebilirliği, o kimsenin kaybolmasına ve ondan haber alınamamasına dair koşullara, karakterine, yaşam tarzına bakılarak belirlenebilir. Bir kimsenin bilinçli saklanması, terk edilmesinde, teması kesmesinde haber almanın beklenebilirliğinden söz edilemez⁴³.

Alman Kayıp Kişiler Kanunu'nun § 3 ile § 7'deki olgular, işte bu kayıplık kavramının özelliklerini taşımaktadır. Söz konusu olgular Kayıp Kişiler Hakkında Kanun'da şöyle açıklanmıştır: § 3'e göre "*Kayıp kimsenin yaşadığına dair haberin alındığı yılın sonundan itibaren on yıl geçmişse veya beş yıl geçmiş olup da kayıp kimse hakkında Ölüm ilanı (Todeserklärung) kararı verildiği tarihte 80 yaşını doldurmuşsa, o kimse hakkında Ölüm ilanı kararı verilebilir (1). Kayıp kişinin 25 yaşını dolduracağı yılın sonundan önce o kayıp kişi hakkında birinci fıkraya göre ölüm ilanı kararı verilemez (2)*". § 4'e göre "*Bir silahlı kuvvet mensubu olarak bir savaşta veya savaş benzeri operasyonda yer alan kimse, bu süreçte tehlike bölgesinde kaybolan veya*

⁴³ Egerland, VerschG § 1 kn. 4-8.

katıldığı andan beri kaybolan kimse hakkında, barış anlaşması yapıldığı veya savaşın veya benzeri operasyonun barış anlaşması dışında fiilen sona erdiği yılın bitişinden itibaren bir yıl geçmekle, ölüm ilanı kararı verilebilir (1). Kayıp kimse, yüksek ölüm olasılığını haklı çıkaran koşullar altında kayıpsa, birinci fıkrada belirtilen bir yıllık süre, kaybolma anından itibaren hesaplanır (2). Bir silahlı kuvvetin mensupları yanında bulunan kimseler de aynı şekilde değerlendirilir (3). § 5'e göre "Denizde yolculuk eden kimse, özellikle geminin batması sonucunda kaybolmuşsa, geminin batmasından veya diğer şekilde kaybolmaya yol açan olayların gerçekleşmesinden itibaren altı ay geçmekle, o kimse hakkında ölüm ilanı kararı verilebilir (1). Kaybolmaya yol açan geminin battığı tespit edilemiyorsa, birinci fıkradaki altı aylık süre, henüz su üstünde bulunduğu varsayılan gemiden haber alınabildiği son tarihten itibaren geçmesi gereken bir yıllık sürenin bitişinden sonra işlemeye başlar. Mahkeme bir yıllık süreyi, geminin niteliği ve donanımına göre kabul edilen denizcilik tecrübelerine, denizin durumunun seyahati etkilemesine göre veya başkaca sebeplere göre, geminin daha erken batacağı anlaşılıyorsa, üç aya kısaltabilir (2)". § 6'ya göre "Bir uçuş sırasında, özellikle de bir uçağın tahrip olması sonucunda kaybolan bir kişi hakkında, eğer uçağın tahrip olması veya kaybolmayı haklı çıkaran diğer bir olay tespit edilemiyorsa, o kişinin yaşadığına dair son haber alma tarihinden itibaren üç ay geçmekle, ölüm ilanı kararı verilebilir". § 7'ye göre "§ 4'ten § 6'ya kadar olanlar dışındaki koşullar altında hayatı tehlikede olan ve o zamandan beri kaybolan kimse hakkında, hayatı tehdit eden durumun sona erdiği veya somut koşullara göre sona ermesinin beklenebildiği andan itibaren bir yıl geçmekle, ölüm ilanı kararı verilebilir"⁴⁴.

Türk ve İsviçre Hukuku'nda ölümüne kesin gözüyle bakılacak şekilde kaybolma koşulu, Alman ve Avusturya Hukuklarının aksine, belirli olayların gerçekleşmiş olmasıyla ilişkilendirilmemiş, konu öğretinin ve uygulamanın yorumuna bırakılmıştır⁴⁵. Bu konuda genel ve soyut nitelikte belirleyici olan

⁴⁴ 1950 tarihli Avusturya Ölüm İlanı Kanunu (*Todeserklärungs-gesetz*) § 1, § 3 ila § 7 hükümleri Alman Kayıp Kişiler Kanunu ile aynı kuralları içerdiğinden tekrara lüzum görmüyoruz.

⁴⁵ 5490 sayılı NHK ile yürürlükten kalkan 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun 40. maddesi de, ölüm sonucunun zorunlu olarak kabul edilebilecek bazı olayları örnek olarak saymakta idi. Hüküm "Bir kimse, bir geminin bir torpil neticesinde batması, fırtına kazası, yanma, patlama, çarpışma ve savaş gibi ölümüne muhakkak nazarı ile bakılacak haller içinde gâip olup da ölüsü bulunmamış ise, kayıtlı bulunduğu askerlik şubesi veya kıtası komutanlığınca, sivil ise olayın olduğu yer zabıtasınca durum belgelendirildiği takdirde o kimse gerçekten ölmüş sayılarak en büyük idare amirinin emri ile künyesine ölüm kaydı

unsur, kaybolmaya yol açan olayın, kişinin ölümüne kesin gözle mi yoksa yüksek ihtimalle mi bakılmayı gerektirmesidir⁴⁶.

Ölümüne kesin gözle bakılma için öğretide, kişinin öldüğüne ilişkin olarak en ufak bir kuşkunun duyulmadığı hallerin bu kapsamda olacağı ifade edilmiş ve bununla uyumlu şu örnekler verilmiştir: bir uçağın açık denize düşmesi ya da havada patlaması ve belki de kaza yerine ulaşamadığından aynı zamanda yolculardan hiçbirinin bulunamaması, bir kimsenin başkalarının gözünün önünde fırtınalı bir havada yüzerken boğulması ve bütün aramalara rağmen cesedinin bulunamaması; bir kaza neticesinde denizin dibine çöken ve yüze çıkamayan denizaltı mürettebatına ulaşamaması, bir kimsenin deprem sırasında açılan yarığın veya bir buzul yarığının içine düşüp kaybolması; bir kimsenin yanan ve alevler içinde yıkılan bir evde bulunması, çığ altında kalması, maden ocağında meydana gelen patlamalar sonrası tüm aramalara rağmen cesetlerin bulunamaması, bir deprem neticesinde veya tüp gaz yahut doğalgaz patlamasında çıkan yangında evde bulunan kimselerin yanması, denize düştüğü görülen ve yüzme bilmeyen bir kimsenin cesedinin bulunamaması, fırtınada alabora olup veya buzul kayalıklara çarparak batan bir geminin hiçbir yolcusunun bulunamaması, savaşta bombalama sonucunda infilak eden uçağın veya batan geminin askeri personeline ulaşamaması, mürettebatıyla uzaya gönderilen füzenin uzayda parçalanıp Dünya ile irtibatının kesilmesi ve geri dönmemesi gibi durumlar en çarpıcı örneklerdir⁴⁷. Federal Mahkeme'nin de 1998 yılında Swissair Havayolu şirketine ait

düşürülür" şeklindeydi. Bkz. <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/nufus-kanunu-1587>, Erişim Tarihi: 25.2.2022).

⁴⁶ **Guggenbühl**, BSK, Art. 34, kn. 2.

⁴⁷ **Arsebük**, s. 177; **Göktürk**, Hüseyin Avni: Türk Medeni Hukuku Birinci Kitap Şahsın Hukuku, 3. Basım, Güney Matbaacılık, Ankara 1954, s. 161-162; **Birsen**, Kemaleddin: Medeni Hukuk Dersleri, 6. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1966, s. 184; **Velidedeoğlu**, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku, 3. Bası, Nurgök Matbaası, İstanbul 1963, s. 217; **Özsunay**, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, s. 219; **Saymen**, s. 40; **Oğuzoğlu**, H. Cahit: Medeni Hukuk Cilt: I Şahsın Hukuku, Yeni Desen Matbaası, Ankara 1963, s. 227; **Feyzioglu**, Feyzi Necmettin/**Doğanay**, Ümit: Medeni Hukuk Dersleri Cilt: I Temel Prensipler, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1966, s. 59; **Binatlı**, Yusuf Z.: Hukukun Genel İlkeleri ve Medeni Hukuk, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s. 78; **Tekinay**, Selâhattin Sulhi: Medeni Hukuka Giriş Dersleri (Gerçek Kişiler Dahil), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1973, s. 188; **Köprülü**, s. 244; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 28; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 251; **Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt: II Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, s. 26, kn. 127, s. 27, kn. 129; **Zevkililer/Acabey/Gökyayla**, s. 508; **Arpacı**, s.185; **Helvacı**, Serap/**Erlüle**, Fulya: Medeni Hukuk, 5. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 61; **Ayan/Ayan**, s. 174; **Ardıç**, s. 171; **Kılıçoğlu**, Medeni, s. 209; **Baygın/Nar**, s. 343.

SR 111 sayılı bir uçağın Kanada Halifax açıklarında denize çakılıp da yolculardan kurtulmanın olmadığı bir kazada ve 2004 yılında Tayland'da meydana gelen Tsunami felaketinde kaybolan otel müşterisi hakkında İMK m. 34'ün uygulanacağı yönünde kararları bulunmaktadır⁴⁸.

İsviçre Hukuku bakımından bkz. **Riemer**, s. 88, kn. 139; **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 126, kn. 6; **Guggenbühl/Beretta**, BSK, Art. 34, kn. 3; **Guggenbühl**, BSK, Art. 34, kn. 3; **Breitschmid**, Peter: CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Hrsg. Peter Breitschmid, Alexandra Jungo), 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 34, kn. 1-2; **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 32-33, kn. 95; **Brückner**, kn. 117; **Bucher**, s. 49, kn. 219; **Hofer**, s. 41-42, kn. 119-120; **Hrubesch-Millauer/Bosshardt**, s. 26; **Kley/Seferovic**, ZGB Kommentar, s. 121.

02.11.1992 yılında Susten geçidinde bir mühimmat dolu mağarada meydana gelen patlamada da ölüm karinesi hükümleri işletilmiştir. Mağarayı ziyaret eden beş ziyaretçinin kimlikleri tespit edilmiş ve mağaraya giden tünelde oldukları belirlenmiştir. Girişte bulunan bir kaya, yangının bulunduğu bölgeye ulaşımı imkânsız kılmıştır. Cesetleri kimse görmemiş olsa bile, ölümün gerçekleşmiş olduğu kabul edilmeliydi. Bkz. **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 35, kn. 100.

⁴⁸ **Guggenbühl/Beretta**, BSK, Art. 34, kn. 3; **Guggenbühl**, BSK, Art. 34, kn. 3; **Dörr**, Bianka S.: Kurzkomentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, (Hrsg. Büchler, Andrea/Jakob, Dominique), Helbing Lichtenhahn Verlag, Zürich 2017, Art. 34, kn. 2.

Federal Mahkeme, And Dağı'na uçak düşmesi ile ilgili BGE 75 I 328 kararında ölümün yüksek olasılık olması gerekçesiyle gaiplik sürecinin işletilmesi yönünde karar vermişti. Oysaki Kanada Halifax açıklarında düşen uçak bakımından ölüm karinesini kabul etmekteki gerekçesi, kaza yerindeki koşulların, geniş kapsamlı ve güvenilir bir soruşturmayı mümkün kılması ve sonuca göre ölüme kesin gözle bakılacak şekilde kaybolma kararı verilebilmesidir. Gerçekten İsviçre Nüfus Dairesi'nin 22 Eylül 1998 tarihli raporuna göre henüz kimlikleri tespit edilemeyenler de dahil olmak üzere, kazanın koşulları göz önüne alındığında, yolcuların ve personelin ölümlerinin kesin olduğu kabul edilmeliydi. Bkz. **Breitschmid**, CHK Art. 34, kn. 2; **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 34-35, kn. 100.

Luzern Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 04.10.2005 tarihli kararında, yasal mirasçıları tarafından Bay C.'nin ölü ilan edilmesi istenmişti. Bay C. ve onun hayat arkadaşı Bayan D., Tayland'ın Phuket adasında Khao Lak'ta bulunan Sofitel Magic Lagoon otelinde çift kişilik bir oda tutmuşlardı. Andaman Denizi kıyısında bulunan otel 26 Aralık 2004'te yıkıcı bir Tsunami tarafından vurulmuştu. Dalgaların yüksekliği 10,6 metreye ulaşmıştı. Tehlike anında, çoğu otel misafiri ya doğrudan deniz kenarında servis edilen kahvaltıyı yapıyor ya da hala otel odalarında bulunuyorlardı. Dalga, C. ve D.'nin odasının bulunduğu otelin ikinci katında tavana kadar ulaşmıştı, otelin çoğunluğu yerle aynı seviyeye gömülmüştü. C. ve D.'nin bagajları Tsunamiden sonra kirliliğe maruz kalmıştı. Yapılan soruşturmalar sonucunda 9 Mayıs 2005 tarihli ölüm belgesine göre D.'nin cesedine ulaşılmıştı. Sonuçta Mahkemeye göre, 26 Aralık 2004'te meydana gelen doğal felaketin kapsamı ve 300.000'den fazla insanın ölümü, C.'nin Tsunamiden öldüğünden başka bir sonucun kabulüne izin vermezdi (Schweizerische Juristen-Zeitung -SJZ- 102/2006, s. 235).

Ortada ölümü tespit edilecek bir cesedin bulunmadığı, ancak ölümün gözler önünde gerçekleştiği bazı haller bakımından kişi hakkında doğrudan ölü kaydının mı; yoksa ölüm karinesi çerçevesinde ölü kaydının mı düşüleceği meselesine de değinmek gerekir. Mesela, bir kişinin başkalarının gözü önünde yanıp kül olması, bir balina tarafından yutulması, volkanik çukura düşüp lavların arasında yok olması, bir astronotun diğer astronotun gözü önünde uzay boşluğunda kaybolması durumları bu kapsamda sayılacak mıdır? Yoksa bir bilinmezlik mi olmalıdır? Öğretide bir görüş⁴⁹, arkadaşlarının gözleri önünde dipsiz bir çukura düşen dağcının ya da bir timsah tarafından yutulan bir safari turistinin durumunu da ölüm karinesi kapsamında değerlendirmiştir. Bu örneklerde, dipsiz çukura düşme veya timsah tarafından yutulma yeterli olmayıp, bunların gözler önünde gerçekleşmiş olmasına veya en azından bu şekildeki kaybolmanın başka bir şekilde ispat edilebilir olmasına da dikkat edilmelidir. Doğrudan ölü kaydı düşülmesinde, hekim tarafından ceset üzerinde bir değerlendirme yapılması gerektiğine ve böylece bir ölüm belgesi düzenleneceğine daha önce değinmiştik. Ortada değerlendirme yapılacak bir cesedin bulunmadığı bunun gibi hallerde artık ölüm karinesi çerçevesinde hareket etmekten başka çare yoktur. Kişinin kesin olarak öldüğünün düşünüldüğü ancak ortada bir cesedin bulunmadığı bu durum, ölüm belgesinin düzenlenmesine ve bu belgeye dayanarak ölü kaydının düşülmesine engel oluşturmaktadır. Bunu göz önünde bulunduran kanunkoyucu, ölüm karinesi şeklinde bir hukuki kurum oluşturarak bu sorunu çözüme kavuşturmak istemiştir. Dolayısıyla hükümdeki ölümüne kesin gözüyle bakılan durum içinde kişinin kaybolduğu halleri değerlendirirken; “*kişinin cesedine ulaşlamamış veya bir cesede ulaşılsa bile teşhis edilememiş olması*” şeklindeki diğer maddi koşulun da göz önünde bulundurulması kaçınılmaz olacaktır. Gerçekten somut olayın özellikleri, kişinin hayatta kalmasına imkân bulunmadığı izlenimi vermekle birlikte, zaten bunu teyit edecek bir cesedin bulunmaması da bu izlenimi destekleyecektir. Konuya bu açıdan yaklaşıldığında, ölüm karinesinin istisnai bazı halleri kastettiği, böylece uygulama alanının dar bir alanda kalacağı sonucu çıkacaktır.

Ölüm karinesinin istisnai hallerde uygulama bulabilmesiyle, kişinin ölümüne kesin gözüyle bakılmasını gerektiren durumlar içine; kişinin “*ölmüş olabileceği halleri*” de dâhil etmek mümkün değildir. Olabilirlik veya olasılık, kendi içinde kişinin yaşaması ihtimalini de içerdiğinden, böyle bir şüphe, kanunda düzenlenmiş olan başka bir hukuki kurum olan gaiplik süre-

⁴⁹ Brückner, kn. 117-118.

cinin işletilmesini gerektirir⁵⁰. Gerçekten, en ufak bir şüphenin bile bulunması, ileride gaibin çıkagelmesi ihtimalini de ortaya koyduğundan, zorunlu olarak, özellikle evlilikte ve mirasçılıkta farklı kuralların benimsenmesine neden olmuştur. Ölüm karinesi için benzer kurallara yer verilmemesinin sebebi de, kanunkoyucunun ölüm karinesine vermiş olduğu anlamda yatmaktadır. Bu anlam, her ne kadar bunu teyit edecek bir ceset olmasa da; ölümün kesin olması, artık kişinin yaşıyor olma ve sonradan ortaya çıkma ihtimalinin bulunmaması, böylece evlilik veya mirasçılık ile ilgili kurallara ihtiyaç duyulmamasıdır⁵¹.

Ölüm karinesinde yüksek ölüm olasılığının yeterli olmadığı, Federal Mahkeme kararlarında da vurgulanmıştır. Mahkeme ölüme kesin gözle bakılmayı gerektiren somut koşulların mutlaka ortaya konmasını aramaktadır. Daha önce üzerinde durduğumuz bir kararda, açık denizde seyreden bir gemi yolcusunun kaybolmasında belirsizlik olması sebebiyle kesin bir ölümü varsaymak için koşulların sağlanmadığı, habersiz şekilde ortadan kaybolan bu kişinin ölümünü şüpheye yer bırakmayacak emarelerin bulunmadığı belirtilmiştir⁵². Benzer yönde başka bir kararda da 2 Ağustos 1947 yılında And Dağları üzerinde iz bırakmadan kaybolan uçağa ilişkin olarak; yolculardan bir haber alınamasa ve uçağın kesin olarak düştüğü varsayılsa bile, yolcuların ölümünün kesin olmadığı ifade edilmiştir⁵³. Öğretide de kayıp dağ turistlerinin, iz bırakmadan kaybolan akıl hastalarının, şüpheli intiharların ve ağır cezalara tabi suçlarda kayıp kurbanların, görünüşte güvenilir bir koca, aile babası ve şirkete sadık, dakik ve sürekli yokluğunu bildiren ancak gerçekte öyle olmayan (*çifte hayat sürdüren "Doppelleben"*) ve işyerinden ayrıldıktan sonra kendisinden haber alınamayan çalışanın, ölümüne kesin gözüyle bakılan bir durum içinde kaybolmuş sayılamayacakları belirtilmiştir⁵⁴.

2. Kişinin Cesedinin Bulunamamış veya Bir Ceset Bulunsa Bile Teşhis Edilememiş Olması

Ölüm karinesinin diğer maddi koşulu, hakkında ölü kaydı düşülmek istenen kimsenin cesedinin bulunamamış veya ortada bir ceset olsa da, bu

⁵⁰ **Bucher**, s. 49, kn. 220; **Serozan**, s. 426.

⁵¹ Ölüm karinesinin bu özelliği sebebiyle "*ölmüş sayılma*" şeklinde anılmasının ve bu anlamıyla tutarlılık göstermeyen; aksini ispata imkân tanıyan TMK m. 44/f. II'deki kuralın kaldırılmasının önemine bir kez daha vurguda bulunmak istiyoruz.

⁵² BGE 56 I 546. Kararın ilgili kısmı (Erw.2b) için bkz. dn.33.

⁵³ Bkz. BGE 75 I 328. Kararın ilgili kısmı için bkz. dn.34.

⁵⁴ **Breitschmid**, CHK Art. 34, kn. 2; **Guggenbühl/Beretta**, BSK, Art. 34, kn. 4; **Guggenbühl**, BSK, Art. 34, kn. 4; **Kley/Seferovic**, ZGB Kommentar, Art. 34, s. 121.

cesedin o kimseye ait olduğu yönünde bir teşhiste bulunulamamış olmasıdır. Cesedin bulunması denilince, kişinin vücut bütünlüğü bozulmadan tamamına ulaşılması anlaşılabilir. Cesede ulaşılabilir ve üzerinde yapılan değerlendirmeye, cesedin kime ait olduğu teşhis edilebiliyorsa, ölüm karinesi çerçevesinde değil; ceset hakkında düzenlenecek ölüm belgesiyle kütüğe doğrudan ölü kaydı düşülmesinden bahsedilecektir⁵⁵.

Kimi hallerde ortada bir ceset bulunduğu halde, adli tıp verileri çerçevesinde cesedin teşhisi mümkün olmayabilir. Biyolojik bir madde olarak cesedin çürümüş, yanmış veya bir şekilde bozulmuş olması bu durumu doğurabilir. Bu, pratik açıdan cesedin hiç bulunamamış olmasıyla eşdeğer bir durumu ortaya koymaktadır⁵⁶. Gerçekten bir uçak kazasının, bir yangının ya da bir patlamanın ardından etrafta birtakım biyolojik kalıntılara ulaşılsa bile, bunlardan hangisinin hangi kişiye ya da hakkında ölü kaydı düşülmek istenen kişiye mi ait olduğu tespit edilemeyebilir. Tamamen yanma, su altında kaybolma veya deniz canlıları tarafından yenilme ve sair sebeplerle cesede ya da biyolojik kalıntıya hiç ulaşamadığı durumlar da söz konusu olabilir. Özetle teşhis edilememe veya hiç ulaşılama ihtimallerinde, bu maddi koşulun gerçekleştiği kabul edilmelidir.

B. Şekli Koşul: Kişinin Ölüm Kütüğüne Kaydedilmesi

Yukarıdaki maddi koşulların varlığı halinde, yapılacak bir diğer iş, kişinin ölüm kütüğüne ölü olarak kaydedilmesi işlemidir.

TMK m. 44'te, cesedi bulunamayan kişinin ölüm kütüğüne kaydedilmesiyle ilgili olarak "*Bir kimse, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde ortadan kaybolursa cesedi bulunamamış olsa bile, o yerin en büyük mülkî amirinin emriyle kütüğe ölü kaydı düşürülür(f.1). Bununla*

⁵⁵ Mülga NHK'nın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in (23.11.2006 T. 26355 S. RG.) 66. maddesinde, doğa olayları ve kazalar sonucu meydana gelen toplu ölümler düzenlenmekteydi. Buna göre yer sarsıntısı, çöküntü ve kayması, sel baskını gibi doğa olaylarında veya hava, deniz, demir ve karayollarında ya da maden ocaklarında meydana gelen kazalarda binaların çökmesi, yıkulması gibi nedenlerle toplu ölümlerin olması halinde mülki idare amirlerince görevlendirilecek memurlarca ölümlerin kimlikleri tespit edilirdi. Hükümde tespit edilen isimler listeye geçirilerek ölüm kayıtları düşülürdü. Dikkat edilirse sayılan olaylarda teşhis edilebilen cesetlerin varlığı, bu hükmün ölüm karinesiyle ilgili olmadığını göstermekteydi. Yürürlükteki Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği'nde (9.5.2020 T. 31122 S. RG.) böyle bir düzenlemeye yer verilmiş değildir.

⁵⁶ **Saymen**, s. 40; **Binatlı**, s. 78; **Guggenbühl**, BSK, Art. 34, kn. 1; **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 32, kn. 93; **Bucher**, s. 49, kn. 219; **Pedrazzini/Oberholzer**, s. 38; **Tokat**, s. 39, dn. 61.

birlikte her ilgili, bu kişinin ölü veya sağ olduğunun mahkemece tespitini dava edebilir(f.2).” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu hükümden anlaşıldığı üzere, kişi hakkında ölü kaydının düşülmesi yönünde bir idari işlem yapılması gerekmektedir. Burada gaiplikte olduğu gibi bir mahkeme kararına gerek bulunmamaktadır⁵⁷. Ancak öğretide istenilirse mahkemeden bir karar da alınabileceği ifade edilmiştir. Şöyle ki, TMK m. 44/f. II’deki (743 Sayılı MK m. 42/f. II), “*her ilgilinin bu kişinin ölü ya da sağ olduğunun mahkemece tespiti dava edebileceği*” yönündeki düzenleme çerçevesinde, her ilgilinin hâkimden, ölümüne kesin gözüyle bakılmayı gerektirecek durumlarda kaybolan kişinin ölü olduğuna hükmetmesini isteyebileceği, “*hâkimin kesin ölüm tehlikesi içinde kaybolma*” yönündeki tespit kararından sonra ölümün bütün neticelerinin doğacağı ifade edilmiştir⁵⁸. Daha önce de açıkladığımız üzere TMK m. 44/f. II, ölüm karinesinin aksini ispata imkân veren bir düzenleme olarak kabul edilmeli ve yorumu sadece bu anlamıyla sınırlandırılmalıdır. Kanaatimizce, eldeki delillere göre ölümün farklı bir tarihte gerçekleşmiş olduğu iddia edildiğinde, sözü edilen görüş pratik anlam taşıyacaktır. Oysaki aynı koşullar altında ölüm karinesi gereğince mahkemeden bir tespit kararı istemek, belki de, kanunkoyucunun idari makamları yetkili sayarak mahkemelerin iş yükünü hafifletmek yönündeki düşüncesine aykırı olacaktır.

TMK m. 44’te, ölü kaydının düşülmesi emrini verecek olan makam, olayın yaşandığı yerin en büyük mülki amiridir. NHK m. 32’de bu kaydın nasıl düşüleceği hakkında daha ayrıntılı bir hükme yer verilmiştir: “*Bir kimse ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa, cesedi bulunamamış olsa bile müracaat edilen yerin mülkî idare amirinin emri ile ölüm tutanağı düzenlenerek ölüm olayı işlenir (f.1). Bu madde uyarınca işlem yapılabilmesi için ölüm karinesi bulunan kişinin alt veya üst soyundan bir kişinin ya da kardeşlerinin, bunlar yoksa mirasçılarının dilekçe ile başvurarak olayı belgelendirmeleri ya da yetkili makamların durumu resmî bir yazı ile nüfus müdürlüğüne bildirmeleri gereklidir (f.2). Dilekçeye ekli belgeler ve gerektiğinde nüfus müdürlüğünce yaptırılacak soruşturma olayın doğruluğunu ve öldüğü iddia edilen kişinin de olayın meydana geldiği sırada orada bulunduğunu kanıtlamaya yeterli görülürse mülkî idare amirinin emri ile ölüm kaydı düşülür (f.3).*”⁵⁹.

⁵⁷ Birsen, s. 185; Feyzioğlu/Doğanay, s. 59; Saymen, s. 42; Ataay, s. 250; Binatlı, s. 79; Köprülü, s. 245; Öztan, Temel Kavramlar, s. 240; Kılıçoğlu, Medeni, s. 209, dn. 324.

⁵⁸ Velidedeoğlu, s. 217; Öztan, Temel Kavramlar, s. 240.

⁵⁹ NHK’na dayalı olarak çıkarılmış Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği’nin 39’uncu maddesinde de konu “*Ölüm Karinesi*” başlığı altında benzer şekilde düzenlenmiştir.

Görüleceği üzere, mülki idare amirinin, re'sen değil; hakkında ölü kaydı düşülecek olan kişinin alt veya üst soyundan bir kişinin ya da kardeşlerinin, bunlar yoksa mirasçılarının dilekçe ile başvurarak olayı belgelen-dirmeleri ya da yetkili makamların durumu resmî bir yazı ile nüfus müdür-lüğüne bildirmeleri üzerine harekete geçeceği açıklanmıştır. Bununla bir-likte, hangi mülki idare amirinin yetkili olacağı konusunda, TMK ile NHK arasında bir tutarsızlık bulunmaktadır. TMK, “..o yerin mülki amiri..” ifa-desiyle, olayın yaşandığı yerin en büyük mülki amirini yetkili kabul etmek-tedir (TMK m. 44/f. I). Oysaki NHK’da, müracaat edilen yerin mülki idare amiri yetkili sayılmaktadır (NHK m. 32/f. I). Kanaatimizce NHK, aynı ko-nuyu daha ayrıntılı şekilde düzenleyen; sonraki ve özel bir kanun olması dolayısıyla, önceki TMK m. 44/f. I hükmünü örtülü şekilde ortadan kaldırdığı kabul edilmeli, böylece müracaat edilen mülki idare amiri yetkili sayıl-malıdır⁶⁰. Kaldı ki olayın yaşandığı yerin mülki idare amirini yetkili saymak, olayın yurt dışında meydana geldiği ihtimalde uygulamada problem yarata-cak niteliktedir.

NHK m. 32/f. III’de, başvuruda bulunacak kişilerin ya da makamın di-lekçesine ekli belgeler, gerektiğinde nüfus müdürlüğüne yaptırılacak so-ruşturma neticesinde olayın doğruluğunu ve öldüğü iddia edilen kişinin de olayın meydana geldiği sırada orada bulunduğunu kanıtlamaya yeterli görü-lürse, mülki idare amirinin emriyle kütüğe ölü kaydı düşüleceği belirtilmiş-tir. Bu hükme göre, işlem yapılabilmesi için hakkında olayın doğruluğunun ve ölü kaydı düşülecek kişinin olayın meydana geldiği sırada orada bulun-duğunun ispatlanması gerekecektir. Bu ispat yükünün yerine getirilmesinde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 190’ıncı maddesinin ikinci fıkrasındaki ““*Kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıya ilişkin ispat yükü altındadır. Kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı taraf, kanuni karinenin aksini ispat edebilir.*” hükmü göz önünde tutulduğunda, sadece karinenin temelini oluşturan vakıanın ispatı yeterli

“(1) Bir kimse, ölümüne kesin gözle bakmayı gerektiren durumlar içinde ortadan kaybo-lursa, cesedi bulunamamış olsa bile kişinin alt veya üst soyundan bir kişinin ya da kardeşlerinin, bunlar yoksa mirasçılarının yazılı başvurusu üzerine olaya ilişkin resmî belgelerin ibraz edilmesi ya da yetkili makamların durumu resmî yazı ile nüfus müdür-lüğüne bildirmeleri halinde mülki idare amirinin onayı ile aile kütüğüne ölüm olayı tescil edilir.” Bu hükmün hem TMK’nun ilgili hükmünden (TMK m. 44/f. I) hem de NHK’nun ilgili hükmünden (NHK m. 32/f. I) ayrıldığı nokta, mülki idare amirinin emri yerine onayından söz edilmesidir. Kanaatimizce bu farklılık, bir ifade farklılığından öte bir anlam taşımamaktadır. Mülki idare amirinin nüfusa ölü kayda düşülmesini emret-mesi veya onaylaması, aslında koşulların gerçekleşmiş olduğunu teyit etmesi demektir.

⁶⁰ Tokat, s. 39, dn. 62.

olmalıdır. Bu vakıa, NHK m. 32/f. III'e göre, ölümüne kesin gözle bakılacak bir olayın gerçekleşmesi ve ölü kaydı düşülecek kimsenin olayın meydana geldiği sırada orada bulunmasıdır. Örneğin bir uçağın tamamen yanmasında, denizaltının denizin dibine batmasında, nükleer santralde bir patlama olmasında, sel sularının yerleşim yerlerini etkilemesinde böyle bir olayın yaşandığını ortaya koyduktan sonra; olayın yaşandığı anda o kimselerin o uçakta, o denizaltında, o nükleer santralde ve sel sularının etkilediği yerleşim yerinde kesinlikle bulunuyor oldukları ispatlanmalıdır⁶¹. Bunun için o kimselerin yolcu veya görevli olarak o uçakta, denizaltında veya nükleer santralde buldukları, yolcu listelerinden veya görevli kayıtlarından anlaşılabilirse, bunların delil olarak sunulması yeterli görülmelidir. Bu kapsamda gerekirse nüfus müdürlüğünce bir soruşturma da yapılabilir. İlgililer yanında ispata yönelik olarak gerektiğinde nüfus müdürlüğünce de soruşturma yapılabilmesi, ölüm karinesi için aranan vakıalara yönelik ispat bakımından; kesin değil yaklaşık ispatın aranacağı sonucuna varmayı gerektirmektedir. Konunun İsviçre Hukuku'nda emare ispatı başlığı altında değerlendirilmesi de aynı yaklaşımın bir sonucu olarak görülmelidir.

Ölüme kesin gözle bakılmaya ilişkin delillere rağmen mülki idare amiri, ölüm karinesi çerçevesinde nüfusa ölü kaydı düşmezse, artık TMK m. 31'deki koşulların gerçekleştiğine yönelik tespit ve ardından kütükte gerekli düzeltmenin yapılmasına yönelik (TMK m. 39, NHK m. 35/f. I) dava açmaktan başka çare yoktur⁶². Böyle bir davada ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren bir olayın var olup olmadığı, TMK m. 4'teki takdir yetkisi kapsamında hâkim tarafından tespit edilecektir⁶³. Hâkim, daha önce de belirttiğimiz üzere; ölüm karinesinin istisnai bir düzenleme olmasından yola çıkarak, konuyu sıkı şartlar altında ve titizlikle değerlendirmeli, hükmün genişletilmesine yol açıcı bir sonuçtan kaçınmalıdır. Aynı tutumu, işin yargıya taşınmadığı durumlar bakımından mülki idare amiri de sergilemelidir⁶⁴.

İsviçre Hukuku'nda da 31.12.1999 yılına kadar, ülkemizdekiyle benzer şekilde, ölüm kütüğüne ölü kaydının düşülmesi işlemi bir idari işlem niteliğinde sayılmaktaydı⁶⁵. Yapılan değişikliklerle 1.1.2000 yılından itibaren, kişi-

⁶¹ Hausheer/Aebi-Müller, s. 33, kn. 95.

⁶² Bu davanın TMK m. 44/f. II'ye dayalı tespit davası olduğunu kabul eden görüş (Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 30; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 251; Baygın/Nar, s. 344) bulunsa da, görüşümüze göre TMK m. 44/f. II, ölüm karinesinin aksini ispatı açısından açılabilen ve çekişmesiz yargının konusu olan tespit davasını düzenlemektedir.

⁶³ Öztan, Temel Kavramlar, s. 240.

⁶⁴ Bucher, s. 49-50, kn. 220; Hofer, s. 42, kn. 120.

⁶⁵ Guggenbühl/Beretta, BSK, Art. 34, kn. 1.

nin ölüm kütüğüne kaydının yapılabilmesi için sicilde düzeltmeye yönelik bir davanın açılması ve bu yönde bir mahkeme kararı alınması gerekli kılınmıştır (*İMK m. 42*). Bu davada belirli bir nüfus çevresindeki kimsenin ölüm kütüğünün düzeltilmesi ve o kimsenin belirli bir tarihte öldüğünün sicile işlenmesi talep edilir⁶⁶. Buna göre açılan dava ve mahkemenin ölümün ölüm kütüğüne kaydedilmesi yönündeki kararı inşai (yenilik doğuran) niteliktedir⁶⁷. Bu dava, kişisel durum sicillerindeki yetkili makam veya korunmaya değer kişisel bir menfaatinin bulunduğunu kanıtlayan herkes tarafından açılabilir⁶⁸. Bu dava çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilir ve bu yargıda kendiliğinden araştırma ilkesi geçerlidir (*İsviçre Hukuk Usulü Hakkında Kanun m. 255/bent b*). Gaiplik için zahmetli bir dava süreci öngörülmesi, özellikle gaibin çıkagelmesi ihtimaline karşılık birtakım güvenceler aranması ve bununla bağlantılı şekilde yüklü şekilde dava giderlerinin ortaya çıkması muhtemelken, ölüm karinesindeki dava sürecinin nasıl yürütüleceği özellikle bir kimsenin ölümünün hangi koşullar altında kesin bir şekilde ispatlanmış sayılacağı meselesi İsviçre uygulaması açısından önem taşımaktadır⁶⁹.

III. ÖLÜM KARİNESİNİN SONUÇLARI VE AKSİNİN İSPATLANMASI

A. Ölüm Karinesinin Sonuçları

Ölüm karinesinin koşulları gerçekleştiğinde, kişinin; hangi andan itibaren ölmüş sayılacağı ve ölmüş sayılmanın ne gibi hukuki sonuçlar doğuracağı ayrıca incelenmelidir.

Hak sahipliği hakkında ölü kaydı düşülecek olan kişinin ölümüne bağlı olanlar için, ölü kaydının hangi andan itibaren etkiler doğuracağı; başka bir

⁶⁶ Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 126, kn. 6; Guggenbühl, BSK, Art. 34, kn. 1, 5; Hausheer/Aebi-Müller, s. 35, kn. 103; Bucher, s. 49, kn. 219; Hürlimann-Kaup/Schmid, s. 217; Brückner, kn. 119.

⁶⁷ Hürlimann-Kaup/Schmid, s. 217; Hausheer/Aebi-Müller, s. 35, kn. 103; Guggenbühl/Beretta, BSK, Art. 34, kn. 1, 5; Guggenbühl, BSK, Art. 34, kn. 1, 5; Brückner, kn. 119; Dörr, KUKO, Art. 34, kn. 4. 24 Mart 2000 tarihli Medeni Konularda Mahkemelerin Yetkisine Dair Federal Kanun'un (*Gerichtsstandsgesetz (GestG)*) "Medeni Durum Sicillerinin Düzeltilmesi" başlıklı 14'üncü maddesine göre de, nüfus sicillerinin düzeltilmesi talepleri için sicilin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Bkz. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2000/374/de>, Erişim Tarihi: 17.02.2022).

⁶⁸ Hausheer/Aebi-Müller, s. 35, kn. 103; Hrubesch-Millauer/Bosshardt, s. 27; Guggenbühl/Beretta, BSK, Art. 34, kn. 5; Guggenbühl, BSK, Art. 34, kn. 5; Brückner, kn. 119.

⁶⁹ Breitschmid, CHK Art. 34, kn. 3; Guggenbühl, BSK, Art. 34, kn. 2.

anlatımla kişinin hangi andan itibaren ölmüş sayılacağını belirlemek önem taşır. İlgili kanunlarda, hakkında ölü kaydı düşülen kişinin, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolduğu andan itibaren mi, yoksa en büyük mülki idare amirinin kütüğe ölü kaydı düştüğü andan itibaren mi ölmüş sayılacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Kanaatimizce, konu gaiplikte olduğu gibi çözüme bağlanabilir. Gaiplikle ilgili TMK m. 35'deki “..*Gaiplik kararı ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğurur*” hükmü kıyasen uygulanarak, ölü kaydının, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren olay anına kadar geriye etkili olacak şekilde sonuç doğuracağı kabul edilebilir⁷⁰. Nasıl ki kişi kaybolmadan öldüğünde, ölüm anından itibaren hüküm ve sonuçlar doğmaktaysa, ölüme kesin gözle bakılan bir durum için de aynı sonucu kabul etmek mantıklı olur. Olayın soruşturulması ve delillerin incelenmesine yönelik belli bir idari prosedürden geçilmesi ve bunun için de yakınların yazılı başvurusunun veya yetkili makamların durumu bildirmesinin aranıyor olması, haliyle belli bir sürenin geçecek olduğuna işaret etmektedir. Konunun spekülasyonlara meydan verecek şekilde ilgililerin veya idarenin inisiyatifine bırakılmasından ziyade olay anı gibi objektif bir anın kabulü bu açıdan da yerinde olur.

Özetle, ölü kaydının düşülmesiyle kişi, olayın meydana geldiği andan itibaren ölmüş kabul edilecektir. Bu kabul; daha önce de açıkladığımız üzere, TMK m. 44/f. II'deki aksini ispat imkânı çerçevesinde, varsayımsal olarak değil karineten kabul anlamındadır⁷¹. Ölmüş sayılmayla ölümün tüm sonuçları o kişi için gerçekleşmiş olur. Öncelikle o kişinin kişiliği sona ermiş olur (TMK m. 28). Ayrıca ölüme bağlı olarak; kişi evliyse, evliliği ortadan kalkar, terekesi güvence göstermelerine gerek kalmaksızın mirası reddet-

⁷⁰ Oysaki Alman ve Avusturya Hukukunda kayıp kimse ölü ilan edilmeden önce, hak ehliyetini kaybetmemekte; kişiliği sona ermemektedir. Bunun sebebi, Alman Kayıp Kişiler Kanunu § 10'a göre; o kimse hakkında ölüm ilan edilinceye kadar yaşadığının karineten (*yaşam karinesi gereğince*) kabul edilmesidir (*aynı şekilde Avusturya Ölüm İlanı Kanunu § 10*).

⁷¹ **Ardıç**, s. 171. Bununla birlikte ölü kaydının düşülmesiyle, kişinin olayın meydana geldiği andan itibaren “*gerçekten ölmüş kabul edileceği*” de ifade edilmiştir. Bkz. **Özsunay**, s.221; **Ataay**, s. 250; **Dural/Öğüz**, s. 27, kn. 130; **Öztan**, Temel Kavramlar, s. 240; **Arat**, s. 264; **Arpacı**, s. 186; **Helvacı/Erlüle**, s. 61; **Ayan/Ayan**, s. 175; **Baygın/Nar**, s. 344. Bu ifade, “*ölmüş sayılma*” veya “*ölü olma*” anlamlarını çıkarmaya elverişlidir. Bizce “*ölü sayılma*” varsayımsal olarak olması gereken bir sonuçtur ancak mevcut düzenleme karineyi kabul ettiğinden bunu benimsemeye imkân bulunmamaktadır. “*ölü olma*” ise aksini ispat faaliyeti açısından ancak ölüm farklı bir tarihte gerçekleşiyse pratik bir önem taşır.

meyen mirasçılarına geçmiş olur; şahsi irtifak, velayet, vesayet gibi kişiye bağlı birtakım haklar da sona erer⁷². Ölümden sonrasına etkili olacak şekilde düzenlenmemiş olan temsil yetkisi sona ermiş olur (*TBK m. 43/f. I*). Velayet hakkı sağ kalan eşe ait olur (*TMK m. 336/f. III*). Hayat sigortaları için sigortadan doğan talepler muaccel hale gelir. Sözleşmede ortaklığın mirasçılarla sona erdirilmesi konusunda hüküm yoksa adi ortaklık sona erer (*TBK m. 639/f. I-bent 2*)⁷³. Ölüm karinesi, sonuçları itibariyle ölümle eş değer tutulduğu için ayrıca her bir sonuç için özel bir düzenleme getirmeye ihtiyaç duyulmamıştır.

B. Ölüm Karinesinin Aksinin İspatlanması

Ölüm karinesine dayanılarak düşülen ölü kaydının aksinin ispatı yürürlükteki düzenlemeler çerçevesinde (*TMK m. 44/f. II*) mümkün gözükmemektedir. Görüşümüze göre, ölümüne kesin gözüyle bakılmasını gerektiren haller içinde kaybolma koşulunun aranıyor olması, aslında bu ihtimali devre dışı bırakmalıdır. Konu titizlikle değerlendirildiğinde, kaybolan kimsenin çıkagelmesi veya ondan haber alınabilmesi, imkânsıza yakın derecede bir ihtimal olmalıdır.

Bununla birlikte *TMK m. 44/f. II*'de her ilgilinin, hakkında ölü kaydı düşülen kişinin ölü ya da sağ olduğunun mahkemece tespitini dava edebilmesi, ölüm karinesine dayanılarak düşülen ölü kaydının hükmünü yitirebilmesine olanak vermektedir. Ölü kaydının hükmünü yitirmesi, pratik açıdan o kişinin sağ olduğunun veya ölüye de ölümün farklı bir tarihte gerçekleşmiş olduğunun ispatı halinde anlam taşır. Ölümün daha farklı bir tarihte gerçekleştiğini ispat dışında, *TMK m. 44/f. II* çerçevesinde kişinin ölü olduğunun tespitinin mahkemeden istenebileceği yönünde bir görüş bulunsa da⁷⁴ bu istek aslında hiçbir pratik önem taşımadığından kabul edilmemelidir. Kişi ölmüş kabul edilse de ya da gerçekten ölü olsa da sonuçlar aynı olacaktır. Bu görüş kabul edilirse, mahkemenin, sözgelimi cesede ulaşıp da cesedin ka-

⁷² **Velidedeoğlu**, s. 217; **Özsunay**, s. 221; **Ataay**, s. 250; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, s. 251; **Dural/Öğüz**, s. 27, kn. 130; **Köprülü**, s. 245; **Zevkililer/Acabey/Gökyayla**, s. 509; **Arpacı**, s. 186; **Öztan**, Temel Kavramlar, s. 240; **Arat**, s. 264; **Helvacı/Erlüle**, s. 61; **Ayan/Ayan**, s. 175; **Baygın/Nar**, s. 344-345; **Birsan**, s. 185; **Binatlı**, s. 79; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, s. 30; **Riemer**, s. 89, kn. 141; **Hürlimann-Kaup/Schmid**, s. 217; **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 33, kn. 98; **Hofer/Hrubesch-Millauer**, s. 215, kn. 11.20; **Hofer**, s. 42, kn. 120.

⁷³ Gaiplikle ilgili olsa da ölüm karinesi için de geçerli olması gereken açıklamalar için bkz. **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 45, kn. 136; **Kley/Seferovic**, ZGB Kommentar, Art. 38, s. 124.

⁷⁴ Bkz. dn. 59 ve orada sayılan yazarlar.

yıp kimseye ait olduğunun teşhis edilmesi sonucunda, -farklı bir ölüm anının tespit edilebildiği haller dışında- o kimseyi ölü olarak tespiti sadece, kütükteki ölüm karinesine dayalı ölü kaydının; ölüm karinesine dayanmayan ölü kaydı şeklinde düzeltilmesi yolunu açmış olacaktır ancak böyle bir düzeltmenin kimseye faydası olmayacaktır. Bu ihtimalde açılan tespit davasının hukuki yarar yokluğu sebebiyle reddedilmesi düşünülmelidir.

Kişinin öldüğü iddiasıyla açılan tespit davasında, aynı zamanda ölümün farklı bir zamanda gerçekleştiği de ileri sürülmüşse, artık hukuki yararın varlığından söz edilebilecektir. Gerçekten hakları ölüme bağlı olanlar açısından ölüm anındaki değişiklik özellikle mirasçılık sıfatının kazanılması veya kaybı açısından önem taşıyacaktır.

Bundan başka, böyle bir tespit davası açılmasındaki hukuki yararın var olduğu kabul edilebilecek diğer ihtimal, kişinin sağ olduğunun tespit edilmesi ve sonraki süreçte nüfustaki ölüm kaydının iptal edilmesidir⁷⁵.

TMK m. 44/f. II'e göre aksini ispat imkanına sahip olan "*her ilgili*" kapsamına, öğretideki bir görüşe göre, kişinin ölü veya sağ olarak tespitinde kişisel ya da maddi, somut özel bir çıkarı olanlar dahil olmalıdır⁷⁶. Benzer bir görüşe göre de, ilgili kapsamına özellikle mirasçılar girmeli ancak maddi veya manevi herhangi bir menfaati olan kişiler de bu kapsamda görülmelidir⁷⁷. Bize göre de hakları o kimsenin sağ ya da ölü olmasından etkilenen başta mirasçılar veya destek ilişkisi içinde bulunan diğer kimseler bu kapsamda görülmeli, ancak o kişiyle manevi bağı olduğunu kanıtlayan kimseler de kapsama dahil edilmelidir. Söz gelimi henüz aralarında evlilik ilişkisi veya tanıma yahut evlat edinme gibi yollarla soybağı ilişkisi kurulmamış olsa da, böyle bir ilişkiye zemin hazırlayan bir yakınlaşmaya taraf olan kimseler de ilgili kapsamında görülmelidir.

TMK m. 44/f. II'e göre; kişinin sağ veya farklı bir tarihte ölmüş olduğuna yönelik açılan tespit davası, Hukuk Muhakemeleri Kanunu 382/f. II-bent a)-3'te belirtildiği üzere, çekişmesiz yargı işidir.

1. Hakkında Ölü Kaydı Düşülen Kişinin Farklı Bir Tarihte Öldüğünün veya Sağ Olduğunun Anlaşılması

Hakkında ölü kaydı düşülen kimsenin sonradan cesedine ulaşılarak kimliği teşhis edilir ve yapılan ölü incelemesi sonucunda farklı bir tarihte

⁷⁵ Hatemi, s. 83, kn. 11.

⁷⁶ Özsunay, s. 220, dn.23; Arat, s. 264.

⁷⁷ Saymen, s. 42.

ölmüş olduğu tespit edilirse, kütükteki kaydın buna uygun şekilde düzeltilmesi gerekir. Kişinin sağ olduğunun anlaşılması ise, kişinin bizzat kendisinin ortaya çıkıp ölmediğini beyan etmesiyle ya da kişinin ölmediğine, hayatta olduğuna dair delillere ulaşılmamasıyla mümkün olabilir. Bu anlaşılma ile artık kütükteki kaydın iptal edilmesi gerekir.

2. Kütükteki Ölü Kaydının Düzeltilmesi veya İptali

Ölü kaydının aksini ispat sonucunda kütükte değişiklik yapılabilmesi için Kanun sadece dava yolunu öngörmüş, ilgililerin dilerse nüfus müdürlüğüne doğrudan başvurabilmesi şeklinde alternatif bir yol kabul edilmiştir. Nüfus kütüğünde değişikliği gerektirecek bu ihtimallerde, ilgililerin doğrudan nüfus müdürlüklerine başvurarak bunu sağlayamayacakları TMK'da ve NHK'da açıkça belirtilmiştir (TMK m. 39, NHK m. 35/f. I)⁷⁸. Buna uygun olarak, ilgilinin TMK m. 44/f. II'ye göre açmış olduğu tespit davası çerçevesinde elde ettiği hüküm yanında, açacağı ikinci bir kaydın düzeltilmesi veya kaydın iptali davasıyla amacına ulaşabilmesi söz konusudur. İkinci bir davanın açılması gerekliliği, NHK m. 36/f. I-bent c'deki "Tespit davaları, kaydın iptali veya düzeltilmesi için açılacak davalara karine teşkil eder." hükmünden çıkarılmaktadır. TMK m. 44/f. II kapsamında kişinin daha farklı bir anda ölmüş olduğu tespit edilmişse kaydın düzeltilmesi davası, kişinin sağ olduğu tespit edilmişse, kaydın iptali davası açılmalıdır⁷⁹. Kanaatimizce ilgilinin, TMK m. 44/f. II ve NHK m. 35 vd. hükümlerini ya da sadece NHK m. 35 vd. hükümlerini dayanak göstererek doğrudan kaydın iptali veya düzeltilmesi davası açması mümkün görülmelidir. Eda davası niteliğindeki böyle bir davanın açılması, ister istemez öncelikle

⁷⁸ TMK m. 39'da "Mahkeme kararı olmadıkça, kişisel durum sicilinin hiçbir kaydında düzeltme yapılamaz.", NHK m. 35/f. I'de "Kesinleşmiş mahkeme hükmü olmadıkça nüfus kütüklerinin hiçbir kaydı düzeltilmez ve kayıtların anlamını ve taşıdığı bilgileri değiştirecek şerhler konulamaz. Ancak olayların aile kütüklerine tescili esnasında yapılan maddî hatalar nüfus müdürlüğüne dayanak belgesine uygun olarak düzeltilir." Belirtilmiştir.

⁷⁹ TMK m. 44'e dayalı açılan tespit davası sonucunda, bu kişinin sağ olduğu tespit edilirse, nüfustaki ölüm kaydının düzeltilmesinin gerekeceği ileri sürüldüğü gibi (bkz. *Hatemi*, s. 83, kn. 11; *Ayan/Ayan*, s. 175), düzeltme davası açılarak nüfus siciline hayatta olduğunun işletilebileceği de ileri sürülmüştür (*Tala, Murat: Ölümün Özel Haklara Etkisi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 2006, (http://acikerisimarsiv.selcuk.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/7763/189170.pdf?sequence=1&isAllowed=y, Erişim Tarihi: 08.02.2022), s. 24; Baygın/Nar, s. 345; Dural/Öğüz, s. 27, kn. 131). Sağ olduğu tespit edilmekle "kaydın düzeltilmesi" yerine kanımızca "kaydın iptali" kavramını kullanmak yerinde olacaktır.*

TMK m. 44/f. II anlamında kişinin durumuna ilişkin bir tespiti de gerekli kılar. Bu iki meselenin aynı davada çözüme kavuşturulması, usul ekonomisi ilkesine de uygun düşer.

Kütükte değişikliğe yönelik davanın kim tarafından açılacağı konusunda, TMK m. 44/f. II kapsamındaki tespit davasını “*her ilgili*” açabilmekteyken, NHK m. 36’ya göre kaydın düzeltilmesi veya iptal davasını “*ilgili olan kimseler*” yanında resmî dairesinin göstereceği lüzum üzerine “*Cumhuriyet savcıları*” da açabilirler. İlgili kimseler, hakkında ölü kaydı düşülen ancak sonradan çıkagelen kayıp kimse olabileceği gibi⁸⁰, bu kimsenin yakınları da olabilir.

Hakkında ölü kaydı düşülüp de sonradan çıkagelen kimse, ölü kaydının düzeltilmesine yönelik bir girişimde bulunmazsa nasıl hareket edileceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Öğretide bir görüş, bu soruna ilişkin önceki Nüfus Kanunu m. 40’ta bir düzenlemeye yer verildiğini ancak 5490 S. NHK’da bu konuda bir düzenleme getirilmediğini belirterek, NHK m. 35 vd. gereğince kaydın iptal edileceğini belirtmiştir⁸¹. Aynı doğrultuda somut bir çözüm sunan benzer görüş de, NHK m. 36/f. I-bent a çerçevesinde nüfus idaresinin bildirim üzerine Cumhuriyet Savcılığı tarafından açılan dava ile nüfus kaydının düzeltileceğini ifade etmiştir⁸². Kanaatimizce de nüfus idaresinin bildirim üzerine Cumhuriyet savcılığı kaydın iptalini isteyebilmelidir. Bununla birlikte sonradan çıkagelen kayıp kimsenin hareketsizliği yanında yakınlarının da herhangi bir girişimde bulunmaması karşısında nüfus idaresi nasıl harekete geçecektir? Sorun, kayıp kimsenin hayatta olduğunun bir şekilde nüfus idaresine bildirilmesiyle çözüme kavuşabilir. Bu bildirim, bir nüfus olayı olarak kabul edilen doğumun bildirilmesine ilişkin NHK m. 15 vd. hükümlerinin kıyasen uygulanmasıyla gerçekleştirilebilir. Özellikle NHK m. 18/f. II ve IV çerçevesinde kolluk görevlilerinin kimlik kontrolü esnasında yahut kamu veya özel kurumların iş verirken kimlik kartı istemelerinde, nüfusa kayıtlı olmayan kimsenin durumunu nüfus müdürlüğüne bildirmeleri böyledir.

3. Ölüm Karinesinin Aksinin İspatlanmasının ve Kütükteki Değişikliklerin Sonuçları

Daha önce de ifade edildiği gibi, kayıp kişinin farklı bir tarihte öldüğünün ya da sağ olduğunun anlaşılmasıyla, kişi hakkında düşülen ölü kaydı

⁸⁰ Tala, s. 24; Baygın/Nar, s. 345; Dural/Öğüz, s. 27, kn. 131.

⁸¹ Dural/Öğüz, s. 27, kn. 131.

⁸² Baygın/Nar, s. 345.

hükümünü gerçek anlamda yitirecektir. Açıklamalarımızın devamında bu haller göz önünde tutularak kişiler, aile, miras ve sosyal güvenlik hukuku bakımından doğabilecek bazı sonuçlar irdelenmeye çalışılacaktır. Bu sonuçlar, belki de monografik bir çalışma düzeyinde incelenmeye elverişli olduğundan çalışmamızın sınırlarını aşmamak amacıyla yüzeysel bir bakış açısıyla ele alınacaktır.

a. Kişiler Hukuku Bakımından Sonuçları

Kişinin farklı bir tarihte öldüğü tespit edilirse, kişiliğin sona ermesi de o ana taşınmış olacaktır. Buna göre söz gelimi kayıp kimsenin kişiliğine yönelik bir ihlal söz konusu ve bu ihlal yeni tespite göre ölüm tarihinden önce bir ana denk geliyorsa, bizzat o kişiye yönelik bir ihlal olarak değerlendirilecektir. Bu durumda ölen kişi (*mirasbırakan*) ölmeden önce manevi tazminat talebini de ileri sürmüştü bu talep mirasçılara geçebilecektir (*TMK m. 25/f. IV*). İhlal, ölüm tarihinden sonra gerçekleşmişse, ölen kimse açısından kişilik koruması sona ereceğinden onun temsilcisi olarak dava açılmayacaktır. Ölenin yakınları bu durumda ancak kendi duygusal kişilik değerleri arasında sayılan; ölünün hatırasına saygı duyulması hakkı çerçevesinde manevi tazminat davası açabileceklerdir.

Kişinin sağ olduğu tespit edilirse, kişiliği sona erdiren sebep ortadan kalktığından, kişinin kişiliğini yeniden kazandığı⁸³ veya kişinin sağ ve tam doğumla kazandığı kişiliğinin devam ettiği⁸⁴ kabul edilebilir.

b. Aile Hukuku Bakımından Sonuçlar

Nişanlanma bakımından, ölüm gibi, ölüm karinesi de nişanlılık ilişkisini sona erdirir⁸⁵. Ancak hakkında ölü kaydı düşülen kişinin sonradan ortaya çıkması halinde, nişanlılık ilişkisi daha önce ölümle sona erdiğinden, bu ilişkinin kendiliğinden yeniden canlanacağı yönünde bir sonuca ulaşamaz. Bu ilişkiyi devam ettirmek ancak tarafların iradelerinin de bu yönde olmasıyla mümkündür.

⁸³ **Ardıç**, s. 171.

⁸⁴ **Tokat**, s. 272.

⁸⁵ **Zevkililer/Acabey/Gökyayla**, s. 695; **Öztan**, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, (Aile), s. 72. Nişanlanmanın gaiplik durumunda da sona ereceğini ifade eden görüşler için bkz. **Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt: III Aile Hukuku, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 29, kn.150; **Hatemi**, Hüseyin/**Kalkan Oğuztürk**, Burcu: Aile Hukuku, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 22, kn. 49; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 24.

Evlenme bakımından, kaybolan eşin hakkında ölü kaydı düşüldüğünden farklı bir tarihte öldüğü tespit edilirse, evliliğin de o tarihte sona ereceği kabul edilecektir. Kaybolan eşin sonradan sağ olduğu tespit edilirse, diğer eş de bu arada evlenmemişse, ölü kaydı düşülmekle sona eren evlilik kanaatimizce yeniden canlanmayacak, taraflar evlilik ilişkisini sürdürmek istiyorlarsa yeniden evleneceklerdir⁸⁶. Diğer ihtimalde; diğer eş bu arada başkasıyla yeniden evlenmişse bu sonraki evliliğin akıbeti ne olacaktır? Bu husus öğretilerde tartışmalıdır. Bir görüş, ölüm karanesiyle ortadan kalkan evlilikten sonra eşin sonradan yapmış olduğu evliliğin geçerli olarak devam edeceğini kabul etmektedir⁸⁷. Aksi yöndeki görüş ise, evliliğin ölüm karanesiyle değil ölümle sona erdiğini, ancak sonradan kaybolanın sağ olduğu anlaşılınca artık bu etkinin ortadan kalktığını, böylece mevcut evlilik sebebiyle sonradan yapılan ikinci evliliğin mutlak butlanla sakat olacağını ifade etmektedir⁸⁸. Konuya farklı şekilde yaklaşan başka bir görüş ise, ölüm karanesinin evliliği sona erdirmeyeceğini; ikinci evliliğin bu sebeple mutlak butlanla geçersiz sayılabileceğini ancak ikinci eşin; doğruluk karanesi özelliği (TMK m. 7) taşıyan nüfus sicilindeki ölü kaydına iyiniyetle güvenmesinin butlanı engellemesi gerektiğini ifade etmiştir⁸⁹. Konu Alman Hukukunda şöyle bir düzenlemeyle çözüme bağlanmıştır: “(1) Bir eş, diğeri hakkında ölüm ilanı kararından sonra yeniden evlenirse ve öldüğü ilan edilen eş hala hayattaysa, yeni evlilik ancak; her iki eşin de evlendikleri sırada ölü ilan edilen eşin hala hayatta olduğunu bildikleri hallerde, § 1306’ya (mevcut evlilik) aykırılık oluşturduğu için ortadan kalkabilir. (2) Yeni evliliğin yapılmasıyla eski evlilik sona erer. Yeter ki her iki eş de evlendikleri sırada ölü ilan edilen eşin hala hayatta

⁸⁶ Gaiplikle ilgili olsa da aynı görüşte bkz. **Kley/Seferovic**, ZGB Kommentar, Art. 38, s. 124.

⁸⁷ **Ardıç**, s. 171; **Tala**, s. 24.

⁸⁸ **Öztan**, Aile, s. 152, 570; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 83; kn. 456; **Dural/Öğüz**, s. 27-28, kn. 132; **Helvacı/Erlüle**, s. 61; **Ayan/Ayan**, s. 175. Bu yazarlardan bazılarının göre evliliğin mutlak butlanını savcı dahil herkes dava edebilecektir. Bkz. **Dural/Öğüz**, s. 28, kn. 132; **Helvacı/Erlüle**, s. 61. Öğretilerde bir görüş de, eşin sonradan çıkagelmesiyle, ölüm karanesiyle eski evliliğin sanki hiç ortadan kalkmamış gibi geçerliliğini sürdüreceğini belirtmişse de (**Hatemi**, s. 83, kn. 13), ölüm karanesi çerçevesinde kişi hakkında ölü kaydı düşülmekle ölümle aynı sonuçlar doğacağından, bu görüşe katılmak mümkün değildir.

⁸⁹ **Ayan/Ayan**, s. 175. **Çelik**, Nazlı Hilal: Evlenmenin Hükümsüzlüğü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 111. İkinci eşin iyiniyetli olması sebebiyle evliliğin butlanı kararının sınırlanmasını düzenleyen TMK m. 147/III’ün (743 S. MK m. 114/III) doğrudan veya kıyas yoluyla uygulanmasıyla bu sonuca varılabileceği hakkında bkz. **Serozan**, Rona: “Türk Medeni Kanunu Çerçevesinde Çökevlilik”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 41, S. 3-4, 1975, s. 301; **Tokat**, s. 44.

olduğunu bilmesinler. Eski evliliğin sona ermesi sonucu, ölüm ilanı sonradan ortadan kaldırılrsa bile, geçerliliğini korur” (BGB § 1319). “Hakkında ölüm ilanı verilen eski eşinin yaşadığını bu ilan sırasında bilmeyen eş dilerse yeni evliliğinin ortadan kaldırılmasını isteyebilir. Bu sebeple evliliği ortadan kaldırma bir yıl içinde talep edilmelidir. Bu süre, hakkında ölüm ilanı verilen eşin yaşamakta olduğuna dair bilgi sahibi olmakla başlar” (BGB § 1320/f. 1). BGB § 1319’daki düzenlemenin iyiniyet kuralına dayanan sonuncu görüşe benzerlik taşıdığı söylenebilir. Ancak Alman hukukunda, konunun ölüm karinesi yanında gaipliği de kapsar şekilde genel olarak ele alındığı gerçeğini de göz önünde tutmak gerekir. Şöyle ki bu düzenleme, gaibin çıkagelmesi ihtimalinin daha fazla olması karşısında bir ihtiyacı karşıladığı düşünülebilir. Oysaki hukukumuzda ölüm karinesi, sıkı koşullar altında değerlendirildiğinden, başka bir deyişle kişinin kesinlikle öldüğü ancak ortada bir cesedinin bulunmadığı durumlar ile sınırlı kaldığından, böyle bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmadığı da söylenebilir.

Kanaatimizce eşin sonradan başka kimseyle yapmış olduğu evliliğinin mutlak butlanla geçersiz sayılmasına ilişkin görüşlere katılmak mümkün değildir. Bize göre evliliğin yapıldığı sıradaki koşullara dikkat edilerek sonuca varılmalıdır. Nitekim TMK m. 145/b.1’deki “*eşlerden birinin evlenme sırasında evli bulunması*” ibaresi de evlenme sırasındaki koşulların önem taşıdığını vurgulamaktadır. Hakkında ölü kaydı düşülmekle sona eren evlilikten sonra, eşin başkasıyla evlendiği sırada, ortada mevcut bir evlilik bulunmamaktadır. Kaybolan eşin sonradan sağ olduğu anlaşılrsa da, bu gelişme, geçmişte evliliğin sona erdiği gerçeğini değiştirici etkiye sahip olmamalıdır. Bundan başka söz konusu görüşlerin; evliliğin ölüm karinesi nedeniyle sona ermeyeceği açıklamaları, ölüm karinesi anlatılırken; ölüm karinesi ile normal bir ölümden beklenen bütün sonuçların doğacağı şeklindeki açıklamalarla çelişiyor gözükmektedir. Ayrıca bu görüşler sanki ikinci evliliğin; hakkında ölü kaydı düşülen kişinin çıka gelmemesi koşuluna bağlı olarak yapıldığı temelini savunmaktadır. Oysaki evlilik, niteliği gereği koşula bağlı olarak gerçekleştirilemeyen bir kurumdur. Gaiplik haline ilişkin olarak getirilmiş düzenleme de görüşümüzü desteklemektedir. TMK’da ölümler eş değer tutulan bir diğer kurumu olan gaiplik halinde, gaiplik kararıyla birlikte evliliğin feshinin istenebileceği, mahkemenin evliliğin feshine karar vermesi halinde evliliğin sona ereceği belirtilmiştir (TMK m. 131). Buna göre gaiplikte, gaip olan kimse sonradan çıkagelirse, ikinci evlilik geçersiz sayılmayacaktır. Kişinin ölmüş olabileceği konusunda daha kesin bir kanıyla hareket edilen ölüm karinesinde ise, ikinci evliliği geçersiz saymak bir yana evleviyetle geçerli kabul etmek doğru olacaktır. Gerçekten ölüm karinesindeki durumun

kesinliği çerçevesinde kişiyi ölü saymak için sadece bir talebin ve idari işlemin yeterli görülmesine karşın, gaiplikte yargısal bir süreçten geçmek ve evliliğin sona ermesi için de feshi talep etmek gerekmektedir. Ölümün kesinliği düşüncesiyle daha esnek bir tutum sergilenirken, kayıp kimse çıka geldiğinde adeta popülist bir yaklaşımla sonraki evliliği geçersiz kılmak tutarsızlık olacaktır⁹⁰.

Sonuç olarak, ilk görüşte olduğu gibi, ölüm karinesi sebebiyle eşi hakkında ölü kaydı düşülen kişinin bu kayıttan itibaren evliliği sona ermiş olacağı için yeniden evlenmesine engel bir durum yoktur. Hakkında ölü kaydı düşülen kimsenin sonradan çıkagelmesinin de gerçekleştirilen evliliğe herhangi bir etkisi olmamalıdır. Bu noktada bazı yazarlar, olması gereken olarak tıpkı gaiplikte olduğu gibi ölüm karinesinde de, evliliğin feshinin istenmesi yönünde bir kanun değişikliği yapılmasını önermişlerdir⁹¹. Kanaatimizce böyle bir değişikliğe, bir yandan ölümün kesinliği gibi sıkı koşulların aranması; diğer yandan ölü kaydı için bir talebin ve idari işlemin yeterli görülmesi şeklinde tutumun sergilenmesi karşısında gerek duyulmamalıdır. Kaldı ki Mehaz İMK'da evliliğin feshinin istenmesine ilişkin hüküm değiştirilerek, 1.1.2000 tarihinden itibaren ölüm karinesinde olduğu gibi, gaiplik kararı ile birlikte evliliğin de nihai olarak son bulmuş olacağı kabul edilmiştir (*İMK m. 38/f. III*)⁹².

Ölüm karinesi, ölüme eşdeğer sonuçlar doğurduğu için, ölüm karinesi de eşler arasındaki mal rejimini sona erdiren bir sebeptir (*TMK m. 225*)⁹³. Ölüm karinesinin etkileri, kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolma anından itibaren doğmuş olacağından; aynı an mal rejiminin de sona erme anı olarak

⁹⁰ Gaiplikte TMK. m. 131 (743 S. MK. 94) ile evliliğin feshiyle kazanılan bozulmaz bir statüyü ölüm karinesinde yeniden evlenen eşten esirgemenin hukuk mantığı açısından kabulünün zor ve adaletsiz olacağı açıklamalarıyla görüşümüzü destekleyen düşünceler için bkz. **Serozan**, Çokevlilik, s. 302; **Tokat**, s. 44.

⁹¹ **Ayan/Ayan**, s. 175; **Tokat**, s. 44. Nitekim Hatemi de önceki Medeni Kanun döneminde bu değişikliği önerdiğini, ancak yeni Medeni Kanun açısından bu önerisinin dikkate alınmadığını ifade etmiştir. Bkz. **Hatemi**, s. 83, kn. 13; **Hatemi/Kalkan Oğuztürk**, s. 50-51, kn. 31.

⁹² **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 34, kn. 100, s. 44, kn. 135.

⁹³ **Öztan**, Aile, s. 520; **Zeytin**, Zafer: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 108, kn. 225; **Sarı**, Suat: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, İstanbul 2007, s. 84; **Gümüş**, M. Alper: Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 283-284; **Acabey**, M. Beşir: Teorik ve Pratik Yönleriyle Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Turhan Kitabevi, Ankara 2020, s. 141.

kabul edilmelidir. Kişinin, hakkında ölü kaydı düşüldüğünden farklı bir tarihte öldüğü tespit edilirse, artık mal rejiminin de o tarihte sona ereceği kabul edilecektir⁹⁴. Hakkında ölüm kaydı düşülen kişinin sonradan ortaya çıkması halinde, öğretide, mal rejiminin sona ermemiş gibi devam edeceği ve ortaya çıkan eşin halen mevcut olan malvarlığının kendisine iade edilmesi gerektiği, mal rejimi tasfiye edilmişse bir alacak hakkı elde eden eşin veya tarafın, elinde kalan miktarı sebepsiz zenginleşme veya zilyetliğin iadesi hükümlerine göre ortaya çıkan eşe veya mirasçıların diğer eşe geri verecekleri belirtilmiştir⁹⁵. Kanaatimizce, hakkında ölü kaydı düşülen kimseyle evliliğin de ölüm karinesi çerçevesinde sona ermiş olduğu hususu gözden uzak tutulmamalı, evlilik birliği sona erince taraflar arasındaki mal rejiminin de sona ereceği kabul edilmelidir. Bu doğrultuda taraflar ancak yeniden evlenmişlerse, mal rejimi hükümlerini evliliğin devam ettiği zaman dilimleri içinde doğurmaya devam etmeli ve sözü edilen sonuçlar doğmalıdır. Buna karşın diğer eş başkasıyla evlenmişse, görüşümüze göre bu evlilik geçerli olarak etkilerini doğurmaya devam edeceğinden; mal rejiminin tasfiye edilip edilmediğine göre sonuca varılmalıdır. Daha önceki evlilikte geçerli olan mal rejimi tasfiye edilmişse, önceden mirasçılar açısından önem taşıyan bu tasfiye artık sağ olduğu anlaşılan kişiyle gerçekleştirilmiş gibi kabul edilmeli ve buna göre sonuçlarını doğurmalıdır. Bu ihtimalde mirasçılar elinde kalanları, sebepsiz zenginleşme veya zilyetliğin iadesi hükümlerine göre sağ olduğu anlaşılan eşe geri vermelidir. Henüz tasfiye gerçekleşmemişse, artık bu tasfiye, diğer eşe karşı tıpkı boşanmadan sonra gerçekleşen tasfiye gibi gerçekleştirilmelidir.

c. Miras Hukuku Bakımından Sonuçları

Ölüm karinesinin aksinin ispatlanması, yani kişinin farklı tarihte öldüğünün veya sonradan sağ olduğunun anlaşılması hallerine ilişkin olarak ya da bu ihtimaller öngörülerek kanunda özel bir düzenlemeye yer verilmiş değildir. Bu yerinde tutum, daha önce de bahsettiğimiz; ölüm karinesinin istisnai özelliğiyle uyumaktadır⁹⁶. Buna karşın ölüm olasılığının daha düşük

⁹⁴ **Sarı**, s. 88; **Gümüş**, s. 284. Sözü geçen yazarlar, gaiplikte gaibin farklı bir tarihte ölmüş olduğunun tespit edilmesi ile ilgili açıklamalarda bulunmuş olsalar da kanımızca bu açıklamaların ölüm karinesinde de kıyasen dikkate alınabilmesi mümkündür.

⁹⁵ **Şıpka**, Şükran: *Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Uygulamaya İlişkin Sorunlar*, On İki Levha Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul 2013, s. 143-144; **Öztaş**, Aile, s. 521. Gaiplik açısından benzer bir sonucu benimseyen bkz. **Sarı**, s. 88.

⁹⁶ Tekraren belirtmekte yarar görüyoruz ki, gaiplikte kişinin ölmemiş olma ihtimali mümkünken; ölüm karinesinde aslında böyle bir ihtimal söz konusu olmamalıdır. Ölüm

olduğu gaiplikte, özellikle gaibin sonradan ortaya çıkması ihtimali göz önünde bulundurularak, evlilikte olduğu gibi mirasta da özel düzenlemelere yer verilmiştir. Hatta konu mirasçılar yönünden, gaibin mirasbırakan veya mirasçı olması ihtimalleri göz önünde tutularak ele alınmıştır (TMK m. 584-588).

Kişinin farklı tarihte öldüğü anlaşılırsa, bu durum o kişiye mirasçı veya vasiyet alacaklısı olacak kimselerin kapsamını etkileyebilecektir. Nitekim TMK m. 580 ve 581'e göre mirasçı veya vasiyet alacaklısı olabilmek için, mirasbırakanın ölümü anında sağ olmak şarttır. Buna göre mirasbırakandan önce ölmüş bulunan mirasçının mirasçılık sıfatını kazanamayacağı veya vasiyet alacaklılarının alacak hakkını talep edemeyecekleri belirtilmelidir⁹⁷. Buna göre daha öncesinde hakkında ölü kaydı düşülen kimsenin ölüm tehlikesi içinde kaybolma anı itibariyle bu sıfatı taşıyan kimselerden bazıları, başka bir ölüm tarihi tespit edildiğinde; bu tarihe kadar vefat etmiş bulunurlarsa, diğer mirasçılar miras paylarına etki edecek bu duruma itiraz edebilirler. Örnekle açıklamak gerekirse, mirasbırakan M'nin ölü kaydı Ocak ayında düşülmüşken gerçek ölüm tarihi Mart ayı olarak tespit edilsin. Ocak ayında M'ye sağ olarak mirasçı A, B ve C iken; B Şubat ayında vefat etmişse, artık B ölüm anında sağ olma şartını sağlamadığından mirasçı olamayacaktır⁹⁸. B'nin mirasçı olamaması, onun altsoya sahip olduğu veya olmadığı hallerde, ileride payı geri verme ihtimali yönünden pratik önem taşımayacaktır. Şöyle ki B'nin altsoyu yoksa zaten onun payı diğer mirasçılar arasında paylaşılacaktır. Altsoyu varsa da külli halefiyet ilkesi çerçevesinde onun payı sağ olan altsoyuna geçecektir. Asıl önem taşıyan ihtimal; B'nin altsoyunun olmadığı ancak evli olduğu durumudur. Bu durumda B mirasçı olmadığı halde,

karinesinin çok istisnai durumlar bakımından uygulanmasının mümkün olması, kişinin kesinlikle öldüğü ancak ortada bir cesedin bulunmadığı durumlar ile sınırlı kalmasının gerekliliği karşısında aslında ölüm karinesi için böylesine düzenlemelere ihtiyaç da doğmayacaktır. Ölüm karinesi sıkı şekilde ele alınıp sınırlı şekilde uygulandığında zaten bu karinenin aksinin ispatı söz konusu olmayacaktır. İşte, bu gerçekten yola çıkıldığında kanunkoyucunun evlilik veya miras hukukunda konuyu hükme bağlamamaktaki tutumu haklı bir gerekçeye dayanmaktadır.

⁹⁷ **İnan/Ertas/Albaş**, s. 471, kn. 1439; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Miras Hukuku, Turhan Kitabevi, 8. Baskı, Ankara 2018, s. 259, 262; **Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkay: Miras Hukuku, Seçkin Yayınevi, 7. Baskı, Ankara 2021, s. 441, kn. 6, s. 448, kn. 22; **Eren**, Fikret/**Aktürk**, İpek Yücer: Türk Miras Hukuku, Yetkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2020, s. 400, kn. 1120-1121.

⁹⁸ Benzer bir durum olarak; gaiplikte mahkeme kararının etkisini göstermeye başladığı tarih ile gerçek ölüm tarihinin farklı olması durumunda gaibe mirasçı olabilecek kimselerde meydana gelebilecek değişikliğe ilişkin örnek için bkz. **Tokat**, s. 271.

M'nin ölü kaydı esas alınarak yapılan paylaşımında ona kalan pay, B'nin terekesi içinde değerlendirilecek ve eşine belli bir oranda intikal edecektir. İşte bu noktada, daha sonra M'den önce öldüğü tespit edilen B'nin terekesi içinde yer almaması gereken bu kazanım, M'nin diğer mirasçıları tarafından B'nin eşinden talep edilebilecektir.

Hakkında ölü kaydı düşülen kimsenin mirasbırakan olması ihtimali için yapılan bu açıklamalar yanında, ölü kaydı düşülen kimsenin mirasçı olması ihtimali de ayrıca değerlendirilmelidir. Bu kez farklı bir ölüm tarihinin tespiti, o kimseyi daha önce mirasçı iken bu sıfattan yoksun bırakabilir veya tersine mirasçı değilken mirasçı konumuna sokabilir. Pratikte bunun etkisi, özellikle ölü kaydı düşülen kimsenin altsoyunun olmayıp da eşinin olduğu hallerde, miras paylarında meydana gelen değişimdir. Yine örnekle açıklamak gerekirse, A ve B adında iki çocuğu olan M Şubat ayında ölmüş olsun. B'nin hakkında ölü kaydı Ocak ayında düşülmüş ancak sonradan gerçekte Mart ayında öldüğü tespit edilmiş olsun. Düşülen ölü kaydı çerçevesinde M'ye mirasçı olamayan B'ye M'nin terekesinden hiçbir pay intikal etmeyecekken, B'nin M'den sonra öldüğünün tespiti halinde artık B, M'ye mirasçı olacağı için, M'nin terekesinden B'ye intikal eden pay, artık B'nin terekesi içinde sayılacaktır. Bu kez B'ye mirasçı olan eşi, daha öncekinden daha fazla miras payı elde edecektir. Bu durumda B'nin eşinin, B'nin M'nin öldüğü tarihte sağ olduğunun tespitine yönelik TMK m. 44/f. II kapsamında bir dava açması lehine olacaktır. Tam tersine hakkında ölü kaydı düşülen kimsenin mirasçı olmaması gerektiğine ilişkin şu çarpıcı örnek verilebilir: A ve B adında iki çocuğu olan mirasbırakan M saat 10.00'da vefat ediyor. Aynı gün B'nin binmiş olduğu uçağının saat 11.00 sularında bir dağa çarparak infilak ettiği haberi geliyor. M'nin mirası A ve B arasında paylaşılıyor ve B'nin eşi E de B'nin terekesine intikal eden pay çerçevesinde; B'nin mirasçısı olarak belli bir pay alıyor. Uçağın kara kutusuna ulaşıldığında kayıtlardan B'nin aslında kalp krizi sebebiyle saat 9.00'da öldüğü anlaşılıyor. Bu ihtimalde B'nin mirasçı olamayacağı ve dolayısıyla M'nin terekesinden B'ye geçen pay sebebiyle E'nin bir kazanım elde etmemesi gerektiği düşünceyle, A'nın TMK m. 44/f. II çerçevesinde dava açması lehine olacaktır.

Hakkında ölü kaydı düşülen kişinin sonradan sağ olduğunun anlaşılması halinde doğacak sonuçlar bakımından, yine konunun o kişinin mirasbırakan veya mirasçı olmasına göre iki ihtimalde değerlendirilmesi gerekir.

Kişinin mirasbırakan olması ihtimalinde ortaya çıkacak sonuç, ölüm kaydıyla birlikte mirasçılara külli halefiyet esasına göre geçmiş olan mirasın (TMK m. 599/f. I), hiç ölmemiş gibi mirasbırakana dönmesidir. Bu noktada mirasın mirasbırakana nasıl döneceği konusunda öğretide farklı görüşler ileri

sürülmüştür. Bir görüş, mirasa dahil olan malvarlığı değerlerinin yerine göre TBK'nın 77 vd. sebepsiz zenginleşme ya da istihkak iddiasına dayalı olarak iadesinin isteneceğini ileri sürerken⁹⁹; bir başka görüş iade talebinin sadece sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayandırılabilceğini belirtmiştir¹⁰⁰. Bu konuda herhangi bir kanuni dayanak zikretmeksizin mirasçıların ellerinde kalanları iade edeceklerini belirten bir görüş de bulunmaktadır¹⁰¹. Bir başka görüş de ölüm karinesinde gaiplikte olduğu gibi güvenceye (TMK m. 584) ve geri vermeye (TMK m. 585) ilişkin hükümlere yer verilmediğinden, ortada bir boşluk söz konusudur ve bu boşluk, gaiplikle ilgili hükümler (TMK m. 584-585) kıyasen uygulanarak doldurulabilir¹⁰². Kanaatimizce de meselelerin benzerliği gerekçesiyle bu son görüş kabul edilmeli ve gaiplikle ilgili TMK m. 585 hükmü kıyasen uygulanarak sorun çözüme kavuşturulmalıdır. Bu hükme göre tereke mallarını teslim almış olanlar, bunları zilyetlikle ilgili kurallara göre (TMK m. 993-995) sağ olduğu anlaşılan mirasbırakana geri vermelidir. Buna göre tereke mallarını iyiniyetle elinde tutan zilyetlerin kullanmaktan veya yararlanmaktan dolayı mirasbırakana herhangi bir tazminat ödemeleri gerekli değildir (TMK m. 993). Tereke malları için zorunlu ve yararlı masraflarda bulunan iyiniyetli zilyet mirasbırakandan tazminat isteyebilir (TMK m. 994). Eğer zilyet, tereke mallarını kötüniyetli zilyet olarak elinde bulunduruyorsa, mesela sağ olduğunu bildiği halde mirasın paylaşımına göz yummuşsa, o zilyet haksız olarak alıkoymaktan hak sahibinin uğradığı zararları ve elde edilen veya elde edilmesi ihmal edilen ürünleri tazmin etmek zorundadır (TMK m. 995/f. I)¹⁰³.

Bununla birlikte mirasçıların geri vermeye yanaşmamaları durumunda, gaiplikle ilgili açıklamalarda öğretide mirasçılara karşı açılacak olan davanın niteliği konusunda; miras sebebiyle istihkak davası olması ya da istihkak

⁹⁹ Dural/Öğüz, s. 27, kn. 132; Baygın/Nar, s. 345.

¹⁰⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 30; Helvacı/Erlüle, s. 61; Tokat, s. 45.

¹⁰¹ Ardiç, s. 171.

¹⁰² İnan/Ertas/Albaş, s. 462, kn. 1400.

¹⁰³ Tokat, s. 145. Kötüniyetli zilyet yaptığı masraflardan ancak hak sahibi için zorunlu olanları isteyebilir (TMK m. 995/f. II). Sağ olduğu anlaşılan kimseye karşı mirasçılar herhangi bir zaman sınırı olmaksızın iadeyle yükümlüdürler ancak İMK m. 547/f. II (TMK m. 585/f. II) gereğince iade yükümlüsü iyiniyetliyse, iade borcu, miras sebebiyle istihkak davasındaki zamanaşımına tabi olur. Lardelli/Nägeli'ye göre bu kural, miras sebebiyle istihkak davasında zamanaşımına ilişkin İMK m. 600 (TMK m. 639) ile birlikte ele alındığında terekeyi iadeyle yükümlü olanın iyiniyetli ve kötüniyetli olmasına göre iade borcuna ilişkin zamanaşımı süresi 10 ve 30 yıl (bizde 10 ve 20 yıl) olacaktır. Bkz. Lardelli/Nägeli, BSK, Art. 38, kn. 13; Lardelli, BSK, Art. 38, kn. 13. Bkz. ayrıca Tokat, s. 149-150.

davası olması yönünde tartışma bulunmaktadır¹⁰⁴. Biz de esasen ölüm karinesi için tartıştığımız bu meselenin gaiplikle ilgili hükümlerle çözülmesi gerektiği görüşümüzle uyumlu olarak; açılacak dava konusunda da benim-senecek görüşün sunduğu çözümün geçerli olması gerektiğini düşünüyoruz.

Alman Hukuku'nda ölü ilan edilen kimsenin, sağ olduğunun anlaşılmasıyla mirasçılara karşı talebi konusunda Alman Medeni Kanunu'nun § 2031'de açık bir düzenleme yer almaktadır: “(1) Ölü ilan edilen veya ölüm anı Kayıp Kişiler Kanunu'na göre tespit edilen kimsenin sağ olduğu anlaşılırsa, o kimse terekesinin kendisine iadesini mirasçılıktan doğan taleplerle ilgili geçerli olan kurallara göre isteyebilir. Bu talebin zamanaşımı süresi, o kimsenin ölüm ilanı veya ölüm anının tespiti kararını öğrendiği tarihten itibaren bir yıldır. (2) Aynı kural, bir kimsenin ölümünün, ölüm ilanı veya ölüm anı tespiti süreci olmaksızın, haksız yere kabul edildiği haller için de geçerlidir”. Bu düzenleme çerçevesinde sözde mirasçılar tereke üzerinde hak sahibi sayılmamakta ve gerçekte mirası doğuran ölüm olayının gerçekleşmediği kabul edilmektedir¹⁰⁵. İyiniyetli sözde mirasçıların korunduğu Alman Medeni Kanunu'nun § 2370/f. I'e göre ise, bir kimsenin ölü ilan edildiği veya ölüm anının Kayıp Kişiler Kanunu'na göre tespit edildiği ancak bu kimsenin sağ olduğunun veya daha öncesinde öldüğünün anlaşıldığı hallerde, ölü ilanına veya ölüm anı tespitine dayanarak mirasçı olup da aynı zamanda § 2366 ve § 2367'ye göre lehine tesis edilen hukuki işlemlerle görünüşte bu sıfatı kazanan üçüncü kişilerin bu mirasçılıkları, haklarında veraset belgesi düzenlenmemiş olsa bile korunur. Yeter ki bu kimselerin, ölüm ilanının veya ölüm anı tespitinin doğru olmadığı veya kaldırıldığı konusunda bilgileri olmasın.

Sonradan sağ olduğu anlaşılan kişinin mirasçı olmasında ise, daha önce külli halefiyete göre mirası kazanmış olan diğer mirasçılar karşısında paylaşımından pay alamamış bir mirasçı daha ortaya çıkmış olacaktır. Bu konuda gaiplikle ilgili hükümdede; ortada bulunmayan kimsenin mirasın açıldığı anda sağ olup olmadığı ispat edilemediğinde, ona düşen miras payının resmen yönetilmesi, ortada bulunmayanın sağ olmadığı ihtimalde gaiplik sürecinin işletilerek payın paylaşılması esası kabul edilmiştir (TMK m. 586). Kanaatimizce bu hükmün kıyasen gözetilerek aynı sürecin işletilmesi, ölüm karinesinin özelliğiyle bağdaşmayacaktır. Kanunkoyucu gaibin çıkagelmesi ihtimalinin daha yüksek olması sebebiyle böyle bir süreç öngörmüştür. Halbuki

¹⁰⁴ Bu tartışmaların ayrıntıları için bkz. Eren/Aktürk, s. 406, kn. 1136; Serozan/Engin, s. 447, kn. 17; Tokat, s. 144-146, 282-284.

¹⁰⁵ Leibold, MükoBGB § 1922, kn. 15.

ölüm karinesi için böyle bir ihtimal çok düşüktür, bu sebeple kanunkoyucu ölüm karinesi için bunu düzenlemeye ihtiyaç duymamıştır. Çok düşük ihtimal de olsa ölü kaydı düşülen kişi sonradan çıkagelmiş ve kendisinin de mirasçı olduğunu iddia ediyorsa, terekeden kendisine pay verilmesi için açması gereken dava, TMK m. 637 vd. hükümlerine göre miras sebebiyle istihkak davası olmalıdır¹⁰⁶.

d. Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Sonuçları

İsviçre Hukuku'nda gaiplikle ilgili olarak kaybolan kimsenin geri dönmesiyle birlikte sosyal güvenlik hukuku açısından doğacak sonuçlar konusunda Federal Mahkeme, gaibin ölüm tehlikesi içinde kaybolduğu veya kendisinden en son haber alındığı tarihten itibaren doğmuş olan gaiplik ilanının etkilerinin, hâkim kararıyla gaipliğin ortadan kaldırılmasına kadar doğacağını kabul etmektedir. Bu süre zarfında gaibin karısı, “İsviçre Yaşlılık ve Ölüm Sigortası Hakkında Federal Kanun” (*Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenversicherung*) 23. maddesine göre bir dul olarak kabul edilecektir. Gaiplik, hâkim kararıyla ortadan kaldırıldığında, dul kadın, gaiplik süresince almış olduğu dul aylığı ödemelerini Kuruma geri ödemekle yükümlü olmayacaktır. Sosyal Güvenlik Hukuku'nun amacıyla uyumlu olduğu vurgulanan bu sonuç yanında Federal Mahkeme, henüz gaiplik kararı verilmeden önce yapılmış olan; geçici sosyal güvenlik tedbiri niteliğindeki ödemeleri de aynı zeminde değerlendirmektedir¹⁰⁷. Kanaatimizce gaiplik de,

¹⁰⁶ Sonradan ortaya çıkan mirasçı gaibin üstün hak sahibi olarak terekenin iadesi amacıyla yarışmalı olarak miras sebebiyle istihkak davası veya istihkak davası açabileceği yönünde açıklamalar için bkz. **Tokat**, s. 145, 148.

¹⁰⁷ BGE 110 V 248 Erw. “Dul ve yetim aylığı bağlanabilmesi için kocanın veya annesinin birinin veya her ikisinin ölümü gerekir. İMK m. 38'e göre gaiplik ilanı ölümle eşdeğerdir...Federal Mahkeme şimdiye kadar gaipliğin hâkim kararıyla ortadan kaldırılması sonucunda sosyal güvenlik hukukunda doğacak etkiler konusunda karar vermemiştir. İşbu dava, gaipliğin ortadan kaldırılmasından sonra, gaiplik süresince ödenmiş olan dul maaşlarının geri istenip istenemeyeceğiyle ilgilidir. Gaipliğin amacı, kayıp kişinin akıbetiyle ilgili belirsizliğe kendisiyle ilişkili kişilerin menfaati doğrultusunda yasal olarak son vermektir. İspat külfetinin tersine çevrilmesi anlamında, bu kişilerin ölümden doğan hakları ölüm ispatlanmış gibi ileri sürmeleri için, ölüm ispatından feragat edilir (İMK m. 38/f. I). Sonuç olarak, gaiplik kararı, sigortalının ölümü ile eşdeğer bir olguyu ortaya koyduğu için, Yaşlılık ve Ölüm sigortası Kanunu'ndaki dul ve yetim aylığı talep edilmesine imkân tanır. Gaiplik ilanı etkilerini ölüm tehlikesinden veya kendisinden son haber alma tarihinden, kaybolanın yaşadığının veya farklı bir tarihte öldüğünün ispat edildiği ana kadar doğurur. Hukuki güvenlik ilkesi açısından gaiplik ilanı hâkim tarafından ortadan kaldırılmalıdır, o zamana kadar kayıp kişi ölüm kütüğünde gaip olarak kayıtlı kalır. Böylece kayıp kimsenin kaderiyle bağlantılı her türlü belirsizlikler ortadan kalkmış olur. Kayıp kişinin kimliğiyle ilgili tüm şüpheler gideri-

bazı istisnai düzenlemeler bir kenara bırakılacak olursa, sonuç itibariyle ölümle eşdeğer sonuçlar doğurduğundan, bu açıklamaları ölüm karinesi açısından da geçerli saymak mümkündür.

Hukukumuzda 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu gereğince “ölüm aylığı” olarak hak sahiplerine özellikle de dul eşe bağlanan bir ödeme söz konusudur (m. 32 vd.). Kanunda bu aylığın kesilmesi durumu da düzenlenmişse de (m. 34) bu, hak sahipliğiyle ilgili koşulların yitirilmesine bağlı tutulmuş, ölen sigortalının sonradan ölmediğinin anlaşılması ihtimali üzerinde hiç durulmamıştır. Bu konuda yargı uygulamasında da herhangi bir karar verilmemiştir. Bu nedenle Federal Mahkeme'nin sosyal güvelik hukukunun amacıyla bağlantılı olarak vurguladığı; gaipliğin veya ölüm karinesi çerçevesinde düşülen ölüm kaydının, aksi ispat edilene kadar hak sahibine bağlanmış olan ölüm aylığı ödemelerinin iadesinin istenememesi sonucu hukukumuz için de kabul edilmelidir.

SONUÇ

Ölüm karinesi, terminolojik olarak İsviçre, Alman ve Avusturya Hukuku'nda kullanılan terimlere bakıldığında, gaiplikle karıştırılmaya müsait görünmektedir. Türk Hukuku'nda olduğu gibi; ölüm karinesi ve gaiplik terimleri altında iki kurumu net bir şekilde ifade eden bir ayrıma rastlanılmaktadır. Oysaki ölüm karinesi teriminin tercihi, aynı zamanda bu kurumun bir karine niteliğinde olduğunu da açıkça ifade ettiğinden, üstün tutulması

linceye kadar hâkim ayrıntılı açıklamalar yapmak zorunda kalabilir, bu nedenle kararın zaman açısından önemi bulunur. Bu gerekçelerle, geçerli bir gaiplik ilanından sonra bununla bağlantılı olarak doğmuş olan hukuki sonuçlar da geçerliliğini korur. Buna göre gaipliğin hâkim kararıyla ortadan kaldırılmasına değin dul ve yetim aylığı ödenmiş olabilir...Kurum ve yerel mahkeme, dul aylığının koşullarının geriye dönük olarak gerçekleşmemiş olduğu kanaatindedir. Yerel mahkemenin gerekçesi, gaipliğin ortadan kaldırılmasının tamamen iptal edilme olarak nitelenmesi ve davacının Yaşlılık ve Ölüm Sigortası Kanunu m. 23 anlamında dul sayılmamasıdır. Buna katılmak mümkün değildir. Ortadan kaldırmaya yönelik hâkim kararına kadar gaipliğin etkilerini doğurması gerektiği ve bu ana kadar sosyal güvenlik hukuku açısından kadının dul sayılacağı açıklamaları yanında; geriye yürür etkileri kabul etmek sosyal güvenlik hukukunun amacıyla da bağdaşmaz. Nitekim Kanun gereğince yapılan ödemelerin amacı ihtiyaç sahiplerinin var olma mücadelesinde onlara yardımcı olmaktır. Bu, özellikle emeklilik ödemelerinde belirli koşullar altında, gaiplik ilanı kararından önce de; geçici sosyal güvenlik tedbirleri kapsamında yapılan ödemeler için de geçerlidir. Ancak somut olayda hâkim henüz gaiplik kararı vermediği, böylece İMK m. 38'in etkileri doğmadığı için geri ödeme yükümlülüğü kabul edilmelidir.” (https://www.bger.ch Erişim Tarihi: 25.04.2022; ayrıca bkz. Hausheer/Aebi-Müller, s. 45, dn. 136; Lardelli/Nägeli, BSK, Art. 38, kn. 15; Lardelli, BSK, Art. 38, kn. 15; Pedrazzini/Oberholzer, s. 42-43; Riemer, s. 92, kn. 154).

gereken bir tercihtir. Bununla birlikte, ölüm karinesinde bir yandan hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde kayıp kişi hakkında ölü kaydı düşülürken, diğer yandan bu karinenin aksi ispat edileceğinden söz etmek kanımızca bir çelişkidir. Bu sebeple olması gereken, ölüm karinesinin “Ölmüş sayılma” kenar başlığıyla bir varsayım (*fiksiyon*) olarak düzenlenmesi ve aksini ispatı düzenleyen TMK m. 44/f. II’deki kuralın yürürlükten kaldırılmasıdır.

Ölüm karinesi, hukuki güvenlik ilkesi çerçevesinde, bir bilinmezliği, belirsizliği ve yaşanabilecek bir ispat güçlüğü ortadan kaldırma amacı taşır. Kişinin ölümüne kesin gözle bakılmasını gerektiren durumlar içinde kaybolması sonucunda ölümün gerçekleşmiş sayılması, ölümden kendi lehine hak çıkaran kimseler açısından bir zorunluluktur.

Ölüm karinesi için kişinin ölümüne kesin gözüyle bakılacak şekilde kaybolması gerekir. Ölümün gözler önünde gerçekleştiği durumlarda aynı şekilde ölüm karinesi işletilmelidir. Nitekim ortada muayene edilip ölüm belgesi düzenlenecek bir ceset bulunmamaktadır.

Ölüm karinesi gereğince ölü kaydı düşme konusunda mülki idare amiri yetkili sayılarak, kanunkoyucu tarafından mahkemelerin iş yükü hafifletilmek istenmiş olabilir. Bu sebeple öğretilerde bazı yazarların savunduğu üzere bu konuda mahkemeden de talepte bulunulabileceği, buna TMK 44/f. II’nin imkân tanıdığı düşünceleri yerinde değildir. Bizce TMK m. 44/f. II’deki “kişinin ölü veya sağ olduğunun mahkemeden istenebileceği” yönündeki kural, ancak ölüm karinesinin aksinin ispatlanması çerçevesinde ele alınmalıdır. Buna göre aksini ispat, ölümün farklı tarihte gerçekleştiği veya kişinin sağ olduğu yönündeki bir ispat faaliyeti olarak yorumlanmalıdır.

Ölüm karinesinin aksini ispat, TMK m. 44/f. II’e göre ölümün farklı tarihte gerçekleştiği ya da ölü kaydı düşülen kimsenin gerçekte sağ olduğunun ileri sürülmesine yönelik dava açılmasıdır. Bu davaların doğrudan; farklı tarihte ölüm iddiasında “nüfus kaydının düzeltilmesi davası”, sağ olduğu iddiasında ise “nüfus kaydının iptali davası” olarak açılması usul ekonomisi ilkesine uygun düşer.

Hakkında ölü kaydı düşülen kimsenin farklı bir tarihte ölmüş veya sağ olduğunun tespiti özellikle aile ve miras hukukunda önemli hukuki sonuçlar doğurur. Aile hukukunda evliliğin akıbetinin ne olacağı, diğer eşin yeniden yapmış olduğu evliliğin geçerliliğini koruyup korumayacağı, mal rejiminin ve buna göre tasfiyenin nasıl etkileneceği, miras hukukunda hakkında ölü kaydı düşülen kimsenin mirasbırakan veya mirasçı olması ihtimallerine göre, mirasçılığın tespiti, mirasın iadesi ve sair meseleler, ortaya çıkan hukuki sonuçların en önemlileridir.

KAYNAKÇA

- Acabey**, M. Beşir: Teorik ve Pratik Yönleriyle Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Turhan Kitabevi, Ankara 2020.
- Akipek**, Jale/**Akıntürk**, Turgut/**Ateş**, Derya: Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 13. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Antalya**, O. Gökhan/**Topuz**, Murat: Marmara Hukuk Yorumu Cilt: I Medeni Hukuk (Giriş-Kavramlar-Başlangıç Hükümleri), 3. Bası, Ankara 2019.
- Ardıç**, Oğuzhan: Medeni Hukuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- Arat**, Ayşe: “Gerçek Kişilerde Kişiliğin Sona Ermesi”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi, Yıl: 2006, Cilt: 9, Sayı: 1-2, s. 257-276, (<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/116648>, Erişim Tarihi: 08.02.2022).
- Arpacı**, Abdülkadir: Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2000.
- Arsebük**, Esat: Medeni Hukuk, Tan Matbaası, Ankara 1938.
- Ataay**, Aytekin: Şahıslar Hukuku Birinci Yarım Giriş-Hakiki Şahıslar, 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978.
- Ayan**, Mehmet/**Ayan** Nurşen: Kişiler Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- Baygın**, Cem/**Nar**, Ahmet: Medeni Hukuk Dersleri I Başlangıç Hükümleri ve Gerçek Kişiler Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Binath**, Yusuf Z.: Hukukun Genel İlkeleri ve Medeni Hukuk, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara 1975.
- Birsen**, Kemaleddin: Medeni Hukuk Dersleri, 6. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1966.
- Breitschmid**, Peter: CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (Hrsg. Peter Breitschmid, Alexandra Jungo), 3. Auflage, Zürich 2016.
- Brückner**, Christian: Das Personen des ZGB Erster Teil Rechts- und Handlungsfähigkeit, Verwandtschaft, Heimat und Wohnsitz natürlicher Personen (Art.11-26 ZGB, Art.31-38 ZGB), Schulthess Verlag, Zürich 2000, (http://www.cbrueckner.ch/pdf/AA01_Personenrecht1.pdf, Erişim Tarihi: 18.2.2022).
- Bucher**, Andreas: Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2009.

- Çelik**, Nazlı Hilal: Evlenmenin Hükümsüzlüğü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Dörr**, Bianka S.: Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, (Hrsg. Büchler, Andrea/Jakob, Dominique), Helbing Lichtenhahn Verlag, Zürich 2017.
- Dural**, Mustafa/Öğüz, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt: II Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021.
- Dural**, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt: III Aile Hukuku, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
- Edis**, Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993.
- Egerland**, Thomas: Beckische Kurz Kommentar Erbrecht (Hrsg. Burand, Wolfgang/Rojahn, Dieter Hrsg.), 3. Auflage, 2019.
- Eren**, Fikret/Aktürk, İpek Yücer: Türk Miras Hukuku, Yetkin Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2020.
- Fezyoğlu**, Feyzi Necmettin/Doğanay, Ümit: Medeni Hukuk Dersleri Cilt: I Temel Prensipler, Şahsın Hukuku, Aile Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1966.
- Göktürk**, Hüseyin Avni: Türk Medeni Hukuku Birinci Kitap Şahsın Hukuku, 3. Basım, Güney Matbaacılık, Ankara 1954.
- Guggenbühl**, Markus: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB, 6. Auflage, (Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2018.
- Guggenbühl**, Markus/Beretta, Piera: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art.1-456 ZGB, 4. Auflage, (Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2010.
- Gümüş**, M. Alper: Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- Helvacı**, Serap/Erlüle, Fulya: Medeni Hukuk, 5. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Hatemi**, Hüseyin: Kişiler Hukuku, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Hatemi**, Hüseyin/Kalkan Oğuztürk, Burcu: Aile Hukuku, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.

- Hausheer, Heinz/Aebi-Müller, Regina E.:** Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5.Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2020.
- Hofer, Sibylle:** Personenrecht, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2019.
- Hofer, Sibylle/Hrubesch-Millauer, Stephanie:** Einleitungsartikel und Personenrecht, 2.Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern 2012.
- Hrubesch-Millauer, Stephanie/Bosshardt, Martina:** Personenrecht in a nutshell, 2. Auflage, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2021.
- Hürlimann-Kaup, Bettina/Schmid, Jörg:** Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Auflage, Schulthess, Zürich 2016.
- İnan, Ali Naim/Ertay, Şeref/Albayrak, Hakan:** İnan Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2022.
- Karakay, Fatma Tülay:** “Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 62 (3), 2013, s. 729-759.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.:** Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.:** Medeni Hukuk Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, (Medeni).
- Kılıçoğlu, Ahmet M.:** Miras Hukuku, Turhan Kitabevi, 8. Baskı, Ankara 2018.
- Kley, Andreas/Seferovic, Goran:** ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Hrsg. Kren Kostkiewicz, Jolanta/Nobel, Peter/Schwander, Ivo/Wolf, Stephan), 2. Auflage, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2011.
- Köprülü, Bülent:** Medeni Hukuk: Genel Prensipler-Kişinin Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler), 2. Bası, Acar Matbaacılık, İstanbul 1984.
- Lardelli, Flavio:** Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art.1-456 ZGB, 6. Auflage, (Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2018.
- Lardelli, Flavio/Nägeli, Caterina:** Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I Art.1-456 ZGB, 4. Auflage, (Hrsg. Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2010.
- Leipold, Dieter:** Münchener Kommentar zum BGB (MüKoBGB), Band: 11 Erbrecht, 8. Auflage, 2020.
- Müller-Christmann, Bernd:** Beck’sche Online-Kommentare (BeckOK BGB), Hau/Poseck 61. Edition, 1.11.2021.

- Oğuzman**, Kemal/**Barlas**, Nami: Medeni Hukuk, Vedat Kitapçılık, 24. Bası, İstanbul 2018.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay Özdemir**, Saibe: Kişiler Hukuku, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
- Oğuzoğlu**, H. Cahit: Medeni Hukuk Cilt: 1 Şahsın Hukuku, Yeni Desen Matbaası, Ankara 1963.
- Özsunay**, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979.
- Öztan**, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, (Aile).
- Öztan**, Bilge: Medeni Hukukun Temel Kavramları, 46. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, (Temel Kavramlar).
- Pedrazzini**, Mario M./**Oberholzer**, Niklaus: Grundriss des Personenrechts, 4. Auflage, Verlag Stämpfli+Cie AG, Bern 1993.
- Riemer**, Hans Michael: Personenrecht des ZGB, Stämpfli Verlag AG, 2. Auflage, Bern 2002.
- Sarı**, Suat: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Kitabevi, İstanbul 2007.
- Saymen**, Ferit H.: Türk Medeni Hukuku Cilt: II Şahsın Hukuku, 2. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1960.
- Serozan**, Rona: Medeni Hukuk, Genel Bölüm Kişiler Hukuku, 6. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- Serozan**, Rona: “Türk Medeni Kanunu Çerçevesinde Çokevlilik”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 41, S. 3-4, 1975, s. 293-306 (Çokevlilik).
- Serozan**, Rona/**Engin**, Baki İlkey: Miras Hukuku, Seçkin Yayınevi, 7. Baskı, Ankara 2021.
- Şıpka**, Şükran: Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Uygulamaya İlişkin Sorunlar, On İki Levha Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul 2013.
- Tala**, Murat: Ölümün Özel Haklara Etkisi, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 2006, (<http://acikerisimarsiv.selcuk.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/7763/189170.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, Erişim Tarihi: 08.02.2022).
- Tekinay**, Selâhattin Sulhi: Medeni Hukuka Giriş Dersleri (Gerçek Kişiler Dahil), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1973.
- Tokat**, Hüseyin: Türk Hukukunda Gaiplik, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018.

- Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Rumo-Jungo, Alexandra:** Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2010.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet:** Türk Medeni Hukuku, 3. Bası, Nurgök Matbaası, İstanbul 1963.
- Yağcıoğlu, Ali Haydar:** Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı, Güncel Yayınevi, İzmir 2007.
- Zevkliler, Aydın/Acabey, M. Beşir/Gökyayla, Emre:** Zevkliler Medeni Hukuk, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2000.
- Zevkliler, Aydın/Acabey, M. Beşir:** Zevkliler Medeni Hukuk-I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2021.
- Zeytin, Zafer:** Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.

**ANTİK ROMA'DA ATLETİZM YARIŞMALARININ
TARİHİ GELİŞİMİ VE ROMA HUKUKUNDA
PROFESYONEL ATLETLERE İLİŞKİN
BAZI HUKUKİ MESELELER**

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1182519>

Dr. Ali Selkor ATAK*

Öz

Antik Roma'da Yunan tarzı atletizm yarışmalarına ilk düzenledikleri dönemlerden itibaren muhtelif gerekçelerle karşı çıkmıştır. Bu gerekçelerin başta gelenlerinden biri atletlerin çırılçıplak antrenman yapıp yarışmalarıdır. Bununla birlikte yarışmalar başlangıçta Roma'da antik Yunan'da olduğu kadar popüler ve revaçta olmasalar da zamanla kabul görmüş ve popülerlik kazanmışlardır. Antik metinlere göre Roma'da ilk atletizm müsabakaları M.Ö. 2. yüzyıldan itibaren düzenlenmeye başlamıştır. Buna karşın Yunan Olimpiyat oyunları gibi periyodik ve düzenli yarışmaların görülmeye başlanması ise M.S. 1. yüzyılı bulmuştur. Bu gelişmeler hukuk alanında da yansımalarını oluşturmuş ve profesyonel atletlerin durumuna ilişkin meseleler hukuk metinlerinde kendilerine yer bulmuşlardır. Çalışmamızda Corpus Iuris Civilis'te yer alan profesyonel atletlere yönelik muhtelif hukukî düzenlemeler incelenmiştir. Bu metinlerden özellikle ödünç verenin bir profesyonel atleti yarışmalara katılmasını engellemek suretiyle atletin borçlandığından daha fazlasını geri ödemeye zorlaması durumunu ele alan metin ve bir atletin atletizm yarışmalarında kazanacağı ödüller üzerinde rehin hakkı tesis etmesini yasaklayan imparator emirnamesi üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler

Roma Hukuku, Atletizm Yarışmaları (agones-certamina athletarum), Oyunlar (ludi), Ödünç (Tüketim Ödücüsü) Sözleşmesi (mutuum), Rehin Hakkı (pignus)

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, İzmir, (selkor.atak@deu.edu.tr) ORCID: 0000-0001-9965-3244 (Geliş Tarihi: 07.07.2022-Kabul Tarihi: 25.08.2022) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**THE HISTORICAL DEVELOPMENT OF
AHLETIC CONTESTS IN ANCIENT ROME AND
SOME LEGAL ISSUES CONCERNING
PROFESSIONAL ATHLETES IN ROMAN LAW**

(Research Article)

Abstract

Greek style athletic competitions in ancient Rome encountered objections with various reasons from the first time onward. One of the main reasons of these objections is the fact that the athletes competed naked. Although the athletic contests in Rome were initially not as popular as in the ancient Greek world, they were gradually accepted and gained popularity. According to the ancient texts, the first athletic contests in Rome have started to be exhibited since the second century BCE. On the other hand periodic and regular contests such as the Greek olympics began to be seen from the first century CE. These developments have also had their reflections in the field of law and issues related to the situation of professional athletes have found their place in legal texts. Various legal regulations concerning professional athletes in Corpus Iuris Civilis were examined in our study. Among these texts, especially the text dealing with the case in which the moneylender compels a professional athlete to undertake to pay back more than he owes by confining and preventing him from participating in the competitions and the imperial rescript that prohibits to pledge the prize to be obtained in an athletic contest, were discussed.

Keywords

Roman Law, Athletics Contests (agones-certamina athletarum), Games (ludi), Loan for Consumption (mutuum), Right of Pledge (pignus)

GİRİŞ

Esas olarak antik Yunan dünyasında Yunan kimliğinin önemli bir unsuru olan atletizm eğitimi ve yarışmaları, Roma uygarlığının Yunan uygarlığıyla karşılaşmasından sonra Roma dünyasında da kendisine yer edinmeye başlamıştır. Başlangıçta atletizm yarışmaları özellikle seçkin sınıfa mensup Romalıların itirazlarıyla karşılaşmıştır. Yunan atletizm eğitim ve yarışmalarının bazı özellikleri Romalı elit yazarlar tarafından uygunsuz ve ahlâka aykırı olarak nitelendirilmiştir. Yunan atletlerin çıplak antrenman yapıp yarışmaları ve Romalı yazarların, çıplaklığın oğlancılığı (pederasti) teşvik ettiği yolundaki çıkarımları kuşkusuz bu değerlendirmelerin temel sebeplerinden olarak görülebilir. Seçkin sınıfa mensup yazarlardan gelen itirazlara rağmen, atletizm yarışmaları Roma'da tedricen yaygınlaşmış, atletizme karşı olan önyargılar zamanla yumuşamış ve imparatorların da atletizm yarışmalarına destek olmalarıyla bu yarışmalar antik Yunan'daki kadar olmasa bile bir dereceye kadar popülerlik kazanmıştır. Bu popülerlik hiçbir zaman atlı savaş arabası yarışlarının ve gladyatör dövüşlerinin sahip olduğu popülerlik seviyesine ulaşmamış olsa da Roma halkı atletizme tamamen kayıtsız da kalmamıştır. Hatta Roma'da M.S. 86 yılından itibaren Yunan festival döngüsünde (*periodos*) yer alan prestijli yarışmalar arasında olduğu kabul edilen *Capitolia* oyunları düzenlenmeye başlamıştır. Çalışmamızda öncelikle Yunan atletizm yarışmalarının Roma'da ne zamandan itibaren görülmeye başladığı ve nasıl bir tarihsel gelişme süreci geçirdiği incelenmiştir. Daha sonra özellikle Cumhuriyet Dönemi'nin (M.Ö. 509-M.Ö. 27) sonları ve İlk İmparatorluk (*Principatus*) Dönemi'nin (M.Ö. 27-M.S. 284) başlarında yazılmış bazı edebî metinlerdeki örnekler göz önünde bulundurulmak suretiyle Romalıların Yunan atletizm yarışmalarına yaklaşımları ve modern doktrinde bu yaklaşıma yönelik görüşlerin zaman içerisinde nasıl bir değişim geçirdiği ele alınmıştır. Son olarak *Corpus Iuris Civilis*'te¹ yer alan münferit metinlerde profesyonel atletlerin durumunu yansıtan metinlerle ilgili değerlendirmelerde bulunulmuştur. Önce ödünç alan bir atletin ödünç veren tarafından alıkonulmak suretiyle yarışmaya katılmasının engellenerek aldığı miktardan daha fazlasını geri ödemeyi taahhüt etmeye zorlanması durumunda, hâkimin bu ispatlandığı takdirde bu taahhütün geçerli olmayacağına

¹ *Corpus Iuris Civilis: Iustinianus*'un hukukçulara hazırlatmış olduğu hukuk eserlerinin bütününe, Rönesans devrinden itibaren verilen isim. İlk olarak *Dionysius Gothofredus*'un 1583 senesinde düzenleyerek baskıya verdiği bu isim altında *Institutiones*, *Digesta*, *Codex* ve *Novellae* bulunmaktadır, bkz. **Umur**, Ziya: Roma Hukuku Lügatı (Lügat), Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s. 50.

karar verebileceğini öngören *Digesta*² metni, daha sonra ise profesyonel atletin gelecekte kazanma olasılığı bulunan ödülleri henüz yarışmaya katılmadan önce kredi temin etmek için alacaklısına rehnemesini yasaklayan imparator emirnamesine ilişkin *Codex*³ metni üzerinde durulmuştur.

I. ANTİK ROMA'DA YUNAN ATLETİZM YARIŞMALARININ TARİHİ GELİŞİM SÜRECİ

Atletizm eğitimi ve yarışmaları esas olarak antik Yunan toplumunda oldukça önemli bir yere sahipti ve Yunan kültürünün esaslı bir unsuru idi⁴. Roma'da ise Yunan tarzı atletizm yarışmaları, başlangıçta Roma'da *ludi*

² *Digesta* (veya *Pandectae Iustiniani*): Klâsik Dönem hukukçularının eserlerinden alınmış parçaları (*fragmentum*) yan yana koymak sureti ile, imparator *Iustinianus*'un, başlarında *Tribonianus* olmak üzere, on yedi kişilik bir heyete yaptırmış olduğu, gerek *ius civile*'yi, gerekse *praetor* hukukunu içeren büyük toplama eser, bkz. **Umur**, Lügat, s. 58.

³ *Codex*: M.S. üçüncü yüzyılın sonundan itibaren imparator emirnamelerini bir araya toplayan eserlere verilen isim, **Umur**, Lügat, s. 37; burada ele alınacak metnin bulunduğu *Codex*, *Iustinianus*'un hazırlatmış olduğu *Corpus Iuris Civilis*'teki *Codex*'tir: *Codex Iustiniani*: *Iustinianus* tarafından yaptırılmış iki *Codex*'in adı: 1) *Novus Codex Iustiniani*, imparator emirnamelerini içermek üzere *Iustinianus* tarafından kaleme alınarak önceki *Codex*'leri lağveden ve M.S. 529 yılı Nisan ayında yürürlüğe giren birinci *Codex*. 2) *Codex Iustinianus Repetitae Praelectionis*, *Digesta* hazırlandıktan sonra, *Novus Codex*'in düzeltilerek, M.S. 534 yılında yürürlüğe girecek şekilde, *Tribonianus*'un başkanlığında beş kişilik bir heyet vasıtasıyla yeniden kaleme alınmış şekli. 12 kitaptan (*liber*) oluşan bu ikinci *Codex* öncekini lağvetmişti. *Corpus Iuris Civilis* ismiyle anılan *Iustinianus* derlemesinde yer alan imparator emirnamelerinin son hâlini oluşturmakta ve kısaca *Codex* ismiyle anılmaktadır, bkz. **Umur**, Lügat, s. 38.

⁴ **Crowther**, Nigel B.: *Sport in Ancient Times* (Sport), Praeger, Westport, 2007, s. 57; **Murray**, Sarah C.: "Sport and Education in Ancient Greece and Rome" (Sport), in Bloomer, Martin W., in Bloomer, Martin W. (ed.), *A Companion to Ancient Education*, WILEY Blackwell, Malden, 2015, s. 431; M.S. 200 yılları civarında *Edessa*'da (bugünkü Şanlıurfa) yaşamış olan yazar *Bardesanus* (M.S. 154-222) her halk grubunu en göze çarpan özelliğiyle nitelendirdiği bir eserinde, Yunanlıların en ayırt edici özelliğini atletizmle uğraşmak olarak göstermiştir, bkz. **Remijsen**, Sofie: *The End of Greek Athletics in Late Antiquity* (Athletics), Cambridge University Press, Cambridge, 2015, s. 2; Pleket, sporun Roma imparatorluk döneminde de Yunan kimliğinin temel öğelerinden olduğunu savunmaktadır, bkz. **Pleket**, Henry Willy: "Sport in Hellenistic and Roman Asia Minor" (Sport), in Christesen, Paul/Kyle, Donald G. (ed.), *A Companion to Sport and Spectacle in Greek and Roman Antiquity*, WILEY Blackwell, Malden, 2014, s. 371; Kyle, Yunanlıların atletizmi Yunan kimliği için merkezî bir önemde ve kendilerini barbarlardan ayıran bir önemli bir unsur olarak gördüklerini ifade etmektedir, bkz. **Kyle**, Donald G.: *Sport & Spectacle in the Ancient World* (Sport), Second Edition, WILEY Blackwell, Malden, 2015, s. 5; aynı yönde bkz. **Hallett**, Christopher H.: *The Roman Nude, Heroic Portrait Statuary 200 BC-300 AD*, Oxford University Press, Oxford, 2005, s. 8.

olarak adlandırılmış festivallerde yer alan atlı savaş arabası yarışları kadar popüler olmamakla birlikte, zamanla kabul görmüştür. Esasen Roma'da genellikle atlı savaş arabası yarışları gibi hipodromda⁵ sergilenen gösterileri (*ludi circenses*) veya tiyatro gösterilerini (*ludi scaenici*) içeren ve *ludi*⁶ (tekil formu: *ludus*⁷) olarak adlandırılmış oyun veya festivaller eski dönemlerden beri düzenlenmekteydi⁸. Ancak ilk dönemlerde bu oyunlarda atletizm

⁵ Antik Yunan'da at yarışlarının yapıldığı *hippodromos* ile Roma'da atlı savaş arabası yarışlarının yapıldığı *circus* birbirlerinden kayda değer biçimde ayrışsalar bile Roma dünyasının Yunanca konuşulan doğu bölgelerindeki bu gibi yapılar için, yazıtlarda ve antik çağ yazarlarının eserlerinde Latincedeki *circus*'un karşılığı olan *hippodromos*'un sıklıkla kullanıldığı görülmektedir, bkz. **Dodge**, Hazel: "Venues for Spectacle and Sport (other than Amphitheaters) in the Roman World", in Christesen, Paul/Kyle, Donald G. (ed.), *A Companion to Sport and Spectacle in Greek and Roman Antiquity*, WILEY Blackwell, Malden, 2014, s. 562.

⁶ *Ludi*: Çeşitli vesilelerle tertip edilen, temsil mahiyetinde oyun ve eğlenceler: Bazıları bizatihi devletin *magistraları* tarafından tertip edilir ve bunların yapıldığı günler bayram sayılırdı. Bunlar: Tiyatro temsilieri, gladyatör oyunları, spor gösterileri şeklinde yapılırdı, tanım için bkz. **Umur**, Lügat, s. 130; Wiedemann *ludi* teriminin okul ve -kafa karıştıracak şekilde- gladyatör okulları için de kullanıldığını belirtmektedir, bkz. **Wiedemann**, Thomas: *Emperors and Gladiators*, Routledge, London and New York, 1995, s. 2; Tahan Orhan ise okul anlamındaki kullanımı ile *ludus* teriminin gladyatörlerin eğitim aldığı okula ilişkin olduğunu belirtmektedir, bkz. **Tahan Orhan**, Duygu: *Roma Hukukunda Sportif Faaliyetlerden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk ve Türk Hukukuna Yansımaları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 9.

⁷ Torlone, *ludus* teriminin kamusal oyunlar veya festivaller için kullanıldığında her zaman çoğul olarak yani *ludi* şeklinde kullanıldığını belirtmektedir, bkz. **Torlone**, Martirosova Zana: "Writing Arenas: Roman Authors and Their Games", in Christesen, Paul/Kyle, Donald G. (ed.), *A Companion to Sport and Spectacle in Greek and Roman Antiquity*, West Sussex 2014, s. 420.

⁸ Bu tip festivallerin ilk olarak dinî saiklerle başladığı genellikle kabul edilmektedir ve bu görüşü destekleyecek şekilde Roma'daki en eski oyunların (*ludi Romani*) Roma'nın baş tanrısı *Iuppiter*'in onuruna düzenlendiği belirtilmektedir, bkz. **Bernstein**, Frank: "Complex Rituals: Games and Processions in Republican Rome", in Rüpke, Jörg (ed.), *A Companion to Roman Religion*, Blackwell, Malden, 2007, s. 222; **Dunkle**, Roger: "Overview of Roman Spectacle" (Overview), in Christesen, Paul/Kyle, Donald G. (ed.), *A Companion to Sport and Spectacle in Greek and Roman Antiquity*, WILEY Blackwell, Malden, 2014, s. 381; **Zaleski**, John: "Religion and Roman Spectacle", in Christesen, Paul/Kyle, Donald G. (ed.), *A Companion to Sport and Spectacle in Greek and Roman Antiquity*, WILEY Blackwell, Malden, 2014, s. 591; **Tahan Orhan**, s. 9; bazı yazarlar Yunan atletizm yarışmalarının çoğunun da dinî festivaller kapsamında düzenlendiğini ve antik Yunan'da da din ve atletizm yarışmaları arasında açık bir bağlantı olduğunu kabul etmektedirler, bu yönde bkz. **Miller**, Stephen G.: *Ancient Greek Athletics*, Yale University Press, New Haven and London, 2004, s. 6; **Pleket**, Henry Willy: "The Olympic Games in antiquity" (Olympic Games), *European Review*, 12(3), 2004, s. 405-406; **Kyle**, Donald G.: "Greek Athletic Competitions-The Ancient

yarışmaları yer almamaktaydı. Roma’da, atletizm yarışmalarını içermemekle birlikte, bu kapsamdaki ilk oyunların M.Ö. 6. yüzyılın sonlarından itibaren görölmeye başlandığı ileri sürölmektedir⁹. Bu gibi oyun veya festivallerin yanı sıra Roma’da görölen başka bir popüler gösteri de gladyatör dövüşleri (*munera*- tekil formu: *munus*) idi. Antik Yunanlıların genel olarak *agon*¹⁰ (veya daha spesifik olarak *gymnikos agon*¹¹) olarak isimlendirmiş oldukları

Olympics and More” (Olympics), in Christesen, Paul/Kyle, Donald G. (ed.), A Companion to Sport and Spectacle in Greek and Roman Antiquity, WILEY Blackwell, Malden, 2014, s. 22; Murray, Sarah C.: “The Role of Religion in Greek Sport” (Religion), in Christesen, Paul/Kyle, Donald G. (ed.), A Companion to Sport and Spectacle in Greek and Roman Antiquity, WILEY Blackwell, Malden, 2014, s. 310, s. 316; M.S. 3. yüzyılın başında yaşayan yazar Philostratos’un, beden hareketlerinin dinî merasimlerden çıktığını anlattığı belirtilmektedir. Buna göre Tanrıya kurban verme sırasında kurbanlık hayvan merasim masasının üzerine konular, yaklaşık 192 metre uzakta, ellerinde meşaleli koşucular durur, verilen işaret üzerine yarışlardı. Bunlardan kurbanı ilk ateş veren (eski Yunanlılar kurbanı kesmez yakarlardı) Olimpiyat birincisi ilân edilirdi. Philostratos’un anlattığına göre bu koşu sonradan dinî anlamını kaybetti ve hız koşusu biçimine girdi, bkz. Akurgal, Ekrem: “Eski Yunanlılarda Spor”, Eski Çağda Ege ve İzmir, İzmir, 1993 [Makalenin ilk basımı için bkz.: Ülkü Dergisi, 17, 1943], s. 75; Yunan atletizm yarışmaları ve din arasındaki bağlantı ile ilgili bu yöndeki ayrıntılı bilgi ve görüş için ayrıca bkz. Scanlon, Thomas F.: Eros and Greek Athletics, Oxford University Press, Oxford, 2002, s. 25 vd.; her ne kadar atletizm yarışmaları Yunan tanrılarına adanmış olsa ve yarışmalarda kurban törenlerine de yer verilmekte ise de bunun sporun dinden türediği anlamına gelmeyeceği ve zamanla din ile spor arasındaki bağlantının zayıfladığının ileri süröldüğü de görölmektedir, bu yöndeki görüşler için bkz. Crowther, Sport, s. 46; Hubbard, Thomas: “Contemporary sport sociology and ancient Greek athletics”, Leisure Studies, 27(4), 2008, s. 380 (DOI: 10.1080/02614360802334955), <http://dx.doi.org/10.1080/02614360802334955> (Erişim tarihi: 04.07.2022).

⁹ Bkz. Crowther, Sport, s. 83; Dunkle, Overview, s. 382; Zaleski, s. 591; Kyle, Sport, s. 247.

¹⁰ Esas olarak “yarışma” anlamına gelen *agon* kelimesinin güreşten politikaya her türlü yarışma için kullanılan bir kavram olduğu belirtilmektedir, bkz. Kyle, Sport, s. 7; aynı yönde bkz. Wacker, Christian: “Antike Sportgeschichte versus Geschichte des Agon”, Jahrbuch 2005 der Deutschen Gesellschaft für Geschichte der Sportwissenschaft e. V., herausgegeben von Jürgen Court, LIT Verlag, Berlin, 2006, s. 40 vd.; Pleket de *agon*’un hem mücadele (kavga, muharebe, savaş-*battle*) hem yarışma hem de savaş alanı anlamlarını taşıdığını ifade etmektedir, bkz. Pleket, Olympic Games, s. 405, s. 408; *agon*’un taşıdığı farklı anlamlar için bkz. Reisch, Emil: “Agones”, RE I, 1 (Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft), Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart 1893, s. 836 vd.; Miller, s. 13.

¹¹ *Gymnikos agon*, ismini katılanların çıplak olmasından almaktadır. Antik Yunan’da atletler tamamen çıplak olarak yarışlardı, dolayısıyla *gymnikos agon* (çoğul biçimi *agones gymnikoi*) da çıplak olarak yarışılan müsabakaları belirten kavramdır, bkz. Reisch, s. 838; Miller, s. 13.

atletizm¹² yarışmaları için ise Romalılar *certamen* terimini kullandılar¹³. Romalılar tarafından atletizm yarışmaları için kullanılan *certamen*, atlı savaş arabası yarışları veya tiyatro gösterilerini ifade eden *ludi* ve gladyatör dövüşleri için kullanılan *munera* terimleri arasında kavramsal bir ayırım yapılmış olmasına rağmen hem *ludi* hem *munera* hem de *agones*'i kapsayan bir üst kavram olarak "gösteri" anlamına gelen¹⁴ *spectaculum*'un¹⁵ (çoğul

¹² Atletizm kelimesi Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük'te "beden gücünü, çevikliği, yetenekleri geliştirmeye yarayan koşu, atlama, ağırlık kaldırma, atma vb. tek başına yapılan bireysel sporların genel adı" (bkz. <https://sozluk.gov.tr/?kelime=atletizm>) (Erişim tarihi: 04.07.2022) şeklinde tanımlanmıştır; çalışmamızda genel olarak "atletizm" ve "atlet" kavramlarını kullanmayı tercih etmekle birlikte yeri geldikçe, bu kavramlara göre daha geniş anlama sahip olan ve bunları da kapsayan, "spor" ve "sporcu" kavramlarına da yer vereceğiz. Scanlon'un yaklaşımını benimseyerek "atletizm" ve "atlet" kavramlarını öncelikli ve ağırlıklı olarak kullanmamızın sebebi bu kavramların daha ayırt edici olmaları ve Yunanlıların kendilerinin "ödül için yarışma, ödül yarışması" anlamında kullandıkları "*athlos (aethlos)*" ve bu yarışmalara katılanlar için kullandıkları "*athletēs*" kavramlarının çağrıştırdığı anlamı ve kapsamı daha iyi aksettirmeleridir, bkz. **Scanlon**, s. 9.

¹³ **Mann**, Christian: "Greek Sport and Roman Identity" (Greek Sport), in Scanlon, Thomas F. (ed.), *Sport in the Greek and Roman Worlds*, Vol. 2: Greek athletic Identities and Roman Sports and Spectacle, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 151, s. 159; **Remijsen**, s. 328; *Iustinianus*'un derlemesi *Corpus Iuris Civilis*'in imparator emirnamelerinden oluşan kısmı *Codex*'te de atletizm yarışmalarının *certamen* olarak geçtiği görülmektedir: *C.10.54.1*: "*Athletis ita demum, si per omnem aetatem certasse, coronis quoque non minus tribus certaminis sacri, in quibus vel semel romae seu antiquae graetiae, merito coronati non aemulis corruptis ac redemptis probentur, civilium munerum tribui solet vacatio.*" : "Atletlerin kamusal görevlerden muaf tutulması ancak bütün yaşamları boyunca, biri Roma'da veya Antik Yunanistan'da kazanılmış olmak koşuluyla, kutsal yarışmalarda rakiplerine rüşvet vermeden veya onlardan satın almadan en az üç zafer tacı kazandıklarını ispat etmeleri koşuluyla mümkündür.", Çalışmamızda *Codex*'ten yapılan çevirilerde yararlanılan kaynaklar: **Otto**, Ed. Carl/**Schilling**, Bruno/**Sintenis**, Carl Friedrich Ferdinand: *Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche Übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter*, Bd. VI, Verlag von Carl Focke, Leipzig, 1832; **Scott**, S.P.: *The Civil Law, Including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian and The Constitutions of Leo*, vol. XIV, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2001; ilgili eserlerde söz konusu metin *C.10.54.1*'de değil *C.10.53.1*'de yer almaktadır.

¹⁴ **Berger**, Adolf: *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society, Philadelphia 1953, s. 712; **Remijsen**, s. 328.

¹⁵ Kyle *spectaculum*'un görme, görülecek şey, gösteri, halka açık gösteri veya tiyatro oyunu anlamlarına gelmesinin yanı sıra aynı zamanda oyunların sergilendiği yapılar (örneğin tiyatro ve amfityatro) için de kullanıldığını belirtmektedir, bkz. **Kyle**, Sport, s. 7, ayrıca bkz. **Kyle**, Sport, s. 244 ve **Tahan Orhan**, s. 8; Potter, M.Ö. 1. yüzyılda amfityatroların *spectacula* olarak adlandırıldığını ifade etmektedir, bkz. **Potter**, David Stone: *The Victor's Crown: A History of Ancient Sport from Homer to Byzantium (Ancient Sport)*, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 197; *spectaculum*'un taşıdığı

formu: *spectacula*) kullanıldığı belirtilmektedir¹⁶. *Spectaculum* kavramı kapsamına Romalıların ilgiyle takip ettikleri vahşi hayvan avı gösterileri (*venationes*) ve arenalarda veya bu amaca uygun hale getirilmiş alanlarda¹⁷ gerçekleştirilen (gösteri amaçlı sözde) deniz savaşları (*naumachiae*) da eklenebilir. Romalıların yaptığı bu kavramsal ayrıma uygun olarak gösteriler genellikle birbirinden ayrı veya aynı anda iki ya da üçü bir arada olacak şekilde düzenlenirdi¹⁸. Ancak nadiren de olsa eğlencelerde bu gösterilerin hepsine birden yer verildiğine rastlanmaktadır¹⁹. Bu gösterilerden atlı savaş arabası yarışları ve tiyatro oyunlarının geçmişi, yukarıda belirtildiği gibi, M.Ö. 6. yüzyıla kadar götürülürken²⁰, ilk gladyatör dövüşünün M.Ö. 3. yüzyılın ilk çeyreğinde (M.Ö. 264 yılında)²¹ düzenlendiği genellikle kabul

bir diğer anlam da “oturulacak yer”dir, bkz. **Kabağaç**, Sina/Alova, Erdal: Latince/Türkçe Sözlük, Sosyal Yayınlar, İstanbul, 1995, s. 562; hatta Dunkle *spectacula*’nın asıl itibarıyla “bir gösteriyi izlemek için oturulacak yerler” anlamına geldiğini belirtmektedir, bkz. **Dunkle**, Roger: *Gladiators: Violence and Spectacle in Ancient Rome* (Gladiators), Routledge, London and New York, 2008, s. 246.

¹⁶ **Remijsen**, s. 328.

¹⁷ Örneğin hem *Iulius Caesar* (M.Ö. 46’da düzenlenen bu gösterinin, eldeki kayıtlara göre, Roma’da suda yapılan ilk gösteri olduğu belirtilmektedir, bkz. **Dodge**, s. 569) hem de *Augustus* (M.Ö. 2), düzenledikleri *naumachia*’lar için yapay göller oluşturmuşlardır. Ayrıca en görkemli *naumachia*’nın imparator *Claudius* döneminde (M.S. 52 yılında) Roma dışındaki doğal bir gölde (*Fucinus Gölünde*) gerçekleştirildiği ve bu destansı savaşta yüz gemide on dokuz bin deniz piyadesi ve kürekçinin bulunduğu ifade edilmektedir. Bir *naumachia*’ya katılan denizci ve kürekçiler ya mahkûmlar (*damnati*) ya da savaş tutsaklarından olurlardı ve onlardan birbirlerini öldürmeleri ya da suda boğmaları beklenirdi. Savaşmak zorunda olmadıklarını düşünen mahkûmlar, sallarda bulunan askerler tarafından birbirleriyle vahşi bir muharebeye girişmeye zorlanırlardı, bkz. **Dunkle**, Overview, s. 390; **Dodge**, s. 570.

¹⁸ **Dunkle**, Overview, s. 381; atlı savaş arabası yarışları ve tiyatro gösterilerinin organizasyon bakımından birbirine bağlı oldukları, yılın belli dönemlerinde senede bir defa belirli bir tanrıyı onurlandırmak için bu iki gösterinin bir arada düzenlendiği belirtilmektedir. Her yıl Eylül ayında *Iuppiter* onuruna *ludi Romani*, Kasım ayında *Ceres* onuruna *ludi Plebei* (veya *ludi Ceriales*), Temmuz ayında *Apollo* onuruna *ludi Apollinares* düzenlenirdi, bkz. **Mann**, Christian: *Die Gladiatoren* (Gladiatoren), C. H. Beck, München, 2013, s. 12.

¹⁹ Bu nadir örneklerden biri *Iulius Caesar* tarafından iç savaşlardaki zaferlerini kutlamak için M.Ö. 46 yılında düzenlenen zafer törenleridir. Törenlerde bu oyunların tamamına aynı festivalde yer verilmiştir, bkz. **Suetonius Tranquillus**, *Gaius: De Vita Duodecim Caesarum, Divus Iulius Caesar, 37, 39* (**Suetonius Tranquillus**, *Gaius: On İki Caesar’ın Yaşamı*, Latince’den Çev. Fafo Telatar/Gül Özaktürk, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2008, s. 21 vd.), ayrıca bkz. **Dunkle**, Overview, s. 381.

²⁰ Bkz. yuk. dn. 9’da anılan eserler.

²¹ **Livius**, *Titus: Periocha, 16* (Latince metin için bkz. <https://www.thelatinlibrary.com/livy/liv.per16.shtml>; metnin İngilizce çevirisi için bkz. <https://www.livius.org/sources/>

edilmektedir. Roma'da geleneksel Yunan tarzında atletizm yarışmalarının ilk olarak ne zaman gerçekleştirilmiş olduğuyla ilgili olarak ise farklı antik kaynaklarda farklı tarihlerin zikredildiği görülmektedir. *Halikarnassos*'lu (Bodrum) *Dionysios*'un *Rhomaïke Arkhaiologia* adlı eserine dayanılarak Roma'da, Yunan atletizm yarışmalarının ilk olarak M.Ö. 217'de *Aulus Postimius* tarafından düzenlendiği ileri sürülmektedir²². Doktrinde Romalı tarihçi *Livius*'un *Ab Urbe Condita* başlıklı eserindeki ifadelerini²³ esas alan ve çoğunluğu teşkil eden yazarlar ise Roma'da Yunan atletizm yarışmalarının ilk olarak M.Ö. 186'da *Marcus Fulvius Nobilior* tarafından düzenlendiğini ileri sürmektedirler²⁴. Cumhuriyet Dönemi'nde (M.Ö. 509-M.Ö. 27)

content/livy/livy-periochae-16-20/#16.1) (Erişim tarihi: 04.07.2022); **Maximus, Valerius: Factorum et Dictorum Memorabilium**, 2, 4, 7 (Latince metin için bkz. https://penelope.uchicago.edu/Thayer/L/Roman/Texts/Valerius_Maximus/2*.html; metnin İngilizce çevirisi için bkz. <http://www.attalus.org/translate/valerius2a.html#c4>) (Erişim tarihi: 04.07.2022); **Friedländer**, Ludwig: *Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms in der Zeit von August bis zum Ausgang der Antonine*, Bd. II, 9. Aufl., Verlag von S. Hirzel, Leipzig, 1920, s. 51; **Wiedemann**, s. 5; **Crowther**, Sport, s. 104; **Zaleski**, s. 592; **Kyle**, Sport, s. 260.

²² Lee, *Halikarnassos*'lu (Bodrum) *Dionysios*'u (*Rhomaïke Arkhaiologia*, 7, 72, 1-3; 7, 73, 1-3) kaynak göstererek Roma'da, Yunan atletizm yarışmalarının ilk olarak M.Ö. 217'de *Aulus Postimius* tarafından düzenlendiğini ileri sürmektedir, bkz. **Lee**, Hugh M.: "Greek Sports in Rome", in Christesen, Paul/ Kyle, Donald G. (ed.), *A Companion to Sport and Spectacle in Greek and Roman Antiquity*, WILEY Blackwell, Malden, 2014, s. 535; **Crowther** da bir makalesinde *Halikarnassos*'lu *Dionysios*'un aynı eserine atıfla Roma'da M.Ö. 186'dan önce de atletizm yarışmalarının görüldüğünü ve ilk atletizm gösterisinin (*Dionysios*'un eserinde bu tarih M.Ö. 499 olarak geçmesine rağmen bunun mümkün olamayacağını ortaya koyarak) M.Ö. 217'de gerçekleştiğini belirtmektedir. Ancak **Crowther**, Romalı tarihçi *Livius*'un Roma'da ilk atletizm yarışmaları için M.Ö. 186 tarihini vermesini, Etrüsklerin uyguladığı şekliyle boks, güreş, koşu gibi atletizm yarışmaları ile Yunan kaynaklı ve *pentathlon*'u da kapsayan daha geleneksel veya eksiksiz atletizm programı arasında bir ayrım yapmasına bağlamaktadır. Buna göre M.Ö. 186'da düzenlenen yarışmalar Roma'daki ilk atletizm yarışmaları değildir, fakat bunlar geleneksel veya eksiksiz Yunan yarışma formatında düzenlenen ilk yarışmalardır, bkz. **Crowther**, Nigel B.: "Greek Games in Republican Rome" (*Greek Games*), *L'antiquité classique*, 52, 1983, s. 269 vd., s. 272; **Mann**, *Halikarnassos*'lu *Dionysios*'un aktardığı rivayetin doğruluğuna şüpheyle yaklaşmaktadır, bkz. **Mann**, *Greek Sport*, s. 163, dn. 44.

²³ **Livius, Titus: Ab Urbe Condita**, 39, 22, 1-2 (Latince metin için bkz. <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.02.0174%3Abook%3D39%3Achapter%3D22>; metnin İngilizce çevirisi için bkz. <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Liv.+39+22&fromdoc=Perseus%3Atext%3A1999.02.0149>) (Erişim tarihi: 04.07.2022).

²⁴ **Gardiner**, Edward Norman: *Athletics of the Ancient World* (Athletics), Clarendon Press, Oxford, 1930, s. 123; **Harris**, Harold Arthur: *Sport in Greece and Rome*, Cornell University Press, Ithaca, 1972, s. 50; **Scanlon**, s. 43; **Hallett**, s. 68; **Newby**, Zahra: *Greek Athletics in the Roman World, Victory and Virtue*, Oxford University Press,

ilk olarak M.Ö. 186 yılında düzenlenmiş olan yarışmalardan sonra, M.Ö. 167'de *praetor Lucius Anicius*, M.Ö. 80'de *Sulla*, M.Ö. 58'de *Marcus Aemilius Scaurus*, M.Ö. 55'te *Pompeius*, M.Ö. 53 veya 52'de²⁵ *Scribonius Curio*, M.Ö. 46'da *Iulius Caesar* tarafından atletizm yarışmaları düzenlenmiştir²⁶.

İlk İmparatorluk (*Principatus*) Dönemi'nde (M.Ö. 27-M.S. 284), Roma'da özellikle *Augustus*, *Nero* ve *Domitianus* tarafından Yunan tarzı atletizm yarışmalarının düzenlendiği görülmektedir²⁷. *Augustus*, *Actium*'da *Marcus Antonius*'a karşı M.Ö. 31 yılında kazandığı zaferi kutlamak için Yunanistan'ın Kuzeybatı sahilinde *Nikopolis* şehrini kurup orada M.Ö. 28/27'de *Aktia* oyunlarını başlatmıştır²⁸. Yine *Augustus* zamanında M.S. 2 yılından itibaren Napoli'de *Augustus* onuruna dört yılda bir *Sebasta* oyunları²⁹ düzenlenmeye başlamıştı³⁰. Roma'da Olimpiyatlar gibi dört yılda bir

Oxford, 2005, s. 25; **Crowther**, Sport, s. xix, s. 84; **Dunkle**, Overview, s. 391; **Dodge**, s. 566; **Kyle**, Sport, s. 263; **Mann**, Greek Sport, s. 164.

²⁵ Harris, Crowther ve Scanlon, *Scribonius Curio*'nun düzenlemiş olduğu atletizm yarışmalarının M.Ö. 53'te gerçekleştiğini belirtmişlerdir, bkz. **Harris**, s. 50; **Crowther**, Greek Games, s. 272; **Scanlon**, s. 43.

²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Friedländer**, s. 145 vd.; **Harris**, s. 50; **Crowther**, Greek Games, s. 269 vd.; **Mann**, Greek Sport, s. 164 vd.; **Lee**, s. 535 vd.; Roma'da düzenlenmiş olan Yunan tarzı atletizm yarışmalarının bu ilk örneklerindeki müsabakalarda Roma vatandaşlarından çok Yunan kökenli atletlerin yarıştığı ve sonraki dönemlerde düzenlenen yarışmalara da aynı şekilde Roma vatandaşlarından çok imparatorluğun dört bir yanından atletlerin katıldığı kabul edilmektedir, bkz. **Friedländer**, s. 153; **Gardiner**, Athletics, s. 124-125; **Harris**, s. 51; **Crowther**, Greek Games, s. 272; **Mann**, Greek Sport, s. 165, s. 179; **Remijsen**, s. 129-130, s. 328; Crowther, başka bir eserinde daha ihtiyatlı bir ifadeyle Roma'daki bu ilk atletlerin hepsinin olmasa bile çoğunun Romalı değil Yunanlı olduğunu ifade etmektedir, bkz. **Crowther**, Nigel B.: "Nudity and Morality: Athletics in Italy" (Nudity), *The Classical Journal*, 76(2), 1980/1981, s. 121, dn. 31.

²⁷ **Mann**, Greek Sport, s. 165.

²⁸ **Scanlon**, s. 45 vd.; **Newby**, s. 27; **Lee**, s. 536; **Kyle**, Sport, s. 281; **Remijsen**, s. 35, s. 199.

²⁹ Bu oyunların tam adı "*Italica Romaia Sebasta Isolympica*" yani "*Augustus*'un Olimpik Programa Bağlı Olan İtalya ve Roma Oyunları"dır, bkz. **Scanlon**, s. 355 vd., dn. 18'e ait metin; *Sebastos*, *Augustus*'un Yunancasıdır, bkz. **Kyle**, Sport, s. 281; bu oyunlar *Augustus* onuruna düzenlenmiş olmakla birlikte, burada oyunlar düzenleme fikri bizzat *Augustus*'a ait değildir. *Cassius Dio*'ya göre (55.10.9) Napoli halkı bir depremden sonra şehirlerine mâli açıdan destek olan imparatorlarına şükranlarını sunmak ve onu onurlandırmak istediklerinden ötürü onun şerefine bu oyunları düzenlemişlerdir, bkz. **Remijsen**, s. 199, dn. 10.

³⁰ **Suetonius**, *Augustus*, 18.2, 98.5; **Scanlon**, s. 46; **Newby**, s. 27; **Mann**, Greek Sport, s. 166; **Lee**, s. 536; **Kyle**, Sport, s. 281; Remijsen, *Sebasta* oyunlarının İtalya topraklarında

düzenlenecek olan ve atletizm, müzik ve binicilik dallarını içeren ilk atletizm festivalini M.S. 60 yılında *Nero* başlatmıştı, ancak *Neronia* (veya *Neroneia*) adı verilen bu festival M.S. 65'te yalnızca bir defa daha kutlandı ve *Nero*'nun ölümünden sonra devam ettirilmedi³¹. M.S. 86'dan itibaren *Domitianus* tarafından Roma'nın baş tanrısı *Iuppiter*³² (veya *Iuppiter Capitolinus*) onuruna düzenlenen³³ ve bu nedenle *Domitianus*'un adıyla değil *Capitolia* veya *Agon Capitolinus*³⁴ olarak anılan festival, Roma'daki ilk daimi Yunan atletizm festivaliydi³⁵. Bu festival aynı zamanda tıpkı *Actia* ve *Sebasta* oyunları gibi, Yunan festival döngüsüne (*periodos*)³⁶ dâhil edilerek o dönemdeki en prestijli festivallerden biri olmuştu³⁷. Böylelikle Roma şehri de atletizm yarışmalarının önemli merkezlerinden biri hâline geldi³⁸ ve önemli yarışma noktalarından biri olarak üst düzey atletleri konuk etmeye başladı³⁹. Roma'daki ilk kalıcı stadyum, bu festival için M.S. 86 yılında

düzenlenen Yunan tarzındaki ilk oyunlar (*agones*) olduğunu belirtmektedir, bkz. **Remijsen**, s. 130.

³¹ **Suetonius**, *Nero*, 12.3-4; **Newby**, s. 28; **Crowther**, *Sport*, s. 85; **Mann**, *Greek Sport*, s. 166 vd.; **Lee**, s. 536; **Remijsen**, s. 130.

³² *Iuppiter*: *Zeus* ile özdeşleştirilmiş Roma tanrısı, Roma *pantheon*'unun en eski ve en büyük tanrısıdır. Adı *Zeus* baba, baba tanrı ya da gök tanrı anlamına gelen *Dies-pater*'den (yani *Zeus pater*'den) türetilmiştir, ayrıntılı bilgi için bkz. **Grimmal**, Pierre: *Mitoloji Sözlüğü*, Yunan ve Roma, Çev. Sevgi Tamgüç, Sosyal Yay., İstanbul, 1997, s. 348; **Erhat**, Azra: *Mitoloji Sözlüğü*, 2. Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1978, s. 177.

³³ **Suetonius**, *Domitianus*, 4.4.

³⁴ Golden, burada bahsi geçen *Capitolia* ile rivayetlere göre *Romulus* veya *Camillus* tarafından daha önce Roma'da her yıl Ekim ayında düzenlenmiş olup boks müsabakaları ve koşu yarışlarından oluşan *ludi Capitolini*'nin karıştırılmaması gerektiğini savunmaktadır, bkz. **Golden**, Mark: *Sport in the Ancient World from A to Z*, Routledge, London, 2004, s. 131; Telatar/Özaktürk ise M.Ö. 387 yılında *Camillinus* (Golden'ın eserinde geçtiği gibi *Camillus* olması gerekir) tarafından düzenlenmeye başlanan ve sonrasında uzun süre hiç düzenlenmeyen oyunların (*ludi Capitolini*'nin) *Domitianus* tarafından canlandırıldığını, bir anlamda *Suetonius*'un bahsettiği *Capitolia*'nın daha önce düzenlenmiş olan *ludi Capitolini*'nin devamını teşkil ettiğini ileri sürmektedirler, bkz. **Suetonius**, *Domitianus*, 4.4, s. 250, dn. 936.

³⁵ **Crowther**, *Sport*, s. 85; **Golden**, s. 131; **Mann**, *Greek Sport*, s. 167; **Kyle**, *Sport*, s. 316; **Remijsen**, s. 130.

³⁶ *Olympia*, *Pythia*, *Isthmos* ve *Nemea* oyunlarından oluşan Yunan festival döngüsü. Bu oyunlar M.Ö. 2. yüzyıldan itibaren *periodos* olarak isimlendirilmeye başlanmıştı. *Olympia* oyunları ve *Delphi*'deki *Pythia* oyunları dört yılda bir, *Isthmos* ve *Nemea* oyunları iki yılda bir düzenlenirdi, bkz. **Miller**, s. 111 vd.; **Kyle**, *Sport*, s. 132; **Remijsen**, s. 130

Scanlon, s. 55; **Golden**, s. 131; **Kyle**, *Sport*, s. 316.

³⁸ **Crowther**, *Sport*, s. 85.

³⁹ **Mann**, *Greek Sport*, s. 167; **Remijsen**, s. 130.

Domitianus tarafından yaptırılmıştı⁴⁰. *Domitianus*'un başlattığı *Capitolia* oyunları, *Nero*'nun başlattığı ancak kendisinin ölümünden sonra silinip giden *Neronia*'nın aksine, *Domitianus*'un ölümünden (M.S. 96) sonra yaklaşık M.S. 4. yüzyılın ortalarına kadar varlığını ve önemini korumaya devam etmiştir⁴¹.

II. ROMALILARIN YUNAN ATLETİZM YARIŞMALARINA KARŞI YAKLAŞIMLARINA YÖNELİK FARKLI GÖRÜŞLERİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Roma hukukunda profesyonel atletlere ilişkin olarak hukukî metinlerde düzenleme konusu edilen husuları ele almadan önce, Roma'da Yunan tarzı atletizm müsabakalarına ne şekilde yaklaşıldığına yönelik farklı görüşlerin ele alınması faydalı olacaktır. Esas olarak antik Yunan dünyasında daha önemli bir rol oynayan⁴² atletizm müsabakalarının İtalya'da ve Roma

⁴⁰ **Crowther**, Sport, s. 85; **Dodge**, s. 567; **Kyle**, Sport, s. 316; günümüzde *Piazza Navona*'da U şeklindeki bu geleneksel Yunan tarzı stadyumun izleri halen seçilebilmektedir, bkz. **Newby**, s. 32; **Crowther**, Sport, s. 85; **Dodge**, s. 567.

⁴¹ **Mann**, Greek Sport, s. 167; **Kyle**, Sport, s. 316; **Remijsen**, s. 145.

⁴² Antik Yunan toplumunda erkek vatandaşların büyük bir kısmı atletizm ile uğraşmışlardır. Antik Yunan dünyasında atletizm eğitim ve yarışmalarının ne kadar yaygın ve önemli olduğunu gösteren örneklerden birisi antik çağın önde gelen filozoflarından olan *Platon*'un da atletizmle uğraştığını hatta geniş göğüslü olması nedeniyle *Platon* isminin kendisine sonradan verildiğini öne süren kaynakların bulunmasıdır. *Platon*'un güreşle ilgilenen ve müsabakalara katılıp şampiyonluklar kazanan bir atlet olduğunu ifade eden antik kaynaklar bulunmakla birlikte farklı kaynaklardaki farklı bilgiler arasındaki çelişiklere dikkat çekilmiştir ve konu oldukça tartışmalıdır. **Gardiner**, *Platon*'un *Delphi*, *Nemea*, *Isthmos* oyunlarındaki güreş müsabakalarında zaferler kazandığını, hatta daha az muhtemel olmakla birlikte, bir Olimpiyat zaferi kazandığının ileri sürüldüğünü ifade etmektedir, bkz. **Gardiner**, Edward Norman: Greek Athletic Sports and Festivals (Sports), MacMillan and Co., London, 1910, s. 128; **Reid**, bir eserinde *Platon*'un *Isthmos* oyunlarına katıldığını belirten kaynağa (*Diogenes Laertius*, III, 4) atıf yaparak onun müsabakalara katılan bir güreşçi olduğunu savunmuşken (bkz. **Reid**, Heather L. : "Wrestling with Socrates" (Wrestling), Sport, Ethics and Philosophy, 4(2), 2010, s. 157, s. 168 (DOI: 10.1080/17511321.2010.486595), (<https://doi.org/10.1080/17511321.2010.486595>) (Erişim tarihi:04.07.2022), önceki tarihli bir eserinde *Platon*'un bir Olimpiyat zaferinin olduğuna veya bir erişkin olarak taç ödüllü oyunlardan herhangi birisinde yarıştığına dair güvenilir bir kanıt bulunmamakla birlikte en azından gençliğinde güreşçi olduğu ve Yunan festival döngüsü içinde yer alan büyük festivallerin birinde yetişkin kategorisinde olmasa bile küçükler (oğlanlar) kategorisinde yarışmış olduğu konusunda çok az ihtilaf olduğunu ifade etmiştir, bkz. **Reid**, Heather L.: "Sport and Moral Education in Plato's Republic" (Sport), Journal of the Philosophy of Sport, 34(2), 2007, s. 173, dn. 8'e ait metin (DOI: 10.1080/00948705.2007.9714719), (<https://doi.org/10.1080/00948705.2007.9714719>) (Erişim tarihi: 04.07.2022); ancak

devletinin batıdaki eyaletlerinde de ilgi çekip çekmediğine ilişkin olarak farklı görüşler vardır. Bu konuyla ilgili önceki yaklaşım, Romalıların, Yunan atletizm yarışmalarını tam anlamıyla takdir ve tasvip edemedikleri, Yunan atletizmiyle ilgilenmedikleri ve bunlara değer vermedikleri yönünde idi⁴³.

Rudolph bu efsanenin antik çağda atletizmle ilgili eserlerden ve *Platon*'un sporla (atletizmle) ilgili pek çok bilgi içeren eserlerinden değil onun ölümünden yaklaşık 500 yıl sonra kaleme alınmış biyografilerden geldiğini belirterek, bu biyografilerdeki bilgilerin doğruluğuna şüpheyle yaklaşmakta ve *Platon*'un *Isthmos*'taki oyunlara katılmadığını ve dolayısıyla zafer kazanmadığını ifade etmektedir. Bununla birlikte Rudolph, *Platon*'un gençliğinde güreşle ilgilendiğini kabul etmektedir, bkz. **Rudolph**, Werner: "Zu den Formen des Berufssports zur Zeit der Poliskrise", in Welskopf, Elizabeth Charlotte (ed.), *Hellenische Poleis, Krise-Wandlung-Wirkung*, Bd. III, Akademie Verlag, Berlin, 1974, s. 1475 vd.; Riginos da biyografi yazarlarının yazdıklarına olan ilgiyi arttırmak ve çeşitli ayrıntılar eklemek suretiyle yazdıklarının daha gerçek görünmesini sağlamak amacıyla *Platon*'un yalnızca jimnastik (atletizm-güreş) yaptığı olgusunu (müsabakalara katıldığı, zaferler elde ettiği gibi doğruluğu şüpheli ve kendi hayal güçlerinin ürünü olan) belirli detaylarla süsleyerek bunu biyografisinin sabit bir unsuru hâline getirdiklerini belirtmektedir, bkz. **Riginos**, Alice Swift: *Platonica, The Anecdotes Concerning the Life and Writings of Plato*, E. J. Brill, Leiden, 1976, s. 49 vd.; aynı yönde bkz. **Young**, David C.: *A Brief History of the Olympic Games*, Blackwell, Malden, 2004, s. 81 vd.; *Platon*'un bir erişkin olarak Olimpiyatlarda veya diğer önemli festivallerde yarışıp ödül kazandığını ileri süren ifadelerin doğruluğu tartışmalı olmakla birlikte onun güreşle ilgilenmiş bir atlet olduğu genellikle kabul edilmektedir, bkz. **Rudolph**, s. 1476; **Kyle**, Donald G.: *Athletics in Ancient Athens (Athletics)*, E. J. Brill, Leiden, 1993, s. 115, s. 137; **Scanlon**, s. 205; **Reid**, Sport, s. 162; *Platon*'un güreşle ilgilenmiş bir atlet olduğu konusunda bir tereddüt olmamakla birlikte isminin takma isim mi olduğu asıl ismi mi olduğu ve anlamı konusunda da tartışmalar vardır. Bir rivayete göre (*Diogenes Laertius, III, 4*) *Platon*'un jimnastik hocası olan güreşçi *Ariston*, asıl ismi *Aristocles* olan filozofa geniş göğüslü olduğu için *Platon* ismini vermiştir (**Notopoulos**, James A.: "The Name of Plato", *Classical Philology*, 34(2), 1939, s. 135; **Riginos**, s. 36; **Gökberk**, Macit: *Felsefe Tarihi*, 9. Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1998, s. 53). *Notopoulos*, *Platon*'un asıl isminin *Aristocles* olmadığını, *Platon* isminin doğuştan konmuş ve zaten o dönemde yaygın bir isim olup sonradan ünlü filozofun fiziksel özelliklerine göre verilmiş bir takma isim olmadığını ileri sürmektedir, bkz. **Notopoulos**, s. 141 vd.; aynı yönde bkz. **Riginos**, s. 37 vd.; karşı görüşteki *Sedley* ise filozofun gerçekten *Aristocles* olan ismini *Platon* olarak değiştirdiğini kabul etmektedir, bkz. **Sedley**, David: *Plato's Cratylus*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, s. 21, dn. 49 (<https://assets.cambridge.org/052158/4922/sample/0521584922ws.pdf>) (Erişim tarihi: 04.07.2022).

⁴³ Bkz. **Gardiner**, *Athletics*, s. 117, s. 124; **Harris**, Yunan atletizminin gladyatör dövüşleri ve atlı savaş arabası yarışlarının aksine hiçbir zaman batı Roma dünyasındaki toplumsal düzenin önemli bir parçası olmadığını ve eğitilmiş ve üst sınıftan olan Romalıların, geçimlerini atletizmden sağlayan profesyonel atletler hakkında olumsuz düşüncelerinin olduğunu ileri sürmektedir, bkz. **Harris**, s. 50, s. 73; **Crowther** da tıpkı **Harris** gibi, Yunan atletizminin Roma'da hiçbir zaman antik Yunan'da olduğu kadar popüler olmadığını, atletizm yarışmalarının, gladyatör dövüşleri ve atlı savaş arabası yarışları kadar

Bu görüşün dayandığı temel gerekçenin, seçkin Romalı yazarların atletizme karşı kullanmış oldukları düşmanca ifadeler olduğu belirtilmektedir⁴⁴. Seçkin Romalılar için Helenizm belli durumlarda kabul edilebilir görülürken ve özünde sakıncalı bulunmazken, haddinden fazla ve uygunsuz Helenizm ise tasvip edilmiyordu⁴⁵. Yunan atletizminin Roma gösteri kültüründe giderek yerini sağlamaştıran bir demirbaş hâline gelmesi, pek çok yazar tarafından ölçüsüz, uygunsuz ve ahlâki açıdan tehlikeli bir Helenizm biçimi olarak nitelendirilmekteydi⁴⁶. Yunan tarzı atletizm yarışmalarına hazırlanan ve yarışmalara katılan atletler, antrenmanlarını çıplak yaptıkları gibi müsabakalarda da tamamen çıplak olarak mücadele ederlerdi⁴⁷. Muhtemelen Romalıların Yunan atletizmindeki çıplaklığa karşı duyduğu tepki nedeniyle, *Halikarnassos*'lu *Dionysios*'un *Rhomaïke Arkhaiologia* adlı eserinde (7, 72, 2) belirttiğine göre, yaklaşık M.Ö. 1. yüzyıla kadar Roma'da atletler bellerini ve cinsel organlarını örterek yarışmışlardır⁴⁸. Ancak *Augustus* döneminden (M.Ö. 27-M.S. 14) itibaren antik Yunan'da olduğu gibi Roma'da da atletlerin çıplak olarak yarıştığı savunulmaktadır⁴⁹. *Augustus* döneminden önce

ilgi çekmediğini savunmaktadır, bkz. **Crowther**, Sport, s. 86; ancak Crowther söz konusu görüşe yer verdiği eserinden daha önce yazmış olduğu bir makalesinde *Plutarkhos*, (Genç) *Plinius* ve *Tacitus* gibi yazarların eleştirilerine rağmen Yunan oyunlarının (atletizminin), sayıları gittikçe artmış olan oyunların ve atletizmle ilgili kitabelerin de gösterdiği gibi, Roma hayatının daimi ve popüler bir unsuru olduğunu savunmuştur, bkz. **Crowther**, Nudity, s. 123; Wacke, atletizm yarışmalarının Roma'da ve imparatorluğun batıdaki eyaletlerinde "konuk oyuncu" olmanın ötesine geçemeyip daha az ilgi çektiğini ve hiçbir zaman tam anlamıyla benimsenmediğini ileri sürmektedir. Yazar, Roma halkının atletizme olan ilgisinin zamanla artmış olduğunu kabul etmekle ve imparatorların atletizmi teşvik ettiklerini de belirtmekle birlikte, kazananlar listelerindeki atletlerin neredeyse hepsinin Yunan veya Anadolu kökenli olmalarını bu iddiasına dayanak olarak göstermektedir, bkz. **Wacke**, Andreas: Athleten als Darlehensnehmer nach römischem Recht, *Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDHI)*, 44, 1978, s. 440, dn. 9; ayrıca bkz. **Young**, s. 3.

⁴⁴ **Newby**, s. 38; **Mann**, Greek Sport, s. 172.

⁴⁵ **Newby**, s. 3; **Mammel**, Kathryn: "Ancient Critics of Roman Spectacle and Sport", in Christesen, Paul/Kyle, Donald G. (ed.), *A Companion to Sport and Spectacle in Greek and Roman Antiquity*, WILEY Blackwell, Malden, 2014, s. 607.

⁴⁶ **Mammel**, s. 607.

⁴⁷ **Miller**, s. 11; **Crowther**, Sport, s. 58.

⁴⁸ **Crowther**, Nudity, s. 120; **Hallett**, s. 68; **Lee**, s. 535; **Kyle**, Sport, s. 262, s. 263; **Remijsen**, s. 275.

⁴⁹ *Augustus* döneminde kadınların gladyatör dövüşlerini izlemeleri serbestken atletizm yarışmalarını izlemelerinin onun döneminden itibaren yasaklandığı, bunun da atletlerin onun döneminde (ve sonrasında) çıplak olarak yarışmasından kaynaklandığı ileri sürülmektedir, bkz. **Crowther**, Nudity, s. 122; **Hallett**, s. 69; **Lee**, s. 536; Tahan Orhan ise herhangi bir dönem ayrımı yapmaksızın ve bu konuda farklı görüşler olduğunu göz ardı

Cicero, bu dönemin sonrasında ise Genç *Plinius* (*Epistulae*, 4, 22, 3; 7)⁵⁰ ve *Tacitus* (*Annales*, XIV, 20)⁵¹ gibi önde gelen Romalı yazarlar, Yunan atletizminde çırılçıplak antrenman yapılıp yarışılmasını, atletizmin (Yunan vatandaşları arasında olağan kabul edilen) oğlancılığı⁵² (pederastiyi) teşvik ettiği şeklinde yorumlamışlardır⁵³. Örneğin *Cicero*, Romalı şair *Ennius*'un (M.Ö.

etmek suretiyle Roma'da "katılımcıların giyinik olması kuralının getirilmiş" olduğunu savunmaktadır, bkz. **Tahan Orhan**, s. 18.

⁵⁰ **Plinius Caecilius Secundus**, *Gaius: Epistulae*, 4, 22, 3: "Yargıçlara kararları sorulduğunda, içlerinde metaneti ve dürüstlüğü ile en üstün seviyede bir adam olan (kendisinden daha iradeli/kararlı ve dürüstünü bulmanın zor olduğu) *Iunius Mauricus*, Vienna'daki oyunların yinelenmemesi gerektiğine hükmetti ve sözlerine şunu ekledi: "Bu oyunların Roma'da iptal edilmesini isterdim.""; 4, 22, 7: "...(Vienna'daki) Bu oyunların, tıpkı bizim Roma'daki oyunların herkesin ahlâkını bozduğu gibi, Vienna halkının ahlâkını bozduğu gerekçesiyle, kaldırılmasına karar verildi. Fakat şu da var ki, Vienna ile ilgili sorunlar en fazla orayla sınırlı kalır; hâlbuki Roma'daki sorunlar her yere sirayet edebilir..." (metnin çevirisinde temel olarak **Plinius Caecilius Secundus**, *Gaius: Genç Plinius'un Mektupları, Epistulae (I-IV)*, Latince'den Çev. Levent Keskin, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2018, s. 162-163'teki çeviri esas alınmış olmakla birlikte ilgili çeviride değişiklikler yapılmıştır); Keskin, çevirisinde metinde geçen *Vienna* kentinin günümüzde Avusturya'nın başkenti olan Viyana olduğunu belirtmiş olsa da (s. 161, dn. 1) söz konusu kent Viyana değil günümüzde Fransa'nın güneyinde yer alan Vienne şehridir, bkz. (<http://www.attalus.org/old/pliny4.html#22>) (Erişim Tarihi: 04.07.2022), Web sayfasındaki İngilizce çevirinin dayanağı olan kaynak: The Letters of the Younger Pliny. Translated, with an introductory essay, by J.B. Firth (1900).

⁵¹ **Tacitus**, *Publius Cornelius: Annales*, XIV, 20 (<http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.02.0078%3Abook%3D14%3Achapter%3D20>) (Erişim Tarihi:04.07.2022). Web sayfasındaki İngilizce çevirinin dayanağı olan kaynak: Complete Works of Tacitus, Tacitus (Publius Cornelius), Çev. Alfred John Church/William Jackson Brodribb/Sara Bryant, edited for Perseus, New York reprinted 1942.

⁵² Hallett, Helenistik dünyada çok yaygın şekilde görülen doğuştan özgür olan erkekler arasındaki Yunanlılara özgü romantik eşcinsel ilişkilerin Romalılar için her zaman yabancı ve temelde Romalılara ait olmayan bir olgu olarak kabul edildiğini belirtmektedir. Hallett, antik Yunan'daki bu gibi ilişkiler için "eşcinsellik" (*homosexuality*) yerine "oğlancılık" (*pederasty*) terimini kullanmanın daha uygun olduğunu, zira bu gibi durumlarda hemen hemen her zaman yetişkin ve yaşça daha büyük bir erkekle genç bir ergen oğlan arasında kurulan ilişkilerin söz konusu olduğunu vurgulamaktadır, bkz. **Hallett**, s. 73; konuyla ilgili daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Williams**, Craig A.: Roman Homosexuality, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2010, s. 67 vd.; **Larson**, Jennifer: Greek and Roman Sexualities, A Sourcebook, Bloomsbury Publishing, London, New York, 2012, s. 107 vd.; **Skinner**, Marilyn B.: Sexuality in Greek and Roman Culture, Second Edition, WILEY Blackwell, Malden, 2014, s. 13 vd.; **Sartre**, Maurice: "Antik Yunan'da Eşcinsellik", Duby, Georges (Der.), Batı'da Aşk ve Cinsellik içinde, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015, s. 59 vd.

⁵³ **Hallett**, s. 70 vd.; **Newby**, s. 40; **Mammel**, s. 607; **Mann**, Greek Sport, s. 170, s. 175; **Fisher**, Nick: "Athletics and Sexuality", in Hubbard, Thomas K. (ed.), A Companion to

239-169) “vatandaşların içinde (çırılçıplak) soyunmak (bütün) ahlâksızlıkların başıdır” (“*Bene ergo Ennius: ‘Flagiti principium est nudare inter civis corpora’*”) sözüne atıfla atletizmi doğrudan oğlancılıkla ilişkilendirmektedir (Cicero, *Tusculanae Disputationes*, 4, 33, 70)⁵⁴. Cicero’nun zikredilen metninde geçen ve “ahlâksızlık” olarak çevrilebilecek “*flagitium*” terimi ile erkekler arasındaki cinsel ilişkinin kastedildiği belirtilmektedir⁵⁵. Yunan atletizmi ile oğlancılık (pederasti) arasında doğrudan bir bağ olduğunu düşünen Cicero ve anılan diğer yazarlar, bu sebebe dayanarak Yunan atletizmini geleneksel Roma değerleriyle bağdaşması mümkün olmayan ahlâki yozlaşmanın bir sembolü olarak görmüşlerdir⁵⁶. Yunan atletizminin en az feminenlik, açgözlülük ve sefâhat kadar yüz kızartıcı olduğunu ifade ederek efemine ve ahlâka aykırı olmasının yanı sıra kimseye bir yararının da olmadığı yolunda eleştiriler getirmişlerdir⁵⁷. Romalı yazarların ifadelerine bakıldığında, çırılçıplak antrenman yapıp yarışmanın ve bunun sonucu olarak görülen oğlancılığın (pederastinin) ahlâki bir yozlaşma olarak kabul edilmesi Romalı yazarların Yunan atletizm yarışmalarına karşı çıkmalarının temel sebeplerinden biri olarak görünmektedir⁵⁸.

Ancak doktrinde haklı olarak Romalı yazarların bu yaklaşımlarından bütün Romalıların atletizme düşman oldukları anlamının çıkarılamayacağı ileri sürülmektedir⁵⁹. Örneğin Crowther çıplaklığın, Romalı entelektüeller için olmasa da ortalama vatandaş için daha kabul edilebilir hâle gelmesinden sonra, Yunan atletizminin de Romalıların yaşamının daha kabul edilebilir ve câzip bir unsuru hâline geldiğini ifade etmektedir⁶⁰. Kuşkusuz ki atletizme

Greek and Roman Sexualities, WILEY Blackwell, Malden, 2014, s. 252; **Remijsen**, s. 268.

⁵⁴ Cicero’s *Tusculan Disputations*, translated with an Introduction and Notes by Andrew P. Peabody, Boston: Little, Brown and Company, 1886, s. 242; **Scanlon**, s. 211; **Hallett**, s. 71, s. 75; **Reid**, Heather L.: “*Plato’s Gymnasium*” (*Gymnasium*), *Sport, Ethics and Philosophy*, 4(2), 2010, s. 176, DOI: 10.1080/17511321.2010.486597, (<https://doi.org/10.1080/17511321.2010.486597>) (Erişim tarihi: 04.07.2022).

⁵⁵ **Hallett**, s. 71.

⁵⁶ **Hallett**, s. 71; **Newby**, s. 40; **Mammel**, s. 607; **Remijsen**, s. 275.

⁵⁷ **Lee**, s. 540; **Fisher**, s. 252.

⁵⁸ **Hallett**, s. 71; **Newby**, s. 40; **Dunkle**, *Overview*, s. 391; **Mammel**, s. 607; **Kyle**, *Sport*, s. 262; **Mann**, *Greek Sport*, s. 151, s. 170, s. 175; **Remijsen**, s. 275; Romalı entelektüel ve filozoflar ve *Galenos* gibi hekimler tarafından, atletizmin ve aşırı atletizm antrenmanı yapmanın zihin, ruh ve vücut üzerinde olumsuz etkileri olduğu gibi farklı mülâhazalarla da Yunan atletizminin eleştirildiği görülmektedir, bu konuda bkz. **Friedländer**, s. 150 vd.; **Newby**, s. 43 vd.; **Mammel**, s. 607 vd.

⁵⁹ **Newby**, s. 44.

⁶⁰ **Crowther**, *Nudity*, s. 119; aynı yönde bkz. **Kyle**, *Sport*, s. 262.

karşı eleştiriler yöneltilmiştir. Fakat pek çok durumda bu eleştiriler Yunan kültürünün istilasının, Roma kimlik ve ahlâkını ne derecede zayıflattığı endişesinin retorik bir üslupla ifadesi olarak kabul edilebilir⁶¹. Romalıların bu yöndeki endişe ve çekincelerini haksız çıkaracak biçimde, Yunan atletizminin ahlâkî ve sosyal yozlaşmaya yol açtığını gösteren hiçbir kanıt olmamasına rağmen, Romalılık ve Yunanlılığın karşıt olarak nitelendirildiği edebî basmakalıp ifadelerin (*topoi*) Roma yazımını istila ettiği savunulmaktadır⁶². Roma edebî metinlerinde yer alan ve Romalılık ile Yunanlılığın karşıt olarak nitelendirildiği bu karşıtlıklar ağı içinde yer verilen diğer karşıtlıklar Yunan feminenliği ve çıplaklığına karşı Roma *virtus*'u ("erkeklik"⁶³ veya mertlik, yiğitlik, cesaret, savaşma azmi⁶⁴), Yunan atletizmine karşı Roma'nın askerî eğitimi, Yunanlıların sefâhat düşkünlüğüne karşı Romalıların sadelik tutkusu, Yunanlıların lüks düşkünlüğüne karşı Romalıların pratik faydacı yaklaşımları şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁶⁵.

Yalnızca üst sınıf mensubu yazarların itirazlarını göz önünde bulundurmak suretiyle, toplumun üst tabakasına mensup diğer bütün kesimlerin de seçkin yazarlar gibi bu gösterilere ilgisiz ve düşmanca yaklaştıkları sonucuna varılmamalıdır. Aksine, imparatorların atletizm festivallerini destekleyerek

⁶¹ **Newby**, s. 44; Kyle da Romalıların Yunan atletizmine karşı sözde tiksintilerinin, retorik üslupla kaleme alınmış bazı edebî kaynaklara dayandırıldığını savunmaktadır, bkz. **Kyle**, Sport, s. 316; Remijsen, İmparatorluk Dönemi'nde Batı'da bu eleştirilerin sona erdiğini belirtmektedir, bkz. **Remijsen**, s. 275; bu eleştirileri yöneltenlerden Genç *Plinius* (M.S. 61/62-113/114) ve *Tacitus*'un (yak. M.S. 55-117) İlk İmparatorluk (*Principatus*) Dönemi'nde yaşadıkları göz önünde bulundurulduğunda Remijsen'in Yunan atletizmine yönelik eleştirilerin İmparatorluk Dönemi'nde ("*imperial period*") sona erdiğini ifade etmesi isabetli olmamıştır. Buna karşın burada İmparatorluk Dönemi ile kastedilen Son İmparatorluk Dönemi (M.S. 284-M.S.476/1453) ise bunun ayrıca belirtilmesi murat edilenin daha iyi anlaşılmasını sağlayabilirdi.

⁶² **Mammel**, s. 608.

⁶³ Latince "adam, erkek" anlamındaki "*vir*" kelimesinden türetilmiş olan "*virtus*", genellikle askeri meziyetlerle ilişkilendirilmekte ve "gerçek bir erkek" olmaya işaret etmekle birlikte yalnızca erkek olarak doğmuş olmak "*virtus*"u haiz olmaya yetmemekteydi. Romalılar bir insanın, erkek olarak doğmuş olsa bile, *virtus*'u gayret ve öz disiplin ile bizzat elde etmesi gereken bir meziyet olarak değerlendirmekteydiler. Roma toplumunda *virtus*'a atfedilen bu özellik sebebiyle yalnızca erkeklerin değil yeterince irade ve çaba sergileyen bir kadının da *virtus* sahibi olarak nitelendirilebileceği kabul edilmekteydi, bkz. **Skinner**, s. 270 vd.

⁶⁴ *Virtus*'un karşılığı olarak "cesaret" ve "savaşma azmi" ifadelerinin kullanımı için bkz. **Sayın**, Baha Yiğit: Roma'da Köle ve Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 86, dn. 393.

⁶⁵ İlgili metinler ve bu yöndeki açıklamalar için bkz. **Mann**, Greek Sport, s. 172; **Mammel**, s. 608.

atletizmin gelişimi sürecine dâhil olmalarıyla birlikte, Roma toplumunun senatör ve atlı (*equites*) sınıfları, en az toplumun diğer sınıfları kadar Yunan atletizm kültürünün benimsenmesinde rol almış gibi görünmektedirler. Ayrıca, soylu Romalılar arasında Yunan atletizm yarışmalarına karşı olan düşmanca tutumun, halk önünde yarışmalara çıplak olarak katılmak bakımından sürmekle birlikte özel hamamlarda veya bunun için ayrılmış mekânlarda çıplak olarak egzersiz yapmanın zamanla yaygınlaştığı belirtilmektedir⁶⁶. İlk İmparatorluk (*Principatus*) Dönemi'nde (M.Ö. 27-M.S. 284), özellikle ortalama vatandaşın da hamamlarda çıplak olarak yapılan Yunan atletizmine katılmaya başlamasıyla birlikte, çıplaklığa karşı olan önyargının ortadan kalktığı ve bu sayede Yunan atletizmine karşı olan önyargının da önemli ölçüde azaldığı savunulmaktadır⁶⁷. Ancak doktrinde Romalıların halka açık hamamlarda çırılçıplak olarak yıkanmayı zamanla kabul etmiş olmalarına karşın çıplak olarak egzersiz yapıp yapmadıklarının tartışmalı olduğunu savunanlar da bulunmaktadır⁶⁸. Romalıların çıplak olarak egzersiz yapıp yapmadıklarına ilişkin farklı görüşler bulunmakla birlikte, Yunan atletizm oyunlarının Roma'da da popüler olduğunu savunanların görüşlerini dayandırdıkları tek gerekçe Romalıların çıplak olarak egzersiz yapmayı zamanla benimsemiş olup olmadıkları değildir, bu yönde ileri sürülen başka gerekçeler de bulunmaktadır. Örneğin İmparator *Domitianus* tarafından düzenlenen ve *Capitolia* veya *Agon Capitolinus* olarak anılan Roma'daki ilk daimi Yunan atletizm festivali ve bu festival için inşa edilmiş olan yapılar (*Domitianus*'un M.S. 86 yılında Roma'da yaptırdığı ilk kalıcı *stadium*) Yunan atletizminin Roma'da taşıdığı öneme işaret eden önemli deliller olarak gösterilmektedir⁶⁹. Atletler loncası (*synodos*) tarafından Roma'da bu lonca için bir bina inşa edilmiş olması ve atletler loncasının merkezinin Roma'da bulunması da Roma'da Yunan atletizminin taşıdığı öneme işaret eden bir başka gelişmedir⁷⁰. Ayrıca Yunan atletizminin Romalı yazarların tamamı tarafından reddedilmesi, atletizm müsabakalarının Roma'da karşı çıkılmadan ve tutarlı bir şekilde varlığını sürdürmesi ile tezat teşkil etmektedir⁷¹. Bunun yanı sıra seçkin yazarların Yunan atletizmine karşı bu düşmanca yaklaşımlarının, atletizmin popüler olduğunun ve halk arasında git-tikçe daha fazla kabul gördüğünün işareti olabileceği de gözden kaçırılma-

⁶⁶ Newby, s. 44.

⁶⁷ Crowther, Nudity, s. 123; Kyle, Sport, s. 262.

⁶⁸ Hallett, s. 78, s. 80; Lee, s. 539.

⁶⁹ Lee, s. 534.

⁷⁰ Lee, s. 538.

⁷¹ Mann, Greek Sport, s. 151.

malıdır⁷². Bu konuda dikkat çeken diğer bir nokta, Romalı yazarların da tıpkı Yunanlı yazarlar gibi sözde hor gördükleri ve uzak durdukları oyunlar hakkında oldukça bilgi sahibi olmalarıdır⁷³. Bu olgu da atletizm yarışmalarının Roma'da ne derece popüler olduğunun bir göstergesi olarak nitelendirilebilir.

Günümüzde Romalıların Yunan atletizmine değer vermedikleri görüşünü savunanlar azınlıkta kalmış ve güncel çalışmaların eski görüşün dayanaklarını sarstığını ileri sürenlerin yaklaşımları doktrine hâkim olmaya başlamıştır. Daha isabetli olduğunu düşündüğümüz bu yeni eğilimi destekleyen yazarlar, Romalıların Yunan tarzındaki atletizm yarışmalarını zamanla benimsediklerini ve bu yarışmalara aşinâlıklarının arttığını, yarışmaların Roma'da da popüler olduğunu belirtmektedirler⁷⁴. Ayrıca Roma imparator-

⁷² **Newby**, s. 45, s. 144; **Lee**, s. 540; **Kyle**, Sport, s. 316.

⁷³ **Kyle**, Sport, s. 297; **Cicero**'nun atletlerin beslenme biçimi ve oğlancılıkla (pederastiyle) ilgili eleştiriler getirmesine rağmen, Yunan atletizmi hakkında bilgi sahibi olduğu ve Yunan atletizmini takdire şayan bulduğu belirtilmektedir, bkz. **Kyle**, Sport, s. 325, dn. 33'e ait metin.

⁷⁴ **Crowther**, Nudity, s. 123; **Weiler**, Ingomar: "Recent Trends in the Study of Greek Sport", in Christesen, Paul/Kyle, Donald G. (ed.), *A Companion to Sport and Spectacle in Greek and Roman Antiquity*, WILEY Blackwell, Malden, 2014, s. 118; Cornell'e göre Roma toplumunun atletizme hiçbir ilgi duymadığını kabul etmek yanıltıcı olabilir ve oyunlarda gerçekleştirilen Yunan tarzı atletizm yarışmalarının da popüler olduğu söylenebilir, bkz. **Cornell**, Tim J.: "On War and Games in the Ancient World", in Barney, Robert Knight/Martyn, Scott G./Wamsley, Kevin B. (ed.), *Sixth International Symposium for Olympic Research 2002*, University of Western Ontario, London, Ontario, 2002, s. 35; **Newby**, s. 2, s. 37, s. 44, s. 45, s. 88; ancak Newby, Batı Roma'da Yunan atletizminin ağırlıklı olarak eğlence dünyasının bir parçası ve son derece popüler olduğunu vurgulamakla birlikte Yunanlılarda olduğunun aksine hiçbir zaman Romalı kimliğinin çok önemli bir unsuru olmadığını da belirtmektedir, bkz. **Newby**, s. 143; Potter, atletler loncasının imtiyazlarını ortaya koyan belgelere dayanarak, Yunan atletizminin Roma imparatorluğu tarafından değersiz ve ikinci sınıf olarak görülmediğini savunmaktadır, bkz. **Potter**, David Stone: "Spectacles" (Spectacles), in Potter, David S. (ed.), *A Companion to the Roman Empire*, Blackwell, Malden, 2006, s. 396; **Jakab**'a göre, Genç **Plinius**'un imparator **Traianus**'a yazdığı bir mektup, Yunan atletizm yarışmalarının tüm imparatorlukta çok popüler olduğunu göstermektedir, bkz. **Jakab**, **Éva**: "Geld und Sport, Rezeption griechischer *Topoi* in der römischen Jurisprudenz", *Revue Internationale de Droits de l'Antiquité (RIDA)*, Tome LIX, 2012, s. 94; **Mammel**, Yunan atletizminin Roma'da M.Ö. 2. yüzyıldan itibaren giderek benimsenip kabul gördüğünü ancak Romalıların gösteri kültürünün daimi bir unsuru olmasının M.S. 1. yüzyılın ortalarını bulduğunu belirtmektedir, bkz. **Mammel**, s. 607; **Lee**, gladyatör dövüşleri ve atlı savaş arabası yarışlarının yanı sıra Yunan atletizm yarışmalarının da, başlangıçta sadece gösteriler şeklinde olsa bile, sonraları daimi festivallerin önemli bir parçası olarak kendine yer bulduğunu savunmaktadır. Bununla birlikte **Lee**, Romalıların Yunan atletizmini tam anlamıyla benimsemediklerini de kabul etmektedir, bkz. **Lee**, s.

larının da Yunan atletizmine olumlu yaklaştığını savunmaktadırlar⁷⁵. Bu görüşü savunanların ileri sürdükleri dayanaklar Yunan atletizminin sadece Roma İmparatorluğu'nun doğusundaki eyaletlerde değil Roma'da ve batıdaki eyaletlerde de popüler olduğunu ortaya koymaktadır. Bununla birlikte atletizmin kazandığı bu popülerlik, Romalıların yarışmalara atlet olarak katılıp mücadele etmeleri açısından değil daha çok yarışmaları seyirci olarak dışarıdan izlemeleri açısından söz konusu olmuştur. Romalıların halk önünde sahneye çıkmak veya yarışmak gibi faaliyetlere karşı takınmış oldukları genel olumsuz tutum⁷⁶ göz önünde bulundurulduğunda bu sonuç olağan karşılanmalıdır. Yunan atletizminde çıplak olarak yarışılması ve Romalılar için bunun kabul edilemez görülmesi de atletizm yarışmalarına katılımı engelleyen diğer bir unsur olarak nitelendirilebilir. Buna rağmen bu durum Yunan atletizminin halk arasında, yarışmalara katılmak açısından olmayıp onları izlemek açısından olsa bile, popüler olduğu gerçeğini değiştirmektedir. Ancak Yunan atletizmine Roma'da değer verilmediği görüşünü reddedip, onun zamanla rağbet görüp yaygınlık kazandığını savunan yazarlar dahi Yunan atletizm yarışmalarının Roma'da hiçbir zaman atlı savaş arabası

537, s. 539, s. 540; Kyle, Yunan atletizminin hiçbir zaman atlı savaş arabası yarışları veya arenadaki kanlı mücadeleler kadar popüler olmadığını belirtmekle birlikte Romalıların atletizm müsabakalarına en az arenadaki gösteriler kadar kıymet verdiklerini vurgulamaktadır. Ayrıca Romalılar ilk dönemlerde tereddüt etmiş olsalar bile Yunan sporunun sonraları Roma'da kabul gördüğünü ve İmparatorluk Dönemi'nde kurumsallaştığını belirtmektedir, bkz. **Kyle**, Sport, s. 17, s. 316, s. 347; Remijsen de Roma'da İmparatorluk Dönemi'nde Yunan tarzındaki atletizm yarışmalarının zamanla takdir edildiğini, doğudan gelen ünlü Yunan atletlerin varlığının Roma halkı için atletizmin popülerliğini arttırdığını ifade etmektedir, bkz. **Remijsen**, s. 130 vd.

⁷⁵ **Newby**, s. 4; **Weiler**, s. 118; Lee, zafer kazanmış komutanların Yunan atletizm gösterileri sergilettiklerini, imparatorların *Caesar* ve *Augustus* örneklerini takip etmek suretiyle Yunan atletizm yarışmalarını desteklediklerini ve teşvik ettiklerini, *Nero* ve *Domitianus*'un Yunan atletizm festivalleri düzenlediklerini ve buna yönelik yapılar inşa ettirdiklerini belirtmektedir, bkz. **Lee**, s. 534, s. 536, s. 540; ayrıca bkz. **Christesen**, Paul/**Kyle**, Donald G.: "General Introduction", in Christesen, Paul/Kyle, Donald G. (ed.), *A Companion to Sport and Spectacle in Greek and Roman Antiquity*, WILEY Blackwell, Malden, 2014, s. 13; Pleket, Roma imparatorlarının Yunan tarzı atletizm yarışmalarına ve kazananlar için verilen ödüllere karşı genel olarak ilgiyle ve olumlu yaklaştıklarını ifade etmektedir, **Pleket**, Sport, s. 365; Kyle da imparatorluğun, hem Roma'da hem de doğu eyaletlerinde yoğun atletizm yarışmaları programına destek verdiğini savunmaktadır, bkz. **Kyle**, Sport, s. 314; aynı yönde bkz. **Fisher**, s. 252; **Remijsen**, s. 199 vd.

⁷⁶ **Greenidge**, A.H.J.: *Infamia, Its Place in Roman Public and Private Law*, Oxford 1894, s. 67 vd., s. 124; **Cornell**, s. 31; **Türkoğlu Özdemir**, Gökçe: *Roma Hukukunda Infamia (Şerefsizlik) (Infamia)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 154; **Remijsen**, s. 324, s. 328.

yarışları ve gladyatör dövüşleri kadar popüler olmadığını ve Romalılarca tam anlamıyla benimsenmediğini de vurgulamaktadırlar⁷⁷. Sonuç olarak Yunan tarzı atletizm yarışmalarının, doktrinde eskiden egemen olan görüşün aksine, Roma'da da belirli bir dereceye kadar kabul gördüğü ve popülerlik kazandığı açık olmakla birlikte bu popülerliğin hiçbir zaman atlı savaş arabası yarışları veya gladyatör dövüşlerinin ulaştığı popülerlik derecesinde olmadığı söylenebilecektir.

III. PROFESYONEL BİR ATLETE ÖDÜNÇ VERİLMESİNE İLİŞKİN OLARAK *DIGESTA*'DA⁷⁸ YER ALAN METİNLER VE PROFESYONEL ATLETİN YARIŞMAYA KATILMASININ ÖDÜNÇ VEREN TARAFINDAN ENGELLENMESİ DURUMU

Roma'da Yunan tarzı atletizm yarışmalarının atlı savaş arabası yarışları veya gladyatör dövüşleri ölçüsünde olmasa bile belirli bir dereceye kadar benimsenip kabul gördüğüne değinmiştik. Profesyonel atletlere ilişkin bazı hususlara hukukî metinlerde de yer verilmiştir ve bu da Yunan atletizminin Roma'da zamanla kabul görmüş olmasının hukuk alanındaki bir yansıması olarak değerlendirilebilir. *Iustinianus*'un hazırlatmış olduğu büyük hukuk derlemesi *Corpus Iuris Civilis*'in⁷⁹ Klâsik Dönem hukukçularının metinlerinden alınmış parçalardan oluşan *Digesta* ve imparator emirnamelerinden oluşan *Codex*⁸⁰ adlı bölümlerinde profesyonel atletlerin durumunu ele alan metinler bulunmaktadır⁸¹. Bu metinlerden *Quintus Cervidius Scaevola*'ya⁸²

⁷⁷ Hallett, s. 70-71; Newby, s. 143; Crowther, Sport, s. 86; Kyle, Sport, s. 316; Lee, s. 539.

⁷⁸ Bkz. yuk. dn. 2.

⁷⁹ Bkz. yuk. dn. 1.

⁸⁰ Bkz. yuk. dn. 3.

⁸¹ D.4.2.23.2 (*Ulpianus 4 opin.*); D. 22.2.5.pr.-1 (*Scaevola 6 resp.*); D.42.1.40 (*Papinianus 10 resp.*); C.8.16.5 (*Imperator Alexander Severus Septimio*).

⁸² *Quintus Cervidius Scaevola*: Marcus Aurelius döneminde yaşamış hukukçu. Paulus'un hocası (Umur'a göre "talebesi"), kırk kitaplık *Digesta*'sı (Bütün ilkeleri ile birlikte özel hukuku ve ceza hukukunu içine alan, geniş çaptaki hukuk eseri, bkz. Umur (Lügat), s. 58), şerhleri, öğrencilerin sordukları sorulara veya inceledikleri meselelere ilişkin cevaplar içeren eseri (*Quaestiones*'i), kendisine sorulan hukukî meselelere verdiği cevaplardan oluşan eseri (*Responsa*'sı) bulunan çok orijinal fikirli Klâsik Dönem Roma hukukçusu, bkz. Umur, Lügat, s. 191; Umur, *Quintus Cervidius Scaevola*'nın ünlü hukukçu Paulus'un öğrencisi (talebesi) olduğunu belirtmektedir (bkz. Umur, Lügat, s. 191), fakat *Quintus Cervidius Scaevola*'nın, Paulus'un öğrencisi değil hocası olduğu kabul edilmektedir, bu konuda bkz. Krüger, Paul: Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts, 2. Aufl., Verlag von Duncker & Humblot, München und Leipzig

ait bir eserden alınmış olan *D.22.2.5.pr.*de profesyonel bir atlete yarışmalara hazırlanıp katılabilmesi için ödünç verilmesi ve atletin aldığı ödünçü geri ödeme yükümlülüğünün de yalnızca yarışmada zafer ve ödül kazanması durumunda doğmasına ilişkin bir örnek yer almaktadır:

D. 22.2.5.pr. (Scaevola 6 resp.)

“...*nec dubitabis, si piscatori erogaturo in apparatus plurimum pecuniae dederim, ut, si cepisset, redderet, et athletae, unde se exhiberet exerceretque, ut, si vicisset, redderet.*”

“...av malzemesi için harcama yapmak isteyen bir balıkçıya, (balık tuttuğunda geri ödemesi kaydıyla veya bir atlete iaşesi ve antrenmanları için, (zafer ve ödül) kazandığında geri ödemesi kaydıyla çok miktarda para ödünç verdiğimde de (condictio açılabilceğinde) şüphe yoktur.”⁸³

Quintus Cervidius Scaevola'dan alınmış bu metin⁸⁴ profesyonel atletlere verilen ödünçlerle ilgili *Digesta*'da yer alan yegâne örnek değildir. *Digesta*'da *Ulpianus*'a⁸⁵ atfedilen ancak doktrinde ona ait olduğu tartışmalı⁸⁶

1912, s. 220; **Berger**, s. 691; *Quintus Cervidius Scaevola* ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Krüger**, s. 215 vd.; **Kunkel**, Wolfgang: *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, 2. Aufl., Böhlau Verlag, Graz-Wien-Köln 1967, s. 217 vd.

⁸³ Çalışmamızda *Digesta*'dan yapılan alıntılarda ve çevirilerde yararlanılan kaynaklar: **Otto**, Carl Eduard/**Schilling**, Bruno/**Sintenis**, Carl Friedrich Ferdinand: *Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche Übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter*, Verlag von Carl Focke, Bd. I, 2. Aufl., Leipzig, 1839, Bd. II, Leipzig, 1831; **Scott**, S.P.: *The Civil Law, Including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian and The Constitutions of Leo*, vol. III, vol. V, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2001; **Watson**, Alan: *The Digest of Justinian*, vol. I-II, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1998; **Behrends**, Okko/**Knütel**, Rolf/**Kupisch**, Berthold/**Seiler**, Hans Hermann: *Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, auf der Grundlage der von Theodor Mommsen und Paul Krüger besorgten Textausgaben*, Bd. II (1-10), C.F. Müller juristischer Verlag, Heidelberg, 1995; **Knütel/Kupisch/Seiler/Behrends**, Bd. IV (21-27), Heidelberg, 2005.

⁸⁴ Metinle ilgili tartışmalar ve ayrıntılı bilgi için bkz. **Wacke**, s. 443 vd.; **Jakab**, s. 101 vd.; **Atak**, Ali Selkor: “Roma Hukukunda Profesyonel Atletler ile Yapılan Ödünç Sözleşmeleri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cit: 11, Sayı: 2, 2020, s. 689 vd.

⁸⁵ *Ulpianus, Domitius*: Filistin'de M.S. 223'te ölmüş, *Papinianus* ve *Paulus*'un yardımcısı, *praefectus praetorio*'luk (İtalya ve Roma'da bulunan imparatorun muhafız alayı mâhiyetindeki ordunun başında, mülkî ve askerî idareye hâkim, imparatorun hakiki vekili mâhiyetinde bir memuriyet görevi, bkz **Umur**, Lügat, s. 166) yapmış, çok eser yazmış Roma hukukçusu. *Iustinianus*'un *Digesta*'sının üçte biri onun eserlerinden alınmıştır. Daha ziyade şerh niteliğinde olan eserleri ile, (*Julianus, Celsus, Papinianus* gibi) en büyük Klâsik hukukçular kadar orijinal olmamakla beraber, son devrin *Paulus* ile birlikte en büyük hukukçusu idi, bkz. **Umur**, Lügat, s. 217; *Ulpianus* ile ilgili

bir eserden (*opiniones*) alınmış olan bir başka metin olan D.4.2.23.2'de, profesyonel bir atlete ödünç verildikten sonra ödünç verenin kendi desteklediği atletin turnuvaya katılmasını engellemesine yönelik bir olay ele alınmaktadır. Esasen geri ödenmesi atletin zafer ve ödül kazanması koşuluna bağlanmış bir ödünç verildiği kabul edilirse ödünç veren açısından atletin yarışmaya katılmasına mâni olmak çok da akla uygun bir tutum değildir. Zira ödünç verenin bu şekildeki davranışı ödünçün geri ödenmesi için gerçekleşmesi gereken koşulu kendi aleyhine bizzat engellemiş olduğu anlamına gelecektir:

D.4.2.23.2 (*Ulpianus 5 opin.*)

“Si faenerator inciviliter custodiendo athletam et a certaminibus prohibendo cavere compulerit ultra quantitatem debitae pecuniae, his probatis competens iudex rem suae aequitati restitui decernat.”

“Bir ödünç verenin bir atleti hukuka aykırı olarak alıkoyup (hapsedip) yarışmaya katılmasını engellemek suretiyle, borçlandığı miktardan daha fazlasını ödemeyi taahhüt etmeye zorlaması hâlinde yetkili hâkim bu hususun ispatlanmasıyla (ispatlanması koşuluyla) durumun hakkaniyete uygun olan eski hâline getirilmesine karar verir.”

Bu metinde geçen olayda gaddar bir tefeci ödünç vermiş olduğu atleti hapsedip yarışmaya katılmasını engellemekle tehdit ederek böylelikle onu normalde borçlanmış olduğu miktardan daha fazlasını ödemeyi taahhüt etmeye⁸⁷ zorlamaktadır. Bu örnek⁸⁸ krediye ihtiyacı olan bir atletin nasıl

ayrıntılı bilgi için bkz.; **Jörs**, Paul: “*Domitius (88)*”, RE V, 1 (Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft), Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1903, s. 1435 vd. **Krüger**, s. 239 vd.; **Berger**, s. 750; **Kunkel**, s. 245 vd.; **Honoré**, Tony: *Ulpian, Pioneer of Human Rights*, 2. ed., Oxford University Press, Oxford, 2002, s. 1 vd.

⁸⁶ Doktrinde pek çok yazar bu metnin *Ulpianus*'a ait olmadığını kabul etmektedir, bkz. **Kaser**, Max: *Römische Rechtsgeschichte (RG)*, 4. Nachdruck der 2. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1986, s. 228; **Honsell**, Heinrich/**Mayer-Maly**, Theo/**Selb**, Walter: *Römisches Recht*, 4. Aufl. (Aufgrund des Werkes von **Jörs**, Paul/**Kunkel**, Wolfgang/**Wenger**, Leopold), Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, New York, 1987, s. 36, dn. 35; **Liebs**, Detlef: “*Ulpianum Opinionum libri VI*”, TR (Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis), vol. 41, 1973, s. 279 vd. (URN: urn:nbn:de:bsz: 25-opus-50855) (<https://freidok.uni-freiburg.de/data/5085>) (Erişim tarihi: 04.07.2022); **Wacke**, s. 448.

⁸⁷ *Digesta* metninde “*cavere*” fiili kullanılmıştır. Kaynaklarda *cavere* ile genellikle bir *stipulatio* yapılmak suretiyle vaad edilen bir yükümlülüğün kastedildiği belirtilmektedir, bkz. **Umur**, Lügat, s. 35; **Jakab**, s. 107, dn. 61; ancak burada *stipulatio* yaparak taahhüt altına girmek söz konusu olabileceği gibi *cavere*'nin yazılı bir ikrar senedi (*chirographum*) anlamına gelebileceği de belirtilmektedir, bkz. **Mitteis**, Ludwig:

bağımlılık ilişkileri içerisine girebileceğini korkutucu bir şekilde göstermektedir. Ödünç verenin bu şekilde davranması sadece kendisine zarar verecektir⁸⁹. Zira atlete yalnızca zafer ve ödül kazanması durumunda geri ödemesi koşuluyla ödünç verilmiş olması hâlinde, atlet zafer ve ödül kazanmadığı sürece ödünç veren ondan borcunu ödemesini talep edemeyecektir. Bu nedenle geri ödenmesi zafer kazanma koşuluna bağlanmış bir ödünç sözleşmesi yapılmış olması hâlinde atletin yarışmaya katılmasının ve dolayısıyla zafer kazanıp borcunu ödemesinin bizzat ödünç veren tarafından engellenmesi çok muhtemel değildir. Bundan dolayı da buradaki örnekte (D.4.2.23.2) geçen ödünç, *Scaevola*'nın metnindeki gibi (D.22.2.5.pr.)⁹⁰ geri ödemenin şarta bağlı olduğu bir ödünç değil geri ödenmesi zafer kazanma koşuluna bağlı olmayan ve atletin zafer kazanmış olup olmamasına bağlı olmaksızın her halükârda geri ödenmesi gereken alelâde bir ödünç olmalıdır⁹¹. Bundan da bütün atletlerin D.22.2.5.pr.de sözü edilen, ödünç alan atleti herhangi bir risk altına sokmayan “eğitim (veya yetiştirme) ödünçü”nü (*Ausbildungsdarlehen*) alma olanağına sahip olmadıkları sonucu çıkartılabilir. Özellikle daha yeteneksiz olan ve yarışmalarda birinci gelme olasılığı

Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, Bd. I, unveränderter Neudruck der ersten Auflage, Verlag von Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1935, s. 293 vd.; **Jakab**, s. 107, dn. 61.

⁸⁸ **Jakab** (s. 108 vd.), bir yarışmacının yarışmaya katılmasının engellenmesine yönelik olarak *-Digesta*'da *Ulpianus*'a atfedilen metindeki çeşitli noktalar bakımından farklılık göstermekle birlikte bir ölçüde benzer yönler taşıyan- daha eski bir örneğe *Platon*'un *Nomoi* (Yasalar) başlıklı eserinde de rastlanıldığını belirtmektedir (*Platon*, Yasalar, 955a): “Eğer biri rakip yarışmacının jimnastik, müzik ya da başka bir yarışmaya katılmasını zor kullanarak engellerse, isteyen durumu yarışma başkanlarına bildirsin, onlar da yarışmak isteyen serbest bırakıp yarışmaya soksunlar; bunu başaramazlarsa ve rakibini engelleyen birinci gelirse, birincilik ödülünü engellenen yarışmacıya versinler ve adını istediği tapınağa birinci olarak yazsınlar; rakibini engelleyene de bu yarışmayla ilgili bir adak ve yazıt bırakması için izin verilmesin, yarışmada birinci olsun olmasın hakkında tazminat davası açılsın.”, çeviri için bkz. **Platon**: Yasalar, Çev. Candan Şentuna/Saffet Babür, 3. Basım, Kambalçı Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 472 vd.; *Platon* ve *Ulpianus*'un metinleri arasındaki farklılıklar, benzerlikler ve iki metnin karşılaştırılması için bkz. **Jakab**, s. 108 vd., s. 111.

⁸⁹ **Wacke**, s. 449.

⁹⁰ D. 22.2.5.pr. (*Scaevola 6 resp.*): “...nec dubitabis, si piscatori erogaturo in apparatus plurimum pecuniae dederim, ut, si cepisset, redderet, et athletae, unde se exhiberet exerceretque, ut, si vicisset, redderet.” : “...av malzemesi için harcama yapmak isteyen bir balıkçıya, (balık) tuttuğunda geri ödemesi kaydıyla veya bir atlete iâşesi ve antrenmanları için, (zafer ve ödül) kazandığında geri ödemesi kaydıyla çok miktarda para ödünç verdiğimde de (*condictio* açılabilirdiğinde) şüphe yoktur.”

⁹¹ **Wacke**, s. 449; aynı yönde bkz. **Jakab**, s. 124.

bulunmayan atletlerin böyle bir ödünç alma şansları daha da azdı⁹². Atletin zafer elde etme olasılığı ne kadar düşükse, ödünç verenin geri ödemesi başarı şartına bağlı olan ödünç verme isteği de o kadar az olurdu. Bu nedenle antrenman ve diğer masrafları için ödünç almak zorunda kalan ve zafer kazanma olasılığı daha düşük olan yeteneği sınırlı atletlerin, geri ödenmesi herhangi bir koşula bağlı olmayan ve aldıkları ödünç zafer kazanma koşuluna bağlı olmaksızın her halükârda geri ödemek zorunda oldukları alelâde ödünç sözleşmeleri yapmak yoluna gitmiş olabilecekleri söylenebilir. Geri ödenmesi yarışmalarda zafer kazanma koşuluna bağlı olarak verilen ödünçleri alabilen az sayıdaki yetenekli atlete verilen ödünç karşılığında ise ödünç veren tıpkı deniz ödünçünde olduğu gibi⁹³ girdiği riskin karşılığı olarak yüksek oranda faiz talep ederdi⁹⁴.

⁹² Antik çağdaki atletizm yarışmalarında, bazı oyunlarda ikinci ve üçüncü olanlara da ödül verildiği görülmekle birlikte, genellikle sadece birinci gelen atlet ödül kazanırdı ve böylelikle ikinci ve üçüncü olanlar da dâhil olmak üzere diğerleri kaybetmiş olurdu. Yarışmalarda ikinci veya üçüncü sırayı alanlara ödül verilmediği gibi birinci olanlar için yapıldığının aksine onlar adına heykeller dikilmesi, zafer şiirleri yazılması veya mensubu oldukları şehirlerde çeşitli ayrıcalıklardan yararlanmaları da söz konusu olmazdı, bkz. **Crowther**, Nigel B.: "Second-Place Finishes and Lower in Greek Athletics" (Athletics), *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik*, Bd. 90, 1992, s. 97; **Miller**, s. 19; **Neils**, Jenifer: "Picturing Victory: Representations of Sport in Greek Art", in Christesen, Paul/Kyle, Donald G. (ed.), *A Companion to Sport and Spectacle in Greek and Roman Antiquity*, WILEY Blackwell, Malden, 2014, s. 81; bu nedenle (modern olimpiyatların kurucusu) Baron de Coubertin'in, kazanmaktan ziyade katılmanın önemini vurgulayan anlayışı antik dünyada hiç de geçerli sayılmazdı ve zafer elde etme olasılığının bulunmadığı yarışmalara katılmak zaman kaybı olarak görülürdü, bkz. **Pleket**, Henry Willy: "Zur Soziologie des antiken Sports" (Soziologie), *Mededelingen van het Nederlands Instituut te Rome*, 36, 1974, s. 57-87 (<http://resources.huygens.knaw.nl/retroboeken/knir/#page=71&accessor=toc1&source=36&view=pdfPane>), s. 59 (Erişim tarihi: 04.07.2022); **Wacke**, s. 446; **Zimmermann**, Reinhard: *The Law of Obligations-Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1996, s. 187; **Neils**, s. 81; Tekin/Tekin tarafından Hititlerdeki spor müsabakalarında da "amaç kazanmaktır" prensibinin bulunduğu ve bu prensibin antik olimpiyatların temel öğretisi olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca eldeki belgelerde yalnızca yarışmaları kazananların isimlerinin kaydedildiği vurgulanmaktadır, bkz. **Tekin**, Ali/**Tekin**, Gülcan: "Antik Yunan Dönemi: Spor ve Antik Olimpiyat Oyunları", *Tarih Okulu Dergisi (TOD)*, 18, 2014, s. 126.

⁹³ Profesyonel atletlere zafer kazanmaları hâlinde geri ödemeleri koşuluyla verilen ödünçlerin deniz ödünçleri ile benzerlik gösterdiği genellikle kabul edilmektedir, bkz. **von Glück**, Christian Friedrich: *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*, Bd. 21, 1, Erlangen, Johann Jacob Palm, 1820, s. 153; **Litewski**, Wieslaw: "Römisches Seedarlehen", *Rivista Internazionale di diritto romano e antico (IURA)*, 24, 1973, s. 164; **Wacke**, s. 444; ancak doktrinde deniz ödünçü ile profesyonel atletlere verilen ödünç-

İlgili *Digesta* metninde geçen örnekteki gibi bir kişi tehdit edilerek veya kendisine şantaj yapılarak bir taahhütte bulunmaya zorlandığında ve daha sonra söz konusu taahhütün gereğinin yerine getirilmesi için ona karşı bir dava açıldığında, Klâsik Dönem'deki *formula* usulünde⁹⁵ bu davaya karşı tehdit def'i (*exceptio metus*)⁹⁶ ileri sürülebilirdi. *Ulpianus*'a ait olduğu tartışmalı metin ise bunun yerine Klâsik Dönem sonrasında uygulanan *cognitio extra ordinem*'de (sistem dışı yargılama-nizam harici usul)⁹⁷ davalı ödünç

lerin tamamen farklı nitelikte olduğunu savunan bir görüş de bulunmaktadır, bkz. **Jakab**, s. 123; bu görüş ve eleştirisi için bkz. **Atak**, s. 688.

⁹⁴ **von Glück**, s. 153, s. 166 vd.; **Otto/Schilling/Sintenis**, Bd. II, s. 617, dn. 59, s. 618, dn. 61; **Wacke**, s. 442; **Zimmermann**, s. 187; profesyonel atletlere verilen bu gibi ödünçlerde kararlaştırılacak faiz için *stipulatio* yapma zorunluluğunun olmadığı ve yalnızca bir anlaşma (*pactum*) ile de faizin kararlaştırılabileceği kabul edilmektedir, bkz. *D.22.2.5.1 (Scaevola 6 resp.)*: “*In his autem omnibus et pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest.*” : “Fakat bütün bu durumlarda *stipulatio* olmaksızın şekle bağlı olmayan bir sözleşmenin (*pactum*) yapılması ile yükümlülüğün kapsamı genişletilebilir.”, ayrıca bkz. **von Glück**, s. 166 vd.; **Kaser**, Max: Das römische Privatrecht, die nachklassischen Entwicklungen (RP II), zweiter Abschnitt, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 1975, s. 317, dn. 17; **Litewski**, s. 168; **Wacke**, s.444; **Zimmermann**, s.187; profesyonel atletlere verilen ödünçlerin, geri ödenmesi atletin inisiyatifine bırakılmış hatırı ödünçleri niteliğinde olduğunu savunan **Jakab** ise bu gibi ödünçlerde faizin söz konusu olmayacağını savunmaktadır, bkz. **Jakab**, s. 122; farklı yöndeki görüş için bkz. **Wacke**, s. 444; **Atak**, s. 689 vd.

⁹⁵ *Formula* Usulü: Özel Yargılama Sisteminde (*ordo iudiciorum privatorum*), *legis actio*'lardan sonra uygulanan usul. *Formula* belli bir düzene konmuş kelimelerden oluşan (*concepta verba*) yazılı bir belge anlamına gelmekteydi. Dava tıpkı *legis actio* usulünde olduğu gibi *formula* usulünde de iki farklı aşamada görülürdü. Bununla birlikte *legis actio*'larda belirli sözlerin kullanılmasını gerektiren katı bir şekilcilik olmasına rağmen *formula* usulü ortaya çıkan yeni uyumsuzlıklara da uyarlanıp uygulanabilen esnek ve gelişime açık bir yapıya sahipti, *formula* usulüyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Umur**, Ziya: Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Kaynaklar-Umumi Mevhumlar-Hakların Himayesi (Roma Hukuku), Filiz Kitabevi, İstanbul, 1984, s. 551 vd.; **Kaser**, Max/**Hackl**, Karl: Das römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 1996, s. 151 vd.; **Türkoğlu Özdemir**, Gökçe: “Roma Hukukunda *Formula* Yargılaması” (Formula), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1, 2005, s. 169 vd.; **Diñçer Araz**, Nilgün: “Roma Hukukunda Davaların Yarışması (concursum actionum) Meselesine Genel Bir Bakış”, MÜHFHAD, Özel Sayı, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, 2017, C. 23, S. 3, s. 244 vd.

⁹⁶ Bu konuda bkz. **Karakocalı**, Ahmet: Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Korkutma (Metus), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 95 vd.

⁹⁷ *Cognitio extra ordinem*: Sistem Dışı Yargılama (Nizam Harici Usul) veya Fevkalade Muhakeme Usulü. Son İmparatorluk Dönemi'nde, hakların korunmasında yararlanılan yargılama usulü. Özel Yargılama Sistemi'nde (*Ordo iudiciorum privatorum*) dava iki aşama halinde görülmekteyken (dava önce *magistra* önünde tespit edildikten sonra, özel hâkim önünde karara bağlanırdı), Sistem Dışı Yargılama'da dava bir kamu görevlisi

alanın durumunun eski hale getirilmesini yani tehdit ile alınan taahhüdün hükümsüz kılınmasını öngörmektedir⁹⁸.

IV. ALACAKLININ PROFESYONEL ATLETE VERMİŞ OLDUĞU ÖDÜNÇ İÇİN ATLETİN KAZANACAĞI MUHTEMEL ÖDÜL ÜZERİNDE REHİN HAKKI KURUP KURAMAYACAĞI MESELESİ

Bir atletin gelecekte kazanacağı kesin olmayıp yalnızca kazanma olasılığının göz önünde bulundurulduğu bir ödülün, ona ödünç vermiş olan alacaklısı tarafından rehnedilebilip edilemeyeceğini incelemeyen önce, gelecekte elde edilecek şeylerin rehin konusu teşkil edip edemeyeceklerine değinmek gerekmektedir. Roma hukukunda rehin konusu eşyanın teslim edilmesi koşulu aranmadan da rehin hakkının kurulabileceğinin kabul edildiği⁹⁹ dönemlerden¹⁰⁰ itibaren bir kimsenin gelecekte elde edeceği şeylerin¹⁰¹

önünde tek aşamada karara bağlanırdı. İlk İmparatorluk (*Principatus*) Dönemi'nde istisnai olan bu usul, Klâsik Sonrası Dönem'den itibaren normal usul haline gelmişti, bkz. **Umur**, Lügat, s. 38; **Berger**, s. 394; kavramla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Wlassak**, Moritz: "*Cognitio*", RE IV (Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft), Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1900, s. 206 vd., özellikle s. 215 vd.; **Sachers**, Erich: "*Ordo*", RE Suppl. VII (Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft), Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1940, s. 793 vd.

⁹⁸ **Wacke**, s. 449; **Jakab**, s. 108; ayrıca bkz. **Karakocalı**, s. 98 vd.

⁹⁹ Roma hukukunda rehin hakkının tarihi gelişimine ve rehinle ilgili farklı dönemlerdeki uygulamalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Kaser**, Max: Das römische Privatrecht, das altrömische, das vorklassische und klassische Recht (RP I), erster Abschnitt, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 1971, s. 457 vd.; **Erdoğan**, Belgin: "Roma Hukukunda Borcun Aynî Teminatına Genel Bakış" (Aynî Teminat), Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, Cilt: I, İstanbul 1982, s. 256 vd.; **Erdoğan**, Belgin: Roma Eşya Hukuku (Eşya Hukuku), İstanbul 2003, s. 119 vd.; **Özsunar**, Erdal: "Roma Hukukunda Rehin Hakkı (Pignus-Hypotheca)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 2, 2005, s. 140 vd.; **Karaman**, Başak: Roma Hukukunda Rehin Akti, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 25 vd.; **Karadeniz-Çelebican**, Özcan: Roma Eşya Hukuku, Yeni Medenî Kanuna uyarlanmış 5. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 297 vd.

¹⁰⁰ Roma'da Cumhuriyet Dönemi'nin (M.Ö. 509-M.Ö. 27) sonlarından (yaklaşık olarak M.Ö. 1. yüzyıldan) itibaren rehin konusu malın zilyetliği rehinli alacaklıya geçirilmeden rehin hakkının kurulabildiği kabul edilmektedir, bkz. **Kaser**, RP I, s. 464; **Karadeniz-Çelebican**, s. 302.

¹⁰¹ *D. 20.1.1.pr. (Papinianus 11 resp.): "Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est..."*: "Mevcut malvarlığının veya gelecekte elde edilecek kazançların rehnedilmesine ilişkin genel anlaşmalar geçerlidir..."; *D. 20.1.15.pr. (Gaius l.S. de form. hypoth.)*: "Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari

veya bir kimseye ait malvarlığının tamamının¹⁰² teslimsiz olarak rehnedilmesi mümkündür. Gerçi önceleri rehnedilecek şey üzerindeki *praetor* mülkiyetinin¹⁰³ (*in bonis*)¹⁰⁴ rehin verene ait olması koşulu aranırdı¹⁰⁵. Ancak daha Klâsik Hukuk Dönemi hukukçuları, gelecekte elde edilecek şeylerin (henüz doğmamış hayvan yavruları veya kölelerin çocukları gibi) rehin konusu edilmesinin yollarını bulmuşlardı¹⁰⁶. *Gaius*'a göre satımın konusunu oluşturabilen her şey aynı zamanda rehin konusu da olabilirdi¹⁰⁷. Bir balıkçının çıkacağı belirli bir seferde yakalayacağı balıkların tamamının satımı gibi ümit edilen şeylerin satımı (*emptio spei*-şansa bağlı alım satım) da hukuken mümkündür¹⁰⁸. Bu nedenle kural olarak bu gibi şeylerin rehnedilmesi de mümkün olmalıydı¹⁰⁹.

possunt...” : “Henüz mevcut olmayan fakat gelecekteki (gelecekte elde edilecek) şeyler de rehnedilebilir...”

¹⁰² *D. 20.1.34.2 (Scaevola 27 Dig.): “Creditor pignori accepit a debitore quidquid in bonis habet habiturusve esset: quaesitum est, an corpora pecuniae, quam idem debitor ab alio mutuam accepit, cum in bonis eius facta sint, obligata creditori pignoris esse coeperint. respondit coepisse.”* : “Bir alacaklı, borçlunun (hâlihazırda) malvarlığında bulunan ve (gelecekte) bulunacak/elde edilecek olan şeyler üzerine rehin koyar. Borçlunun, bir başkasından ödünç olarak aldığı paraların, borçlunun malvarlığına girdiği anda alacaklıya rehnedilmiş olup olmayacağı soruldu. (*Scaevola*) rehnedilmiş olduğu şeklinde cevapladı.”

¹⁰³ *Praetor* mülkiyeti ve *ius civile* mülkiyeti kavramları için bkz. **Erdoğan**, Eşya Hukuku, s. 41 vd.; **Karadeniz-Çelebican**, s. 136 vd.

¹⁰⁴ *In Bonis Rem Habere* veya *In Bonis Rem Esse*: Bir kimsenin *ius civile*'ye göre mâliki olmadığı bir malı, *praetor*'un tanıdığı vasıtalar sayesinde kendisininmiş gibi malları arasında bulundurması hâli, *praetor* mülkiyeti, bkz. **Umur**, Lügat, s. 85.

¹⁰⁵ **Kaser**, RP I, s. 464.

¹⁰⁶ **Kaser**, Max: “*Partus ancillae*”, (*Partus ancillae*), Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung, Bd. 75, 1958, s. 179 vd.

¹⁰⁷ *D.20.1.9.1 (Gaius 9 ad ed. provinc.): “Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest.”* : “Alınıp satılabilen bir şey rehnedilebilir de.”

¹⁰⁸ Balığa çıkacak bir balıkçıya, ne tutarsa tutsun, o gün getireceği balıkların belli bir bedel karşılığında alınacağı söylendiğinde balıkçı ne miktarda balık getirirse getirsin, hattâ hiç balık tutamasa ve getiremese bile o para ödenecektir. Bu bir bakıma bir tür kumar sayılabilir, bununla birlikte Roma hukukunda bu tip satımlar da geçerlidir, bkz. **Rado**, Türkân: Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 2014, s. 92; **Tahiroğlu**, Bülent: Roma Borçlar Hukuku, 1.07.2012'de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu ve 13.1.2011'de yürürlüğe giren Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Düzenlenmiş Yeni Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2014, s. 200 vd.; **Erdoğan**, Belgin: Roma Borçlar Hukuku Dersleri (Borçlar Hukuku), 1.7.2012'de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Yeni Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2019, s. 73; **Söğütü**, Özlem: Roma Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 458; **Tamer**, Diler: Roma Hukuku, Cilt 2, Borçlar Hukuku, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 178; ümit veya şansa ya da rastlantıya bağlı alım satım olarak nitelendirilebilecek bu tip sözleş-

Bir atlete ödünç vermiş olan alacaklı kendisini daha sağlam güvence altına alabilmek için yarışmanın başlamasından önce gelecekteki zafer ödülünü rehnetmeyi düşünebilirdi. Ancak başka bazı Roma imparatorları gibi atletizm müsabakalarına düşkün olan ve iyi bir dövüşçü olduğu iddia edilen¹¹⁰ *Alexander Severus* (M.S. 222-235), yukarıda bahsedilmiş olan genel kurala bir istisna getirerek, gelecekteki muhtemel zafer ödülllerinin bu şekilde rehnedilmesini yasaklamıştır.

C.8.16.5 (*Imperator Alexander Severus Septimio*)

“Spem eorum praemiorum, quae pro coronis athleticis pensitanda sunt, privata pactione pignerare minime admittendum est: et ideo nec si generale pactum de omnibus bonis pignori obligandis intervenerit, tenet.”

“Atletlerin zaferleri için sunulacak ödül ümitlerinin özel anlaşmalarla rehnedilmesi hiçbir şekilde kabul edilemez. Bu nedenle bütün malvar-

melere günümüzde pek çok ülkenin kanunlarında da yer verildiği görülmektedir, bkz. ABGB (Avusturya Medeni Kanunu) § 1267-1269; İtalyan Medeni Kanunu md. 1469, md. 1472; İspanyol Medeni Kanunu md. 1790; Portekiz Medeni Kanunu md. 881; Brezilya Medeni Kanunu md. 458-461; Şili Medeni Kanunu md. 1813; Meksika Medeni Kanunu md. 978-984, bu konuda (ve şansa bağlı alım satım ile ilgili diğer konulara ilişkin) ayrıntılı bilgi için bkz. **Knütel**, Rolf: “Hoffnungskauf und Eviktionshaftung”, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung, Bd. 117, 2000, s. 445 vd.; Türk Borçlar Kanunu’nda ümit ve şansa bağlı alım satım doğrudan düzenlenmemiş olmakla birlikte tarafların sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde bu şekilde bir satış sözleşmesi yapabilecekleri ve TBK md. 606’da yer alan devlet tarafından düzenlenmesine izin verilen piyango ve diğer şans oyunlarının ümit ve şans alım satımı olarak nitelendirilebileceği savunulmaktadır, bkz. **Erdoğan**, Borçlar Hukuku, s. 73; günümüz doktrinde piyango ve diğer şans oyunları “Sonuçları Talih ve Tesadüfe Bağlı Sözleşmeler” başlığı altında ele alınmaktadır, bkz. **Yavuz**, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 715 vd.; **Aydoğan**, Murat/**Kahveci**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 5. Baskı, Ankara, 2021, s. 873 vd., s. 876; Zevkliler/Gökyayla eserlerinde piyango ve diğer şans oyunlarını ayrıca ve açıkça zikretmiş olmamakla birlikte kumar ve bahsi sonuçları talih ve tesadüfe bağlı sözleşmelerin en belirgin olanı olarak nitelendirmişlerdir, bkz. **Zevkliler**, Aydın/**Gökyayla**, Emre: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 725; bununla birlikte doktrinde hukuk sistemimiz bakımından kumar ve bahsin “Sonuçları Talih ve Tesadüfe Bağlı Sözleşmeler” grubundan dışlanması gerektiğini savunan bir görüş de bulunmaktadır, bkz. **Tüzüner**, Özlem: “Kumar ve Bahis Borcu Hakkında De Lege Feranda Düşünceler”, Türkiye Barolar Birliği (TBB) Dergisi, Yıl: 26, Sayı: 107, 2013, s. 266 vd.

¹⁰⁹ **Wacke**, s. 451.

¹¹⁰ **Friedländer**, s. 154; **Wacke**, s. 450; **Newby**, s. 63, s. 74.

lığının rehnedilmesine yönelik genel bir sözleşme yapılmış olsa dahi bu anlaşma geçerli değildir.”¹¹¹

Muhtemelen somut bir uyuşmazlık üzerine çıkarılmış olan bu imparatorluk emirnamesine göre bir atlet mevcut ve gelecekteki bütün malvarlığını bir alacaklı lehine rehnemiştir. Daha sonra bir zafer ve ödül kazanmış ve alacaklı alacağını elde etmek için bu ödüle el koymak istemiştir. Atlet imparatora başvurmuş¹¹² ve atletin haklı olduğu kabul edilmiştir¹¹³. İmparator, dikkate değer bir şekilde olayı, yayımlanan ve arşiv niteliği taşıyan bir tutanakla tespit edilen bir hukukî karara vesile edecek kadar önemli bulmuştur. Gelecekte kazanılacağı ümit edilen bir zaferden elde edilecek ödülün rehnedilmesini sakıncalı bulmuş ve bunu açıkça yasaklamıştır. İmparator, bu ödülün tek başına rehnedilmesini yasakladığı gibi gelecekte elde edilecekler de dâhil olmak üzere malvarlığının tamamının rehnedilmesini de yasaklamıştır ve böylece genel bir rehin sözleşmesiyle bu özel rehin yasağının dolanılıp etkisiz hâle getirilmesinin önüne geçmiştir¹¹⁴.

Genelleştirilemeyecek ve kendine özgü özelliklere sahip olan bu rehin yasağının getirilmesinin hukuk tekniğine değil hukuk politikasına bağlı sebepleri vardır. “*Minime admittendum est*” (hiçbir şekilde kabul edilemez) ifadesindeki vurgulama, yaygın bir uygulamanın yol açtığı uyuşmazlıkların engellenmek istendiğini göstermektedir. Burada endişe verici olan, geleceğe yönelik olarak rehnedilen şeyin sadece bir olasılıktan ibaret bulunmasının vurguncululuğu ve suistimallere çok açık olmasıdır¹¹⁵. Böyle olmakla birlikte

¹¹¹ Çalışmamızda *Codex*'ten yapılan bu metnin çevirisinde **Wacke**, s. 450'deki çeviri esas alınmakla birlikte **Otto**, Ed. Carl/**Schilling**, Bruno/**Sintenis**, Carl Friedrich Ferdinand: Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche Übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter, Bd.VI, Leipzig, 1832, s. 195 ve **Scott**, S.P.: The Civil Law, Including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian and The Constitutions of Leo, vol. XIV, New Jersey, 2001, s. 263'te yer alan çevirilerden de yararlanılmıştır. İlgili eserlerde söz konusu metin *C.8.16.5*'te değil *C.8.17.5*'te yer almaktadır.

¹¹² **Wacke**, s. 450; **Jakab**, imparatora başvuran kişinin *Septimius* adını taşıdığını ancak atlet tarafından mı yoksa ona karşı mı başvuruda bulunduğu tespit edilemediğini savunmaktadır, bkz. **Jakab**, s. 104 vd.

¹¹³ İlgili kişiler belirli bir hukukî meselenin ne şekilde halledileceğine dair imparatora sorular, imparator da cevap veren bir hukukçu gibi, genellikle bir yazı ile o meselenin ne şekilde halledilmesi gerektiğine dair mütalâasını bildirirdi, bkz. **Umur**, Roma Hukuku, s. 240; ayrıca bkz. **Kaser/Hackl**, s. 450 vd.

¹¹⁴ **Wacke**, s. 450.

¹¹⁵ Belirtmek gerekir ki bu tip rehinler yasaklanmış olmasına rağmen, mızrak veya cirit atma, koşu, atlama, güreş veya boks gibi müsabakalarda bahis oynamak, bu tip müsaba-

bu olasılık gerçekleştiğinde, yani atlet ödül kazandığında bu ödül atletin mevcut malvarlığına dâhil olacaktır. Böylelikle ödül, icra yoluyla paraya çevrilebileceği gibi atletin kendi iradesiyle de satılabilecektir. Eğer alacaklı atletin zafer kazanmasının hemen ardından bir ilâma dayanarak zafer sonucu elde edilen ödülü haczettirme olanağına zaten sahipse geleceğe yönelik rehin acaba hangi amaca hizmet etmektedir? Borçlu bir atletin durumu, bu rehin yaşağıyla hukuken daha iyileştirilmiş değildir. Ancak bu yasak atletin ekonomik durumunu değiştirebilirdi. Çünkü atlet zafer olasılığını kredi teminatı olarak kullanamayacak olursa, çok yüksek tutarlar için borç altına giremeyecektir. Gelecekteki zafer beklentisini bugünden paraya tahvil edemeyecek ve böylelikle muhtemel ödülü daha elde etmeden önce “kaybetmeyecektir”. Aksi şekilde davranması yani muhtemel ödüllerini daha yarışmadan rehnetmesi mümkün kılınmış olsaydı, bu onu yüksek tutarda ödünç almayı gerekli sayıp, böylece düşüncesizce yaşamaya ve hatta bunun sonucu olarak sıkı antrenmanlarını ihmâl etmeye sevk edebilirdi. Atletin kazanacağı ödülün tamamının rehin hakkı sahibi bir alacaklının eline geçecek olması durumunda elde edeceği zafer artık kendisine hiçbir maddî kazanç sağlamayacağından dolayı, mücadele azmi (gayreti-şevki) baltalanabilirdi¹¹⁶.

Rehin yaşağı belli ki atletlerin çok yüksek miktarlarda borç altına girmesini ve işbilir sermayedarların onları istismar etmesini önlemeye yönelik iyi düşünülmüş bir sosyal koruma tedbiri olarak değerlendirilebilir. Yukarıda belirtildiği gibi¹¹⁷ imparator *Marcus Aurelius* dönemindeki (M.S. 161-180) hukukçulardan olan *Quintus Cervidius Scaevola*'ya ait bir metinde (*D.22.2.5.pr.*) geçen ve Wacke tarafından “geri ödenmesi zafer kazanma koşuluna bağlı ödünç- başarı ödücüsü” (*Erfolgssdarlehen*)¹¹⁸ olarak adlandırılmış olan uygulama, sahip olduğu spekülâtif (veya vurgunculuğa yol açabilecek) niteliğe rağmen eskisi gibi geçerli sayılmıştır. Çünkü atlet bu ödünç sayesinde herhangi bir riske girmeksizin beslenmesi ve antrenmanları için gereken araçları sağlayabiliyordu. Bundan yaklaşık altmış sene sonra imparator *Alexander Severus* (M.S. 222-235) yalnızca bu tip ödünçlerin¹¹⁹,

kalarda atletik yeteneğin veya gücün sergilenmesi amaçlandığı için, serbest bırakılmıştı, bkz. *D.11.5.2.1 (Paulus 19 ad ed.)*; ayrıca bkz. **Wacke**, s. 441, dn. 14, s. 451, dn. 56.

¹¹⁶ **Wacke**, s. 452.

¹¹⁷ Bkz. yuk. dn. 82.

¹¹⁸ **Wacke**, s. 452.

¹¹⁹ *Jakab*, *D.4.2.23.2*'de olduğu gibi burada da atlete zafer kazandığında geri ödemesi koşuluyla verilen ödücünün değil şarta bağlı olmayan alelâde bir ödücünün söz konusu olduğunu savunmaktadır, bkz. **Jakab**, s. 124; kanaatimizce bu metinde Wacke'nin ileri sürdüğü gibi atletlere yalnızca başarılı olduklarında geri ödemeleri koşuluyla verilmiş ödünçlerin söz konusu olması daha yüksek bir ihtimaldir.

gelecekte kazanılması muhtemel ödüllerin rehnedilmesi suretiyle, teminata bağlanmasını yasaklamıştır. Kazanılan ödüller, icra hakkına sahip alacaklının alacağına gerektiğinde bu ödüllerden temin edilmesinden önce, ilk olarak atletin kişisel malvarlığına dâhil sayılacaktır¹²⁰.

SONUÇ

Antik Yunan dünyasının antik Roma dünyası üzerinde etkisinin görüldüğü alanlardan birisi de atletizm yarışmalarıdır. Bu yarışmalar başlangıçta daha sınırlı olmakla birlikte zaman içinde yaygınlaşarak bir ölçüde de olsa popülerlik kazanmıştır. Seçkin sınıfa mensup Romalı yazarların Yunan atletizm eğitim ve yarışmalarını çıplaklık ve oğlancılık ile bağdaştırmalarının sonucu olarak bu yarışmalara şiddetli bir biçimde karşı çıkmış oldukları görülmektedir. Bu nedenle doktrinde uzun bir dönem Romalıların Yunan atletizm yarışmalarına daima çekinceyle yaklaştıkları ve bu yarışmalarla ilgilenmeyip onlara değer vermedikleri kabul edilmekteydi. Ancak daha yeni tarihli çalışmaların da gösterdiği gibi Yunan atletizm yarışmaları -atlı savaş arabası yarışları ve gladyatör dövüşleri ölçüsünde olmasa bile- Roma'da da zaman içinde kabul görmüş ve bir dereceye kadar benimsenmiştir. Böyle olmakla birlikte yarışmalara katılanların çoğunun Roma vatandaşlarından ziyade imparatorluğun dört bir yanından fakat özellikle de doğudaki Yunan kökenli profesyonel atletlerden oluştuğu görülmektedir. Ancak gerek yarışmalara katılmak gerek arenada gladyatör olarak dövüşmek gerek tiyatro sahnesinde oyunlar sergilemek şeklindeki halk önünde kendisini göstermeyi gerektiren faaliyetlere karşı Romalıların genel olumsuz yaklaşımı göz önünde bulundurulduğunda ve buna ek olarak *Augustus* döneminden (M.Ö. 27-M.S. 14) itibaren atletizm müsabakalarında çıplak yarışılması karşısında Romalıların bu müsabakalara katılımının düşük kalması şaşırtıcı olmamaktadır. Romalıların atletizm yarışmalarına katılmak bakımından olmasa bile yarışmaları seyirci olarak izlemek şeklinde de olsa bu yarışmaları takip ettikleri söylenebilir. Özellikle *Augustus*, *Nero* (M.S. 54-68) ve *Domitianus* (M.S. 81-96) gibi imparatorların desteğiyle sadece doğu eyaletlerinde değil Roma'da da periyodik olarak atletizm yarışmalarının düzenlenmeye başladığı görülmektedir. Bu oyunlardan, *Domitianus* döneminde Yunan festival döngüsüne (*periodos*) dâhil kabul edilerek prestijli atletizm yarışmaları arasında yerini alan, *Capitolia* oyunları M.S. 4. yüzyılın ortalarına kadar varlığını sürdürmüştür.

¹²⁰ Wacke, s. 452.

Atletizmin Roma'da gösterdiği bu gelişme ve Romalılar tarafından zamanla benimsenmesinin bir yansımasını hukukî metinlerde de tespit etmek mümkündür. *Iustinianus*'un hazırlatmış olduğu *Corpus Iuris Civilis*'te profesyonel atletlerin durumunu ele alan metinler bulunmaktadır. Bu metinlerden *Digesta*'da yer alan *D.22.2.5.pr.*de profesyonel bir atlete yarışmalara hazırlanıp katılabilmesi için ödünç verilmesi ve atletin aldığı ödünçü geri ödeme yükümlülüğünün yalnızca yarışmada zafer ve ödül kazanması durumunda doğması hâline ilişkin bir örnek söz konusudur. Yine *Digesta*'daki *D.4.2.23.2*'de ödünç verenin atleti zorla yanında tutup yarışmaya katılmasını engellemekle tehdit ederek onu normalde borçlu olduğundan daha fazla miktarı ödemeyi taahhüt etmeye zorlaması durumu ele alınmaktadır. Metne göre bu hususun ispatlanması hâlinde, hâkim durumun eski hale getirilmesine karar verebilir ve bu taahhütü geçersiz kılabilirdi. İmparator emirnamelerinin derlendiği *Codex*'te yer alan ve imparator *Alexander Severus* tarafından çıkarılmış bir emirnamede de atletin gelecekte elde etme olasılığı bulunan ödüller üzerinde kendisine ödünç veren kimse lehine rehin hakkı tesis etmesinin yasaklandığı görülmektedir. Muhtemelen profesyonel bir atletin düşüncesizce davranarak yüksek miktarda ödünç alabilmek için henüz kazanmadığı ödülleri daha yarışmadan riske atmasının önüne geçip onun yarışma azmini muhafaza etmesini sağlayarak onu korumak için çıkarılmış bu emirname, profesyonel atletlerin ve atletizmin Roma dünyasında da önemli bir yere sahip olduğunu gösteren örneklerden biri olarak değerlendirilebilir.

KAYNAKÇA

- Akurgal**, Ekrem: “Eski Yunanlılarda Spor”, Eski Çağda Ege ve İzmir, İzmir, 1993, s. 74-77 [Makalenin ilk basımı için bkz.: Ülkü Dergisi, 17, 1943].
- Atak**, Ali Selkor: “Roma Hukukunda Profesyonel Atletler ile Yapılan Ödünç Sözleşmeleri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 2, 2020, s. 680-694.
- Aydoğdu**, Murat/**Kahveci**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 5. Baskı, Ankara, 2021.
- Behrends**, Okko/**Knütel**, Rolf/**Kupisch**, Berthold/**Seiler**, Hans Hermann: Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzung, auf der Grundlage der von Theodor Mommsen und Paul Krüger besorgten Textausgaben, Bd. II (1-10), C.F. Müller juristischer Verlag, Heidelberg, 1995; **Knütel/Kupisch/Seiler/Behrends**, Bd. IV (21-27), Heidelberg, 2005.
- Berger**, Adolf: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, The American Philosophical Society, Philadelphia, 1953.
- Bernstein**, Frank: “Complex Rituals: Games and Processions in Republican Rome”, in Rüpke, Jörg (ed.), A Companion to Roman Religion, Blackwell, Malden, 2007, s. 222-234.
- Christesen**, Paul/**Kyle**, Donald G.: “General Introduction”, in Christesen, Paul/Kyle, Donald G. (ed.), A Companion to Sport and Spectacle in Greek and Roman Antiquity, WILEY Blackwell, Malden, 2014, s. 1-15.
- Cicero’s Tusculan Disputations, translated with an Introduction and Notes by Andrew P. Peabody, Boston: Little, Brown and Company, 1886.
- Cornell**, Tim J.: “On War and Games in the Ancient World”, in Barney, Robert Knight/Martyn, Scott G./Wamsley, Kevin B. (ed.), Sixth International Symposium for Olympic Research 2002, University of Western Ontario, London, Ontario, 2002, s. 29-40.
- Crowther**, Nigel B.: “Nudity and Morality: Athletics in Italy” (Nudity), The Classical Journal, 76(2), 1980/1981, s. 119-123.
- Crowther**, Nigel B.: “Greek Games in Republican Rome” (Greek Games), L’antiquité classique, 52, 1983, s. 268-273.
- Crowther**, Nigel B.: “Second-Place Finishes and Lower in Greek Athletics” (Athletics), Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik, Bd. 90, 1992, s. 97-102.

- Crowther**, Nigel B.: Sport in Ancient Times (Sport), Praeger, Westport, 2007.
- Dinçer Araz**, Nilgün: “Roma Hukukunda Davaların Yarışması (concursum actionum) Meselesine Genel Bir Bakış”, MÜHFHAD, Özel Sayı, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, 23(3), 2017, s. 235-281.
- Dodge**, Hazel: “Venues for Spectacle and Sport (other than Amphitheaters) in the Roman World”, in Christesen, Paul/Kyle, Donald G. (ed.), A Companion to Sport and Spectacle in Greek and Roman Antiquity, WILEY Blackwell, Malden, 2014, s. 561-577.
- Dunkle**, Roger: Gladiators: Violence and Spectacle in Ancient Rome (Gladiators), Routledge, London and New York, 2008.
- Dunkle**, Roger: “Overview of Roman Spectacle” (Overview), in Christesen, Paul/Kyle, Donald G. (ed.), A Companion to Sport and Spectacle in Greek and Roman Antiquity, WILEY Blackwell, Malden, 2014, s. 381-394.
- Erdoğan**, Belgin: “Roma Hukukunda Borcun Aynî Teminatına Genel Bakış” (Aynî Teminat), Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, Cilt: I, İstanbul 1982, s. 255-274.
- Erdoğan**, Belgin: Roma Eşya Hukuku (Eşya Hukuku) , Der Yayınları, İstanbul, 2003
- Erdoğan**, Belgin: Roma Borçlar Hukuku Dersleri (Borçlar Hukuku), 1.7.2012'de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Yeni Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2019.
- Erhat**, Azra: Mitoloji Sözlüğü, 2. Basım, Remzi Yayınevi, İstanbul, 1978.
- Fisher**, Nick: “Athletics and Sexuality”, in Hubbard, Thomas K. (ed.), A Companion to Greek and Roman Sexualities, WILEY Blackwell, Malden, 2014, s. 244-264.
- Friedländer**, Ludwig: Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms in der Zeit von August bis zum Ausgang der Antonine, Bd. II, 9. Aufl., Verlag von S. Hirzel, Leipzig, 1920.
- Gardiner**, Edward Norman: Greek Athletic Sports and Festivals (Sports), MacMillan and Co., London, 1910.
- Gardiner**, Edward Norman: Athletics of the Ancient World (Athletics), Clarendon Press, Oxford, 1930.
- von Glück**, Christian Friedrich: Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Bd. 21, 1, Erlangen, Johann Jacob Palm, 1820.

- Golden**, Mark: Sport in the Ancient World from A to Z, Routledge, London, 2004.
- Gökberk**, Macit: Felsefe Tarihi, 9. Basım, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1998.
- Greenidge**, A.H.J.: Infamia, Its Place in Roman Public and Private Law, Clarendon Press, Oxford, 1894.
- Grimmal**, Pierre: Mitoloji Sözlüğü, Yunan ve Roma, Çev. Sevgi Tamgüç, Sosyal Yay., İstanbul, 1997.
- Hallett**, Christopher H.: The Roman Nude, Heroic Portrait Statuary 200 BC-300 AD, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- Harris**, Harold Arthur: Sport in Greece and Rome, Cornell University Press, Ithaca, 1972.
- Honoré**, Tony: Ulpian, Pioneer of Human Rights, 2. ed., Oxford University Press, Oxford, 2002.
- Honsell**, Heinrich/**Mayer-Maly**, Theo/**Selb**, Walter: Römisches Recht, 4. Aufl. (Aufgrund des Werkes von **Jörs**, Paul/**Kunkel**, Wolfgang/**Wenger**, Leopold), Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, New York, 1987.
- Hubbard**, Thomas: “Contemporary sport sociology and ancient Greek athletics”, Leisure Studies, 27(4), 2008, s. 379-393 (DOI: 10.1080/02614360802334955), <http://dx.doi.org/10.1080/02614360802334955> (Erişim tarihi: 04.07.2022).
- Jakab**, Éva: “Geld und Sport, Rezeption griechischer *Topoi* in der römischen Jurisprudenz”, Revue Internationale de Droits de l’Antiquité (RIDA), 59, 2012, s. 93-125.
- Jörs**, Paul: “*Domitius (88)*”, RE V, 1 (Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft), Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1903.
- Kabağaç**, Sina/**Alova**, Erdal: Latince/Türkçe Sözlük, Sosyal Yayınlar, İstanbul, 1995.
- Karadeniz-Çelebican**, Özcan: Roma Eşya Hukuku, Yeni Medenî Kanuna uyarlanmış 5. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Karakocalı**, Ahmet: Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Korkutma (Metus), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Karaman**, Başak: Roma Hukukunda Rehin Akti, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008.

- Kaser, Max:** “*Partus ancillae*”, (*Partus ancillae*), Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung, Bd. 75, 1958, s. 156-200.
- Kaser, Max:** Das römische Privatrecht, das altrömische, das vorklassische und klassische Recht (RP I), erster Abschnitt, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 1971.
- Kaser, Max:** Das römische Privatrecht, die nachklassischen Entwicklungen (RP II), zweiter Abschnitt, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 1975.
- Kaser, Max:** Römische Rechtsgeschichte (RG), 4. Nachdruck der 2. Aufl., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1986.
- Kaser, Max/Hackl, Karl:** Das römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 1996.
- Knütel, Rolf:** “Hoffnungskauf und Eviktionshaftung”, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung, Bd. 117, 2000, s. 445-453.
- Krüger, Paul:** Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts, 2. Aufl., Verlag von Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1912.
- Kunkel, Wolfgang:** Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen, 2. Aufl., Böhlau Verlag, Graz-Wien-Köln, 1967.
- Kyle, Donald G.:** Athletics in Ancient Athens (Athletics), E. J. Brill, Leiden, 1993.
- Kyle, Donald G.:** “Greek Athletic Competitions-The Ancient Olympics and More” (Olympics), in Christesen, Paul/Kyle, Donald G. (ed.), A Companion to Sport and Spectacle in Greek and Roman Antiquity, WILEY Blackwell, Malden, 2014, s. 21-35.
- Kyle, Donald G.:** Sport & Spectacle in the Ancient World (Sport), Second Edition, WILEY Blackwell, Malden, 2015.
- Larson, Jennifer:** Greek and Roman Sexualities, A Sourcebook, Bloomsbury Publishing, London, New York, 2012.
- Lee, Hugh M.:** “Greek Sports in Rome”, in Christesen, Paul/Kyle, Donald G. (ed.), A Companion to Sport and Spectacle in Greek and Roman Antiquity, WILEY Blackwell, Malden, 2014, s. 533-542.
- Liebs, Detlef:** “Ulpianum Opinione libri VI”, TR (Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis), vol. 41, 1973, s. 279-310 (URN: urn:nbn:de:bsz:

25-opus-50855) (<https://freidok.uni-freiburg.de/data/50855>) (Erişim tarihi: 04.07.2022).

Litewski, Wieslaw: “Römisches Seedarlehen”, *Rivista Internazionale di diritto romano e antico (IURA)*, 24, 1973, s. 112-183.

Livius, Titus: *Ab Urbe Condita*, 39, 22, 1-2 (Latince metin için bkz. <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.02.0174%3Abook%3D39%3Achapter%3D22>; metnin İngilizce çevirisi için bkz. <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Liv.+39+22&fromdoc=Perseus%3Atext%3A1999.02.0149>) (Erişim tarihi: 04.07.2022).

Livius, Titus: *Periocha*, 16 (Latince metin için bkz. <https://www.thelatinlibrary.com/livy/liv.per16.shtml>; metnin İngilizce çevirisi için bkz. <https://www.livius.org/sources/content/livy/livy-periochae-16-20/#16.1>) (Erişim tarihi: 04.07.2022)

Mammel, Kathryn: “Ancient Critics of Roman Spectacle and Sport”, in Christesen, Paul/Kyle, Donald G. (ed.), *A Companion to Sport and Spectacle in Greek and Roman Antiquity*, WILEY Blackwell, Malden, 2014, s. 603-616.

Mann, Christian: *Die Gladiatoren (Gladiatoren)*, C. H. Beck, München, 2013.

Mann, Christian: “Greek Sport and Roman Identity” (Greek Sport), in Scanlon, Thomas F. (ed.), *Sport in the Greek and Roman Worlds*, Vol. 2: Greek athletic Identities and Roman Sports and Spectacle, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 151-179.

Maximus, Valerius: *Factorum et Dictorum Memorabilium*, 2, 4, 7 (Latince metin için bkz. https://penelope.uchicago.edu/Thayer/L/Roman/Texts/Valerius_Maximus/2*.html; metnin İngilizce çevirisi için bkz. <http://www.attalus.org/translate/valerius2a.html#c4>) (Erişim tarihi: 04.07.2022)

Miller, Stephen G.: *Ancient Greek Athletics*, Yale University Press, New Haven and London, 2004.

Mitteis, Ludwig: *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, Bd. I, unveränderter Neudruck der ersten Auflage, Verlag von Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1935.

Murray, Sarah C.: “The Role of Religion in Greek Sport” (Religion), in Christesen, Paul/Kyle, Donald G. (ed.), *A Companion to Sport and*

Spectacle in Greek and Roman Antiquity, WILEY Blackwell, Malden, 2014, s. 309-319.

Murray, Sarah C.: "Sport and Education in Ancient Greece and Rome" (Sport), in Bloomer, Martin W., in Bloomer, Martin W. (ed.), *A Companion to Ancient Education*, WILEY Blackwell, Malden, 2015, s. 430-443.

Neils, Jenifer: "Picturing Victory: Representations of Sport in Greek Art", in Christesen, Paul/Kyle, Donald G. (ed.), *A Companion to Sport and Spectacle in Greek and Roman Antiquity*, WILEY Blackwell, Malden, 2014, s. 81-97.

Newby, Zahra: *Greek Athletics in the Roman World, Victory and Virtue*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

Notopoulos, James A.: "The Name of Plato", *Classical Philology*, 34(2), 1939, s. 135-145.

Otto, Carl Eduard/**Schilling**, Bruno/**Sintenis**, Carl Friedrich Ferdinand: *Das Corpus Juris Civilis in's Deutsche Übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter*, Verlag von Carl Focke, Bd. I, 2. Aufl., Leipzig, 1839, Bd. II, Leipzig, 1831/Bd. VI, Leipzig, 1832.

Özsunar, Erdal: "Roma Hukukunda Rehin Hakkı (Pignus-Hypotheca)", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 2, 2005, s. 137-164.

Platon: *Yasalar*, Çev. Candan Şentuna/Saffet Babür, 3. Basım, Kabalcı Yayınevi, İstanbul, 2007.

Pleket, Henry Willy: "Zur Soziologie des antiken Sports" (Soziologie), *Mededelingen van het Nederlands Instituut te Rome*, 36, 1974, s. 57-87 (<http://resources.huysens.knaw.nl/retroboeken/knir/#page=71&accessor=toel&source=36&view=pdfPane>), s. 57-87 (Erişim tarihi: 04.07.2022).

Pleket, Henry Willy: "The Olympic Games in antiquity" (Olympic Games), *European Review*, 12(3), 2004, s. 401-413.

Pleket, Henry Willy: "Sport in Hellenistic and Roman Asia Minor" (Sport), in Christesen, Paul/Kyle, Donald G. (ed.), *A Companion to Sport and Spectacle in Greek and Roman Antiquity*, WILEY Blackwell, Malden, 2014, s. 364-375.

Plinius Caecilius Secundus, *Gaius*: *The Letters of the Younger Pliny*. Translated, with an introductory essay, by J.B. Firth (1900), (<http://www.attalus.org/old/pliny4.html#22>) (Erişim tarihi: 04.07.2022).

- Plinius Caecilius Secundus, Gaius:** Genç *Plinius*'un Mektupları, *Epistulae (I-IV)*, Latince'den Çev. Levent Keskin, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2018.
- Potter, David Stone:** "Spectacles" (Spectacles), in Potter, David S. (ed.), *A Companion to the Roman Empire*, Blackwell, Malden, 2006, s. 385-408.
- Potter, David Stone:** *The Victor's Crown: A History of Ancient Sport from Homer to Byzantium (Ancient Sport)*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Rado,** Türkân: *Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku*, İstanbul 2014.
- Reid, Heather L.:** "Sport and Moral Education in Plato's Republic" (Sport), *Journal of the Philosophy of Sport*, 34(2), 2007, s. 160-175 (DOI: 10.1080/00948705.2007.9714719), (<https://doi.org/10.1080/00948705.2007.9714719>) (Erişim tarihi: 04.07.2022)
- Reid, Heather L. :** "Wrestling with Socrates" (Wrestling), *Sport, Ethics and Philosophy*, 4(2), 2010, s. 157-169 (DOI: 10.1080/17511321.2010.486595), (<https://doi.org/10.1080/17511321.2010.486595>) (Erişim tarihi: 04.07.2022).
- Reid, Heather L.:** "*Plato's Gymnasium*" (Gymnasium), *Sport, Ethics and Philosophy*, 4(2), 2010, s. 170-182 (DOI: 10.1080/17511321.2010.486597), (<https://doi.org/10.1080/17511321.2010.486597>) (Erişim tarihi: 04.07.2022)
- Reisch, Emil:** "*Agones*", RE I, 1 (Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft), Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart 1893.
- Remijsen, Sofie:** *The End of Greek Athletics in Late Antiquity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- Riginos, Alice Swift:** *Platonica, The Anecdotes Concerning the Life and Writings of Plato*, E. J. Brill, Leiden, 1976.
- Rudolph, Werner:** "Zu den Formen des Berufssports zur Zeit der Poliskrise", in Welskopf, Elizabeth Charlotte (ed.), *Hellenische Poleis, Krise-Wandlung-Wirkung*, Bd. III, Akademie Verlag, Berlin, 1974, s. 1472-1483.
- Sachers, Erich:** "*Ordo*", RE Suppl. VII (Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft), Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1940.

- Sartre**, Maurice: “Antik Yunan’da Eşcinsellik”, Duby, Georges (Der.), Batı’da Aşk ve Cinsellik içinde, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2015, s. 59-75.
- Sayın**, Baha Yiğit: Roma’da Köle ve Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Scanlon**, Thomas F.: Eros and Greek Athletics, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- Scott**, S.P.: The Civil Law, Including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian and The Constitutions of Leo, vol. III, vol. V, vol. XIV, The Lawbook Exchange, New Jersey, 2001.
- Sedley**, David: Plato’s *Cratylus*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003 (https://assets.cambridge.org/052158/4922/sample/0521584922_ws.pdf) (Erişim tarihi: 04.07.2022).
- Skinner**, Marilyn B.: Sexuality in Greek and Roman Culture, Second Edition, WILEY Blackwell, Malden, 2014.
- Söğütlü**, Özlem: Roma Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Suetonius Tranquillus**, *Gaius*: On İki *Caesar*’ın Yaşamı, Latince’den Çev. Fafo Telatar/Gül Özaktürk, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2008.
- Tacitus**, *Publius Cornelius: Annales, XIV, 20* (<http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.02.0078%3Abook%3D14%3Achapter%3D20>) (Erişim Tarihi:04.07.2022). Web sayfasındaki İngilizce çevirinin dayanağı olan kaynak: Complete Works of *Tacitus*, *Tacitus (Publius Cornelius)*, Çev. Alfred John Church/William Jackson Brodribb/Sara Bryant, edited for Perseus, New York reprinted 1942.
- Tahan Orhan**, Duygu: Roma Hukukunda Sportif Faaliyetlerden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk ve Türk Hukukuna Yansımaları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Tahiroğlu**, Bülent: Roma Borçlar Hukuku, 1.07.2012’de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu ve 13.1.2011’de yürürlüğe giren Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Düzenlenmiş Yeni Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2014.
- Tamer**, Diler: Roma Hukuku, Cilt 2, Borçlar Hukuku, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2021.

- Tekin Ali/Tekin Gülcan:** “Antik Yunan Dönemi: Spor ve Antik Olimpiyat Oyunları”, Tarih Okulu Dergisi (TOD), 18, 2014, s. 121-140 (DOI No: <http://dx.doi.org/10.14225/Joh480>) (Erişim tarihi: 04.07.2022).
- Torlone, Martirosova Zana:** “Writing Arenas: Roman Authors and Their Games”, in Christesen, Paul/Kyle, Donald G. (ed.), A Companion to Sport and Spectacle in Greek and Roman Antiquity, West Sussex 2014, s. 412-421.
- Türkoğlu Özdemir, Gökçe:** “Roma Hukukunda *Formula* Yargılaması” (Formula), Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı:1, 2005, s. 167-212.
- Türkoğlu Özdemir, Gökçe:** Roma Hukukunda *Infamia* (Şerefsizlik) (Infamia), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- Tüzüner, Özlem:** “Kumar ve Bahis Borcu Hakkında De Lege Feranda Düşünceler”, Türkiye Barolar Birliği (TBB) Dergisi, Yıl: 26, Sayı: 107, 2013, s.245-272.
- Umur, Ziya:** Roma Hukuku Lügatı (Lügat), Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983.
- Umur, Ziya:** Roma Hukuku, Tarihi Giriş- Kaynaklar-Umumî Mefhumlar-Hakların Himayesi (Roma Hukuku), Filiz Kitabevi, İstanbul, 1984.
- Wacke, Andreas:** Athleten als Darlehensnehmer nach römischem Recht, Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDHI), 44, 1978, s. 439-452.
- Wacker, Christian:** “Antike Sportgeschichte versus Geschichte des Agon”, Jahrbuch 2005 der Deutschen Gesellschaft für Geschichte der Sportwissenschaft e. V., herausgegeben von Jürgen Court, LIT Verlag, Berlin, 2006, s. 39-43.
- Watson, Alan:** The Digest of Justinian, vol. I-II, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1998.
- Weiler, Ingomar:** “Recent Trends in the Study of Greek Sport”, in Christesen, Paul/Kyle, Donald G. (ed.), A Companion to Sport and Spectacle in Greek and Roman Antiquity, WILEY Blackwell, Malden, 2014, s. 112-129.
- Wiedemann, Thomas:** Emperors and Gladiators, Routledge, London and New York, 1995.
- Williams, Craig A.:** Roman Homosexuality, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2010.

Wlassak, Moritz: “*Cognitio*”, RE IV (Paulys Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft), Alfred Druckenmüller Verlag, Stuttgart, 1900.

Yavuz, Cevdet/**Acar**, Faruk/**Özen**, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011.

Young, David C.: A Brief History of the Olympic Games, Blackwell, Malden, 2004.

Zaleski, John: “Religion and Roman Spectacle”, in Christesen, Paul/Kyle, Donald G. (ed.), A Companion to Sport and Spectacle in Greek and Roman Antiquity, WILEY Blackwell, Malden, 2014, s. 590-602.

Zevkliler, Aydın/**Gökyayla**, Emre: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 18. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

Zimmermann, Reinhard: The Law of Obligations-Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford University Press, Oxford, 1996.

Çevrimiçi Kaynak

<https://sozluk.gov.tr/?kelime=atletizm> (Erişim tarihi: 04.07.2022).

ORTA ÇAĞ AVRUPASI'NDA CADİ YARGILAMALARI

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1182524>

Arş. Gör. Dr. Cansu KOÇ BAŞAR*

Öz

Orta Çağ Avrupası'nda cadı yargılamaları iktidara ve topluma yayılmış bir akıl dışılığın vahşi bir örneği olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçeklikten uzak inanışların yoğunluğu, akıl almaz nedenlere ve yöntemlere dayalı zincirleme yargılamaları da beraberinde getirmiştir. Bu yargılamaların konusu ve yöntemi gibi yargılananların tespiti de oldukça dikkat çekicidir. Nitekim yargılanacak cadıların belirlenmesi ayrımcılık ve marjinalleştirilenin üst düzeydeki örneğini tarihsel olarak ortaya koymaktadır. Orta Çağ Avrupası'nda yaşanan bu vahşetin son bulması ancak felsefi kuşkuculuğun ortaya çıkması ve akıl dışı inanışların sorgulanması ile mümkün olmuştur. Orta Çağ Avrupası'nda geniş bir coğrafyaya ve uzun bir sürece yayılmış olan cadı yargılamaları, rasyonel düşüncenin, ayrımcılık yasağının, işkence yasağının, adil yargılanma hakkının ve modern hukuk ile onun temel ilkelerinin anlamını tersten okutmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Cadı Yargılamaları, Cadı Kimliği, Orta Çağ Avrupası, Ayrımcılık, İşkence

THE WITCH TRIALS IN THE MEDIEVAL EUROPE

(Research Article)

Abstract

The witch trials in the Medieval Europe appear as a brutal example of an irrationality that pervaded power and society. The intensity of beliefs that fall wide of mark has brought with it chain judgments based on inconceivable reasons and methods. Like the subject and method of these trials, the

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, (cansu.koc@deu.edu.tr) ORCID: 0000-0002-3597-971X (Geliş Tarihi: 04.06.2022-Kabul Tarihi: 12.09.2022) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

determination of the prosecuted is quite remarkable. In fact, identifying the witches to be prosecuted historically reveals high level of discrimination and marginalization. The end of this brutality in Medieval Europe was only possible with the emergence of philosophical skepticism and questioning irrational beliefs. The witch trials in Medieval Europe, which spread over a wide geography and long process, paraphrase the meaning of the rational thought, the prohibition of discrimination, the prohibition of torture, the right to a fair trial and modern law and its fundamental principles.

Keywords

Witch Trials, Witch Identity, Medieval Europe, Discrimination, Torture

GİRİŞ

Batı Roma İmparatorluğu'nun yıkılışı ile beraber, bölgeyi kuşatan istilâlar, Avrupa'da maddi ve kurumsal görünümün büyük ölçüde değişime uğramasına sebep olmuştur. Ulaşım ve iletişim ağları çökmüş; ekonomi, ticaretten koparak kırsal faaliyetlerle sınırlı kalmış; okur-yazarlık din adamlarının tekeline geçmiştir. Söz konusu koşullar, Batı Avrupa'da merkezi iktidarın oluşmamasına ve iktidarın parçalandığı bir siyasal yapının kurulmasına neden olmuştur. Merkezi bir yönetimin varlık gösterememesi ve toprağa bağlı ekonomi ile beraber feodalizm, Orta Çağ Avrupası'nın siyasal görünümü olarak ortaya çıkmıştır. Toprak sahibi olan ekonomik iktidar, bu dönemde aynı zamanda kamu yetkisine de sahip olmuştur. Dolayısıyla Orta Çağ'ın hâkim sınıfı olan aristokrasi, topraklarla beraber devlet örgütlenmesinin de sahibidir; ancak yine de feodal dönemde, kralın iktidarı teorik olarak tam anlamıyla ortadan kalkmış değildir. Bununla beraber kralın iktidarı, toprak sahibi olan *senyörler* ve aynı zamanda dönemin önemli bir güç odağı olan Kilise tarafından gölgelenmiş durumdadır. Kilise, hem dönemin ideolojisinin Hıristiyanlık olması hem de dünya işlerine karışma olanağı bulması nedeniyle gücünü artırmıştır. Orta Çağ'da sadece siyasal iktidar değil, hukuk da dine göre düşünülmüş ve pozitif hukuk yerini doğal hukuka bırakmıştır¹. Papaların ve konsüllerin aldıkları kararlar; Kilise'nin, diğer dini otoritelerin ve Katoliklerin uyguladıkları bir kurullar bütünü olan Kilise hukukunu oluşturmuştur².

Orta Çağ Avrupası'nda özellikle pozitif hukukun işlerliğini kaybetmesi, akıl dışı inanışların ortaya çıkması ve bunun yargılamalarda da etkisini göstermesi söz konusu olmuştur. Akılcılıktan uzak bu sistem hukuki güvenliğin yok olduğu bir ortamı da beraberinde getirmiştir. Böylesi bir anlayış "cadı" kavramının yargılamalarda ve toplumda karşılık bulabilmesine, yargılamaların bir vahşet ve kıyım boyutuna gelmesine neden olmuş, yüzyıllar boyu süren bu vahşet ve kıyımın çözülme süreci ise ancak felsefi kuşkuculuğun gelişmesi ile mümkün hâle gelmiştir.

¹ Bkz. **Akad**, Mehmet/**Vural Dinçkol**, Bihterin/**Bulut**, Nihat: Genel Kamu Hukuku, 17. Basım, Der Yay., İstanbul 2021, s. 43-49; **Uygun**, Oktay: Devlet Teorisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 146-152.

² Bkz. **Bendason**, Ney (çev. Şirin Tekeli): Başlangıcından Günümüze Kadın Hakları, Cep Üniversitesi, Yeni Yüzyıl Kitaplığı, İletişim Yay., Presses Universitaires De France, t.y, s. 27-28; **Akad/Vural Dinçkol/Bulut**, s. 48-49; **Gurvitch**, Georges (çev. Hamide Topçuoğlu): "Diferansiel ve Jenetik Hukuk Sosyolojisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:13, Sayı:1-2, Mart-Nisan 1956, s. 259.

I. CADİ YARGILAMALARINI HAZIRLAYAN KOŞULLAR: CADILIK İNANCININ GELİŞİMİ

11. yüzyıl, cadı avı vahşetinin başlangıcı olmuştur. Bu dönemde Roma Hukukunun yeniden canlanmış olması da cadı yargılamalarının şekillenmesinde etkili olmuştur. Nitekim Roma Hukukunun yeniden etkin hale gelmesi ile genel anlamda suçlar ve cezalar ağırlaşmıştır ve söz konusu durum, cadı yargılamalarının konusu olan büyücülük suçunun cezasının da ağırlaşmasına neden olmuştur. Katolik Kilisesi tarafından cadı oldukları ileri sürülenlere yönelik olarak kıyım ve zalimlik ise 12. ve 13. yüzyıllarda ortaya çıkmıştır. 14. ve 15. yüzyıllar, cadı avının gerçek anlamda ilk ivme kazandığı dönem olması nedeniyle ayrıca dikkate çekmektedir; ancak en büyük vahşetlerin yaşandığı ve cadı avının yoğunlaştığı dönem 16. ve 17. yüzyıllar olmuştur³. Cadı yargılamalarının sürecine genel hatları ile bu şekilde bakılabilirse de Avrupa'daki cadı avlarının birdenbire başladığını söylemek mümkün değildir, aksine bunun ardında uzun bir hazırlık süreci vardır.

10. yüzyıldan itibaren başta heretik tarikatları ve Yahudiler olmak üzere azınlıklara karşı takınılan tavır, giderek toplum içindeki farklı "marjinal" gruplara uzanmıştır. Geçen yüzyıllar boyu Avrupa'da yaşanan ekonomik ve sosyal değişimler ile idari ve siyasi anlamda görülen yenileşme de cadı avını hazırlayan koşullar arasındadır. Cadı kavramına, hukuki bir metinde ilk kez 1419 yılında rastlanmakla birlikte, ilk "sistemik" cadı avları 16. yüzyılın başlarında ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla 16. yüzyıldan itibaren yaygın hâle gelen cadı düşmanlığı, Kilise, mahkemeler ve sivil kurumlar için olduğu gibi halk için de çok yeni bir durum değildir. Aradan geçen süre içinde sadece düşman olarak görülen özne değişmiş, genişlemiştir⁴.

Bu dönemde yoğunlaşan cadı avlarını anlamlandırabilmek için ise öncelikle cadı tanımlamasının nasıl yapıldığına, başka bir ifade ile cadılaştırmanın nasıl mümkün hâle getirildiğine bakmak gerekir. Söz konusu yaklaşımla cadılara atfedilen özellikler içerisinde öncelikli olarak göze çarpan iki unsurun olduğu söylenebilir. Bunların ilki, aslında cadılığın tanımını veren ve cadılık suçlamasını mümkün kılan Şeytan'la yapılan *sözleşme* iddiası; ikincisi ise zincirleme yargılamaların ve infazların altyapısını oluşturduğu söylenebilecek olan *Sabbat* iddiasıdır.

³ **Gemalmaz**, Mehmet Semih: Devlet, Birey ve Özgürlük, 3. Baskı, Legal Yay., İstanbul 2016, s. 170.

⁴ **Akın**, Haydar: Ortaçağ Sonları ve Yeniçağ Başlarında Avrupa'da Çocuk Cadılar ve Çocuk Cadı Avı, Phoenix Yay., Ankara 2010, s. 74-76.

Sözleşme iddiasının kökenine bakıldığında, klasik cadı anlayışında, cadıların doğüstü yeteneklere ve güçlere sahip olabilmek için Şeytan'la bir sözleşme yaptığı inancı ile karşılaşılır. Sözleşme kavramı, cadılığı heretiklerle ilişkilendirmek ve basit büyücülük işleri yapanları, yeni efendileri Şeytan'a tapınmak için İsa'yı kötüleyen tehlikeli heretiklere dönüştürmek için kullanılmaktadır. Orta Çağ skolastiklerinin dünya görüşleri de onları her türlü büyücülük işinin Şeytan tarafından yönlendirildiğine inanmaya sevk etmiştir. Buna göre Tanrı, Şeytan'a bu gücü kullanma izni vermiştir; ancak büyülü bir doğanın hiçbir nesnesi, niteliklerini Şeytan'dan almış değildir. Bu yaklaşıma göre, iyi niyetli bir büyü olamaz. Skolastikler, herhangi bir büyü işiyle uğraşan kimsenin, Şeytan'la işbirliği yaptığını öne sürmüşlerdir. Cömert bir ruha sahip olmadığı bilinen Şeytan'ın da karşılıksız bir iş yapması mümkün değildir⁵. Nitekim Şeytan'la sözleşme imzalayarak kendisini resmen ona teslim etmiş olan kişiler, yaptıkları hizmetler karşılığında iblisten, kötü amaçlarını sağlamak için bazı büyülü güçler almışlardır. Bu güçler kullanılarak insanlar, güçsüz ya da kısır hâle getirilebilir, salgın hastalıklara yol açılabilir, hayvan sürüleri kurutulabilirdi. Bu inanç sayesinde her türlü felaketten sözü edilen kişiler sorumlu tutulabilir hâle geliyordu. Şeytani saplantılarda, ruhun kötü ruhlar tarafından ele geçirilmesinde, akıl hastalıklarında, aniden ortaya çıkan ruhsal durum ya da davranış değişikliklerinde onların parmağı olduğuna inanılıyordu. Bu kişiler, İsa'yı tanımayı reddetmişti ve Şeytan'a tapmaktalardı⁶.

St. Augustinus gibi teologlar da bu sözleşmelerden söz etmişlerdir. Bunun yanı sıra, skolastik düşünürler ise söylenen ve uygulanan sözleşmelerin farkından bahsetmişlerdir. Söylenen sözleşme iblisi çağırmaktan ibarettir; ancak uygulanan sözleşmede iblisten yardım beklenmektedir. Bu iblisler çok sayıdadır ve kötü ruh anlamına gelmektedir. İblisler Şeytan'ın vekilidir. Siyahlar giyinmiş biri, aralarına katılmak isteyen kişiye konuk olmaktadır. Bu kişi Şeytan, daha doğrusu Şeytan'ın vekili olan iblislerden biridir. Bazen kurbanın yazılı bir sözleşmeye imza atması sağlanmaktadır ve bu imza, imza atan kişinin kanıyla atılır. Bazense belgenin tümü kana boyanır. Kurban yazı yazmayı bilmiyorsa imza yerine geçen simge çemberdir; çünkü olağan haç yasaktır. Sözleşmeye göre Şeytan, Katoliklikten vazgeçmek, vaftizini reddetmek ve ruhunu cehenneme teslim etmek karşılığında kişiye istediği her şeyi verecektir. Sözleşme, yedi ila dokuz yıl arası geçerli olur. Bu süre dol-

⁵ **Martin**, Lois (çev. Barış Baysal): Cadılığın Tarihi Ortaçağ'da Bilge Kadının Katli, Kalkedon Yay., 2009, s. 29.

⁶ **Russell**, Jeffrey Burton (çev. Nuri Plümer): Mephistopheles – Modern Dünyada Şeytan, Kabalcı Yay., İstanbul 1999, s. 28.

duğunda kurban, bazen ölmüş olur, bazen de sözleşme yenilenir. Dönemin teologlarına göre Şeytan'la ya da herhangi bir iblisle yapılan sözleşme, yasal olarak bağlayıcı değildir. Kimi durumlarda, sözleşme reddedilebilir ve Kilise ile barış sağlanabilir⁷.

En az sözleşme kadar önemli bir diğer iddia da cadıların organize olmuş gruplar halinde, Şeytan'a tapındıkları iddiasıdır⁸. Cadıların toplanmasına *Sabbat* denmektedir. Bazı söylentilere göre iki farklı şekilde toplantı olur. İlki, sık sık tekrar edilen on iki cadı ve iblisten oluşan on üç kişilik bir toplantı ya da kurul şeklindedir. Diğeri ise birkaç ya da birçok kurulun bir araya gelmesiyle yapılan toplantılardır. *Sabbat'ların*, her zaman için dışarıda, ıssız ve sapa yerlerde, çoğunlukla yamaçlarda ya da bir ormandaki açık arazide düzenlendiği söylenmektedir. Toplantılar gece yarısı başlar ve sabah horozu ötmeden önce sona erer⁹.

Sözü konusu *Sabbat'ların* gerçekleştiğine olan inanç, cadı avı mekanizmasında önemli bir rol oynamaktadır; çünkü cadıların bir araya geldiklerine dair herhangi bir kanıt olmaması halinde cadı mahkemelerinde suç ortakları aranmamakta ve cadı avının karakteristik özelliği haline gelen “zincirleme” cadı arayışları gerçekleştirilememektedir. Nitekim *Sabbat* inancı ile beraber cadılık suçlaması ile yargılanan bir kişinin tek başına var olamayacağı düşüncesi desteklenmekte ve onun toplantılar yaptığı düşünülen diğer kişiler bulunarak zincirleme cadı yargılamaları yapılmaktadır. Esasen *Sabbat* iddiası, 15. yüzyıla kadar tam anlamıyla ortaya atılmamıştır; ancak cadı avının el kitabı olarak anılan *Cadı Çekici-Malleus Maleficarum*¹⁰, *Sabbat'ı* açıkça dile getirmiştir. Burada, gece vakti bir kadınlar toplantısı olarak belirlenmiş bir günde cadıların bir araya geldikleri ayinlerden bahsedilmek-

⁷ Crow, W. B (çev. Fulya Yavuz): Büyünün, Cadılığın ve Okültizmin Tarihi, 2. Baskı, Dharma Yay., İstanbul 2006, s. 258-259.

⁸ Martin, s. 41.

⁹ Crow, s. 274-275.

¹⁰ 1484'te iki Dominiken rahip, Heinrich Kraemer ve Johann Sprenger, Papa VIII. Innocentus'dan, Almanya'da cadılığın kökünü kazımak için izin almıştır. Papaya göre, her köyde kendisini Şeytan'a teslim etmiş, büyücülük ve karanlık işlerle uğraşan, hayvanlara, tahıla zarar veren, erkeklerin belini bağlayan kişiler vardır. Alman köylerinde araştırma yapan bu iki rahibin bulguları Papalık fermanı ile onaylanınca, diğer rahip kardeşlerini de uyarmak ve bilgilendirmek amacıyla, 1486'da söz edilen *Cadı Çekici - Malleus Maleficarum'u* yayımlamışlardır. Yerel cadı avlarında ortaya çıkmış olan halk inanışlarının sentezi niteliğindeki bu kitap, tüm Hıristiyan dünyasında cinbilimi olarak nitelendirilebilecek demonolojinin en yetkin başvuru kaynağı olmuştur ve bu kaynağın otoritesi Avrupa'daki cadı avı vahşeti boyunca tartışmasız şekilde kabul görmüştür, bkz. Berktaş, Fatmagül: Tarihin Cinsiyeti, 6.Basım, Metis Yay., İstanbul 2018, s. 218-219.

tedir. Buna göre cadılar, Şeytan'a bağlılıklarını bildirmek için toplanırlar, İsa'yı inkâr ederler ve haz dolu, müstehcen, insanlık dışı davranışlar sergilerlerdi. Bu davranışlar içinde çocuk kurban etme, yamyamlık ve ahlaksızlıklar vardı. Özellikle Fransa, İtalya ve İspanya'da yapılan bazı tasvirlerde Katolik ayinlerle dalga geçildiği, haça hakaret edildiği gösteriliyordu. Bazı cadılar, her Perşembe gecesi *Sabbat*'a katıldıklarını açıklıyorlar, bazılarıysa yılda bir ya da iki kez *30 Nisan Walpurgisnacht* ve *31 Ekim Cadılar Bayramı* olarak bilinen eski pagan festivallerine katıldıklarını beyan ediyorlardı. Herhangi bir *Sabbat*'a katıldığını söyleyenlerin sayıları farklılık gösteriyordu. Kimi yerlerde *Sabbat*'a katıldığını söyleyenler, bu toplantılara tüm köyün katıldığını ileri sürüyordu¹¹.

Cadı toplantılarında, cadıların uçtuğundan da bahsedilmektedir¹². Bu inanış, herkes tarafından kabul görmüş değildir. Cadıların gerçekten uçtuğu inancı son aşamada baskın çıkmış olsa da hiçbir zaman tam anlamıyla kabul görmemiştir. Örneğin, İngiltere'deki cadılık davalarında uçmaktan bahsedilmemiş ve İngiliz yasaları büyülü uçuşu hiçbir zaman suç olarak tanımlamamıştır. Yine de genel itibarıyla, cadıların *Sabbat*'larda hayvan şeklini almış iblislerin sırtında, sepetlerin içinde, çatal biçimdeki sopaların, tırmıkların, küreklerin veya en yaygın inanışla süpürgelerin üzerinde uçtuklarına inanılmıştır¹³. Örneğin, Fransa'da XIV. Louis (1638-1715)'nin süpürge üzerinde uçmakla suçlanan birkaç Normandiyalı kadının ölüm cezasını ömür boyu hapse çevirdiği bilinmektedir¹⁴.

Cadılar Avrupa'nın her şehrinde, her mahallesinde bulunabilirdi. Tüm cadılar, iblisin komutanlığı altında, Hıristiyan topluluğuna karşı, büyük bir komplo içinde birleşmişlerdi. Katolik konsülleri, Protestan meclisleri, engizisyon mahkemeleri, laik mahkemeler ve önde gelen teologlar sürekli olarak böyle bir komplonun olduğunu ilan ediyorlardı. Dolayısıyla birçok insan şüphe altında kalıyor, işkence görüyor ya da işkence ile tehdit ediliyordu. Bu durum, tahminen yüz binden fazla insanın idamına neden olmuştur. En şaşırtıcı olanı ise yargılamalara halkın verdiği tepkidir. Halk, cadı yargılamaları adı altındaki bu akıl almaz durumu, yaşadıkları sıkıntıların bir açıklaması olarak son derece yoğun bir istekle kabul etmiştir. Böyle olunca da yargılamaların şiddeti ve yaşanan vahşetin büyüklüğü, yerel felaketler ve toplumsal gerginlikler karşısında git gide artmıştır¹⁵. Böylece toplum nezdinde yaşanan

¹¹ **Martin**, s. 41-42.

¹² Bkz. **Crow**, s. 275.

¹³ **Martin**, s. 50.

¹⁴ **Crow**, s. 270.

¹⁵ **Russell**, s. 30-31.

felaketlere ya da toplumsal değişimlerin getirdiği sancılı süreçlere bir açıklama getirilmiş ya da daha gerçekçi bir ifade ile suçlu bulunmuştur.

Başka bir taraftan ise “reform düşüncesi”, cadıların şeytanla işbirliği yaptığı ve ona sahte bir tanrı olarak tapındığı görüşünü güçlendirmiştir. Martin Luther, cadıların o dönemde çocukluğunda olduğu kadar yaygın olmadığına inanıyordu. Bunun nedeni, kutsal kitabın ışığının Şeytan’ı geri çekilmeye zorlamış olmasıydı; ancak yine de cadıların Şeytan’la bir sözleşme imzaladıklarına ve Tanrı’nın büyülenmesi anlamına gelen “ruhani büyücülük” suçunu işlediklerine inanıyordu. Martin Luther’e göre Tanrı’nın büyülenmesi, hayvanların ya da çocukların büyülenmesinden çok daha büyük bir suçtu ve cadılar aslında putperestlik suçunu işlemekteydi. Bu nedenle onlar, heretik olarak damgalanmalıydı¹⁶.

Martin Luther’in yaklaşımından tahmin edildiği üzere reform hareketi ya da yaşanan din savaşları, cadı avlarına engel teşkil etmemiştir. Aksine Katolik Kilisesi’nin cadı avcılığı yoğunlaşırken Protestanlar da Hıristiyanlığın düşmanı ilan edilen cadıların avlanması konusunda, Katoliklerle adeta yarışmıştır. Protestanlığın dinsel yetkenin tek kaynağı olarak Kitabı Mukaddes üzerinde durması, Yeni Ahit’in iblisle ilgili öğretilerine özel bir önem atfetmesine neden olmuştur. Protestanların Şeytan düşüncesine olan ilgileri, Katoliklere nazaran daha da güçlüdür¹⁷. Dolayısıyla reform döneminde cadı avları giderek artmıştır. Gerek Martin Luther gerekse Jean Calvin, cadıların tehlikelerine yönelik güçlü bir inanca sahiplerdir ve köktenci protesto hareketleri de aynı inancı taşımaktadır¹⁸.

Cadılığa ve cadılara ilişkin olarak verilen cezalarda, Protestanların Katoliklere nazaran daha sert oldukları, yaygın bir kanı haline gelmiştir. Cadılara gerçek anlamda ölüm cezası verilmesini destekleyen birçok teologlar arasında, Martin Luther ve Jean Calvin de vardır¹⁹.

II. CADİ KİMLİĞİNİN BELİRLENMESİ

Cadı yargılamaları rasyonalizmden kopuşun, akıl ile açıklanamayan inançların “hukuki” karşılık bulabilecek hale gelmesinin bir örneği olmakla birlikte aynı zamanda ayrımcılık ve marjinalleştirimin de üst düzeyde yaşandığı bir sürece işaret etmektedir. Yargılamaların konusu akıl dışıdır ve

¹⁶ Martin, s. 33.

¹⁷ Gemalmaz, s. 179.

¹⁸ Harris, Marvin (çev. Fatih Gümüş): İnekler, Domuzlar, Savaşlar ve Cadılar, İmge Kitabevi, Ankara 1995, s. 197.

¹⁹ Bkz. Crow, s. 255-256.

bu akıl dışı konunun öznesini bulmak, belirli gruplara karşı ayrımcı tutumu da beraberinde getirmek zorundadır. Cadı yargılamalarında cinsiyete dayalı ayrımcılık ve sosyo-ekonomik statüye dayalı ayrımcılıktan beslenildiği göze çarpmaktadır. Bu iki belirleme zorunlu unsurlar olmasa da çoğunlukla cadı kimliğinin buna göre şekillendiği görülmektedir.

A. Cinsiyete Dayalı Belirleme

Kilise hukukundan bahsederken ayrıca vurgulanması gereken nokta, Kilise'nin sadece erkekler tarafından yönetildiğidir. Kilise hiyerarşisinde tek bir kadının dahi yeri yoktur²⁰. Buna karşın kadınların içerisinde yer almaları Kilise örgütlenmesinin ve diğer dini örgütlenmelerin kuralları, onların hayatlarını önemli ölçüde etkilemektedir.

Orta Çağ Avrupası'nda özellikle tarikat liderleri, kadınların yaşam tarzlarıyla yakından ilgililerdir. Kadınlar, çocukluklarından itibaren ancak dini kurullarla sınırlandırılmış alanlara sahip olabilmişlerdir. Kadınların sokağa çıkmaları, kıyafetlerinin dikkat çekici olması, davetlere katılmaları, dans etmeleri hatta ev dışında gülmeleri hoş karşılanmamış ve bunların yasaklanması dahi gündeme gelebilmiştir; çünkü bu tip durumlarda erkeklerin bakışlarının kadınlara yönelebileceği düşünülmüştür ve bu durumda suçlu olan kadındır²¹. Dolayısıyla Kilise örgütlenmesinde yer alması mümkün olmayan kadınlar, olağandışı şekilde dini kaygılardan oldukça fazla etkilenmiş ve gündelik yaşama ilişkin yasaklar söz konusu olduğunda dikkate değer hâle gelmişlerdir.

Feodal sistemde önemli olan soyluluk, kadınlar için de bir avantaj niteliğindedir. Cinsiyet ayrımı temel bir unsur olarak var olsa da aristokrat sınıfın, yani soylu erkeklerin ve kadınların hukuku erkekler için olduğu gibi kadınlar için de geçerlidir²². Hiyerarşik konum olarak kraliçeler, prensesler ve soylu kadınlar diğer tüm kadınlardan ayrılmaktadır. Soylu kadınlarla diğer kadınlar arasında ayrım olmasına karşın aslında Orta Çağ'ın kadın imgesi bütün kadınları kapsamaktadır. Sosyal statüsü ne olursa olsun tüm kadınlar, fiziksel olarak zayıf, ahlaki bakımdan kırılabilir, her zaman erkek tarafından korunmaya muhtaç ve kendisini günahahtan sakınması gereken

²⁰ **Bendason**, s. 27-28.

²¹ **Genç**, Özlem: "Ortaçağ Avrupasında Kadın", Ortaçağda Kadın, Ed. Altan Çetin, Lotus Yay., 2011, s. 243.

²² **Bloch**, Marc (çev. Mehmet Ali Kılıçbay): Feodal Toplum, Savaş Yay., Ankara 1983, s. 407.

varlıklar olarak görülmektedir²³. Yine de kırsal kesimde yaşayan ya da kentte yaşamakla beraber evden çıkmayan ve ekonomik gücü olmayan kadınların günlük yaşantıları, soylu kadınlara nazaran çok daha zordur. Bu dönemde çoğu kadın okuma yazma bilmemekte, ruhban dilini anlamamaktadır. Kadınlar genellikle, sadece ev işleriyle uğraşmak zorunda oldukları için de bu durum, olağan karşılanmaktadır. Orta Çağ'ın başlarında, sadece ev içerisinde kendilerine yer bulabilen kadınlar, zamanla kocalarına yardım etmek üzere tarlalarda çalışmaya başlamış, çağın sonlarına doğru ise ayrı ticari işlerle uğraşma imkânı bulmuşlardır. Kadınların kendi başlarına çalışmaları hatta loncalar kurmaları söz konusu olmuşsa da bu gelişme, erkeklerin baskısına maruz kalmış ve uzun vadeli olamamıştır²⁴.

Kadınların günlük hayatlarına getirilen kısıtlamalar ve genellikle ev içerisinde yer almaları, onların toplumsal statüleri konusunda fikir vermektedir. Nitekim Orta Çağ Avrupası'nda kadınların, toplumun ya da krallığın yönetiminde bulunmaları yani siyasi ve idari görevler üstlenmeleri söz konusu değildir. Kadınlar, kutsal ya da politik görevler alamamakta, askeri bir amaca hizmet edememekte, hâkim ya da avukat olamamaktadır²⁵. Kadınların resmi bir otoriteye sahip olmaları ve meşruiyet kazanmış bir güç edinmeleri mümkün değildir; ancak bu durum, onların sosyal hayatta tamamen güçsüz olduğunu da göstermemektedir. Kadınlar, kocaları üzerinden bir sosyal statüye ve dolayısıyla güce sahip olabilmişlerdir. Kralın karısı, köylü bir adamın ya da kentli bir adamın karısı olarak kadınların, bağımsız şekilde değil ama kocalarının varlığı üzerinden güç sahibi olabilmeleri mümkündür²⁶. Evlilik, çıkar birliği olarak görüldüğü gibi kadınlar için ayrıca önemlidir; çünkü onlar için evlilik, adeta bir koruma kurumu niteliğindedir²⁷. Bu dönemde, kadınların bekâr, evli ya da dul olmaları oldukça önemsenen ve kadınların sınıflandırılmasına neden olan bir konudur. Soylu kadınların evlilikleri ise özellikle önemsenmektedir.

Asalet sahibi kadınlar, ailesinin uygun gördüğü evliliği gerçekleştirmek, *vassalın*²⁸ ya da prensin onuruna yakışan erdemli bir yaşam sürmek

²³ **Akkaya Kia**, Rukiye: "Atina'daki Demokrasiden Orta Çağ'a Kadının Dünyası ve Kadın Filozoflar", İÜHFM, C. LXXIII, S.1, 2015, s. 14.

²⁴ **Genç**, s. 242-243.

²⁵ **Genç**, s. 253.

²⁶ Bkz. **Bardsley**, Sandy: *Women's Roles in the Middle Ages*, Greenwood Press, London 2007, s. 193-209.

²⁷ **Bloch**, s. 175.

²⁸ Vassal, senyörle arasında biat ilişkisi bulunan, senyörün emrindeki kişidir. Vassalite, feodalizmin üst sınıflara özgü bir tabiiyet ilişkisi olarak nitelendirilebilir, bkz. **Bloch**, s. 186-188.

zorundalardır. Kocanın ölümü dolayısıyla *fief'in* kadına miras kalması ise endişe ile yaklaşılacak bir konudur. Feodal ilişkilerden kadın tamamen dışlanmıştır, zira asalet derecesi ne olursa olsun hukuki ilişkilerdeki özel bir bağ olan *fief'in* tarafı, bir kadın olamaz. Bununla birlikte bölgesel olarak miras yoluyla *fief* sahibi olan kadınlara da rastlanabilmektedir; ancak miras yoluyla kazanılan *fief* erkeklere tanınan hakları kapsamamaktadır. Kadın, *fief'ten* doğan sorumluluklarla yükümlüdür ve bunun anlamı, işleri akde uygun idare edebilecek bir erkek bulmaktır. Söz konusu erkek, kadının değil fakat kralın ya da *fief'i* veren efendinin rızasını almak durumundadır. Ayrıca *fief* sahibi dul bir kadının tekrar evlenmesi konusunda, kralın kesin yetkisi vardır. Erkeğin malvarlığının ve unvanının en azından kadınıkiyle eş olması beklenmektedir. Kralın onayı olmaksızın evlenme ise haklı savaş nedeni olarak görülür. Savaşa karar verme yetkisi ise bu kez kralda değil Kilise'dedir. Dul bir kadının evlenmesi bu şekilde kralın ve Kilise'nin onayına tabi kılınmıştır. Bu zorunluluklarla beraber yine de ne yeni koca ne de ondan doğacak erkek çocuklar ölen *vassalın* mirasçısı olabilmektedir. Böylece kadına miras kalan *fief'in* denetimi, gözetimi ve akıbeti efendinin rızasına bırakılmıştır²⁹.

Orta Çağ Avrupası'nda kadınların ekonomik, sosyal ve siyasal bakımından toplumda bağımsız bir yeri olmadığı görülmektedir. Kadınlar kamu- sal ve resmi görevler üstlenememektedir; ancak kadınlar sosyal statü ve güç bakımından kiminle evli olduklarına göre güç sahibi olabilmekteledir. Sözü edilen bu güç ve kadının bir şekilde üretime katılması olgusu hep kocası aracılığı ile olmaktadır. Dolayısıyla Orta Çağ Avrupası'nda, bazı bölgesel farklılıklar görülmekle birlikte, genel itibariyle kadının ne siyasal varlığı ne de erkekten bağımsız olarak sosyal ve ekonomik varlığı kabul edilmiştir. Bu anlayış, dönemin siyasal düşüncesine yön veren düşünürlerinin görüşlerine de yansımış ve onlardan destek bulmuştur. Dönemin kadınlara biçtiği cinsiyet rolleri, zayıf ve günaha yakın kadın algısı, düşünürler ile toplumun bunlara sunduğu katkı, cadı avlarındaki kurbanın belirlenmesinde kadınları en kolay ulaşılabilir grup hâline zaten getirmiş durumdadır.

Nitekim cadı yargılamalarında, dönemin kadın algısına ve kadınların statüsüne bakıldığında şaşırtıcı olmayacak biçimde, yargılananların çoğu kadındır. Esasen erkek cadıların ve hatta çocuk cadıların da olduğu görülmektedir. Özellikle 14. yüzyılda erkek cadıların sayısının kadın cadı sayısına yakın olduğu söylenmektedir; ancak kadınlar her zaman bu konuda ön plandadır. Akıl dışı inanışların kaynaklık ettiği yargılamalara dayanak teşkil edebilecek güçteki suçlanma literatürü de kadınlar için hazırdır. Bu litera-

²⁹ Akkaya Kia, s. 15-16.

türün gelişimde, St. Augustinus ve Thomas Aquinas'ın görüşleri önemli bir hazırlık sürecini tamamlamış, *Cadı Çekici - Malleus Maleficarum* ile ise hedefte suçlanması kolay kadınların yer aldığı cadı avlarının el kitabı ortaya konulmuştur.

1. Saint (Aziz) Augustinus (354-430)

St. Augustinus, Âdem ile Havva hikâyesi ve ilk günaha ilişkin görüşleriyle tarihte önemli bir yer edinmiştir. Batı kültüründeki ilk günah anlayışı, büyük ölçüde St. Augustinus'un görüşlerine dayanmaktadır. Öne sürdüğü fikirlerle St. Augustinus, Hıristiyan kültürünün oluşumuna etki etmiş ve ataerkil düzenin devamını sağlamıştır³⁰. St. Augustinus'un görüşleri, Katolikler için özellikle etkili olsa da Katolik olmayan Hıristiyanlar tarafından da paradoksal olarak yorumlanmış ve reform düşüncesine başlangıç noktası olmuştur³¹. Dolayısıyla St. Augustinus'un kadın ve erkeğe biçtiği roller ve kadını sosyal hayatta konumlandırışı, hem kendi dönemi hem de sonraki dönemlerdeki yorumlanışı bakımından önemlidir.

St. Augustinus, kadının nasıl ve neden yaratıldığına dair görüşlerini *Tanrı Devleti* adlı eserinde açıklamaktadır. St. Augustinus, kadını, erkeğe tabi ve onun yardımcısı olan bir varlık olarak betimler. Tanrı, kadını erkeğe soyunun devamını sağlmasına yardımcı olması için ve yine erkeğin kemiğinden yaratmıştır. Dolayısıyla tüm insan soyu aslında bir erkekten türemiştir³². Burada dikkat çeken husus, kadının aslında erkeğe doğrudan bir yardımcı ya da yoldaş olarak dahi yaratılmadığıdır. Kadın, erkeğe sadece "türünün devamı" için yardım edecektir³³. Çocuk doğurmak için dünyaya getirilen kadın, St. Augustinus'un ilk günaha ilişkin açıklamalarında ise erkeği günaha sürükleyen bir baştan çıkarıcı olarak görülür. Âdem ve Havva ilk günahı işleyip cennetten kovulmuşlardır ve tüm insanoğlu bu günahı onlardan miras almıştır³⁴. İlk günahın işlenmesi ve insanın cennetten kovulması,

³⁰ **Demir**, Nazlı Hilal: *Feminist Perspektiften Düşünce Tarihinin Köşe Taşları ve İdeal Bir Hukuk Arayışı*, On İki Levha Yay., İstanbul 2017, s. 63.

³¹ **Bonaiuti**, Ernesto (çev. Giorgio La Piana): "The Genesis of St. Augustine's Idea Of Original Sin", *The Harvard Theological Review*, Vol. 10, No:2, 1917, (Cambridge University Press on behalf of the Harvard Divinity School), s. 159.

³² **Agonito**, Rosemary: *History of Ideas on Woman*, Capricorn Books, C.P. Putnam's Sons, New York 1977, s. 75-76.

³³ Bkz. **Berktaş**, Fatmagül: *Tek Tanrılı Dinler Karşısında Kadın Hıristiyanlıkta ve İslamiyette Kadının Statüsüne Karşılaştırmalı Bir Yaklaşım*, 6. Basım, Metis Yay., İstanbul 2016, s. 105.

³⁴ **Demir**, s. 64.

Tanrı tarafından yasaklanmış ağacın meyvesinin yenmesi ile gerçekleşmiştir³⁵ ve bu hikâye yılanın Havva'yı aldatması ile başlamaktadır.

St. Augustinus'a göre, yılan aldatmak için öncelikle kadını tercih etmiştir; çünkü insan türünün aciz olan tarafı kadındır. Böylece yılan, önce kadını etkileyerek bütünü kademeli olarak ele geçirecektir. Bu sırada yılan, erkeğin kadına çabucak inanacağını ise tahmin etmemektedir. Kadın, yılanın sözlerinin doğru olduğunu kabul etmiştir ve ona inanmıştır. Erkeğin ise tek eşinden yani kadından ayrılması mümkün değildir. Dolayısıyla Âdem, Şeytan'ın sözüyle aldatılmamışsa da kadınla beraber günaha ortaklık etmiştir; ancak ondan daha az günahkâr da değildir³⁶. Kadın yılanın kendisini kışkırtmasını, günahına mazeret olarak göstermektedir. Erkekse bahane olarak kadını öne sürmektedir. Bu söylenenlerde af dileme, yalvarma yoktur. Kadın günahını yılan, erkek günahını kadına yönlendirmektedir. Kadın, yılanı ikna olarak erkek ise kadının teklifi üzerine günah işlemiştir³⁷.

St. Augustinus, erkeğin kadın tarafından yönlendirilen bir günaha girdiğini söylese de onun masum, kadınınsa günahkâr olduğunu iddia etmemiş, her ikisini de Tanrı karşısında suçlu bulmuştur. Bu yaklaşımla St. Augustinus, Tanrı karşısında erkek ve kadını bir anlamda eşitlemiştir; ancak St. Augustinus, yılanın önce kadını tercih ettiğini söylerken onu insan türünün aciz tarafı olarak görmüş ve erkekten aşağı olduğunu baştan kabul etmiştir. St. Augustinus, alt akıl – üst akıl ayrımı yaparken, ezeli ve ebedi şeylerin üst akılla, geçici cismani şeylerin ise alt akılla kavrandığını belirtir³⁸ ve dolayısıyla St. Augustinus'un bu açıklamalarından kadını üst aklı iyi kullanamayan bir varlık olarak gördüğü sonucuna varılabilir; çünkü ona göre kadın, insan türünün çabuk aldanana, kandırılan yani aciz ve zayıf olan tarafıdır.

St. Augustinus'un siyasal düşüncesinde kadınların statüsü aslında belirsizdir. Kadınlar bir taraftan erkeklerle eşit kabul edilirken başka bir taraftan da erkekten aşağı görülür. Bu ikilemi yaratan onun düşüncesindeki Tanrı devleti ve insan devleti ayrımıdır. Kadın ve erkek, Tanrı devletinin eşit üyeleridir; ancak insan devletinde kadınlar ikincil statüdedirler³⁹. St.

³⁵ **Saint Augustine** (çev. Marcus Dods): The City Of God, Digireads.com Publishing, 2015, Kitap XIV, Bölüm 13.

³⁶ Bkz. **Agonito**, s. 77.

³⁷ **Saint Augustine**, The City Of God, Kitap XIV, Bölüm 14.

³⁸ St. Augustinus'un alt-üst akıl ayrımı için bkz. **Bravo**, Hamdi: "Augustinus'un Varlık ve Bilgi Görüşü", SDÜ Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı:15, Mayıs 2007, s. 123-126.

³⁹ **Tannenbaum**, Donald G./**Schultz**, David (çev. Fatih Demirci): Siyasi Düşünce Tarihi Filozoflar ve Fikirleri, 9. Baskı, Adres Yay., Ankara 2010, s. 114-115.

Augustinus, Tanrı karşısında cinsiyet farkı olmadığını şu sözlerle açıkça ifade etmektedir: “Çünkü sen insanları erkek ve kadın olarak yarattın, senin ruhani inayetinde herkes birbirine eşit, bu yüzden erkek ve kadın arasında cinsiyet farkı yok, tıpkı Yahudi, Yunan, köle ya da özgür arasında bir fark olmaması gibi.”⁴⁰ Ayrıca St. Augustinus, çelişkili açıklamaları da olmakla beraber *Tanrı Devleti’nde* kadını ayrı tutmadan tüm insanoğlunun Tanrı’nın suretinde yaratıldığını söylemektedir⁴¹. Tanrı devletinde bu şekilde kadın ve erkeği eşitleyen St. Augustinus’un maddi yaşama yani insan toplumuna gelindiğinde ise kadın-erkek rollerini ve statülerini tamamen ayırdığı görülür.

St. Augustinus’a göre insan toplumunda kadınların üçlü rolü vardır: Baştan çıkarıcı kadınlar, eş olan kadınlar ve anne olan kadınlar. Bu rollerin her biri, kadının toplumdaki statüsünü belirleyen araçlardır. Baştan çıkarıcı kadın, Şeytan’ın günahlarına araç olmuştur; eş olan kadın, ailenin yöneticisi olan kocasının aracıdır; anne olan kadın ise diğerlerinden çok daha farklı konumdadır; çünkü anne olan kadın, Tanrı’nın yaratıcılığının aracıdır. Kadın çeşitli şekillerde lanetlenebilir ya da kutsanabilir. İnsan devletinin bir üyesi olarak kadın, cinsel bir obje olarak işlev gördüğünde lanetlenir; fakat kadın, Tanrı devletindeki doğal rollerinde bulunduğu yani St. Augustinus’a göre, kocasına hizmet edip çocuklarıyla ilgilendiğinde kutsanır⁴². St. Augustinus, kadınların anne ve eş rollerine verdiği önemi ve bu rollere atfettiği kutsallığı, kendi hayatını anlattığı *İtiraflar* adlı eserinde, annesinden bahsederken açıkça ortaya koymaktadır. Annesinin Tanrı’ya yakarılarıyla ruhunun karanlıktan kurtulduğunu söyleyen St. Augustinus, annesinin Tanrı’nın sadık ve en sevilen kullarından biri olduğunu sık sık söyler; onun kendisi için yakarılarını, bir bakıma çelişkiye düşerek, *Tanrı Devleti’nde* erkeği günaha sürüklediğini söylediği Havva’nın mirası olarak görür⁴³. St. Augustinus’a göre annesinin ettiği dualar ve yakarıları, onun Tanrı’nın yoluna girmesinde oldukça etkili olmuştur. Bu dualardaki isteklerin kat kat fazlasının kendine bahşedildiğini söyleyen St. Augustinus, Tanrı’nın kendisini yoluna döndürdüğünü, bir daha evlenmeyi düşünmeyecek, bu dünyaya ilişkin tüm beklentilerini bir kenara atacak ve iman tahtasında hiç sendelemeyecek kadar duaların kabul olduğunu belirtir. Annesi bunu zaten yılar önce rüyasında görmüştür⁴⁴.

⁴⁰ St. Augustinus (çev. Çiğdem Dürüşken): *İtiraflar*, Alfa Yay., 2014, s. 619.

⁴¹ Bkz. Saint Augustine, *The City Of God*, Kitap XII, Bölüm 21, 23.

⁴² Agonito, s. 74.

⁴³ Bkz. St. Augustinus, *İtiraflar*, s. 121-123, 187.

⁴⁴ St. Augustinus, *İtiraflar*, s. 332.

St. Augustinus, hayatını anlatırken annesinden sıkça bahseder ve onu överken annesinin Tanrı'ya itaatkârlığına bir örnek olarak da şu ifadeleri kullanır: “Evlilik çağına geldiğinde kocaya ve o andan itibaren kocasına efendisi gibi hizmet etmiş. (...). Sadakatsizliklerini bile hoş görebilmiş, bu konuda kocasına tek laf etmemiş. Çünkü hep onun üzerine yağdıracağıın merhametini beklemiş, gün gelir sana inanır da iffetli bir adam olur umuduyla. (...). Daha kibar beylerle evlendikleri halde yedikleri dayaktan yüzleri gözleri tanınmaz hale gelmiş kadınlar vardı. Ne zaman bir araya gelip dostça sohbe başlasalar bunlar hep kocalarının davranışlarından şikâyet ederlerdi. Annem şakayla karışık onları uyarır, sonra ciddileşip böyle konuşmalarını söylerdi, evliliğe adım atıp da evlilik akdinin kuralları kendilerine okunduğu ve kendileri de bu kuralları kabul ettikleri ve dolayısıyla kocalarının malıymış gibi onların hizmetine verildikleri anda, artık tartışılacak bir meselenin kalmadığını belirtirdi. Ona göre o andan itibaren her kadın kendi konumunu bilmeli ve kocasına asilik etmemeliydi. (...). Annemin öğütlerini dinleyenler, kazandıkları tecrübelerden dolayı hep gelip ona teşekkür etmiş, dinlemeyenlerse dayağa talim etmiştir.”⁴⁵ St. Augustinus'un bu açıklamalarından anlaşılacağı üzere, eş olan bir kadının kocasına itaati son derece önemlidir ve bu bir erdem olarak görülür. Kadınlar için doğru olan sabretmek, kocalarının malı olduklarını kabul etmek ve onlara hizmet etmektir; aksi takdirde dayak, kadın için kaçınılmazdır.

St. Augustinus'un erkeğe ailede biçtiği roller, kadına olan yaklaşımıyla uyum içerisindedir. Özel yaşamın huzurlu bir şekilde ilerlemesi, ailenin uyumlu olabilmesi için kurallar gerekir ve bunun için kadınlar kocalarına, çocuklar ebeveynlerine, köleler efendilerine itaat etmelidir. Hem doğal yasaların hem de sosyal kuralların gereği, evin yöneticisi erkek olmalıdır. Böylece St. Augustinus, erkeği *paterfamilias* olarak evin hiyerarşisinde en başa yerleştirir⁴⁶. Görülüyor ki kadın ve erkek arasında köle-efendi ilişkisi yaratan, bunun doğal bir sonucu olarak kadının malvarlığı üzerinde de erkek hâkimiyetini gerekli bulan St. Augustinus, döneminin koşullarında konumu hiç de iyi olmayan kadınların daha da etkisiz hâle gelmelerini ve erkeğe bağımlı bir konumda olmalarını savunmuştur⁴⁷.

Bahsedilenlerin yanı sıra, St. Augustinus'un Tanrı katında kadın-erkek, köle-efendi ilişkisinin kalmadığını söylemesi, kadını ayrı tutmadan tüm insanoğlunun Tanrı'nın suretinde yaratıldığını düşünmesi, ilk günaha ilişkin

⁴⁵ St. Augustinus, İtirafı, s. 358-360.

⁴⁶ Bkz. Saint Augustine: The City Of God, Kitap XIX, Bölüm 14; Agonito, s. 79.

⁴⁷ Bkz. Demir, s. 71-72.

olarak kadın ve erkeğin günahının ortak olduğunu belirtmesi, onun kadını erkekle eşitlediğini düşündürebilmektedir; ancak St. Augustinus'un bu görüşleri tamamen uhrevi düzlemde kalmaktadır. Hatta Tanrı gözünde dahi kadının kutsanması, kocasına itaatine ya da anne olmasına bağlanmıştır. Sosyal, ekonomik ve siyasal statü bakımından ise kadınlar için baştan çıkarıcı ve acizlik sıfatları ön plana çıkmakta, evli kadın için kocanın malı olduğunu kabullenmesi önemsenmekte ve bu gerekler yerine getirilmediğinde, kadına uygulanan şiddetten dahi kadın sorumlu görülmektedir. Bu değerlendirmelerle beraber, St. Augustinus'un kadına dair düşünceleri bütün olarak ele alındığında, bir eşitlik düşüncesinin ortaya çıktığını söylemek mümkün olmamaktadır. Aksine bu görüşler özellikle St. Augustinus tarafından çizilen "ideal kadın" resminin dışına çıkan kadınlar bakımından oldukça zor koşullar doğurabilecek niteliktedir. St. Augustinus'un görüşlerinin kadına çabuk kanan, baştan çıkarıcı, aciz, Şeytan'a uyan gibi vasıflar yüklemesi, cadı yarğalamalarına giden süreçte cadı kimliğinin belirlenmesi ve suçlamaların düşünsel bir zemine kavuşturulabilmesi için dayanak oluşturabilecek niteliktedir.

2. Thomas Aquinas (1225 - 1274)

Aquinas'ın yaşadığı dönemde kentlerin canlandığı, Hıristiyan teolojisinin ise kültürel bir dönüşüm geçirmeye başladığı görülür. Bahsedilen dönüşümün merkezi ise giderek manastırların yerini almaya başlayan üniversitelerdir. İlk üniversitelerde, gramer, retorik, mantık, aritmetik, astronomi, müzik gibi temel bilimlerin yanında bilimlerin kraliçesi olarak adlandırılan kilise hukuku ve teoloji okutulmaktadır. Ders programı ise daha çok Latinceye yeni yeni çevrilmeye başlayan Antik Çağ metinlerine fakat özellikle de Aristoteles'in çalışmalarına dayanmaktadır. Üniversitelerde gelişen Aristotelesçi eğilim neticesinde Hıristiyan teolojisi Platoncu çerçeve yerine Aristotelesçi temeller üzerinde yeniden şekillenmeye başlamıştır. Akıl ve vahiy arasındaki ilişkiler yeniden değerlendirilmiş, bununla beraber Kilise'nin siyasete yaklaşımı da değişime uğramıştır. Bu durumun en önemli yansıması ise Aquinas'la beraber Aristoteles ile Hıristiyan teolojisinin sentezinin yapılması olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁸. Bundan dolayı Aquinas'ın kadınlara ilişkin görüşleri, *Summa Theologica* adlı eserinde olduğu gibi, Yahudi-Hıristiyan düşüncesi ile Yunan geleneğinin başarılı bir bileşimini oluşturmaktadır⁴⁹.

⁴⁸ **Ağaoğulları**, Mehmet Ali: Sokrates'ten Jakobenlere Batı'da Siyasal Düşünceler, 3. Baskı, İletişim Yay., İstanbul 2012, s. 256-257.

⁴⁹ **Agonito**, s. 81.

Aquinas'a göre, evrenin yaratılışını bizzat kendi iradesine bağlayan Tanrı, evrendeki farklılıkları ortaya koyma eğilimindedir. En altta dört ögenin bulunduğu varlık tasarımı, bitkiler sonra hayvanlar, sonra insanlar, daha sonra melekler ve en üstte ise Tanrı bulunmaktadır. Bu tasarıma bakıldığında Aquinas'ın insanların cinsiyeti bakımından hiyerarşik bir ayrıma gitmediği düşünülebilir; ancak Aquinas genel olarak tüm canlılar fakat özel olarak da insanlar bakımından bir farklılık ve çokluktan bahsetmektedir. Bunu, form denilen göstergeye bağlar. Buna göre, dünyadaki varlıklarda yaşamsallığını devam ettirme güçleri bakımından etkin ve edilgin güçlere sahip olma durumu söz konusudur. Yetkin hayvanlar içinde üremenin etkin gücü erkek, edilgin gücü ise dişi cinse aittir. Aquinas bitkiler için ise üremenin onlardaki en yüksek yaşamsal işlev olduğunu ileri sürer; fakat insanlar bakımından bu durum kabul edilemez. Ona göre üreme, insanlar için de önemlidir; fakat en önemli işlev, zihinsellik. Tam olarak bu noktaya gelindiğinde, insanlar arasındaki farklılık da ortaya çıkar. Aquinas'a göre erkek, yalnızca üreme için dişi ile birlikte olur ve bunun dışında sözü edilen beraberlik devam etmez. Zihinsel uygulama sadece erkeğe verilmiş bir yetidir. Dolayısıyla erkeğin, üreme işini üstlenen kadından daha yüksek bir konumda olması doğaldır⁵⁰.

Aquinas'ın kadına bakışı, *Summa Theologica*'da kadına ilişkin sorduğu sorular ve bu sorulara verdiği cevaplarla ortaya çıkmaktadır. Aquinas'ın soruları dört başlık altında toplanmaktadır: İlk şeylerin yaratılmasında kadının da yaratılmasının gerekip gerekmediği, kadının erkekten yaratılıp yaratılmadığı, bunun erkeğin kaburga kemiği olup olmadığı ve kadının Tanrı tarafından doğrudan doğruya yaratılıp yaratılmadığı⁵¹.

Aquinas ilk soruya verdiği cevapta, kadının sadece üreme için erkeğe yardımcı olduğunu, yoksa diğer başka konularda kadına göre bir başka erkeğin daha verimli bir yardımcı olabileceğini söylemektedir. Bu noktada aktif ve pasif güç ayrımı yapan Aquinas, hayvanlardan örnek vererek aktif gücün erkekte, pasif gücün ise dişide olduğunu belirtir. İnsanın hayvan ve bitkiden farkı ise ona daha yüce bir yaşamsal işlevin bahşedilmesidir. Bu yüce işlev, insanın sahip olduğu zihinsel ve entelektüel yetidir. Dolayısıyla insanlar için iki ayrı gücün oluşumunun sebebi, çok daha büyüktür. Her ne kadar neslin devamı için birleşecek olsalar da dişi, erkekten ayrı olarak

⁵⁰ Akyol, Faruk: "Ortaçağdan, Kadından", Kadın Araştırmaları Dergisi, Sayı:4, 1996, s. 19-20.

⁵¹ Bkz. Aquinas, Thomas: *Summa Theologica*, Translated by Fathers of the English Dominican Province, Published by Seltzer Books, 1974, Bölüm 1, Soru 92.

yaratılmalıdır. Her şey ilk kez şekillendiğinde kadının erkekten yaratılması, onun için en uygun olandır. Aquinas'a göre kadının erkeğin kaburga kemiğinden yaratıldığı doğrudur. Tanrı, doğanın yazarıdır ve tek başına doğanın olağan seyrine müdahale edebilir. Dolayısıyla Tanrı tek başına, bir erkeği topraktan ya da bir kadını erkeğin kaburga kemiğinden yaratabilir⁵².

Aquinas, erkekleri zihinsel olarak güçlü ve insan türünün aktif tarafı olarak görmektedir. Dolayısıyla sadece erkeklerin doğru kararlar alabileceğini ve bu nedenle yönetebilme kabiliyetinin onlarda olduğunu düşünmektedir. Erkekler, iradelerini kontrol altına alabileceklerinden dolayı doğalarına aykırı hareket etmeyecek ve evrensel yasalara uygun davranacaklardır. Aquinas'a göre, erkekler güçlü akılları yoluyla evrensel yasaların bilgisine ulaşabilirler. Kadınların ise zayıf ve kontrol edemedikleri iradeleri nedeniyle bu yasaların bilgisine ulaşması oldukça zordur. Aquinas kadınlara ilişkin yaptığı açıklamalarla, onları erkeklere nazaran güçsüz ve zayıf iradeli olarak gördüğünü açıkça ortaya koymuş ve doğal hukuku erkeklerin ihtisas alanı olarak belirlemiştir⁵³. Aquinas'ın bahsi geçen açıklamalarına göre, eğer biri Şeytan'la işbirliği yapacak, Tanrı yolundan sapacak, entelektüel bilgiden uzak olarak büyücülük suçu işleyecek ve nihayetinde cadı kimliğine sahip olarsa bu kimsenin bir erkekten çok kadın olması beklenir.

3. Cadı Çekici - Malleus Maleficarum (1486)

Cadı Çekici - Malleus Maleficarum'un yayımlandığı döneme kadar belirli bir kesimin ayrıcalıklı üyelerinin tekelinde olan cadıları takip, sorgulama, yargılama ve infaz süreci ilk defa herkesin ama özellikle de taşra rahiplerinin anlayabileceği bir dille kaleme alınmıştır. *Cadı Çekici - Malleus Maleficarum*'un kadının erkekten, zihinsel ve ahlaki açıdan zayıf olduğu gibi tanımlamalar yapması, cadı avlarının yaygınlaşmasında etkili olmuştur. 15. yüzyılda ağırlık kazanan bu yargının sürekli yinelenmesi, takip eden iki yüzyılda cadı cinsiyetinin kadın olduğu yönünde önemli bir kabulü de beraberinde getirmiştir⁵⁴.

⁵² Aquinas: Summa Theologica, Bölüm 1, Soru 92, Madde 1, 2, 3, 4.

⁵³ Demir, s. 84.

⁵⁴ Akın, Haydar: Ortaçağ Avrupası'nda Cadılar ve Cadı Avı, Dost Kitabevi, 2001, s. 142; Cadı kimliğini ayrıntılandıran ve cadı avlarının el kitabı olarak görülen *Cadı Çekici - Malleus Maleficarum*'dan sonra ikinci bir cadı avı el kitabı Jean Bodin tarafından 1580 yılında kaleme alınmıştır. Bodin'in *Cadıların Şeytani Çılgınlığı Üzerine* adlı bu kitabında cadı kimliğinin ve onların infaz edilmesi gerekliliğinin üzerinde durduğu görülmektedir, bkz. Bodin, Jean (çev. Randy A. Scott): On the Demon-Mania of Witches, CRRS Publications, Toronto 1995, s.45-55; Denizarslanı, Yonca: "Revisiting

Avrupa'da cadıların kadın olması gerektiği konusunda esasen pek şüphe yoktur. Çok kadının olduğu yerde çok cadı olur. Erkekler, tıpkı İsa gibi Şeytan'a kapılmamayı başarabilirler; ama kadınlar için durum böyle değildir. Onlar hem bedenen hem de zihnen daha zayıf oldukları için Şeytan'a kolayca yenik düşebilirler. *Cadı Çekici - Malleus Maleficarum*'u kaleme alan *Sprenger* ve *Kraemer*, kendilerinden önceki birçok Kilise babası gibi, kadınların kendi zayıflıklarından ve yönetme konumunda olmamaktan nefret ettikleri için daima aldatmaya yakın, kin dolu gizli bir düşman haline geldiklerini ve öç almak için büyücülük ile cadılığa başvurduklarını öne sürmüşlerdir. Kadınlar, meşru olarak sahip olamadıkları iktidarı ve gücü, Şeytan'la işbirliği yaparak kazanmaya çalışmaktadırlar⁵⁵.

Stringer'e göre, *Cadı Çekici - Malleus Maleficarum*, şüphesiz kadının ahlaksızlığı üzerine odaklanmıştır; ancak bununla beraber cadılığa ilişkin olarak geliştirilen birçok tez, bu özellikleri açık biçimde kadına değil "cadı" kimliğine yüklemektedir. Cadıların özellikleri genellikle kutsal görülen annelere atfedilen özelliklerin tam aksidir. Cadılar, Şeytan'ın emriyle ya da iksir elde etmek amacıyla bebekleri öldürür. Bu yaklaşımlar, cadı avının bir kadın avı olduğu savını güçlendirmekle beraber farklı bir bakış açısıyla yaklaşıldığında aslında cadılar, bebeklerin beklenmedik ve gizemli ölümlerine getirilecek açıklama için "günah keçisi" olarak hizmet eden kişilerdir. Çocuklarla en yakın olan ve onları en çok etkileme fırsatı bulanlar, yani anneler, hemşireler, ebeler ve hatta yaşlı komşular en kolay suçlanabilecek olanlardır. Kadınlarla ilgili inançlar, büyücülükle ilgili gelişen inançları oluşturmamış, aksine büyücülükle ilgili inançlar, kadınları suçlamak için kolay hedefler haline getirmiştir. Batı Avrupa, bir Hıristiyan topluluğudur ve Hıristiyanlığın düşmanı, Şeytan'dır. Şeytan'ın dünya üzerinde ajanları olduğuna inanılmaktadır. Bu ajanların, büyük bölümü ataerkil olan sosyal düzeni tersine çevirerek, Şeytan'a yardım edeceği ve Hıristiyan toplumunu yok edeceği iddia edilmektedir. Cadılar sadece ataerkilliğin düşmanı değildir, toplumun yok edicisi ve tüm Hıristiyanların düşmanıdır. Dolayısıyla aslında cadı avı, kadınlara karşı bir savaş değil ama Şeytan'a ve onun hizmetkârlarına karşı yürütülen bir savaş olarak algılanmaktadır⁵⁶.

Americanus Novus: Anglicization Crisis and Salem Witch Trials in Seventeenth Century New England", *Tarih İncelemeleri Dergisi*, XXXIV/2, 2019, s. 520; **Akkaya Kia**, s. 15.

⁵⁵ **Berktaş**, *Tarihin Cinsiyeti*, s. 219.

⁵⁶ **Stringer**, *Morgan Lindsey: A War on Women? The Malleus Maleficarum and the Witch-Hunts in Early Modern Europe*, Oxford 2015, s. 61.

Stringer'in cadı avları hakkındaki söz konusu tespitleri teorik anlamda, gerçekten çok da uzak fikirler olarak görünmemektedir. Neticede cadı avları, sadece kadınları etkilememektedir; bu suçlamalara maruz kalan erkekler ve hatta çocuklar da vardır. Kadınların bir “günah keçisi” olarak kolay hedef alınabileceği de kuşkusuz doğrudur; ancak cadı avları kadınlara karşı bir savaş değilse de pratikte bu görünümü almıştır. Yargılanan, suçlanan, yakılan birçok cadı zanlısı kadındır. Üstelik gravürlerde, resimlerde ve kitaplarda görülen simgesel cadı figürleri de kadın olarak tasvir edilmektedir. Dolayısıyla cadı avlarının doğrudan kadınlara karşı bir savaş olduğunu söylemek mümkün olmayacaksa da bu süreçten en çok kadınların etkilendiği ve yine bu süreçte en çok kadınların hedef alındığı da yadsınamaz bir gerçek olarak ortadadır.

Avrupa’da cadı avlarına ilişkin olarak yapılan araştırmalar, zaten yargılananların çoğunluğunun kadın olduğunu ortaya koymaktadır. Örneğin Essex’teki yargulamalarda cadılıkla itham edilen 291 kişiden 268’inin kadın olduğu anlaşılmıştır. New England’ın ünlü Salem cadı yargulamalarında da suçlanan 162 kişiden 120’sinin kadın olduğu bilinmektedir⁵⁷. Cadı avı vahşetinin mağdurları arasında erkekler, gençler, çocuklar olsa da özellikle belli bir yaş grubundaki kadınlar risk altında kalmıştır. Yaşları elli ila yetmiş aralığında olan evli ya da dul, “sivri dilli” olarak tabir edilen ve bağımsız hareket edebilen kadınlar, cadı avcılığının birincil hedefi halindedirler. Cadılıkla suçlanan erkeklerin çoğu ise kadın cadıların oğulları ya da kocalarıdır⁵⁸. Birçok farklı şekilde cadı olsa da simgesel cadı, büyücülükle suçlanan kadındır. Bu kadın, yüzü kırışmış, yaşlı, saçsız, çürük dişli, kısık gözlü, ince sesli ve küfreden biri olarak tasvir edilmektedir⁵⁹. Bu tasvir gravür, resim ve kitaplarla başlamış günümüzde ise filmlerde, reklam filmlerinde, bilgisayar oyunlarında, festivallerde kullanılan popüler bir figür haline gelmiştir.

B. Sosyo-Ekonomik Statüye Dayalı Belirleme

Toplumsal cinsiyet ayrımı, oldukça belirgin ve hatta olağanüstü biçim ve yöntemlerle cadı avları sürecinde kendisini göstermiştir. Buna karşın cadı avlarını ve cadı kimliğinin belirlenmesini sadece cinsiyet üzerinden değerlendirmek de yeterli görünmemektedir; çünkü cadılıkla suçlananların çoğunluğunun kadın oluşu gibi dikkat çekici birkaç nokta daha vardır. Cadılıkla suçlanan kişilerin toplumsal ve sosyal statüleri, yaşları, eğitimleri ve mes-

⁵⁷ **Berktaş**, Tarih Cinsiyeti, s. 221.

⁵⁸ **Gemalmaz**, s.182; **Berktaş**, Tarih Cinsiyeti, s. 221.

⁵⁹ Bkz. **Crow**, s. 273.

lekleri de benzerlik göstermektedir. Cadı yargılamalarında suçlanan kişilerin özellikle de kadınların meslekleri, eğitim durumları, ekonomik güçleri gibi konular incelendiğinde cadı kimliğinin belirlenmesinde cinsiyetin yanı sıra sosyo-ekonomik statünün de etkili olduğu görülmektedir.

Cadılıkla suçlanan kadınların toplumsal ve sosyal statülerine bakılırsa bunların oldukça azının yüksek sınıfa mensup olduğu görülür. Yüksek sınıfa mensup kadınların cadılıkla suçlanmaları da genellikle kocalarına yönelik siyasi tasfiye girişimleri sırasında, bu erkeklerin eşleri olmaları dolayısıyla söz konusu olmuştur. Dolayısıyla cadı avı vahşetinin en büyük ve asıl mağdurları, yoksul ve alt sınıfa mensup kadınlardır⁶⁰.

Sözü edilen durum reform sürecinde de belirginleşmiştir. Nitekim Martin Luther'in nazarında evlilik ve ileride "işçi olacak" çok sayıda çocuk dünyaya getirmek, kadınların Tanrı'nın buyruğunu yerine getirmelerinin en güzel yolu ve en kutsal görevidir. Cadı avı sayesinde yıkıcı potansiyelinden arındırılan kadın cinselliği, ancak üreme ve evlilik değerleri üzerinden yeniden iyileştirilebilir olarak değerlendirilmiştir. Hıristiyanlığın bekâret övgüsü ve çileciliğiyle karşılaştırıldığında şehvete çare olarak evlilik görülmüş ve kadınların toplumsal varlıklarının anne ve eş olarak belirlenmesi ile kapitalist ve kentli sınıfın kadın rolü kurumsallaştırılmıştır. Martin Luther'in rahibelere manastırlarını terk edip evlenmelerini salık vermesi, aynı zamanda yeni burjuvazinin bu konudaki tutumunu da açıkça ortaya koymuştur⁶¹.

Federici, bununla bağlantılı olarak cadı avlarını, toplumsal ve ekonomik özelleştirmenin etkili bir aracı haline getiren özgün bir ilişkinin var olabileceğinden bahseder. Buna göre, toprakların özelleştirilmesi yalnızca belirli tarihsel koşullar altında cadılara zulmedilmesine neden olmaktadır; ancak yine de komüniter rejimlerin dağılması ve bundan etkilenen topluluk üyelerinin şeytanlaştırılması arasında, cadı avlarını toplumsal ve ekonomik özelleştirmenin etkili bir aracı haline getiren özgün bir ilişkinin varlığından söz etmek mümkündür. Özellikle İngiltere'deki çitlemeler⁶² toprağın ticarileştirilmesini ve parasal ilişkilerin yaygınlaşmasını açıklar niteliktedir. Bu çitlemeler aynı zamanda cadı avlarında cinsiyete dayalı ayrımı da anlamlandırmaktadır; çünkü çitlemeler söz konusu ekonomik ilişkilerin kadınları ve erkekleri nasıl farklı şekillerde etkilediğini açık biçimde gözler önüne

⁶⁰ **Gemalmaz**, s. 183.

⁶¹ **Federici**, Silvia (çev. Bilge Tanrısever): *Cadılar, Cadı Avı ve Kadınlar*, Otonom Yay., İstanbul 2019, s. 47-48.

⁶² Buradaki anlamı, toprağın tekelleştirilmesini, yüksek kiralardan getirilmesini ve yeni vergi biçimlerini kapsar.

sermektedir. Ulaşılabilen mahkeme kayıtlarına göre, cadılıkla suçlananlar -ki çoğunlukla kadındır- mülksüzleşmenin kurbanı olarak görülür. Bununla beraber, Avrupa'nın diğer kısımlarında olduğu gibi İngiltere'de de cadı avlarının çoğunlukla kırsal bir olgu olduğu ve bir yönelim olarak çitlemenin olduğu bölgeleri etkilediği kabul edilebilir. En kanlı cadı avlarının yapıldığı yerlerden biri olan *Pendle Forest* yakınlarında çitlemeler, 1612 yılında gerçekleşmiştir ve cadıların önce sorgulanıp sonra idam edildikleri köye "*Fence (Çit)*" adı verilmiştir⁶³. İngiltere'deki çitlemeler, küçük toprak sahiplerinin topraklarının çevrelenmesini, çevrelenen toprakların birleştirilerek büyük çiftlikler haline gelmesini ve bu yolla oluşturulan büyük çiftliklerin özelleştirilmesi sürecini ifade etmektedir. *Federici'nin* bahsettiği üzere çitlemelerin olduğu bölgelerde cadı avlarının yaygınlaşması bir tesadüf olarak görünmemektedir. Nitekim çitlemeler ile yapılması planlanan özelleştirmeler, küçük topraklara sahip olanların cadılıkla suçlanması ile ya da başka bir deyişle bu kişilerin saf dışı bırakılması ile kolay hâle gelmektedir. Küçük toprak sahipleri cadılıkla suçlanır ve yargılanırsa, ellerinde olan topraklar herhangi bir direnişle karşılaşılmadan çevrelenebilir, büyük çiftliklere dönüştürülebilir ve sonunda ortaya çıkan bu büyük çiftlikler kolaylıkla özelleştirilebilir.

İngiltere'de 16. yüzyılda başlayıp 17. yüzyılda doruk noktasına ulaşan cadı yargılamaları, ekonomik ve toplumsal ilişkilerin, piyasanın artan önemi tarafından yeniden şekillendirildiğini, dahası yoksullaşma ve eşitsizliklerin artışının hızlandığı toplumlarda, yargılamaların ortaya çıktığını göstermektedir. Güney Amerika'dan gelen gümüşün etkisiyle de tahıl ve diğer tarım ürünlerinin fiyatlarının arttığı 1580-1620 yılları arasında her şey bir vahşete dönüşmüştür ve bu gelişmelerden en çok yaşlı kadınlar, özellikle de dul, çocuğu olmayan ya da çocuklarından yardım alamayanlar etkilenmiştir. Örfi hakların kaybıyla birlikte fiyatların da artması yüzünden bahsi geçen kadınların elinde yaşamlarını sürdürmelerini sağlayacak yeterli kaynak kalmamıştır. Oysa İngiliz kırsal toplumunun feodal ekonomisinde, dulların ve yoksul insanların ihtiyaçları genellikle karşılanmaktadır. *C. L'Estrange Ewen'in* 1563-1603 yılları arasında gezici mahkeme kayıtlarına geçirdiği cezaların en az üçte biri, domuzların, ineklerin, atların, beygirlerin ve kısırakların büyülenmesi ve bazılarının ölümüne yol açılmasıyla ilgilidir. Bu

⁶³ **Federici**, s. 31-33; Cadı avları ve büyücülükle ünlenen *Pendle Forest* bölgesinde birçok köylü tutuklanarak Lancaster Kalesi'nde mahkemeye çıkarılıyordu. Onlar ordayken kalenin patlatılacağı ve tutuklanmaya neden olan birinin öldürüleceği haberi alındı. Kalenin patlatılması önlendi; ancak kurban söylenilene göre büyü sebebiyle öldü. Cadılıkla suçlanarlardan biri hapis yatarken öldü, on sekizi ise idam edildi, bkz. **Crow**, s. 268.

suçlamalarda, cadıların yoksulluğu üzerinde durulmaktadır. Buna göre Şeytan, muhtaç oldukları bir anda kadınlara yanaşarak onlara muhtemelen et, giysi, para ve borçlarının ödenmesini teklif etmekte ayrıca bir daha muhtaç duruma düşmeyeceklerine dair onlara söz vermektedir⁶⁴.

Genellikle toplumsal ve ekonomik statü bakımından alt sınıfa mensup kadınların cadılıkla suçlanması, aynı zamanda bu kadınların daha çok yaşlı oluşlarıyla da bağlantılı olabilir. Neticede yaşlı kadınlar daha korumasız ve dolayısıyla kolay hedeflerdir. Bununla beraber daha çok yardıma muhtaç olanlar da yine bu yaşlı kadınlardır. Yoksul ve yardıma muhtaç insanların gereksinimlerinin karşılanması, feodal döneme özgü bir alışkanlık olduğundan, girilen yeni süreçte bu kadınların cadılıkla suçlanması onlardan kurtulmanın kolay bir yolu olarak görülmüş olabilir. Toplumsal, ekonomik ve siyasal düzenin değişim süreci aynı zamanda toplumsal hafızayı da zayıflatmayı gerektirir. Toplumsal hafıza aktarımını yapacak olan yaşlı kadınları, hedef hâline getiren unsurlardan birinin de bu çekince olması muhtemeldir.

Cadılık suçlamalarında alt sınıfa mensup ve yaşlı kadınların çokça tercih edilmesi yanında dikkat çeken bir diğer konu da ebe ya da şifacı olarak adlandırılan kadınların hedef alınmasıdır. Ebe ve şifacılar, özellikle hastalıklar ve çocuk ölümleri konusunda kolay suçlanabilir kişilerdir; fakat bunun tek neden olmaması ve maksatlı bir tercih olması da mümkündür.

Fransız kentlerinde 15. yüzyıldan, İngiliz kentlerinde ise 16. yüzyıldan itibaren ebe kadınlardan ayrıca kuşkulanılmaya başlanmıştır. Ebelerden büyü yapmayacaklarına dair özel olarak yemin etmeleri istenmiştir. Kilise'nin iddiasına göre, ebeler ya da şifa dağıtan ve bilge kadın olarak bilinen kadınlar, hastalıkları iyileştirebilir; ancak bu, Şeytan ile yapılan işbirliğinin bir sonucudur. *Cadı Çekici- Malleus Maleficarum*'da Katolik inancına ebelerden daha fazla zarar veren kimsenin olmadığı belirtilmektedir. Bu kitap şifa verme statüsü ile formal tıp eğitimi almış olmayı birbirine bağlar. Oysa tıp eğitimi, Kilise'ye bağlı üniversitelerde verilmektedir ve kadınlar üniversitelere alınmamaktadırlar. Dolayısıyla eğitim görmemiş ve görmesi de mümkün olmayan bir kadın, şifa vermeye kalkışırsa onun cadı olduğuna hükmedilir ve sonuçta ölümle cezalandırılır. Buradan yapılabilecek bir çıkarım, cadı avı vahşetinin önemli bir boyutunun Kilise'ye bağlı üniversitelerde eğitim almış erkek doktorların, geleneksel kadın ebe ya da şifacı rekabetinden duydukları tehdit olduğudur⁶⁵. Cadı avlarında ebelere ve şifacı kadınlara özellikle yer

⁶⁴ Federici, s. 33-35.

⁶⁵ Berktay, Tarihin Cinsiyeti, s. 222.

verilerek yüzyıllar boyu neredeyse kadın tekelinde olan çocuk doğumu ve şifacılık, erkeklerin kontrolüne geçebilecektir⁶⁶.

Cadı avları aracılığıyla devletten ve Kilise'den bağımsız olarak gelişen herhangi bir güç kaynağı, Şeytan'a tapınma şüphelisine çevrilmiş ve cehennem ile mutlak kötülüğün yeryüzüne yayılması korkusunu beraberinde getiren yeni bir toplumsal ve etik kod oluşturulmuştur⁶⁷. Bu yöntemle yeni oluşmaya başlayan kapitalist sistemin bazı ana hatlarının belirlenmeye çalışıldığı da düşünülebilir, nitekim cadı avları kapitalist sistemin bir parçası olmayacaksa da yarattığı yıkım toplumsal hafızadan silinebilecek boyutta değildir ve yarattığı algıdan izler bırakabilir. Modern dönemin cinsiyet rolleri ve kadın algısı geleneksel cinsiyet rollerinden bağımsızlaşmış değildir. Bilimle uğraşan erkekler ya da yönetimde olan erkekler ile evinde olması gereken ancak evinden çıktığında rollünü tam anlamıyla yerine getirmemiş kadınlar algısı günümüzde de mevcuttur. Bu algı toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanmasında önemli bir engeldir. Orta Çağ'da ebe ya da şifacı olan kadınları cadılaştırıran algı, bugün gelenekselleşmiş ev içi rollerini aşan kadınlar üzerinde izlerini gösterebilmektedir ve bu izler kapitalist sistemin ataerkil yönünü desteklemektedir.

III. CADİ YARGILAMALARINA ÖRNEKLER VE İNFAZ YÖNTEMLERİ

İnsanlık tarihinin en korkunç yargılamaları, Katolik Mahkemeleri olan engizisyonda gerçekleşmiştir. Akla uygun düşmeyen inanışları ve insanlık dışı sorgu yöntemleri ile bu mahkemeler, yüzyıllar boyu, birçok insana din ve devlet inançları ile ilkeleri adına kıyım uygulamıştır. Ortaçağ, İspanyol ve Roma Engizisyonları döneminde, pek çok kişinin cadılık suçlamasıyla öldürüldüğü ortaya konulmaktadır⁶⁸.

Cadı yargılamalarından en çok etkilenen kadınlar, cadı olduğundan şüphelenilen kadınları, nadiren doğrudan ifşa etmişlerdir. Genellikle yasal prosedürleri başlatan erkekler tarafından tanıklık etmeye zorlanarak aslında daha çok edilgen bir rol oynamışlardır. Cadı avlarının hedeflerinden birisi de kadınlar arasındaki bağlantıdır. Bu nedenle yargılamalar süresince suçlanan

⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Green**, Monica H.: "Gendering the History of Women's Healthcare", *Gender & History*, Vol:20, No:3, November 2008, s. 487-518.

⁶⁷ Bkz. **Federici**, s. 40, 51-52.

⁶⁸ **Arslan Karaküçük**, Suna: "'Korkunun Cadıları': Cadılar ve Cadıcılık", *Sosyoloji Araştırmaları Dergisi*, Cilt:13, Sayı:2, Güz 2010, s. 46.

kadınlar, işkence altında birbirlerini ele vermeye zorlanmış, arkadaşın arkadaşı, kızın annesini ihbar etmesi istenmiştir⁶⁹.

Cadı avı vahşeti döneminde öldürülenlerin sayısı en ihtiyatlı araştırmacılara göre yüz bindir. İlk cadıyı belirlemek çok zor olmamaktadır. Damgalanan kişi, genellikle kendi davranışları nedeniyle ya da yoksulluk yüzünden köy topluluğunun dışına itilmiş, çoğu zaman herhangi bir erkeğin korumasından yoksun, köylülerin geleneksel beklentilerine uymayan bir kadın olmuştur. İlk suçlamanın ardından ise zincirleme yargılamalar başlamaktadır. Akrabalar ve komşular birbirlerini ihbar etmiş, herkes birbirinden kuşulanmıştır. Bu durum içerisinde kimin ne olduğu ya da ne olacağı konusunda belirsizlik ve endişe hâkim olmuştur⁷⁰.

Tarihin hiçbir döneminde özellikle kadın bedeni böylesi geniş çaplı ve yaygın biçimde örgütlenmiş dahası “yasalarla” onaylanmış ve din ile temellendirilmeye çalışılmış bir saldırıya maruz bırakılmamıştır. Asılsız kanıtlarla ve hatta yalnızca bir ihbar üzerine binlerce insan tutuklanmış, soyulmuş, tıraş edilmiş ve bedenlerinin her köşesine uzun iğneler sokularak Şeytan'ın işaretleri aranmıştır. Tüm bunlar, çoğu zaman infaz memurları, bölgenin ileri gelenleri ve rahiplerin de dâhil olduğu erkeklerin gözleri önünde yapılmıştır. Kadın bedeni üzerinde yeni işkence yöntemleri icat edilmiş ve uygulanmıştır. Akla aykırı suçlamalar, ağır işkenceler ve halka açık infazlar söz konusudur. Suçlanan kadınlar, infazları sırasında köy meydanlarında küçük düşürücü durumda sergilenmişlerdir. Kadınların demir zincirlere bağlanıp ateşe atıldıkları bilinmektedir⁷¹.

Özellikle 16. yüzyılda kadın, kocasına karşı en ufak bir eleştiri yöneltir ya da bağımsız davranmaya yeltenirse şiddetle cezalandırılabilir durumdadır. Kadının ilk görevinin kocasına itaat etmek olduğu anlayışı iyice yerleşmiştir. Kadınlar üzerinde “dırdırcı yuları” ya da “dizgin” denilen, metal ve deriden yapılmış, eğer kadın konuşursa dilini paramparça edecek bir alet kullanılmıştır. İlk kez 1567'de İskoçya'da görülen bu alet, çoğunlukla cadı olduklarından şüphelenilen, “dırdırcı”, “şirret” ya da “isyankâr” olarak adlandırılan alt sınıflardan kadınlara yönelik bir ceza aracı olarak tasarlanmıştır. Suçlanan kadınlar kafalarında ve ağızlarında bu kafesle, kasabada yürütülüp halkın aşağılamalarına maruz bırakılmışlardır. Bunun dışında “suya daldırma” ya da “örnek sandalyesi” de kadınları cezalandırmak için sıkça kullanılan araçlardandır⁷².

⁶⁹ Federici, s. 37, 60.

⁷⁰ Berktay, Tarihin Cinsiyeti, s. 223.

⁷¹ Federici, s. 50, 52.

⁷² Federici, s. 58-59.

Cadıların belirlenmesinde esas olarak iki acımasız yöntem ön plana çıkmaktadır: Suya daldırmak ve kutsal kitapla tartmak. Bunların dışında, vücuttaki bazı izler de cadı belirlemesi bakımından oldukça önemsenmektedir. Genellikle sınanacak olan cadı zanlısı için suya batırma yönteminin kullanıldığı görülmektedir. Buna göre, cadılıkla suçlanan kişi, tersine sağ eli sol ayağına, sol eli sağ ayağına degecek şekilde çaprazlama olarak bağlanır, ardından suya atılırdı. Suyun yüzeyinde kalması suçlu bulunmasına, batması ise suçsuz olduğu varsayılarak hızlıca sudan çıkarılmasına neden oluyordu. Suçlu bulunan cadılar ise çoğunlukla yakılıyordu, özellikle engizisyonda yargılananların yakılması yaygındı⁷³.

Ginzburg, Modena davaları olarak bilinen cadılık davalarının, engizisyon uygulamaları ile *demoloji* (*cinbilim*) çalışmalarının öğretisel hazırlığının çok az incelenmiş ilişkisini araştırmak için son derece önemli bir malzeme oluşturduğunu söylemektedir. Özellikle Modenalı bir köylü kadın olan Chiara Signorini'ye açılan dava, bu incelemeye ayrıca değerlidir. Bu yargılamaya göre Chiara, Pazzani ailesinin yanında çalışmaktadır ve bir zamanlar Margherita Pazzani'ye ait olan küçük bir mülkte, ortakçı durumundadır. Chiara, kendisi ve kocasının bu topraklardan kovulması üzerine, Margherita Pazzani'ye kötü kader gönderdiğini söylemiştir. Margherita Pazzani hastalanmıştır; ancak Chiara onu, elbise, para, bazı ahşap nesnelere ve bir daha kovulmamak koşulu ile iyileştirmeyi başarmıştır. Kısa bir süre sonra, Chiara bir hizmetçinin mademki Madam Margherita'yı lanetleyen Chiara'dır, onu engizisyona şikâyet etmek ve yakılmasını sağlamak gerekir dediğini duymuştur ve bu andan sonra kadın yeniden hastalanmıştır. Bu durumdan, Chiara sorumlu tutulmuş ve engizisyon önünde yargılanması sağlanmıştır. Chiara'nın üzerindeki ağır suçlamalar, bir dizi sanık ifadesi ile daha da ağırlaştırılmıştır. *Ginzburg*, Chiara yargılamasında, sanığın yanıtlarını önceden belirlenmiş bir yola sokmayı amaçlayan, tipik yönlendirici bir sorgulama tekniğinin mükemmel bir uygulamasının görüldüğünü söyler. Chiara, örtülü olarak yanıtların içeriğinin önerildiği bu sorulara kuşkusuz kendisini kurtarmak için uysalca riayet etmiş, Meryem Ana'nın onun taleplerine cevap verdiğinden bahsetmiştir. Chiara'ya işkence yapılmaya başlandığında ise o, suçlamaları kabul etmiştir ve Margherita Pazzani'nin iyileşmesinin kendisine bağlı olduğunu söylemiştir. Chiara yaptığı itirafın aslında işkenceden kaynaklandığını daha sonra söylemiş olsa da bunun üzerine işkencelerin devam etmesiyle sonuçta, Şeytan'a taptığını açıkça ifade etmiştir. Chiara itiraflarına bir pişmanlık beyanıyla son vermiştir. Özür dilemiş ve yargıçların vereceği

⁷³ Crow, s. 261, 277.

cezayı kabul etmeye hazır olduğunu söylemiştir. Yargıçlar hep birlikte Chiara'nın sapkın, putperest ve inancına ihanet içinde olduğundan yasalara göre ateşle küle dönüştürülmesi gerektiğini; ancak geç de olsa pişman olduğu için yaşamının bağışlandığını ve ömür boyu hapse mahkûm edildiğini duyurmuşlardır⁷⁴. Bu yargılama, işkencenin cadılık davalarında başat konumda olduğunu ve sorgulamaların istenen cevapları almak üzere yapıldığını açıkça göstermektedir.

Cadılık suçlamalarının ne kadar dayanaksız yürütüldüğünü ve nasıl vahşice sonuçlandığını gösteren bir başka yargılama da Jan Dark yargılamasıdır. Bu olayda, Fransızların İngilizlere karşı zafer kazanmasında önemli rolü olan Jan Dark (1412-1431) bir süre için İngilizlerin tutsağıdır. Jan Dark dindışı görüşleri olduğu ve büyücülük yaptığı suçlamalarıyla yargılanmış ve sonuçta bahsedilen nedenlerle canlı canlı yakılmıştır. Bu dava 1455 yılında yeniden açılmış ve Jan Dark aklanmıştır. Jan Dark, 1909 yılında kutsanmış, 1920'de ise azize ilan edilmiştir⁷⁵.

Başka bir taraftan, cadıların kendisini yabani bir hayvana ve özellikle de kurda dönüştürebileceğine olan inanış "kurt adam" suçlamalarının ortaya çıkmasına ve bu içerikte davaların görülmesine neden olmuştur. Buna örnek olan ünlü bir dava, 1588'de Auvergne'de bir köyde gerçekleşmiştir. Bir adam karısının büyücülük yapıyor olmasından kuşkulananmaktadır. Bir avcı, bu adama büyük ve korkunç bir kurt tarafından saldırıya uğradığını; ancak ondan kurtulmayı başardığını ve kurdun pençelerinden birini kestiğini söylemiştir. Adam, avcının çantasında yüzüklü bir kadın eli görmüştür. Bu hikâyeyi dinleyen adam, karısının elinin birinin kesik olduğunu fark ettikten sonra kadın tutuklanmış ve yargılama sonunda, diri diri yakılarak öldürülmüştür⁷⁶. Sonuç şaşırtıcı değildir; çünkü bu dönemde özellikle de kadınlar bakımından suçlanmak, yargılanmak, kurda dönüşebildiğine inanılmak ve yakılmak için herhangi birinin anlattığı bir hikâye yeterli olmaktadır.

Son büyük cadı avı çılgınlığına ise Salem yargılamalarında rastlanılmıştır. 1692'de Salem kasabasında birçok sorgulama, suçlama ve yargılama sonucunda on dokuz kişi cadı oldukları gerekçesiyle asılmıştır ve aynı gerekçeyle birçok kişi de hapsedilmiştir. Salem'de Tituba adlı bir köylü kadının anlattığı hikâyelerden etkilenen birkaç genç kız, içlerine Şeytan girdiğini iddia etmiştir. Ayrıca aralarında Tituba'nın da bulunduğu üç kadını da cadı-

⁷⁴ Bkz. **Ginzburg**, Carlo (çev. Mehmet Moralı): Efsaneler, Amblemler, İzler Morfoloji ve Tarih, Kırmızı Yay., İstanbul 2007, s. 21-47.

⁷⁵ **Crow**, s. 263.

⁷⁶ **Crow**, s. 279.

lıkla suçlamışlardır. Tituba ve diğer sorgulananlar da baskı altında kalmış ve onlar da başkalarını suçlamışlardır. Sonuçta çoğu kadın on kişi cadilikla itham edilerek ölüm cezasına çarptırılmıştır⁷⁷.

Görülüyor ki cadı yargılamaları, özellikle kadınlar üzerinde etkili olarak cinsiyete dayalı ayrımcılık temelinde gelişmiş ve bunun yanı sıra işkence, yargılamaların karakteristik özelliği hâline gelmiştir. İşkence altında alınan ifadeler, suçlamaların genellikle kabul edilmesine neden olmuş, başkalarının suçlanması ve yargılamaların genişlemesi için de gerekli zemini hazırlamıştır. Cadı avları, akıl dışı inanışların ve bunlardan doğan insanlık dışı, işkence üzerine kurulu yargılamaların ifadesi olmuştur. Neticede mensiz suçlamalar, cevabı önceden belirlenmiş sorgulamalar ve işkence altındaki yargılamalar ile çoğu kadın binlerce kişi, ölüm cezasına çarptırılmıştır. Dönemi etkisi altına alan akıl dışı inançların etkinliğinin ve dolayısıyla cadılık yargılamalarının son bulması ise ancak felsefi kuşkuculuğun ortaya çıkması ve yasal düzenlemelerin yapılmasıyla -özellikle de işkence yasağının getirilmesiyle- mümkün olabilmektedir.

IV. SONUÇ YERİNE: CADİ YARGILAMALARININ SONLANMASI

Cadılık inancı ve cadı avları, akıl dışılığın, dogmaların ve boş inançların insanlık zihnini nasıl ele geçirebileceğini ve bunun nasıl büyük vahşetlerle sonuçlanabileceğini göstermiştir. Avrupa’da felsefi kuşkuculuğun ortaya çıkması, bu vahşetlerin temeli olan akıl dışı inançların sorgulanmasını sağlamıştır.

Diderot ve D’Alembert’in ansiklopedisinde *De Jaucourt’un* kaleme aldığı bölüm “Boşinanç” başlığını taşımaktadır. Ansiklopedinin bu bölümünde, her dindeki aşırılıkların boşinanç olarak adlandırıldığı ve boşinancın yanlış uygulamalarla dolu bir dinsel bağlantı olduğu belirtilmektedir. Buna göre, bu türden dinsel bağlantılar hem akla hem yüce varlık konusunda edinmemiz gereken sağlıklı fikirlere ters düşer. Ansiklopedide boşinanç, korkunun bir ürünü olarak görülmekte ve despot bir tirana benzetilmektedir; çünkü boşinanç cehalet ve barbarlıktan doğar ve imparatorlukları yıkabilecek güce ulaşabilir. Boşinanç somutlaştığında ve eylemselleştiğinde ortaya çıkan şey ise bağnazlıktır⁷⁸.

⁷⁷ Berktaş, Tarihın Cinsiyeti, s. 219, 225.

⁷⁸ Diderot & D’Alembert (çev. Selahattin Hilav): Ansiklopedi ya da Bilimler, Sanatlar, ve Zanaatlar Açıklamalı Sözlüğü, Yapı Kredi Yay., İstanbul 1996, s. 146-147.

Başka bir taraftan Ansiklopedide “boşinanç” kavramı ortaya konulur ve açıklanırken *Francis Bacon*'a da atıf yapıldığı görülmektedir. 17. yüzyıl rasyonalistlerinin öncülerinden olan *Bacon*, batıl inançlı gizlerle uğraşanların her şeyi sempati ya da antipati ile ifade ettiğini ve “şeylere” yanlış güçler ile olağanüstü işler atfettiğini, söyler. Bunlarla uğraşanlar bazı sonuçlar elde etmişlerdir; fakat bu sonuçlar, yararlı olmaktan çok tuhaf ve şaşırtıcıdır. *Bacon*'a göre, bunlar bir kenara bırakılmalıdır; çünkü bunlardan dolayı birçok yanlış kavram ortaya çıkmıştır ve böyle bir yanlışlığın olması da son derece doğaldır⁷⁹. Ansiklopedide de bahsedilen *Bacon*'ın idolleri, keyfi soyutlamaları içerir. Soy, mağara, çarşı-pazar ve tiyatro idolleri olarak sınıflandırılan bu idoller, insan zihnini kuşatır ve zihne yeni bilgi girişine de engel olur. Bilimlerin yenilenmesinin önünde de insanı sabitleyen ve gelişimi engelleyen bu idoller belirebilir. Sözü edilen sebeplerle insanlık kendisini tüm bunlardan korumalıdır⁸⁰. Şeytan inancının temellerini felsefi kuşkuculuğu ile biraz daha zayıflatan bir diğer isim ise 18. yüzyıl düşünürü, *David Hume*'dur. *Hume*'a göre, inkârcılıkla birlikte zayıflık, korku ve melankoli hurafelerin asıl kaynaklarıdır. Benzeri durumlarda akıl, sonsuz sayıda bilinmez şeytanları yine bilinmez kaynaklara atfederek türetir. Hurafeler ise kişi özgürlüklerinin düşmanıdır⁸¹.

Bacon ve *Hume*'un bahsettiği insan zihnine ket vuran ve kişi özgürlüklerine tehdit olarak görülen batıl inançlar ve hurafeler cadı yargılamaları sürecinde ayrımcılığın, işkencenin ve idamın nedeni ve sözde dayanakları olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda hurafelerin sorgulanması ve neden oldukları üzerinde durulması, cadı yargılamaları gibi akıl dışı inançlara dayanan ve hiçbir somut delil aramayan suçlama ve yargılama süreçlerinin ancak vahşetle sonuçlanacaklarını ortaya koymaktadır.

Yine 18. yüzyılda *Montesquieu*, büyüçülük ve sapkınlıkla ilgili suçlamaları kovuştururken çok ihtiyatlı davranmak gerektiğini, bu iki suçlamanın yasa koyucu tarafından sınırlandırılmazsa özgürlüğü aşırı derecede zedeleyebileceğini ve sayısız zorbalığın kaynağı haline gelebileceğini, söylemektedir. *Montesquieu*'ya göre bu tür suçlar, halkın cehaleti oranında tehlikeli hale gelebilecek türden suçlardır ve böyle bir durumda vatandaşlar sürekli tehdit altında yaşamak durumunda kalır⁸².

⁷⁹ **Bacon**, Francis (çev. Sema Önal): *Novum Organum Tabiatın Yorumu ve İnsan Âlemi Hakkında Özlü Sözler*, Say Yay., İstanbul 2012, s. 163.

⁸⁰ Bkz. **Bacon**, s. 126, 193.

⁸¹ **Gemalmaz**, s. 187.

⁸² **Montesquieu** (çev. Berna Günen): *Kanunların Ruhu Üzerine*, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., 2. Basım, İstanbul 2017, s. 242-243.

Michel de Montaigne ise henüz 16. yüzyılda doğrudan cadı avlarına ilişkin olarak gerçek dışılığı dile getirmiştir. *Montaigne*, cadılığın var olduğu fikrinin, insanları öldürmeyi haklı gösterecek ölçüde kanıtlanmış bir gerçek olmadığını öne sürmektedir⁸³.

Felsefi kuşkuculuğun ve rasyonel düşüncenin geliştiği bu sorgulama döneminde, cadı avının el kitabı olan *Cadı Çekici - Malleus Maleficarum* da nihayet eleştirilebilir hâle gelmiştir. 18. yüzyıl Fransız tarihçisi, *Michelet*'in bu kitaba, kitabı kaleme alanlara ve buradaki yaklaşıma getirmiş olduğu eleştiriler, kadınların durumu bakımından da ayrıca bir değerlendirme içermektedir.

Michelet, *Cadı Çekici - Malleus Maleficarum* için “kendini âlim sanan cahil bir adamın eseridir”, der. *Michelet* bu kitabı öncelikle, erkek büyücüden çok kadın büyücü olduğunu savunması ve Şeytan’ın kadınlarla daha sıkı ve kolay anlaşmasının sebebini araştırıyor olması dolayısıyla eleştirir. *Michelet*’e göre kitapta bu soruya birbirinden manasız cevaplar bulunmuştur. *Michelet*’e göre, bunların yaşandığı dönemde kadın, bu dünyanın kurbanı haline getirilmiş ve onun cehennemi yeryüzü olmuştur⁸⁴. *Michelet*, *Cadı Çekici - Malleus Maleficarum*’un niçin *Sprenger*’e yazdırıldığı üzerinde de durmaktadır. *Sprenger*, Alman bir Dominikendir. *Michelet*’e göre o, ortalığa dehşet saçan bu tarikattan, onun bütün manastırlarından ve okullarından yardım gören bir papazdır. Okulların ise yetiştirdiği şerefli, daima metinler zikredebilecek bir evlada, iyi bir skolastiğe ve *Somme* adlı eseri iyi bilen, *Saint Thomas*’a sadık bir adama ihtiyacı vardır. *Michelet*, *Sprenger*’in bu özelliklerin hepsini taşıdığını söylemektedir⁸⁵.

Felsefi kuşkuculuğun ve rasyonalizmin gelişimi ile beraber cadılık inancının sorgulanmasının yanında, infaz yöntemi olarak işkenceye karşı çıkış da cadı yargılamalarının son bulmasında etkili olmuştur. Özellikle *Beccaria*’nın, *Suçlar ve Cezalar* adlı eseri ile *Voltaire*’in bu eser üzerine yorumu, infaz yöntemlerinin insanileşmesi yönündeki gerekliliği açıkça dile getirmiştir⁸⁶. Nitekim 17. yüzyılın sonlarından itibaren, cadılığa karşı gelişen

⁸³ Russell, s. 35.

⁸⁴ Michelet (çev. Kazım Karabekir): Rönesans, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul 1948, s. 75-78.

⁸⁵ Michelet, s. 82.

⁸⁶ Bkz. Gemalmaz, s. 188-189; Michel Foucault ise fiziksel cezayı azap olarak nitelerken bu cezaların insanileşmesi sürecini sorgulamakta ve bu bağlamda iktidar ilişkilerinin değişimine, disiplin oluşturma amacı taşıyan yöntemlerin farklılaşmasına işaret etmektedir, bkz. Foucault, Michel (çev. Mehmet Ali Kılıçbay): Hapishanenin Doğuşu, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 1992, s. 3-37.

yasal olgu olarak kanıtın güvenilirliği sorunu da zaten ortaya çıkmıştır. Bu döneme kadar geniş zincirleme avlar, öylesine kontrolden çıkmıştır ki insanlar şüpheli cadıları bulmak ve sorgulamak için kullanılan mekanizmaların işlevselliğinden artık kuşku duymaya başlamışlardır. Birçok toplum, açık biçimde masum olan insanların bulunup Şeytan ile ilişkilendirilmeleri ve cadılıkla suçlanmaları sonucu, toplumsal dokuların bozulmaya başladığını artık görmüştür. Yargıçlar, cadılık suçlaması yapılmadan önce daha somut kanıtlar talep etmeye başlamış ve böylece daha önce kabul edilen birçok kanıt türü ortadan kalkmıştır. Şeytan işareti artık kabul edilemez hale gelmiş, hayali kanıtlar saf dışı bırakılmaya başlamıştır. Zanlıların işkence altında her şeyi söyleyebileceği ve bu bilgileri elde etmek için kullanılan acımasız yöntemlerin çok fazla adli hataya neden olduğu giderek daha da belirginleşmiştir. 17. yüzyıl boyunca birçok devlet, yaygın işkence kullanımına ilişkin yasalarını sıkılaştırmaya başlamıştır. Yeni yasaların kabulü sürecinde ve hatta bu yasalar henüz kabul edilmeden önce cadı avları ve cadı yargılamaları sona ermiştir⁸⁷.

⁸⁷ Bkz. **Martin**, s. 67-68.

KAYNAKÇA

- Agonito**, Rosemary: History of Ideas on Woman, Capricorn Books, C.P. Putnam's Sons, New York 1977.
- Ağaoğulları**, Mehmet Ali: Kent Devletinden İmparatorluğa, 3. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara 2002.
- Akad**, Mehmet/**Vural Dinçkol**, Bihterin/**Bulut**, Nihat: Genel Kamu Hukuku, 17. Basım, Der Yay., İstanbul 2021.
- Akkaya Kia**, Rukiye: "Atina'daki Demokrasiden Orta Çağ'a Kadının Dünyası ve Kadın Filozoflar", İÜHFİM, C. LXXIII, S. 1, 2015, ss. 7-20.
- Akın**, Haydar: Ortaçağ Avrupası'nda Cadılar ve Cadı Avı, Dost Kitabevi, 2001.
- Akın**, Haydar: Ortaçağ Sonları ve Yeniçağ Başlarında Avrupa'da Çocuk Cadılar ve Çocuk Cadı Avı, Phoenix Yay., Ankara 2010.
- Akyol**, Faruk: "Ortaçağdan, Kadından", Kadın Araştırmaları Dergisi, Sayı: 4, 1996, ss. 13-24.
- Aquinas**, Thomas: **Summa Theologica**, Translated by Fathers of the English Dominican Province, Published by Seltzer Books, 1974.
- Arslan Karaküçük**, Suna: "'Korkunun Cadıları': Cadılar ve Cadıcılık", Sosyoloji Araştırmaları Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 2, Güz 2010, ss. 41-64.
- Bacon**, Francis (çev. Sema Önal): Novum Organum Tabiatın Yorumu ve İnsan Âlemi Hakkında Özlü Sözler, Say Yay., İstanbul 2012.
- Bardsley**, Sandy: Women's Roles in the Middle Ages, Greenwood Press, London 2007.
- Bendason**, Ney (çev. Şirin Tekeli): Başlangıcından Günümüze Kadın Hakları, Cep Üniversitesi, Yeni Yüzyıl Kitaplığı, İletişim Yay., Presses Universitaires De France, t.y.
- Berktaş**, Fatmagül: Tarihin Cinsiyeti, 6. Basım, Metis Yay., İstanbul 2018.
- Berktaş**, Fatmagül: Tek Tanrılı Dinler Karşısında Kadın Hıristiyanlıkta ve İslamiyette Kadının Statüsüne Karşılaştırmalı Bir Yaklaşım, 6. Basım, Metis Yay., İstanbul 2016.
- Bloch**, Marc (çev. Mehmet Ali Kılıçbay): Feodal Toplum, Savaş Yay., Ankara 1983.
- Bodin**, Jean (çev. Randy A. Scott): On the Demon-Mania of Witches, CRRS Publications, Toronto 1995.

- Bonaiuti**, Ernesto (çev. Giorgio La Piana): “The Genesis of St. Augustine’s Idea Of Original Sin”, The Harvard Theological Review, Vol. 10, No:2, 1917, (Cambridge University Press on behalf of the Harvard Divinity School), ss. 159-175.
- Bravo**, Hamdi: “Augustinus’un Varlık ve Bilgi Görüşü”, SDÜ Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 15, Mayıs 2007, ss. 111-128.
- Crow**, W. B. (çev. Fulya Yavuz): Büyünün, Cadılığın ve Okültizmin Tarihi, 2. Baskı, Dharma Yay., İstanbul 2006.
- Demir**, Nazlı Hilal: Feminist Perspektiften Düşünce Tarihinin Köşe Taşları ve İdeal Bir Hukuk Arayışı, On İki Levha Yay., İstanbul 2017.
- Denizarısları**, Yonca: “Revisiting Americanus Novus: Anglicization Crisis and Salem Witch Trials in Seventeenth Century New England”, Tarih İncelemeleri Dergisi, XXXIV/2, 2019, ss. 507-536.
- Diderot & D’Alembert** (çev. Selahattin Hilav): Ansiklopedi ya da Bilimler, Sanatlar, ve Zanaatlar Açıklamalı Sözlüğü, Yapı Kredi Yay., İstanbul 1996.
- Federici**, Silvia (çev. Bilge Tanrısever): Cadılar, Cadı Avı ve Kadınlar, Otonom Yay., İstanbul 2019.
- Foucault**, Michel (çev. Mehmet Ali Kılıçbay): Hapishanenin Doğuşu, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 1992.
- Genç**, Özlem: “Ortaçağ Avrupasında Kadın”, Ortaçağda Kadın, Ed. Altan Çetin, Lotus Yay., 2011.
- Gemalmaz**, Mehmet Semih: Devlet, Birey ve Özgürlük, 3. Baskı, Legal Yay., İstanbul 2016.
- Ginzburg**, Carlo (çev. Mehmet Moralı): Efsaneler, Amblemler, İzler Morfoloji ve Tarih, Kırmızı Yay., İstanbul 2007.
- Green**, Monica H.: “Gendering the History of Women’s Healthcare”, Gender & History, Vol:20, No:3, November 2008, ss. 487-518.
- Gurvitch**, Georges (çev. Hamide Topçuoğlu): “Diferansiel ve Jenetik Hukuk Sosyolojisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 1-2, Mart-Nisan 1956, ss. 220-286.
- Harris**, Marvin (çev. Fatih Gümüş): İnekler, Domuzlar, Savaşlar ve Cadılar, İmge Kitabevi, Ankara 1995.
- Martin**, Lois (çev. Barış Baysal): Cadılığın Tarihi Ortaçağ’da Bilge Kadının Katli, Kalkedon Yay., 2009.

- Michelet** (çev. Kazım Karabekir): Rönesans, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul 1948.
- Montesquieu** (çev. Berna Günen): Kanunların Ruhu Üzerine, Türkiye İş Bankası Kültür Yay., 2. Basım, İstanbul 2017.
- Russell, Jeffrey Burton** (çev. Nuri Plümer): Mephistopheles – Modern Dünyada Şeytan, Kabalcı Yay., İstanbul 1999.
- Saint Augustine** (çev. Marcus Dods): The City Of God, Digireads.com Publishing, 2015.
- St. Augustinus** (çev. Çiğdem Dürüşken): İtiraflar, Alfa Yay., 2014.
- Stringer, Morgan Lindsey**: A War on Women? The Malleus Maleficarum and the Witch-Hunts in Early Modern Europe, Oxford 2015.
- Tannenbaum, Donald G./Schultz, David** (çev. Fatih Demirci): Siyasi Düşünce Tarihi Filozoflar ve Fikirleri, Adres Yay., 9. Baskı, Ankara 2010.
- Uygun, Oktay**: Devlet Teorisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.

**DEVLET DESTEĞİ HUKUKU BAKIMINDAN
KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ MODELİNE DAYALI
SÖZLEŞMELERDE YER ALAN
DEVLET GARANTİLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ**

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1182530>

Arş. Gör. Nihal ÖZKARDEŞ*

Öz

Rekabet politikası bakımından devletin rekabeti ve ticareti etkileyecek şekilde teşebbüslere seçici mali fayda sağlaması devlet desteği hukukuna aykırılık teşkil etmektedir. Bu çerçevede Avrupa Birliği hukukunda devlet destekleri sıkı bir denetime tabi tutulmaktadır. Ülkemizde de Avrupa Birliği hukukunda benimsenen kurallara benzer kurallar içeren 6015 sayılı Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun yürürlüğe konulmuştur. Ancak Kanun'a dayalı ikincil düzenlemeler yürürlüğe girmediği için bu Kanun henüz uygulanmaya başlanmamıştır. Kamu özel işbirliği modeline dayalı sözleşmelerde yer alan devlet garantileri de teşebbüslere ekonomik fayda sağlamaları bakımından devlet desteği hukukunun konusunu oluşturabilir. Bu doğrultuda 6015 sayılı Kanun'un uygulanmaya başlanması halinde devlet garantilerinin devlet destekleri hukuku bakımından nasıl değerlendirilebileceği araştırılmalıdır. Bu çerçevede, devlet garantilerinin hangi hallerde devlet desteği teşkil edeceği ve kamu özel işbirliği modelinin kamu hizmetine yönelmesi iddiasının bu belirlenmede herhangi bir fark yaratıp yaratmayacağı incelenmelidir.

Anahtar Kelimeler

Devlet Garantisi, Devlet Desteği, Kamu Özel İşbirliği, Mali Fayda, Kamu Hizmeti Tazminatı

* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, (nihal.ozkardes@law.bau.edu.tr) ORCID: 0000-0003-1710-1521 (Geliş Tarihi: 04.08.2022-Kabul Tarihi: 11.08.2022) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**EVALUATION OF STATE GUARANTEES
INVOLVED IN PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP CONTRACTS
WITHIN THE SCOPE OF STATE AID LAW**

(Research Article)

Abstract

From the point of competition policy, it is contrary to state aid law in case that the state provides undertakings with selective economic advantage in such a manner that competition and commerce is affected. Within this scope, state aids are being scrutinized strictly in the European Union law. In our country, too, Act numbered 6015 on Monitoring and Supervision of State Aids has been reinforced which sets forth similar rules with European Union law. However, since secondary legislation has not been enacted, this Act has not been started to be implemented. State guarantees involved in the contracts concerning public private partnerships may as well be a subject of state aid law since they grant economic advantages to undertakings. Accordingly, it should be researched how state guarantees should be evaluated in case that Act numbered 6015 is being implemented. Within this scope, it should be evaluated when state guarantees will be characterized as state aid and whether the fact that public private partnerships concern public services will change this determination.

Keywords

State Guarantee, State Aid, Public Private Partnership, Economic Advantage, Public Service Compensation

GİRİŞ

Devlet kamu hizmetini bizzat kendisi görebileceği gibi bu hizmetin ifasını özel hukuk kişilerine de bırakabilir¹. Kamu hizmetinin özel hukuk kişilerine gördürülmesinde bir yöntem kamu özel işbirliği (KÖİ) modelidir. Kamu bütçelerinin yetersizliği ve özel sektörün kendine has uzmanlıkları nedeniyle bu model gittikçe daha fazla tercih edilir hale gelmiştir². Avrupa Birliği (AB) Komisyonu Yeşil Kitabında KÖİ’yi, bir hizmet veya altyapının finanse edilmesi, yapımı, yenilenmesi, işletilmesi veya sürdürülmesini hedefleyen, kamu otoriteleri ile özel sektör arasındaki işbirliği olarak tanımlamıştır³. KÖİ modeli belirli bir sözleşme tipine ilişkin olmayıp bünyesinde

¹ Uz, Abdullah: “Kamu-Özel Ortaklığı/Public Private Partnership (Kavram ve Hukuksal Çerçeve)”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 1-2, 2007, s. 1170.

² Nicolaidis, Phedon/Schoenmaekers, Sarah: “Public Procurement, Public Private Partnerships and State Aid Rules: A Symbiotic Relationship”, European Procurement & Public Private Partnership Law Review, C. 9, S. 1, 2014, s. 50; Carbonara, Nunzia/Pellegrino, Roberta: “Revenue guarantee in public-private partnerships: a win-win model”, Construction Management and Economics, C. 36, S. 10, s. 584; Uz, s. 1167; Turan KÖİ modelinin daha fazla tercih edilmesinin sebeplerinden birini bunlara ilişkin yatırımların “başlangıçta devlet harcama ya da borcuna etki etmemesi ve bu anlamda olduğundan farklı ve pozitif bir algı yaratması” olarak göstermiştir. Turan, Nilüfer: “Mali Şeffaflık ve Kamu Mali İstatistikleri Açısından Koşullu Yükümlülükler Bakış”, Sayıştay Dergisi, S. 95, 2014, s. 13.

³ Komisyon: Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, 30.4.2004, COM(2004) 327 final, s. 3, (<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/94a3f02f-ab6a-47ed-b6b2-7de60830625e/language-en, E.T.: 15 Ağustos 2022>). Ülkemizde KÖİ’nin bir modeli olan Yap-Kirala-Devret modeli 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun’da (RG. 09.03.2013-28582) yer almaktadır. Bknz: Uysal, Yusuf: “Kamu-Özel İşbirliği (Yap-Kirala-Devret) Modeli ve Şehir Hastanelerinin Sağlık Hizmetlerindeki Değişim ve Dönüşüm Üzerine Etkileri”, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi, C. 14, S. 3, 2019, s. 879. Bu Kanun’un adlandırmasında “Kamu Özel İş Birliği Modeli” ifadesi geçtiği için KÖİ’nin ülkemizde Yap-Kirala-Devret modeline ilişkin sözleşmelere hasredilmesi mümkündür. Nitekim bazı eserlerde bu nedenle veya başka nedenlerle KÖİ’nin 6428 sayılı Kanun ile benimsenen modeli anlatacak şekilde kaleme alındığı görülmektedir. Bknz: Akylmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil: Türk İdare Hukuku, 14. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021, s. 475; Gözler ve Kaplan da KÖİ’lere ülkemizden örnek verirken 6428 sayılı Kanun’u ele almışlardır. Gözler, Kemal/Kaplan, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, 16. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2015, s. 465. Boz, ülkemizde KÖİ’nin 6428 sayılı Kanun’u ifade etmesi gerektiğini şu ifadelerle açıklamıştır: “Doktrindeki çalışmalara bakıldığında özelleştirme, kamu imtiyaz sözleşmeleri başta olmak üzere yap işlet, yap işlet devret gibi özel hukuk sözleşmelerinden idari sözleşmelerin klasik tiplerine kadar tüm sözleşmelerin genel olarak PPP başlığı altında gruplandırıldığı görülmektedir. ...

birçok alt modeli barındıran “şemsiye bir kavramdır”⁴. Ülkemizde KÖİ modeli kapsamında uygulanan başlıca modeller Yap-İşlet-Devret, Yap-İşlet, Yap-Kirala-Devret ve işletme hakkının devridir⁵. Modeller arasında birçok farklılık olabilmekle birlikte⁶ anılan modellerin temelde ayrıştığı noktalar, adlandırmalarından da belli olduğu üzere, özel sektörün sözleşme⁷ ile üstlendiği işin kapsamı ve niteliğidir.

öğretide PPP'nin “üst başlık”, “şemsiye kavram” olarak telakkisinden kaynaklanan bu soruna farklı açıdan yaklaşmak gerekir. Kanunda bile lafzı karşılığı bulunan bu kavramın farklı anlam taşıdığı ve bu suretle genel başlık olarak değil de daha özel ve yeni bir sözleşme biçimi olduğu noktasından hareket etmek gerekir.” **Boz**, Selman Sacit: “Kamu Özel İşbirliği (PPP) Modeli”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2013, s. 305. Biz, bu makalenin konusu gereği, KÖİ tanımını Türk hukuku mevzuatından çıkan sonuçlardan bağımsız olarak ve yukarıda verdiğimiz tanıma uygun bir şekilde ele almaktayız.

⁴ **Evren**, Çınar Can: Kamu – Özel İşbirlikleri, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s. 32; **Şahin Duran**, Deniz: “Türkiye’de Kamu Özel İşbirliği Uygulamalarının Mali Riskleri Üzerine Değerlendirmeler”, Akademik Bakış Dergisi, S. 65, 2018, s. 318; **Tokatlıoğlu**, Mircan/Şen, Semih: “Kamu Hizmetlerinin Sunum ve Finansmanında Kamu Özel İşbirliği Modeli: Avrupa Birliği ve Türkiye”, International Journal of Public Finance, C. 4, S. 2, 2019, s. 207; **Kasapoğlu Turhan**, Mine: “Çeşitli Ülkelerdeki Kamu Özel Ortaklığı Uygulamalarının Hukuki Açısından Değerlendirilmesi”, Toplum ve Hekim, C. 26, S. 4, 2011, s. 275; **Çakır**, Mehmet Kadir: 6428 Sayılı Kanuna Göre Kamu Özel İşbirliği Kavramı ve Yeni Bir Model: Yap-Kirala-Devret, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 22; Uz, AB’de *public private partnership* olarak kullanılan kavramın tek bir sözleşme tipine ilişkin olmadığını, idare ile özel sektör arasında akdedilen değişik sözleşmeleri kapsayan “şemsiye bir kavramı” ifade ettiğini belirtmiştir. **Uz**, s. 1171; **Boz** da AB’de bu kavramın bu şekilde kullanıldığını ifade etmiştir. **Boz**, s. 283; “*KÖİ modeli, çeşitli faktörlere bağlı olarak birbirinden farklılık arz eden yap-işlet-devret (YİD), yap-işlet (Yİ), yap-kirala-devret (YKD), işletme hakkı devri ve gelir ortaklığı gibi birçok alt modelle uygulanan bir çatı kavramdır.*” **Uysal**, s. 879.

⁵ **Çiftçi**, Hasan Basri: Devlet Garantileri: Kavramlar, İşleyiş ve Sorunlar, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 26; **Parlak**, Nükrettin/Köse, Hacı Ömer/Toprak, Metin: “Kamu-Özel İşbirliği Modeli ve Türkiye Uygulamaları: Sayıştay Raporları Işığında Uygulama Sonuçlarının Değerlendirilmesi”, Sayıştay Dergisi, C. 31, S. 119, 2020, s. 20; **Kasapoğlu Turhan**, s. 275; Şirin, dünyada uygulanan başlıca modellerin “yap-işlet-devret”, “yap-devret-işlet”, “yap-sahip ol-işlet-devret”, “yap-sahip ol-işlet”, “tasarla-yap-finansa et-işlet”, “tasarla-yap”, “yap-kirala-devret-bakımını yap” ve “kirala-yenile-işlet-devret” olduğunu belirtmiştir. **Şirin**, Ertunç: “Türkiye’de Kamu Özel Ortaklığı Yönteminin Hukuki Altyapısı”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, 61. Seri, S. 1, 2017, s. 33.

⁶ “*Modeller arasındaki asıl fark, özel sektör tarafından üstlenilen işin kapsam ve niteliği, risklerin taraflar arasında nasıl ve hangi oranda paylaşıldığı ile yatırım ve hizmet bedelinin kim tarafından (idare veya hizmetten yararlananlar) karşılandığı gibi konulardan kaynaklanmaktadır.*” **Kasapoğlu Turhan**, s. 275.

⁷ Her ne kadar bu makalenin konusunu oluşturmaya dahi, KÖİ’lere dayalı sözleşmelerin hukuki niteliği KÖİ modeli sürecinin anlaşılması açısından faydalı olabilecektir.

KÖİ modelinde özel sektör ortağı kural olarak öz sermayesi ve çeşitli finansal kuruluşlar vasıtasıyla projenin finansmanını üstlenmektedir⁸. Ancak finansmanın özel sektör ortağında olması devletin tüm mali riskinin ortadan kalktığı anlamına gelmemektedir⁹. Aksine devlet ile özel sektör ortağı arasındaki risk paylaşımı KÖİ modelinin temel özelliklerinden biri olarak gösterilmektedir¹⁰. KÖİ modeline ilişkin sözleşmelerde yer alan devlet garantileri de risk paylaşımını sağlayan kurumlardan biridir¹¹.

Bilindiği üzere, Anayasa'nın 47. maddesinin son fıkrasına 1999 değişikliğiyle birlikte "Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilirliği veya devredilebileceği kanunla belirlenir." hükmü eklenmiştir. Böylece kanun koyucunun bir sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğunu kararlaştırması halinde sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu sonucuna varılır. Bknz: **Gözler/Kaplan**, s. 450-451. Kanunda bir belirleme olmaması halinde, sözleşmenin hukuki niteliğinin ortaya konabilmesi için yargı yerleri tarafından geliştirilen ölçütlere başvurulmaktadır. Buna göre, sözleşmenin taraflarından birinin idare olması, sözleşmenin konusunun doğrudan kamu hizmetinin yürütülmesi olması ve idareye üstün hak ve ayrıcalıklar tanınması şeklindeki ölçütlere bakılarak sözleşmenin niteliği tespit edilmektedir. Bknz: **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s. 480. Gözler ve Kaplan, Yap-İşlet-Devret, Yap-İşlet gibi yeni çıkan sözleşmelerin ölçütler uygulandığında idari sözleşme sayılabileceklerini belirtmektedir. Ancak yazarlar, bu modellere ilişkin kanunlarda bu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğunun hükme alındığını ifade etmektedir. **Gözler/Kaplan**, s. 463. Gerçekten de örneğin Yap-İşlet-Devret modeline ilişkin 3996 sayılı Kanun'un 5. maddesinde; Yap-Kirala-Devret modeline ilişkin 6428 sayılı Kanun'un 1. maddesinde; Yap-İşlet modeline dayalı 4283 sayılı Kanun'un 3. maddesinde bu yönde kayıtlara rastlanmaktadır.

⁸ **Çiftçi**, s. 25; **Sarısu**, Ayhan: Kamu & Özel İşbirlikleri, 1. Baskı, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2009, s. 152; **Evren**, s. 68; **Yusufoğlu**, Arkan: "Kamu Özel Ortaklığı Projelerinde Koşullu Yükümlülükler ve Mali Riskler: Avrasya Tüneli, Osmangazi ve Yavuz Sultan Selim Köprüleri Üzerine Bir Değerlendirme", Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Gazi Akademi Genç Sosyal Bilimciler Sempozyumu Özel S., s. 160.

⁹ **Özdemir**, Hüseyin: "Kamu-özel sektör işbirliğinde risk yönetimi ve Türkiye özelinde bir değerlendirme", Journal of Politics, Economy and Management, C. 1, S. 2, 2018, s. 32; **Şahin Duran**, s. 320; **Karahanoğulları**, Yiğit: "Kamu Özel Ortaklığı Modelinin Mali Değerlendirmesi", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 67, S. 2, 2012, s. 98-99.

¹⁰ **Eelis**, Pauku: "Public-Private Partnership as a Solution for Competition Restrictions for Local Governments in Finland", European Procurement & Public Private Law Review, C. 4, 2020, s. 294; **Evren**, s. 60; **Gökyurt**, Fatih: İdare Hukuku Bakımından Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 45; Öğretide Yusufoğlu KÖİ'yi "kamu hizmetlerinin sunumunda ve finansmanında proje risklerinin kamu ve özel sektör arasında paylaşıldığı bir yöntem" olarak tanımlamaktadır. **Yusufoğlu**, s. 158; Uz, KÖİ modelindeki başlıca risklerin "inşaat riski, işletme riski, talep riski, idari riskler, siyasi riskler ve hukuki riskler" olduğunu belirtmektedir. Yazar,

Risk paylaşımının ihtiyatlı bir şekilde planlanmadığı durumlarda devlet garantileri bir yandan özel sektör ortağına gereğinden fazla fayda sağlarken bir yandan devlet açısından öngörülme-yen maliyetler doğurabilir¹². Uygulamada devlet garantilerinin kamu maliyesine olması gerekenden fazla yük getirdiği örnekler rastlanmaktadır. Örneğin Sayıştay'ın Yap-Kiralama-Devret modeli kapsamındaki şehir hastanelerine ilişkin bir raporunda, “Sağlık tesislerinin yüksek doluluk oranlarına ulaşmış olmalarına rağmen ... talep garanti miktarlarının altında kaldığı” tespit edilmiştir¹³. Türkiye Büyük

maliyetleri indirmek için risklerin “hangi tarafça en iyi şekilde çözülecekse” o tarafça üstlenilmesi gerektiğini ifade etmektedir. **Uz**, s. 1180; **Çakır**, s. 22.

¹¹ Bknz: **Komisyona**: Commission Notice on the application of Articles 87 and 88 of the EC Treaty to State aid in the form of guarantees, 20.06.2008, 2008/C 155/02, Document 52008XC0620(02), OJ C 155, s. 12, ([https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0620\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0620(02)&from=EN), E.T.: 14 Mart 2022); **Koca**, Zafer: “Eski Köye Yeni Adet: Türkiye’de Özelleştirme’nin Değişen Felsefesi ve Hizmet Alım Garantisi”, Turkish Studies – Economy, C. 16, S. 1, 2021, s. 377.

¹² **Evren**, s. 42; **Yerlikaya**, Gökhan Kürşat: “Türkiye’de Yap-İşlet-Devret Modeli ve Kamu Borçlanması”, Türkiye Maliye Sempozyumu, S. 18, 12-16 Mayıs 2003, s. 423, (http://www.maliyesempozyumu.org/wp-content/uploads/2017/10/Maliye-Sempozyumu_18_419_447.pdf, E.T.: 15 Mart 2022); **Carbonara/Pellegrino**, s. 584-585; **Lu, Chao ve Sheppard**, ödeme miktarı ve riskin tahmin edilmesindeki günlük dolaşısıyla devlet garantilerinin düzenli borçlanmalarda olduğu derecede incelemeye tabi tutulmadığına dikkat çekmektedir. **Lu, Jason Zhengrong/Chao, Jenny Jing/Sheppard, James Robert**: Government Guarantees for Mobilizing Private Investment in Infrastructure, Global Infrastructure Facility – Public-Private Infrastructure Advisory Facility, Washington 2019, s. 12, (<https://ppiaf.org/documents/5798/download>, E.T.: 4 Haziran 2022); **Parlak, Köse ve Toprak KÖİ** modelinde sözleşme tarafı idarenin mali yükümlülüklerinin sözleşme konusu projelerin uygulanmasının ileri safhalarında ortaya çıktığını belirtmektedir. Yazarlar bu sebeple idarelerin projenin ilk aşamasında dikkatsiz davranabildiğini ve dolayısıyla projelerden doğan risklerin sözleşme tarafı idarede kalabildiğini ifade etmektedir. **Parlak/Köse/Toprak**, s. 24; **Gökyurt** da risk paylaşımı dengesinin yapılamadığı durumlarda KÖİ modelinin hedeflediği maliyet etkinliğine ulaşamayacağını belirtmektedir. **Gökyurt**, s. 106; **Turan KÖİ** modelinin başlangıçta cazip gözüktüğünü, ancak bu modele dayalı yatırımların uzun dönemde devlete oldukça yüklü yükümlülükler doğurduğuna dikkat çekmiştir. **Turan**, s. 14; **Şen ve Tokathoğlu**, KÖİ modelinin kamu maliyesine zarar verdiği yönündeki eleştirilere dikkat çekmiştir. **Tokathoğlu/Şen**, KÖİ, s. 208; **T.C. Kalkınma Bakanlığı KÖİ** projelerinin finansmanına yönelik olarak gelecekte karşılaşılabilecek muhtemel iki sorun tespit etmiş ve bunlardan birinin “aşırı maliyet çıkartma olasılığı” olduğunu belirtmiştir. **T.C. Kalkınma Bakanlığı**: On Birinci Kalkınma Planı 2019-2023: Kamu Özel İşbirliği Uygulamalarında Etkin Yönetim Özel İhtisas Raporu, 2018, s. 47, (<https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2020/04/KamuOzelIsbirligiUygulamalarindaEtkinYonetimOzelIhtisasKomisyonuRaporu.pdf>, E.T.: 6 Haziran 2022).

¹³ **T.C. Sayıştay Başkanlığı**: Sağlık Bakanlığı 2018 Yılı Sayıştay Denetim Raporu, Eylül 2019, s. 25, (<https://sayistay.gov.tr/reports/download/369-saglik-bakanligi>, E.T.: 30 Mayıs 2022).

Millet Meclisi (TBMM) bünyesindeki Kamu İktisadi Teşebbüsleri Komisyonu'nda milletvekili Deniz Yavuzylmaz Zafer Havalimanı bakımından “garanti edilen yolcu sayısı[nın] 1 milyon 279 bin 352, gerçekleşen yolcu sayısı[nın] 7.429, hata payı[nın] %99” olduğu iddiasında bulunmuştur¹⁴. Öğretide Yusufoglu Avrasya Tüneli, Yavuz Sultan Selim Köprüsü ve Osman Gazi Köprüsüne verilen talep garantilerini incelediği makalesinde, “verilen garantilerle projeler hiç kullanılmasa da şirketlerin çok ciddi kazançlar elde edeceği” tespitinde bulunmuştur¹⁵. Örneklerden de görüldüğü üzere, KÖİ modelinde risk ve ödüllerin özel sektör ortağı ile kamu arasında dengesiz bir şekilde belirlenmesi halinde özel sektör ortağına haksız bir fayda sağlanmış olacaktır¹⁶. Konuya rekabet politikası açısından yaklaşıldığında ise belirli teşebbüsler üzerindeki riski azaltmaları nedeniyle devlet garantilerinin piyasadaki rekabeti olumsuz yönde etkileyebileceği söylenebilir. Bu yönüyle KÖİ modeline dayalı sözleşmelerde yer alan devlet garantileri devlet desteği hukukunun¹⁷ konusunu oluşturabilir¹⁸.

Devlet desteği hukuku devletlerin rekabet politikasını şekillendiren alanlardan birini teşkil etmekte¹⁹ ve devletin teşebbüslere seçici mali fayda sağlayarak rekabet ortamını bozmasını önlemektedir. Ülkemiz açısından da

¹⁴ **TBMM Kamu İktisadi Teşebbüsleri Komisyonu**: Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğünün (DHMI) 2017 ve 2018 yıllarına ait bilanço ve netice hesaplarının görüşmeleri, Birleşim: 27, 10.03.2021, Tutanak, (<https://www.tbmm.gov.tr/Milletvekilleri/UyeKomisyonKonusmaTutanakDetay?tutanakId=41019>, E.T.: 6 Mart 2022).

¹⁵ **Yusufoglu**, s. 170.

¹⁶ **Eelis**, s. 297.

¹⁷ “Devlet desteği” terimini tercih etmemizin nedeni 6015 sayılı Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun ile birlikte kanun koyucunun “devlet yardımı” ifadesi yerine “devlet desteği” ifadesini uygun görmesidir.

¹⁸ Risk transferinin olduğu hallerde devlet garantilerinin AB devlet desteği hukuku kapsamına gireceği yönünde bkz: **EPEC: State Guarantees in PPPs: A Guide to Better Evaluation, Design, Implementation and Management**, Mayıs 2011, s. 28, (https://www.eib.org/attachments/epec/epec_state_guarantees_in_ppps_en.pdf, E.T.: 10 Mart 2022); **Ülgen**, Sinan: “Türkiye’de Sektörel Örnekleriyle Devlet Yardımları Rejimi ve Geleceği”, Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu, s. 63, (<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/persembe-konferanslari-yayinlari/perskonfyyn22.pdf>, E.T.: 12 Mart 2022); **Ülgen**, Sinan/**Yenigün Dilek**, Pelin: Gümrük Birliği’nde Yeni Dönem ve İş Dünyası, İngiltere Büyükelçiliği – TÜSİAD, Ankara 2015, s. 101, (<https://tusiad.org/tr/yayinlar/raporlar/item/8538-gumruk-birligi-nde-yeni-donem-ve-is-dunyasi>, E.T.: 4 Haziran 2022).

¹⁹ Devlet desteklerinin rekabet koşullarını bozucu etki doğurabilecek nitelikte olması nedeniyle bu neviden desteklerin denetimi rekabet politikası içerisinde değerlendirilmektedir. Bknz: **Tan**, Turgut: Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 342.

devlet destekleri hukukuna uygun davranılması hem bir Anayasal yükümlülük hem de uluslararası bir yükümlülük teşkil etmektedir. Öncelikle, Anayasa'nın 167. maddesinde devletin “*para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri al[acağı]*” belirtilmektedir. Bu hüküm karşısında devletin piyasaların sağlıklı ve düzenli işlemlerini bozucu müdahalelerde bulunmaması gerektiği aşıkardır²⁰. Bunun yanı sıra ülkemiz Türkiye Gümrük Birliği Kararı (1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı)²¹ sonucunda rekabet politikasını ve rekabet politikasının bir sac ayağını oluşturan devlet desteklerine ilişkin mevzuatını Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) ile uyumlaştırma yükümlülüğü altına girmiştir²².

Bu doğrultuda ülkemizde 2010 yılında 6015 sayılı Devlet Desteklerinin İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun²³ benimsenmiştir. Kanun'un 1. maddesinde Kanun'un amacı “*devlet desteklerinin Türkiye ile Avrupa Birliği arasındaki anlaşmalara uygun olarak düzenlenmesi*” olarak gösterilmiştir.

²⁰ AYM'ye göre; “... Anayasa koyucu para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici önlemlerin alınmasını, piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemeyi bir ödev olarak devlete yüklemiş ise de bunun mutlak bir şekilde serbest rekabete aykırı müdahalelerde bulunma yasağını ifade ettiği söylenemez.” AYM bu kararında, Anayasa'nın 167. maddesinin devlete serbest rekabete aykırı müdahalelerde bulunmama yükümlülüğü yüklediğini, ancak bu yasağın mutlak olmadığını belirtmektedir. Bknz: AYM, T. 14.07.2021, E. 2019/32, K. 2021/54, RG. 22.12.2021-31697, §61.

²¹ Ülkemiz ile AET arasında 1963 tarihli Ankara Anlaşması ile bir ortaklık ilişkisi tesis edilmiştir. Bu Anlaşma ile ülkemizin AET'ye ekonomik bütünleşmesinin gerçekleşmesi için üç dönem öngörülmüştür. Bknz: **Can**, Hacı: “Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık İlişkisinin Hukuki Çerçevesi”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 3, S. 1, 2003, s. 20-24. Bu dönemler arasından sonuncu dönemde 1995 tarihinde Gümrük Birliği Kararı alınmıştır. Gümrük Birliği Kararı'nda Türkiye birçok yükümlülük altına girmiştir. Bu yükümlülüklerden biri de gümrük birliğinin işleme ve ticaretin önündeki teknik engellerin kaldırılması amacıyla çeşitli alanlardaki mevzuatın Topluluk Hukuku ile uyumlaştırılmasına ilişkindir. **T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı**: “Gümrük Birliği”, Güncelleme: 12.07.2019, (https://www.ab.gov.tr/gumruk-birligi_46234.html, E.T.: 05 Mart 2022).

²² **Shütterle**, Peter: “State Aid Control in the Western Balkans and Turkey”, European State Aid Law Quarterly, C. 4, S. 2, 2005, s. 259; “Devlet yardımları konusunun AB açısından önemi, üyelik sürecindeki Türkiye açısından da ciddi olarak değerlendirilme zorunluluğu yaratmaktadır.” **Tan**, Ekonomik Kamu Hukuku, s. 344; “Türkiye, bir AB aday ülkesi olarak Türkiye ile AB arasındaki ticareti etkiler nitelikteki devlet yardımları bakımından AB hukukunun devlet yardımlarına ilişkin sınırlandırmalarına tabidir.” **Avcıoğlu Aksoy**, Ezgi: İdare Hukuku Açısından Yatırımlarda Devlet Yardımları, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 170.

²³ RG. 23.10.2010-27738.

Bu amaca uygun bir şekilde kanun koyucu Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın (ABİHA) devlet desteklerine ilişkin 107. maddesine oldukça benzer hükümler benimsemiştir²⁴. ABİHA'nın 107. maddesinin ilk fıkrasında belirli unsurlara sahip desteklerin iç pazar ile bağdaşmayacağı belirtilmiştir. Maddeye göre “*Antlaşmalar'da aksine hüküm bulunmadıkça, bir üye devlet tarafından veya devlet kaynakları vasıtasıyla herhangi bir şekilde verilen ve belirli teşebbüsleri veya belirli ürünlerin üretimini kayırtarak rekabeti bozan veya bozma tehlikesi yaratan her türlü destek, üye devletler arasındaki ticareti etkilediği ölçüde, iç pazarla bağdaşmaz*”²⁵. 6015 sayılı Kanun'un 2. maddesinde farklı bir sistematik tercih edilerek ABİHA'da düzenlenen hukuka aykırı desteklerin unsurlarını içinde barındıracak şekilde “devlet desteği” tanımlanmıştır. Bu maddeye göre devlet desteği “*Türkiye ile Avrupa Birliği arasındaki ticareti etkilediği ölçüde doğrudan kamu tarafından veya kamu kaynakları aracılığıyla herhangi bir şekilde sağlanan, belirli teşebbüslere veya belirli ürünlerin üretimine ayrıcalık tanıyarak rekabeti bozan veya bozma tehdidi oluşturan ve yararlanana mali fayda sağlayan her türlü tedbir*” ifade eder. ABİHA'nın 107. maddesi ile 6015 sayılı Kanun'un diğer hükümleri de büyük oranda benzerdir. ABİHA'nın 107. maddesinin ikinci fıkrasında iç pazara uygun olan devlet destekleri, üçüncü fıkrasında ise iç pazara uygun kabul edilme ihtimali bulunan devlet destekleri sayılmıştır. 6015 sayılı Kanun'un 3. maddesinin ilk fıkrasında “uygun devlet destekleri” ve ikinci fıkrasında “uygun görülebilir devlet destekleri” sayılmıştır.

2010 yılında yayımlanmasına karşın ülkemizde halen devlet desteklerinin rekabet politikası doğrultusunda etkin bir denetiminin gerçekleştirildiğinden bahsetmek güçtür²⁶. Zira öncelikle Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine uyum sağlanması amacıyla 703 sayılı Kanun Hükmünde Karar-

²⁴ Komisyon'un Türkiye'nin AB sürecine ilişkin 2021 raporunda Türkiye'nin birincil düzenlemelerinin ABİHA'nın devlet desteklerine ilişkin maddeleri ile geniş ölçüde uyumlu olduğu tespit edilmiştir. Bknz: Komisyon, **Commission Staff Working Document: Turkey 2021 Report**, 19.10.2021, SWD(2021) 290 final, ss. 82, (<https://www.ab.gov.tr/siteimages/birimler/kpb/turkey-report-2021-v2.pdf>, E.T.: 6 Haziran 2022).

²⁵ Çeviri için bknz: Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma, Çeviren: Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, Ankara, 2011, (<https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>, E.T.: 12 Mart 2022).

²⁶ Komisyon'un resmi internet sitesinde Türkiye'nin devlet destekleri hukukuna ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmediği belirtilmektedir. **Komisyon**: “Competition Policy: Bilateral relations with Turkey”, (https://ec.europa.eu/competition-policy/international/bilateral-relations/turkey_en, E.T.: 12 Mart 2022).

name²⁷ ile devlet desteklerinin izlenmesi ve denetlenmesi hususunda görevlendirilen Devlet Desteklerini İzleme ve Denetleme Kurulu kaldırılmıştır. 2018/3 sayılı Genelge²⁸ ile Kurul'un "*politika belirleme ve istişari nitelikte olan*" görevleri Cumhurbaşkanlığı Ekonomi Politikaları Kurulu'na, "*icrai nitelikte olan*" görevleri ise Cumhurbaşkanına verilmiştir. Bu durum ise devlet desteklerinin bağımsız bir idare tarafından denetlenmesine duyulan ihtiyacın²⁹ yanı sıra bazı hallerde devlet desteğini sağlayan ile denetleyen makamın aynı olması sonucunu doğurmaktadır. İkinci olarak 6015 sayılı Kanun'un 2. maddesinde Kanun hükümlerinin "*tarım, balıkçılık ve hizmet sektörlerindeki devlet desteklerini*" kapsamayacağı kararlaştırılmıştır. Son olarak, Kanun'un uygulanması için gerekli ikincil düzenlemeler hala yürürlüğe girmemiştir³⁰. Ancak Kanun'un "uygun devlet desteği" başlığını taşıyan 3. maddesinin uygulanabilmesi ikincil düzenlemelerin varlığına bağlıdır. Zira kanun koyucu "uygun görülebilir devlet desteklerinin" kapsam ve kurallarının ikincil düzenlemeler ile ortaya konması gerektiğini düzenlemiştir (m. 3/2). Kanun'a dayalı olarak yürürlüğe konan tek yönetmelik devlet desteklerinin veri sistemine aktarılmasına ilişkin usul ve yükümlülükleri düzenleyen "Devlet Destekleri Bilgi Sistemine Veri Aktarılması Hakkında Yönetmelik"³¹ tir. Bu doğrultuda bu makalede kamuoyunda da sıklıkla

²⁷ 2018 tarihli 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, RG. 09.07.2018-30473.

²⁸ Cumhurbaşkanlığı, 2018/3 sayılı Genelge, RG. 02.08.2018-30497.

²⁹ 6015 sayılı Kanun'un Genel Gerekeçe'sinde "*Rekabet Faslının müzakere açılış kriterleri arasında; "Devlet yardımlarıyla ilgili genel ilkelerin belirlenmesi ve uygulamanın denetlenmesine yönelik yasanın çıkarılarak uygulamaya konulması, Türkiye ile AB arasındaki ikili antlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerin uygulanmasını sağlayacak yetkiyle donanımlı, işlevsel anlamda bağımsız bir devlet yardımları biriminin kurulması, bu birimin devlet yardımlarına onay verecek ve uygun olmayan yardımları da geri alacak yetkiyle donatılması" hususu yer almaktadır.*" ifadelerine rastlanmaktadır. **TBMM:** Devlet Yardımlarının İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum ve Plan ve Bütçe Komisyonu Raporları (1/818), Dönem: 23, Yasama Yılı: 4, S. 523, s. 2, (<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c078/tbmm23078004ss0523.pdf>, E.T.: 12 Mart 2022).

³⁰ Komisyon'un Türkiye'nin AB sürecine ilişkin 2021 raporunda, 6015 sayılı Kanun'un fiili olarak uygulanabilir olmadığı, zira Kanun'un uygulanması için gerekli ikincil düzenlemelerin ve işlevsel kurumsal çerçevenin mevcut olmadığı belirtilmiştir. Bknz: **Komisyon:** Commission Staff Working Document: Turkey 2021 Report, 19.10.2021, SWD(2021) 290 final, s. 82, (<https://www.ab.gov.tr/siteimages/birimler/kpb/turkey-report-2021-v2.pdf>, E.T.: 6 Haziran 2022).

³¹ Başbakanlık (Hazine Müsteşarlığı), Devlet Destekleri Bilgi Sistemine Veri Aktarılması Hakkında Yönetmelik, RG. 30.05.2014-29015, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/>

gündem olan devlet garantilerinin devlet destekleri hukukunun etkin bir şekilde uygulanması sürecine geçildiğinde nasıl ele alınabileceği araştırılmak istenmiştir.

Bu noktada öncelikle “devlet garantisi” kavramına atfettiğimiz anlamın açıklanması gerekmektedir. İdare hukukuna ilişkin mevzuat gözden geçirildiğinde, içerisinde garanti geçen bazı ifadelerin o mevzuat özelinde tanımlandığı görülmekteyse de³² genel olarak “garanti” kavramının tanımlandığına şahit olunmamıştır³³. Öğretide yapılan tanımlar gözden geçirildiğinde; Tandoğan, Reusser’in yaptığı tanımı esas alarak garanti sözleşmesi için şu tanımı uygun görmüştür: “*Garanti mukavelesi, fer’i mahiyette olmayan öyle bir mukaveledir ki, onunla bir kimse başkasını muayyen bir hareket tarzına sevk etmek gayesiyle, bu hareket tarzından o şahıs için doğacak tehlikeleri*

2014/05/20140530-2.htm (Erişim Tarihi: 30 Mayıs 2022). 2010 yılında yayımlanan Kanun’un uygulanabilmesi için gerekli ikincil düzenlemelerin yürürlüğe konması 2016 tarihine kadar ertelenmiştir. Akabinde böyle bir erteleme olmasa dahi, yalnızca DDDBS’ye yönelik anılan yönetmelik yürürlüğe konmuştur. Bu Yönetmelik’te “*kamu tarafından doğrudan veya kamu kaynakları kullanılarak başka bir kurum veya kuruluş aracılığıyla teşebbüslere herhangi bir şekilde mali fayda sağlayan uygulamaların izlenmesi, her türlü kayıt ve verinin elektronik ortamda Devlet Destekleri Bilgi Sistemine aktarılması*” düzenlenmektedir (m. 1). Yönetmelik’in 5. maddesine göre Devlet Destekleri Bilgi Sistemine (DDDBS) “*aktarılabilecek uygulamaları ve bu uygulamalara ilişkin verileri, ilgili kurum ve kuruluşların uygulamalarına dayanak teşkil eden mevzuatı esas alarak belirlemeye [Hazine] Müsteşarlığı yetkilidir.*” Maddenin devamında, Müsteşarlığın sayılan hususları belirlediği listenin her yılın Ocak ayında Müsteşarlığın internet sitesinde ilan edileceği hüküm altına alınmıştır. Bu doğrultuda Hazine ve Maliye Bakanlığının internet sitesinde 2020 Ocak Liste Duyurusuna ulaşılabilmektedir. Bknz: **Hazine ve Maliye Bakanlığı**: “Devlet Destekleri Bilgi Sistemine (DDDBS) Veri Aktaracak Kurum ve Kuruluşlar ile Uygulamalarına Esas Teşkil Eden Mevzuat Listesi”, Güncelleme: 05.02.2020, (<https://www.hmb.gov.tr/duyuru/devlet-destekleri-bilgi-sistemine-ddbs-veri-aktaracak-kurum-ve-kuruluslar-ile-uygulamalarına-esas-teskil-eden-mevzuat-listesi-21>, E.T.: 30 Mayıs 2022). Liste incelendiğinde, örneğin 2016/9495 sayılı Yatırımlara Proje Bazlı Devlet Yardımı Verilmesine İlişkin Karar’a ilişkin uygulamaların DDDBS’ye aktarılacağı görülmektedir. Bu kararda gümrük vergisi muafiyeti, KDV istisnası, vergi indirimi gibi desteklerin yanı sıra kamu alım garantisi de düzenlenmiştir. Ancak DDDBS’ye ilişkin listenin güncel olmaması bakımından bu sistemin de etkin bir denetime hizmet etmediği düşünülmektedir.

³² Örneğin Bakanlar Kurulunun çıkardığı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik’in 3. maddesinde alım garantisi “*Kurulacak üretim tesisinin özelliklerine ve yerine göre, ulusal sisteminin şartlarında arz-talep dengesi gözetilerek sözkonusu üretim tesisinde üretilecek enerjinin (üretim miktarı) TEAŞ’ça satın alma garantisi verilecek yüzde olarak miktarı*” olarak tanımlanmıştır. Bknz: RG. 29.08.1997-23095.

³³ Çiftçi, s. 46.

kısmen veya tamamen üzerine alı³⁴. Kahraman, garanti taahhütlerini “garanti alanı bir riskin gerçekleşmesinin sonuçlarından korumayı amaçlayan taahhütler” olarak tanımlamıştır³⁵. Çiftçi borçlar hukuku alanında yapılan “garanti” ve “garanti sözleşmesi” tanımlarını göz önünde bulundurarak devlet garantilerini “devletin, garanti alanı belirli bir davranışa sevk etme ve/veya garanti alana teminat verme amacıyla, olumlu veya olumsuz bir edimin gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi riskini, kısmen veya tamamen üstlenmesi şeklinde koşula bağlı bir mali yükümlülük” olarak tanımlamıştır³⁶. Görüldüğü üzere, verilen tanımların hepsinde garanti verenin amaçladığı sonuç ne olursa olsun garantinin “riskin üstlenilmesi” unsuru üzerinde durulmuştur. Biz de bu makalede KÖİ modelinde devletin özel sektör ortağının riskini üstlenme yönündeki taahhütlerini “devlet garantisi” olarak ele almaktayız.

Bu çerçevede, makalede ele alınan devlet garantilerinden biri talep garantisidir. 3996 sayılı Kanun’un³⁷ 8. maddesinin 3. fıkrasında “*görevli şirketçe üretilen mal ve hizmetler için idare tarafından talep garantisi verilebil[eceği]*” hüküm altına alınmıştır. Talep garantisi, özel sektör ortağının sunduğu kamu hizmetine ilişkin talebin gerçekleşmemesi riskinin ilgili idarece üstlenilmesidir³⁸. Bu bakımdan talep garantisi özel sektör ortağının bir miktar gelirini garanti etmeye yöneliktir³⁹. Özel sektör ortağının belirlenen gelir seviyesine ulaşamaması halinde idare gerçekleşen gelir ile belirlenen gelir arasındaki farkı karşılamaktadır⁴⁰. Talep garantileri kapsamında paylaşılan risk ise özel sektör ortağının ticari riskidir⁴¹.

Makalede ele alınacak diğer bir devlet garantisi türü alım garantisidir. Alım garantileri idarenin özel sektör ortağının sunacağı mal veya hizmeti satın alacağını taahhüt etmesidir⁴². 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nda⁴³ “...

³⁴ **Tandoğan**, Haluk: Garanti Mukavelesi (Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Münasebetlerden Tefriki), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1959, s. 12.

³⁵ **Kahraman**, Zafer: Saf Garanti Taahhütleri, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s. 13.

³⁶ **Çiftçi**, s. 58.

³⁷ 1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun, RG. 13.06.1994-21959.

³⁸ **Çiftçi**, s. 109.

³⁹ **Evren**, s. 74; Kahraman yap-işlet-devret modeline ilişkin talep garantilerini “gelir garantisi” olarak nitelendirmiştir. **Kahraman**, s. 51.

⁴⁰ **Kahraman**, s. 51.

⁴¹ **Evren**, s. 74

⁴² **Çiftçi**, s. 120.

⁴³ Bknz: RG. 04.01.2002-24648.

proje bazlı yatırımlara yönelik mal alımlarında yerli üretim, yerli katkı, yatırım, istihdam, ihracat ve teknoloji transferi gibi şartların bir veya birkaçının yerine getirilmesi ve ayrıca maliyet ve performans kriterlerinin karşılanması şartıyla alım garantisi verilebil[ceği]” düzenlenmiştir (ek m. 9/6). Diğer kanunlarda düzenlenen alım garantileri hakkında 4734 sayılı Kanun’un uygulanmayacağı da belirtilmiştir (ek m. 9/10). Bunun yanı sıra, 6745 sayılı Kanun’da⁴⁴ “Proje bazlı yatırım konusu ürüne, süresi ve miktarı Cumhurbaşkanınca belirlenecek alım garantisi verilebilir.” hükmü yer almaktadır (m. 80/3).

Öğretide alım garantilerinde idarenin bir riski üstlenmeyip doğrudan bir hizmet veya malı alacağını taahhüt etmesinden dolayı bunların “garanti” teşkil etmediği belirtilmektedir⁴⁵. Bunun yanı sıra, garanti eden kişi ile alıcının tek bir kişi olması halinde de bir garantiden bahsedilemeyeceği ifade edilmektedir⁴⁶. Bu noktada bu makalede ikili bir ayırım yapılması uygun olacaktır. İlk ihtimale göre idare ihtiyaç duyduğu mal veya hizmete yönelik olarak alım garantisi verebilir. İkinci olarak ise idare, bir mal veya hizmete yönelik talep olmaması koşuluna bağlı olarak alım garantisi verebilir. Kanaatimizce ikinci ihtimaldeki alım garantileri talep garantilerine benzerdir. Öncelikle bu alım garantileri bir koşula bağlıdır. Ayrıca bu ihtimalde idare özel sektör ortağının ticari riskini paylaşmakta ve ortağına belirli bir geliri garanti etmektedir⁴⁷. Biz bu makalede idarenin KÖİ modeline dayanan sözleşmelerde garantiler yoluyla risk üstlenimini ele almak istediğimiz için yalnızca ikinci ihtimal kapsamındaki alım garantilerini inceleyeceğiz.

KÖİ modeline dayalı sözleşmelerde ayrıca hazine garantilerine de rastlanabilecektir. Hazine garantilerinden biri olan hazine yatırım garantisi 4749 sayılı Kanun’un⁴⁸ 3. maddesinde “Yap-işlet-devret, yap-işlet ve işletme hakkı devri ve benzeri finansman modelleri kapsamında ilgili kanun hükümlerine dayanan ve bunlarla sınırlı olmak üzere verilen garantileri” ifade edecek şekilde tanımlanmıştır. KÖİ modellerine ilişkin kanunlar arasında hazine garantilerine 3996 sayılı Kanun’da yer verildiği tespit edilmiştir⁴⁹. 3996

⁴⁴ 2016 tarihli ve 6745 sayılı Yatırımların Proje Bazında Desteklenmesi ile Bazı Kanun ve Kanun Hükümünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 07.09.2016-29824.

⁴⁵ Çiftçi, s. 121.

⁴⁶ Çiftçi, s. 123.

⁴⁷ Koca, s. 377.

⁴⁸ 2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, RG. 09.04.2002-24721.

⁴⁹ 3996 sayılı Kanun dışında 4283 sayılı Kanun’un 4. maddesinde TEAŞ’ın ödeme yükümlülüklerine hazine garantisi verileceği belirtilmiştir. Bknz: 1997 tarihli ve 4283

sayılı Kanun kapsamında düzenlenen hazine yatırım garantileri ise idarenin özel sektör ortağına bir taahhütte bulunması ve idarenin taahhüdünü yerine getirmemesi riskine karşı Hazine'nin idare lehine garanti vermesini de kapsamaktadır. Bu doğrultuda hazine yatırım garantileri idare lehine verilen garantilere de yöneldiği ve devlet destekleri hukukunda idarenin taahhütlerinin talep ve alım garantilerinden ayrı bir şekilde değerlendirilmesi gerektiği düşüncesiyle bu makale kapsamına hazine garantileri alınmamıştır.

Makale boyunca ülkemizde devlet destekleri hukuku alanında ikincil düzenlemelerin yayımlanmaması ve yargı kararlarının yokluğu nedeniyle AB düzenlemelerine ve içtihatlarına sıklıkla yer verilmektedir. Nitekim Danıştay da rekabet politikasını ilgilendiren kararlarında Gümrük Birliği Kararı'na, AB mahkemeleri kararlarına ve AB düzenlemelerine atıf yaparak uyumsuzluğu ele alabilmektedir⁵⁰. Bu doğrultuda, alım ve talep garantilerinin devlet desteği hukuku bakımından irdelenmesinde öncelikle devlet garantilerinin hangi durumlarda bu hukuk dalının konusunu oluşturduğu tespit edilmelidir. Böyle bir tespitte bulunulabilmesi için devlet garantilerinin 6015 sayılı Kanun kapsamındaki devlet desteği tanımına girip girmediği araştırılmalıdır. (I) İkinci olarak KÖİ modelinin kamu hizmetine yöneldiği iddiası karşısında devlet garantilerinin devlet desteği hukukuna uygun olup olmadığı irdelenmelidir. (II)

I. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ MODELİNE DAYALI SÖZLEŞMELERDE YER ALAN DEVLET GARANTİLERİNİN DEVLET DESTEĞİ TEŞKİL ETMESİ

Devletin her türlü tedbiri devlet desteği hukukunun konusunu oluşturmamaktadır⁵¹. KÖİ modeline dayalı sözleşmelerde yer alan devlet garantilerinin devlet desteği hukuku kapsamında incelenebilmesi için öncelikle bunların hangi koşullar altında devlet desteği teşkil edeceğinin belirlenmesi

sayılı Yap-İşlet Modeli ile Elektrik Enerjisi Üretim Tesislerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışının Düzenlenmesi Hakkında Kanun, RG. 19.7.1997-23054. Ancak 6446 sayılı Kanun'un geçici 13. maddesinde "3096 sayılı Kanun, 3996 sayılı Kanun ve 4283 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde elektrik üretimi, iletimi, dağıtımı ve ticareti amacıyla gerçekleştirilen yatırımlara Hazine yatırım garantisi verilmez." hükmü düzenlenmiştir. Bknz: 2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu, RG. 30.03.2013-28603.

⁵⁰ Bknz: Danıştay 10. D., T. 05.12.2003, E. 2001/4817, K. 2003/4770, (Legalbank Bilgi Bankası, E.T.: 21 Mart 2022); Danıştay 10. D., T. 18.11.2003, E. 2001/1441, K. 2003/4468, (Hukuktürk Bilgi Bankası, E.T.: 7 Haziran 2022).

⁵¹ **Avcıoğlu Aksoy**, s. 50.

gerekmektedir. Bu çerçevede öncelikle devlet garantisinin yöneldiği faaliyet bakımından bir değerlendirme yapılmalıdır. (A) İkinci olarak sağlanan tedbirin devlet desteği tanımından ortaya çıkan unsurları karşılayıp karşılamadığı ele alınmalıdır. (B)

A. Devlet Garantilerinin Faaliyet Konusu Bakımından Değerlendirme

Rekabet politikasının bir parçasını oluşturması nedeniyle devlet destekleri hukuku yalnızca teşebbüslere sağlanan devlet tedbirlerini konu edinmektedir. Böyle bir sınırlama sosyal amaçlı tedbirlerin devlet desteği hukukunun kapsamından dışlanması açısından gereklidir⁵². Gerçek veya tüzel bir kişinin teşebbüs olup olmadığının belirlenmesinde ise bu kişinin ekonomik bir faaliyet yürütüp yürütmediği araştırılmaktadır. (1) İkinci olarak 6015 sayılı Kanun'un teşebbüs tanımında ekonomik faaliyetler bakımından bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre ülkemizde yararlanıcının tarım, balıkçılık ve hizmet sektöründe faaliyet göstermesi halinde devlet destekleri hukuku uygulanmamaktadır. (2)

1. Ekonomik Faaliyet Unsuru Bakımından Değerlendirme

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) teşebbüsü hukuki statüsü⁵³ ve finanse edildiği yöntemden bağımsız olarak ekonomik faaliyet gerçekleştiren birim olarak tanımlamıştır⁵⁴. Böylece bir kişinin teşebbüs olarak sınıflandırılması gerçekleştirdiği faaliyetin doğasına bağlıdır. Faaliyet konularının ekonomik olup olmadıklarının genel geçer bir liste halinde belirlenmesi ise mümkün değildir. Ekonomik faaliyetin varlığı o alanın ilgili devlette nasıl

⁵² **Avcıoğlu Aksoy**, s. 39.

⁵³ Bu değerlendirmede, teşebbüse ulusal hukukta tanınan hukuki statü önem arz etmemektedir. Örneğin teşebbüs olduğu kanaatine varılan birimin kamu idaresi olması bu birimin teşebbüs olarak sınıflandırılmasında bir fark yaratmamaktadır. Bknz: **Komisyon**: Commission Notice on the Notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, 19.07.2016, 2016/C 262/01, Document 52016XC0719(05), OJ C 262, §8, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52016XC0719%2805%29>, E.T.: 10 Mayıs 2022).

⁵⁴ ABAD, Pavel Pavlov and Others v Strichting Pensionenfonds Medische Specialisten, 12.09.2000, Joined Cases C-180/98 to C-184/98, ECR I-06451, §74, (<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-180/98>, E.T.: 28 Mayıs 2022); ABAD, Ministero dell'Economia e delle Finanze v Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato and Cassa di Risparmio di San Miniato SpA, 10.01.2006, C-222/04, ECR I-00289, §107, (<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-222/04>, E.T.: 28 Mayıs 2022).

yürütüldüğüne bağlıdır⁵⁵. ABAD, ekonomik faaliyetin temel özelliğinin belirli bir piyasaya mal veya hizmet sunulması olduğu belirtilmiştir⁵⁶. Mahkeme'nin bu yorumuna paralel olarak 6015 sayılı Kanun'da da teşebbüs "*piyasada mal üreten, pazarlayan veya satan gerçek ya da tüzel kişiler*" olarak tanımlanmıştır⁵⁷. Bu doğrultuda bir kişinin teşebbüs olarak sınıflandırılması da daima yürüttüğü faaliyet ile bağlantılı bir şekilde yapılmaktadır⁵⁸.

Türk Rekabet Kurulu da çeşitli kararlarında bir kişinin teşebbüs olup olmadığını "*piyasaya mal veya hizmet sunup sunmadığını*" göz önünde bulundurarak incelemiştir. Rekabet Kurulu, toplu akaryakıt alımı yapan Devlet Malzeme Ofisi Genel Müdürlüğü'nün (DMO) teşebbüs olup olmadığını incelediği kararında "*DMO'nun, kamu yararı ve tasarruf amacıyla akaryakıt alım anlaşması yapacağı[ni], piyasaya mal arzı amacıyla ticari bir faaliyette bulunmayacağı gibi toplu alımını yapacağı akaryakıtı da piyasaya sunmayacağı[ni]*" göz önünde bulundurmıştır⁵⁹. Bu doğrultuda Kurul somut olaydaki toplu akaryakıt alımı faaliyetinin ekonomik faaliyet teşkil etmediğini kararlaştırmıştır⁶⁰. Bir başka kararında Kurul, Türk Standartları Enstitüsü'nün (TSE) hem "*TSE/TSEK marka kullanım sözleşmeleri öncesinde yaptığı standarda uygunluk değerlendirmesi hem de TSE/TSEK markalarının kullanılması karşılığında ücret alması[ni]*" göz önünde bulundurarak TSE'nin teşebbüs olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir⁶¹.

⁵⁵ Commission Notice on the Notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, §13.

⁵⁶ Bknz: ABAD, Pavel Pavlov and Others v Strichting Pensionenfonds Medische Specialisten, §75; ABAD, Ministero dell'Economia e delle Finanze v Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato and Cassa di Risparmio di San Miniato SpA, §108; ABAD, Commission of the European Communities v Italian Republic, 16.06.1987, C-118/85, ECR 1987-02599, §7, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:61985CJ0118>, E.T.: 22 Mart 2022); ABAD, Commission of the European Communities v Italian Republic, 18.06.1998, C-35/96, ECR 1998 I-03851, §36, (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=43942&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2377010>, E.T.: 22 Mart 2022).

⁵⁷ Kanun kapsamına "*hizmet sektörü*" alınmadığından teşebbüs tanımında yalnızca mal sunulmasına değinilmiştir.

⁵⁸ Commission Notice on the Notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, §10.

⁵⁹ Rekabet Kurulu, T. 10.10.2017, D. 2015-1-79, K. 17-31/522-226, 10.10.2017, §12, (<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=42f8fc19-f891-4991-80e3-40e19e543768>, E.T.: 22 Mart 2022).

⁶⁰ Rekabet Kurulu, T. 10.10.2017, D. 2015-1-79, K. 17-31/522-226, 10.10.2017, §13.

⁶¹ Rekabet Kurulu, T. 08.03.2002, D. D3/2/Y.K.-02/01, K. 02-13/126-53, s. 8, (<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=42458407-74f2-4024-a6fd-43a262e7f736>, E.T.: 23 Mart 2022).

Bu kararında Rekabet Kurulu sunulan hizmet karşılığında bir bedel alınmasını ekonomik faaliyetin bir unsuru olarak değerlendirmiştir⁶². Danıştay da rekabet hukuku kapsamında ele alınan teşebbüs kavramında ekonomik faaliyet unsurunu dikkate almaktadır⁶³.

KÖİ modeli kapsamındaki sözleşmelerde ise genellikle bir altyapı yapımı ve işletilmesi faaliyeti söz konusudur. Komisyon, tarihsel sürece bakıldığında geçmişte altyapı hizmetlerinin sunumunun ekonomik bir faaliyet olarak değerlendirilmediğini, ancak yakın dönemde serbestleşme, özelleştirme gibi akımların etkisiyle altyapı hizmetlerinin ticarileştiğini ifade etmiştir⁶⁴. Altyapı faaliyetleri bakımından ABAD *Leipzig/Hale* kararında, havaalanı hizmetleri karşılığında ücret alındığına dikkat çekmiş ve havaalanı işletmeciliğinin ekonomik bir faaliyet olduğuna kanaat getirmiştir⁶⁵. Bu karardan hareketle Komisyon, ticari faaliyetlerde kullanılmayan altyapıların ekonomik faaliyet sayılmayacağını belirtmektedir⁶⁶. Bu kapsamda Komisyon askeri tesisler, deniz feneri gibi devletin kamu gücü uygularken yürüttüğü faaliyetlerde kullanılan altyapıların yapımının ekonomik bir faaliyet olmadığını ifade etmiştir⁶⁷. İkinci olarak ise Komisyon kamu kullanımına ücretsiz açılan yollar gibi mal veya hizmet sunmak için kullanılmayan altyapıların yapımının ekonomik faaliyet olmadığını belirtmiştir⁶⁸.

Bu noktada alım ve talep garantilerinin devletin özel sektör ortağının ticari riskini paylaşması sonucunu doğurduğu hatırlatılmalıdır. Alım veya talep garantisi yer alan sözleşmelere konu faaliyette özel sektör ortağı işlet-

⁶² Rekabet Kurulu, T. 08.03.2002, D. D3/2/Y.K.-02/01, K. 02-13/126-53, s. 8.

⁶³ Danıştay bir kararında ses sanatçılarının “iktisadi faaliyetleri sebebiyle teşebbüs niteliğini haiz” bulunduğu karar vermiştir. Danıştay 13. D., T. 14.10.2008, E. 2006/4780, K. 2008/6797, Hukuktürk Bilgi Bankası, E.T.: 23 Mart 2022); Bir başka kararında Danıştay “ekonomik faaliyette bulunan ... veteriner hekimlerinin, 4054 sayılı Kanun kapsamında birer teşebbüs olduğuna” karar vermiştir. Danıştay 13. D., T. 20.05.2009, E. 2007/2206, K. 2009/5446, DD, S. 122, s. 523.

⁶⁴ Commission Notice on the Notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, §201.

⁶⁵ ABAD, *Mitteldutsche Flughafen AG and Flughafen Leipzig-Halle GmbH v European Commission*, 19.12.2012, C-288/11 P, §40, (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=131967&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1416047>, E.T.: 29 Mayıs 2022).

⁶⁶ Commission Notice on the Notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, §203.

⁶⁷ Commission Notice on the Notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, §203.

⁶⁸ Commission Notice on the Notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, §203.

tiği altyapıyı bir bedel karşılığında kullanıcılara sunmakta ve yeterli kullanıcı olmaması durumunda devlet özel sektör ortağına aradaki farkı ödemektedir. Dolayısıyla, devlet garantilerinin söz konusu olduğu KÖİ modelinde bir mal veya hizmet sunulduğu açıktır. Hal böyle olunca, makale kapsamındaki devlet garantilerine konu herhangi bir faaliyetin ekonomik bir faaliyet olduğu belirtilebilecektir.

2. Hizmet Piyasalarının Kapsam Dışı Olması Bakımından Değerlendirme

6015 sayılı Kanun'un 1. maddesinde tarım, balıkçılık ve hizmet sektörleri Kanun kapsamı dışında tutulmuştur. Bu belirlemeye uygun olarak 6015 sayılı Kanun'da yalnızca "*piyasada mal üreten, pazarlayan veya satan gerçek ya da tüzel kişiler*" teşebbüs olarak kabul edilmiştir. Bu doğrultuda hizmet sektöründe faaliyet gösteren kişiler Kanun kapsamında teşebbüs sayılmayacaktır. Kanun'un 1. maddesinin gerekçesinde; "*Tarım ve balıkçılık sektörleri ile hizmet sektörü, Türkiye ve Avrupa Birliği (AB) arasındaki ilişkilerin temelini oluşturan Ankara Antlaşmasının son aşaması olarak taraflar arasında Gümrük Birliğini tesis eden 6/3/1995 tarihli ve 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı kapsamı dışında yer almakta olup bu nedenle söz konusu sektörlerdeki devlet yardımları Kanun kapsamı dışında bırakılmaktadır.*" ifadelerine rastlanmaktadır⁶⁹.

AB Uyum Komisyonu Raporu'nda hükümet yetkilisinin "*Tasarı ile hizmet sektörünün devlet yardımları kapsamı dışında tutulması konusunda AB Komisyonu'nun çekincesi ve rekabet faslının açılmasını müteakiben müzakere sürecinin ilerlemesiyle devlet yardımlarının izlenmesi ve denetlenmesi kapsamına hizmet sektörünün de alınması beklentisi bulunmaktadır.*" şeklinde bir açıklama yaptığı görülmektedir⁷⁰. Devlet Destekleri Bilgi Sistemine Veri Aktarılması Hakkında Yönetmelik'te ise teşebbüs hem mal hem hizmet "*üreten, pazarlayan veya satan*" kişileri içerecek şekilde tanımlanmıştır. Kanaatimizce, devlet destekleri hukukunun hizmet piyasasını da kapsayacağı kanısıyla Yönetmelik hem mal hem hizmet piyasasına yönelik devlet tedbirlerini içerecek şekilde düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere, hizmet sektörünün 6015 sayılı Kanun kapsamına alınmaması Gümrük Birliği Kararı'nın "malların serbest dolaşımına" ilişkin olmasıyla açıklanmaktadır. Gümrük Birliği'nin "hizmetlerin serbest dolaşımını" içerecek hale gelmesiyle birlikte Kanun'un da bu yönde genişletileceği

⁶⁹ TBMM, AB Uyum Raporu, s. 3.

⁷⁰ TBMM, AB Uyum Raporu, s. 10.

anlaşılmaktadır. Buna karşın malların serbest dolaşımına ilişkin hükümler ile rekabet politikası birbirinden ayrı iki konudur. Gümrük Birliği Kararı'nın 1. kısmı "Malların Serbest Dolaşımı ve Ticaret Politikası", 2. kısmı "Tarım Ürünleri", 3. kısmı "Gümrük Hükümleri", 4. kısmı ise "Yasaların Yakınlaştırılması" konularını ele almaktadır. "Malların serbest dolaşımına" ilişkin konular ile "yasaların yakınlaştırılması" konusu birbirinden bağımsızdır. Nitekim rekabet politikasının bir sac ayağını oluşturan ve Gümrük Birliği Kararı ile mevzuatı uyumlaştırma yükümlülüğü altına girdiğimiz rekabet hukuku mevzuatımızda rekabet hukukunun "hizmet piyasasına" uygulanmayacağına yönelik bir hükme de rastlanmamaktadır.

Ek olarak, hizmet piyasasının devlet desteği hukuku denetimine kapalı olması devletin Anayasal yükümlülüğüne de uygun değildir. Dahası Ülgen hizmet sektörüne yönelik devlet desteği denetiminin bulunmamasının büyük bir eksiklik olduğunu, zira diğer sektörlerle kıyasen hizmet sektörüne kamu kaynaklarının aktarımının daha fazla olduğunu belirtmektedir⁷¹. Her ne kadar 6015 sayılı Kanun'un amacı "*devlet desteklerinin Türkiye ile Avrupa Birliği arasındaki anlaşmalara uygun olarak düzenlenmesi*" olarak gösterilse (m. 1/1) ve devlet destekleri denetimi "*Türkiye ile Avrupa Birliği arasındaki ticareti etkilediği ölçü[ye]*" indirgense de (m. 2/1(b)), bu Kanun'un devletin Anayasal yükümlülüklerini de göz önünde bulundurarak uygulaması isabetli olacaktır. Bu doğrultuda bir faaliyetin "*hizmet sektörüne*" ilişkin olduğu yönündeki belirleme dar bir alanı kapsayacak şekilde yapılmalıdır.

Bu çerçevede, hizmet sektöründen ne kastedildiğinin açıklanması gerekmektedir. 6015 sayılı Kanun'da bu Kanun bakımından hizmetin ne ifade ettiği açıklanmamıştır. 4054 sayılı Kanun'da⁷² mal "*ticarete konu olan her türlü taşınır ve taşınmaz eşya*"; hizmet ise "*bir bedel veya menfaat karşılığında yapılan bedeni, fikri veya her ikisi beraber olan faaliyetler*" olarak tanımlanmıştır. 4737 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 4. maddesinde ise piyasalar bakımından mal ve hizmet ayrımının yanı sıra bir de yapım işleri sayılmıştır. Kanun'a göre mal "*Satın alınan her türlü ihtiyaç maddeleri ile taşınır ve taşınmaz mal ve hakları*" içerecek şekilde tanımlanmıştır. Hizmet "*Bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergi-*

⁷¹ Ülgen, s. 58.

⁷² 1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, RG. 13.12.1994-22140.

leme, koruma ve güvenlik, mesleki eğitim, fotoğraf, film, fikri ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri” ifade edecek şekilde tanımlanmıştır. Yapım ise “Bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işlerini” ifade edecek şekilde tanımlanmıştır.

KÖİ modelinin kapsadığı ekonomik faaliyet alanları incelendiğinde ise bu modeldeki sözleşmelerden birçoğunun yalnızca bir piyasaya yönelmeyeceği düşünülmektedir. Örneğin Yap-İşlet-Devret, Yap-İşlet ve Yap-Kirala-Devret modellerinde mal veya hizmet piyasasına ek olarak yapım işi de bulunmaktadır. KÖİ modellerinden yalnızca işletme hakkının devri bir mal veya hizmet piyasasını konu edinebilecektir. Bu noktada akıllara devlet garantilerinin KÖİ modelinin hangi aşamasında sağlandığı tespit edilip buna uygun olarak piyasanın belirlenebileceği gelebilir. Örneğin, devlet garantileri Yap-İşlet-Devret modelinin “işlet” aşamasındaki faaliyetlere yöneldiği, “işlet” aşamasının hizmet piyasasına ilişkin olması halinde yararlanıcının teşebbüs tanımına girmeyeceği belirtilebilir. Ancak kanaatimizce böyle bir belirleme mümkün değildir. Zira devlet garantileri KÖİ modelindeki özel sektör ortağının elde edeceği asgari geliri garanti altına almaktadır. Garanti edilen asgari gelir ise yapım işi sırasında harcanan maliyet göz önünde bulundurulurken belirlenecektir. Dolayısıyla KÖİ modelinin parçalara ayrılması suni bir ayırım olarak değerlendirilmelidir.

Bu doğrultuda sonuç olarak, Yap-İşlet-Devret, Yap-İşlet ve Yap-Kirala-Devret modelleri yapım işlerini içerdiğinden bu modellerdeki özel sektör ortağının teşebbüs niteliğini haiz olduğu düşünülmektedir. Ancak işletme hakkının devrinin bir hizmete yönelmesi halinde işletme hakkına sahip özel sektör ortağının 6015 sayılı Kanun kapsamında teşebbüs olarak kabul edilmeyecektir.

B. Devlet Desteği Unsurları Bakımından Değerlendirme

ABİHA'nın 107. maddesinden yola çıkılarak bir devlet tedbirinin devlet desteği teşkil edip etmediğinin belirlenmesinde dört unsura bakılmaktadır. 6015 sayılı Kanun'da verilen tanım da bu hüküm ile oldukça benzerdir. Dolayısıyla, ufak değişikliklerle bu unsurlardan faydalanılması mümkündür.

Bu çerçevede, öncelikle devlet tedbirinin kamu kaynakları vasıtasıyla sağlanması gerekmektedir. İkinci olarak, bir mali faydanın sağlanması gerekmektedir. Üçüncü olarak, belirli teşebbüslerin veya ürünlerin üretiminin “kayırılması” veya bunlara ayrıcalık tanınması söz konusu olmalıdır. Son olarak, rekabetin bozulması veya bozulması tehdidi oluşması ve Türkiye ile AB arasındaki ticaretin etkilenmesi gerekmektedir.

Devlet garantilerine bu unsurlar uygulandığında, garantinin devlet desteği niteliğinin büyük oranda “mali fayda” unsurunun sağlanıp sağlanmadığına bağlı olduğu görülmektedir. Zira öncelikle, devlet garantilerinin doğrudan kamu tarafından verildiği hususunda bir endişe bulunmamaktadır. Talep garantilerini sağlama ilgili idarelerin yetkisindedir⁷³. Alım garantileri bakımından da 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu uyarınca yapılacak alım garantisini yapacak idarenin tespitini Cumhurbaşkanı yapmaktadır (ek m. 9/8). Bunun yanı sıra 6745 sayılı Kanun uyarınca proje bazlı yatırım ürünlerine Cumhurbaşkanı garanti verebilmektedir.

Yukarıda anılan üçüncü unsur kapsamında devlet tedbirinin belirli teşebbüsleri veya ürünleri kayırıp kayırmadığı, bir diğer deyişle “seçici” olup olmadığı araştırılmaktadır. Seçici devlet tedbirinin ortaya konulabilmesi için bir karşılaştırma yapılmaktadır⁷⁴. ABAD böyle bir karşılaştırmanın yalnızca “karşılaştırılabilir hukuki veya fiili durumda” olan teşebbüsler arasında yapılabileceğini belirtmektedir⁷⁵. KÖİ modelinde sözleşme belirli bir teşebbüs ile yapıldığı için bu unsurun çoğunlukla karşılandığı söylenebilecektir⁷⁶.

⁷³ Bknz: 3996 sayılı Kanun m. 8/3.

⁷⁴ **Kociubinski**, Jakub: “Selectivity Criterion in State Aid Control”, *Wroclaw Review*, C. 2, S. 1, 2012, s. 5.

⁷⁵ ABAD, *Adria-Wien Pipeline GmbH und Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH gegen Finanzlandesdirektion für Kärnten*, 08.11.2001, C-143/99, ECR I-08365, §41 (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=46829&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1610060>, E.T.: 30 Mayıs 2022); ABAD, *Kingdom of Spain v Commission of the European Communities*, 13.02.2003, C-409/00, ECR I-01487, §47, (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=48053&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1614765>, E.T.: 30 Mayıs 2022); ABAD, *GIL Insurance Ltd and Others v Commissioners of Customs & Excise*, 29.04.2004, C-308/01, ECR I-04777, §68, (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=49149&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1615689>, E.T.: 30 Mayıs 2022); ABAD, *Wolfgang Heiser v Finanzamt Innsbruck*, 03.03.2005, C-172/03, ECR I-01627, §40, (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=55033&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1617011>, E.T.: 30 Mayıs 2022).

⁷⁶ EPEC: PPPs and State aid, Eylül 2016, s. 8, (https://www.eib.org/attachments/epec/epec_ppp_and_state_aid_en.pdf, E.T.: 10 Mart 2022).

Zira sözleşme tarafı teşebbüse mali fayda sağlandığında teşebbüs ile benzer hukuki veya fiili durumda olan teşebbüslerin bu faydadan yararlanmadığı açıktır⁷⁷.

Dördüncü unsur çerçevesinde uygulanan tedbirin rekabeti bozması veya bozma tehlikesi taşınması ve ticareti etkilemesi gerekir. Genel olarak, eğer teşebbüsler arasında ilgili pazarda bir rekabetin varlığından bahsediliyorsa, belirli bir teşebbüse sağlanan seçici bir faydanın rekabeti bozduğu varsayılmaktadır⁷⁸. Devlet tedbiri yararlanıcısının sınır ötesi faaliyette bulunmaması halinde dahi yerel arzın devam edeceği veya artabileceği, bunun da diğer üye devletlerde faaliyet gösteren teşebbüslerin o üye devlette faaliyet gösterme olanağını azaltacağı kabul edilmektedir⁷⁹. Altyapı hizmetleri bakımından Komisyon, ağırlıklı olarak yerel halk tarafından kullanılan ve sınır ötesi yatırımlarda etkisi küçük olabilecek sağlık kuruluşları, küçük havaalanları veya küçük iskelelerin rekabeti ve ticareti bozmayabileceğini belirtmiştir⁸⁰. Bu doğrultuda, baskın bir şekilde yerel halka yönelen ve sınır ötesi ticareti

⁷⁷ Genel Mahkeme bir kararında bir devlet tedbirinin bireysel olması ve mali fayda unsurunu karşılaması durumunda bu devlet tedbirinin aynı zamanda seçici olduğunun varsayılabilirliğini belirtmiştir. Bknz: Genel Mahkeme 7. D., Grand Duchy of Luxembourg and Fiat Chrysler Finance Europe v European Commission, 24.09.2019, T-755/15, ECLI:EU:T:2019:670, §329, (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218102&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1618034>, E.T.: 30 Mayıs 2022).

⁷⁸ **Romanelli**, Alessandra/**Hornbanger**, Kathrin: “The Influence of EU State Aid Rules on PPP Infrastructure Projects”, International Public Procurement Conference Book, s. 395, (<http://www.ipppa.org/component/content/article?layout=edit&id=145>, E.T.: 30 Mayıs 2022); **Friederiszick**, Hans W./**Röller**, Lars-Hendrik/**Verouden**, Vincent: “European State Aid Control: an economic framework”, Handbook of Antitrust Economics içinde, ed: P. Buccirossi, MIT Press, 2007, s. 628; AB Genel Mahkemesi bir kararında devlet desteğinin varlığından söz edilebilmesi için rekabetin ve ticaretin “önemli” veya “esaslı” bir şekilde bozulmasına gerek olmadığını belirtmiştir. Genel Mahkeme 3. D., Confederacion Espanola de Transporte de Mercancias (CETM) v Commission of the European Communities, 29.09.2000, T-55/99, ECR II-03207, §94, (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=45701&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1590802>, E.T.: 29 Mayıs 2022).

⁷⁹ **Komisyon**: Communication from the Commission on the application of the European Union State aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest, 11.01.2012, 2012/C 8/02, OJ C 8/4, §38, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52012XC0111%2802%29>, E.T.: 13 Mart 2022).

⁸⁰ Commission Notice on the Notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, §203.

de etkilemeyebilecek devlet garantilerinin rekabeti ve ticareti bozma unsurunu sağlamayacağı kabul edilebilir.

Yukarıda anıldığı üzere, devlet garantilerinin devlet desteği teşkil edip etmediğinin belirlenmesinde en belirleyici olan unsur “mali fayda” unsurudur. Devlet destekleri hukuku kapsamında mali fayda teşebbüslerin normal piyasa koşullarında edinmeyeceği ekonomik bir fayda olarak tanımlanmaktadır⁸¹. Bu doğrultuda öncelikle, devlet garantileri kapsamında ödeme yükümlülüğünün ancak riskin gerçekleşmesi halinde doğduğu göz önünde bulundurularak bu garantilerin her durumda “ekonomik fayda” sağlayıp sağlamadığı incelenmelidir. (1) İkinci olarak devlet garantilerinin “normal piyasa koşullarında” elde edilip edilemeyeceği üzerine bir inceleme yapılmalıdır. (2)

1. Devlet Garantilerinin Koşullu Mali Yükümlülük Olması Bakımından Değerlendirilmesi

Devletin mali yükümlülükleri, yükümlülüğün doğumunun başka bir olaya bağlı olup olmamasına göre doğrudan ve koşullu olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁸². Doğrudan mali yükümlülüklerin doğması herhangi bir olayın gerçekleşmesine bağlı olmayıp⁸³ bu yükümlülükler kapsamında ödenecek tutar bellidir⁸⁴. Örneğin bütçe kanunu uyarınca devletin zorunlu olarak yapması gereken harcamalar doğrudan yükümlülük kapsamına girmektedir⁸⁵. Koşullu mali yükümlülükler ise ödeme zamanı ve tutarı gelecekte gerçekleşmesi belirsiz ve idarenin kontrolü dışında bir olaya bağlı olan yükümlü-

⁸¹ Commission Notice on the Notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, §66; Devlet Destekleri Bilgi Sistemine Veri Aktarılması Hakkında Yönetmelik’in “Tanımlar” başlıklı 4. maddesinde mali fayda “Teşebbüslere, kamu tarafından doğrudan veya kamu kaynakları kullanılarak başka bir kurum veya kuruluş aracılığıyla uygulanan tedbirler vasıtasıyla herhangi bir şekilde sağlanan ekonomik değeri” ifade edecek şekilde tanımlanmıştır. Ancak bu Yönetmelik kamunun teşebbüslere sağladığı herhangi bir ekonomik değer DDDBS’ye aktarılmasını hedeflemektedir. Dolayısıyla bu makale kapsamında bu tanıma dayanılarak bir inceleme yapılmak istenmemiştir. Aksi takdirde kamu tarafından sağlanan tüm “ekonomik değerlerin” devlet desteği olarak nitelendirilmesi gerekecektir.

⁸² Turan, s. 7; Şen, Semih/Tokatlıoğlu, Mircan: “Kamu Maliyesinde Bir Risk Unsuru Olarak Koşullu Yükümlülükler: Türkiye Örneği”, Sosyoekonomi, C. 28, S. 44, 2020, s. 217.

⁸³ Turan, s. 7.

⁸⁴ Bülbül, Duran/Ertürk Atabey, Selin: “Türkiye’de Koşullu Yükümlülüklerin Kamu Finansman Açıkları Üzerine Etkileri”, Sosyoekonomi, S. 1, 2010, s. 64.

⁸⁵ Turan, s. 7.

lüklerdir⁸⁶. Koşullu mali yükümlülük kapsamında bir ödeme yükümlülüğünün doğup doğmayacağı dahi belirsizdir⁸⁷.

KÖİ modeline dayalı sözleşmelerde yer alan devlet garantileri koşullu mali yükümlülük kapsamında ele alınmalıdır⁸⁸. Zira idarenin devlet garantisi kapsamındaki mali yükümlülüğü ancak riskin gerçekleşmesi halinde doğmaktadır⁸⁹. Devlet garantilerinden kaynaklanan mali yükümlülük ancak “kamu hizmetine ilişkin talebin gerçekleşmemesi” halinde ödeme yükümlülüğüne dönüşecektir. Kamu hizmetine yönelik talebin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ise idarenin kontrolünde değildir. Buna paralel olarak özel sektör ortağı da ancak koşulun gerçekleşmesi halinde garanti konusu ödemenin faydalanabilecektir. Böylece garanti konusu ödemenin yapılıp yapılmayacağı, yapılacaksa hangi miktarda ve ne zaman yapılacağı garantinin verildiği anda belirsizdir⁹⁰. Bu çerçevede, devlet garantisi kapsamında devletin herhangi bir ödeme yükümlülüğünün doğmaması halinde yararlanıcı teşebbüsün “ekonomik fayda” elde edip etmeyeceği araştırılmalıdır. Garanti yararlanıcısı teşebbüse herhangi bir ödeme yapılmasa dahi avantaj sağlanacağı kanaatine varılırsa, ödeme yapılıp yapılmamasının mali fayda unsuru açısından bir fark yaratmayacağı belirtilebilir.

Bu noktada KÖİ modeli ile yürütülen sürece yalnızca özel sektör ortağı ve idarenin dahil olmadığı hatırlatılmalıdır. KÖİ modelinde özel sektör ortağı projenin finansmanını kendi öz sermayesinden karşılayabileceği gibi finansal kuruluşlar vasıtasıyla da sağlayabilirler. Sarısu, bu projelerin mali kaynaklarının %90 seviyesine çıkabilecek kadar büyük bir bölümünün bankalar veya diğer borç verenler tarafından karşılandığını belirtmektedir⁹¹. Kalkınma Bakanlığı ise 2014 senesinde ülkemizde KÖİ projelerinin finansmanının yaklaşık %30’unu özel sektör ortağının öz sermayesiyle karşılandığını, finansmanın %70’inin ise krediyle sağlandığını belirtmiştir⁹². Kredi sağlayan taraf için önemli olan hususlardan biri ise projedeki nakit akışı

⁸⁶ **Cebatori**, Aliona: Contingent Liabilities: Issues and Practice, IMF Working Paper: Fiscal Affairs Department, WP/08/245, 2008, s. 5.

⁸⁷ **Cebatori**, s. 5.

⁸⁸ **Yusufoğlu**, s. 165; **Evren**, s. 73; **Şen/Tokathoğlu**, Koşullu Yükümlülükler, s. 219; **Çiftçi**, s. 31.

⁸⁹ **Evren**, s. 73.

⁹⁰ **EPEC**, State Guarantees, s. 5.

⁹¹ **Sarısu**, s. 148.

⁹² **T.C. Kalkınma Bakanlığı**: Onuncu Kalkınma Planı 2014-2018: Kamu Özel İşbirliği Özel İhtisas Komisyonu Raporu, 2014, s. 68, (https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/10/10_KamuOzelIsbirligi.pdf, E.T.: 4 Haziran 2022).

vasıtasıyla veya herhangi bir üçüncü taraf vasıtasıyla borcun geri ödenmesinde sorun yaşanıp yaşanmayacağıdır⁹³. Kredi sağlayan tarafın borcun geri ödeneceğine dair kanaatinin artması halinde KÖİ modelindeki özel sektör ortağı hem başlı başına finansman bulma hem de daha iyi koşullarda finansman bulma konusunda kolaylık yaşayacaktır.

Bu açıdan devlet garantileri ele alındığında talep veya alım garantisi, teşebbüsün belirli miktardaki gelirini garanti altına almaktadır. Finansal kuruluşlar nezdinde ise belirli bir geliri olacağı öngörülen teşebbüsün borcunu geri ödeme olasılığı artmaktadır. Böylece özel sektör ortağı olan teşebbüs devlet garantisini temin edemediği bir duruma kıyasla daha avantajlı koşullarda kredi çekebilecek veya finansman bulabilecektir⁹⁴. Nitekim Kalkınma Bakanlığı devletin projelerdeki riskleri üstlenmesinin “proje maliyetini ve dolayısıyla ödenecek ücretleri” düşürdüğüne dikkat çekmiştir⁹⁵. EPEC de devlet garantilerinin KÖİ projelerinin maliyetini düşürdüğünü, borçlunun kredi riskini azaltmasından dolayı likiditeyi arttırdığını ve daha düşük fiyatlar ile daha uzun vadeleri teşvik ettiğini ifade etmiştir⁹⁶.

Bu doğrultuda, devlet garantisi kapsamında hiçbir zaman devletin ödeme yükümlülüğü doğmasa dahi garantinin sağlandığı teşebbüsün “ekonomik bir faydadan” yararlandırıldığı kabul edilmelidir. Nitekim Komisyon da devlet desteğinin borcun doğması veya ifası anında değil, garantinin verildiği anda sağlandığını⁹⁷ ve garanti kapsamında hiçbir zaman ödeme yapılmasa dahi bir devlet desteğinin varlığından söz edilebileceğini belirtmektedir⁹⁸.

2. Devlet Garantilerinin Piyasa Ekonomisi Yatırımcısı İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi

Devlet destekleri hukukunda “normal piyasa koşullarında” temin edilemeyecek ekonomik faydalar “mali fayda” teşkil etmektedir. Buna göre, yararlanıcı konumundaki teşebbüs normal piyasa koşullarında devletin sağladığı faydaya benzer bir fayda sağlayamayacaksa, bu fayda “mali fayda”

⁹³ Lu/Chao/Sheppard, s. 6.

⁹⁴ Bknz: Evren, s. 73; Çiftçi, s. 74.

⁹⁵ T.C. Kalkınma Bakanlığı, Onuncu Kalkınma Planı, s. 41.

⁹⁶ EPEC, State Guarantees, s. 8.

⁹⁷ Commission Notice on the application of Articles 87 and 88 of the EC Treaty to State aid in the form of guarantees, s. 12.

⁹⁸ Commission Notice on the application of Articles 87 and 88 of the EC Treaty to State aid in the form of guarantees, s. 12.

unsurunu sağlamaktadır⁹⁹. Bir devlet tedbirinin teşebbüslere normal piyasa koşullarında edinilemeyecek bir fayda sağlayıp sağlamadığı konusunda ise “piyasa ekonomisi yatırımcısı ilkesi (*the market economy investor principle*)” ana test olarak uygulanmaktadır¹⁰⁰. Eğer idare herhangi bir diğer özel piyasa yatırımcısı ile aynı davranışta bulunuyorsa, bu durumda artık bir devlet desteğinin varlığından söz edilmez¹⁰¹.

Bu noktada, KÖİ modelinde devletin “normal piyasa koşullarını” gözetmesinin makul olmadığı, zira bu modelin söz konusu olduğu piyasalarda özel sektör oyuncularının çoğu zaman “alıcı” konumunda olmayacağı belirtilebilir. Gerçekten de Nicolaidis ve Schoenmaekers KÖİ modelinde devletin piyasa “yarattığını”, zira özel sektör tüketicilerinin köprü veya yol gibi ürünleri satın almadıklarını belirtmektedir¹⁰². Ancak yazarlar iki gerekçeyle bu pazarlardaki devlet talebini normal piyasa faaliyeti olarak değerlendirmektedir. Öncelikle yazarlar, yalnızca devlet tarafından satın alınacak ürünlerin sağlayıcılarının da birbiriyle rekabet içerisinde olduğunu belirtmektedir. İkinci olarak yazarlar, devletlerin de ihtiyaçları olduğu bakış açısıyla “normal ürünler” ve “devlet ürünleri” şeklinde bir ayırım yapmanın suni olduğunu dile getirmektedir¹⁰³.

Bu çerçevede piyasa ekonomisi yatırımcısı ilkesi devlet garantileri bakımından incelenirse; devlet garantiler yoluyla teşebbüsün ticari riskini paylaşmaktadır. Bu yöndeki bir risk paylaşımının devlete de bir getirisinin olması gerekmektedir. Devlet piyasa ekonomisi yatırımcısının risk paylaşımı

⁹⁹ Bknz: ABAD, Altmark Trans and Regierungspräsidium Magdeburg v Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, and Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht, 24.07.2003, Case C-280/00, ECR I-07747, §84, (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=48533&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2172899>, E.T.: 20 Mart 2022); ABAD, Syndicat français de l'Express international (SFEI) and others v La Poste and others, 11.07.1996, Case C-39/94, ECR I-03547, §60, (<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=99563&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1716162>, E.T.: 21 Mart 2022); ABAD, Kingdom of Spain v Commission of the European Communities, 29.04.1999, Case C-342/96, ECR I-02459, (<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44561&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1720565>, E.T.: 21 Mart 2022).

¹⁰⁰ EPEC, PPPs, s. 28.

¹⁰¹ Hancher, Leigh: “Long-term Contracts and State Aid – A new Application of the EU State Aid Regime or a Special Case?”, *European State Aid Law Quarterly*, C. 9, S. 2, 2010, s. 286.

¹⁰² Nicolaidis/Schoenmaekers, s. 51.

¹⁰³ Nicolaidis/Schoenmaekers, s. 51.

karşısında uygun göreceği bir getiriden kısmen veya tamamen vazgeçtiği takdirde teşebbüse mali bir fayda sağlamış kabul edilir¹⁰⁴. Başka bir deyişle, devlet piyasada bulunan koşullara kıyasen daha iyi koşullarda garanti sağlıyorsa bu durumda teşebbüse mali fayda sağlamış olacaktır¹⁰⁵. Bu çerçevede 3996 sayılı Kanun'un hasılat paylaşımını öngörülen maddesi üzerinden örnek verilebilir. Maddeye göre, “*talep garantisi verilmesi öngörülen sözleşmelerde, garanti edilen mal ve hizmet düzeyinin üzerinde talep gerçekleşmesi durumunda hasılat paylaşımının ne şekilde yapılacağı hususu düzenlenir*” (m. 8/3). Bu hüküm doğrultusunda devlet, piyasa ekonomisi yatırımcısının da kabul edeceği bir şekilde, verdiği talep garantisine karşılık uygun bir hasılat paylaşımı öngörüyorsa bu durumda mali fayda unsurunun sağlanmadığı belirtilebilir.

Mali faydanın sağlandığına hükmedilmesi için devletin karlı olup olmadığı da önemli değildir¹⁰⁶. Zira bir devlet tedbirinin piyasa koşullarına uygun olup olmadığı *ex-ante* bir değerlendirme ile belirlenmektedir. ABAD, devlet tedbirine ilişkin kararın rasyonel bir piyasa yatırımcısının yapacağı gibi ekonomik değerlendirmelere dayandığının gösterilmesi halinde mali fayda unsurunun sağlanmamış olacağını belirtmektedir¹⁰⁷. Buna karşın Mahkeme, fayda sağlandıktan sonra geçmişe dönük ekonomik değerlendirmelerin, mali faydanın sağlanmadığı konusunda kanaat getirilmesi için yeterli olmadığını ifade etmektedir¹⁰⁸.

Ancak KÖİ modelinin karmaşık yapısından dolayı bir devlet garantisinin normal piyasa koşullarına uyularak sağlandığının belirlenmesi bir hayli zor olabilmektedir. Zira öncelikle, Yap-İşlet-Devret ve Yap-Kiralama-Devret modellerinde özel sektör ortağınca finanse edilip hayata geçirilen bir proje sözleşmenin sonunda devlete devredilmektedir. Bunun yanı sıra, devletin özel sektör ortağı ile risk paylaşımı yalnızca devlet garantilerini kapsama-

¹⁰⁴ Commission Notice on the application of Articles 87 and 88 of the EC Treaty to State aid in the form of guarantees, s. 12.

¹⁰⁵ EPEC, State Guarantees, s. 24.

¹⁰⁶ Nicolaidis/Schoenmaekers, s. 60.

¹⁰⁷ ABAD, European Commission v Electricite de France (EDF), 05.06.2012, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, §84, (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=123502&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3760858>, E.T.: 5 Haziran 2022); ABAD, French Republic v Commission of the European Communities, 16.05.2002, C-482/99, ECR I-04397, §71-72, (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=47344&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3769259>, E.T.: 5 Haziran 2022).

¹⁰⁸ ABAD, European Commission v Electricite de France (EDF), §85.

maktadır. Bu noktada Komisyon, bir devlet tedbirinin piyasa koşullarını yansıttığının iki halin varlığında varsayılabileceğini belirtmektedir¹⁰⁹. Bunlardan ilki başka bir idare ile özel sektör ortağının benzer koşullarda benzer bir işlemi (*pari passu* işlemler) gerçekleştirmesidir. Şöyle ki; benzer durumda olan idare ve özel sektör ortağı benzer hüküm ve koşullarda işlem gerçekleştirdiğinde, inceleme konusu olan işlemin de piyasa koşullarına uygun olduğu kabul edilebilmektedir¹¹⁰. Bu yöndeki değerlendirmede işlemler arasında geçen zaman, işleme konu riskin benzerliği, projenin maliyetindeki benzerlik gibi kriterler dikkate alınabilmektedir¹¹¹. Ancak devlet garantilerinin daha çok önem arz ettiği Avrasya Tüneli, Yavuz Sultan Selim Köprüsü veya Osman Gazi Köprüsü gibi karşılaştırılma imkânı olmayan projeler bakımından *pari passu* işlemlere rastlanması mümkün olmayacaktır.

İkinci olarak Komisyon, özel sektör ortağının rekabetçi, şeffaf, ayrımcı olmayan ve koşulsuz bir ihale sürecinin sonucunda seçilmesi halinde devlet tedbirinin normal piyasa koşullarına uygun olduğunun varsayılabileceğini belirtmektedir¹¹². Nicolaidis ve Schoenmaekers de kamu ihalesi hukuku ile devlet destekleri hukuku arasındaki ilişkinin KÖİ'de daha da önemli bir hale geleceğini vurgulamaktadır¹¹³.

Konu ülkemiz açısından değerlendirildiğinde, her ne kadar devlet destekleri hukukuna uygunluk endişesi ile kaleme alınmamışsa da T.C. Kalkınma Bakanlığının İhtisas Raporunda KÖİ projelerindeki ihale süreçlerinin hassas bir şekilde ele alınması gerektiği ifade edilmiştir¹¹⁴. Bakanlık KÖİ modeli bakımından hazırlık süreçlerini değerlendirmiş ve Türkiye tecrübesinin “yaparak öğren” modeliyle oluştuğunu, ancak bu durumda zaman ve bütçe açısından maliyetli sonuçların doğduğunu tespit etmiştir¹¹⁵. Bu doğrultuda Bakanlık, uluslararası finansman sağlayıcıların ilgisinin çekilmesi

¹⁰⁹ Commission Notice on the Notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, §84.

¹¹⁰ Bknz: Genel Mahkeme 3. D., Alitalia – Linee aeree italiane SpA v. Commission of the European Communities, 12.12.2000, T-296/97, ECR II-03871, §81, (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=45457&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=494743>, E.T.: 26 Mart 2022).

¹¹¹ Commission Notice on the Notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, §87.

¹¹² Komisyon, London Underground Public Private Partnership Arrangements, 25.09.2012, C(2002) 3578/4, No N 264/2002, OJ 1583, §79, ([https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=C\(2002\)3578&lang=en](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=C(2002)3578&lang=en), E.T.: 6 Haziran 2022).

¹¹³ Nicolaidis/Schoenmaekers, s. 50.

¹¹⁴ T.C. Kalkınma Bakanlığı, On Birinci Kalkınma Planı, s. 45.

¹¹⁵ T.C. Kalkınma Bakanlığı, On Birinci Kalkınma Planı, s. 40-41.

bakımından “çerçevesi belirlenmiş ve çizilmiş proje hazırlık süreçleri” modeline geçilmesi gerektiğini belirtmiştir¹¹⁶. Hazırlık sürecinin “yaparak öğren modeli” çerçevesinde geliştiği bir KÖİ projesinin koşullarının kamu için maliyeti en az olacak şekilde oluşturulduğunun varsayılması güçtür. Dahası Bakanlık “KÖİ projelerinin hazırlık süreçleri kadar ihale süreçlerinin de son derece hassas ele alınması gerektiği, ihale sonrasında ve sözleşme aşamasından sonra yapılan değişikliklerin uluslararası yatırımcılar ve bankalar nezdinde olumlu karşılanmadığı, bu tür değişikliklerin şeffaflık ve rekabet ilkelerini zedelediği vurgulanmıştır. KÖİ projelerinin yapısı gereği esneklik barındırması gerekse de, bu esnekliğin herhangi bir tarafa yönelik bir avantaj olarak kullanılmasının engellenmesi gerektiği ... belirtilmiştir.” ifadeleriyle konu hakkındaki endişeleri dile getirmiştir¹¹⁷.

Sonuç olarak, KÖİ modelinde devletin devlet garantilerini özel piyasa yatırımcısı gibi davranarak sağlaması gerekir. Devletin özel sektör ortağına özel piyasa yatırımcısının kabul edeceği koşullardan daha iyi koşullar sağlaması halinde mali faydanın varlığından söz edilir. Ancak bazı hallerde devletin kamu hizmeti yürütme görevi nedeniyle özel piyasa yatırımcısı şeklinde davranmadığı haller de olabilecektir.

II. KAMU ÖZEL İŞBİRLİĞİ MODELİNE DAYALI SÖZLEŞMELERDE YER ALAN DEVLET GARANTİLERİNİN KAMU HİZMETİ TAZMİNATI TEŞKİL ETMESİ

Devlet destekleri hukukunda içtihatlarla birlikte ortaya çıkan ana kural, idarenin özel sektör yatırımcısı gibi davranmasıdır. Ancak devletin her koşulda özel sektör yatırımcısı gibi davranması mümkün olamamaktadır. Zira devletin özel sektör yatırımcılarından farklı olarak kamu hizmetinin kamu hizmeti ilkelerine uygun bir şekilde sunulması yükümlülüğü bulunmaktadır¹¹⁸. Bazı hallerde ise normal piyasa koşullarında kamu hizmetini sağlamak finansal açıdan cazip değildir¹¹⁹. Buna karşın devletin ortağı olacak özel sektör yatırımcısı bir faaliyeti üstlenirken faaliyetin kendisi için karlı olup

¹¹⁶ T.C. Kalkınma Bakanlığı, On Birinci Kalkınma Planı, s. 41.

¹¹⁷ T.C. Kalkınma Bakanlığı, On Birinci Kalkınma Planı, s. 45.

¹¹⁸ Maziarz da AB hukuku bakımından, AB'nin liberalleşme politikası karşısında her bir üye devletin sosyal ihtiyaçları karşılama yükümlülüğü olduğuna dikkat çekmektedir. **Maziarz** Aleksander: “Services of General Economic Interest: Towards Common Values?”, *European State Aid Law Quarterly*, C. 15, S. 1, 2016, s. 16.

¹¹⁹ **Avcıoğlu Aksoy**, s. 43; “Kamu hizmetlerinin fiyatı ve miktarı piyasa koşullarında belirlenemez.” **Tokathoğlu/Şen**, KÖİ, s. 208.

olmadığını değerlendirmektedir¹²⁰. Faaliyetin özel sektör yatırımcısı açısından karlı olmaması halinde ise yatırımcı bu alana girmekten imtina edebilecektir¹²¹. Örneğin devletin regülasyon aracılığıyla fiyat belirlediği veya talep olmadığı halde devletin sunmakla yükümlü olduğu hizmetlere özel sektör katılımı mümkün olmayabilecektir. Bu doğrultuda talep veya alım garantileri belirli bir geliri garanti etmeleri bakımından özel sektörün kamu hizmeti faaliyetine katılımını teşvik etme rolüne bürünebilirler¹²². Ancak bu hallerde de gelir garantilerinin projeyi ekonomik olarak yürütülebilir kılmasının yanında devlet ve topluma binen yükü gereğinden fazla arttırmaması gerekir¹²³.

Bu çerçevede, AB devlet destekleri hukukunda kamu hizmetinin yürütümünde gerekli olması halinde uygulanan devlet tedbirleri “kamu hizmeti tazminatı (*public service compensation*)” olarak anılmaktadır. ABİHA’nın 106. maddesinin 2. fıkrasında “*Genel ekonomik yarar hizmetlerini yürütmekle görevli veya gelir amaçlı tekel niteliği taşıyan teşebbüsler, kendilerine verilmiş belirli görevlerin ifasını hukuken veya fiilen engellemek kaydıyla, Antlaşmalar’da yer alan kurallara, özellikle rekabete ilişkin olanlara tabidir. Ticaretin gelişimi, Birliğin çıkarlarına aykırılık teşkil edecek ölçüde etkilenmemelidir*”¹²⁴ hükmü bulunmaktadır. Bu madde genel ekonomik yarar hizmetlerinin devlet destekleri hukuku da dahil olmak üzere rekabet kurallarına tabi olduğunu hüküm altına almakta, ancak görevlerini yerine getirmelerini engellediği durumlarda teşebbüsler rekabet kurallarından muaf tutulmaktadır¹²⁵. Bir başka deyişle, kamu hizmeti tazminatı söz konusu ol-

¹²⁰ Boz, KÖİ modelinde “*özel hukuk kişisi[nin] kar etme amacını taşırken, idare[nin] hizmet götürme amacında*” olduğunu belirtmiştir. **Boz**, s. 289.

¹²¹ **Maziarz**, s. 18; Öğretide Yusufoglu bir hizmetin KÖİ modeline dayanılarak yürütülmesinin sebeplerinden birini, özel sektörün “*devletin katılımı olmaksızın ... tek başına sunmaktan çekindiği hizmetlere katılımını sağlamak*” olarak göstermiştir. **Yusufoğlu**, s. 158; Lu, Chao ve Sheppard bazı hallerde sosyal ve ekonomik faydaları olan projelerin özel sektör yatırımcılarının devlet garantisi olmaksızın üstlenmek istemeyeceği riskleri olabileceğine dikkat çekmektedir. **Lu/Chao/Sheppard**, s. 10.

¹²² Öğretide Evren, KÖİ modelinin “*kendi başına gelir akışı sağlayan projeler için kullanılma[ısı]*” gerektiğini belirtmektedir. Bu doğrultuda yazar, idarenin “müşteri garantisi” vermesi halinde projenin KÖİ modeliyle yürütümünün uygun olmadığını değerlendirilmektedir. **Evren**, s. 62.

¹²³ **Carbonara/Pellegrino**, s. 585.

¹²⁴ Çeviri için bkz: Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma, Çeviren: Avrupa Birliği Genel Sekreterliği, Ankara, 2011, (<https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>, E.T.: 12 Mart 2022).

¹²⁵ **Maziarz**, s. 19.

duğunda teşebbüse uygulanan devlet tedbiri devlet destekleri hukukuna uygun kabul edilmektedir. Dolayısıyla KÖİ modellerinde genel ekonomik yarar hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesine yönelik devlet destekleri muafiyetten faydalanabilmektedir¹²⁶.

Bu noktada genel ekonomik yarar hizmetinin ne ifade ettiği kısaca açıklanırsa; Danıştay, bir kararında genel ekonomik yarar hizmetinin “kamu hizmeti” kavramını “yaklaşık olarak karşılayan bir kavram” olduğunu belirtmiştir. Danıştay “yürütülen bir hizmetin genel ekonomik yarar sağlayan bir hizmet niteliği taşıması için teşebbüse belirli bir görev verilmiş bulunması, bu görevin kamu otoritelerinin bir tedbirine uygun olarak, Devlet tarafından verilmiş olması, nüfusun belirli temel ihtiyaçlarını karşılayan bir yükümlülük olması, belirli bir bölgenin tamamında temel bir hizmetin sağlanması niteliğini taşıması gerek[tiğini]” belirtmiştir¹²⁷. Komisyon ise genel ekonomik yarar hizmetlerini “kamu müdahalesi olmaksızın genel kamu yararına uygun sonuçlar doğuramayacak ekonomik faaliyet” olarak tanımlamıştır¹²⁸.

Bu doğrultuda bu bölümde öncelikle bir genel ekonomik yarar hizmetinin yürütümünün söz konusu olması halinde devlet tedbirinin muafiyet kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği Türk hukuku bakımından incelenmektedir. (A) İkinci olarak kamu hizmeti tazminatının AB hukukunda içtihatla gösterilen sınırları araştırılmaktadır. (B)

A. Türk Hukuku Mevzuatı Bakımından Değerlendirmeler

Anayasa'nın 167. maddesinde “Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.” hükmü bulunmaktadır. Bu hüküm doğrultusunda, devletin piyasaların sağlıklı işleyişini bozucu tedbirler uygulamaktan imtina etmesi gerekmektedir. Ancak bu yükümlülüğün devletin ekonomiye hiçbir zaman müdahalede bulunmaması gerektiği sonucunu doğurmadığı aşık-

¹²⁶ Nicolaidis/Schoenmaekers, s. 62.

¹²⁷ Danıştay 10. D., T. 05.12.2003, E. 2001/4817, K. 2003/4770, (Legalbank Bilgi Bankası, E.T.: 21 Mart 2022).

¹²⁸ **Komisyon:** Commission Staff Working Document: Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest, 29.04.2013, SWD(2013) 53 final/2, s. 21, (https://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_en.pdf, E.T.: 8 Haziran 2022).

dır¹²⁹. Anayasa'nın 167. maddesi devlete, piyasa başarısızlıklarının bulunması durumunda piyasalara müdahalede bulunma görevi de yüklemektedir¹³⁰.

Genel ekonomik yarar hizmetlerinin yürütümünü üstlenecek teşebbüslere devlet garantisi sağlanması da devletin ekonomiye bir müdahalesidir. Zira devlet garantisi vererek devlet genel ekonomik yarar hizmetine konu piyasanın kamu yararına uygun işleyebilmesi için bir "özendirme ve destekleme" faaliyetinde bulunmaktadır¹³¹. Özendirme ve destekleme faaliyetiyle devlet, genel ekonomik yarar hizmetini özel kişilere gördürme tercihinde bulunduğu çeşitli piyasa aksaklıklarının önüne geçerek faaliyetin kamu yararına uygun sonuçlar vermesini sağlamaktadır.

Anayasa'nın diğer maddeleri incelendiğinde de devletin genel ekonomik yarar hizmetlerinin yürütümü için piyasa dışı müdahalelerde bulunabileceği kanaati güçlenmektedir. Öncelikle, Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye'nin sosyal bir devlet olduğu belirtilmektedir. Bu doğrultuda Anayasa'nın 5. maddesinde ise devlet "*kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak*" ve sosyal hukuk devletiyle "*bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya ... çalışmak*" ile görevlendirilmiştir. Bu hükümler doğrultusunda AYM, ekonomik ve mali politikaların "*sosyal devletin gerçekleşmesini sağlayan araçlar*" olduğunu belirtmektedir¹³². Genel ekonomik yarar hizmetlerindeki piyasa aksaklıkları

¹²⁹ "...Devletin ekonomik yaşama hiç müdahale etmediği bir ekonomik düzen gösterilememeyecektir" **Tan**, Turgut: "Anayasal Ekonomik Düzen", Anayasa Yargısı Dergisi, C. 7, 1990, s. 164.

¹³⁰ "[167.] madde açık bir biçimde devlete, ekonomik kamu düzenini sağlamak ve bu düzeni korumak amacıyla müdahalelerde bulunma görev ve yetkisini vermektedir." **Özkan**, Ahmet Fatih: "Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti", Ankara Barosu Dergisi, C. 67, S. 4, 2009, s. 85. Gerçekten de AYM, Anayasa'nın 167. maddesi ve "*devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürütmesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.*" şeklindeki 48. maddesinin 2. fıkrası göz önünde bulundurularak devletin "*gerektiğinde [ekonomik] alana müdahale etmekle yükümlü kılın[dığı]*" kanaatine varılmıştır. Bknz: AYM, T. 11.11.2021, E. 2019/110, K. 2021/85, 11.11.2021, RG. 01.03.2022-31765, §49; AYM, T. 13.10.2021, E. 2018/93, K. 2021/69, RG. 15.12.2021-31690, §48.

¹³¹ Orak devlet desteklerinin "*özendirme ve destekleme faaliyetlerinin bir uzantısı*" olduğunu belirtmiş ve bu faaliyetleri "piyasa dışı müdahale" olarak göstermiştir. **Orak**, Cem Çağatay: Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması, Çakmak Yayınevi, Ankara 2011, s. 233.

¹³² AYM, T. 15.05.2019, E. 2017/156, K. 2019/37, RG. 25.07.2019-30842, §72; AYM, T. 29.11.2017, E. 2017/150, K. 2017/162, RG. 24.01.2018-30311, §11; AYM, T.

ise “ekonomik engel” olarak görülebilecek ve bu engellerin kaldırılması Anayasa’nın 5. maddesi açısından sosyal devletin bir “görevi” olarak yorumlanabilecektir.

AYM de bir kararında Anayasa’nın 167. maddesinin “...mutlak bir şekilde serbest rekabete aykırı müdahalelerde bulunma yasağını ifade ettiği[nin] söyleneme[yeceğini]” belirtmiştir. Bu tespitinin akabinde Mahkeme “Sosyal veya ekonomik bazı ihtiyaçlar ile devlete yüklenmiş olan diğer yükümlülüklerin varlığı anılan piyasalara müdahaleleri zorunlu hâle getirebileceği gibi bizatihi piyasaların sağlıklı ve düzenli şekilde işlemesi için gereken tedbirleri alma ödevi de böyle bir müdahaleyi gerektirebilir. Bu gibi durumlarda, serbest piyasa koşullarına müdahale edilmemesi, birtakım ekonomik ve sosyal ihtiyaçların karşılanamamasına, Anayasa koyucunun devlete yüklemiş olduğu yükümlülüklerin ihmaline ve neticede daha büyük kamusal yararların zedelenmesine yol açabilmektedir. Bu nedenle serbest piyasa koşullarına müdahalenin söz konusu alandaki koşulların aynen muhafaza edilmeye devam edilmesinden daha fazla kamusal yarar doğurduğu hâllerde, anılan piyasalara müdahale edilmesinde anayasal bir engel bulunmamaktadır”¹³³ ifadeleriyle devletin ekonomik ve sosyal ihtiyaçların karşılanması için piyasaya müdahalede bulunabileceği kanaatine varmıştır. Bu doğrultuda genel ekonomik yarar hizmetine yönelen devlet garantilerinin bu hizmete konu piyasanın sağlıklı ve düzenli işleyişi amacını taşıması halinde böyle bir devlet garantisi sağlanmasının Anayasa’ya aykırı olmayacağı belirtilebilir.

Anayasa’ya aykırı olmamakla birlikte 6015 sayılı Kanun’un yorumlanmasından aynı sonuca ulaşıp ulaşılamayacağı da araştırılmalıdır. Zira ABİHA’nın aksine, 6015 sayılı Kanun’da genel ekonomik yarar hizmetlerine uygulanan devlet tedbirlerine “belirli görevlerin ifasını hukuken veya fiilen engellemesi” halinde devlet destekleri hukukunun uygulanmayacağı yönünde bir kayıt bulunmamaktadır. Buna karşın, yukarıda açıkladığımız üzere, 6015 sayılı Kanun’a AB devlet desteği hukuku kaynak oluşturmaktadır. ABİHA’nın 107. maddesi 6015 sayılı Kanun’la birlikte çok benzer bir şekilde iç hukukumuzda aktarılmıştır. Nitekim Kanun’un amaç başlıklı 1. maddesinde “Türkiye ile Avrupa birliği arasındaki anlaşmalara uygun” bir devlet destekleri hukukunun benimsendiği belirtmektedir. Bu doğrultuda

28.12.2017, E. 2016/150, K. 2017/179, RG. 15.2.2018-30333, §251; AYM, T. 7.11.2014, E. 2014/61, K. 2014/166, RG. 19.06.2015-29391.

¹³³ AYM, T. 14.07.2021, E. 2019/32, K. 2021/54, RG. 22.12.2021-31697, §61.

kanaatimizce 6015 sayılı Kanun'un ABİHA göz önünde bulundurularak uygulanması mümkün olmalıdır.

Danıştay bir kararında ABİHA'nın 106. maddesinin 2. fıkrasında ön-görülen muafiyet hükmünü rekabet hukuku bakımından ele almıştır. Kararda, ülkemizde rekabet hukuku alanında ABİHA'nın 106. maddesine benzer bir düzenleme yapılmadığı ifade edilmiştir. Ancak Danıştay, Gümrük Birliği kararı ile üstlenilen “mevzuatın yakınlaştırılması” yükümlülüğünü göz önünde bulundurularak kanunda aksi yorumu gerektiren bir hüküm bulunmaması halinde AB hukukundaki muafiyet kuralının iç hukukumuzda da uygulanabileceğini belirtmiştir¹³⁴. Danıştay'ın bu yöndeki yorumunun devlet destekleri hukuku bakımından da yapılması mümkündür. Zira 6015 sayılı Kanun'da böyle bir yorumu engelleyebilecek bir düzenleme bulunmamaktadır.

Dahası kanaatimizce 6015 sayılı Kanun'un kamu hizmeti tazminatını içerecek şekilde yorumlanması da mümkündür. Şöyle ki; hem ABİHA hükmünde hem de 6015 sayılı Kanun'da “mali fayda” unsurunun hangi ilkeye göre yorumlanması gerektiğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda, “mali fayda” unsurunun; devletin “özel piyasa yatırımcısı” gibi davranabileceği ölçüde “özel piyasa yatırımcısı ilkesinin” uygulama alanı bulacağı şeklinde yorumlanması pekâlâ mümkündür. Böylece, kamu hizmeti yükümlülüklerine tabi kılınan özel sektör ortağına sağlanan devlet garantisinin mali fayda teşkil etmeyeceği sonucuna ulaşılabilir.

“Mali fayda” unsurunun bu yönde yorumlanması, ABAD'ın bazı kararlarıyla da paraleldir. *Ferring* kararında Mahkeme, kamu hizmeti yükümlülükleri bir kenara bırakılırsa ilaç pazarındaki toptan satıcılara uygulanan vergi muafiyetininin 107. madde kapsamında devlet desteği teşkil edebileceğini belirtmiştir¹³⁵. Ancak Mahkeme, vergi muafiyetinin kamu hizmeti yükümlülüklerinin maliyeti ile orantılı olduğu kanaatine vararak, vergi mua-

¹³⁴ “4054 sayılı Kanunda aksi yorumu engelleyecek bir durum bulunmaması karşısında genel kural olarak, rekabet kurallarına tabi olan kamu teşebbüslerinin üstlendikleri asli faaliyetin yerine getirilmesinin rekabetin sınırlanmasına göre daha üstün bir menfaat doğurduğu ve rekabet kurallarının uygulanması halinde üstlenilen bir asli faaliyetin sürdürülemez hale geldiği durumlarda kamu teşebbüslerinin rekabet kurallarının uygulanmasından ayırık tutulabileceğinin kabulü gerekmektedir.” Danıştay 10. D., T. 05.12.2003, E. 2001/4817, K. 2003/4770, (Legalbank Bilgi Bankası, E.T.: 21 Mart 2022).

¹³⁵ ABAD, *Ferring SA v Agence centrale des organismes de securite sociale (ACOSS)*, 22.09.2001, C-53/00, ECR I-09067, §22, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62000CJ0053>, E.T.: 11 Haziran 2022).

fiyetinden faydalanan teşebbüslerin “gerçek” bir mali faydadan yararlandırılmadıkları kanaatine varmıştır¹³⁶. Benzer bir şekilde *Altmark* kararında ABAD, kamu hizmeti yükümlülüklerinin maliyetini karşılayan devlet ödemelerinin yararlanıcı teşebbüse sağlanan “gerçek bir fayda” olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir¹³⁷.

Sonuç olarak kanaatimizce KÖİ modeline dayalı sözleşmelerde yer alan devlet garantilerinin kamu hizmeti tazminatı görünümünde olması halinde Türk hukukunda bu garantilerin devlet desteği teşkil etmeyebileceği kararlaştırılabilecektir. Bu belirlemenin akabinde kamu hizmeti tazminatının içtihatla getirilen sınırlarının araştırılması gerekmektedir.

B. İctihat Bakımından Değerlendirmeler

KÖİ modelinin iddialarından biri bu modelin özel hukuk kişileri tarafından kamu hizmetinin gördürülmesine yöneldiğidir. Bu modelin konu edindiği tüm “kamu hizmetlerinin” “genel ekonomik yarar hizmetine” teka-bül edip etmediği araştırılmalıdır. ABİHA’da genel ekonomik yarar hizmetinin ne olduğuna ilişkin bir tanım olmadığından¹³⁸ bu kavramın içeriği gerek Komisyon’un gerekse de AB mahkemelerinin kararlarıyla geliştirilmiştir. Ancak bir hizmetin genel ekonomik yarar hizmeti olarak tespiti bu hizmetin yürütücüsüne kamu hizmeti tazminatı sağlanabileceğini doğrudan göstermektedir. Bu doğrultuda bu bölümün ilk kısmında genel ekonomik yarar hizmetinin nasıl tespit edilebileceğine ilişkin açıklamalara yer vermektedir. (1) İkinci olarak ABAD’ın ünlü *Altmark* kararında¹³⁹ benimsenen koşullar ışığında devlet garantilerinin hangi hallerde kamu hizmetinin sunumu için gerekli olduğu incelenmelidir. (2)

1. Genel Ekonomik Yarar Hizmetlerinin Kapsamı Bakımından Değerlendirme

AB hukukunda genel ekonomik yarar hizmetinin niteliğinin ve kapsamının belirlenmesinde üye devletlerin geniş takdir yetkisi olduğu ve bu belirlemenin ancak açık hata hallerinde Komisyon tarafından sorgulanabileceği

¹³⁶ ABAD, *Ferring SA v Agence centrale des organismes de securite sociale (ACOSS)*, §27.

¹³⁷ ABAD, *Altmark Trans and Regierungspräsidium Magneburg v Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, and Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht, §87.

¹³⁸ **Mariarz**, s. 20.

¹³⁹ ABAD, *Altmark Trans and Regierungspräsidium Magneburg v Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, and Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht.

belirtilmektedir¹⁴⁰. Tanınan geniş takdir yetkisine paralel olarak ABAD genel ekonomik yarar hizmetlerini “*diğer ekonomik faaliyetlerin genel ekonomik yararı ile karşılaştırıldığında özel nitelikler gösteren*” hizmetler olarak açıklamıştır¹⁴¹. Genel Mahkeme *BUPA* kararında genel ekonomik yarar hizmetlerinden bahsedilebilmesi için kamu otoritesinin bir teşebbüsü genel ekonomik yarar hizmetini yürütme konusunda evrensel ve zorunlu bir göreve tabi tutması gerektiğini belirtmiştir¹⁴². Mahkeme, hizmetin yürütümünün genel veya kamu menfaatine yönelik olması gerektiğini ve bir hizmetin devlet tarafından “yararlı” kabul edilmesinin bu hizmetin kamu menfaatine yönelik olduğunu göstermeyeceğini ifade etmiştir. Ayrıca, Mahkeme’ye göre hizmete konu piyasanın kurallara tabi tutulması veya yürütücülerinin devlet tarafından belirlenmesi de genel ekonomik yarar hizmetinin varlığını kesin olarak kanıtlamamaktadır¹⁴³.

Bu doğrultuda AB mahkemelerinin hangi hizmetleri genel ekonomik yarar hizmeti olarak tespit ettiği ve etmediği incelenirse; *Fred Olsen* kararında Genel Mahkeme, Kanaryalar rotasında teşebbüsler arası rekabetin kendi başına rotaların devamlılığı, düzenliliği ve sıklığını temin edemeye-

¹⁴⁰ Genel Mahkeme 3. D., *British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd and BUPA Ireland Ltd v Commission of the European Communities*, 12.02.2008, T-289/03, ECR II-00081, §166, (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=71388&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1331682>, E.T.: 11 Haziran 2022); Genel Mahkeme 2. D., *Fred Olsen, SA v Commission of the European Communities*, 15.06.2005, T-17/02, ECR II-02031, §216, (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=59352&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1340692>, E.T.: 11 Haziran 2022).

¹⁴¹ *ABAD, Merci convenzionali porto di Genova SpA v Siderurgica Gabrielli SpA*, 10.12.1991, C-179/90, ECR I-05889, §27, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61990CJ0179>, E.T.: 12 Haziran 2022); *ABAD, GT-Link A/S v De Danske Statsbaner (DSB)*, 17.07.1997, C-242/95, ECR I-04449, §52, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61995CJ0242>, E.T.: 12 Haziran 2022); *ABAD, Corsica Ferries France SA v Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl, Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. arl and Ministero dei Trasporti e della Navigazione*, 18.06.1998, C-266/96, ECR I-03949, §45, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61996CJ0266>, E.T.: 12 Haziran 2022).

¹⁴² Genel Mahkeme 3. D., *British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd and BUPA Ireland Ltd v Commission of the European Communities*, §172.

¹⁴³ Genel Mahkeme 3. D., *British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd and BUPA Ireland Ltd v Commission of the European Communities*, §178.

ceği kanaatine vararak bu rotadaki ulaşım faaliyetinin genel ekonomik yarar hizmeti olduğunu belirtmiştir¹⁴⁴. Benzer bir şekilde ABAD *Muller* kararında, kendisine verilen görevi tamamlayabilmek için ayrıcalıklarla donatılan, bu amaçla kamu otoriteleriyle sıkı iletişim içinde bulunan ve ülkenin en önemli su yolunun sefere uygunluğunu temin etmekle yükümlü olan teşebbüsün genel ekonomik yarar hizmeti sunduğunun kabul edilebileceğini ifade etmiştir¹⁴⁵. Buna karşın *GT-Link* kararında ABAD, herhangi ticari bir limanın işletilmesinin genel ekonomik yarar hizmeti teşkil etmeyeceği kanaatine varmıştır¹⁴⁶. *Corsica Ferries* kararında ABAD, rıhtıma bağlama hizmetinin diğer hizmetlere kıyasen özel nitelik arz eden genel ekonomik yarar hizmetlerinden olduğunu, zira bu hizmetin su limanının güvenliği için her an ve herkese sunulması gerektiğini ifade etmiştir¹⁴⁷. *Ferring* kararında ABAD, Fransız regülasyonuna göre belirli coğrafi bir alanda oluşacak ihtiyaçların karşılanabilmesi için toptan ilaç sağlayıcılarının bir dizi ürünü her zaman bulundurmaları ve o bölgede gelecek talepleri çok kısa sürede karşılamaları gerektiğini belirterek¹⁴⁸ bu faaliyeti 106. maddenin 2. fıkrası kapsamında ele almıştır¹⁴⁹.

Anılan kararlar ışığında genel ekonomik yarar hizmetlerinin söz konusu olabilmesi için bir hizmetin sürdürülmesinin kamu menfaatine olması ve bu hizmetin yürütülebilmesi için kamu otoriteleri tarafından teşebbüse bir “görev” verilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Komisyon, bir teşebbüsün kendi ticari karlarını gözeterek aynı koşullarda üstlenmeyeceği bir faaliyet yürütmesi durumunda “kamu hizmeti görevinin” varlığından bahsedilebileceğini belirtmektedir¹⁵⁰. Böylece Komisyon; fiyat, niteliksel özellikler, devamlılık

¹⁴⁴ Genel Mahkeme 2. D., Fred Olsen, SA v Commission of the European Communities, §219-220.

¹⁴⁵ ABAD, *Ministere public luxembourgeois v Madeleine Muller, Veuve J.P. Hein and others*, 14.07.1971, C-10/71, ECR 00723, §11, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/ALL/?uri=CELEX:61971CJ0010>, E.T.: 12 Haziran 2022).

¹⁴⁶ ABAD, *GT-Link A/S v De Danske Statsbaner (DSB)*, §52; Aynı yönde bkz: ABAD, *Merci convenzionali porto di Genova SpA v Siderurgica Gabrielli SpA*, §27.

¹⁴⁷ ABAD, *Corsica Ferries France SA v Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl, Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. arl and Ministero dei Trasporti e della Navigazione*, §44.

¹⁴⁸ ABAD, *Ferring SA v Agence centrale des organismes de securite sociale (ACOSS)*, §24.

¹⁴⁹ ABAD, *Ferring SA v Agence centrale des organismes de securite sociale (ACOSS)*, §30-33.

¹⁵⁰ Communication from the Commission on the application of the European Union State aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest, §47.

ve hizmete erişim konularında kamu yararına uygun bir şekilde halihazırda sağlanan veya sağlanabilecek faaliyetlere kamu hizmeti yükümlülükleri yüklenmesinin uygun olmayacağını belirtmektedir¹⁵¹. Bu doğrultuda normal piyasa koşullarında yürütülebilecek hizmetler genel ekonomik yarar hizmeti kabul edilmeyebilecektir.

Konumuz açısından alım ve talep garantilerinin gelir riskini üstlendiği göz önünde bulundurulduğunda, KÖİ modeline yerel nüfusa sürekli ve devamlı sunulması gereken bir hizmet götürülmek için başvurulması halinde talebin yatırımı amorti etmeyeceği akıllara gelebilir. Başka bir örnek vermek gerekirse, kamu menfaatine yönelik bir hizmetin bedelinin düşük olması gerektiği takdir edildiğinde, özel sektör ortağı yatırımının karşılığını hizmetin sunumundan karşılayamayacak olabilir. Dolayısıyla bu gibi hallerde, devlet garantisinin sağlandığı KÖİ projelerinin genel ekonomik yarar hizmetini konu edindiği belirtilebilir. Bu durumda, kamu hizmeti tazminatının sınırlarının ne olması gerektiği de tespit edilmelidir.

2. Genel Ekonomik Yarar Hizmetlerine Sağlanan Kamu Hizmeti Tazminatının Sınırları Bakımından Değerlendirme

ABAD'ın *Altmark* kararı¹⁵² teşebbüslerin genel ekonomik yarar hizmeti yürütmeleri halinde kamu hizmeti tazminatının bu teşebbüslere hangi sınırlara riayet edilerek verilmesi gerektiğini ele almaktadır¹⁵³. Mahkeme bu değerlendirmesinde bazı koşulların gerçekleşmesi halinde kamu hizmeti tazminatının “mali fayda” teşkil etmeyeceğini belirtmektedir. Anılan koşulları ele almak gerekirse Mahkeme'ye göre öncelikle tazminatın sağlandığı teşebbüs kamu hizmeti yükümlülüklerine tabi tutulmalı ve bu yükümlülükler açıkça belirlenmelidir¹⁵⁴. Mahkeme'nin saydığı bu koşul genel ekonomik yarar hizmetlerinin tespitine yöneliktir. Üst başlık kapsamında genel ekonomik yarar hizmetlerinin nasıl tespit edilebileceğini açıkladığımızdan, bu başlık altında bu husus ele alınmamıştır.

¹⁵¹ Communication from the Commission on the application of the European Union State aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest, §48.

¹⁵² ABAD, *Altmark Trans and Regierungspräsidium Magdeburg v Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, and Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht.

¹⁵³ Komisyon'un genel ekonomik yarar hizmetlerine ilişkin Tebliğ'inde de *Altmark* kararındaki unsurlar ele alınmıştır. Bknz: Communication from the Commission on the application of the European Union State aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest.

¹⁵⁴ ABAD, *Altmark Trans and Regierungspräsidium Magdeburg v Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, and Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht, §89.

Mahkeme'nin saydığı ikinci koşul kapsamında Mahkeme, tazminatın sağlandığı teşebbüsün rakip teşebbüslere karşı fayda kazanmaması için tazminatın hesaplandığı parametrelerin önceden nesnel ve şeffaf bir şekilde belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁵⁵. Üçüncü olarak Mahkeme, kamu hizmeti tazminatının kamu hizmeti yükümlülüklerini yerine getirirken doğan maliyeti ve bu maliyete ilave olarak uygun bir karı geçemeyeceğini belirtmektedir¹⁵⁶. Son olarak Mahkeme, teşebbüsün kamu ihalesiyle belirlenmediği bir durumda kamu hizmeti tazminatının nasıl belirleneceğini belirtmektedir. Buna göre, iyi işletilen ve yeterli kaynağa sahip olan bir teşebbüsün kamu hizmeti yükümlülüklerini yerine getirirken yükümleneceği maliyetin hesaplanması ve ilgili makbuzlar ile makul bir karın da dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir¹⁵⁷.

Kanaatimizce, ikinci ve dördüncü koşulun varlığı kamu hizmetinin tazminatının maliyet ve uygun bir kardan oluşması gerektiğine yönelik üçüncü koşulun sağlandığından emin olunması bakımından gereklidir. Zira tazminatın önceden nesnel ve şeffaf bir şekilde belirlenmesi tazminatın gereğinden fazla ödenmemesi açısından faydalı olabilecektir. Devlet garantileri açısından bu koşul ele alınırsa; garantinin hangi gelir seviyesini garanti edeceği önceden belirlenmelidir. Ayrıca, garantinin -aylık veya yıllık gibi- verileceği periyodların ve bunların toplam hangi süre için verileceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bunların yanı sıra, garanti edilen gelir seviyesinin aşılması halinde hasılat paylaşımının yapılıp yapılmayacağı ve yapılacaksa bunun oranı da belirlenmelidir. Dördüncü koşul kapsamında ise ABAD her ne kadar özel sektör ortağının seçimi için mutlaka kamu ihalesi yapılmasını zorunlu görmese de açık ve rekabetçi bir ihale süreci gerekenden fazla tazminat verilmediği yönünde güçlü bir karine oluşturacaktır¹⁵⁸.

Kamu hizmeti tazminatının miktarına ilişkin üçüncü koşul kapsamında makul karın nasıl hesaplanacağı önemli bir husustur. Komisyon "makul karın" genel ekonomik yarar hizmetini sağlama tercihinde bulunacak ortalama bir teşebbüsün hizmeti sunacağı süredeki sermaye getiri oranını ifade

¹⁵⁵ ABAD, Altmark Trans and Regierungspräsidium Magdeburg v Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, and Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht, §90.

¹⁵⁶ ABAD, Altmark Trans and Regierungspräsidium Magdeburg v Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, and Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht, §92.

¹⁵⁷ ABAD, Altmark Trans and Regierungspräsidium Magdeburg v Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, and Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht, §93.

¹⁵⁸ **Battista** Jasmin: "The Respect of State Aid Rules in PPPs", *European Public Private Partnership Law Review*, C. 2, S. 2, 2007, s. 75.

ettiğini belirtmiştir¹⁵⁹. Bu doğrultuda KÖİ modelinde devlet garantilerinin de maliyet ve sermaye getiri oranının toplamını garanti edecek şekilde tesis edilmesi gerekmektedir. Bu noktada belirtmelidir ki KÖİ modelinde özel sektör ortağına sağlanan tek ekonomik fayda devlet garantileri olmamaktadır. Örneğin 3996 sayılı Kanun'un 10. maddesinde bu Kanun kapsamındaki yatırım ve hizmetler için idarenin kamulaştırma yapabileceği ve kamulaştırma bedelinin kısmen veya tamamen özel sektör ortağı tarafından ödenebileceği düzenlenmektedir. Aynı Kanun'un 12. maddesinde özel sektör ortağının damga vergisi ve çeşitli harçlardan muaf olduğu belirtilmektedir. Özel sektör ortağına KÖİ modeli çerçevesinde sağlanan tüm ekonomik faydaların da maliyet ve makul karın hesaplanmasında göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Bunun yanı sıra, 3996 sayılı Kanun'da kamu hizmeti tazminatı teşkil edebilecek bir kuruma yer verildiği görülmektedir. Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde "katkı payı" "*Görevli şirketin ürettiği mal veya hizmetin bedeli, mal veya hizmetten yararlananlar tarafından tamamen veya kısmen ödenmesi mümkün olmayan yatırımlarla ilgili yapılacak görevlendirmelerde, mal veya hizmetten yararlananların tüketim veya kullanım miktarları da dikkate alınarak belirlenen ve idare tarafından görevli şirkete tamamen veya kısmen yapılan ödeme*" şeklinde tanımlanmıştır. KÖİ modeline dayalı sözleşmelerde bu nitelikteki bir "katkı payının" öngörülmesi halinde devlet garantilerinin kamu hizmeti tazminatı teşkil etmeyeceği açıktır. Ancak kanaatimizce, sözleşmede katkı payına yer verilmesi yerine devlet garantilerine başvurulması faydalı olabilecektir. Zira genel ekonomik yarar hizmetine yönelik talebin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ve yatırımın amorti edilip edilmeyeceği önceden kesin olarak bilinmemektedir. Bu noktada devlet garantilerinin koşullu mali yükümlülük teşkil ettiği ve talebin öngörülenden fazla olduğu durumlarda, devlet garantisi kapsamında ödeme yükümlülüğünün doğmayacağı hatırlatılmalıdır. Böylece, genel ekonomik yarar hizmetlerinde önceden ödenecek belirli bir miktarın tespit edilmesi yerine devlet garantilerine başvurulması kamuya daha az yük binmesini sağlayabilecektir.

Sonuç olarak, kamu menfaatine yönelen birtakım hizmetlerin yürütülmesi bazı hallerde bu hizmetleri yürüten teşebbüslere "görevler" verilmesini gerekli kılabilmektedir. KÖİ modelindeki özel sektör ortağına böyle görevler

¹⁵⁹ Communication from the Commission on the application of the European Union State aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest, §61.

verilmesi halinde ortağa maliyet ve makul bir karın toplamından fazla gelir seviyesini garanti etmeyecek bir devlet garantisi sunulması kamu hizmeti tazminatı sağlandığı şekilde yorumlanacak ve devlet desteği teşkil etmeyecektir.

SONUÇ

Devletin KÖİ modeliyle kamu hizmetini ekonomik bir faaliyet olarak yürütmesi halinde teşebbüslere fayda sağlarken devlet destekleri hukukuna uygun davranması gerekmektedir. Devlet garantileri, devletin ödeme yükümlülüğünün doğmasından bağımsız olarak özel sektör ortağına ekonomik bir fayda sağlamaktadır. Devletin devlet garantisi sağlarken devlet destekleri hukuku anlamında “mali fayda” sağlamaktan kaçınması adına ise özel piyasa yatırımcısı gibi davranması gerekmektedir.

Buna karşın kamu hizmetlerinin sunumu söz konusu olduğunda devletin her zaman özel piyasa yatırımcısı gibi davranamayacağı aşıkardır. Zira özel piyasa yatırımcısının aksine devletin kamu hizmetinin kamu hizmeti ilkelerine uygun yürütülmesi konusunda yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu doğrultuda KÖİ modelinin kamu menfaatine yönelmesi ve özel sektör ortağına hizmetin yürütülmesi için “görev” yüklemesi halinde devlet özel sektör ortağına kamu hizmeti tazminatı sağlayabilecektir. Böylece, devlet garantilerinin kamu hizmetinin yürütümü bakımından zorunlu olması halinde bu garantiler devlet desteği teşkil etmeyecektir. Devlet garantisinin garanti ettiği gelirin ise özel sektör ortağının maliyetini ve uygun bir karı sağlayacak orandan fazla olmaması gerekmektedir.

Ancak 6015 sayılı Kanun’da hizmet piyasalarının kapsam dışı tutulması ve devlet destekleri denetiminin Cumhurbaşkanı tarafından yapılacağının düzenlenmesi gibi hususlar ölkemizde bu denetimin sağlıklı işleyemeyebileceğine ilişkin şüphe uyandırmaktadır. Bu hususların yanı sıra 2010 tarihli Kanun kapsamında henüz ikincil düzenlemeler yürürlüğe sokulmayarak Kanun’un uygulanması engellenmektedir. Böylece idare tarafından ikincil düzenlemelerin yürürlüğe sokulmaması “*kanun koyucunun iradesinin idare tarafından gasp edilmesi sonucunu doğurmaktadır*”¹⁶⁰. İdarenin kanun koyucunun 12 yıldır devam eden iradesini göz ardı ederek ikincil düzenlemeleri yürürlüğe koymamasında ne tür sorumluluklarının doğabileceği de ayrıca merak konusudur.

¹⁶⁰ **Avcıoğlu Aksoy**, s. 179.

KAYNAKÇA**ESERLER**

- Akyılmaz**, Bahtiyar/**Sezginer**, Murat/**Kaya**, Cemil: Türk İdare Hukuku, 14. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2021.
- Avcıoğlu Aksoy**, Ezgi: İdare Hukuku Açısından Yatırımlarda Devlet Yardımları, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Battista**, Jasmin: “The Respect of State Aid Rules in PPPs”, European Public Private Partnership Law Review, C. 2, S. 2, 2007, s. 70-79.
- Boz**, Selman Sacit: “Kamu Özel İşbirliği (PPP) Modeli”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2013, s. 277-332.
- Bülbül**, Duran/**Ertürk Atabey**, Selin: “Türkiye’de Koşullu Yükümlülüklerin Kamu Finansman Açıkları Üzerine Etkileri”, Sosyoekonomi, S. 1, 2010, s. 61-77.
- Can**, Hacı: “Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık İlişkinin Hukuki Çerçevesi”, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 3, S. 1, 2003, s. 19-43.
- Carbonara**, Nunzia/**Pellegrino**, Roberta: “Revenue guarantee in public-private partnerships: a win-win model”, Construction Management and Economics, C. 36, S. 10, s. 584-598.
- Cebatori**, Aliona: Contingent Liabilities: Issues and Practice, IMF Working Paper: Fiscal Affairs Department, WP/08/245, 2008.
- Çakır**, Mehmet Kadir: 6428 Sayılı Kanuna Göre Kamu Özel İşbirliği Kavramı ve Yeni Bir Model: Yap-Kirala-Devret, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Çiftçi**, Hasan Basri: Devlet Garantileri: Kavramlar, İşleyiş ve Sorunlar, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Eelis**, Pauku: “Public-Private Partnership as a Solution for Competition Restrictions for Local Governments in Finland”, European Procurement & Public Private Law Review, C. 4, 2020, s. 292-300.
- EPEC**: PPPs and State aid, Eylül 2016, (https://www.eib.org/attachments/epec/epec_ppp_and_state_aid_en.pdf, E.T.: 10 Mart 2022), (PPPs).
- EPEC**: State Guarantees in PPPs: A Guide to Better Evaluation, Design, Implementation and Management, Mayıs 2011, s. 28, (https://www.eib.org/attachments/epec/epec_state_guarantees_in_ppps_en.pdf, E.T.: 10 Mart 2022), (State Guarantees).

- Evren, Çınar Can:** Kamu – Özel İşbirlikleri, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016.
- Friederiszick, Hans W./Röller, Lars-Hendrik/Verouden, Vincent:** “European State Aid Control: an economic framework”, Handbook of Antitrust Economics içinde, ed: P. Buccirossi, MIT Press, 2007, s. 625-669.
- Gökyurt, Fatih:** İdare Hukuku Bakımından Kamu Özel İşbirliği Sözleşmeleri, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Gözler, Kemal/Kaplan, Gürsel:** İdare Hukuku Dersleri, 16. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2015.
- Hancher, Leigh:** “Long-term Contracts and State Aid – A new Application of the EU State Aid Regime or a Special Case?”, European State Aid Law Quarterly, C. 9, S. 2, 2010, s. 285-302.
- Kahraman, Zafer:** Saf Garanti Taahhütleri, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- Karahanogulları, Yiğit:** “Kamu Özel Ortaklığı Modelinin Mali Değerlendirmesi”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 67, S. 2, 2012, s. 95-125.
- Kasapoğlu Turhan, Mine:** “Çeşitli Ülkelerdeki Kamu Özel Ortaklığı Uygulamalarının Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi”, Toplum ve Hekim, C. 26, S. 4, 2011, s. 274-288.
- Koca, Zafer:** “Eski Köye Yeni Adet: Türkiye’de Özelleşirmenin Değerşen Felsefesi ve Hizmet Alım Garantisi”, Turkish Studies – Economy, C. 16, S. 1, 2021, s. 359-386.
- Kociubinski, Jakub:** “Selectivity Criterion in State Aid Control”, Wroclaw Review, C. 2, S. 1, 2012, s. 1-15.
- Lu, Jason Zhengrong/Chao, Jenny Jing/Sheppard, James Robert:** Government Guarantees for Mobilizing Private Investment in Infrastructure, Global Infrastructure Facility – Public-Private Infrastructure Advisory Facility, Washington 2019, (<https://ppiaf.org/documents/5798/download>, E.T.: 4 Haziran 2022).
- Maziarz, Aleksander:** “Services of General Economic Interest: Towards Common Values?”, European State Aid Law Quarterly, C. 15, S. 1, 2016, s. 16-30.
- Nicolaidis, Phedon/Schoenmaekers, Sarah:** “Public Procurement, Public Private Partnerships and State Aid Rules: A Symbiotic Relationship”,

European Procurement & Public Private Partnership Law Review, C. 9, S. 1, 2014, s. 50-69.

Orak, Cem Çağatay: Kamu Hizmetleri ve Kamu Teşebbüslerine Rekabet Hukuku Kurallarının Uygulanması, Çakmak Yayınevi, Ankara 2011.

Özdemir, Hüseyin: “Kamu-özel sektör işbirliğinde risk yönetimi ve Türkiye özelinde bir değerlendirme”, Journal of Politics, Economy and Management, C. 1, S. 2, 2018, s. 27-40.

Özkan, Ahmet Fatih: “Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti”, Ankara Barosu Dergisi, C. 67, S. 4, 2009, s. 75-94.

Parlak, Nükrettin/**Köse**, Hacı Ömer/**Toprak**, Metin: “Kamu-Özel İşbirliği Modeli ve Türkiye Uygulamaları: Sayıştay Raporları Işığında Uygulama Sonuçlarının Değerlendirilmesi”, Sayıştay Dergisi, C. 31, S. 119, 2020, s. 9-39.

Romanelli, Alessandra/**Hornbanger**, Kathrin: “The Influence of EU State Aid Rules on PPP Infrastructure Projects”, International Public Procurement Conference Book, s. 390-420, (<http://www.ipppa.org/component/content/article?layout=edit&id=145>, E.T.: 30 Mayıs 2022).

Sarısu, Ayhan: Kamu & Özel İşbirlikleri, 1. Baskı, Yaklaşım Yayınları, Ankara 2009.

Shütterle, Peter: “State Aid Control in the Western Balkans and Turkey”, European State Aid Law Quarterly, C. 4, S. 2, 2005, s. 255-264.

Şahin Duran, Deniz: “Türkiye’de Kamu Özel İşbirliği Uygulamalarının Mali Riskleri Üzerine Değerlendirmeler”, Akademik Bakış Dergisi, S. 65, 2018, s. 316-333.

Şen, Semih/**Tokatlıoğlu**, Mircan: “Kamu Maliyesinde Bir Risk Unsuru Olarak Koşullu Yükümlülükler: Türkiye Örneği”, Sosyoekonomi, C. 28, S. 44, 2020, s. 215-236, (Koşullu Yükümlülükler).

Şirin, Ertunç: “Türkiye’de Kamu Özel Ortaklığı Yönteminin Hukuki Altyapısı”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, 61. Seri, S. 1, 2017, s. 26-58.

Tan, Turgut: “Anayasal Ekonomik Düzen”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 7, 1990, s. 159-178, (Anayasal Ekonomik Düzen).

Tan, Turgut: Ekonomik Kamu Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, (Ekonomik Kamu Hukuku).

- Tandoğan**, Haluk: Garanti Mukavelesi (Mahiyeti ve Benzeri Hukuki Múnasebetlerden Tefriki), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1959.
- Tokathoğlu**, Mircan/**Şen**, Semih: “Kamu Hizmetlerinin Sunum ve Finansmanında Kamu Özel İşbirliği Modeli: Avrupa Birliği ve Türkiye”, *International Journal of Public Finance*, C. 4, S. 2, 2019, s. 205-235, (KÖİ).
- Turan**, Nilüfer: “Mali Şeffaflık ve Kamu Mali İstatistikleri Açısından Koşullu Yükümlülükler Bakış”, *Sayıştay Dergisi*, S. 95, 2014, s. 5-27.
- Uysal**, Yusuf: “Kamu-Özel İşbirliği (Yap-Kirala-Devret) Modeli ve Şehir Hastanelerinin Sağlık Hizmetlerindeki Değişim ve Dönüşüm Üzerine Etkileri”, *Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi*, C. 14, S. 3, 2019, s. 877-898.
- Uz**, Abdullah: “Kamu-Özel Ortaklığı/Public Private Partnership (Kavram ve Hukuksal Çerçeve)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1-2, 2007, s. 1165-1182.
- Ülgen**, Sinan/**Yenigün Dilek**, Pelin: Gümrük Birliği’nde Yeni Dönem ve İş Dünyası, İngiltere Büyükelçiliği – TÜSİAD, Ankara 2015, (<https://tusiad.org/tr/yayinlar/raporlar/item/8538-gumruk-birligi-nde-yeni-donem-ve-is-dunyasi>, E.T.: 4 Haziran 2022).
- Ülgen**, Sinan: “Türkiye’de Sektörel Örnekleriyle Devlet Yardımları Rejimi ve Geleceği”, *Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu*, s. 63, (<https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/persembe-konferanslari-yayinlari/perskonfyyn22.pdf>, E.T.: 12 Mart 2022).
- Yerlikaya**, Gökhan Kürşat: “Türkiye’de Yap-İşlet-Devret Modeli ve Kamu Borçlanması”, *Türkiye Maliye Sempozyumu*, S. 18, 12-16 Mayıs 2003, (http://www.maliyesempozyumu.org/wp-content/uploads/2017/10/Maliye-Sempozyumu_18_419_447.pdf, E.T.: 15 Mart 2022).
- Yusufoğlu**, Arkan: “Kamu Özel Ortaklığı Projelerinde Koşullu Yükümlülükler ve Mali Riskler: Avrasya Tüneli, Osmangazi ve Yavuz Sultan Selim Köprüleri Üzerine Bir Değerlendirme”, *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, *Gazi Akademi Genç Sosyal Bilimciler Sempozyumu Özel Sayısı*, s. 156-174.

İNTERNET SİTELERİ

Hazine ve Maliye Bakanlığı: “Devlet Destekleri Bilgi Sistemine (DDBS) Veri Aktaracak Kurum ve Kuruluşlar ile Uygulamalarına Esas Teşkil Eden Mevzuat Listesi”, 5.02.2020, (<https://www.hmb.gov.tr/duyuru/devlet-destekleri-bilgi-sistemine-ddbs-veri-aktaracak-kurum-ve-kuruluslar-ile-uygulamalarına-esas-teskil-eden-mevzuat-listesi-21>, E.T.: 28 Mayıs 2022).

Komisyon: “Competition Policy: Bilateral relations with Turkey”, (https://ec.europa.eu/competition-policy/international/bilateral-relations/turkey_en, E.T.: 12 Mart 2022).

T.C. Dışişleri Bakanlığı Avrupa Birliği Başkanlığı: “Gümrük Birliği”, Güncelleme: 12.07.2019, (https://www.ab.gov.tr/gumruk-birligi_46234.html, E.T.: 05 Mart 2022).

AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI'NIN KARARLARI

ABAD, Adria-Wien Pipeline GmbH und Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH gegen Finanzlandesdirektion für Kärnten, 08.11.2001, C-143/99, ECR I-08365, (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=46829&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1610060>, E.T.: 30 Mayıs 2022).

ABAD, Altmark Trans and Regierungspräsidium Magdeburg v Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, and Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht, 24.07.2003, C-280/00, ECR I-07747, (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=48533&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2172899>, E.T.: 20 Mart 2022).

ABAD, Commission of the European Communities v Italian Republic, 16.06.1987, C-118/85, ECR 1987-02599, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:61985CJ0118>, E.T.: 22 Mart 2022).

ABAD, Commission of the European Communities v Italian Republic, 18.06.1998, C-35/96, ECR I-03851, (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=43942&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2377010>, E.T.: 22 Mart 2022).

- ABAD, Corsica Ferries France SA v Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl, Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. arl and Ministero dei Trasporti e della Navigazione, 18.06.1998, C-266/96, ECR I-03949, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61996CJ0266>, E.T.: 12 Haziran 2022).
- ABAD, European Commission v Electricite de France (EDF), 05.06.2012, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=123502&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3760858>, E.T.: 5 Haziran 2022).
- ABAD, Ferring SA v Agence centrale des organismes de securite sociale (ACOSS), 22.09.2001, C-53/00, ECR I-09067, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62000CJ0053>, E.T.: 11 Haziran 2022).
- ABAD, French Republic v Commission of the European Communities, 16.05.2002, C-482/99, ECR I-04397, (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=47344&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=3769259>, E.T.: 5 Haziran 2022).
- ABAD, GIL Insurance Ltd and Others v Commissioners of Customs & Excise, 29.04.2004, C-308/01, ECR I-04777, (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=49149&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1615689>, E.T.: 30 Mayıs 2022).
- ABAD, GT-Link A/S v De Danske Statsbaner (DSB), 17.07.1997, C-242/95, ECR I-04449, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61995CJ0242>, E.T.: 12 Haziran 2022).
- ABAD, Kingdom of Spain v Commission of the European Communities, 13.02.2003, C-409/00, ECR I-01487, (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=48053&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1614765>, E.T.: 30 Mayıs 2022).
- ABAD, Kingdom of Spain v Commission of the European Communities, 29.04.1999, C-342/96, ECR I-02459, (<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44561&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1720565>, E.T.: 21 Mart 2022).

- ABAD, Merci convenzionali porto di Genova SpA v Siderurgica Gabrielli SpA, 10.12.1991, C-179/90, ECR I-05889, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61990CJ0179>, E.T.: 12 Haziran 2022).
- ABAD, Ministere public luxembourgeois v Madeleine Muller, Veuve J.P. Hein and others, 14.07.1971, C-10/71, ECR 00723, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/ALL/?uri=CELEX:61971CJ0010>, E.T.: 12 Haziran 2022).
- ABAD, Ministero dell'Economia e delle Finanze v Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato and Cassa di Risparmio di San Miniato SpA, 10.01.2006, C-222/04, ECR I-00289, (<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-222/04>, E.T.: 28 Mayıs 2022).
- ABAD, Mitteldutsche Flughafen AG and Flughafen Leipzig-Halle GmbH v European Commission, 19.12.2012, C-288/11 P, (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=131967&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1416047>, E.T.: 29 Mayıs 2022).
- ABAD, Pavel Pavlov and Others v Strichting Pensionenfonds Medische Specialisten, 12.09.2000, Joined Cases C-180/98 to C-184/98, ECR I-06451, (<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-180/98>, E.T.: 28 Mayıs 2022).
- ABAD, Syndicat français de l'Express international (SFEI) and others v La Poste and others, 11.07.1996, C-39/94, ECR I-03547, (<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=99563&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1716162>, E.T.: 21 Mart 2022).
- ABAD, Wolfgang Heiser v Finanzamt Innsbruck, 03.03.2005, C-172/03, ECR I-01627, (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=55033&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1617011>, E.T.: 30 Mayıs 2022).

AVRUPA BİRLİĞİ GENEL MAHKEMESİ KARARLARI

- Genel Mahkeme 2. D., Fred Olsen, SA v Commission of the European Communities, 15.06.2005, T-17/02, ECR II-02031, (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=59352&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1340692>, E.T.: 11 Haziran 2022)

Genel Mahkeme 3. D., Alitalia – Linee aeree italiane SpA v. Commission of the European Communities, 12.12.2000, T-296/97, ECR II-03871, (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=45457&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=494743>, E.T.: 26 Mart 2022).

Genel Mahkeme 3. D., British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd and BUPA Ireland Ltd v Commission of the European Communities, 12.02.2008, T-289/03, ECR II-00081, (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=71388&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1331682>, E.T.: 11 Haziran 2022).

Genel Mahkeme 3. D., Confederacion Espanola de Transporte de Mercancias (CETM) v Commission of the European Communities, 29.09.2000, T-55/99, ECR II-03207, (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=45701&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1590802>, E.T.: 29 Mayıs 2022).

Genel Mahkeme 7. D., Grand Duchy of Luxembourg and Fiat Chrysler Finance Europe v European Commission, 24.09.2019, T-755/15, ECLI:EU:T:2019:670, (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218102&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1618034>, E.T.: 30 Mayıs 2022).

KOMİSYON KARARLARI

Komisyon, London Underground Public Private Partnership Arrangements, 25.09.2012, C(2002) 3578/4, No N 264/2002, OJ 1583, ([https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=C\(2002\)3578&lang=en](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=C(2002)3578&lang=en), E.T.: 6 Haziran 2022).

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

AYM, T. 11.11.2021, E. 2019/110, K. 2021/85, RG. 01.03.2022-31765.

AYM, T. 13.10.2021, E. 2018/93, K. 2021/69, RG. 15.12.2021-31690.

AYM, T. 14.07.2021, E. 2019/32, K. 2021/54, RG. 22.12.2021-31697.

AYM, T. 15.05.2019, E. 2017/156, K. 2019/37, RG. 25.07.2019-30842.

AYM, T. 28.12.2017, E. 2016/150, K. 2017/179, RG. 15.2.2018-30333.

AYM, T. 29.11.2017, E. 2017/150, K. 2017/162, RG. 24.01.2018-30311.

AYM, T. 7.11.2014, E. 2014/61, K. 2014/166, RG. 19.06.2015-29391.

DANIŞTAY KARARLARI

- Danıştay 10. D., T. 05.12.2003, E. 2001/4817, K. 2003/4770, (Legalbank Bilgi Bankası, E.T.: 21 Mart 2022).
- Danıştay 10. D., T. 18.11.2003, E. 2001/1441, K. 2003/4468, (Hukuktürk Bilgi Bankası, E.T.: 7 Haziran 2022).
- Danıştay 13. D., T. 14.10.2008, E. 2006/4780, K. 2008/6797, (Hukuktürk Bilgi Bankası, E.T.: 23 Mart 2022).
- Danıştay 13. D., T. 20.05.2009, E. 2007/2206, K. 2009/5446, DD, S. 122, s. 523.

REKABET KURULU KARARLARI

- Rekabet Kurulu, T. 08.03.2002, D. D3/2/Y.K.-02/01, K. 02-13/126-53, (<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=42458407-74f2-4024-a6fd-43a262e7f736>, E.T.: 23 Mart 2022).
- Rekabet Kurulu, T. 10.10.2017, D. 2015-1-79, K. 17-31/522-226, (<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=42f8fc19-f891-4991-80e3-40e19e543768>, E.T.: 22 Mart 2022).

DiĞER RESMİ BELGELER

- Komisyon:** Commission Notice on the application of Articles 87 and 88 of the EC Treaty to State aid in the form of guarantees, 20.06.2008, 2008/C 155/02, Document 52008XC0620(02), OJ C 155, s. 12, ([https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0620\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0620(02)&from=EN), E.T.: 14 Mart 2022).
- Komisyon:** Commission Notice on the Notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, 19.07.2016, 2016/C 262/01, Document 52016XC0719(05), OJ C 262, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52016XC0719%2805%29>, E.T.: 10 Mayıs 2022).
- Komisyon:** Commission Staff Working Document: Guide to the application of the European Union rules on state aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest, 29.04.2013, SWD(2013) 53 final/2, (https://ec.europa.eu/competition/state_aid/overview/new_guide_eu_rules_procurement_en.pdf, E.T.: 8 Haziran 2022).

- Komisyon:** Commission Staff Working Document: Turkey 2021 Report, 19.10.2021, SWD(2021) 290 final, (<https://www.ab.gov.tr/siteimages/birimler/kpb/turkey-report-2021-v2.pdf>, E.T.: 6 Haziran 2022).
- Komisyon:** Communication from the Commission on the application of the European Union State aid rules to compensation granted for the provision of services of general economic interest, 11.01.2012, 2012/C 8/02, OJ C 8/4, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52012XC0111%2802%29>, E.T.: 13 Mart 2022).
- Komisyon:** Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions, 30.4.2004, COM(2004) 327 final, (<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/94a3f02f-ab6a-47ed-b6b2-7de60830625e/language-en>, E.T.: 15 Ağustos 2022).
- T.C. Sayıştay Başkanlığı:** Sağlık Bakanlığı 2018 Yılı Sayıştay Denetim Raporu, Eylül 2019, (<https://sayistay.gov.tr/reports/download/369-saglik-bakanligi>, E.T.: 30 Mayıs 2022).
- T.C. Kalkınma Bakanlığı:** Onuncu Kalkınma Planı 2014-2018: Kamu Özel İşbirliği Özel İhtisas Komisyonu Raporu, 2014, (https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2018/10/10_KamuOzelIsbirligi.pdf, E.T.: 4 Haziran 2022), (Onuncu Kalkınma Planı).
- T.C. Kalkınma Bakanlığı:** On Birinci Kalkınma Planı 2019-2023: Kamu Özel İşbirliği Uygulamalarında Etkin Yönetim Özel İhtisas Raporu, 2018, (<https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2020/04/KamuOzelIsbirligiUygulamalarindaEtkinYonetimOzelIhtisasKomisyonuRaporu.pdf>, E.T.: 6 Haziran 2022), (On Birinci Kalkınma Planı).
- TBMM:** Devlet Yardımlarının İzlenmesi ve Denetlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum ve Plan ve Bütçe Komisyonu Raporları (1/818), Dönem: 23, Yasama Yılı: 4, S. 523, s. 2, (<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d23/c078/tbmm23078004ss0523.pdf>, E.T.: 12 Mart 2022), (AB Uyum Raporu).
- TBMM Kamu İktisadi Teşebbüsleri Komisyonu:** Devlet Hava Meydanları İşletmesi Genel Müdürlüğü'nün (DHMİ) 2017 ve 2018 yıllarına ait bilanço ve netice hesaplarının görüşmeleri, Birleşim: 27, 10.03.2021, Tutanak, (<https://www.tbmm.gov.tr/Milletvekilleri/UyeKomisyonKonusmaTutanakDetay?tutanakId=41019>, E.T.: 6 Mart 2022).

ROMA HUKUKUNDA UZUN SÜRELİ KİRA HAKKI (IUS EMPHYTEUSIS)

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1182534>

Arş. Gör. Mehmet Mert ÖZYILDIRIM*

Öz

Roma hukukunda “*ius emphyteusis*” kavramının, başkasına ait bir arazinin kullanım ve yararlanma yetkilerinden daimi olarak ya da çok uzun süreler boyunca istifade edilmesini sağlayan, devredilebilen ve miras yoluyla intikal edebilen sınırlı bir ayni hak olarak tanımlanması mümkündür. M.Ö. 4. yüzyıldan beri Yunan şehir devletlerinde uygulandığı bilinen bu hakkın, tarımın geliştirilmesi ve üretim potansiyelinin artırılması amacıyla Yunan hukukundan Roma hukukuna adapte edildiği anlaşılmaktadır. Kiracının, kira bedelini düzenli olarak ödemenin yanı sıra kiralanan arazinin ıslah edilmesiyle de yükümlü olduğu bu uygulama öncelikle doğu eyaletlerinde tatbik edilmiş fakat M.S. 4. yüzyıl itibarıyla tüm imparatorluk geneline yayılmıştır. Roma imparatorluğu dağıldıktan sonra da *ius emphyteusis* ortadan kalkmamış ve hem Orta Çağ'ın feodal düzeninde yer alan kişi toprak ilişkilerini etkilemiş hem de birçok çağdaş hukukun uzun süreli kira hakkı ile ilgili düzenlemelerine esin kaynağı olmuştur.

Anahtar Kelimeler

Ius Emphyteusis, Vectigalis, Contractus Emphyteuticarius, Kamu Arazilerinin Kiralanması, Kişi-Toprak İlişkileri

* Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı, Ankara (mertozyildirim@hacettepe.edu.tr) ORCID: 0000-0001-7663-6599 (Geliş Tarihi: 21.04.2022-Kabul Tarihi: 30.06.2022) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**EMPHYTEUTIC LEASE IN ROMAN LAW
(IUS EMPHYTEUSIS)**

(Research Article)

Abstract

In Roman law, it is possible to define “ius emphyteusis” as a limited real right that can be transferred and inherited, allowing the use and utilization of a land belonging to another permanently or for very long periods of time. It is understood that this right, which is known to have been exercised in Greek city-states since the 4th century BC, was adapted from Greek law to Roman law in order to develop agriculture and increase production potential. This practice, in which the lessee is responsible for the improvement of the land, in addition to paying the rent regularly, was first applied in the eastern provinces but spread throughout the empire as of the 4th century AD. Even after the collapse of the Roman Empire, ius emphyteusis did not lose its importance, and it both affected the man-land relationship in the feudal system of the Middle Ages and inspired the regulations of many modern laws regarding emphyteutic lease.

Keywords

Ius Emphyteusis, Vectigalis, Contractus Emphyteuticarius, Leasing of Public Lands, Man-Land Relationship

GİRİŞ

Roma hukukunda uzun süreli kira hakkı; tarımın geliştirilmesi, elverişli kamu topraklarının boş kalmaması ve devlete finansman kaynağı oluşturulması gibi sebeplerle ekonomik gerekçelerin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Ancak uzun süreli kira hakkı, Roma hukukunun ilk devirlerinden son devirlerine kadar sabit bir nitelik göstermemiş; öncelikle yalnızca taraflar arasında ileri sürülebilecek bir talep yetkisi tanıyan şahsi bir hak olarak ele alınmış fakat zaman içerisinde hak sahibinin malik de dâhil olmak üzere hakkını ihlâl eden herkese karşı ileri sürebileceği bir ayni hakka dönüşmüştür.

M.S. 4. yüzyılın sonları veya M.S. 5. yüzyılın ilk dönemleri itibariyle *ius emphyteusis*, Roma hukukunda mevcut olan tek uzun süreli kira hakkı uygulaması haline gelmiştir. Fakat hakkın devri ile intikalinin mümkün olması ve hak sahibine, malik ile neredeyse eşdeğer yetkiler sağlanması sebebiyle *emphyteusis*'in niteliği üzerindeki tartışmalar imparator *Zeno* dönemine kadar sürmüştür. *Zeno* döneminde konuyla ilgili getirilen düzenlemeler, *Iustinianus* döneminde de aynen benimsenmiş ve sonuç olarak *emphyteusis*, irtifak hakları arasında değerlendirilemeyecek kadar geniş yetkiler sağlayan *sui generis* nitelikte bir sınırlı ayni hak olarak ele alınmıştır.

Her ne kadar *numerus clausus* prensibi gereğince Türk hukukunda *emphyteusis* ya da uzun süreli kira hakkı adı altında bir sınırlı ayni hak türü mevcut olmasa da Roma hukukunda yer almış olan bu uygulamanın Fransa, Kanada, Japonya, Hollanda ve Belçika gibi ülkelerin hukuk düzenlerinde de benzer şekilde mevcut olduğu bilinmektedir. Bu ülkelerde mevcut olan uygulamalara esin kaynağı olan *ius emphyteusis*'in anlaşılabilmesi, konunun Roma hukuku açısından ayrıca incelenmesini gerekli kılmaktadır. Bu kapsamda çalışmada öncelikle uzun süreli kira hakkının, Roma hukukunda *ius in agri vectigali*, *ius perpetuum* ve *ius emphyteusis* olmak üzere üç farklı tarihsel gelişim aşamasında geçirdiği dönüşüm süreci ele alınmış, daha sonra *ius emphyteusis*'in tesisi, kiracının hak ve yükümlülükleri, hakkın korunması ve sona erme sebepleri detaylı bir biçimde incelenmiştir.

I. ROMA HUKUKUNDA UZUN SÜRELİ KİRA HAKKININ TARİHSEL GELİŞİMİ

A. *Ius In Agri Vectigali*

Roma hukukunda, en genel anlamıyla çoğunlukla savaşlar sonucunda elde edilen ve mülkiyeti kamuya ait olan topraklara bir üst kavram olarak

ager publicus adı verilmektedir¹. Roma toprakları üzerinde feodal bir düzenin bulunmaması ve ekonominin büyük ölçüde tekelci bir tarımsal sisteme dayanması sebebiyle *ager publicus* olarak nitelendirilen bu arazilerden yararlanılmasının ve işletilmesinin özel kişilere bırakılması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır². Nitekim Roma'nın kuruluşundan itibaren bu toprakların, devlet tarafından vatandaşlara ücretsiz bir şekilde tahsis edilmesine, satılmasına, işgale terk edilmesine veya kiralanmasına izin verildiği anlaşılmaktadır³. Zaman içerisinde *ager publicus* sayılan topraklar üzerinde özel kişilere tanınan yetkiler veya yerine getirilmesi gerekli yükümlülüklerin farklılaşabilmesi sebebiyle farklı isimlerde alt toprak türleri oluşturulmuş ve her bir toprak türü, hukuki bakımdan farklı şekilde ele alınmıştır⁴. Bu bağlamda; devlet tarafından vatandaşlara bedelsiz bir şekilde tahsis edilen kamu topraklarına "*ager adsignatus*"⁵, satışı gerçekleştirilen topraklara "*ager quaestorius*"⁶, herkes tarafından işgal edilebilir nitelikte bırakılan topraklara

¹ **Berger**, Adolf: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, The American Philosophical Society, Philadelphia 1968, s. 357; **Demircioğlu**, Halil: Roma Tarihi Cilt 1 Cumhuriyet, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 2015, s. 88; **Peck**, Harry Thurston: Harper's Dictionary of Classical Literature and Antiquities, Harper&Brothers Publishers, New York 1898, s. 44; **Atilla**, Baykal Deniz: Akdeniz'de Roma Devlet Arazilerinin (*Ager Publicus*) Dağıtım ve Organizasyon Sistemi, Akdeniz Uygarlıkları Araştırma Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2018, s. 1.

² **Umur**, Ziya: Roma Hukuku: Eşya Hukuku (Roma Eşya Hukuku), Filiz Kitabevi, İstanbul 1985, s. 118; **Karadeniz Çelebican**, Özcan: Roma Eşya Hukuku, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 272.

³ **Karadeniz Çelebican**, Özcan: "Roma'da Kamu Topraklarını Kullanma Biçimleri" ("Kamu Topraklarının Kullanımı"), Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1988, s. 712; **Berger**, s. 357.

⁴ **Karadeniz Çelebican**, "Kamu Topraklarının Kullanımı", s. 713.

⁵ Roma'nın ilk iki kralı olduğu kabul edilen *Romulus* ve *Numa* zamanında bireylere ilk toprak dağıtımının başladığı ileri sürülebilir. Bu kapsamda *Romulus* döneminde her bir aile babasına dağıtıldığı düşünülen ikişer *iugera* (yaklaşık 5000 m²) toprak parçası üzerinde ilk mutlak *Ius Civile* mülkiyetinin tanındığı kabul edilmektedir. **Karadeniz Çelebican**, Roma Eşya Hukuku, s. 271; **Atilla**, s. 11; **Berger**, s. 357. Ayrıca bkz. Varro, De R. 1.10.2; Plin. HN. 19.19.50. Bu anlatının, M.Ö. 2. yüzyılda ortaya atılmış gerçeğe dayanmayan bir kurgudan ibaret olduğu görüşü hakkında bkz. **Roselaar**, Saskia: Public Land in the Roman Republic: A Social and Economic History of the *Ager Publicus*, Leiden University, PhD thesis, Leiden 2008, s. 21, dn. 31.

⁶ MÖ. 4. yüzyıldan itibaren *quaestor* adlı *magistra*'lar tarafından açık arttırma yoluyla özel kişilere satılmasına izin verilen topraklara *ager quaestorius* adı verilmiştir. Bu yol ile bir kişiye en fazla 50 *iugera*'lık toprak verilmesi mümkündür. **Atilla**, s. 52; **Roselaar**, s. 118.

“*ager occupatoris*”⁷ ve son olarak *vectigal* adı verilen bir ücret karşılığında kiraya bırakılan topraklara “*ager vectigalis*” adı verilmiştir⁸. Roma hukukunda uzun süreli kira hakkının bilinen en eski örneği de *ager publicus*’un bir alt türü olan *ager vectigalis* adındaki arazilerin devlet tarafından üçüncü kişilere kiralanması noktasında karşımıza çıkmaktadır⁹.

Roma devletine (*civitas*), *municipium*’lara ya da *colonia*’lara ait olan İtalya yarımadasındaki ekilebilir nitelikteki toprakların *vectigal*¹⁰ adındaki bir bedel ile özel kişilere kiralanması suretiyle tarımın geliştirilmesi ve devlete finansman kaynağı oluşturulması amaçlanmıştır¹¹. *Ager vectigalis* olarak nitelendirilen bu kamu arazilerini kiralayan kişilere tanınan hakka ise ilk dönemlerde *ius in agri vectigali* (kira getiren toprak üzerindeki hak) adı verilmiştir¹². Söz konusu hak; kira hakkı sahibinin, *vectigal* bedelinin

⁷ Bu toprakların özel kişilere bırakılmasındaki hukuki temel, işgal eden kişi ile devlet arasında yapılan bir *precarium* sözleşmesine dayandığı düşünülmektedir. Bu şekilde hem devlete dilediği zaman toprağı geri alabilme imkânı sağlanmakta hem de işgal eden kişinin araziye *usucapio* ile kazanabilmesinin önüne geçilmektedir. Bkz. **Karadeniz Çelebican**, “Kamu Topraklarının Kullanımı”, s. 713.

⁸ **Erdoğan**, Belgin: Roma Eşya Hukuku, 7. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2018, s. 116; **Yeşiller**, Mehmet: Roma Hukuku’nda Kira Sözleşmesi (*Locatio Conductio Rei*), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2012, s. 77. *Ager publicus*’un yukarıda bahsedilen toprak çeşitleri dışında; *ager scriptuarius*, *ager compascuus*, *ager stipendiarium* veya *ager in trientabulis* gibi farklı alt türleri de bulunmaktadır. Bu toprak tipleri ve kişi ilişkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Karadeniz Çelebican**, “Kamu Topraklarının Kullanımı”, s. 715-728; **Roselaar** s. 123-128.

⁹ **Leage**, Richard William/**Prichard**, Armstead Mead: Leage’s Roman Private Law: Founded on the Institutes of Gaius and Justinian, 3rd edn., St. Martin’s Press, London 1961, s. 219; **Oğuzoğlu**, Hüseyin Cahit: Roma Hukuku, Yeni Desen Matbaası, Ankara 1959, s. 189; **Söğütü**, Özlem: Roma Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2020, s. 718; **Erdoğan**, s. 116.

¹⁰ *Vectigal*; devlete ait olup yararlanılması veya kullanılması bir ferde tahsis olunan arazi için ödenen yıllık kira ücretini ifade etmektedir. **Umur**, Ziya: Roma Hukuku Lügatı (Lügat), Fakülteler Matbaası, İstanbul 1975, s. 217; **Mousourakis**, George: Fundamentals of Roman Private Law, Springer, New York 2012, s. 175.

¹¹ **May**, Gaston: Éléments de droit romain, à l’usage des étudiants des Facultés de droit, 7e édn., Larose & Forcel, Paris 1901, s. 212; **Kaser**, Max (çev. Rolf Dannenbring): Roman Private Law, 4th edn., Gutenberg Book Printers, Pretoria 1984, s. 152; **Pulliam**, Roscoe: “Taxation in the Roman State”, The Classical Journal, Vol. 19, No. 9, 1924, s. 546; **Berger**, s. 357; **Oğuzoğlu**, s. 189.

¹² **Berger**, s. 530; **Ayiter**, Kudret/**Koschaker**, Paul: Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hukukunun Ana Hatları, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, İzmir 1993, s. 174; **Di Marzo**, Salvatore (çev. Ziya Umur): Roma Hukuku, İstanbul 1959, s. 282; **Sohm**,

düzenli olarak ödemesi koşuluyla arazinin kullanım ve yararlanma haklarından istifade edebilmesine imkân sağlamaktadır¹³.

Cumhuriyet Dönemi'nde *vectigal* ödenerek kullanılan kira hakkının süre açısından çoğunlukla 5 yıllık bir zaman dilimiyle sınırlandırıldığı anlaşılmaktadır¹⁴. Nitekim İspanya'da yer alan bir *colonia* olan *Urso* bölgesinde, Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarına doğru yürürlüğe giren *Lex Coloniae Iuliae Gentivae*¹⁵ adındaki düzenleme ile *Urso*'daki arazilerde tanınan kira hakkının 5 sene ile sınırlandırılması gerektiği açık bir şekilde belirtilmiştir¹⁶. Fakat *Principatus* Dönemi'nden itibaren 5 yıllık sınırlamaların zamanla etkisiz kalmaya başladığı ve hakkın çok daha uzun süreleri kapsayacak biçimde tesis edildiği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda *Hyginus Gromaticus*'un¹⁷

Rudolf (çev. Ledlie James Crawford): *The Institutes: A Text-Book of the History and System of Roman Private Law*, 3rd edn., Clarendon Press, Oxford 1907, s. 348.

¹³ **Karadeniz Çelebican**, Roma Eşya Hukuku, s. 273. Yararlanma yetkisi kapsamında arazi üzerindeki ürünlerin mülkiyeti, uzun süreli kiralayan tarafından mülkiyet hakkı sahibine benzer şekilde topraktan ayrılma anıyla birlikte doğrudan doğruya kazanılmaktadır. Bkz. *Dig.* 22.1.25.1 (*Iulianus 7 digestorum*) "...qui vectigalem fundum habet fructus fiunt, simul atque solo separati sunt." : "...Vectigal ödemek koşuluyla araziye elinde bulunduran kişi de semereleri topraktan ayrılır ayrılmaz iktisap eder." Ayrıca bkz. **Le Halleur**, E. Pepin: *Histoire de l'emphytéose en droit romain et en droit français*, Joubert, Paris 1843, s. 10; **Sögütlü**, Roma Özel Hukuku, s. 692; **Erdoğan**, s. 89.

¹⁴ **Johnston**, William: *Emphyteusis: "A Roman Perpetual Tenure"*, *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 3, No. 2, 1940, s. 325. Cumhuriyet Dönemi'nde *ager vectigalis* niteliğindeki toprakların kiralınması için *ensor* adı verilen *magistra*'ya başvurulması öngörülmüş ve değerlendirme *ensor* tarafından gerçekleştirilmiştir. Bu şekilde ilk dönemlerde hakkın, *ensor*'un görev süresi olan (*ensorial lustrum*) 5 yıl süre ile sınırlı olması gerektiği kabul edilmiştir. **Berger**, s. 357; **Kaser**, s. 152; **Johnston**, s. 325; **Mousourakis**, s. 175, dn. 258; **De Colquhoun**, Patrick Mac Chombaich: *A Summary of the Roman Civil Law*, Vol. III, V. and R. Stevens and Sons, London 1851, s. 29.

¹⁵ İlgili düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Bertrand**, Audrey: "Y a-t-il un paysage religieux colonial? Entre prescription, mimétisme et adaptation: les mécanismes de l'imitatio Romae", *Revue de l'histoire des religions*, Vol. 227, N° 4, 2010, s. 594-595 vd.

¹⁶ *Lex Coloniae Iuliae Gentivae*, LXXXII "...Ne quis eos agros neve eas silvas locato longius quam in quinquennium..." : "Hiç kimse bu [*ager vectigalis*] toprakları veya ormanları beş yıldan daha uzun bir süre için kiralayamaz." Latince metin için bkz. **Christol**, Michel: "Remarques sur les recettes d'une colonie romaine", *Mélanges de l'Ecole française de Rome. Antiquité*, Vol. 122, N° 1, 2010. İngilizce tercüme için bkz. https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/urso_johnson.html, (Erişim Tarihi: 14.03.2021).

¹⁷ *Traianus*'un imparatorluğu döneminde (M.S. 98-117) yaşadığı bilinen Latin yazar *Hyginus Gromaticus*'un, *De Munitionibus Castrorum* ve *De Conditionibus Agrorum* adı

De Conditionibus Agrorum adlı eserinde, *ager vectigalis* olan toprakların 100 yıl süreyle kiraya verilebildiği belirtilmektedir¹⁸.

Olağan kira sözleşmesindeki kiralayan ve intifa hakkından yararlanan hak sahibinden farklı olarak *ius in agri vectigali* sahibi, elinde bulundurduğu arazi üzerinde *possessio*'ya sahiptir¹⁹. Hak sahibinin *possessor* olarak görülmesi sonucu, kiracı olduğu araziye yapılan herhangi bir haksız müdahaleye karşı bizzat *interdictum* ile korunacağı kabul edilmiştir²⁰. İlk dönemlerde şahsi bir hak olarak değerlendirilen *ius in agri vectigali*'nin ihlâli halinde, kiracıya *interdictum* dışında *praetor*'lar tarafından *actio vectigalis* adında yalnızca malike karşı açılacak bir dava imkânı da tanınmıştır²¹. Ancak hakkın, zaman içerisinde 50 yıl ya da 100 yıl gibi sürelerle kurulabilir hale gelmesi ve devir ile intikaline izin verilmesiyle birlikte kiralayana, hakkını herhangi bir şekilde ihlâl eden herkese karşı açılacak bir davanın tanınması gerektiğine karar verilmiştir²². Bu şekilde uzun süreli kira hakkı sahi-

altında iki farklı eseri bulunmaktadır. Bkz. **Johnston**, s. 325; **Kaufmann**, J. E./**Kaufmann**, H. W.: *Castrum to Castle: Classical to Medieval Fortifications in the Lands of the Western Roman Empire, Pen and Sword, Philadelphia 2018*, s. 26-27.

¹⁸ **Le Halleur**, s. 8; **Roselaar**, s. 133. *Hyginus, De Con. Agr.* 1.82.35-84.2 “*Qui superfuerant agri, vectigalibus subiecti sunt, alii per annos quinos, id est conducentibus, in annos centenos...*” : “*Ager vectigalis* niteliğindeki toprakları kullananların bir kira bedeli ödemesi gerekir. Bu bedel, arazinin beş yıl ya da yüz yıl için kiralınması halinde alınmaktadır.” Latince metin için bkz. http://www.intratext.com/IXT/LAT0349/_P2.HTM, (Erişim Tarihi: 14.03.2021). İngilizce tercüme için bkz. **Roselaar**, s. 133.

¹⁹ **De Colquhoun**, s. 51.

²⁰ **Gonnet**, Aimé Félix Pierre: *Les baux emphytéotiques*, Université de Genève, Thèse de doctorat, Genève 1872, s. 22; **Erdoğan**, s. 17. Roma hukukuna göre bir malı malik olma niyeti bulunmaksızın elinde bulunduran kişiler kural olarak zilyet (*possessor*) değil fakat vazülyettir (*detentor*). Nitekim *detentor*'ların elinde bulundurduğu mala bir tecavüz olması halinde *praetor* tarafından tanınan *interdictum* korumasından da *detentor* değil; fakat zilyet kaldığı kabul edilen *possessor* faydalanabilmektedir. Ancak *ius in agri vectigali* açısından kira hakkı sahibi, her ne kadar araziye malik olma niyetiyle elde bulundurmasa da *possessor* sayılmıştır. **Gonnet**, s. 22; **Erdoğan**, s. 21; **Karadeniz Çelebican**, Roma Eşya Hukuku, s. 101-102; **De Colquhoun**, s. 51.

²¹ **Smith**, William: *A Dictionary of Greek and Roman Antiquities*, 2nd edn., Little-Brown and Company, Boston 1875, s. 458; **Levy**, Ernst: *West Roman Vulgar Law: The Law of Property*, American Philosophical Society, Philadelphia 1951, s. 44; **Buckland**, William Warwick: *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge University Press, Cambridge 1921, s. 275.

²² **Petit**, Eugène: *Traité élémentaire de droit romain contenant le développement historique et l'exposé général des principes de la législation romaine depuis l'origine de Rome jusqu'à l'empereur Justinien*, 4e éd., Arthur Rousseau, Paris 1903, s. 248; **Buckland**, s. 275.

bine, kiraladığı toprağa karşı yapılan saldırıları def etme imkânı veren *rei vindicatio utilis*²³ niteliğinde bir dava olan *actio in rem vectigalis*'in²⁴ tanınmasıyla *ius in agri vectigali* de tam anlamıyla bir sınırlı ayni hak niteliği kazanmıştır. Hatta hak sahibi kişilere, zaman içerisinde malike ait diğer davalar olan *actio aquae pluviae arcendae* (yağmur sularını çevirmeye ilişkin dava), *actio finium regundorum* (hudutların tanzimi davası) ve *actio arborum furtim caesarum* (kesilmiş ve çalınmış ağaçların davası) gibi davaları açma hakkı da tanınmıştır²⁵.

B. Ius Perpetuum

Kamu arazilerini kiralayan kişilere ilk dönemlerde yalnızca beş senelik sınırlı bir hak tanınması, zaman içerisinde birçok toprağın nadasa bırakılmadan aşırı kullanılmasına ve verimsiz hale getirilmesine sebep olmuştur. Ayrıca engebeli, bataklık, ormanlık ya da yanmış bir arazinin ıslah edilmesinde de beş senenin oldukça yetersiz kaldığı anlaşılmıştır. Son olarak kiralanen arazilerin beş yıl sonra terk edilmesinin gerekli olması kiracıların, belirli bir toprağa bağlı kalamadan sürekli olarak farklı bölgelere sürüklenmesine yol açmıştır²⁶. Tüm bu sebeplerden dolayı M.S. 1. yüzyıldan itibaren İtalya'daki *ager vectigalis* niteliğindeki araziler ile gelirleri devlet hazinesine ait olan atıl durumdaki eyalet topraklarının 100 yıl ve daha uzun süreler için kiralanmasının oldukça yaygın bir hale geldiği anlaşılmaktadır²⁷. Bu durumun bir sonucu olarak kira bedeli, kiracı ya da mirasçıları tarafından düzenli olarak ödendiği sürece kişinin araziden çıkarılamaması gerektiğine karar verilmiştir. Dolayısıyla toprağı kiralatan kamu idaresine de kiracıyı tek taraflı olarak araziden tahliye edebilme yetkisi tanınmamış ve çiftçilere bir güvence verilerek tarım teşvik edilmeye çalışılmıştır²⁸. Bu şekilde zaman içerisinde hak sahibinin ya da mirasçılarının hayat süreleri ile bağlı olmaksızın kurulabilen, devir ile intikali mümkün olan daimi nitelikte bir uzun

²³ **Sohm**, s. 348. *Rei vindicatio utilis* ifadesi ile *Ius Civile* tarafından malike tanınan istihkak davasının uygulama alanını genişletmek amacıyla, gerek *praetor* gerekse imparatorlar tarafından oluşturulan davalar kast edilmektedir. **Umur**, Lügat, s. 179; **Berger**, s. 673.

²⁴ Bu dava önceleri şahsi bir alacak davası niteliğinde olup yalnızca malike karşı açılabilirken zamanla herkese karşı açılacak bir ayni dava olduğu kabul edilmiş; bu şekilde *actio vectigalis* ismi de *actio in rem vectigalis* haline gelmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Umur**, Roma Eşya Hukuku, s. 125.

²⁵ **Umur**, Roma Eşya Hukuku, s. 125.

²⁶ **Le Halleur**, s. 9; **Gonnet**, s. 20-21; **De Colquhoun**, s. 28-29; **May**, s. 212-213.

²⁷ **Johnston**, s. 325; **Le Halleur**, s. 8; **Hyginus**, *De Con. Agr.* 1.82.35-84.2.

²⁸ **May**, s. 212.

süreli kira hakkı ortaya çıkmış ve bu hakka *ius perpetuum* (daimi hak) adı verilmiştir²⁹. Toprağa bağlı köleleri azat etme hakkı da sağlayan bu daimi hakkın imparator emirnameleri haricinde kısıtlanması dahi mümkün değildir³⁰.

Dig. 6.3.1.pr. (Paulus 21 ad edictum)

“*Agri civitatum alii vectigales vocantur, alii non. Vectigales vocantur qui in perpetuum locantur, id est hac lege, ut tamdiu pro his vectigal pendatur, quamdiu neque ipsis, qui conduxerint, neque his, qui in locum eorum successerunt...*”³¹

“*Civitas’a ait daimi şekilde (in perpetuum) kiralanmış olanlara vectigales denir, yani (bu arazilerde) kira ücreti (vectigal) düzenli olarak ödendiği sürece ne uzun süreli kira hakkı sahibi ne de onun mirasçıları araziden tahliye edilebilir...*”

Zamanla beş seneye ve hatta yüz seneye sınırlı kiralarda da uygulamada tamamen terk edilmesi ve kira bedeli ödendiği sürece hakkın devam etmesinin yaygınlaşması sonucu *ius perpetuum* ile *ius in agro vectigali* aynı kavramı ifade eder hale gelmiş ve bu şekilde sadece *ius perpetuum* ismi kullanılmaya başlanarak *ius in agro vectigali* ismi *ius perpetuum* adı altında asimile olmuştur³².

C. *Ius In Agri Vectigali* ve *Ius Perpetuum*’un Hukuki Niteliği

Roma hukukunda uzun süreli kira hakkının bilinen ilk örneğini *ius in agri vectigali* oluşturmaktadır. Hukuki nitelik açısından ise Cumhuriyet Dönemi boyunca *ius in agri vectigali*’nin, bir sınırlı ayni hak olarak ele alınmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim bu dönemde hakkın, olağan bir kira

²⁹ **Monier**, Raymond: Manuel élémentaire de droit romain, Tome I, Domat Montchrestien, Paris 1947, s. 446; **Johnston**, s. 325; **Umur**, Roma Eşya Hukuku, s. 155; **Ayiter/Koschaker**, s. 175; **Sevimli**, Emine: Roma Hukukunda Kira Sözleşmesi, (Locatio Conductio Rei) İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007, s. 96; **May**, s. 212. Bu hak hem *ager vectigalis* adı verilen İtalya’daki toprak parçaları üzerinde hem imparatorluk hazinesine (*fiscus*) ait topraklarda hem de *res privata* sayılan arazilerde kurulabilmektedir. **Kaser**, s. 152; **Monier**, s. 446.

³⁰ **Levy**, s. 45.

³¹ Çalışmada geçen Latince *Digesta* metinleri için bkz. **Mommsen**, Theodor/**Krueger**, Paul (edr.): *Digesta Iustiniani Augusti*, Vol. I-II, Weidmann, Berlin 1870. İngilizce tercüme için bkz. **Watson**, Alan (ed. ve çev.): *Digesta Iustiniani*, Vol. 1-4, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1998.

³² **Sohm**, s. 348; **Johnston**, s. 325-326; **Monier**, s. 446.

sözleşmesine (*locatio conductio rei*) dayandığı ve hak sahibinin yalnızca malike karşı ileri sürülebilecek şahsi bir hakka sahip olduğu bilinmektedir³³. Ancak hakkın, zaman içerisinde daimi olarak kurulabilir hale gelmesi ve yıllık kira bedeli ödendiği sürece kiracı ya da mirasçılarının araziden çıkarılmayacağını kabul edilmesiyle birlikte uzun süreli kira hakkının hukuki niteliği de hukukçular arasında tartışma konusu olmuştur³⁴. Bazı hukukçular bu imtiyazın devamlılığına dayanarak hakkın kurulmasında bir alım satım sözleşmesinin (*emptio venditio*) söz konusu olduğunu ileri sürmekteyken, diğer bir grup hukukçu ise bu hakkın devletle yapılan bir kira sözleşmesine (*locatio conductio rei*) dayandığını öne sürmüştür³⁵. Klasik dönem³⁶ hukukçularının yaşadıkları bu görüş ayrılıklarına *Gaius*'un *Institutiones* eserinde şu şekilde yer verilmiştir.

Gai. Ins. 3.145

“*Adeo autem emptio et venditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur an locatio et conductio, veluti si qua res in perpetuum locata sit. quod evenit in praediis municipum, quae ea lege locantur, ut, quamdiu [id] vectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur; sed magis placuit locationem conductionemque esse.*”³⁷

³³ **Mackeldey**, Ferdinand/**Kaufmann**, Philip Ignatius: *Compendium of Modern Civil Law*, Vol. I, Kessinger Publishing, New York 1845, s. 355-356; **Kaser**, s. 152; **Sevimli**, s. 95; **Buckland**, s. 275.

³⁴ **Le Halleur**, s. 13; **Karadeniz Çelebican**, Roma Eşya Hukuku, s. 270.

³⁵ **Hunter**, William Alexander: *A Systematic and Historical Exposition of Roman Law in the Order of a Code*, 2. edn., William Maxwell&Son, London 1803, s. 420; **Sohm**, s. 348; **Di Marzo**, s. 282.

³⁶ Roma hukukunun dönemseller olarak sınıflandırılmasının göreceli nitelikte olduğu belirtilmelidir. Bu kapsamda Karadeniz Çelebican'a göre; Roma hukukunun dönemleri Eski Hukuk Dönemi (MÖ 753 – MÖ 150), Klasik Öncesi Hukuk Dönemi (MÖ 150 – MÖ 27), Klasik Hukuk Dönemi (MÖ 27 – MS 250), Klasik Sonrası Hukuk Dönemi (MS 250 -527) ve *Iustinianus* Dönemi (MS 527-565) olmak üzere beşe ayrılmaktadır. **Karadeniz Çelebican**, Özcan: Roma Hukuku: Tarihi, Kaynaklar, Genel Kavramlar, Kişiler Hukuku, Hakların Korunması, 18. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 37-38. Çalışmamızda da bu ayrım dikkate alınmıştır. Doktrinde yapılan farklı ayrımlar için bkz. **Umur**, Ziya: Roma Hukuku Ders Notları, Beta Yayınevi, İstanbul 1987, s. 74; **Tahiroğlu**, Bülent/**Erdoğan**, Belgin: Roma Hukuku Dersleri: Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar, Usul Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2018, s. 42-56 vd.

³⁷ *Gaius*'a ait Latince metinler ve İngilizce-Fransızca tercüme için bkz. **Gaius**, (çev. Julien Reinach): *Institutes*, Les Belles Lettres, Paris 1965; **Gaius**, (çev. Edward Poste): *Institutes of Roman Law*, Clarendon Press, Oxford 1904. Faydalanılan Türkçe tercü-

“Ancak öte yandan bir şeyin daimi şekilde kiralanmasında olduğu gibi, *emptio venditio* ile *locatio conductio* arasındaki benzerlikler bazı hallerde bir alım satım sözleşmesinin mi yoksa bir kira sözleşmesinin mi meydana geldiği konusunda tartışma oluşturmaktadır. Bu durum özellikle, *vectigal* bedelini ödediği sürece ne kiracının ne de mirasçının elinden alınmayacağı şartı ile kiraya verilen *municipium* arazileri için söz konusudur; ancak bunun bir *locatio conductio* olduğu düşüncesi üstün gelmiştir.”

Metinde alım satım sözleşmesi (*emptio venditio*) ile kira sözleşmesinin (*locatio conductio rei*) bazı durumlarda birbirinden ayırt edilmesinin oldukça zor olduğu belirtilmiş ve *municipium*'lardan uzun süreli toprak kiralanması bu duruma örnek gösterilmiştir. Öncelikle bu tartışmalardan, Klasik Hukuk Dönemi'nde uzun süreli kira hakkının hangi sözleşmeye dayandığı konusunda görüş ayrılıklarının sürdüğü görülmektedir³⁸. Alım satım sözleşmesinde, sözleşme konusunun daimi olarak karşı tarafa devredilmesinin yanı sıra mülkiyet hakkının da devralan kişiye geçirilmesi amaçlanmaktayken kira sözleşmesinde ise mülkiyet hakkı ile ilgili herhangi bir değişiklik söz konusu değildir³⁹. Bu kapsamda muhtemelen mülkiyetin devredilmesinin amaçlanmamış olması hususu, hakkın bir alım satım sözleşmesine değil fakat kira sözleşmesine dayandığı görüşünün ağır basmasına sebep olmuştur⁴⁰.

İlk dönemlerde kira sözleşmesine dayanan bu hakkın, yalnızca taraflar arasında ileri sürülebilecek şahsi bir talep yetkisi sağladığı kabul edilmiştir. Fakat zaman içerisinde oldukça uzun süreler boyunca araziyi kullanan kira hakkı sahibinin, arazi maliki ile olan ilişkisinden başka arazinin kendisiyle de bir hukuki ilişkisinin olması gerektiği fikri ortaya çıkmış ve hak sahibine aynı bir dava tanınarak hak, şahsi bir alacak hakkı olmaktan çıkıp herkese karşı ileri sürülebilir sınırlı bir aynı hakka dönüşmüştür⁴¹.

meler için bkz. **Gaius**, (çev. Türkan Rado): *Institutiones* (Borçlar Kısmı), Doğan Kardeş Yayınları, İstanbul 1953.

³⁸ **Levy**, s. 44; **Yeşiller**, s. 79; **Ayiter/Koschaker**, s. 185.

³⁹ *Dig.* 19.2.39 (*Ulpianus 2 ad edictum*) “*Non solet locatio dominium mutare.*” : “Kira sözleşmeleri mülkiyetle ilgili bir değişikliğe neden olmaz.”

⁴⁰ **Yeşiller**, s. 77-78.

⁴¹ **Berki**, Şakir: “Roma’da Aynı Haklar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 1948, s. 374; **May**, s. 212; **Petit**, s. 248; **Monier**, s. 446; **Buckland**, s. 275; **Sohm**, s. 350; **Maynz**, Charles: *Cours de droit romain, précédé d’une introduction contenant l’histoire de la législation et des institutions politiques de Rome*, Vol. I, A. Durand & Pedone-Lauriel, Paris 1891, s. 859. Uzun süreli kira hakkının korunması amacıyla hak sahibine tam olarak hangi dönemde bir aynı dava (*ius in rem*) verildiği hususu tartışmalı olmakla birlikte söz konusu imkânın, *Hadrianus* imparator olmadan önce (M.S. 117–138) tanındığı düşünülmektedir. **Buckland**, s. 275.

Dig. 6.3.1.1 (Paulus 21 ad edictum)

“*Qui in perpetuum fundum fruentum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed et adversus ipsos municipes.*”

“*Municipium*’dan daimi olarak (*in perpetuum*) toprak kiralayan kişiler, her ne kadar malik olmasalar da arazideki zilyetlikleri ihlâl edilirse, zilyetliği ihlâl eden *municipium*’un kendisi dahi olsa, zilyetliği ihlâl eden herkese karşı aynı dava açma (*in rem actionem*) hakkına sahiptirler.”

Muhtemelen üçüncü kişiler tarafından uzun süreli kiracının zilyetliğinin sıklıkla ihlâl edilmesi ve toprağa yakın olanın bu toprağı daha iyi koruyabileceğı prensibinin benimsenmesiyle birlikte hakkın ihlâli halinde kiracıya, *rei vindicatio utilis* yoluyla gerçek bir *actio* tanınmasına karar verilmiştir⁴². *Paulus*’tan alıntı yapılan bu metinde de kira hakkının ihlâli halinde kiracıya bir aynı dava (*actiones in rem*) açabilme imkânının tanındığı dolayısıyla hakkın, şahsi hak olarak değil; fakat sınırlı bir aynı hak olarak ele alındığı görülmektedir.

II. ROMA HUKUKUNDA IUS EMPHYTEUSIS’İN ORTAYA ÇIKMASI

A. Ius Emphyteusis Kavramı ve Hakkın Yunan Hukukundaki Kökeni

Ius emphyteusis’in, yıllık kira bedelinin ödenmesi ve toprağın iyileştirilmesi koşuluyla başkasına ait bir arazinin kullanım ve yararlanma yetkilerinden istifade edilmesini sağlayan, devredilebilen ve miras yoluyla intikal edebilen sınırlı bir aynı hak olarak tanımlanması mümkündür⁴³. Ancak Roma hukuku açısından oldukça geç bir dönem olarak nitelendirilebilecek Klasik Sonrası Hukuk Dönemi’nde uygulama alanı bulan bu hakkın daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle kökeninin incelenmesi önem arz etmektedir.

Köken itibariyle Yunanca “*ἐμφυτεύειν*” teriminden türeyen *emphyteusis* kelimesi, “bir yere bir şey dikmek” ya da “bir yere bir şey ekmek” gibi anlamlara gelmektedir⁴⁴. Kelimenin köken itibariyle Yunanca’ya dayan-

⁴² Söğütü, Roma Özel Hukuku, s. 718-719; May, s. 212; Petit, s. 248; Mackeldey/Kaufmann, s. 357.

⁴³ Sevimli, s. 94; Karadeniz Çelebican, Roma Eşya Hukuku, s. 270; Söğütü, Roma Özel Hukuku, s. 719; Berki, “Roma’da Aynı Haklar”, s. 374-375.

⁴⁴ Burdick, William Livesey: The Principal of Roman Law and their Relation to Modern Law, Lawyers Co-operative Publishing, New York 1988, s. 376; Beaudouin, Édouard: “Les grands domaines dans l’Empire romain d’après des travaux récents”, Nouvelle

masında olduğu gibi *emphyteusis*'in Roma hukukunda bir hak olarak yer alması da Yunan hukukunda mevcut olan uygulamalardan kaynaklanmaktadır. Nitekim kamuya ya da dini kuruluşlara ait işlenmemiş veya kötü işlenmiş arazilerin ıslah edilmek üzere belirli süreliğine özel kişilere bırakılması uygulamasının M.Ö. 4. yüzyıldan beri Antik Yunan şehir devletlerinde mevcut olduğu bilinmektedir⁴⁵. Ancak Yunan hukukunda mevcut olan bu uygulama⁴⁶ Roma hukukunda yer alan *ius in agri vectigali* veya *ius perpetuum*'dan farklı olarak hak sahibine; toprağı işleyip ıslah etme, arazinin niteliğine göre üzüm asmaları, zeytin ya da incir ağaçları dikme veya topraktan yararlanmada fayda sağlayacak yapılar inşa etme gibi yükümlülükler getirmektedir⁴⁷. Ayrıca hak sahibinin düzenli olarak kira ödemek ve toprağı zarar vermemek gibi yükümlülükleri de bulunmaktadır. Yunan hukukuna göre bu yükümlülüklerden herhangi biri yerine getirilmediği takdirde uzun süreli kira hakkı sona ermektedir⁴⁸.

Roma'nın Makedon Savaşları (M.Ö. 214-M.Ö.148) ve Akhaia Savaşı (M.Ö. 146) sonucu Yunan şehir devletlerini egemenliği altına almasından sonra da⁴⁹ bu şehirlerde, uzun süreli kira hakkı olarak kendi geleneksel hukuklarında mevcut olan uygulamaların kullanılmasına devam edilmiştir⁵⁰.

revue historique de droit français et étranger, Vol. 22, 1898, s. 546; **Le Halleur**, s. 35; **Mousourakis**, s. 175; **Ayiter/Koschaker**, s. 175; **Berki**, "Roma'da Aynî Haklar", s. 374.

⁴⁵ **Johnston**, s. 323-324; **Daremborg**, Charles/**Saglio**, Edmond: Dictionnaire des antiquités grecques et romaines, d'après les textes et les monuments, Vol. II, Librairie Hachette, Paris 1892, s. 605.

⁴⁶ Yunan hukukunda uygulanan uzun süreli kira hakkını tanımlamak amacıyla *emphyteusis*'in kökenini oluşturan *ἐμφοτεβεῖν* kelimesi değil *ἀεννάως* veya *εἰς πατριχά* gibi kelimeler tercih edilmiştir. *ἐμφοτεβεῖν* ifadesi ise Yunan hukukunda yalnızca ilgili hak sahibinin araziyi ıslah etme yükümlülüğünü ifade etmek amacıyla kullanılmıştır. Bkz. **Beaudouin**, s. 547-548; **Maynz**, s. 860, dn. 11.

⁴⁷ **Beaudouin**, s. 546. Roma fethinden önce *Heraclea* şehrinde, *Dionysious* tapınağına ait toprakları iyileştirmeyi şart koşan kira uygulamalarının varlığı bilinmektedir. Bu uygulamalarda özellikle toprağın ıslah edilmesi, ağaçlar dikilmesi ya da tahıl ambarı, hayvanlar için ahır veya baraka gibi yapıların inşa edilmesi kiracılara yükümlülük olarak getirilmiştir. **Beaudouin**, s. 549.

⁴⁸ **Johnston**, s. 324. Yunan hukukundaki uygulamanın ayrıntıları için bkz. **Guiraud**, Paul: La propriété foncière en jusqu'à la conquête romaine, Librairie Hachette, Paris 1893, s. 426.

⁴⁹ İlgili savaşlar sonucu yaşanan süreç hakkında bkz. **Demircioğlu**, s. 395-401; **Bosch**, Clemens (çev. Sabahat Atlan): Roma Tarihinin Ana Hatları, I. Kısım Cumhuriyet Devri, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 2020, s. 113-117.

⁵⁰ Roma fethinden sonra da *Gazoros* şehrinde uzun süreli kira hakkı sahipleri için zeytin ağacı, incir ağacı veya üzüm salkımı dikilmesi gerekliliği açıkça belirtilmiştir. Bkz.

Bahsedilen uygulamalara bir örnek olarak Roma yönetimi altındaki *Boetia* bölgesinde yer alan *Thisbe* şehrinde ele geçirilen tabletlerde uzun süreli kira hakkı ile ilgili şu hükümler öngörülmektedir⁵¹.

- 1) Devlete ait toprakları uzun süreli olarak kiralamak isteyenler şehir yönetimine başvurmalıdır.
- 2) Kiralanan topraklardan ilk beş sene kira ücreti alınmayacaktır. Fakat bu süreç içerisinde toprak ıslah edilecektir. Daha sonra düzenli olarak *phoros* (*φóρος*) adı verilen kira ücreti ödenecektir. Toprağın iyileştirilmesi, ekim dikim faaliyetleri veya arazi için faydalı inşaatlar yapılmazsa hak sona erecektir.
- 3) Kiracının hakkının, sağlararası işlemlerle devri ve mirasçısının *Thisbe* vatandaşı olması halinde intikali mümkündür⁵².

Uzun süreli kira hakkına dair Yunan hukukunda mevcut olan bu uygulamalar, M.S. 3. yüzyıldan itibaren Roma hukukuna da adapte edilmeye başlanmıştır⁵³.

B. Emphyetusus'in Roma Hukukuna İktibası Süreci

Ius perpetuum'un daimi olarak kurulması, tek taraflı olarak sona erdirilememesi ve kısıtlanmasına dahi imparatorluk emirnameleri dışında izin verilmemesi gibi sebepler malik olan idarenin, hak sahibi kiracıları toprağı hiç işlemese veya kötü işlese dahi araziden çıkaramamasına yol açmıştır⁵⁴. Ayrıca M.S. 3. yüzyılda yaşanmış olan büyük ekonomik kriz, siyasi çalkantılar, ürün kıtlığı ve artan barbar akınları özellikle sınır bölgelerindeki tarım arazilerinin terk edilmesine sebep olmuştur⁵⁵. İmparatorluğun genelinde *latifundia*'ların⁵⁶ yaygınlaştığı bu dönemde üretim potansiyeli de oldukça

Papazoglou, Fanoula: *Les villes de Macédoine à l'époque romaine*, Diffusion de Boccard, Paris 1988, s. 382-385.

⁵¹ **Johnston**, s. 324.

⁵² **Pernin**, Isabelle: "Land Administration and Property Law in the Proconsular Edict from Thisbe (Syll.3 884)", *The Epigraphy and History of Boeotia: New Finds, New Prospects* içinde, (ed. Nikolaos Papazarkadas), Brill, Boston 2014, s. 454-455; **Johnston**, s. 324.

⁵³ **Johnston**, s. 324-325.

⁵⁴ **Levy**, s. 44-45.

⁵⁵ **Maynz**, s. 860; **Petit**, s. 249.

⁵⁶ *Latifundia*, Roma devletine, imparatora veya ailesine ya da doğrudan doğruya özel kişilere ait olan geniş ölçekli arazileri ifade etmektedir. **Berger**, s. 537. Zaman içerisinde çoğunluğunu senato üyelerinin oluşturduğu zengin ailelerin eline geçen bu arazilerde toprak sahipleri tarafından temel üretim maddeleri olan buğday ve arpa yerine daha çok gelir getirebilecek üzüm, incir, kuşkonmaz gibi ürünlerin üretilmesinin tercih edilme-

düşmüş ve Roma ekonomisi kendi kendisine yetemez bir hale gelmiştir⁵⁷. Bu şekilde toprakların terk edilmesi veya kötü işlenmesi sonucu Roma ekonomisinin en temel taşı olan tarımın zarar görmesi üzerine M.S. 3. yüzyıl itibariyle insanları tarıma ve toprağı işlemeye teşvik edebilecek farklı yöntemler aranmaya başlanmıştır⁵⁸. Tüm bu sorunlara çözüm olması amacıyla Romalılar evvelden beri Yunan hukukunda mevcut olan bir uzun süreli kira yöntemine başvurmuştur⁵⁹. Nitekim Yunan şehirlerinde kullanılan bu yöntem hak sahibine ve mirasçılara oldukça uzun sürelerle topraktan kullanma ve yararlanma hakkı veriyor, aynı zamanda ödenecek olan kira ücretinin miktarı büyük ölçüde azaltıldığından ve zaman içinde bu miktarın tek taraflı olarak arttırılması da yasaklandığından dolayı insanlara cazip geliyordu⁶⁰. Fakat bu hakkın Roma hukukuna adapte edilmesinin en önemli sebebi, Yunan şehirlerindeki uygulamada olduğu gibi hakkın kullanılmasına karşılık olarak getirilen bazı yükümlülüklerden kaynaklanmaktadır. Bu yükümlülüklerin temelinde, hiç işlenmemiş veya kötü işlenmiş bir toprağın ıslah edilmesi veya yeniden işlenebilir hale getirilmesi gelmektedir⁶¹. Daha evvel mevcut olan *ius perpetuum* veya *ius in agri vectigali*'de işlenmemiş toprağı işlemek veya kötü işlenmiş toprağı yeniden ekilebilir hale getirmek gibi bir zorunluluk bulunmamaktadır⁶². *Emphyteusis* ise hem toprağın ıslah edilmesini sağladığı için devlet ve kamu kuruluşlarının hem de ucuz kira ücreti, devletin bu hakkı tek taraflı olarak sonlandıramaması ve herkese karşı ileri

siyle birlikte temel ürünlerde dışa bağımlı hale gelmiştir. **Küçükkalay**, Abdullah Mesud: Dünya İktisat Tarihi, 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 105-111; **Söğütli Erişgin**, Özlem: Roma Kamu Hukukuna Giriş, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 131-132.

⁵⁷ **Bagchi**, Satis Chandra: Roman Private Law: Based on the Institutes of Gaius & Justinians, R. Cambrey & Co., Calcutta 1916, s. 129. Roma'nın tarımsal üretimindeki sorunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Küçükkalay** s. 110-111.

⁵⁸ **Maynz**, s. 860; **Petit**, s. 249.

⁵⁹ **Honig**, Richard (çev. Şemsettin Talip); Roma Hukuku Dersleri, Ahmed İhsan Matbaası, İstanbul 1938, s. 211; **Kaser**, s. 152; **Di Marzo**, s. 318.

⁶⁰ **Maynz**, s. 860.

⁶¹ **Di Marzo**, s. 318. Romalılar hakkın kullanılmasına karşılık yerine getirilmesi gereken bu yükümlülüklerden ötürü hakka, *ius emphyteusis* adını vermiştir. **Beaudouin**, s. 547-548.

⁶² **Beaudouin**, s. 547; **Girard**, Paul Frédéric: Manuel élémentaire de droit romain, 6e édn., Arthur-Rousseau, Paris 1918, s. 394-395. Ancak *emphyteusis* gerek daimi gerekse belirli bir süreye bağılı olarak kurulabilmesi sebebiyle hem *ius perpetuum* hem de *ius in agri vectigali*'nin izlerini taşımaktadır. **De Colquhoun**, s. 29; **Lozano Corbi**, Enrique: Historia e instituciones de derecho romano, Mira Editores, Zaragoza 1999, s. 420.

sürülebilecek bir dava hakkının kiracıya tanınması gibi sebeplerden dolayı kira hakkı sahibinin menfaatinidir⁶³.

Emphyteusis'in ilk zamanlarda yalnızca imparator ve ailesinin kişisel malvarlığı sayılan topraklarda (*fundi patrimoniales*) kurulabileceği kabul edilmiştir⁶⁴. Bu topraklar içerisinde *emphyteusis*, öncelikle Yunan yerleşimlerinde ya da Mısır, Kartaca ve Kuzey Afrika'da bir *Ius Gentium* işlemi olarak tatbik edilmiş sonraları ise Avrupa'daki eyaletlerde ve son olarak da İtalya'daki arazilerde *ius perpetuum*'un yerine kullanılmaya başlanmıştır⁶⁵. Bu şekilde hakkın kapsamı, *ius perpetuum* ile birleşme ile birlikte tüm kamu arazilerine genişlemiştir⁶⁶.

Roma hukuku açısından *emphyteusis*'den bahseden ilk kaynak *Ulpianus*'un *Ad Edictum* eserinden aktarımda bulunan bir *Digesta* metnidir. Aşağıda verilen bu metnin *interpolatio*'ya uğramadığı ve M.S. 3. yüzyılın başlarında yazıldığı düşünülmektedir⁶⁷.

Dig. 27.9.3.4 (Ulpianus 35 ad edictum)

“*Si ius ἐμφορτευτικόν vel ἀμβατικόν habeat pupillus, videamus, an distrahi hoc a tutoribus possit; et magis est non posse...*”

“Vesayet altındaki çocuğun *ius emphyteusis* (*ius ἐμφορτευτικόν*) veya *embateusis*⁶⁸ (*ἀμβα τευτικόν*) haklarından birine sahip olması durumunda onun vasisi bu hakları devredebilir mi? Devredemeyeceğinin kabulü daha doğru olur...”

⁶³ **Johnston**, s. 329; **Berki**, Roma'da Aynî Haklar, s. 375.

⁶⁴ **Karadeniz Çelebican**, Roma Eşya Hukuku, s. 274; **Sohm**, s. 348; **Zimmermann**, Reinhard: The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Juta & Co., Ltd., Cape Town 1990, s. 358-359; **Berger**, s. 479; **Kaser**, s. 152; **May**, s. 213; **Di Marzo**, s. 318.

⁶⁵ **Monier**, s. 446; **Oğuzoğlu**, s. 190; **Mousourakis**, s. 175; **Berki**, Şakir: Roma Hukuku, Nur Basımevi, Ankara 1949, s. 250.

⁶⁶ **Girard**, s. 394; **Maynz**, s. 860. Son olarak kilise, dini kuruluş hatta özel kişilerin arazilerinde dahi bu hakkın kurulabilmesine imkân sağlanmıştır. **Maynz**, s. 860; **Mackeldey/Kaufmann**, s. 356; **Buckland**, s. 275.

⁶⁷ **Johnston**, s. 326; **Avotins**, Ivars: “On the Greek Vocabulary of the Digest”, Glotta, Vol. 60, No. 3/4, 1982, s. 256-257.

⁶⁸ *Embateusis*; ölen kişinin taşınmazlarının mülkiyetini, kan hısımı mirasçısının veya sağlığında evlat edindiği erkek çocuğunun miras bırakanın ölümünden sonra doğrudan elde edebilme hakkını ifade etmektedir. **Griffith-Williams**, Brenda: A Commentary on Selected Speeches of Isaios, Brill, London 2013, s. 162; **Mueller**, Melissa: Objects as Actors: Props and the Poetics of Performance in Greek Tragedy, University of Chicago Press, Chicago 2016, s. 103.

Orijinal metinde görüleceği üzere bu haklardan bahsederken hakların Yunanca adlarının yazılması, M.S. 3. yüzyılın başlarında *emphyteusis*'in Roma hukukuna hala tam olarak adapte edilemediğini göstermektedir⁶⁹. Bu noktada Latince *ius emphyteusis* kavramının ilk olarak M.S. 315 yılında yayınlanan imparator *Constantinus*'un bir emirnamesinde⁷⁰ kullanıldığı göz önüne alındığında hakkın, Roma hukuku açısından ancak M.S. 4. yüzyıl itibariyle yaygınlık kazanmaya başladığını ileri sürmek mümkündür⁷¹. Sonraki yıllarda *ius emphyteusis*, *ius perpetuum*'u da içine alarak kapsamını genişletmiş ve *Zeno*, *Iulianus* ve *Iustinianus* gibi imparatorların çıkardıkları emirnameler ile birlikte son halini almıştır⁷². Yıllar içerisinde *ius emphyteusis*'in kullanılmasının artışıyla birlikte *ius perpetuum* önemsiz bir hale gelmiş ve zamanla *ius emphyteusis* ismi içinde asimile olmuştur⁷³. Bu şekilde Roma hukukunda uzun süreli kira hakkı, *emphyteusis* adı altında son ve nihai şeklini almıştır⁷⁴.

C. *Ius Emphyteusis*'in Tesisi

Hak sahibine başkasının arazisi üzerinde kullanım ve yararlanma yetkilerini sağlayan *ius emphyteusis*'in geçerli bir şekilde kurulabilmesi için öncelikle taraflar arasında bu yönde bir sözleşmenin (*contractus emphyteuticarius*) yapılması gerekmektedir⁷⁵. İmparator *Zeno* döneminde çıkarılan bir emirname ile bu sözleşmenin bir alım satım ya da kira sözleşmesi olmadığı fakat *sui generis* nitelikte ayrı bir *contractus* olduğu açık bir biçimde ifade edilmiştir⁷⁶. İmparator *Zeno* döneminde çıkarılan ve *emphyteusis*'in hukuki niteliği ile hakkın tesisi hakkında oldukça önemli bilgiler veren emirnamenin ilgili bölümü şu şekildedir:

⁶⁹ **Burdick**, s. 376; **Johnston**, s. 326; **Avotins**, s. 256-257.

⁷⁰ *Cod. Ius.* 11.62.1.

⁷¹ **Johnston**, s. 326.

⁷² Bkz. *Cod. Ius.* 4.66.1; *Cod. Ius.* 4.66.3; *Ius. Ins.* 3.24.3.

⁷³ *Ius perpetuum* ifadesi, M.S. 4. yüzyılın sonları veya M.S. 5. yüzyılın ilk dönemleri itibariyle tamamen ortadan kalkmış ve uygulamada uzun süreli kira hakkı olarak sadece *emphyteusis* yürürlükte kalmıştır. **Monier**, s. 446; **Lozano Corbí**, s. 420; **Buckland**, s. 275; **Sohm**, s. 348; **Kaser**, s. 152; **Mousourakis**, s. 175; **Di Marzo**, s. 318. Çalışmada da bu bölümden itibaren “uzun süreli kira hakkı” ifadesi ile yalnızca *ius emphyteusis* terimi kast edilmiştir.

⁷⁴ **May**, s. 213; **Monier**, s. 446.

⁷⁵ **Kaser**, s. 153; **Smith**, s. 458; **Johnston**, s. 331.

⁷⁶ **Lozano Corbí**, s. 420; **Burdick**, s. 376; **Le Halleur**, s. 98; **Lee**, Robert Warden: *The Elements of Roman Law*, Sweet & Maxwell, London 1956, s. 174.

Cod. Ius. 4.66.1

“*Ius emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis esse titulis addicendum, sed hoc ius tertium sit constitutum ab utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum, conceptionem definitionemque habere propriam et iustum esse validumque contractum, in quo cuncta, quae inter utrasque contrahentium partes super omnibus vel etiam fortuitis casibus pactionibus scriptura interveniente habitis placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri: ita ut, si interdum ea, quae fortuitis casibus sicut eveniunt, pactorum non fuerint conventionem concepta, si quidem tanta emergerit clades, quae prorsus ipsius etiam rei quae per emphyteusin data est facit interitum, hoc non emphyteuticario, cui nihil reliquum mansit, sed rei domino, qui, quod fatalitate ingruebat, etiam nullo intercedente contractu habiturus fuerat imputetur.*”⁷⁷

“*Emphyteusis* hakkının, bir kira veya alım satım sözleşmesine dayandığını ileri sürmek mümkün değildir. Zira bu hak, bunlardan farklı ve her ikisine de benzerlik göstermeyen kendine has niteliği ve karakteri bulunan ayrı bir sözleşmeye dayanmaktadır. Bu sözleşme, beklenmeyen hallerle ilişkin durumlar da dâhil olmak üzere her şartın açık ve kesin bir dilde kararlaştırıldığı yazılı bir uzlaşmayı içermektedir. Fakat eğer beklenmeyen hale ilişkin bir hüküm anlaşmaya dâhil edilmez ve mal bu sebeple tamamen yok olursa, kazadan dolayı oluşan zarar, elinde hiçbir şeyi kalmayan uzun süreli kira hakkı sahibine yüklenemez. Burada zarar, anlaşmaya beklenmeyen hallerde diğer tarafın sorumlu olacağına dair hükmü dâhil etmeyen malın malikine aittir...”

İlgili emirnamede belirtildiği üzere bir hak olarak *emphyteusis*, taraflar arasında sözleşmesel bir ilişkinin kurulması halinde tesis edilebilmektedir⁷⁸. Ayrıca düzenlemede bu ilişkinin, alım satım ya da kira sözleşmesi ile değil fakat kendine özgü bir *contractus* ile kurulduğu belirtilmiştir⁷⁹. Yine bu

⁷⁷ *Codex Iustinianus*'a ait Latince metinler için bkz. <https://www.thelatinlibrary.com/justinian.html>, (Erişim Tarihi: 24.03.2021). Yararlanılan İngilizce ve Fransızca tercüme için bkz. https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/codjust_Scott.htm; http://www.histoiredudroit.fr/corpus_iuris_civilis.html, (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

⁷⁸ Lee, s. 174; Burdick, s. 376.

⁷⁹ *Emphyteusis*'i oluşturan sözleşmenin niteliğine ilişkin tartışmalar ve *Zeno* tarafından öngörülen çözüm, *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde de aynen ifade edilmiştir. *Ius. Ins.* 3.24.3 “*Adeo autem familiaritatem aliquam inter se habere videntur emptio et venditio, item location et conduction, ut in quisbusdam causis guaeri soleat, utrum emptio et venditio conntrahatur, an locatio et conduction. Ut ecce de preediis quae perpetuo*

düzenlemeye göre malın tamamen telef olması halinde zarara, taşınmaz tahsis eden kişinin katlanacağı, bir diğer ifade ile olası bir telef halinde kiracının yıllık kira bedelini ödemekten kurtulacağı ifade edilmiştir⁸⁰. Ancak emirnamedeki asıl önem arz eden husus, bu sözleşmenin yazılı bir uzlaşmayı içerdiği ifadesinde (*pactionibus scriptura interveniente habitis placuerint*) karşımıza çıkmaktadır. Nitekim bu ifade, sözleşmenin geçerliliği açısından doktrinde çeşitli tartışmalara sebep olmuştur. Bu kapsamda bazı yazarlar tarafından *contractus emphyteuticarius*'un yazılı olarak yapılmasının hakkın kurulması bakımından bir geçerlilik unsuru olduğu öne sürülmüştür⁸¹. Ancak hâkim görüşe göre yalnızca sözleşme konusu üzerinde tarafların uzlaşması bir aynı hak olarak *emphyteusis*'in geçerli bir biçimde tesis edilebilmesi için

*quisbusdam fruenda traduntur, id est ut, quamdiu pension sive redditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius, cuive conductor heresve eius id praedium vendiderit aut donaverit aut dotis nomine dederit aliove quo modo alienaverit, auferre diceat. Sed talis contractus, guia inter veteres. dubitabatur et a quibusdam venditio existimabatur, lex Zenoniana lata est, quae emphyteuseos contractui propriam statuit naturam neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam, et si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita optimere, ac si naturalis esset contractus: sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundale periculum, sin particularis, ad emphyteuticarium huiusmodi damnum venire. Quo iure utimur.” : “Ayrıca emptio venditio ile locatio conductio arasında öyle benzerlikler görülür ki, bazı hallerde sözleşmenin emptio venditio mu yoksa locatio conductio mu olduğu tereddüte yol açar. Nitekim bazı arazilerin kirası (*pension sive redditus*) malike verildiği süre boyunca, malikin bu arazileri ne kiracıdan ne de mirasçısından ne de kiracıdan veya mirasçıdan araziyi satış, bağış, cihaz veya başka bir sebeple edinmiş olan herhangi bir kimseden geri alamayacak şekilde üçüncü kişilerin devamlı olarak yararlanmasına terk etmesi hali bu şekildedir. Bu çeşit sözleşmeler tereddüte yol açtığından ve bazılarında göre kira bazılarında göre alım satım sözleşmesi sayıldıklarından, *Zeno* tarafından kanun çıkarılarak bu sözleşmeye, *emphyteusis*'e has bir özellik tanıdı ve bunun, ne alım satım ne de kira olduğu fakat gücünü kendine özgü anlaşmalardan aldığı beyan edildi. Bu noktada eğer bir anlaşma (*pactum*) yapılmışsa buna uyulacaktır. Ancak hasara (*periculum*) ilişkin bir anlaşma yoksa malın tamamen telef halinde, hasar malike yüklenecektir; kısmi telef halinde ise *emphyteusis* kiracısına aittir. Bizim de uyguladığımız kurallar bunlardır.” Latince metin ve yararlanılan Türkçe tercüme için bkz. **Umur**, Ziya (ed. ve çev.): Iustinianus Institutiones, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1968. Yararlanılan İngilizce tercüme için bkz. https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/iust_institut_Scott.html, (Erişim Tarihi: 26.03.2021).*

⁸⁰ **Johnston**, s. 343; **Erdoğan**, s. 116, dn. 5.

⁸¹ **Hunter**, s. 428; **Gonnet**, s. 80; **De Colquhoun**, s. 53. *Emphyteusis*'in bir hak olarak insan ömrünü aşan süreler boyunca devam edebilecek nitelikte olması sebebiyle herhangi bir uyumsuzluk halinde sözel deliller ileri sürmenin pek mümkün olmadığı varsayımı bu görüşe dayanak gösterilmiştir. **De Colquhoun**, s. 53.

yeterlidir⁸². Bu şekilde metinde yalnızca tarafların *emphyteusis* ile ilgili öngörülen genel kurallardan açık bir şekilde farklı hükümler benimsemesi halinde bunu yazılı olarak yapmaları tavsiye edilmektedir⁸³. Dolayısıyla hakkın içeriğinin yazılı *pactum*'lar aracılığıyla değiştirilebilmesine imkân sağlansa da söz konusu yazılı anlaşmaların hakkın doğumunda kurucu niteliğe sahip olduğuna dair herhangi bir bilgi bulunmamaktadır⁸⁴.

Sınırlı bir aynı hak olan *emphyteusis*'in sözleşmesel bir ilişki dışında ölüme bağlı tasarruflar⁸⁵, zamanaşımı⁸⁶ veya *adiudicatio*⁸⁷ ile kurulabilmesi de mümkündür.

⁸² **Le Halleur**, s. 98-99; **Girard**, s. 394; **Karadeniz Çelebican**, Roma Eşya Hukuku, s. 275; **Johnston**, s. 331-332; **Lozano Corbí**, s. 420; **Mackeldey/Kaufmann**, s. 356.

⁸³ **Johnston**, s. 331-332. *Emphyteusis* hakkında bilgi veren birçok antik metinde *contractus*'a eklenen yazılı anlaşmalara uyulacağından bahsedilmektedir. Bkz. *Cod. Ius.* 4.66.2 “*In emphyteuticariis contractibus sancimus, si quidem aliae pactiones in emphyteuticis instrumentis fuerint conscriptae, easdem et in aliis omnibus capitulis observari...*” : “*Contractus emphyteuticarius*'a istinaden ilan ederiz ki, eğer taraflar arasında yazılı bir anlaşma yapıldıysa anlaşmadaki tüm hükümlere uyulmak zorundadır...” Benzer yönde bkz. *Cod. Ius.* 4.65.32; *Dig.* 19.2.13.11. Bu noktada konu, ilgili sözleşmeden bahseden diğer metinlerle birlikte incelendiğinde *emphyteusis*'in, yalnızca iradelerin uyuşması sonucu kurulabildiğini ileri sürmek mümkündür. Ancak bu sözleşmeye ek olarak yazılı bir *pactum* yapılması, hem genel kurallardan farklı bir hüküm öngörülebilmesi hem de herhangi bir uyuşmazlık halinde ispat kolaylığı sağlanabilmesi açısından tavsiye edilebilir niteliktedir. Nitekim ilgili tüm metinlerde eğer bu şekilde bir anlaşma yapılmazsa oluşabilecek farklı ve beklenmedik durumlara tarafların katlanacağı ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. **Mackeldey/Kaufmann**, s. 356-360.

⁸⁴ Dini kuruluşlara ait arazilerin *emphyteusis* ile kiralanması, *contractus emphyteuticarius*'un rızai nitelikte olmasına bir istisna teşkil etmektedir. Nitekim bu arazilerin kiralanmasına ilişkin hükümlerde ilgili sözleşmenin yazılı şekilde yapılması gerektiği açık bir biçimde ifade edilmiştir. Bu noktada kiliselerin, kiliselere bağlı yetimhanelerin veya herhangi bir dini kuruluşun üst düzey yöneticileri ya da ailesi ile bir sözleşmesel ilişkiye girilmesi açıkça yasaklandığı için bunun yazılı şekilde kayıt altında tutularak kontrol edilmesi ve bir caydırıcılık oluşturulması amaçlanmış olabilir. İlgili metin için bkz. *Nov.* 120.6.2. Ayrıca bkz. **Le Halleur**, s. 99; **Lozano Corbí**, s. 420; **Mackeldey/Kaufmann**, s. 359, dn. b.

⁸⁵ **Johnston**, s. 333; **Buckland**, s. 275; **Le Halleur**, s. 101; **Mackenzie**, Thomas: *Studies in Roman Law with Comparative Views of the Laws of France, England and Scotland*, 2. edn., William Blackwood and Sons, Edinburg 1991, s. 184. Ancak hakkın devam edebilmesi için kanuni mirasçıların ya da vasiyet alacaklısının kira bedelini ödemeyi kabul etmesi gerekmektedir. **Mousourakis**, s. 176.

⁸⁶ Hakkın malik olmayan bir kişiyle yapılan sözleşmeye dayanması ve kiracının da iyi niyetli olması halinde kişinin, belirli süreler boyunca araziye zilyet olması durumunda uzun süreli kira hakkını zamanaşımı ile kazanabileceği kabul edilmiştir. Bu kazanım *usucapio* ile değil; fakat malike karşı bir def'i ileri sürülmesine imkân sağlayan *praescriptio* yoluyla olmaktadır. **Hunter**, s. 428; **Mackeldey/Kaufmann**, s. 360;

III. EMPHYTEUTIS KİRACISININ HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Kiracının Hakları

Uzun süreli kira hakkı sahibinin bazı sınırlamalar haricinde neredeyse malik ile eşdeğer derecede geniş hak ve yetkileri bulunmaktadır⁸⁸. Kiracının sahip olduğu hak ve yetkileri üç temel başlık çerçevesinde ele almak mümkündür.

1. Araziyi Kullanma ve Yararlanma

İlk olarak uzun süreli kira hakkı sahibi, hakkı devam ettiği sürece toprağı kullanma (*usus*) ve yararlanma (*fructus*) yetkilerine sahiptir⁸⁹. Kiracı, yararlanma yetkisi kapsamında intifa hakkı sahibinden farklı olarak semerelerin mülkiyetini ürünlerin topraktan ayrılmasıyla birlikte (*seperatio*) kazanmaktadır⁹⁰. Ancak *emphyteusis* konusu arazide üçüncü kişiler tarafından bulunan defineler üzerinde kiracının herhangi bir hakkı bulunmamaktadır. Bu bağlamda her ne kadar uzun süreli kira hakkı sahibinin fiilen kullandığı yetkiler arazi malikinin yetkileri ile benzerlik gösterse de define üzerindeki hakkın yalnızca arazi sahibine ait olacağı kabul edilmiştir⁹¹. Hak sahibine, topraktan alınacak verimi doğrudan veya dolaylı olarak arttıracak her türlü yapıyı inşa edebilmesine de izin verilmiştir⁹². Dolayısıyla kiracıya, kullan-

Lozano Corbí, s. 420; **Smith**, 458. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Le Halleur**, s. 102-103. *Emphyteusis*'in zamanlaşımı ile kurulamayacağı yönünde aksi görüş için bkz. **De Colquhoun**, s. 48-49; **Maynz**, s. 236; **Mackenzie**, s. 184.

⁸⁷ **Lozano Corbí**, s. 420. *Adiudicatio*, *Formula* yargılamasında hâkime, terekenin veya müşterek bir malın taksimi ile ilgili davalarda çekişmeli malın bir kısmının veya tamamının üzerinde taraflardan biri lehine aynı hak tesis edebilmesine imkân sağlayan bölüme verilen addır. Bu şekilde hâkim, ilgili bölüme dayanarak bir mal üzerinde doğrudan doğruya sınırlı aynı hak da kurabilmektedir. Bkz. **Umur**, Lügat, s. 18; **Berger**, s. 349.

⁸⁸ **Sohm**, s. 349; **Hunter**, s. 428.

⁸⁹ **Maynz**, s. 857; **Mousourakis**, s. 176; **Hunter**, s. 427.

⁹⁰ **Le Halleur**, s. 10; **Girard**, s. 394. Ayrıca bkz. *Dig. 22.1.25.1 (Iulianus 7 digestorum)* “...qui vectigalem fundum habet fructus fiunt, simul atque solo separati sunt.” : “...Vectigal ödemek koşuluyla araziyi elinde bulunduran kişi de semereleri topraktan ayrılır ayrılmaz iktisap eder.”

⁹¹ **Gonnet**, s. 40. Kiracı, ancak defineyi bizzat bulması halinde bulan kişi sıfatıyla bir hak iddia edebilir. **Mackeldey/Kaufmann**, s. 359. Bulan kişinin ve arazi sahibinin define üzerinde sahip oldukları haklar dönemlere göre değişiklik gösterebilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Agudo Ruiz**, Alfonso: “La adquisición del tesoro en época clásica en Derecho Romano”, *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, No. 11, 2013, s. 7-33.

⁹² **De Colquhoun**, s. 49; **Mackeldey/Kaufmann**, s. 358.

dığı arazi üzerinde belirli bir tasarruf yetkisi de tanınmıştır⁹³. Son olarak hak sahibinin arazi üzerinde toprağa bağlı olarak yaşayan köleleri azat etme yetkisi de mevcuttur⁹⁴.

2. Hakkı Sağlararası İşlemlerle Devredibilme ve Ölüm Halinde İntikal

Uzun süreli kira hakkı olan *emphyteusis*'in, kira hakkı sahibinin ölümü halinde mirasçılara intikali veya hakkın kiracının yaşadığı süre içerisinde sağlararası bir işlemle başkasına devri mümkündür⁹⁵. Nitekim hak sahibi bu hakkını satabilir, bağışlayabilir veya *dos* tesis etmek suretiyle başkasına devredebilir⁹⁶. Ancak özellikle hakkın bir ücret karşılığında satılması halinde belirli sınırlamalar olup bu noktada hak sahibinin devir yetkisi sınırsız değildir⁹⁷. Hakkın bu şekilde bir başkasına devredilmesi halinde malikin rızasının alınması zorunludur⁹⁸. Bu kapsamda öncelikle kira hakkı sahibi, üçüncü bir kişiyle hakkını belirli bir ücret karşılığında satmak konusunda anlaşmışta, bu durumu kararlaştırılan devir ücretiyle birlikte malike bildirmek zorundadır⁹⁹. Malikin, kiracının bildirimini almasından itibaren duruma rıza gösterip göstermemek konusunda iki aylık bir süresi bulunmaktadır¹⁰⁰.

⁹³ Maynz, s. 861; Mackenzie, s. 185.

⁹⁴ Bkz. *Cod. Ius.* 11.61.12.

⁹⁵ Rambaud, Jules: *Droit romain, ou Questionnaire nouveau et complet sur les Instituts de Justinien et de Gaius*, Tome II, Durand & Pedone-Laurel, Paris 1872, s. 289. Kiracıya, hakkın devrinin yanı sıra bu devirden bağımsız olarak arazi üzerinde inşa ettiği yapıları devretmesine de izin verilmiştir. Bkz. *Cod. Ius.* 4.66.3.

⁹⁶ Mackeldey/Kaufmann, s. 358-359.

⁹⁷ Karadeniz Çelebican, Roma Eşya Hukuku, s. 275; Erdoğan, s. 116.

⁹⁸ Johnston, s. 342. Malike bu hak, yalnızca hakkın satışı halinde tanınmıştır. Mackeldey/Kaufmann, s. 359. Tüm devirlerde malikin rızasının alınması gerektiğine dair aksi görüş için bkz. De Colquhoun, s. 55; Le Halleur, s. 124-125.

⁹⁹ *Cod. Ius.* 4.66.3 “*Cum dubitabatur, utrum emphyteuta debeat cum domini voluntate suas meliorationes, quae Graeco vocabulo emponemata dicuntur, alienare vel ius emphyteuticum in alium transferre, an eius expectare consensum, sancimus, si quidem emphyteuticum instrumentum super hoc casu aliquas pactiones habeat, eas observari: sin autem nullo modo huiusmodi pactio posita est vel forte instrumentum emphyteuseos perditum est, minime licere emphyteutae sine consensu domini suas meliorationes aliis vendere vel ius emphyteuticum transferre.*” : “*Emphyteusis* kiracısının, malikin rızası olmaksızın hakkını devredip devredemeyeceği veya Yunanca *emponemata* adı verilen iyileştirmelerini satıp satamayacağı konusunda genel bir belirsizlik bulunduğu için eğer bu konuda bir anlaşma yapıldıysa yapılan anlaşmaya uyulması gerektiğine hükmediyoruz. Fakat bu konuda herhangi bir anlaşma yoksa veya anlaşma metninin yazılı olduğu belge kayıpsa uzun süreli kira hakkı sahibi malikin rızası olmadan hakkını devredemez veya arazide inşa ettiği yapıları satamaz.”

¹⁰⁰ Mackeldey/Kaufmann, s. 359; Lozano Corbí, s. 420.

Malik, bu iki aylık süre içerisinde haklı gerekçelerinin mevcut olması halinde satışı reddedebilir¹⁰¹.

Arazi maliki ayrıca kira hakkı sahibi tarafından yapılacak bildirimden itibaren başlayacak iki aylık süre içerisinde kullanılabilen bir ön alım hakkına da sahiptir¹⁰². Malik, hakkın satışını kabul etmekle birlikte iki ay içerisinde kiracı ile devralmak isteyen kişi arasında kararlaştırılan ücret üzerinden hakkı bizzat satın almayı teklif ederse bu durumda kiracı hakkını malike satmak zorundadır¹⁰³. Ancak eğer malik iki ay içerisinde herhangi bir cevap vermez veya ön alım hakkını kullanmak istemezse, uzun süreli kira hakkı sahibi malikin rızasına başvurmaksızın istediği kişiye dilediği fiyat üzerinden bu hakkını satabilir¹⁰⁴. Fakat bu ihtimalde dahi mülkiyet hakkı sahibi tam olarak dışlanmamıştır. Söz konusu durumda hakkı satın alan yeni kiracı, eski hak sahibi ile satış konusunda anlaştığı bedel üzerinden bu bedelin yüzde ikisini aşmayacak bir miktarı (*laudemium*)¹⁰⁵ malike ödemek zorundadır¹⁰⁶. Bahsedilen tüm bu kurallara uyulmadan devrin gerçekleştirilmesi mümkün değildir¹⁰⁷.

¹⁰¹ Malikin örneğin ödeme gücü olmayan bir kiracıyı reddetmesinde olduğu gibi reddin haklı bir nedene dayanması gerekmektedir. **Johnston**, s. 343.

¹⁰² **Sögütlü**, Roma Özel Hukuku, s. 719. Söz konusu ön alım hakkına *ius protimiseos* adı verilmektedir. **De Colquhoun**, s. 57; **Sohm**, s. 349.

¹⁰³ **Girard**, s. 395; **Hunter**, s. 429. Ayrıca bkz. *Cod. Ius.* 4.66.3.2 “*Si quidem dominus hoc dare maluerit et tantam praestare quantitatem, quantam ipsa veritate emphyteuta ab alio accipere potest, ipsum dominum omnimodo haec comparare.*” : “Eğer malik bu bedeli bizzat kendisi ödemek isterse ve uzun süreli kira hakkı sahibine diğer kişiden elde edebileceği ücreti verirse satış mutlaka malike yapılmalıdır.”

¹⁰⁴ **Maynz**, s. 862. *Cod. Ius.* 4.66.3.3 “*Sin autem duorum mensuum spatium fuerit emensum et dominus hoc facere noluerit, licentia emphyteutae detur, ubi voluerit, et sine consensu domini suas meliorationes vendere...*” : “Fakat eğer bildirim yapıldıktan sonra iki aylık süre geçerse ve malik satın almayı reddederse uzun süreli kira hakkı sahibine yapılı, malikin rızası olmaksızın dilediği kişiye satabilmesine izin verilmiştir...”

¹⁰⁵ *Cod. Ius.* 4.66.3.4 “*...non amplius eis liceat pro subscriptione vel depositione nisi quinquagesimam partem pretii vel aestimationis loci, qui ad aliam personam transfertur, accipere.*” : “...[Malikler] rızalarına karşılık olarak kararlaştırılan ücretin veya şeyin değerinin ellide birinden (%2) fazlasını elde edemezler.”

¹⁰⁶ **Du Plessis**, J. Paul/**Borkowski**, J. A.: *Borkowski's Textbook on Roman Law*, 6th edn., Oxford University Press, Oxford 2015, s. 173; **Monier**, s. 447; **Mackeldey/Kaufmann**, s. 359; **Smith**, s. 458; **Daremborg/Saglio**, s. 605. Muhtemelen malikler tarafından rızanın verilmesi karşılığında fahiş bedeller istenmesi sonucu, rızanın verilmesine karşılık ödenen bir nevi imtiyaz bedeli olan *laudemium*'un satış miktarının yüzde ikisini aşamayacağı açık bir şekilde ifade edilmek istenmiştir. Bkz. *Cod. Ius.* 4.66.3.4

¹⁰⁷ **Johnston**, s. 343.

3. Hakkın Konusu Olan Arazi Üzerinde Üçüncü Kişiler Lehine Sınırlı Aynı Hak Tesis Edebilme

Emphyteusis kiracısının (*emphyteuta* veya *emphyteuticarius*) kullandığı arazi üzerinde üçüncü kişiler lehine sınırlı aynı hak tesis etmesi de mümkündür¹⁰⁸. Bu kapsamda *emphyteuta*, kendi hakkının devam ettiği süre boyunca üçüncü kişiler lehine arazi üzerinde taşınmaza ilişkin irtifak hakları ya da şahsi irtifak hakları tesis edebileceği gibi rehin hakkı kurma yetkisine de sahiptir¹⁰⁹. Ayrıca hak sahibi aynı arazi üzerinde bir başka kişiye uzun süreli kira hakkı da tesis edebilir¹¹⁰.

B. Kiracının Yükümlülükleri

Emphyteusis kiracısının sahip olduğu hakların yanı sıra malike karşı yerine getirmesi gereken çeşitli yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde uzun süreli kira hakkının sona ermesi söz konusu olabilir¹¹¹. Bu kapsamda arazi kiracısının malike karşı yerine getirmesi gereken yükümlülükleri dört başlık altında ele almak mümkündür.

1. Düzenli Olarak Kira Bedelinin Ödenmesi

Uzun süreli kira hakkı sahibinin yerine getirmesi gereken en temel yükümlülüklerin başında arazi malikine kira bedelinin ödenmesi gelmektedir¹¹². Nitekim *emphyteusis* sözleşmesinden kaynaklı olarak kiracının, kiralanan toprağın kullanım ve yararlanma yetkilerinden istifa edebilmesine karşılık olarak arazi malikine düzenli olarak aynı ya da nakdi nitelikteki bir kira bedelini ödemesi gerekmektedir¹¹³. Bu kapsamda malikin ödenecek kira bedeline tek başına karar verme yetkisi bulunmadığı için öncelikle taraflar,

¹⁰⁸ Hunter, s. 427; Rambaud, s. 289.

¹⁰⁹ Erdoğan, s. 116; Karadeniz Çelebican, Roma Eşya Hukuku, s. 275; Johnston, s. 342; Hunter, s. 427; Rambaud, s. 289; Maynz, s. 862; Mackeldej/Kaufmann, s. 358. Ayrıca bkz. Dig. 13.7.16.2.

¹¹⁰ Karadeniz Çelebican, Roma Eşya Hukuku, s. 275; Burdick, s. 376; Du Plessis/Borkowski, s. 173; Di Marzo, s. 319.

¹¹¹ Mackeldej/Kaufmann, s. 361.

¹¹² Kaser, s. 153. Kira hakkı sahibinin düzenli aralıklarla malike ödediği ücrete *vectigal*, *canon*, *pensio* veya *reditus* gibi isimler verilebilmektedir. Bagchi, s. 129; Johnston, s. 338, dn. 72.

¹¹³ Maynz, s. 862-863. Aksine bir düzenleme kararlaştırılmadığı sürece dini kuruluşlara ait arazilerinin kiralınmasında iki yıl, diğer araziler açısından ise üç yıl boyunca aralıksız olarak kira bedelinin ödenmemesi halinde kiracının tahliye edilmesi söz konusu olabilir. Lee, s. 174; Monier, s. 447; Bagchi, s. 131.

sözleşmenin kurulması sırasında bedel üzerinde bir uzlaşma sağlanmalıdır. Söz konusu kira bedeli, toprağın ürün verme potansiyeline veya arazinin ya da arazi üzerindeki yapıların mevcut durumuna göre değişebilmektedir¹¹⁴. Bu noktada arazi maliki, bedelin miktarını tek başına belirleyemeyeceği gibi belirlenen bedeli de tek taraflı olarak arttıramaz¹¹⁵. Buna karşılık bir kez bedel kararlaştırıldıktan sonra kiracının, hasat sezonunun kötü geçtiğini veya herhangi bir sebepten dolayı mahsulü almakta zorlandığını iddia edip kira bedelinden indirim istemesi de mümkün değildir¹¹⁶.

2. Kiralanan Arazinin İslah Edilmesi

İkinci olarak uzun süreli kira hakkı sahibi; toprağı iyi bir aile babasının özeni ile kullanmalı, işlemeli bir diğer ifadeyle daima araziyi ıslah ederek verimli hale getirmeye çabalamalıdır¹¹⁷. Nitekim *emphyteusis*'in Roma hukukunda kabul edilmiş olan diğer uzun süreli kira yöntemlerinden en önemli farkı da arazinin ıslah edilmesi yükümlülüğünün kiracıya yüklenmesi noktasında karşımıza çıkmaktadır¹¹⁸. Bu kapsamda kiracının araziye uzun süre terk etmeksizin zirai faaliyette bulunması, toprağın verimsizleşmesini engelleyecek tedbirleri alması, gerektiğinde tahıl ambarı, ahır ya da barınak gibi yapıları inşa etmesi gerekmektedir¹¹⁹. Aynı zamanda kiracı, toprağa zarar verecek davranışlardan da kaçınmalıdır¹²⁰. Kiracının, kiraladığı araziye kendi kusuruyla zarar vermesi halinde ise hakkın sona ermesi söz konusu olabilecektir¹²¹.

3. Kamusal Yükümlülüklerin Yerine Getirilmesi

Neredeyse arazi üzerinde malik ile eşdeğer yetkilere sahip olan ve bazı kaynaklarda *quasi dominus* (malik benzeri) olarak nitelendirilen *emphyteuta*, arazi üzerinden alınan çeşitli vergileri de ödemek ve bu vergilerin ödendiğine dair bir belgeyi (*apochae*) malike teslim etmek zorundadır¹²². Fakat

¹¹⁴ Bkz. *Nov.* 120.1.2.

¹¹⁵ **Hunter**, s. 428.

¹¹⁶ **Johnston**, s. 338-339. Bkz. *Cod. Ius.* 4.66.1.

¹¹⁷ **Le Halleur**, s. 66; **Mackeldey/Kaufmann**, s. 359; **De Colquhoun**, s. 52; **Maynz**, s. 862; **Lee**, s. 174.

¹¹⁸ **Maynz**, s. 862; **Beaudouin**, s. 547; **Girard**, s. 394.

¹¹⁹ **Beaudouin**, s. 546; **Bagchi**, s. 129.

¹²⁰ **Honig**, s. 211.

¹²¹ **De Colquhoun**, s. 52.

¹²² **Gonnet**, s. 76; **Rambaud**, s. 289; **Johnston**, s. 340. Arazi üzerinden alınan dolaylı ve dolaysız vergiler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Humbert**, Gustave: *Essai sur les finances et la comptabilité publique chez les Romains*, Vol. I, Ernest Hisvin, Paris 1886.

arazi vergisinin ödendiğine dair belgenin, malike hangi koşullarda ve ne sıklıkla teslim edilmesi gerektiği gibi hususlar taraflar arasında yapılacak olan anlaşmada kararlaştırılabilir¹²³. Eğer aralarında bir anlaşma yoksa üç yıl boyunca vergileri ödemeyen veya ödemesine rağmen ödendiğine dair belgeleri (*apochae*) malike teslim etmeyen kişiler, malik tarafından araziden tahliye edilebilir¹²⁴.

Cod. Ius. 4.66.2

“...*Sin autem nihil super hoc capitulo fuerit pactum, sed per totum triennium neque pecunias solverit neque apochas domino tributorum reddiderit, volenti ei licere eum a praediis emphyteuticariis repellere...*”

“...Ortada bedelin ödenmemesi veya belgenin verilmemesi durumunda ne olacağı ile ilgili bir anlaşmanın olmadığı durumlarda kiracı, kirasını üç yıl boyunca ödemez veya vergi borçlarını ödemediğine dair belgeleri üç yıl boyunca malike teslim etmezse bu durumda malik onu arazisinden çıkarabilir...”

4. Satış Yoluyla Hakkın Devrine Karar Verilmesi Halinde Malike Bildirimde Bulunması

Kiracının son yükümlülüğü ise hakkını satış yoluyla bir başkasına devrederken malike bunu bildirmek zorunda olmasıdır¹²⁵. Malik bu bildirim üzerine iki ay içerisinde kullanılabilecek bir ön alım hakkına sahiptir¹²⁶. Bu noktada malikin ön alım hakkını kullanmasına imkân tanımadan uzun süreli kiracının, hakkını üçüncü bir kişiye satması kiracının hakkı açısından bir sona erme sebebi teşkil etmektedir¹²⁷.

¹²³ *Cod. Ius.* 4.66.2. “*In emphyteuticariis contractibus sancimus, si quidem aliae pactiones in emphyteuticis instrumentis fuerint conscriptae, easdem et in aliis omnibus capitulis observari et de reiectione eius, qui emphyteusin suscepit, si solitam pensionem vel publicarum functionum apochas non praestiterit.*” : “*Contractus emphyteuticarius*’a istinaden ilan ederiz ki, eğer taraflar arasında yazılı bir anlaşma yapıldıysa anlaşmadaki tüm hükümlere uyulmak zorundadır. Bu duruma kira hakkı sahibinin, kira bedelini ödememesi ya da kamu yükümlülüklerinden doğan vergi borçlarını ödemediğini gösteren bir belgeyi (*apochae*) malike vermemesi halinde tahliye edilip edilemeyeceğinin kararlaştırılması da dâhildir.”

¹²⁴ **Hunter**, s. 428.

¹²⁵ **Lee**, s. 174; **Rambaud**, s. 289.

¹²⁶ **Maynz**, s. 862.

¹²⁷ **Burdick**, s. 376; **Mackeldey/Kaufmann**, s. 361.

IV. IUS EMPHYTEUSIS'İN KORUNMASI VE HAKKIN SONA ERME SEBEPLERİ

A. *Ius Emphyteusis*'in Korunması

Roma hukuku açısından *emphyteusis*'in uygulama alanı bulmasından önce uzun süreli kira hakkı olarak *ius in agri vectigali* ve *ius perpetuum* adı verilen hakların uygulamada mevcut olduğu bilinmektedir¹²⁸. Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nden önce bu haklar çok uzun süreler için kurulmaları ve devir ile intikallerine de imkân sağlanması sebebiyle aynı hak olarak ele alınmaya başlanmış ve bu kapsamda hak sahiplerine malik ile benzer bir şekilde koruma sağlayan *actio vectigalis in rem* adı verilen aynı dava tanınmıştır¹²⁹. Zaman içerisinde uzun süreli kira hakkının daimi şekilde tesis edilmesinin genel uygulama haline gelmesiyle birlikte *ius in agri vectigali* ile *ius perpetuum* aynı hukuki durumu ifade etmek için kullanılmış ve *ius in agri vectigali* kelimesinin kullanımı tamamen terk edilerek yalnızca *ius perpetuum* terimi tercih edilmeye başlanmıştır¹³⁰. Ancak M.S. 4. yüzyıl itibariyle tarım alanında yaşanan sorunların artmasıyla birlikte uzun zamandır Yunan hukukunda tercih edilen bir yöntem olan *emphyteusis*'e başvurulmuş ve Roma hukukunda hak sahibine, arazinin ıslah edilmesi veya devamlı olarak bir ekonomik faaliyette bulunulması yükümlülüklerinin getirildiği yeni bir hak ortaya çıkmıştır¹³¹. Bu hakkın Roma hukukunda kabulüyle birlikte *ius in agri vectigali* ya da *ius perpetuum* hakkı sahibine tanınan *actio vectigalis in rem* adındaki davanın *emphyteusis* hakkı sahibine de tanındığı görülmektedir¹³². *Emphyteusis* hakkını korumak için kiracıya tanınan bu davaya *rei vindicatio utilis*¹³³ de denilmektedir¹³⁴. Bu dava kiracının malik

¹²⁸ Mousourakis, s. 175; Petit, s. 249.

¹²⁹ Petit, s. 248; May, s. 213; Umur, Lügat, s. 15. Bkz. *Dig.* 6.3.1.1 (*Paulus 21 ad edictum*) “*Qui in perpetuum fundum fruentum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed et adversus ipsos municipes.*” : “*Municipium*'dan daimi olarak (*in perpetuum*) toprak kiralayan kişiler, her ne kadar malik olmasalar da arazideki zilyetlikleri ihlâl edilirse, zilyetliği ihlâl eden *municipium*'un kendisi dahi olsa, zilyetliği ihlâl eden herkese karşı aynı dava açma (*in rem actionem*) hakkına sahiptirler.”

¹³⁰ Johnston, s. 325-326; Burdick, s. 376; Monier, s. 446.

¹³¹ Petit, s. 249.

¹³² Bagchi, s. 130.

¹³³ *Emphyteusis* hakkı sahibine, *actiones utiles* yoluyla arazi malikinin sahip olduğu neredeyse tüm koruma araçları tanınmıştır. *Actiones utiles* kavramı, gerek *praetor* gerekse imparatorlar tarafından *Ius Civile* tarafından kabul edilmeyen bazı durumlarda ihlâl edilen hukuki durumun korunmasına imkân sağlamak amacıyla kıyas yoluyla oluşturulmuş dava türlerini ifade etmektedir. Bu kapsamda malikin *Ius Civile*'ye göre sahip

veya herhangi bir üçüncü kişi tarafından araziden haksız bir şekilde tahliye edilmesi ya da girişinin engellenmesi halinde müdahalede bulunan herkese karşı açılabilir¹³⁵.

Arazinin, kiracının fiilen egemenlik alanından çıkmasa da üçüncü kişiler tarafından çeşitli müdahalelere maruz kalabilmesi mümkündür. Bu halde söz konusu araziye fiili olarak el konulmamakta fakat uzun süreli kira hakkı sahibinin, araziye olması gerektiği gibi kullanması ya da yararlanması kısıtlanmakta, engellenmekte veya zorlaştırılmaktadır¹³⁶. Uzun süreli kira sahibi bu şekilde üçüncü şahıslar tarafından gerçekleştirilebilecek müdahalelere karşı el atmanın önlenmesi niteliğinde olan *actio negatoria (utilis)*¹³⁷ davasına da başvurabilir¹³⁸. Ayrıca kira hakkı sahibinin, malike *actio confessoria utilis*¹³⁹ ve eğer iyi niyetliyse *actio Publicana in rem*¹⁴⁰ davalarını açması da mümkündür¹⁴¹.

olduğu istihkak davası olan *rei vindicatio* hakkaniyet prensibi gereğince ve kıyas (*utilis*) yoluyla uzun süreli kira hakkı sahibine de tanınmıştır. Bkz. **Ayiter/Koschaker**, s. 175-176; **Umur**, Lügat, s. 179; **Berger**, s. 347; **Girard**, s. 394; **Di Marzo**, s. 319. Ayrıca bkz. *Dig. 8.1.16 (Iulianus 49 digestorum)* “*Ei, qui pignori fundum accepit, non est iniquum utilem petitionem servitutis dari, sicuti ipsius fundi utilis petitio dabitur; idem servari convenit et in eo, ad quem vectigalis fundus pertinet.*” : “Bir taşınmazı rehin olarak elinde bulunduran kişinin, taşınmazın kendisini korumak için *utilis* yoluyla dava açabilecek olması gibi, bir kişinin taşınmaza ait olan irtifakı koruyabilmek için de bu davayı açmasına izin verilmesi mantıksız değildir. Aynı kural kamu arazisini *vectigal* ödeyerek uzun sürelerle kiralayan kişilere de uygulanır.”

¹³⁴ **Mackeldey/Kaufmann**, s. 359; **Sevimli**, s. 99; **Lee**, s. 173; **Du Plessis/Borkowski**, s. 175; **Hunter**, s. 429.

¹³⁵ **De Colquhoun**, s. 65; **May**, s. 213; **Rambaud**, s. 289.

¹³⁶ **Karadeniz Çelebican**, Roma Eşya Hukuku, s. 218.

¹³⁷ **Umur**, Lügat, s. 14; **Berger**, s. 343; **Karadeniz Çelebican**, Roma Eşya Hukuku, s. 275. Klasik Hukuk Dönemi'nde yalnızca kendisini irtifak hakkı sahibi sayan ancak gerçekte hak sahibi olmayan kişilere açılabilen bu davanın kapsamı Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nden itibaren genişleyerek günümüzdeki el atmanın önlenmesi davasına dönüşmüştür. **Ayiter/Koschaker**, s. 165.

¹³⁸ **Sohm**, s. 349; **Johnston**, s. 342.

¹³⁹ *Emphyteusis, superficies* ile rehin haklarını korumak üzere tanınan ve *actio confessoria*'ya benzetilerek açılan bu dava, kira hakkı sahibine arazi üzerinde aynı zamanda bir irtifak hakkına sahip olması ve bu hakkının ihlâl edilmesi halinde tanınmıştır. **Umur**, Lügat, s. 18; **Sohm**, s. 349; **Girard**, s. 394.

¹⁴⁰ *Actio Publicana in rem* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Karadeniz Çelebican**, Roma Eşya Hukuku, s. 220-221.

¹⁴¹ **Mears**, Thomas Lambert: Analysis of M. Ortolan's Institutes of Justinian, Including the History and Generalization of Roman Law, The Lawbook Exchange, Ltd., New Jersey 2008, s. 284; **Sohm**, s. 349; **Hunter**, s. 429; **Johnston**, s. 342.

Uzun süreli kira hakkı sahibine bu imkânların dışında yine malike ait diğer davalar olan *actio aquae pluviae arcendae* (yağmur sularını çevirmeye ilişkin dava), *actio finium regundorum* (hudutların tanzimi davası) ve *actio arborum furtim caesarum* (kesilmiş ve çalınmış ağaçların davası) gibi davaları açma hakkı da tanınmıştır¹⁴². Son olarak kiracı ve malik arasında kararlaştırılan *emphyteusis* sözleşmesinin ihlâl edilmesi durumunda her iki tarafın da birbirinden taleplerde bulunabileceği bir şahsi dava olan *actio emphyteuticaria*'ya başvurulabilmesi de mümkündür¹⁴³.

Tüm bu davaların dışında uzun süreli kira hakkı sahibine ayrıca zilyetliğin korunması yolu olan *interdictum*'lardan yararlanabilmesine izin verilmiştir¹⁴⁴. Aslında bu koruma imkânından sadece malı kendi mülkü gibi elinde bulunduran kişilerin (*animus rem sibi habendi*) yararlanması kabul edilmişken, bazı istisnai durumlarda zilyede, malı başkası için elinde bulundursa dahi *praetor*'lar tarafından *interdictum* yoluyla koruma sağlanmıştır¹⁴⁵. Bu istisnai hallerden biri de uzun süreli kira hakkı sahibinin durumudur. Nitekim uzun süreli kira hakkı sahibinin malı başkası adına elinde bulundurma niyeti (*animus rem alteri habendi*) olmasına rağmen *praetor*'lar, bu hak sahiplerine malı kendi mülkü gibi elinde bulunduran zilyetlere benzer olarak, *interdictum* 'lardan faydalanma imkânı tanımışlardır¹⁴⁶.

B. *Ius Emphyteusis*'i Sona Erdiren Sebepler

1. Hakkın Konusu Olan Arazinin Yok Olması

Emphyteusis, ilk olarak arazinin, toprak ya da su altında kalması, farklı kavimlerin eline geçmesi veya herhangi bir sebeple tamamen yok olması

¹⁴² **Umur**, Roma Eşya Hukuku, s. 118; **Rambaud**, s. 291; **Johnston**, s. 343. Fakat kira hakkı sahibinin bu davaları açabilmesi, kira ücretini düzenli olarak ödemesi şartına bağlıdır. Bkz. *Dig.* 6.3.1.2.

¹⁴³ **Mears**, s. 284; **De Colquhoun**, s. 414; **Leapingwell**, George: A Manual of the Roman Civil Law, Bell&Daldy, Cambridge 1859, s. 279.

¹⁴⁴ **Ayiter/Koschaker**, s. 125; **Girard**, s. 394; **Maynz**, s. 862; **Lee**, s. 174.

¹⁴⁵ **Karadeniz Çelebican**, Roma Eşya Hukuku, s. 101-102; **Erdoğan**, s. 19; **Mousourakis**, s. 160. Malı hukuka uygun bir biçimde elinde bulunduran her kişiye *interdictum* imkânının tanınmaması, Roma hukukunda zilyetlik (*possessio*) ve vazül-yetliğin (*detentio*) farklı hukuki sonuçlara bağlanmasından kaynaklanmaktadır. Çağdaş hukuklarda ise zilyetlik, *possessio* ve *detentio* kurumlarının her ikisini birden kapsamaktadır. **Uçaryılmaz**, Talya Şans: "Conventio Pignoris ve Rehin Hakkının In Rem Niteliği", HÜHFD, C. 11, S. 1, 2020, s. 323, dn. 40; **Umur**, Lügat, s. 57; **Söğütü**, Roma Özel Hukuku, s. 643; **Honig**, s. 319.

¹⁴⁶ **Karadeniz Çelebican**, Roma Eşya Hukuku, s. 103; **May**, s. 213; **Sohm**, s. 350.

(*interitus rei*) ile birlikte kendiliğinden (*ipso iure*) sona erer¹⁴⁷. Bu konuda aksine herhangi bir anlaşma yoksa malın tamamen yok olması halinde hasarın, arazi malikine ait olacağı kabul edildiği için malikin kira bedelini talep etmesi mümkün değildir¹⁴⁸. Ancak kira hakkı sahibinin kusuru olmadan malın kısmen zarar görmesi halinde hak sona ermez. Bu durumda hasar, aksine bir anlaşma yoksa kira hakkı sahibine aittir¹⁴⁹.

2. Zamanaşımı Sürelerinin Geçmesi

Otuz yıl boyunca kira bedelinin ödenmemesi halinde *usucapio libertatis* yoluyla hak sahibinin kira hakkı *ipso iure* bir şekilde sona erer¹⁵⁰. Bu noktada otuz yıl boyunca kira bedelinin ödenmemesi, kazandırıcı zamanaşımının tersine, hakkın malik lehine sona ermesine sebep olmaktadır. Ancak diğer taraftan belirli bir zamanaşımı süresinin geçmesi ile uzun süreli kira hakkı sahibinin arazinin mülkiyetini elde etmesine izin verilmemiştir¹⁵¹. Dolayısıyla malikin kira bedelinin ödenmesini talep etme hakkı otuz yıl boyunca kira bedelinin talep edilmemesiyle birlikte sona ermemektedir.

3. Kiracı ile Malik Sıfatlarının Aynı Kişide Birleşmesi

Bir arazi üzerinde uzun süreli kira hakkına sahip olan kişinin o malın çıplak mülkiyetini de (*nuda proprietas*) iktisap etmesi durumunda kiracı ve

¹⁴⁷ Buckland, s. 275; De Colquhoun, s. 64; Le Halleur, s. 93; Bagchi, s. 131; Gonnet, s. 81; Du Plessis/Borkowski, s. 173.

¹⁴⁸ Erdoğmuş, s. 116; Di Marzo, s. 318-319.

¹⁴⁹ Cod. Ius. 4.66.1. "...sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundale periculum, sin particularis, ad emphyteuticarium huiusmodi damnum venire; quo iure utimur." : "...Ancak hasara (*periculum*) ilişkin bir anlaşma yapılmamışsa, malın tamamen telef olması halinde bu hasar malike yüklenecek; kısmî telef halinde ise hasar, *emphyteusis* kiracısına ait olacaktır."

¹⁵⁰ Hunter, s. 428; Mackeldey/Kaufmann, s. 361; Lozano Corbí, s. 421. Ayrıca bkz. Cod. Ius. 7.39.3.

¹⁵¹ De Colquhoun, s. 64; Le Halleur, s. 93. Cod. Ius. 7.39.7.7 "Nulla scilicet danda licentia vel ei, qui iure emphyteutico rem aliquam per quadraginta vel quoscumque alios annos detinuerit, dicendi ex transacto tempore dominium sibi in isdem rebus quaesitum esse, cum in eodem statu semper manere datas iure emphyteutico res oporteat, vel conductori seu procuratori rerum alienarum dicendi ex quocumque temporum curriculo non debere se domino volenti post completa conductionis tempora possessionem recipere eam reddere." : "Ancak araziyi kırk yıl veya daha uzun bir süre boyunca *emphyteusis*'e dayanarak elinde bulunduran herhangi bir kişi, aradan geçen zamana dayanarak malın mülkiyetini elde edemez. Nitekim nihayetinde bir başkasının işini gören kiracı veya temsilcisinin gerektiğinde malı malike iade etmek yükümlülüğü bulunduğu için aradan zaman geçmesi, mülkiyet durumunda herhangi bir değişikliğe sebep olmaz."

malik sıfatlarının birleşmesi sonucunda (*confusio*) hak sona ermektedir. Bu durum malik ile kiracı arasındaki bir sözleşmesel ilişkiye dayanabileceği gibi ölüme bağlı bir tasarrufla da gerçekleşebilir¹⁵².

4. Kira Bedelinin Belirli Süreler Boyunca Ödenmemesi

Taraflar arasında başkaca bir düzenleme olmadıkça *emphyteusis* kiracısının, hakkın konusu olan arazinin dini kuruluşlara ait olduğu durumlarda iki yıl, diğer tüm hallerde ise üç yıl boyunca aralıksız olarak kira bedelini ödememesi halinde hakkı sona ermektedir¹⁵³. Ancak bu halde hak, *ipso iure* değil; fakat malikin, kiracısının yükümlülüklerini yerine getirmemesi sebebiyle açacağı bir dava sonucu tahliyesine karar verilmesi halinde sona ermektedir¹⁵⁴.

Nov. 120.8.

“*Si vero quis aut locator aut emphyteosa alicuius rei competentis aut sanctissimae maiori ecclesiae aut alteri venerabili domui in quolibet loco nostrae reipublicae constitutae aut deteriore faciat rem, quam [quod] aut accepit aut post haec acceperit, aut per biennium non intulerit quod ab eo promissum est emphyteoticum aut locationis canonem, damus licentiam venerabili domui, ex qua locatio aut emphyteosis facta, est, et quae debentur sola pro praecedenti tempore et antiquum statum locatae sive emphyteoticae rei exigi et eici de emphyteosi sive locatione, non valente de emponematis actionem aliquam contra venerabiles domos movere.*”

“Kutsal kiliseye bağlı veya imparatorluğumuz içinde bulunan herhangi bir dini kuruluşun topraklarında kiracı (*locator*) olan veya uzun süreli kira hakkı bulunan (*emphyteuta*) kişinin araziye yerleşmesine izin verildikten sonra, bu kişi toprağın durumunu kötüleştirirse veya iki yıl boyunca kira bedelini ödemez ya da diğer söz verdiklerini yerine getirmezse, bu emirname hükümlerine göre *emphyteusis* veya olağan kira sözleşmesi yapmış olan dini kuruluşta, mülkü bunlardan arındırıp eski hale getirmesine ve *emphyteuta* yı da *locator*'u da tahliye etmesine izin veriyoruz. Ayrıca bu kişiler, dini kuruluşlardan, yaptıkları toprak ıslahından dolayı herhangi bir talepte de bulunamazlar.”

Arazi malikinin sırf bu hükümlere dayanarak bile bile kiracısının ödemesini üç sene boyunca kabul etmeyerek onu tahliye etmeye çalışmasına

¹⁵² De Colquhoun, s. 64; Rambaud, s. 292.

¹⁵³ Buckland, s. 275; Gonnet, s. 82-83; Burdick, s. 376; Rambaud, s. 292; Sohm, s. 349; Hunter, s. 428; Mackenzie, s. 185.

¹⁵⁴ Mackeldey/Kaufmann, s. 360-361.

izin verilmemiştir¹⁵⁵. Bu bağlamda malik, açık veya örtülü bir biçimde kira bedelini kabul etmediyse veya karşılaştırılan bedel yerine bir ikame aldıysa hakkın sona ermesi için herhangi bir sebep yoktur¹⁵⁶.

5. Kamusal Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesi

Uzun süreli kira hakkı sahibinin (*emphyteuta*) hakkı, arazi vergisinin ödenmesinde olduğu gibi çeşitli kamu yükümlülüklerini üç sene boyunca yerine getirmezse veya yerine getirdiğini gösteren bir belgeyi (*apochae*) üç sene boyunca malike vermezse sona erebilir¹⁵⁷.

Cod. Ius. 4.66.2.pr.

“...qui emphyteusin suscipit, si solitam pensionem vel publicarum functionum apochas non praestiterit. Sin autem nihil super hoc capitulo fuerit pactum, sed per totum triennium neque pecunias solverit neque apochas domino tributorum reddiderit, volenti ei licere eum a praediis emphyteuticariis repellere.”

“...Eğer kiracı, kamu yükümlülüklerinden doğan vergi borçlarını ödemediğini gösteren bir belgeyi (*apochae*) malike vermezse de tahliyesi mümkündür. Ortada kiranın ödenmemesi veya belgenin verilmemesi durumunda ne olacağı ile ilgili bir anlaşmanın olmadığı durumlarda kiracı, kirasını üç yıl boyunca ödemezse veya belgeleri üç yıl boyunca malike vermezse bu durumda malik onu arsasından çıkarabilir.”

6. Arazinin İslah Edilmemesi veya Durumunun Kötüleştirmesi

Emphyteusis'e özgü bir sona erme çeşidi olarak toprağın ıslah edilmemesi veya durumunun kötüleştirilmesi sonucunda söz verilenin yerine getirilmemesi sebebiyle hakkın sona erebileceği kabul edilmiştir¹⁵⁸. Nitekim bu durum *emphyteusis* kiracısının hiç işlenmemiş veya kötü işlenmiş olan bir

¹⁵⁵ *Cod. Ius.* 4.66.2.2 “Ne autem ex hac causa dominis facultas oriatur emphyteutas suos repellere et reditum minime velle suscipere, ut ex huiusmodi machinatione triennio elapso suo iure is qui emphyteusin suscipit cadat, licentiam ei concedimus attestatione praemissa pecunias offere hisque obsignatis et secundum legem depositis minime deiectionis timere periculum.” : “Bununla birlikte arsanın maliki, hileli olarak kiracısını tahliye etmek amacıyla kira ücretini almayı kabul etmezse ve bu şekilde üç yıllık süre geçirilirse, malik tahliye hükümlerinden yararlanamayacaktır. Böyle bir durumda kiracıya, tanıkların huzurunda ücreti sunmasına, mühürlemesine ve kanunun gösterdiği yere tevdi etmesine izin veririz; bundan sonra tahliye için endişelenmesine bir sebep yoktur.”

¹⁵⁶ Mackeldey/Kaufmann, s. 360.

¹⁵⁷ Mainz, s. 866; Hunter, s. 428; Kaser, s. 153; Leage/Prichard, s. 219.

¹⁵⁸ Mackeldey/Kaufmann, s. 361; Rambaud, s. 292.

toprağın ıslah edilmesi ve iyileştirilmesi yükümlülüğü altında olmasından kaynaklanmaktadır¹⁵⁹.

7. Satış Yoluyla Devir Halinde Malike Bildirimde Bulunulmaması

Emphyteusis kiracısının hakkını, üçüncü bir kişiye satmaya karar vermesi halinde malike durumu bildirmeden devri gerçekleştirmesi ve bu şekilde kişinin, bildirimden itibaren iki ay içerisinde başvurabileceği ön alım hakkını kullanamamasına sebep olmasıyla birlikte hakkın sona ermesi mümkündür¹⁶⁰. Malike haber vermeden yapılan bu devir, hak sahibinin araziden tahliye edilmesinde haklı bir sebep oluşturmaktadır¹⁶¹.

8. Diğer Sebepler

Ius emphyteusis, uzun süreli kira hakkı sahibinin ölmesi halinde herhangi bir varisi yoksa son bulur¹⁶². *Emphyteusis*'in bir süreye bağlı olarak kurulması halinde sürenin bitimiyle de hak sona erer¹⁶³. Son olarak hak, tarafların karşılıklı olarak anlaşmasıyla da sona erebilir¹⁶⁴.

SONUÇ

Roma hukukunda uzun süreli kira hakkının ilk örneğini *ius in agri vectigali* oluşturmaktadır. Bu hakkın üçüncü kişilere tanınmasındaki en temel amaç, Roma devletine (*civitas*), *municipium*'lara ya da *colonia*'lara ait olan İtalya yarımadasındaki ekilebilir nitelikteki kamu arazilerinin *vectigal* adındaki bir bedel ile özel kişilere kiralanması suretiyle tarımın geliştirilmesi ve devlete finansman kaynağı oluşturulmasıdır. İlk dönemlerde yalnızca beş yıl süreyle sınırlı olarak kurulabilen söz konusu hakkın, devlet ile özel kişiler arasında yapılan bir tür *locatio conductio* sözleşmesine dayandığı kabul edilmiş ve hak sahibine, araziye haksız bir müdahale olması halinde yalnızca malike karşı açılacak şahsi nitelikte bir *actio* tanınmıştır. Ancak M.S. 1. yüzyıldan itibaren kamu arazilerinin 100 yıl ve daha uzun süreler için kiralanmasının da oldukça yaygın bir hale gelmesi ve bu hakkın devir ile

¹⁵⁹ Johnston, s. 343. Ayrıca bkz. Nov. 120.8.

¹⁶⁰ Karadeniz Çelebican, Roma Eşya Hukuku, s. 275-276; De Colquhoun, s. 65; Kaser, s. 153; Sohm, s. 349.

¹⁶¹ Mackeldey/Kaufmann, s. 361; Rambaud, s. 292; Hunter, s. 428.

¹⁶² Smith, s. 379; Bagchi, s. 131; Mackeldey/Kaufmann, s. 361, Gonnet, s. 82.

¹⁶³ Mackeldey/Kaufmann, s. 360; Du Plessis/Borkowski, s.173.

¹⁶⁴ Mainz, s. 866; Bagchi, s. 131; Rambaud, 292; Mackenzie, s. 185. Kiracının tek taraflı olarak haktan vazgeçmesi halinde de *emphyteusis*'in sona erip ermeyeceği konusu tartışmalıdır. Bu konuda bkz. Gonnet, s. 81-82.

intikaline de izin verilmesi sonucu *ius in agri vectigali*'nin hukuki niteliği üzerinde tartışmalar başlamıştır. Bu tartışmalar sonucunda kira hakkı sahibine bir ayni dava (*actiones in rem*) açabilme imkânının tanınmasıyla birlikte hakkın artık bir şahsi hak olarak değil; fakat sınırlı bir ayni hak olarak ele alındığı görülmektedir.

Zaman içerisinde kamu arazilerinin beş seneye ve hatta yüz seneye sınırlı bir şekilde kiralanması durumu uygulamada azalmış ve kira bedeli, kiracı ya da mirasçılar tarafından düzenli olarak ödendiği sürece kişinin araziden çıkarılmaması gerektiğine karar verilmiştir. Bu şekilde tek taraflı olarak sona erdirilemeyen ve kısıtlanmasına dahi imparatorluk emirnameleri dışında izin verilmeyen *ius perpetuum* adı altında yeni bir uzun süreli kira yöntemi ortaya çıkmıştır. Fakat bu *ius perpetuum* zaman içerisinde suistimal edilmiş, malik olan idare de hak sahibi kiracıları, toprağı hiç işlemese veya kötü işlese dahi araziden çıkaramamıştır. Ayrıca M.S. 3. yüzyılda yaşanmış olan büyük ekonomik kriz, siyasi çalkantılar, ürün kıtlığı ve sınır bölgelerindeki tarım arazilerinin terk edilmesi sonucu Roma ekonomisinin en temel taşı olan tarımın zarar görmesi üzerine insanları tarıma ve toprağı işlemeye teşvik edebilecek farklı yöntemler aranmaya başlanmıştır. Tüm bu sorunlara çözüm olması amacıyla Romalılar, evvelden beri Yunan hukukunda mevcut olan bir uzun süreli kira yöntemine başvurmuş ve kamuya ait işlenmemiş ya da kötü işlenmiş arazilerinin ıslah edilebilmesini kiracıya bir yükümlülük olarak getiren *emphyteusis*, Roma hukukuna adapte edilmiştir.

Emphyteusis kiracısının, malike tanınan birçok ayni davadan *utilis* yoluyla istifade edebilmesine izin verilmiş olup zilyetlik *interdictum*'larından istifade edebilmesine de imkân sağlanmıştır. İmparator *Zeno* döneminde çıkarılan bir emirname ile *emphyteusis*'in bir alım satım ya da kira sözleşmesine dayanmadığı fakat gücünü *sui generis* nitelikte ayrı bir *contractus*'tan aldığı ifade edilmiştir. *Contractus emphyteuticarius* olarak da adlandırılan ve bir sınırlı ayni hakkın doğmasına imkân sağlayan bu sözleşme, kanaatimizce yalnızca taraf iradelerinin uyuşmasıyla kurulabilen *sui generis* bir sözleşme olarak ele alınmalıdır. *Emphyteusis*'in sözleşmesel bir ilişki dışında ölüme bağlı tasarruflar, zamanaşımı veya *adiudicatio* ile kurulabilmesi de mümkündür.

Uzun süreli kiracının bazı sınırlamalar haricinde neredeyse malik ile eşdeğer derecede geniş hak ve yetkileri bulunmaktadır. İlk olarak uzun süreli kira hakkı sahibi, hakkı devam ettiği süre boyunca toprağı kullanma (*usus*) ve yararlanma (*fructus*) yetkilerine sahiptir. Kiracıya, *emphyteusis* kapsamında tanınan bir diğer yetki hakkın, sağlararası bir işlemle devredilebilmesi ve ölüm halinde mirasçılara intikal edebilmesine izin verilmesi noktasında

karşımıza çıkmaktadır. Son olarak kira hakkı sahibi, arazi üzerinde üçüncü kişiler lehine taşınmaza ilişkin irtifak hakları ya da şahsi irtifaklar tesis edebileceği gibi rehin hakkı ya da bir başka kişiye uzun süreli kira hakkı da tesis edebilir.

Emphyteusis kiracısının sahip olduğu hakların yanı sıra malike karşı yerine getirmesi gereken çeşitli yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bu kapsamda kiracı açısından taraflar arasında öngörülen kira bedelinin düzenli aralıklarla ödenmesi, arazinin ıslah edilerek iyileştirilmesi, araziden kaynaklanan kamusal yükümlülüklerin yerine getirilmesi ve satış yoluyla hakkın devrine karar verilmesi halinde malike ön alım hakkını kullanabilmesi amacıyla bildirimde bulunulması gerekmektedir. Bu yükümlülükler uyulmaması halinde hakkın sona ermesi söz konusu olabilmektedir. Ayrıca hakkın konusu olan arazinin yok olması, zamanaşımı sürelerinin geçmesi, kiracı ile malik sıfatlarının aynı kişide birleşmesi, tarafların anlaşması ya da hakkın bir süreye bağlı olarak kurulması halinde sürenin dolması da *ius emphyteusis*'in sona erme sebepleri arasındadır.

Emphyteusis'in Roma İmparatorluğunun yıkılması ile birlikte feodalizmin hâkim olduğu Orta Çağ Avrupa'sında da benzer şekilde uygulama alanı bulduğu görülmektedir¹⁶⁵. *Emphyteusis*'in Avrupa'da çağlar boyunca uygulanmaya devam etmesi, günümüz çağdaş hukuklarına kadar hakkın varlığını sürdürebilmesini sağlamıştır. Bu kapsamda her ne kadar *numerus clausus* prensibi gereğince Türk hukukunda *emphyteusis* ya da uzun süreli kira hakkı adı altında bir sınırlı aynı hak türü mevcut olmasa da Roma hukukunda düzenlendiği şekliyle *ius emphyteusis*, farklı ülkelerin çağdaş hukuklarındaki uzun süreli kira hakkı ile ilgili düzenlemelere esin kaynağı olmuştur¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Umur, Roma Eşya Hukuku, s. 154; Gonnet, s. 8; Johnston, s. 335-344.

¹⁶⁶ Kanada (*emphyteutic lease*), İtalya (*enfiteusi*), Fransa (*bail emphytéotique*), Japonya (*eidai shakuchiken*), Hollanda (*erfpacht*) ve Belçika (*erfpacht*) gibi birçok ülkenin çağdaş hukuk metinlerinde uzun süreli kira hakkı, Roma hukukundaki *ius emphyteusis*'e benzer şekilde, devredilebilen ve intikali mümkün olan sınırlı bir aynı hak olarak ele alınmıştır. Çağdaş hukuklardaki ilgili düzenlemelerde devletin veya özel kişilerin arazi-sinde düzenli olarak kira bedelinin ödenmesi ve toprağın ıslah edilmesi koşuluyla arazinin kullanım ile yararlanma yetkilerinin bir başkasına devredilmesine izin verilmiştir. Bazı ülkelerde hakkın kurulabileceği asgari ve azami sürelerin de kanun koyucu tarafından açık bir şekilde düzenlendiği görülmektedir. Nitekim uzun süreli kira hakkı, Fransa'da minimum 18, maksimum 99; Belçika'da minimum 27, maksimum 99 yıl için kurulabilmektedir. Hollanda da ise hakkın belirli bir süreye bağlı olarak (*erfpacht voor bepaalde tijd*) ya da herhangi bir süre sınırlaması olmaksızın (*voortdurende erfpacht*) kurulabilmesi imkân dâhilindedir. Birçok ülkede Roma hukukuna benzer şekilde uzun süreli kira hakkı sahibine aynı davalar tanınmış ve 2 veya 3 yıl süreyle kira bedelinin

KAYNAKÇA

- Agudo Ruiz**, Alfonso: “La adquisición del tesoro en época clásica en Derecho Romano”, Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja, No. 11, 2013, s. 7-33.
- Atilla**, Baykal Deniz: Akdeniz’de Roma Devlet Arazilerinin (Ager Publicus) Dağıtım ve Organizasyon Sistemi, Akdeniz Uygarlıkları Araştırma Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya 2018.
- Avotins**, Ivars: “On the Greek Vocabulary of the Digest”, Glotta, Vol. 60, No. 3/4, 1982, s. 247-280.
- Ayiter**, Kudret/**Koschaker**, Paul: Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hukukunun Ana Hatları, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, İzmir 1993.
- Bagchi**, Satis Chandra: Roman Private Law: Based on the Institutes of Gaius & Justinians, R. Cambray & Co., Calcutta 1916.
- Beaudouin**, Édouard: “Les grands domaines dans l’Empire romain d’après des travaux récents”, Nouvelle revue historique de droit français et étranger, Vol. 22, 1898, s. 545-584.
- Berger**, Adolf: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, The American Philosophical Society, Philadelphia 1953.
- Berki**, Şakir: “Roma’da Aynî Haklar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 1948, s. 323-375.
- Berki**, Şakir: Roma Hukuku, Nur Basımevi, Ankara, 1949.
- Bertrand**, Audrey: “Y a-t-il un paysage religieux colonial? Entre prescription, mimétisme et adaptation: les mécanismes de l’imitatio Romae”, Revue de l’histoire des religions, Vol. 227, No. 4, 2010, s. 591-608.

ödenmemesi ya da arazinin ıslah edilmemesi veya durumunun kötüleştirilmesi halinde hakkın sona ereceği kabul edilmiştir. Hollanda hukukunda uzun süreli kira hakkı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ploeger**, Hendrik/**De Wolff**, Herman: “The Dutch Urban Ground Lease: In fatal crisis or a bright future?”, Erişim Tarihi: 12.04.2022, <http://resolver.tudelft.nl/uuid:c43d1911-06c2-4c61-bbc3-50b7bf4f142a>. Québec eyaleti özelinde Kanada hukukundaki düzenlemeler hakkında bkz. **Sherman**, Charles: “Roman Law in the Quebec Civil Code”, Boston University Law Review, Vol. 25, No. 3, 1945, s. 211. Japon hukuku için bkz. **Hatoyama**, Kazuo: “The Civil Code of Japan Compared with the French Civil Code”, The Yale Law Journal, Vol. 11, No. 7, 1902, s. 365-366. Belçika hukuku için bkz. **D’Aout**, Olivier: “Les Aspects fiscaux des droits d’emphytéose et des droits de superficie”, Pacioli, N°. 429, 2016, s. 2-14. İtalyan hukuku için bkz. <https://iclg.com/practice-areas/real-estate-laws-and-regulations/italy>, Erişim Tarihi: 12.04.2022. Fransız hukuku için bkz. **Gonnet**, s. 146-193.

- Bosch**, Clemens (çev. Sabahat Atlan): Roma Tarihinin Ana Hatları, I. Kısım Cumhuriyet Devri, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 2020.
- Buckland**, William Warwick: A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian, Cambridge University Press, Cambridge 1921.
- Burdick**, William Livesey: The Principal of Roman Law and their Relation to Modern Law, Lawyers Co-operative Publishing, New York 1988.
- Christol**, Michel: “Remarques sur les recettes d’une colonie romaine”, Mélanges de l’Ecole française de Rome. Antiquité, Vol. 122, N°. 1, 2010, s. 15-23.
- D’Aout**, Olivier: “Les Aspects fiscaux des droits d’emphytéose et des droits de superficie”, Pacioli, N°. 429, 2016, s. 1-14.
- Darembert**, Charles/**Saglio**, Edmond: Dictionnaire des antiquités grecques et romaines, d’après les textes et les monuments, Vol II, Librairie Hachette, Paris 1892.
- De Colquhoun**, Patrick Mac Chombaich: A Summary of the Roman Civil Law, Vol. III, V. and R. Stevens and Sons, London 1851.
- Demircioğlu**, Halil: Roma Tarihi Cilt I Cumhuriyet, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 2015.
- Di Marzo**, Salvatore (çev. Ziya Umur): Roma Hukuku, İstanbul 1959.
- Du Plessis**, J. Paul/J. A. **Borkowski**: Borkowski’s Textbook on Roman Law, 6th edn., Oxford University Press, Oxford 2015.
- Erdoğan**, Belgin: Roma Eşya Hukuku, 7. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2018.
- Gaius**, (çev. Edward Poste): Institutes of Roman Law, Clarendon Press, Oxford 1904.
- Gaius**, (çev. Julien Reinach): Institutes, Les Belles Lettres, Paris 1965.
- Gaius**, (çev. Türkan Rado): Institutiones (Borçlar Kısım), Doğan Kardeş Yayınları, İstanbul 1953.
- Girard**, Paul Frédéric: Manuel élémentaire de droit romain, 6e éd., Arthur-Rousseau, Paris 1918.
- Gonnet**, Aimé Félix Pierre: Les baux emphytéotiques, Université de Genève, Thèse de doctorat, Genève 1872.
- Griffith-Williams**, Brenda: A Commentary on Selected Speeches of Isaios, Brill, London 2013.
- Guiraud**, Paul: La propriété foncière en jusqu’à la conquête romaine, Librairie Hachette, Paris 1893.

- Hatoyama**, Kazuo: “The Civil Code of Japan Compared with the French Civil Code”, The Yale Law Journal, Vol. 11, No. 7, 1902, s. 354-370.
- Honig**, Richard (çev. Şemsettin Talip): Roma Hukuku Dersleri, Ahmed İhsan Matbaası, İstanbul 1938.
- Humbert**, Gustave: Essai sur les finances et la comptabilité publique chez les Romains, Vol. I, Ernest Hisvin, Paris 1886.
- Hunter**, William Alexander: A Systematic and Historical Exposition of Roman Law in the Order of a Code, 2. edn., William Maxwell&Son, London 1803.
- Johnston**, William: Emphyteusis: “A Roman Perpetual Tenure”, The University of Toronto Law Journal, Vol. 3, No. 2, 1940, s. 323-347.
- Karadeniz Çelebican**, Özcan: “Roma’da Kamu Topraklarını Kullanma Biçimleri”, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1988. (“Kamu Topraklarının Kullanımı”).
- Karadeniz Çelebican**, Özcan: Roma Eşya Hukuku, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- Karadeniz Çelebican**, Özcan: Roma Hukuku: Tarihi, Kaynaklar, Genel Kavramlar, Kişiler Hukuku, Hakların Korunması, 18. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- Kaser**, Max (çev. Rolf Dannenbring): Roman Private Law, 4th edn., Gutenberg Book Printers, Pretoria 1984.
- Kaufmann**, J. E./**Kaufmann**, H. W.: Castrum to Castle: Classical to Medieval Fortifications in the Lands of the Western Roman Empire, Pen and Sword, Philadelphia 2018.
- Küçükkalay**, Abdullah Mesud: Dünya İktisat Tarihi, 3. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Le Halleur**, E. Pepin: Histoire de l’emphytéose en droit romain et en droit français, Joubert, Paris 1843.
- Leage**, Richard William/**Prichard**, Armstead Mead: Leage’s Roman Private Law: Founded on the Institutes of Gaius and Justinian, 3rd edn., St. Martin’s Press, London 1961.
- Leapingwell**, George: A Manual of the Roman Civil Law, Bell&Daldy, Cambridge 1859.
- Lee**, Robert Warden: The Elements of Roman Law, Sweet & Maxwell, London 1956.

- Levy**, Ernst: *West Roman Vulgar Law: The Law of Property*, American Philosophical Society, Philadelphia 1951.
- Lozano Corbí**, Enrique: *Historia e instituciones de derecho romano*, Mira Editores, Zaragoza 1999.
- Mackeldey**, Ferdinand/**Kaufmann**, Philip Ignatius: *Compendium of Modern Civil Law, Vol. I*, Kessinger Publishing, New York 1845.
- Mackenzie**, Thomas: *Studies in Roman Law with Comparative Views of the Laws of France, England and Scotland*, 2. edn., William Blackwood and Sons, Edinburg 1991.
- May**, Gaston: *Éléments de droit romain, à l'usage des étudiants des Facultés de droit*, 7e éd., Larose & Forcel, Paris 1901.
- Maynz**, Charles: *Cours de droit romain, précédé d'une introduction contenant l'histoire de la législation et des institutions politiques de Rome*, Vol. I, A. Durand & Pedone-Lauriel, Paris 1891.
- Mears**, Thomas Lambert: *Analysis of M. Ortolan's Institutes of Justinian, Including the History and Generalization of Roman Law*, The Lawbook Exchange, Ltd., New Jersey 2008.
- Mommsen**, Theodor/**Krueger**, Paul (edr.): *Digesta Iustiniani Augusti*, vol. I-II, Weidmann, Berlin 1870.
- Monier**, Raymond: *Manuel élémentaire de droit romain*, Tome I, Domat Montchrestien, Paris 1947.
- Mousourakis**, George: *Fundamentals of Roman Private Law*, Springer, New York 2012.
- Mueller**, Melissa: *Objects as Actors: Props and the Poetics of Performance in Greek Tragedy*, University of Chicago Press, Chicago 2016.
- Papazoglou**, Fanoula: *Les villes de Macédoine à l'époque romaine*, Diffusion de Boccard, Paris 1988.
- Peck**, Harry Thurston: *Harper's Dictionary of Classical Literature and Antiquities*, Harper&Brothers Publishers, New York 1898.
- Pernin**, Isabelle: "Land Administration and Property Law in the Proconsular Edict from Thisbe (Syll.3 884)", *The Epigraphy and History of Boeotia: New Finds, New Prospects içinde*, (ed. Nikolaos Papazarkadas), Brill, Boston 2014, s. 443–459.
- Petit**, Eugène: *Traité élémentaire de droit romain contenant le développement historique et l'exposé général des principes de la*

législation romaine depuis l'origine de Rome jusqu'à l'empereur Justinien, 4e édn, Arthur Rousseau, Paris 1903.

Ploeger, Hendrik/De Wolff, Herman: "The Dutch Urban Ground Lease: In fatal crisis or a bright future?", Erişim Tarihi: 12.04.2022, <http://resolver.tudelft.nl/uuid:c43d1911-06c2-4c61-bbc3-50b7bf4f142a>.

Pulliam, Roscoe: "Taxation in the Roman State", The Classical Journal, Vol. 19, No. 9, 1924, s. 545-553.

Rambaud, Jules: Droit romain, ou Questionnaire nouveau et complet sur les Instituts de Justinien et de Gaius, Tome II, Durand & Pedone-Laurel, Paris 1872.

Roselaar, Saskia: Public Land in the Roman Republic: A Social and Economic History of the Ager Publicus, Leiden University, PhD thesis, Leiden 2008.

Sevimli, Emine: Roma Hukukunda Kira Sözleşmesi, (Locatio Conductio Rei) İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007.

Sherman, Charles: "Roman Law in the Quebec Civil Code", Boston University Law Review, Vol. 25, No. 3, 1945, s. 196-228.

Smith, William: A Dictionary of Greek and Roman Antiquities, 2nd edn., Little-Brown and Company, Boston 1875.

Sohm, Rudolf (çev. Ledlie James Crawford): The Institutes: A Text-Book of the History and System of Roman Private Law, 3rd edn., Clarendon Press, Oxford 1907.

Söğütlü, Özlem: Roma Özel Hukuku, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

Söğütlü Erişgin, Özlem: Roma Kamu Hukukuna Giriş, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

Tahiroğlu, Bülent/**Erdoğan**, Belgin: Roma Hukuku Dersleri: Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar, Usul Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2018.

Umur, Ziya (ed. ve çev.): Iustinianus Institutiones, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1968.

Umur, Ziya: Roma Hukuku Ders Notları, Beta Yayınevi, İstanbul 1987.

Umur, Ziya: Roma Hukuku, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1985. (Roma Eşya Hukuku).

Umur, Ziya: Roma Hukuku Lügatı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1975.
(Lügat).

Watson, Alan (ed. ve çev.): Digesta Iustiniani, Vol. 1-4, University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1998.

Yeşiller, Mehmet: Roma Hukuku'nda Kira Sözleşmesi (*Locatio Conductio Rei*), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2012.

Zimmermann, Reinhard: The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Juta & Co., Ltd., Cape Town 1990.

**CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA
YARGILAMANIN YENİLENMESİ SEBEPLERİNDEN
YENİ OLAYLAR VEYA YENİ DELİLLERİN
ORTAYA ÇIKMASI**

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1182540>

Arş. Gör. Arif Emre SÜMER*

Öz

Yargılamanın yenilenmesi müessesesi, yalnızca kesinleşen hükümlere karşı gidilebilen olağanüstü bir kanun yolu olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 311 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. CMK'da hem hükümlü lehine hem de sanık veya hükümlü aleyhine yargılamanın yenilenmesi sebeplerine yer verilmiştir. Hükümlü lehine öngörülen yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden biri ve en geniş kapsamlısı, yeni olaylar veya yeni delillerin ortaya çıkmasıdır. Yeni olaylar veya yeni delillerin yargılamanın yenilenmesine sebebiyet verebilmeleri için, tek başına ya da diğer delillerle birlikte değerlendirildiklerinde hükümlünün beraatini ya da daha az ceza almasını gerektiren kanun hükmünün uygulanmasını sağlayacak nitelikte olması gerekmektedir. Bu çalışmada, yeni olaylar veya yeni delillerin ortaya çıkması sebebiyle yargılamanın yenilenmesi müessesesi tartışmalı yönleri ile incelenecek, kendi görüşlerimiz neden sonuç ilişkisi içerisinde ortaya konulacak ve konu ile ilgili Yargıtay uygulamasına yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler

Yargılamanın Yenilenmesi, Yeni Bir Olayın Ortaya Çıkması, Yeni Bir Delilin Ortaya Çıkması, İçtihat Değişikliği, Beraat Kararı

* İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, (arifemre.sumer@bakircay.edu.tr) ORCID: 0000-0001-7382-4922 (Geliş Tarihi: 20.06.2022-Kabul Tarihi: 16.08.2022) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**RETRIAL IN CRIMINAL PROCEDURE LAW DUE TO
EMERGENCE OF NEW EVENTS OR NEW EVIDENCES***(Research Article)***Abstract**

The institution of retrial, as an extraordinary remedy that can only be resorted to against the finalized provisions, is defined in the Code of Criminal Procedure (CCP) 311 et al. regulated in the articles. The CCP includes the reasons for reopening the proceedings both in favor of the convict and against the accused or convict. One of the most comprehensive reasons for renewing the trial envisaged in favor of the convict is the emergence of new events or new evidence. In order for new events or new evidence to lead to a retrial, when evaluated alone or together with other evidence, they must be of a nature to ensure the execution of the provision of law that requires the convict to be acquitted or to receive a lesser sentence. In this study, the institution of retrial due to the emergence of new events or new evidence will be examined with its controversial aspects, our own views will be put forward in the cause and effect relationship and the application of the Court of Cassation on the subject will be included.

Keywords

Retrial, Emergence of New Event, Emergence of New Evidence, Change of Jurisprudence, Acquittal

GİRİŞ

Yargılamanın yenilenmesi, yalnızca kesinleşen hükümlerdeki adli hataların giderilmesi için başvurulabilen olağanüstü bir kanun yoludur. CMK'da hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi sebeplerine yer verildiği gibi sanık veya hükümlü aleyhine yargılamanın yenilenmesi sebepleri de düzenlenmektedir. Hükümlü lehine öngörülen yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden biri ve en geniş kapsamlısı, yeni olaylar veya yeni delillerin ortaya çıkmasıdır. Uygulama alanına bakıldığında, yeni olaylar veya yeni delillerin ortaya çıkmasının yargılamanın yenilenmesi kanun yolunun varlık sebebinin oluşturduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple, yeni olaylar veya yeni delillerin ortaya çıkması sebebiyle yargılamanın yenilenmesi müessesesi her zaman için güncelliğini ve önemini muhafaza etmekte, bu çalışmada yapılmaya çalışıldığı üzere, doktrin ve hukuk uygulamasına katkı sağlamak amacıyla konunun tartışmalı yönlerinin aydınlatılması gerekmektedir.

Yeni olaylar veya yeni delillerin ortaya çıkması sebebiyle yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmesinin üç koşulu bulunmaktadır. Bunlardan ilki, bir olay veya delilin varlığıdır. Olay ve delil kavramlarından ne anlaşılması gerektiği, kanun ve içtihat değişiklikleri ile Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının olay kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, bu koşul altında incelenmesi gereken başlıca sorunlardır. Bu sebeple yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmesinin ikinci koşulu, olay veya delilin yeni olmasıdır. Burada olay ve delilin yeni olmasından kastın ne olduğu, yeniliğin mahkeme bakımından mı, muhakemenin diğer süljeleri bakımından mı, yoksa her ikisi bakımından mı aranacak olması incelenmeye muhtaçtır. Son koşul ise yeni olay veya yeni delilin önemli olmasıdır. Önemlilik, yeni olay veya yeni delilin tek başına ya da diğer delillerle birlikte değerlendirildiklerinde, hükümlünün beraatini ya da daha az ceza almasını gerektirecek kanun hükmünün uygulanmasını sağlayacak nitelikte olmasıdır.

İki bölümden oluşan çalışmanın ilk bölümünde yargılamanın yenilenmesi kanun yolu hakkında genel bilgiler verildikten sonra, ikinci bölümde bu kanun yolunun en geniş uygulama alanı bulduğu yeni olaylar veya yeni delillerin ortaya çıkması sebebiyle yargılamanın yenilenmesi sebebinin koşulları incelenecek, bu inceleme yapılırken doktrindeki görüşlere ve Yargıtay uygulamasına yer verilerek, tartışmalı hususlarda kendi görüşlerimiz neden sonuç ilişkisi içerisinde ortaya konulacaktır.

I. YARGILAMANIN YENİLENMESİ KANUN YOLU HAKKINDA GENEL BİLGİLER

A. Genel Olarak

Yargılamanın yenilenmesi, mahkemece verilip kesinleşen ancak birtakım adli hatalar içeren hükme karşı başvurulmuş ve çok sınırlı hâllerde uygulanma kabiliyetini haiz olağanüstü bir kanun yoludur¹. Hukuki barışın sağlanması ve hukuk devletinin işlerlik kazanması amacıyla, ceza muhakemesi sonucunda verilen kesin hükmün maddi hakikati yansıttığı kabul edilmektedir². Başka bir deyişle kesin hüküm, bir hakikat karinesidir³. Bununla birlikte, sonradan ortaya çıkan bazı olaylar hükmün dayanak noktalarını temelinden sarsabilmektedir⁴. Bu sebeple, kanun koyucular yargılamanın yenilenmesi müessesesini düzenleyerek, toplum ve sanık menfaatlerinin korunması amacıyla kesin hükmün dokunulmazlığı ilkesinden taviz vermektedir⁵. Bu yolla hem maddi hakikate ulaşılmasına katkı sağlanmakta hem de toplumun adalet sistemine olan güveni korunmuş olmaktadır⁶.

¹ **Erdem**, Mustafa Ruhan/**Şentürk**, Candide: Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 271; **Ünver**, Yener/**Hakeri**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 819; 2010 yılında Anayasa'nın 148 ve 149'uncu maddelerinde yapılan değişiklikler sonucunda kabul edilen bireysel başvuru yoluna gidilmesi üzerine tespit edilen hak ihlallerinin ortadan kaldırılması için yapılan yargılama çeşidine "yeniden yargılama" denmekle birlikte, bu yargılama faaliyeti yargılamanın yenilenmesi müessesesinden farklı bir hukuki çaredir. **Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe: "Yargılamanın Yenilenmesi Muhakemesi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 123-124, 2014, s. 8. Bunun yanında, hükümlünün Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunması, yargılamanın yenilenmesi yoluna gidebilmesi noktasında herhangi bir engel teşkil etmemektedir. **Şen**, Ersan/**Yıldız**, Ali Kemal/**Duymaz**, Erkan/**Aksüt**, Ertekin/**Maviş**, Mert/**Başer Berkün**, Beyza/**Şahin**, Buğra/**Ervan**, Mehmet Vedat/**Erdem**, Erkam: Ceza Avukatının Başvuru Kitabı, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 564.

² **Önder**, Ayhan: "Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Yeni Vakıalar ve Yeni Deliller Sebebiyle Muhakemenin İadesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 31, Sayı 1-4, 1966, s. 59; **Talas**, Serdar: "Ceza Yargılaması Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi", İstanbul Üniversitesi SBE, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2004, s. 9-10; **Bakım**, Sevi: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Cilt 19, Sayı 2, 2013, s. 921; **Nişancı**, Dilaver: Ceza Muhakemesinde Yargılamanın Yenilenmesi, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 22-23.

³ **Erem**, Faruk: Ceza Usulü Hukuku, 5. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 719.

⁴ **Soyaslan**, Doğan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 579; **Ünver/Hakeri**, s. 820.

⁵ **Erem**, Faruk: "Muhakemenin Yenilenmesi Hakkında Genel Bilgiler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 1, 1962, s. 3; **Soyaslan**, s. 579; "...asil

Yargılamanın yenilenmesi sonucunda aynı fiil sebebiyle ikinci kez yargılama yapılmaktadır. Ancak bu durum bir zorunluluğa dayandığından, hem hükümlü lehine hem de sanık veya hükümlü aleyhine yapılan yeni yargılamalar bakımından, bir suç nedeniyle iki kez yargılanmama hakkı ihlal edilmiş olmamaktadır. Nitekim bu hususa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) ek 7 no'lu protokolünün 4'üncü maddesinde de yer verilmiştir⁷.

Kesin hükmün dokunulmazlığı ilkesinin istisnasını oluşturan bu müesese, CMK'nın 311 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. CMK'da hem hükümlü lehine hem de sanık veya hükümlü aleyhine yargılamanın yenilenmesi sebeplerine yer verilmiştir. Ancak aleyhe yenileme sebepleri, kesin hükmün dokunulmazlığı ve hukuki güvenlik ilkelerine uygun olacak biçimde oldukça dar kapsamda ele alınmıştır⁸.

Yargılamanın yenilenmesi talebi, yasal nedenleri ve dayanılan delillerle birlikte hükmü veren mahkemeye sunulur (CMK m. 317). Yenileme talebinde bulunulması kesin hükmün infazını kural olarak etkilememekle birlikte, mahkeme tarafından hükmün infazının geri bırakılmasına ya da durdurulmasına karar verilmesi mümkündür (CMK m. 312). Talebi alan mahkeme, ilk olarak yargılamanın yenilenmesi talebinin kabule değer olup olmadığını duruşmasız olarak inceler (CMK m. 318). Bu incelemede başvurunun kanunda öngörülen şekle uyun olarak yapıp yapılmadığı, yargılamanın yenilenmesini gerektiren yasal bir sebep gösterilip gösterilmediği ve bu se-

amacı maddi gerçeğe insan onuruna yaraşır biçimde ulaşmak olan ceza yargılamasının, adli hatalar nedeniyle mutlak hakikate ulaşamaması muhtemel ve vakiadır. Bu nedenle kesin hükmün otoritesine istisna olmak üzere olağanüstü yasa yolları benimsenmiştir. 5271 Sayılı CMK'nın 309. maddesinde düzenlenen kanun yararına bozma, 311-314. maddelerinde düzenlenen yargılamanın yenilenmesi ve 308. maddesinde yer alan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı da bu istisnalardandır.", Yarg. 16.CD., T. 18.10.2020, E. 2019/4391, K. 2019/6486, (<https://www.kazanci.com.tr>, Erişim Tarihi: 17.3.2022). Aynı açıklamalara yer verilen başka bir karar için bkz. Yarg. 16. CD., T. 3.7.2020, E. 2020/2261, K. 2020/3520, (<https://www.kazanci.com.tr>, Erişim Tarihi: 17.3.2022).

⁶ **Kunter**, Nurullah: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1981, s. 882; **Özen**, Mustafa: Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 950.

⁷ **AİHS Ek 7 No'lu Protokol m. 4/2**: "Yukarıdaki fıkra hükümleri, yeni veya yakın zamanda ortaya çıkarılan delillerin veya önceki muamelelerde davanın sonucunu etkileyebilecek esaslı bir kusurun varlığı durumunda, ilgili devletin ceza yargılaması usulü ve yasasına uygun olarak davanın yeniden açılmasını engellemez."

⁸ **Soyaslan**, s. 579; **Bakım**, s. 919; **Şen**, Ersan: Yorumluyorum -XXVI-, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 295.

bebi doğrulayacak delillerin açıklanıp açıklanmadığı hususları göz önünde bulundurulur. Talebi yerinde gören mahkeme delilleri toplar ya da toplatır (CMK m. 320). Son olarak yargılamanın yenilenmesi talebinde ileri sürülen iddiaların yeterince doğrulanmasıyla beraber duruşma açılarak yeni yargılamaya geçilir⁹ (CMK m. 321/2). Burada son olarak önemle belirtilmelidir ki, yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmesi için, kesin hükümde bulunan adli hataların başka bir şekilde giderilme imkânının bulunmaması gerekmektedir (CMK m. 315/2). Örneğin, kesin hükümdeki adli hatanın kanun yararına bozma (CMK m. 309-310) ya da Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı (CMK m. 308) ile giderilme olanağı mümkün ise bu kanun yoluna başvurulamaz.

⁹ Burada belirtilmelidir ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) yerleşik içtihadına göre, yargılamanın yenilenip yenilenmeyeceğine karar verilen bu muhakeme aşaması, AİHS'in 6'ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerinin kapsamı dışında kalmaktadır. Nitekim yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunan kişi hükümlü statüsündedir. Ancak yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulü hâlinde kişi tekrar sanık statüsüne sahip olacağından AİHS'in 6'ncı maddesinde yer verilen güvencelerden yararlanabilecektir. AİHM'nin söz konusu içtihadı ve bu içtihadın istisnaları hakkında bilgi için bkz. Fahri Gökçen Taner, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği**, 1. bs., Ankara, Seçkin, 2019, s. 493. Bu konudaki Anayasa Mahkemesi içtihadının da AİHM ile aynı doğrultuda olduğu söylenmelidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında, yargılamanın yenilenmesi talebinin kabule gerek olup olmadığının incelendiği bu aşamada sübuta ilişkin bir uyumsuzluğun çözülmediğinin altı çizilmiş, bu evrede adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuru yoluna gidilmesinde Mahkeme'nin konu bakımından yetkisiz olduğuna şu cümlelerle hükmedilmiştir: "*Yargılamanın yenilenmesi talebinin değerlendirildiği ilk evre olan kabule değerlik aşamasının sübut sorununu çözümleyecek şekilde yürütülmediği açıktır. Diğer bir ifadeyle bu aşamada, önceki hüküm iptal edilerek suç isnadının esası incelenmemektedir. Somut olayda başvuru, suç isnadı altında olmadığı (hükümlü olduğu) bir aşamaya ilişkin olarak şikâyetlerini dile getirmektedir. Diğer bir ifadeyle şikâyetin mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra 5271 sayılı Kanun'un 319. maddesi uyarınca gerçekleştirilen yenileme isteminin kabule değer görülmesi aşamasına ilişkin olduğu, ihlal iddiasının başvuru kısmının suç isnadı altında olduğu bir aşamaya ilişkin olmadığı, dolayısıyla başvurunun bu kısmının adil yargılanma hakkı kapsamına girmediği anlaşılmaktadır.*", Anayasa Mahkemesi, T. 7.6.2018, Başvuru No: 2015/10131, RG. 26/9/2018-30547, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/10131>, Erişim Tarihi: 26.07.2022). Bu aşamada ilgili kişi her ne kadar hükümlü statüsünde olsa da Sözleşme'de belirtilen "sanık" kavramının daha geniş yorumlanarak yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunan kişiyi de kapsamına alması suretiyle, bu aşamada adil yargılanma hakkının ihlal edildiği durumlarda bireysel başvuru yoluna gidilebilmesinin mümkün olması gerektiği kanaatindeyiz. Böyle bir yorum ve uygulama temel hak ve hürriyetlerin korunması bakımından daha isabetli olacaktır.

B. Adli Hata Kavramı

Yargılamanın yenilenmesi yoluna yalnızca kesin hükümde adli hataların bulunması hâlinde gidilebileceği belirtildikten sonra, adli hata kavramından ne anlaşılması gerektiği, bu hatanın hükmün hukuki yönüne mi yoksa fiili yönüne mi ilişkin olduğu ortaya konulmalıdır. Yargılamanın yenilenmesi müessesesinin genel özellikleri ile CMK düzenlemesine bakıldığında, adli hatanın yalnızca hükmün maddi yönüne ilişkin hatalarla sınırlı olduğunun anlaşılması gerekmektedir¹⁰. Nitekim CMK'da hükmün hukuki yönüne etki eden hataların yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil edeceğine ilişkin bir belirlemeye yer verilmemiştir. CMK'nın 311'inci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde düzenlenen ve AİHM kararlarını yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul eden bu hüküm, kesin hükmün hukuki yönüne etki eden hataların bu şekilde kanunda açıkça düzenlenmedikçe yargılamanın yenilenmesi sebebi oluşturmayacağı tespitini teyit eder niteliktedir. Bu durumda dahi AİHM'nin yalnızca hukuki tespit içeren kararlarının değil, hükmün dayanağını oluşturan maddi hususlara ilişkin tespitlerin yapıldığı kararların yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilebileceği ortaya konulmalıdır¹¹. Tüm bu sebeplerle, doktrin tarafından yargılamanın yenilenmesi müessesesinin açıklanmasında kullanılan adli hata kavramının yalnızca hükmün maddi yönüne etki eden hataları kapsamına aldığı, aşağıda da detaylıca açıklanacağı üzere hükmün hukuki yönüne etki eden hataların yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil etmeyeceği belirtilmelidir¹².

II. YENİ OLAYLAR VEYA DELİLLERİN ORTAYA ÇIKMASI SEBEBİYLE YARGILAMANIN YENİLENMESİ

A. Genel Olarak

Yeni olaylar veya yeni delillerin ortaya çıkması sebebiyle yargılanmanın yenilenmesi müessesesi, hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi sebeplerine yer verilen CMK'nın 311'inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde düzenlenmiştir. İlgili düzenleme şu hükmü içermektedir: “*Yeni olaylar veya yeni deliller ortaya konulup da bunlar yalnız başına veya*

¹⁰ Erdem/Şentürk, s. 284; Akyürek, Güçlü: Yargılamanın Yenilenmesi, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 135 vd.

¹¹ Yenisey/Nuhoğlu, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 15.

¹² Aynı doğrultuda görüşler için bkz. Erem, Ceza Usulü Hukuku, s. 719: Yazar mahkeme tarafından hukukun doğru tatbik edilmesine rağmen, bir suçsuzun mahkûm edilmesi ya da bir suçlunun beraat ettirilmesi gibi hâlleri, kanaatimizce de isabetli olacak şekilde fiili hata kapsamında değerlendirmektedir; Talas, s. 15-16.

önceden sunulan delillerle birlikte göz önüne alındıklarında sanığın beraatini veya daha hafif bir cezayı içeren kanun hükmünün uygulanması ile mahkûm edilmesini gerektirecek nitelikte olursa.” Hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin düzenlendiği 1412 sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun (CMUK) 327’nci maddesinin birinci fıkrasının beşinci bendinde yer verilen hüküm ise şu şekildeydi: “*Yeni vakıalar veya yeni deliller dermeyan edilip de bunlar yalnız başına veya evvelce irad edilen delillerle birlikte nazara alındıkları takdirde maznunun beraetini veya daha hafif bir cezayı havi kanun hükmünün tatbiki ile mahkûm olmasını istilzam edebilecek mahiyette olursa.*” Görüldüğü üzere, CMK, yeni olaylar veya yeni delillerin ortaya çıkması sebebiyle yargılamanın yenilenmesi müessesesini, CMUK ile oldukça benzer şekilde düzenlemiştir¹³.

Yeni olaylar veya yeni delillerin ortaya çıkması, hemen her hukuk sisteminde mevcut olan ve esasen yargılamanın yenilenmesi müessesesinin var oluş sebebini oluşturan bir durumdur¹⁴. Nitekim öteden beri, Kara Avrupası ceza muhakemesi kanunlarının hemen hepsinde, yeni olaylar veya yeni delillerin ortaya çıkması yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak düzenlenmiştir¹⁵. Yeni olaylar veya yeni delillerin ortaya çıkması sebebiyle yargılamanın yenilenmesi, CMK’da düzenlenen yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden

¹³ 1412 sayılı mülga CMUK döneminde kabahatler karşılığında uygulanan cezalar bakımından da yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesi mümkündür. Ancak burada cürümlerde bulunmayan bir şart koşulmaktaydı. Buna göre kabahatler karşılığında uygulanan yaptırımlara karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmesi için yeni olay veya yeni delilin, ancak hükmün kesinleşmesinden önce mahkûm tarafından öğrenilmiş veya öğrenilmesine rağmen kusuru olmaksızın ileri sürülmemiş olması gerekmektedir. Görüldüğü üzere mülga kanun kabahatler bakımından bu olağanüstü kanun yoluna gitmeyi oldukça sınırlamıştır. 5237 sayılı TCK’nın yürürlüğe girmesiyle beraber kabahatler suç olmaktan çıkarıldığı için artık bu nitelikteki fiillere karşı uygulanan yaptırımlar aleyhine yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması mümkün değildir. Mülga kanunda kabahatler için öngörülen bu sınırlayıcı hüküm ile bu hükme getirilen eleştiriler hakkında bkz. **Özgen**, Eralp: Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi, 1. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1968, s. 94; **Önder**, Yeni Vakıalar ve Yeni Deliller, s. 96-98; **Talas**, s. 142-143.

¹⁴ **Akyürek**, s. 100; **Apaydın**, Cengiz: Ceza Muhakemesine Egemen Olan İlkeler Işığında Olağan ve Olağanüstü Kanun Yolları, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 269; Yeni olaylar veya yeni delillerin yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak düzenlenmesi hakkında lehe ve aleyhe görüşler ve bu görüşlerin analizi için bkz. **Önder**, Ayhan: “Muhakemenin İadesinde Reform”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 38, Sayı 1-4, 1973, s. 59-61.

¹⁵ **Önder**, Yeni Vakıalar ve Yeni Deliller, s. 82; **Nişancı**, s. 122.

en geniş kapsamlı olanıdır¹⁶. Nitekim 311'inci maddenin diğer fıkralarında yer verilen yenileme sebeplerinin çoğu, esasında ortaya çıkan yeni olay veya yeni delil mahiyetindedir¹⁷. Bu yönüyle yeni olaylar veya yeni delillerin ortaya çıkması sebebinin kapsayıcı özelliği de bulunmaktadır¹⁸.

1412 sayılı CMUK'ta olduğu gibi CMK'da da bu sebep uyarınca yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmesi herhangi bir süre şartına bağlı kılınmamıştır. Olay veya delilin zamanaşımı süresi dolduktan sonra ortaya çıkması hâlinde dahi yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilir. Nitekim hükümlü lehine olan yargılamanın yenilenmesi hâllerinde zamanaşımı süresinin dolması yeni yargılamaya engel teşkil etmemektedir¹⁹. Yargılamanın yenilenmesine konu oluşturan fiil bakımından yeni zamanaşımı süresi, talebin mahkemece kabul edildiği tarihten itibaren başlayacaktır. Nitekim bu

¹⁶ Özgen, s. 94; Önder, Yeni Vakıalar ve Yeni Deliller, s. 61; Talas, s. 135; Soyaslan, s. 579; Karakurt, Ahu: Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakemenin Yenilenmesi, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 108; Doktrinde söz konusu sebebin oldukça geniş düzenlenmiş olması sebebiyle sakıncalı olduğunu belirten görüşler mevcuttur. Bu görüşlerin analizi hakkında bilgi için bkz. Erem, Muhakemenin Yenilenmesi, s. 25.

¹⁷ Örneğin, 311'inci maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde düzenlenen; “*duruşmada kullanılan ve hükmü etkileyen bir belgenin sahteliğinin anlaşılması*” veya aynı maddenin (b) bendinde yer verilen, “*yemin verilerek dinlenmiş olan bir tanık veya bilirkişinin hükmü etkileyecek biçimde hükümlü aleyhine kasıt veya ihmal ile gerçek dışı tanıklıkta bulunduğu veya oy verdiğinin anlaşılması*” sebepleri, yeni olaylar veya delillerin ortaya çıkması sebebinin özel bir görünümünden ibarettir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 375'inci maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde düzenlenen yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden “*Yargılama sırasında, aleyhine hüküm verilen tarafın elinde olmayan nedenlerle elde edilemeyen bir belgenin, kararın verilmesinden sonra ele geçirilmiş olması*” da CMK'daki yeni olaylar veya yeni delillerin ortaya çıkması sebebine oldukça benzer ve onun bir türevi niteliğindedir. Ancak taraflarca getirilme ilkesinin egemen olduğu medeni usul hukukunda, genel olarak yeni olaylar veya yeni delillerin ortaya çıkmasının yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak düzenlenmemesi doğal-dır.

¹⁸ Akyürek, s. 108; Yurtcan, Erdener: Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 700; Şen, s. 293; Şen/Yıldız/Duymaz/Aksüt/Maviş/Başer Berkün/Şahin/Ervan/Erdem, s. 572; 1412 sayılı CMUK döneminde doktrinde Erem, yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin kanunda sınırlı sayıda düzenlendiğini belirttiğinden sonra, yeni vakıa veya delilin ortaya çıkması sebebiyle yargılamanın yenilenmesi sebebinin çok geniş kapsamlı olduğunu, bu sebeple kanunun kabul ettiği yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin tespitinde genişletici yorum yapmanın elverişli olduğunu ortaya koymaktaydı. Bkz. Erem, Ceza Usulü Hukuku, s. 729.

¹⁹ Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 883; Doktrinde hükümlü aleyhine olan yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin varlığı hâlinde de zamanaşımı süresinin dolmuş olmasının yargılamanın yenilenmesine engel oluşturmayacağını belirten görüşler bulunmaktadır. Bkz. Yavuz, Hakan: “Türk Ceza Hukukunda Dava Zamanaşımı ve Olağanüstü Kanun Yolları İle İlişkisi”, Adalet Dergisi, Sayı 66, 2021, s. 520.

husus Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 66'ncı maddesinin beşinci fıkrasında, "Aynı fiilden dolayı tekrar yargılamayı gerektiren hallerde, mahkemece bu husustaki talebin kabul edildiği tarihten itibaren fiile ilişkin zamanaşımı süresi yeni baştan işlemeye başlar" demek suretiyle ortaya konulmuştur²⁰. Zamanaşımı süresinin dolması yargılamanın yenilenmesine engel oluşturmayacaksa da, bu durumun hem yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulünde hem de yeni yargılama sırasında yapılacak delil tartışmasında mahkeme tarafından göz önüne alınmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır²¹.

Yeni olaylar veya yeni delillerin ortaya çıkması, CMUK'ta olduğu gibi CMK'da da yalnızca hükümlü lehine kabul edilen bir yargılamanın yenilenmesi sebebidir. Nitekim madde gerekçesinde de belirtildiği üzere²², aleyhe yenileme sebeplerinin CMUK'tan daha dar düzenlendiği CMK sisteminde farklı bir anlayışın kabul edilmesi beklenemezdi. Buna karşılık, yeni olaylar veya yeni delillerin ortaya çıkmasının yalnızca hükümlü lehine bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak düzenlenmesini doktrinde eleştiren yazarlar bulunmaktadır²³. Bir görüşe göre, yeni olaylar veya yeni delillerin ortaya çıkması sebebiyle yargılamanın yenilenmesi, uzmanlar tarafından oluşturulacak şiddet içeren ve tekrarlanması muhtemel olan katalog suçların işlenmesi durumunda, beraat eden sanık ya da daha az ceza alan hükümlü bakımından da mümkün kılınmalıdır. Bu durumun toplum güvenliği bakımından büyük önem arz ettiği, aksi durumda suçlunun cezalandırılarak yeniden sosyalleşmesinin önüne geçileceği ve bu sonucun ise kişiyi tekrardan suça iteceği belirtilmektedir²⁴. Buna karşılık başka bir görüş, bu nitelikte bir

²⁰ Bu hükmün yalnızca yargılamanın yenilenmesi yolu bakımından mı yoksa tüm olağanüstü kanun yolları bakımından mı geçerli olduğuna ilişkin doktrinde ortaya konulan görüşler ve bu görüşlerin değerlendirmesi için bkz. **Yavuz**, s. 514-521.

²¹ **Akyürek**, s. 103.

²² Madde gerekçesinde yeni olaylar veya yeni delillerin ortaya çıkması sebebiyle yargılamanın yenilenmesi sebebi ile ilgili şu açıklamalara yer verilmektedir: "Yargılamanın yenilenmesi, kesinleşmiş hükümlere karşı kabul edilmiş olağanüstü bir kanun yoludur. Böylece hükümlerdeki maddi soruna ilişkin fiili hataların giderilebilmesine olanak sağlanmıştır. Tasarı hükümlülerin lehine olan yargılamanın yenilenmesi nedenlerini geniş, aleyhine olan nedenleri ise 1412 sayılı Kanundan daha da dar olarak düzenlenmiştir. Bazı batı kanunlarında aleyhte olarak yargılamanın yenilenmesi, esasen kabul edilmemektedir."

²³ **Karakurt**, s. 108; **Nişancı**, s. 134.

²⁴ Bu görüş için bkz. **Karakurt**, s. 108-109. Bu nitelikte düzenlemelere yer veren bazı ülkeler bulunmaktadır. Örneğin, Avusturya'da yeni olaylar veya yeni delillerin ortaya çıkması sebebiyle yargılamanın yenilenmesi aleyhe olarak da kabul edilmiş, ancak

düzenlemenin hukuk devleti ilkesine uygun düşmeyeceğini, elinde geniş imkânlar olan ve suçu aydınlatma yükümlülüğü bulunan kamu makamlarının bunu zamanında yapması gerektiğini belirtmektedir²⁵.

Kanaatimizce yeni olaylar veya yeni delillerin ortaya çıkması sebebiyle yargılamanın yenilenmesi yoluna yalnızca hükümlü lehine gidilmesi mümkün olmalıdır. Nitekim aleyhe yenilenmenin de kabul edilmesi, devletin suçu aydınlatma ve suçlulukla mücadele etme noktasında var olan pozitif yükümlülüklerini yerine getirmesi ile pek örtüşmeyeceği gibi, özellikle hakkında suç isnadı bulunan bireyin belirsiz bir süre boyunca ceza tehdidi altında kalması sonucunu doğuracağından, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına da uygun düşmeyecektir²⁶.

B. Yeni Olaylar veya Yeni Delillerin Ortaya Çıkması Sebebiyle Yargılamanın Yenilenmesi Yoluna Gidilebilmesinin Şartları

1. Olay veya Delilin Varlığı

Hükümlü lehine bu sebeple yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmesinin ilk koşulu, bir olay veya delilin varlığıdır. CMK'nın 311'inci maddesinde her ne kadar çoğul anlama gelecek "olaylar" ve "deliller" ibareleri kullanılsa da, tek bir olay veya delilin ortaya çıkmasının dahi bu koşulu sağlayacağı hususunda doktrinde görüş birliği mevcuttur²⁷.

Burada her şeyden önce delil ve olay kavramlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Ceza muhakemesinde delil, mahkemenin maddi hakikatin ortaya çıkarılması sürecinde kullandığı ve hükme etkili olması muhtemel her türlü vasıta²⁸. Deliller doktrinde genellikle beyan delili, belge

aleyhe yargılamanın yenilenmesi için yeni olay veya yeni delilin savcılık ya da katılan tarafından bilinmiyor olması şart koşulmuştur. Bkz. **Akyürek**, s. 115.

²⁵ **Akyürek**, s. 116.

²⁶ Genel olarak yargılamanın yenilenmesi müessesesi bakımından aleyhe sebeplerin kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Erem**, Muhakemenin Yenilenmesi, s. 5-10.

²⁷ **Özgen**, s. 100; **Önder**, Yeni Vakıalar ve Yeni Deliller, s. 62; **Karakurt**, s. 109; **Kavak**, Aydoğan Alper: "Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi", Ceza Hukuku Dergisi, C. 16, S. 16, 2011, s. 220; **Akbulut**, İlhan: Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 30; **Akyürek**, s. 101; 1412 sayılı mülga CMUK'un 327'nci maddesinde de benzer bir hükme yer verilmekteydi. Kanun'da her ne kadar yeni "vakıalar" ve "deliller"den bahsedilse de doktrinde tek bir vakıa veya delilin ortaya çıkmasının dahi yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmesi için yeterli olduğu belirtilmekteydi. Bkz. **Talıs**, s. 135.

²⁸ **Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 482-483; **Birtek**, Fatih: Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, 2.

delili ve belirti delili şeklinde tasnife tabi tutulmaktadır²⁹. Ceza muhakemesi hukukunda delil serbestliği ilkesi benimsenmiş olduğundan; gerçekçi, akılcı, temsil edici, elde edilebilir, önemli ve hukuka uygun her şey delil olabilmektedir³⁰.

Doğrudan bir ceza muhakemesi hukuku kavramı olmayan ve mülga CMUK'ta "vakıa" olarak belirtilen olayın kapsamı da oldukça geniştir. Olay sözlük anlamı itibarıyla "ortaya çıkan, oluşan durum, ilgi çeken veya çekebilecek nitelikte olan her türlü iş, hadise ve vakıa" anlamına gelmektedir³¹. Bu kavram hakkında doktrinde de yargılamanın yenilenmesi müessesesine özgü çeşitli tanımlamalar yapılmaktadır. Doktrinde bir görüş olayı, "doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak usul hukukunda ispat vasıtası olarak kabul edilen şey" şeklinde tanımlayarak, bu kavrama delille benzer bir anlam vermektedir³². Buna karşılık doktrinde başka bir görüş, olayı dar ve geniş anlamda olay şeklinde ikiye ayırmakta; yeni bir delil ortaya çıkarmayan olayı dar anlamda, yeni bir delil ortaya çıkaran olayı ise geniş anlamda olay içerisinde mütalaa etmekte ve Kanun düzenlemesi uyarınca bu sebep ile yargılamanın yenilenmesine esas teşkil edecek olayın dar anlamda olay olması gerektiğini belirtmektedir³³. Kanaatimizce de Kanun'da hem olay hem de delil kavramından bahsedildiğine göre, olay kavramından anlaşılması gereken yeni bir delil ortaya çıkarmayan olaylardır. Aksi bir kabul, kanun koyucunun aynı kavramı iki kez kullanmış olduğu, dolayısıyla da abesle iştigal ettiği anlamına gelecektir.

Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 18; **Şahin**, Cumhuriyet/Göktürk, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku II, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 32; **Talas**, s. 135; **Erdem/Şentürk**, s. 299.

²⁹ **Şahin/Göktürk**, s. 32; **Yenisey/Nuhoğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 493; **Toroslu**, Nevzat/**Feyzioğlu**, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2018, s. 210; **Birtek**, Delil ve İspat, s. 177 vd.

³⁰ Delillerin taşınması gereken bu özellikler için bkz. **Toroslu/Feyzioğlu**, s. 201.

³¹ Tanım için bkz. Türk Dil Kurumu Sözlüğü, (<https://sozluk.gov.tr>, Erişim Tarihi: 04.3.2022).

³² Bu tanımı yapan görüş için bkz. **Önder**, Yeni Vakalar ve Yeni Deliller, s. 62; **Talas**, s. 135.

³³ Bu ayrımı yapan ilk görüş için bkz. **Kunter**, Nurullah: "İçtihat Değişmesi Nedeniyle Ceza Muhakemesinin Yenilenebilmesi Sorunu", Yargıtay Dergisi, Cilt 14, Sayı 1-2, 1988, s. 49. Doktrinde bu ayrımın esas alınması gerektiğini belirten görüşler için bkz. **Karakurt**, s. 110; **Yenisey/Nuhoğlu**, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 13; **Akbulut**, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 29; Doktrinde başka bir görüş ise olay kavramını "beş duyu organı ile algılanabilen her şey" olarak tanımlamaktadır. **Akyürek**, s. 105.

Görüleceği üzere olay ve delil oldukça geniş olgulardır. Bu sebeple burada olay ve delilin kapsamına girecek durumları ele almak yerine, bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalı olan hususları incelemek daha isabetli olacaktır³⁴.

a. Kanun ve İçtihat Değişiklikleri ile Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Yeni Olay Olarak Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Meselesi

Kanun ve içtihat değişiklikleri ile Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının yeni olay kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, ele alınması gereken meselelerden birisidir. Doktrinde hâkim olan görüş, kanun ve içtihat değişiklikleri ile Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmesi açısından olay bağlamında değerlendirilemeyeceği, nitekim yargılamanın yenilenmesi müessesesinin amacının kesin hükümdeki maddi hataları ortadan kaldırmak olduğu, kanun ve içtihat değişiklikleri ile Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının ise hükmün hukuki yönüne etki etmesi sebebiyle bu kapsamda değerlendirilemeyeceği doğrudur³⁵. Günümüz doktrininde pek savunulmayan ve esasen CMUK döneminde *Kunter* tarafından ortaya konulan görüş ise, özellikle

³⁴ CMK'nın açık hükmü uyarınca, uzlaşma sırasında yapılan açıklamaların yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmesi bakımından yeni olay veya yeni delil olarak değerlendirilmesi olanaklı değildir. CMK'nın 253'üncü maddesinin yirminci fıkrasında düzenlenen söz konusu hüküm şu şekildedir: "Uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz."

³⁵ **Talas**, s. 136-139; **Karakurt**, s. 111; **Erdem/Şentürk**, s. 298; **Akyürek**, s. 110; **Akbulut**, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 30; Doktrinde *Erem* yalnızca içtihat değişiklikleri bakımından bir belirleme yapmış ve bu durumun hükmün hukuki yönüne ilişkin olması sebebiyle bir yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil etmeyeceğini belirtmiştir. Bkz. **Erem**, Muhakemenin Yenilenmesi, s. 25; **Evik**, Ali Hakan: "Somut Bir Olaydan Hareketle Yargılamanın Yenilenmesi Müessesesine Yönelik Bir Değerlendirme", İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 2015, s. 103; Yalnızca içtihat değişikliklerini ele alan bir başka yazar *Gözübüyük* de bu sebeple yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. **Gözübüyük**, Abdullah Pulat: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi Cilt 3. 1. Baskı, Kazancı Yayınları, İstanbul 1996, s. 548; **Özgen**, s. 101: Yazar her ne kadar içtihat değişikliklerinin hükmün hukuki yönüne etki etmesi sebebiyle yargılamanın yenilenmesine konu olmayacağını belirtse de, yanlışlığı hukuken beyan edilmiş bir içtihadın neticelerini sürdürmesini hakkaniyetle bağdaştırmamaktadır; Doktrinde *Önder*, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının yeni delil olarak değerlendirilebileceği görüşünü savunmaktadır. Bkz. **Önder**, Yeni Vakıalar ve Yeni Deliller, s. 64-65. Aynı yönde başka bir görüş için bkz. **Nişancı**, s. 130.

içtihat değişikliklerinin yeni olay olarak kabul edilip bu sebeple yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir³⁶.

Kanaatimizce kanun ve içtihat değişiklikleri ile Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları yargılamanın yenilenmesi sebebi oluşturamazlar. Nitekim her ne kadar yargılamanın yenilenmesi yoluna yalnızca maddi hatalar sebebiyle gidilebileceğine ilişkin bir hükme CMK'da açıkça yer verilmişse de bu durum müessesenin doğal bir sonucudur³⁷. Yukarıda da belirtildiği üzere AİHM kararlarının bazı hâllerde yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edileceğine ilişkin CMK'da bulunan istisnai düzenleme, hukuki hataların yeni olay veya yeni delil bağlamında değerlendirilerek CMK m. 311/1-e uyarınca yargılamanın yenilenmesi sebebi oluşturmayaacağına ilişkin görüşü teyit etmektedir. Bunun yanında, hukuki hataların da yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak değerlendirilebileceğine ilişkin bir kabul, kesin hükmün önleyici etkisinin tamamen yitirilmesine sebebiyet verebilecek niteliktedir. Böyle bir sonuca yol açacak uygulamanın önünün açılması hukuk güvenliği bakımından kabul edilemez. Bu sebeplerle, kesin hükmün hukuki yönüne etki eden kanun ve içtihat değişiklikleri ile Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmesi için yeni olay bağlamında değerlendirilemez. Kaldı ki bu durumlarda hükmün hukuki yönüne etki eden hata hâli değil, yalnızca sonradan ortaya çıkan bir değişiklik bulunmaktadır³⁸.

³⁶ **Kunter**, Nurullah: "Hukuki Hatayı Gidermek İçin Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi Sorunu", *Yargıtay Dergisi*, Cilt 13, Sayı 3, 1987, s. 206-208; **Kunter**, İçtihat Değişmesi, s. 59-64: Yazara göre, yargılamanın yenilenmesi yoluna yalnızca maddi hataların düzeltilmesi için gidilebileceğine ilişkin bir hükme kanunda yer verilmemesi sebebiyle, kesin hükmün hukuki yönüne etki eden hataların da bu yola başvurulması suretiyle düzeltilmesi mümkündür. Ayrıca içtihat değişikliklerinin geçmişe yürütülemeyeceğine ilişkin bir kuralın bulunmaması da bu görüşün dayanak noktalarından birisini oluşturmaktadır. Yazarın somut bir olaydan hareketle kendisinin de içtihat değişikliklerinin yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil etmeyeceği yönündeki eski görüşünü değiştirdiği bu açıklamalara mülga 1412 sayılı CMUK yürürlükte iken yayımlanmış bir çalışmada yer verilmiştir. Günümüzde bu görüşü savunan yazara rastlanmamıştır.

³⁷ **Özgen**, s. 94; **Erem**, Muhakemenin Yenilenmesi, s. 4; **Talas**, s. 139.

³⁸ *Yargıtay*, CMK'nın 223'üncü maddesinin 7'nci fıkrasına aykırı olarak, aynı sanık hakkında önceden açılan bir dava veya verilmiş bir hüküm bulunması hâlinde davanın reddi kararı verilmesi gerekirken, ikinci yargılamanın reddedilmeyip sanık hakkında hüküm verilmesi ve bu durumun hükmün kesinleşmesinden sonra ortaya çıkması hâlinde, yargılamanın yenilenmesi yoluna gitmenin mümkün olduğunu belirtmektedir. *Yargıtay*, hüküm kesinleştikten sonra anlaşılan bu durumu yeni olay bağlamında değerlendirmektedir. Bkz. *Yarg.* 8. CD., T. 14.10.2019, E. 2019/14468, K. 2019/12215, **Apaydın**, s. 273.

Hükümlünün lehine olan kanun değişikliği suçta ve cezada kanunilik ilkesine göre mutlaka göz önünde bulundurulacak olsa da, bu değerlendirme yargılamanın yenilenmesi yoluyla değil, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (CGTİK) 98'inci maddesi³⁹ uyarınca açılacak dava ile yapılacaktır⁴⁰. Ayrıca, 5237 TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra lehe kanun uyarlaması yapılması için, 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 9'uncu maddesi ile "*1 Haziran 2005 tarihinden önce kesinleşmiş hükümlerle ilgili olarak, Türk Ceza Kanununun lehe olan hükümlerinin derhal uygulanabileceği hallerde, duruşma yapılmaksızın da karar verilebilir*" hükmü sevk edilerek, bu hukuki değişikliğin yargılamanın yenilenmesi yoluyla değil, özel bir dava ile çözülmesi esası benimsenmiştir. Nitekim CMK'nın 315'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre de kesin hükümdeki hatayı giderebilecek başka bir hukuki yolun bulunması hâlinde yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemez. Burada CGTİK'nun 98'inci maddesi ile Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 9'uncu maddesinde yer verilen ve uyarlama yargılaması öngören düzenlemelerin usul kuralları bakımından noksanlıklar barındırdığı, bu yargılamalarda uygulanacak usul kurallarının belirsiz olduğu belirtilmelidir. Ancak bu sorun yargılamanın yenilenmesi müessesesi ile ilgili olmayıp, kendi içerisinde giderilmeye çalışılmalıdır.

İçtihat değişiklikleri ise yalnızca somut olay üzerinde etki doğurma kabiliyetini haizdir. Nitekim, içtihat değişikliklerinin olay bağlamında değerlendirilmesi durumunda kesin hükmün bağlayıcılığı ciddi derecede zedelenecik ve bu durum yargılamanın yenilenmesi taleplerinin artmasına sebebiyet vereceğinden, Yargıtay'da içtihat değişikliği yapılması hususunda bir çekince meydana getirecektir⁴¹. Ayrıca içtihat kavramı süreklilik kazanan yargı yorumu anlamına geldiği için, bu yorumun zaman içerisinde toplumsal, ekonomik, siyasi ve diğer koşullara göre değişmesi her zaman mümkündür. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları ise Anayasa'nın 153'üncü maddesine

³⁹ **CGTİK m. 98:** "*(1) a) Mahkûmiyet hükmünün yorumunda duraksama olursa veya sonradan yürürlüğe giren kanun hükmünün Türk Ceza Kanununun 7 nci maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekirse, hükmü veren mahkemeden, b) Çektirilecek cezanın hesabında duraksama olursa ya da cezanın kısmen veya tamamen yerine getirilip getirilemeyeceği ileri sürülürse, infaz hâkimliğinden, duraksamanın giderilmesi veya yerine getirilecek cezanın belirlenmesi için karar istenir. (2) Birinci fıkra uyarınca yapılan başvurular cezanın infazını ertelemez. Ancak, mahkeme veya infaz hâkimliği olayın özelliğine göre infazın ertelenmesine veya durdurulmasına karar verebilir.*"

⁴⁰ **Karakurt**, s. 111; **Talas**, s. 137; **Evik**, s. 104-105.

⁴¹ **Talas**, s. 139.

göre geçmişe etkili olmaz⁴². Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları sonucunda hükümlü lehine ortaya çıkan durumun suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca nasıl değerlendirileceği tartışmalı⁴³ olsa da, yukarıda açıklanan sebepler uyarınca bu durumun yargılamanın yenilenmesi sebebi oluşturması mümkün değildir⁴⁴.

Söz konusu tartışmanın uygulamadaki yansımalarına bakılacak olursa, Yargıtay, hükümlü lehine olan kanun değişikliğinin yargılamanın yenilenmesi sebebini oluşturmayacağına bir kararında⁴⁵ şu açıklamalarla hükmet-

⁴² **Anayasa m. 153/5:** “İptal kararları geriye yürümez.”

⁴³ Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının ceza muhakemesi devam ettiği sırada, soruşturma veya kovuşturma aşamasında verilmesi hâlinde bu durumun savcılık ya da mahkeme tarafından kendiliğinden göz önünde bulundurulacağı belirtilse de, bu kararın hüküm kesinleştikten sonra verilmesi hâlinde ne şekilde hareket edileceği doktrinde tartışılmaktadır. Bu konuda bir görüş, hükümlü lehine olan iptal kararının geçmişe etkili olarak uygulanabileceğini belirtmektedir. Bunun için iptal edilen kanun hükmü uyarınca verilen karar ortadan kaldırılmalı ve iptal kararı geçmişe yürütülmelidir. Doktrinde başka bir görüş failin lehine olan hükmün iptal edilmesi hâlinde kararın geçmişe yürütülmemesi gerektiğini belirtmektedir. Diğer bazı yazarlar ise Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının yeni olay bağlamında değerlendirilerek yargılamanın yenilenmesi sebebi oluşturacağını belirtmektedir. Bizim de katıldığımız bir görüş ise Anayasa'nın 153'üncü maddesinin beşinci fıkrasında zikredilen, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının geçmişe etkili olmayacağı hükmünün TCK'nın kabul ettiği zaman bakımından uygulama kurallarına aykırı olduğunu ve bu durumun düzeltilmesi için Anayasa değişikliğinin şart olduğunu belirtmektedir. Son görüş ve diğer tartışmalar için bkz. **Akbulut**, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 141-142; Doktrinde **Koca/Üzülmez** de Anayasa'nın açık hükmü karşısında Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının geçmişe etkili olmasının mümkün olmadığını belirtmektedir. Yazarlara göre failin lehe olan durumdan yararlanması için Anayasa'nın 153'üncü maddesinde değişikliğe gidilmesi şarttır. Ancak bu yolla Yargıtay uygulaması ile hukuk kuralları arasında bir uyum sağlanacak ve suçta ve cezada kanunilik ilkesinin gerekleri hayata geçirilmiş olacaktır. **Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 178; Aynı yönde başka bir görüş için bkz. **Hakeri**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 80: **Hakeri** de sorunun hukuka uygun bir şekilde çözüme kavuşturulması için Anayasa değişikliğinin şart olduğunu belirtmekte, bu değişiklik yapılana kadar Yargıtay uygulamasının devam ettirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır.

⁴⁴ Doktrinde **Öztürk/Erdem**, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının yeni olay veya yeni delil bağlamında değerlendirilerek yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilmesinin yalnızca bir temenni olarak ileri sürülebileceğini, ancak böyle bir sonucun kurumun yapısı ve mevcut hukuki düzenlemeler karşısında mümkün olmadığını belirtmektedir. **Öztürk**, Bahri/**Erdem**, M. Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 148.

⁴⁵ Yarg. 9. CD., T. 1.7.2004, E. 2004/3407, K. 2004/3587, (<https://www.kazanci.com.tr>, Erişim Tarihi: 04.3.2022).

miştir: “TCK’nun 2/2. maddesi uyarınca verilen kararın niteliği itibariyle yargılamanın yenilenmesine ilişkin olmadığı ve bu nedenle de CMUK’nun 339/4. maddesi uyarınca eski kararın iptali şeklinde hüküm tesis edilemeyeceğinin gözetilmemesi...” Ancak Yargıtay’ın aynı dairesinin önceki içtihadına çok yakın tarihte verdiği başka bir kararında ise tam tersi yönde hareket edilmiştir. Yargıtay 9. Ceza Dairesi somut olayda, kanun değişikliği sonrasında hükümlünün mahkûm olduğu fiilinin yeni kanuna göre suç teşkil edip etmediğinin yargılamanın yenilenmesi suretiyle yeniden duruşma açılarak değerlendirilmesine ilişkin talebin kabul edilmemesini bozma nedeni olarak kabul etmiştir⁴⁶. Yargıtay 15. Ceza Dairesinin daha yakın tarihli başka bir kararında da Çek Kanunu’nda hükümlü lehine yapılan değişikliklerin yargılamanın yenilenmesine sebebiyet vereceğine hükmedilmiştir⁴⁷. Buna göre Yargıtay’ın, eski tarihli içtihatlarında hükümlü lehine olan kanun değişikliklerinin yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil etmeyeceği yönünde kararlar verdiğini, daha yakın tarihli içtihatlarında ise aksi yönde belirlemeler yaptığını söylemek mümkündür⁴⁸.

Yargıtay, her ne kadar Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararlarının hükümlü lehine sonuç doğurması hâlinde bu durumun suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtse de, bu değerlendirmenin yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması değil, CGTİK kapsamında açılacak bir dava ile yapılacağına hükmetmektedir⁴⁹.

⁴⁶ Yarg. 9. CD., T. 4.10.2004, E. 2004/4220, K. 2004/4926, (<https://www.kazanci.com.tr>, Erişim Tarihi: 04.3.2022).

⁴⁷ Yarg. 15. CD., T. 29.05.2013, E. 2012/8343, K. 2013/14073, (<https://www.kazanci.com.tr>, Erişim Tarihi: 04.3.2022): “suç tarihi itibariyle karşılıksız çek keşide etme suçunun düzenlendiği 3167 sK. da yeniden yapılan yargılama sonucunda verilen hüküm tarihinden sonra yapılan kanuni değişiklikler ile ve yaptırımın idari yaptırımı dönüşürülmesi karşısında, sanığın hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesi zorunludur. Kabule göre de, yargılamanın yenilenmesi, sanığın lehine olarak yapıldığından yeniden verilecek hükmün önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır bir cezayı içermeyeceği gözetilmelidir.” Karara ilişkin değerlendirme için ayrıca bkz. **Yenisey/ Nuhoğlu**, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 15.

⁴⁸ Kanun değişikliğinin yargılamanın yenilenmesi sebebi teşkil etmeyeceği yönündeki kararlar için bkz. Yarg. 9. CD., T. 10.12.1992, E. 1992/10401, K. 1992/10953, Yarg. 8. CD., T. 11.06.2002, E. 2002/6260, K. 2002/6846, (<https://www.kazanci.com.tr>, Erişim Tarihi: 04.3.2022): “Yargılamanın yenilenmesinin koşulları CMUK’nun 327. maddesinde tek tek belirlenmiş olup anılan maddenin 5. bendindeki ‘yeni vakıalar’ kavramının, yasa değişikliğini kapsamayacağı gözetilmeden, bu hususun yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilmesinin, madde metnine ve yasa koyucunun iradesine aykırı olacağı gözönüne alınarak, TCK’nun 312. maddesinde 4744 sayılı Kanununun 2. maddesiyle yapılan değişiklik sonucu suçun unsurları yeniden düzenlediğinden...”

⁴⁹ **Hakeri**, s. 80; **Koca/Üzülmez**, s. 178.

İçtihat değişiklikleri konusunda da Yargıtay'ın genel tutumu, bu değişikliklerin yargılamanın yenilenmesi sonucunu doğurmayacağına ilişkindir⁵⁰.

b. Muhakeme Hukuku Kurallarında Yapılan Değişikliklerin Yeni Olay Kapsamında Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Meselesi

Doktrinde bazı yazarlar, özellikle önceki hüküm verilirken kullanılan bir delili delil olmaktan çıkararak ceza muhakemesi kurallarına ilişkin kanun değişikliklerinin, yargılamanın yenilenmesi bakımından yeni olay veya delil bağlamında değerlendirilebileceğini belirtmektedir⁵¹. Buna karşılık doktrinde hâkim olan görüş, ceza muhakemesi kurallarında değişiklik yapan kanun hükümlerinin yeni olay olarak değerlendirilemeyeceğini, yeni olaylar veya delillerin ortaya çıkması sebebiyle yargılamanın yenilenmesinin yalnızca hükmün maddi yönüne ilişkin hatalarda mümkün olduğunu belirtmektedir⁵².

Kanaatimizce ceza muhakemesi kurallarına ilişkin kanun değişikliklerinin yargılamanın yenilenmesi sebebinin oluşturması mümkün değildir. Nitekim, yukarıda da belirtildiği üzere, yeni olaylar veya delillerin ortaya çıkması sebebiyle yargılamanın yenilenmesi, ancak hükmün maddi boyutuna ilişkin adli hatalarda mümkün olabilir. Doktrinde de haklı olarak işaret edildiği gibi, maddi ceza hukukuna ilişkin hükümlü lehine değişikliklerin bile yargılamanın yenilenmesi bakımından yeni olay olarak değerlendirilmeyip, TCK m. 7/2 ve CGTİK m. 98 bağlamında ele alındığı hukuki düzenlemelerin olduğu bir yargılama sisteminde, derhal uygulama ilkesinin geçerli olduğu

⁵⁰ Bkz., örneğin, “*Bu itibarla, 15.6.1949 tarih ve 1948/4 esas 1949/11 karar sayılı içtihadı birleştirme kararı da gözetildiğinde, yargısal içtihat değişiklikleri kural olarak geriye yürümeyeceğinden Daire içtihadının değişmiş olmasının, usul ve maddi hukuka ilişkin hukuka aykırılık taşımayan ilama itiraza konu olamayacağı nazara alınarak, yukarıda belirtilen karar kapsamında, içtihadı birleştirme kararı mahiyetinde dahi olsa, içtihat veya yorum değişiklikleri nedeni ile olağanüstü kanun yollarına başvurulamayacağıının kabulü gerekmektedir.*”, YCGK., T. 22.06.2021, E. 2021/27, K. 2021/297, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 27.04.2022).

⁵¹ Bkz. **Yenisey/Nuhoğlu**, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 16-17: Yazarların verdiği örneğe göre, ifade almada yasak usullerin düzenlenmediği kanun döneminde bu usullerin kullanılması suretiyle sanığın ikrarı üzerine verilen bir hüküm, daha sonra yapılan kanun değişikliği ile ifade almada yasak usullerin düzenlenmesi ile beraber temelinden sarsılmış olacağından, bu durumun yeni olay olarak değerlendirilmesi mümkün olacaktır. Aynı yönde başka bir görüş için bkz. **Nişancı**, s. 129.

⁵² **Özgen**, s. 100; **Erdem/Şentürk**, s. 298-299; **Evik**, s. 102: Yazar 6526 sayılı Kanun örneğinden yola çıkarak, muhakeme kanunlarında yapılan değişikliklerin bir olay olarak değerlendirilse bile, hükmün maddi yönüne etkide bulunmadığından ve muhakemeye yeni bir olay eklenmediğinden, yargılamanın yenilenmesi sebebi oluşturmayacağını belirtmektedir.

ceza muhakemesi hukuku kurallarında yapılan değişikliklerin bu bağlamda değerlendirilmesi olanaklı değildir⁵³.

Yargıtay bu hususta çoğunlukla, ceza muhakemesi hukuku kurallarında yapılan değişikliklerin önceden hukuka uygun bir şekilde toplanan delilleri hukuka aykırı hâle getirmeyeceğine, dolayısıyla da bu sebeple yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemeyeceğine hükmetmekle birlikte⁵⁴, bazı kararlarında kanaatimizce isabetli olmayacak şekilde aksi yönde belirlemeler yapmaktadır⁵⁵.

2. Olay veya Delilin Yeni Olması

CMK m. 311/1-e hükmü uyarınca yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmesi için aranan diğer koşul, olay veya delilin “yeni” olmasıdır.

⁵³ Evik, s. 106.

⁵⁴ “Kaldı ki ceza hukukunda kabul edilen ‘suçta ve cezada kanunilik’ prensibinin bir yansıması olan ‘failin lehine yeni ceza kanununun geçmişe etkili olması’ kuralı, Ceza Yargılaması Hukukunda tatbik edilemez. Yeni Ceza Yargılaması Kanunu bireyin lehine olup olmadığına bakılmaksızın derhal uygulanır, geçmişte yapılan ve o dönemin kanununa göre geçerli olan yargı işlemleri ile tasarruflarının sıhhatini etkilemez. Aynı durumun usul yasalarının yorumuna ilişkin içtihat değişiklikleri için de geçerli olduğunda kuşku duyulmamalıdır.”, Yarg. 16. CD., T. 10.07.2020, E. 2020/4536, K. 2020/3648, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 28.04.2022); “19.12.2006 tarih ve 5560 sayılı yasanın 21. maddesi ile 5271 sayılı Yasanın 150/3. maddesinde yapılan değişiklik ile daha önce üst sınırı 5 yıl olan hapis cezasını gerektiren suçlarda sanıklar için zorunlu müdafî atanması öngörülmüş iken, yapılan değişiklik ile bu zorunluluk alt sınırı beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlarla sınırlandırılmış bulunmasına, yargılama yasalarının derhal uygulanması gerekmesine ve sanığın sorgusunun da 14.01.2004 tarihinde yapılmış bulunmasına göre, sanık hakkında zorunlu müdafî atanması koşulları artık ortadan kalkmıştır.”, Yarg. 3. CD., T. 24.3.2010, E. 2007/7021, K. 2010/5057, (<https://www.kazanci.com.tr>, Erişim Tarihi: 25.3.2022). Aynı doğrultuda bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı için bkz. YCGK., T. 22.06.2021, E. 2021/27, K. 2021/297, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 27.04.2022).

⁵⁵ Yargıtay 5. Ceza Dairesinin onama kararı (T. 02.07.2012, E. 2011/63, K. 2012/71) ile kesinleşen bir davada bazı sanıklar hakkında hukuka uygun deliller ile mahkûmiyet kararı verilmiştir. Bu deliller arasında CMK’nın 135’inci maddesinde düzenlenen telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri ile elde edilen veriler ile 140’ıncı maddede düzenlenen teknik izleme koruma tedbirine başvurulması ile elde edilen belgeler de bulunmaktadır. Hüküm kesinleştikten sonra 6526 sayılı Kanun ile CMK’nın 135 ve 140’ıncı maddelerinde değişiklik yapılarak, bu tedbirlere başvurulmasının mümkün kılındığı katalog suçlardan TCK’nın 220’nci maddesinde düzenlenen suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu çıkarılmıştır. Bunun üzerine ilk davada mahkûm edilen sanıklardan bazıları, Yargıtay 5. Ceza Dairesinin kararı ile onanan ilk hükümdede dayanılan delillerin 6526 sayılı Kanun değişikliği ile hukuka aykırı hâle geldiğini ileri sürmüş, bu sebeple yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunmuşlardır. Bu talep önceki davanın görüldüğü ağır ceza mahkemesi tarafından kabul edilmiş, yeniden görülen yargılama sonucunda verilen yeni hüküm de Yargıtay tarafından onanmıştır.

Yenilik, mahkemenin olay veya delili bilip bilmemesine, başka bir deyişle söz konusu olay veya delilin mahkemeye sunulup sunulmamasına ilişkindir⁵⁶. Olay veya delilin yeni sayılması için, ceza muhakemesinin devam ettiği sırada mahkemece söz konusu olay veya delilin varlığının bilinmemesi veya varlığının bilinmesine rağmen olay veya delile ulaşılmadığı için hükmün tesisinde kısmen ya da tamamen dikkate alınmamış olması gerekir⁵⁷. Mahkemeye sunulup dava dosyasına girmiş olan bir olay veya delilin mahkeme tarafından değerlendirilmemesi, o olay veya delili yeni kılmaz⁵⁸. Buna karşılık, mahkemeye bildirilen bir olay veya delilin toplanmadığı için mah-

⁵⁶ **Özgen**, s. 95; **Önder**, Yeni Vakitler ve Yeni Deliller, s. 63; **Erem**, Muhakemenin Yenilenmesi, s. 25; **Kunter**, İçtihat Değişmesi, s. 50; **Ünver/Hakeri**, s. 825; **Talas**, s. 133; **Erdem/Şentürk**, s. 300; **Toroslu/Fezyoğlu**, s. 453; Bu husus Yargıtay Ceza Genel Kurulunun bir kararında şu şekilde açıklanmıştır: “*Delil ve olayların, yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilebilmesi için ‘yeni’ olması gerekmektedir. Hükmü veren mahkemeye bildirilmemesi sebebiyle, hükümde dikkate alınmamış olan her olay ve delil hükümlü tarafından bilinip bilinmemesi önemli olmaksızın ‘yeni’ olarak nitelendirilmektedir. Olay ya da delilin yeniliği, olayın kesin hükümden sonra meydana gelmiş olmasıyla değil, kesinleşmiş olan hükmün verilmesi sırasında değerlendirilip değerlendirilmediği ile bağlantılıdır. Kesin hükümden önce meydana gelen ancak mahkemenin bilgisine sunulmayan ya da mahkeme tarafından değerlendirilmeyen deliller ve olaylar da ‘yeni’ sayılmalıdır. Bu doğrultuda hükmü veren mahkemeye bildirilmediğinden yargılama yapılırken değerlendirilemeyen her türlü olgu ve delil de ‘yeni’ sayılmaktadır.*”, YCGK., T. 11.03.2014, E. 2012/3-909, K. 2014/121, (<https://www.kazanci.com.tr>, Erişim Tarihi: 15.03.2022).

⁵⁷ **Talas**, s. 133; **Toroslu/Fezyoğlu**, s. 453; **Şahin/Göktürk**, s. 323; **Karakurt**, s. 111. Yargılamanın yenilenmesi sonucunu doğuracak delillerin niteliği noktasında Avustralya Yüksek Mahkemesi tarafından yeni delil/taze delil ayrımı yapılmaktadır. Yüksek Mahkeme’ye göre yeni delil, yargılama sırasında mevcut bulunup ileri sürülmeyen delil iken; taze delil, yargılama sırasında mevcut bulunmayan veya mevcut bulunsaydı çeşitli sebeplerle ortaya çıkarılmayan delildir. Bkz. *Mallard v The Quenn*. 2005 HCA 68, kararın değerlendirmesi için ayrıca bkz. **Ünver/Hakeri**, s. 828. İrlanda Hukukunda da benzer bir ayırım bulunmaktadır. Bu hukuk sisteminde önceden bilinip de mahkemeye sunulmamış olaya “yeni olay”, sonradan ortaya çıkmış olaya ise “yeni ortaya çıkmış olay” denmektedir. Kanuna göre hükmünün ilk durumdan yararlanabilmesi için olayı mahkemeye neden sunmadığına ilişkin makul bir sebep sunması gerekmekte iken, ikinci durumdan yararlanması için böyle bir şart aranmamaktadır. Türk hukukunda ise böyle bir ayırma gidilmemesi, adli hataların düzeltilip maddi hakikatin ortaya çıkarılması amacının esas alınmasına dayandırılmaktadır. **Akyürek**, s. 103’ten naklen.

⁵⁸ **Şen/Yıldız/Duymaz/Aksüt/Maviş/Başer Berkün/Şahin/Ervan/Erdem**, s. 573: Yazarların da belirttiği üzere, bu gibi hâllerde, duruma göre; Yargıtay Başsavcısı itirazına, Bölge Adliye Mahkemesi Başsavcılığı itirazına, kanun yararına bozma yoluna ya da delilin değerlendirmemesi keyfilğe dayanıyor ise Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yoluna gidilmesi mümkündür.

kemece değerlendirilmemesi, o olay veya delilin yeni olmadığı anlamına gelmeyecektir⁵⁹.

Mahkeme dışındaki muhakeme süjelerinin olay veya delili bilmelerinin bir önemi bulunmamaktadır⁶⁰. Dolayısıyla olay veya delilin, ceza muhakemesi sırasında hükümlü ya da diğer kişiler tarafından bilinip bilinmediği ya da kasıtlı olarak saklanıp saklanmadığı yargılamanın yenilenmesi açısından önem arz etmez⁶¹. Nitekim bu husus sanığın sahip olduğu susma hakkının da bir gereğidir⁶². Sanık susma hakkına sahip olması sebebiyle, hiçbir durumda mahkeme ile işbirliği yapmak zorunda değildir. Dolayısıyla sanığın bildiği bir olay veya delili mahkemeye kasıtlı olarak sunmaması sebebiyle yargılamanın yenilenmesi yolunun kapatılması susma hakkı ile bağdaşmayacaktır⁶³.

Ceza muhakemesi sırasında ileri sürülmüş ancak mahkeme tarafından hükme esas kabul edilmeyip reddedilmiş ya da inandırıcı bulunmadığı için tartışılmamış olay veya deliller yeni sayılmazlar⁶⁴. Olay veya delilin ilk kez istinaf ya da temyiz aşamasında ileri sürülmesi hâlinde de, artık yeni oldu-

⁵⁹ **Ünver/Hakeri**, s. 825; **Akyürek**, s. 101; **Apaydın**, s. 270; YCGK., T. 11.3.2014, E. 2012/3-909, K. 2014/121, (<https://www.kazanci.com.tr>, Erişim Tarihi: 25.3.2022); Yargıtay'ın bir kararında, sanığın beraatine hükmedilmesini gerektirecek bilgilere sahip tanıkların olduğunu mahkemeye bildirmesine rağmen mahkemenin bu beyanı dikkate almaması hukuka aykırı bulunmuştur. Karar için bkz. Yarg. 2. CD., T. 9.12.2015, E. 2015/16931, K. 2015/22775, (<https://www.lexpera.com.tr>, Erişim Tarihi: 04.08.2022): “Kimliğini kaybettiğini, daha önce de yargılandığını ve suçu Veli Öztürk isimli kişinin işlediğinin ortaya çıkması ile Şereflikoçhisar Asliye Ceza Mahkemesi’nce beraatine karar verildiğini belirterek yargılamanın yenilenmesi isteminde bulunan hükümlü Şereflikoçhisar Asliye Ceza Mahkemesi’nde yargılandığını ilk kez ileri sürdüğü ve suç tarihinde Ankara’da olduğunu bilen tanıklar bulunduğuna ilişkin beyanı da mahkemeye değerlendirilmemiş olduğu halde yargılamanın yenilenmesi isteminin reddine karar verilmesi karşısında, itiraz merciince itirazın kabulü yerine reddine karar verilmesi nedeniyle...”

⁶⁰ **Karakurt**, s. 112; **Özen**, s. 953.

⁶¹ **Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 967; **Şahin/Göktürk**, s. 323; **Akbulut**, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 30.

⁶² **Akyürek**, s. 103.

⁶³ **Nişancı**, s. 125; **Akyürek**, s. 103.

⁶⁴ **Özgen**, s. 95; **Talas**, s. 134; **Centel/Zafer**, s. 967; **Şahin/Göktürk**, s. 323; **Karakurt**, s. 112; **Akbulut**, Yargılamanın Yenilenmesi, 29-30; **Kavak**, s. 221; **Akyürek**, s. 101; “Mahkemeye önceden incelenen delil, yeni delil değildir. Burada, yeni ve farklı ispata ulaşılabileceği hususunda bir iddia veya ciddi savunmalar olsa dahi, yeni delil söz edilemez. Yeni delil ve vakta, tarafların bildiği, ancak mahkeme ve/veya hakim bilmediği yeni delil ve vakialardır.”, Yarg. 6. CD., T. 10.11.2015, E. 2012/26166, K. 2015/45514, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 28.4.2022).

ğundan bahsedilemeyecektir. Nitekim burada istinaf ya da temyiz makamına sunulmuş olay veya delil hüküm kesinleşmeden önce incelenmiş olacaktır⁶⁵.

Yeni olay veya yeni delilin hüküm kesinleştikten sonra ortaya çıkması mümkündür. Ancak bu sebep uyarınca yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmesi için yeni olay veya yeni delilin mutlaka hüküm kesinleştikten sonra ortaya çıkması aranmamaktadır⁶⁶. Dolayısıyla yeni olay veya yeni delilin ne zaman ortaya çıktığının ya da ortaya çıkmasının üzerinden ne kadar bir zaman geçtiğinin bu koşulun sağlanması bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır⁶⁷.

Olay veya delilin yeniliği, münhasıran mahkemeye sunulup sunulmaması ile ilgili değildir. Burada önemli olan husus, olay veya delil niteliğinde olan şeyin muhtevastaki yeniliktir⁶⁸. Örneğin bir tanık mahkeme tarafından dinlenilmiş olsa da, ceza muhakemesi sırasında hatırlayamadığı için beyanda bulunmadığı bazı hususlarda sonradan önemli açıklamalar yapacak olması yeni delil niteliğindedir. Bu durumda tanığın mahkeme ile önceden temasa geçmesi, mahkeme huzurunda ifadesini vermesi ve bu ifadenin de mahkeme tarafından değerlendirilmesi yargılamanın yenilenmesi talebinin reddedilmesi için haklı bir sebep teşkil etmez⁶⁹.

Daha önce ceza muhakemesi sırasında kullanılmış delillere ilişkin sonradan meydana gelen değişikliklerin yenilik olarak değerlendirilmesinde de herhangi bir engel bulunmamaktadır⁷⁰. Örneğin, tanıklıktan çekinme hakkını kullanarak muhakeme sırasında beyanda bulunmayan kişinin, daha sonra bu hakkından feragat edip beyanda bulunması yeni delil olarak kabul edilecektir⁷¹. Benzer şekilde, mahkemeye yeni bir bilirkişi raporu sunulması da çok

⁶⁵ Nişancı, s. 124; Akyürek, s. 102; Günay, Erhan: Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanun Yolları, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s. 50; Şen/Yıldız/Duymaz/Aksüt/Maviş/Başer Berkün/Şahin/Ervan/Erdem, s. 573.

⁶⁶ Karakurt, s. 111; Özen, s. 953; Kavak, s. 221; Doktrinde *Donay*, bu sebeple yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmesi için, yeni olay veya yeni delilin mutlaka hüküm kesinleştikten sonra ortaya çıkması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. *Donay*, Süheyl: Ceza Yargılaması Hukuku, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 452.

⁶⁷ Erem, Muhakemenin Yenilenmesi, s. 26; Ünver/Hakeri, s. 825; Karakurt, s. 111; Günay, s. 46.

⁶⁸ Özgen, s. 96; Ünver/Hakeri, s. 825-826.

⁶⁹ Önder, Yeni Vakıalar ve Yeni Deliller, s. 63; Akbulut, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 30.

⁷⁰ Özgen, s. 95; Talas, s. 134; Karakurt, s. 112.

⁷¹ Önder, Yeni Vakıalar ve Yeni Deliller, s. 63; Talas, s. 134; Akbulut, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 30.

sınırlı hâllerde yeni delil olarak değerlendirilebilir⁷². Bunun için aradan geçen zaman zarfında önceki bilirkişi raporlarında kullanılmayan yeni bilimsel gelişmelerin yaşanmış olması ve mahkemenin bu gelişmeleri yargılamanın yenilenmesi talebi açısından kabule değer görmesi gerekir⁷³. Ayrıca, ilk yargılamada raporundan faydalanılan bilirkişinin bilgisinin yetersiz olduğu, bilirkişinin gözünden kaçan önemli hususların olduğu⁷⁴ veya birden fazla rapor arasında çelişkinin bulunduğu ileri sürülüp de, sonraki bilirkişi raporunda yapılan tespitlerin önceki raporları temelinden sarsması hâlinde de yeni delilin varlığından bahsedilebilir⁷⁵. Bunların dışında, sonraki bilirkişi raporunun, kusur oranlarını önceki rapora göre farklı belirlediğinden bahisle, yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmesi bakımından yeni delil olarak kabulü mümkün değildir⁷⁶. Nitekim kusur oranlarının belirlenmesi esasen hâkimin görevidir.

⁷² Doktrinde bazı yazarlar bilirkişi raporunun bir delil değil, delil değerlendirme vasıtası olduğunu belirtmektedir. Bilirkişi raporunun delil değerlendirme vasıtası olarak kabul edilmesi hâlinde, sonradan sunulan ve esaslı değişiklik içeren bilirkişi raporunun yeni delil olarak kabulü mümkün olmayacaktır. Ancak sonraki raporun yeni olay olarak kabul edilip yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla bilirkişi raporunun delil mi yoksa delil değerlendirme vasıtası mı olduğuna ilişkin tartışmalar, bu sebeple yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmesi bakımından pratik bir sonuç doğurmamaktadır. Bilirkişi raporunu delil değerlendirme vasıtası olarak kabul eden görüş için bkz. **Şahin/Göktürk**, s. 75; **Yenisey/Nuhoğlu**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 242.

⁷³ **Önder**, Yeni Vakıalar ve Yeni Deliller, s. 67-68; **Erem**, Muhakemenin Yenilenmesi, s. 27; **Yenisey/Nuhoğlu**, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 14; Örneğin meşru savunmada bulunduğu iddiasını ceza muhakemesi sırasında ispat edemeyen sanığın, sonradan ortaya çıkan makine yardımıyla savunmasını doğrulayan görüntülerin ortaya çıktığını tespit eden bilirkişi raporu yeni delil olarak kabul edilebilir. Örnek için bkz. **Karakurt**, s. 112.

⁷⁴ **Önder**, Yeni Vakıalar ve Yeni Deliller, s. 65.

⁷⁵ Bkz. **Yenisey/Nuhoğlu**, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 14; “Yargılamanın yenilenmesi için kanunda sayılan nedenlerden birisinin gerçekleşmesinin ve hatanın giderilebilmesini sağlayacak başka bir yol olmamasının gerekmesi hususları birlikte değerlendirildiğinde; Ankara Kriminal Polis Laboratuvarı Müdürlüğü uzmanlık raporunda suçta konu belge üzerinde ‘ANKARA’, ‘şubeniz nezdindeki’, ‘23.000’ ve ‘yirmiiçbin’ ibarelerine ait fulaj izleri bulunduğu dair herhangi bir tespit söz konusu olmadığı, Ulusal Kriminal Büro ile Adli Tıp Kurumu raporlarının yalnız başına veya daha önceden sunulan delillerle birlikte göz önüne alındıklarında sonuca etkili olacak yeni olay veya delil niteliğinde olmadıkları ve dolayısıyla yargılamanın yenilenmesi şartlarının gerçekleşmediği ancak temyiz incelemesi sonucu onanarak kesinleşen hükümler yönüyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının sanık lehine itiraz yoluna gitmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir.”, YCGK., T. 8.7.2021, E. 2015/11-198, K. 2021/359, (<https://www.kazanci.com.tr>, Erişim Tarihi: 10.03.2022).

⁷⁶ Yarg. 12. CD., T. 23.11.2021, E. 2021/3009, 2021/8193, (<https://www.kazanci.com.tr>, Erişim Tarihi: 31.3.2022).

Ceza muhakemesi sırasında isnat edilen suçta işlediğine yönelik ikrarda bulunan sanığın, hüküm giydikten sonra ikrarını geri alması da yeni delil olarak değerlendirilebilir. Ancak bu geri almanın makul ve kabul edilebilir bir gerekçeye dayanması gerekir. Ayrıca Yargıtay'ın sanık ikrarının mahkûmiyet için tek başına yeterli olmayacağına ilişkin içtihadına⁷⁷ karşılık, ikrarın geri alınmasının yargılamanın yenilenmesine sebebiyet vermesi için, yeni delilin dava dosyasındaki diğer olay veya delillerle desteklemesi gerekmektedir⁷⁸. Aynı husus mahkemede beyanda bulunan diğer kişilerin beyanlarını geri almaları hâlinde de geçerlidir⁷⁹. Buna karşılık hüküm kesinleştikten sonra, örneğin takibi şikayete bağlı bir suçtan mahkûmiyetin varlığı hâlinde

⁷⁷ “Hukuka aykırı yolla yapılan arama sonucu elde edilen delil yok sayıldığından maddi konusu (hint kenevirleri) ele geçmeyen olayımızda makul şüphe ile de desteklenmeyen mücerret ikrar sanığın mahkûmiyetine yeterli değildir.”, YCGK., T. 29.11.2005, E. 2005/7-144, 2005/150, (<https://www.kazanci.com.tr>, Erişim Tarihi: 05.03.2022); “4.5.2006 tarihli kolluk tarafından müdafii huzurunda alınan savunmalarında sanıkların, ... ilçesinde yakın zamanlarda meydana gelip de kolluk tarafından kendilerine okunan tüm oto teybi hırsızlığına dair eylemlerde, ‘eylemlerini gece saat 01.00-05.00 arasında gerçekleştirdikleri, araçların kapılarını tornavida veya meyve bıçağı ile açtıkları, aradan zaman geçmesi, havanın karanlık olması ve ...’yi bilmemeleri sebebiyle hırsızlık yaptıkları adresleri, araç modellerini ve suçta konu teyplerin özelliklerini hatırlamadıkları’ şeklinde genel bir ikrarda buldukları, beyanlarında, atılı suçun şahsileştirilmesini sağlayacak her hangi bir ayrıntı ileri sürmedikleri gibi devamında sanıklara yer gösterme işlemi de yapılmadığından, sırf 4.5.2006 tarihli ...’de meydana gelen çoğu oto teybi hırsızlığı eylemlerine dair soyut ikrardan, müştekiye ait oto teybinin sanıklar tarafından çalındığı sonucuna ulaşamayacağı, bu anlamda, soyut ikrar ile hırsızlık eyleminin ilişkilendirilemediği, sanıkların yargılama aşamasında, suçta inkar etmeleri hususu da dikkate alındığında, yüklenen suçta işlediklerini gösterir, hukuka uygun, kuşkudan uzak, kesin, yeterli ve inandırıcı kanıtlar bulunmadığı gözetilmeden ‘şüpheden sanık yararlanır’ evrensel ceza hukuku ilkesi uyarınca atılı hırsızlık suçunun sanıklar tarafından işlendiğinin sabit olmaması sebebiyle beraatleri yerine yazılı biçimde mahkûmiyetlerine karar verilmesi...”, Yarg. 17. CD., T. 03.05.2016, E. 2015/13365, K. 2016/6633, (<https://www.kazanci.com.tr>, Erişim Tarihi: 05.03.2022).

⁷⁸ **Akyürek**, s. 107.

⁷⁹ Doktrinde *Yenisey/Nuhoğlu* bu gibi durumların yeni delil olarak değil ve fakat yeni olay olarak değerlendirilebileceğini belirtmektedir. Bkz. **Yenisey/Nuhoğlu**, Yargılamanın Yenilenmesi, s. 18; CMK'nın 314'üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde, sanığın beraat ettikten sonra hâkim önünde güvenilebilir bir ikrarda bulunması da yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak düzenlenmiştir. Ancak buradaki yenileme, sanığın lehine değil aleyhinedir. Nitekim bu hâlde, ilk yargılamada beraat eden sanık daha sonra hâkim önünde bir ikrarda bulunmakta, bu ikrar ise sanık aleyhine yargılamanın yenilenmesine dayanak oluşturmaktadır. Beraat sonrası ikrar sebebiyle yargılamanın yenilenmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Özyüksel**, Özgün: “Beraat Sonrası İkrar (CMK m. 314/1-c)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Sayı 1, 2021, s. 17-32; **Birtek**, Fatih: Ceza Muhakemesinde İkrar, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018, s. 282-289.

şikayetten vazgeçilmesi gibi durumlar yeni olay veya yeni delil olarak değerlendirilemez⁸⁰.

Doktrinde olay veya delilin yeniliği hususunda şüphenin bulunduğu hâllerde şüpheden sanık yararlanır ilkesinin geçerli olmayacağı haklı olarak belirtilmektedir⁸¹. Nitekim bu ilke, hükmün kurulması sırasında isnat üzerindeki var olan şüphenin sanık lehine yorumlanmasını ifade eder⁸². Burada ise yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmesi için aranan bir dava şartının varlığı meselesi çözülmektedir. Dolayısıyla burada şüphe, istisnai bir özellik taşıyan yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesi lehine değil, hukuki güvenlik ilkesi bakımından önem arz eden kesin hükmün geçerliliği lehine yorumlanmalıdır⁸³.

3. Olay veya Delilin Önemli Olması

Bu sebeple yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmesi için, yeni olay ve yeni delillerin yalnız başına ya da önceden sunulan delillerle birlikte göz önüne alındıklarında, sanığın beraatini veya daha az ceza almasını gerektiren kanun hükmünün uygulanarak mahkûm edilmesini gerektirecek nitelikte olması gerekmektedir. Bu iki nedenden birisinin bulunmaması hâlinde, verilen hükmün adaletli ve hakkaniyetli olmadığına ilişkin toplum nezdinde ciddi bir tepkinin oluşması durumunda dahi yargılamanın yenilenmesi yoluna gitmek mümkün olmayacaktır⁸⁴.

Doktrinde ve uygulamada “önemlilik”⁸⁵ olarak belirtilen bu koşulun amacı, uyuşmazlıkların gereksiz yere gündeme getirilmesi suretiyle hukuki güvenlik ilkesinin bir gereği olan mahkemelerin verdiği kesin hükümlere duyulan itimadın azalmasını önlemektir⁸⁶. Bu koşulun öngörülmesiyle mah-

⁸⁰ **Karakurt**, s. 112.

⁸¹ **Özgen**, s. 96; **Önder**, Yeni Vakıalar ve Yeni Deliller, s. 64; **Talas**, s. 135; **Nişancı**, s. 126; **Akyürek**, s. 104.

⁸² **Özbek**, V. **Özer/Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 78; **Öztürk**, Bahri/**Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, M. Ruhan/**Sırma Gezer**, Özge/**F. Saygılar Kurt**, Yasemin/**Alan Akcan**, Esra/**Erden Tütüncü**, Efser/**Özaydın**, Özdem/**Altınok Villemin**, Derya/**Tok**, Mehmet Can: Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 90.

⁸³ **Talas**, s. 135; **Akyürek**, s. 104.

⁸⁴ **Özgen**, s. 98; **Erem**, Muhakemenin Yenilenmesi, s. 27; **Karakurt**, s. 113.

⁸⁵ **Önder**, Yeni Vakıalar ve Yeni Deliller, s. 68; Bir Yargıtay kararında önemlilik unsuru şu şekilde açıklanmıştır: “Önceki hükmü değiştirmeye mahkemeyi yönlendirebilecek ciddiyette bulunması gerekir.”, Yarg. 1. CD., T. 10.10.1994, E. 1994/3258, K. 1994/3185, (<https://www.kazanci.com.tr>, Erişim Tarihi: 06.04.2022).

⁸⁶ **Karakurt**, s. 113; **Akyürek**, s. 110.

kemelerin iş yükünde bir artışa sebebiyet verilmesi ihtimali de ortadan kaldırılmak istenmiştir⁸⁷.

Burada önemlilikten maksat, olay veya delilin, kesin hükmün maddi tespitlerini temelinden sarsacak nitelikte olmasıdır⁸⁸. Yeni olaylar veya yeni deliller tek başına önemli olmasalar da ceza muhakemesi sırasında tartışılan diğer delillerle birlikte değerlendirildiğinde önemli nitelik taşıyor ise, bu durum yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması için yeterlidir. Diğer delillerden kasıt sadece gerekçeli kararda yer verilen deliller değil, dava dosyası içinde bulunan tüm delillerdir⁸⁹.

Yeni olay veya yeni delilin önemli olup olmadığının tespitini yapacak makam, yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulan mahkemedir⁹⁰. Doktrinde de belirtildiği üzere, bu inceleme yapılırken yeni olay veya yeni delilin, hükümlünün beraatine hükmedilmesine ya da hükümlü hakkında daha az ceza verilmesini gerektiren kanun hükmünün uygulanmasını gerektirdiğine yönelik mahkemede yeterli bir şüphenin oluşması kâfi kabul edilmeli, kesin ispat aranmamalıdır⁹¹. Zira, kesin ispatın aranması hâlinde yargılamanın yenilenmesi talebini kabul eden mahkeme, aynı zamanda bu yöndeki kararını da ortaya koymuş olacağından, ihsası reyde bulunma yasağı ihlal edilmiş olacaktır⁹².

Bu koşulun gerçekleşmesi ilk olarak yeni olay veya yeni delilin beraat kararı verilmesini gerektirecek nitelikte olması durumunda mümkündür. Sanık hakkında beraat kararı verilmesini gerektiren sebepler CMK'nın 223'üncü maddesinin ikinci fıkrasında; yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması, yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması şeklinde sınırlı sayıda belirtilmiştir. Kanun'da her ne kadar

⁸⁷ **Karakurt**, s. 113.

⁸⁸ **Özgen**, s. 101; **Önder**, Yeni Vakıtlar ve Yeni Deliller, s. 69; **Erdem/Şentürk**, s. 301-302.

⁸⁹ **Önder**, Yeni Vakıtlar ve Yeni Deliller, s. 69-70; **Talas**, s. 140.

⁹⁰ **Özgen**, s. 101; **Gözübüyük**, s. 543; **Talas**, s. 140; **Akyürek**, s. 101; **Özen**, s. 953.

⁹¹ **Özgen**, s. 96; **Karakurt**, s. 115; **Nişancı**, s. 132-133; **Akyürek**, s. 113.

⁹² **Karakurt**, s. 115: Yazara göre, CMK'nın 311'inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde, "...sanığın beraatini veya daha hafif bir cezayı içeren kanun hükmünün uygulanması ile mahkum edilmesini gerektirecek nitelikte olursa" ifadesi ile yer verilen hükümde "gerektirecek" kelimesinin kullanılması ile kanun koyucunun da bu hususta kesin ispat aramadığı anlaşılmaktadır.

beraat kavramına yer verilse de doktrinin çoğunluğu tarafından ilk durumun varlığı için beraat kavramının geniş anlamda yorumlanması gerektiği belirtilmektedir⁹³. Dolayısıyla, bu koşulun gerçekleşmesi bakımından hükümlü hakkında yalnızca CMK'nın 223'üncü maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen sebeplerden biri uyarınca beraat kararı verilecek olması şart olmayıp, devletin cezalandırma hakkının ortadan kalktığı her türlü durumun gerçekleştiğine ilişkin yeni olay veya yeni delilin ortaya çıkması yeterli kabul edilmelidir⁹⁴. Düşme kararı verilmesini gerektiren, zamanasını süresi dolduktan sonra hükümlü hakkında mahkûmiyet kararı verildiğine ilişkin yeni olay veya yeni delilin ortaya çıkması bu duruma örnek olarak gösterilebilir⁹⁵. Benzer şekilde hükümlü hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi sonucunu doğuran etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektirecek yeni olay veya yeni delilin ortaya çıkması durumunda da bu şart gerçekleşmiş olacaktır.

Bu koşulun gerçekleşebileceği diğer durum, yeni olay veya yeni delilin sanık hakkında daha az ceza verilmesini gerektiren kanun hükmünün uygulanmasını sağlayacak nitelikte olmasıdır. Burada yeni olay veya yeni delil kesin hüküm kurulurken göz önünde bulundurulmuş kanun hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığını, daha az ceza verilmesini gerektiren başka ya da aynı kanunun farklı hükümlerinin uygulanması gerektiğini gösterecek nitelikte olmalıdır. Her şeyden önce daha az cezayı gerektiren "*kanun hükmü*", mutlaka farklı kanun maddelerinin uygulanması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Aynı madde içerisinde bulunan fıkra ya da bentler farklı hüküm olarak değerlendirilmelidir⁹⁶. Nitekim önemli olan husus kanun hükümlerinin düzenlendiği yer değil, muhtevasıdır⁹⁷. Ayrıca, yeni olay veya yeni delilin kesin hükümden daha az ceza verilmesini gerektiren başka bir suçun oluştuğunu ortaya koyması mümkün olmakla beraber, bu sonuç zorunlu değildir⁹⁸.

⁹³ Özgen, s. 102; Önder, Yeni Vakıalar ve Yeni Deliller, s. 71; Kunter, İçtihat Değişmesi, s. 51; Centel/Zafer, s. 967; Karakurt, s. 113; Talas, s. 141.

⁹⁴ Özgen, s. 102; Ünver/Hakeri, s. 825; Talas, s. 141; Kavak, s. 221.

⁹⁵ Önder, Yeni Vakıalar ve Yeni Deliller, s. 61; Talas, s. 141; Karakurt, s. 113; Apaydın, s. 271.

⁹⁶ Özgen, s. 103; Talas, s. 141.

⁹⁷ Karakurt, s. 114.

⁹⁸ Karakurt, s. 114; Nişancı, s. 132; Kunter, İçtihat Değişmesi, s. 53-54: Bu koşul 1412 sayılı CMUK'ta yeni vakıa veya delilin ortaya çıkması sebebiyle yargılamanın yenilenmesinin düzenlendiği hükümde de yer almaktaydı. Bu kanun döneminde doktrinde Kunter önceleri, hükümlü hakkında daha az ceza verilmesini gerektiren kanun hükmünün, mutlaka daha az cezayı gerektiren başka bir suç tipini düzenleyen hüküm şeklinde

Kesin hükümde dayanılan hükmün hâkimin takdirine bırakılmamış bir norm olması gerekmektedir. Aksi durumda yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemez⁹⁹. Örneğin, karşılıklı hakaretin varlığı hâlinde sanık hakkında TCK'nın 129'uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca ceza verilmesi durumunda, kesin hükümdekinden daha az ceza verilmesi sonucunu doğuracak yeni olay veya yeni delilin ortaya çıktığından bahisle yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemeyecektir¹⁰⁰. Nitekim burada uygulanan hüküm hâkimin takdirine bırakılmıştır. İndirimli ceza verme ya da hiç ceza vermeme baştan beri hâkimin takdirindedir.

Daha az ceza verilmesini gerektiren hükmün uygulanması durumunda mutlaka cezanın azalma ihtimali bulunmalıdır¹⁰¹. Aksi durumda yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemez. Bu belirleme yapılırken her iki kanun hükmünün öngördüğü ceza türü ve miktarına bakılmalıdır. Her iki kanun hükmü de hapis cezası ya da adli para cezası gibi aynı tür ceza öngörmüş ise, cezanın miktarı belirleyici olacaktır. Cezanın miktarına göre yapılacak belirlemede ise hapis veya adli para cezasının alt sınırına bakılmalıdır. Zira yalnızca yeni olay veya yeni delilin uygulanmasını gerektirdiği kanun hükmünün alt sınırının kesin hükümde dayanılan kanun hükmünün alt sınırından daha az olması durumunda cezanın azalma imkânı vardır¹⁰². Ancak burada da aynı hükümde yer alan ve hâkimin takdirine göre uygulanma kabiliyetini haiz artırım ya da indirim sebepleri dikkate alınmayacaktır¹⁰³.

Sanık hakkında daha az ceza verilmesini gerektiren kanun hükmünün uygulanması sonucunu doğuracak yeni olay veya yeni delil, kesin hükümde uygulanmaması gereken bir ağırlaştırıcı nedenin uygulandığını gösterir mahiyette olabilir¹⁰⁴. Sanık hakkında gebe olduğu bilinen bir kadına karşı kasten öldürme suçunu işlediğinden bahisle TCK'nın 82'nci maddesinin birinci fıkrasının (h) bendindeki nitelikli hâl uygulandıktan sonra, kadının gebe olmadığına anlaşılması hâli bu duruma örnek olarak verilebilir. Nitekim artık burada sanık hakkında daha az ceza verilmesini gerektiren suçun temel şeklinin düzenlendiği TCK'nın 81'inci maddesi uygulanacaktır. Yeni olay veya

anlaşılması gerektiğini ifade etmekten, sonraları bu görüşünü değiştirerek doktrindeki hâkim görüşüne katılmıştır.

⁹⁹ **Özgen**, s. 103; **Erem**, Muhakemenin Yenilenmesi, s. 27; **Ünver/Hakeri**, s. 825; **Akyürek**, s. 112.

¹⁰⁰ Örnek için bkz. **Talas**, s. 142.

¹⁰¹ **Özgen**, s. 103-104; **Talas**, s. 141; **Karakurt**, s. 114.

¹⁰² **Önder**, Yeni Vakıalar ve Yeni Deliller, s. 73; **Karakurt**, s. 114; **Akyürek**, s. 114.

¹⁰³ **Önder**, Yeni Vakıalar ve Yeni Deliller, s. 73-74; **Akyürek**, s. 114.

¹⁰⁴ **Karakurt**, s. 114.

yeni delil, kesin hükümde uygulanması gereken bir hafifletici nedenin uygulanmadığını gösterir mahiyette de olabilir. Yağma suçundan mahkûm edilen bir kimseye, suçun işlenmesi ile elde edilen malın değerinin az olduğunun yeni olay veya yeni delil ile anlaşılması hâlinde, TCK'nın 150'nci maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün uygulanması suretiyle daha az ceza verilmesi ihtimalinin bulunması bu duruma örnek olarak gösterilebilir¹⁰⁵. Kesin hükümde sanık hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanması, ancak yeni olay veya yeni delilin tekerrür hükümlerinin uygulanmamasını gerektirir nitelikte olması hâli de bu kapsamda örnek olarak gösterilebilir¹⁰⁶.

Yeni olay veya yeni delil, var olan ancak kesin hükmün kurulması sırasında dikkate alınmayan bir kanun hükmünün uygulanması suretiyle sanığın daha az ceza almasını gerektirecek nitelikte de olabilir¹⁰⁷. Sanığın işlediği suçun teşebbüs aşamasında kaldığını gösteren yeni olay veya yeni delillerin ortaya çıkması bu duruma örnek olarak gösterilebilir¹⁰⁸. Benzer şekilde, sanığın aynı mağdura karşı işlediği birden fazla suçu *bir suç işleme kararının icrası kapsamında* gerçekleştirdiğini ortaya koyan ve sanık hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması sonucunu doğuracak yeni olay veya yeni delillerin ortaya çıkması durumunda da yargılamanın yenilenmesi yoluna gitmek mümkün olacaktır.

Bu belirlemelerin Türk Ceza Hukuku sisteminde kabul edilen iki yaptırım türünden biri olan güvenlik tedbirleri bakımından da geçerli olduğunu belirtmek gerekmektedir¹⁰⁹. Dolayısıyla, kesin hükümde bir güvenlik tedbirine hükmedilmiş, ancak ortaya çıkan yeni olaylar veya yeni delillerden sonra bu tedbire hükmedilmemesinin ya da daha hafif bir güvenlik tedbirine hükmedilmesinin gerektiği anlaşılırsa, bu durumda da yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilir.

¹⁰⁵ Bununla birlikte doktrinde Önder tarafından, yeni olay veya yeni delilin, aynı suçun daha az ceza verilmesini gerektiren temel ya da nitelikli hâlinin uygulanmasını gerektirir nitelikte olduğundan bahisle yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemeyeceği savunulmaktadır. Yazar görüşünü, bu durumda suç vasfının değişmemesine dayandırmaktadır. Bu görüşe katılmamaktayız. Nitekim yukarıda da belirtildiği gibi, yeni olay veya yeni delilin sanık hakkında daha az ceza verilmesini gerektiren kanun hükmünün uygulanmasını gerektirdiği durumlarda, kastedilen "*kanun hükmü*"nın mutlaka kanunun farklı maddeleri şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Nitekim burada önemli olan husus sonradan uygulanacak kanun hükmünün nerede düzenlendiği değil, muhtevasıdır. Yazarın bu görüşü için bkz. Önder, Yeni Vakıalar ve Yeni Deliller, s. 73.

¹⁰⁶ Önder, Yeni Vakıalar ve Yeni Deliller, s. 73-74.

¹⁰⁷ Karakurt, s. 115.

¹⁰⁸ Talas, s. 141; Akyürek, s. 106.

¹⁰⁹ Erem, Muhakemenin Yenilenmesi, s. 26-27.

SONUÇ

Ceza muhakemesi hukukunda hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden yeni olaylar veya yeni delillerin ortaya çıkması, CMK'nın 311'inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde düzenlenmiştir. Bu sebeple yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmesinin üç koşulu bulunmaktadır. Bunlardan ilki, olay veya delilin varlığıdır. Söz konusu olay veya delil kesin hükümdeki maddi hatalara ilişkin olmalıdır. Hükümün hukuki yönüne etki eden, kanun ve içtihat değişiklikleri ile Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmesi bakımından yeni olay kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Benzer şekilde, derhal uygulama ilkesinin geçerli olduğu ceza muhakemesi hukuku kurallarına ilişkin kanun değişikliklerinin de olay veya delil kapsamında değerlendirilmesi olanaklı değildir.

Bu sebeple yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmesinin diğer koşulu, olay veya delilin yeni olmasıdır. Burada yenilik olay veya delilin mahkemeye sunulması bakımından aranacaktır. Muhakemenin diğer süjelerinin olay veya delili bilmesi önemli değildir. Mahkemeye sunulmuş ancak ciddi bulunmadığı için değerlendirilmemiş olay veya deliller yeni sayılacaktır. Ancak olay veya delilin yeni olması, tek başına mahkemeye sunulması ile ilgili de değildir. Burada mühim olan husus olay veya delilin muhtevastındaki yeniliktir. Bir olay veya delil önceden mahkemeye sunulmuş olmakla birlikte, olay veya delilin aydınlatılmayan ya da eksik yanlarının olduğunun sonradan anlaşılması hâlinde yenilikten bahsedilebilecektir.

CMK m. 311/1-e uyarınca yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmesinin son koşulu ise, olay veya delilin önemli olmasıdır. Önemli olmaktan maksat, olay veya delilin, tek başına ya da diğer delillerle birlikte değerlendirildiklerinde hükümlü hakkında beraat kararı verilmesini veya daha az ceza almasını sağlayacak kanun hükmünün uygulanmasını gerektirecek nitelikte olmasıdır. Devletin cezalandırma yetkisinin ortadan kalktığı tüm durumlar beraat kavramı içinde değerlendirilmelidir. Hükümlünün daha az ceza almasını sağlayacak kanun hükmünün uygulanması bakımından da yeni yargılama sonucunda mutlaka cezanın azalma ihtimali bulunmalıdır. Bu sebeple, kesin hükümde dayarılan kanun maddesi ile yeni yargılamada uygulanacak kanun maddelerinin öngördüğü cezaların alt sınırı aynı ise yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilemez. Sonradan uygulanacak kanun maddesinde öngörülen cezanın alt sınırı, kesin hükümde dayarılan kanun maddesinde öngörülen cezanın alt sınırından daha az olmalıdır. Zira yalnızca bu durumda cezanın azalma ihtimali bulunmaktadır.

Suç karşılığında öngörülen yaptırımın güvenlik tedbiri olması durumunda da cezanın azalması ihtimalinden bahsedilebilmesi mümkündür. Ancak hâkimin takdir yetkisine bırakılan kanun hükümlerinin uygulanmadığından bahisle yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesi mümkün değildir.

Tüm bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğinin değerlendirmesini yapacak makam, yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunan mahkemedir. Yargılamanın yenilenmesi talebinin kabul edilebilmesi için, yeni olay veya delilin, hükümlünün beraatine hükmedilmesini ya da hükümlü hakkında daha az ceza verilmesini gerektiren kanun hükmünün uygulanmasını gerektirip gerektirmediği hususunda mahkemece kesin ispat aranmayacak, yeterli şüphe talebin kabulü için kâfi olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akbulut**, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Akbulut**, İlhan: Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Akyürek**, Güçlü: Yargılamanın Yenilenmesi, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Apaydın**, Cengiz: Ceza Muhakemesine Egemen Olan İlkeler Işığında Olağan ve Olağanüstü Kanun Yolları, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Bakım**, Sevi: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Cilt 19, Sayı 2, 2013, s. 919-951.
- Birtek**, Fatih: Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- Birtek**, Fatih: Ceza Muhakemesinde İkrar, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Donay**, Süheyl: Ceza Yargılaması Hukuku, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2015.
- Erdem**, Mustafa Ruhan/**Şentürk**, Candide: Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Erem**, Faruk: Ceza Usulü Hukuku, 5. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.
- Erem**, Faruk: “Muhakemenin Yenilenmesi Hakkında Genel Bilgiler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 19, Sayı 1, 1962, s. 3-48.
- Evik**, Ali Hakan: “Somut Bir Olaydan Hareketle Yargılamanın Yenilenmesi Müessesesine Yönelik Bir Değerlendirme”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 2015, s. 99-113.
- Gözübüyük**, Abdullah Pulat: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi Cilt 3. 1. Baskı, Kazancı Yayınları, İstanbul 1996.
- Günay**, Erhan: Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanun Yolları, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015.

- Hakeri**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Karakurt**, Ahu: Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakemenin Yenilenmesi, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.
- Kavak**, Aydoğan Alper: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 16, S. 16, 2011, s. 209-239.
- Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Kunter**, Nurullah: “Hukuki Hatayı Gidermek İçin Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi Sorunu”, Yargıtay Dergisi, Cilt 13, Sayı 3, 1987, s. 201-208.
- Kunter**, Nurullah: “İçtihat Değişmesi Nedeniyle Ceza Muhakemesinin Yenilenebilmesi Sorunu”, Yargıtay Dergisi, Cilt 14, Sayı 1-2, 1988, s. 42-64.
- Kunter**, Nurullah: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1981.
- Nişancı**, Dilaver: Ceza Muhakemesinde Yargılamanın Yenilenmesi, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- Önder**, Ayhan: “Ceza Muhakemeleri Usulü Hukukunda Yeni Vakıalar ve Yeni Deliller Sebebiyle Muhakemenin İadesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 31, Sayı 1-4, 1966, s. 55-79.
- Önder**, Ayhan: “Muhakemenin İadesinde Reform”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 38, Sayı 1-4, 1973, s. 59-114.
- Özbek**, V. Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Özen**, Mustafa: Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.
- Özgen**, Eralp: Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi, 1. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1968.
- Öztürk**, Bahri/**Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, M. Ruhan/**Sırma Gezer**, Özge/**F. Saygılar Kırt**, Yasemin/**Alan Akcan**, Esra/**Erden Tütüncü**, Efser/**Özaydın**, Özdem/**Altınok Villemin**, Derya/**Tok**, Mehmet Can: Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Öztürk**, Bahri/**Erdem**, M. Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.

- Özyüksel**, Özgün: “Beraat Sonrası İkrar (CMK m. 314/1-c)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, Sayı 1, 2021, s. 17-32.
- Soyaslan**, Doğan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- Şahin**, Cumhuriyet/**Göktürk**, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku II, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Şen**, Ersan: Yorumluyorum -XXVI-, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Şen**, Ersan/**Yıldız**, Ali Kemal/**Duymaz**, Erkan/**Aksüt**, Ertekin/**Maviş**, Mert/**Başer Berkün**, Beyza/**Şahin**, Buğra/**Ervan**, Mehmet Vedat/**Erdem**, Erkam: Ceza Avukatının Başvuru Kitabı, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Talas**, Serdar: “Ceza Yargılaması Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi”, İstanbul Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2004.
- Toroslu**, Nevzat/**Feyzioğlu**, Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2018.
- Ünver**, Yener/**Hakeri**, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Yavuz**, Hakan: “Türk Ceza Hukukunda Dava Zamaşımı ve Olağanüstü Kanun Yolları İle İlişkisi”, Adalet Dergisi, Sayı 66, 2021, s. 497-542.
- Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu**, Ayşe: “Yargılamanın Yenilenmesi Muhakemesi”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 123-124, 2014, s. 7-35.
- Yurtcan**, Erdener: Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.

BİREYSEL İŞ HUKUKUNDA ARABULUCULUKTAN KAYNAKLANAN BAZI SORUNLAR

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1182544>

Orhan Gazi SARIDAĞ*

Öz

Bireysel iş hukukunda arabuluculuk kapsamında en önemli düzenleme, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun arabuluculuğu dava şartı olarak öngörmesidir. Bu düzenlemelere göre işçilik tazminat ve/veya alacağı ile işe iade talepli davalarda dava açılmadan önce arabulucuya başvuru yapılması gerekmektedir. Zorunlu arabuluculuk yargının iş yükünü azaltmaktadır. Ancak aynı zamanda yargı denetiminden uzaklaşma tehlikesi barındırmaktadır ve arabuluculuğun alternatif olma özelliğini zedelemektedir. Ayrıca arabuluculuk görüşmeleri sırasında arabulucu tarafından işçiyi koruyucu hükümlerin uygulanma ihtimali bulunmamaktadır. Dava şartının yerine getirilmesi için arabuluculuk son görüşme tutanak aslının veya arabulucu tarafından onaylı suretinin sunulması gerekmektedir. Taraf vekili tarafından onaylı suretinin sunulması halinde dava şartı yerine getirilmiş olmayacaktır. Arabuluculuk görüşmelerine konu edilmeyen tazminat ve/veya alacak kalemleri yönünden dava şartı yokluğundan dava usulden reddedilmelidir.

Anahtar Kelimeler

Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri, Bireysel İş Hukuku, Arabuluculuk, Son Görüşme Tutanağı, Dava Şartı

* Hâkim, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, İstanbul (orhansaridag@gmail.com) ORCID: 0000-0001-9366-0304 (Geliş Tarihi: 10.03.2022-Kabul Tarihi: 30.06.2022) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

**SOME PROBLEMS ARISING FROM MEDIATION IN
INDIVIDUAL LABOUR LAW**

(Research Article)

Abstract

The most important regulation within the scope of mediation in individual labour law is that the Labor Courts Law No. 7036 stipulates mediation as a cause of action. According to these regulations, it's a necessary to apply to a mediator before filing a lawsuit in cases demanding labour compensation and/or credits and reemployment. As a cause of action, the mediation reduces the caseload of the judiciary. However, it also poses a danger of moving away from judicial review and undermines the alternative feature of mediation. In addition, the mediator can't apply the provisions to protect the worker during the mediation negotiations. To fulfil the cause of action, the original or a copy of certified by the mediator of the mediation final meeting document must be submitted. If a certified copy is submitted by the party's attorney, the cause of action won't be fulfilled. For items of labour compensation and/or credits that were not brought forward in the mediation negotiations, the case should be dismissed procedure for the absence of cause of action.

Keywords

Alternative Dispute Resolution, Individual Labour Law, Mediation, Final Meeting Document, Cause of Action

GİRİŞ

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu, 25.10.2017'de 30221 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmasının, 01.01.2018'de ise tüm hükümlerinin yürürlüğe girmesinin ardından iş hukuku yargılamasında mühim değişiklikler getirmiştir. Bu değişikliklerden en önemlisi ve yürürlüğünün dördüncü yılında dahi tartışılanı ise arabuluculuğun işçilik alacakları ve işe iade talepli uyuşmazlıklarda dava şartı olarak öngörülmesi olmuştur. Uygulamada gerçekleşen sorunlar da nazara alındığında bu düzenlemeler kapsamında bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

İş hayatının yürütümü sırasında işçi ile işverenin birbiri ile eşit seviyede olmaması, çalışma koşullarında işçi aleyhine uygulamaların gelişmesi nedeniyle iş hukukunda işçiyi koruyucu hükümler ihdas edilmiştir. İş yargılaması usulü de benzer şekilde işçiyi gözetme borcu ön kabulüne has ispat kuralları ve usul hükümleri geliştirmektedir. Tüm bu ilkeler ise ancak mahkemede yapılan ve 6100 sayılı HMK'da yer alan usuli aşamaları içeren bir hukuk yargılamasında ortaya çıkabilmektedir. Zorunlu arabuluculuk ise tarafları mahkeme denetiminden uzaklaştırma ve yargısal denetimi bertaraf etme tehlikesi barındırabilir. Zorunlu arabuluculuk düzenlemesinin bu açıdan da tartışılması gerekmektedir.

Çalışma kapsamında öncelikle bireysel iş uyuşmazlıklarında arabuluculuğun amacı, zorunlu arabuluculuğa tâbi olan ve olmayan bireysel iş hukuku uyuşmazlıkları ve arabulucunun görevleri incelenmiş, ardından bireysel iş hukukunda zorunlu arabuluculuk hukuki değerlendirmeye tâbi tutularak olumlu yanlarına ve problem yaratmaya elverişli konulara değinilmiştir. Son bölümde ise arabuluculuktan kaynaklanan uygulamaya dair meseleler ile bunlara ilişkin teorik ve içtihadî yaklaşımlara yer verilmiştir.

I. BİREYSEL İŞ HUKUKUNDA ZORUNLU ARABULUCULUK

Hukukumuzda, arabulucu vasıtasıyla hukuki uyuşmazlıkların çözümlenmesi konusunda uygulanacak usul ve esaslara dair hükümler ihtiva eden 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu¹ (HUAK) yürürlüğe girmiştir. Ayrıca HUAK'ın uygulama ve usul esasları Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği²'nin getirdiği hükümler çerçevesinde şekillenmiştir.

¹ RG T. 22/06/2012, S. 28331.

² RG T. 02/06/2018, S.30439.

Bireysel iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk ilk kez 25/10/2017 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan ancak zorunlu arabuluculuk yönünden 01/01/2018 tarihinde uygulanmaya başlanan 7036 sayılı *İş Mahkemeleri Kanunu*³ ile düzenlenmiştir. 7036 sayılı *İş Mahkemeleri Kanunu*’nun yürürlüğe girmesi ile 5521 sayılı *İş Mahkemeleri Kanunu* ilga olmuştur. 7036 sayılı *İş Mahkemeleri Kanunu*’nun adından anlaşılacağı üzere münhasıran iş yargılaması usulüne dair hükümler ihtiva etmesi beklenmekte iken Kanun’un yalnızca ilk on bir maddesi buna ilişkindir. Diğer hükümler ise farklı kanunlarda değişiklik yapmaktadır. Bu nedenle 7036 sayılı Kanun’un *torba kanun mahiyetinde olduğu*, fakat torba kanunun isminin genellikle bazı kanunlarda değişiklik yapılacağını belirtmesi nedeniyle 7036 sayılı Kanun’un *torba kanun dahi olmadığı* belirtilmektedir⁴. Yine doktrinde kanun isminin İş Mahkemeleri Kanunu’ndan ziyade *iş mahkemeleri ve iş uyuşmazlıklarının çözümüne dair kanun* şeklinde olması gerektiği zikredilmiştir⁵. Zira yargılamayı düzenleyen kanunda arabuluculuğa ilişkin hükümlere yer verilmesi, bir süre sonra onu yargılama saymak veya yargılama yerine koymak, hatta ayrı bir yargılama usulü olduğu şeklinde yanlış bir yoruma götürebilecektir⁶.

A. Bireysel İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuğun Amacı

6325 sayılı HUAK’ın 2. maddesinin (b) bendine göre arabuluculuk, *“sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi”* olarak tanımlanmıştır⁷. Kanun hükmü, görüleceği üzere arabuluculuğu, *“ihtiyari olarak yürütülen”* bir yöntem şeklinde tanım-

³ RG T. 25/10/2017, S. 30221.

⁴ **Güzel**, Ali: “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 50, Y. 2016/3, s. 1131-1132. Benzer yöndeki eleştiriler hakkında bkz. **Erdoğan**, Ersin/**Erzurumlu**, Nurbanu: “İş Mahkemeleri Kanun Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Düşünceler”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. XIII, S. 52, Y. 2016, s. 1862.

⁵ **Özekes**, Muhammet/**Atalı**, Murat: “7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler”, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 46.

⁶ **Özekes/Atalı**, s. 84.

⁷ Arabuluculuk hakkında diğer tanımlar için bkz. **Tanrıver**, Süha: “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, TBB Dergisi, S. 64, 2006, 151 vd.

lamıştır. Anılan Kanun'un genel gerekçesinde de belirtildiği üzere, arabuluculuk esasen yargı sistemi ile rekabet içinde olmadığı gibi, amaçlanan yargı yollarına başvurma hakkını yok etmek de değildir. “Devlete ait olan yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden uyuşmazlıkların daha basit ve kolay çözümü amaçlanmaktadır”⁸.

7036 sayılı Kanun'un üçüncü maddesi ile maddenin yürürlük tarihi olan 01.01.2018 tarihinden itibaren iş uyuşmazlıklarında belirli davalarda arabulucuya başvuru zorunluluğu getirilmiş ve HMK m. 115 uyarınca bu başvuru dava şartı kılınmıştır. 7036 sayılı Kanun'un gerekçesine baktığımızda bu düzenlemenin temel getirilme amacının “iş mahkemelerinin yükünü azaltmak” olduğunu görmekteyiz⁹.

7036 sayılı Kanun ile bireysel iş hukukumuzda dahil edilen zorunlu arabulucuya başvurulmasını öngören 3. maddenin ilgili kısımları hakkında soyut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne iptal talebiyle başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi iptal talebini, dava şartının bir sonucu olarak arabulucuya başvurmak zorunlu ise de bu zorunluluğun yalnızca başvuru ile sınırlı olması, tarafların arabulucu nezdinde serbest iradeleri ile anlaşılabilir anlaşmamakta özgür olmaları, her uyuşmazlığın çözümünün mahkemelerden beklenmesinin mahkemelerin iş yükünü arttırması ve bu durumun davaların makul sürelerde bitirilememesine yol açması, iş uyuşmazlıklarının müzakere halinde ve kısa sürede çözümlenmesinin çalışma barışına ve arabuluculuğun ülke ekonomisine olumlu yönde katkı sağlayacak olması gerekçeleriyle reddetmiş ve ilgili hükmün Anayasa'ya aykırılık taşımadığına kanaat getirmiştir¹⁰. Kararda Anayasa Mahkemesi düzenlemenin hak arama ve mahkemeye erişim hakkına getirilen bir kısıtlama mahiyetinde olduğu kabul edilmiş¹¹ fakat “arabuluculuğa başvuru zorunluluğunun, kişilerin hak aramalarını imkânsız hâle getiren veya aşırı derecede zorlaştıran etkisiz ve sonuçsuz bir

⁸ Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel: Medeni Usul Hukuku, 6. bs., Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 793-794; Kanun'un genel gerekçesi için bkz. <https://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2012Yılı/Kanmetni/6325ss.pdf> (E.T. 02.02.2022).

⁹ Genel gerekçe metni için bkz: (çevrimiçi), <https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekciler/is-mahkemeleri-kanunu-7036-genel-gerekce/1> (E.T. 22.05.2022).

¹⁰ AYM, T. 11.07.2018, E. 2017/178, K. 2018/82, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2018-82-nrm.pdf>, E.T. 03.11.2021).

¹¹ “...23.İş hukuku alanındaki bazı uyuşmazlıkların dava yoluyla mahkemeler tarafından esas yönünden incelenebilmesinin arabulucuya başvurma koşuluna bağlanması, hak arama hürriyeti ve bu kapsamda mahkemeye erişim hakkına getirilen bir sınırlama niteliğindedir...”

*sürece neden olmadıkça hak arama hürriyetinin özüne dokunduğu söylene-
mez” demek suretiyle hak dengesinde bir çeşit sınır belirlemiştir.*

Anayasa Mahkemesi'nin kararının ardından ana muhalefet partisi tarafından 7036 sayılı Kanun'un 3. maddesinin değiştirilmesine yönelik kanun teklifi sunulmuş ise de TBMM Genel Kurulu tarafından kabul görmemiştir¹². Anayasa Mahkemesi gerekçesinde de iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğa ilişkin düzenlemenin amacının, iş mahkemelerinin yükünün azaltılması ile müzakereye daha uygun olan işçi-işveren uyuşmazlıklarının daha hızlı ve dostane biçimde sonuçlandırılması olduğunu görmekteyiz.

B. Bireysel İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuğun Kapsamı

7036 sayılı Kanun'un üçüncü maddesi, “dava şartı olarak arabuluculuk” başlığını taşımaktadır ve ilk fıkrasında, “*kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.*” şeklindedir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise “*iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile bunlarla ilgili tespit, itiraz ve rücu davaları hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.*” hükmü getirilmiş ve kapsam dışı bırakılan tazminat davaları zikrolunmuştur.

7036 sayılı Kanun'un 11. maddesi ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi değiştirilmiş, bu değişiklik ile birlikte işe iade davaları da zorunlu arabuluculuk kapsamına alınmıştır. Bu değişiklik ile birlikte işe iade davası açmak için hak düşürücü süre olarak kabul edilen ve fesih bildiriminden itibaren işlemeye başlayan bir aylık süre, artık arabulucuya başvuru için aranmaktadır.

7036 sayılı Kanun uyarınca arabulucuya başvurmanın dava şartı olarak arandığı taleplerin iş ilişkisinden kaynaklanması gerekmektedir¹³. Bu durum Kanun'un gerekçesinde de belirtilmiştir. İş ilişkisinin kurulmasına neden olan iş sözleşmesinin toplu veya bireysel iş sözleşmesi olması önem arz etmemektedir¹⁴. Benzer şekilde iş ilişkisine uygulanacak hükmün 4857 sayılı İş Kanunu'na tâbi olması da gerekmemektedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmelerine tâbi olarak çalışanlar, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'a tâbi olarak çalışanlar ile 854 sayılı Deniz İş Kanunu

¹² Teklif metni için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-1026.pdf> (E.T. 24.10.2021).

¹³ Köme Akpulat, Ayşe: İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 355.

¹⁴ Köme Akpulat, s. 355.

kapsamında çalışanlar ile işverenler arasındaki uyuşmazlıklar da zorunlu arabuluculuk kapsamındadır¹⁵.

Yukarıda anılan düzenlemeler neticesinde, işçi ve işveren arasında alacak ve tazminat talepli davalar ile işe iade davalarının açılmasından önce zorunlu olarak arabulucuya başvurulması gerekmektedir. Ancak iş kazası ve meslek hastalığı dolayısıyla maddi ve manevi tazminat talepli ve bunlarla ilgili olan davalarda arabulucuya başvurulması dava şartı değildir. İş kazası veya meslek hastalığı dışında bir nedenle, örneğin mobbing neticesinde yahut hakaret nedeniyle işçi ile işveren arasındaki tazminat talepli davalarda dava şartı olarak arabulucuya başvuru aranacaktır.

Düzenlemenin kapsamını değerlendirirken menfi tespit ve itirazın iptali talepli davaların da ele alınması gerekmektedir. Bilindiği üzere, çekişmeli yargıya konu olabilecek bir alacak kalemi dava açılmadan icra takibine konu olabilir. Yasal mevzuatımızda icra takibine başvurulmadan önce arabulucuya başvurulması yönünde bir hüküm bulunmamaktadır. İcra takibinde borçlu tarafından borca itiraz edilmesi halinde itirazın hüküm ve sonuçlarının ortadan kaldırılması amacıyla genel mahkemelerde görülen itirazın iptali davası açılabilecektir. Bu kapsamda itirazın iptali davasının 7036 sayılı Kanun'da zikredilen taleplerden birine ilişkin olması durumunda dava açılmadan önce arabulucuya başvuru zorunludur¹⁶.

İş uyuşmazlıklarından kaynaklanan menfi tespit davalarının dava şartı arabuluculuğa tâbi olup olmayacağı meselesine gelindiğinde ise, menfi tespit davasının amacının borçlu olunmadığının tespiti olması nedeniyle mahiyeti itibariyle arabuluculuğa tâbi olamayacağı söylenebilir¹⁷. Yargıtay'ın Eylül

¹⁵ **Ekmekçi**, Ömer/**Özekes**, Muhammet/**Atalı**, Murat/**Seven**, Vural: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 130-131; **Canbolat**, Talat: İş Hukukunda Arabuluculuk Uzmanlık Eğitimi Kaynak Kitabı, Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, Ankara 2018, s. 18; **Kar**, Bektaş: "İş Mahkemeleri Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler", İş Mahkemeleri Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler ve Arabuluculuk, İntes Yayınları, Ankara 2017, s. 29; **Çiçek**, Mustafa: İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, 2.bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 103-104.

¹⁶ **Köme Akpulat**, s. 364

¹⁷ **Mutlay**, Faruk Barış: "İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar -III, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 133; **Akyıldız**, Emre: İş Yargılamasında Arabuluculuk Sistemi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2019, s. 144; Konuya ilişkin karşı görüşler için bkz. **Dinç**, İlhan: Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk Uygulamaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, 474-516; Bölge Adliye Mahkemeleri ticaret hukuku daireleri arasında verilen çelişkili kararların giderilmesine ilişkin Yargıtay 19. Hukuk Dairesi: "...kanun maddesinin metni

2020 itibariyle bireysel iş hukuku uyuşmazlıklarına bakmaya yetkili tek dairesi olan 9. Hukuk Dairesi 2021 tarihli bir kararında “...menfi tespit davasının niteliği gereği verilen kararlarda, yalnızca davacının borçlu olup olmadığı belirlenmekte, borçlu olmadığı kısma ilişkin olumsuz tespit hükmü kurulmaktadır. Bu hüküm, herhangi bir alacağın tahsilini gerektirir nitelikte bir ilam olmadığından esasa yönelik olarak İİK m. 32 uyarınca doğrudan ilamların icrası yolu ile takibe konulamaz. Oysa arabuluculuk sonucu verilen kararlar ilam hükmünde olup, cebri icra yoluna başvurulabilecek niteliktedir. Ancak yukarıda açıklandığı gibi menfi tespit davaları sonucunda verilen hükümler esasa yönelik olarak cebri icraya konu edilip infaz edilemeyeceğinden, işçilik alacaklarına ilişkin davalarda arabuluculuğa başvuruyu dava şartı olarak öngören madde hükmünün amaçsal yorumundan Yasa Koyucu'nun bilinçli olarak menfi tespit davalarını arabuluculuk dava şartına tabi tutmadığı anlaşılmaktadır.” şeklinde içtihat etmiştir¹⁸. Kanaatimizce de menfi tespit davasının niteliği gereği zorunlu arabuluculuğa tabi olması beklenemez.

II. BİREYSEL İŞ HUKUKUNDA ZORUNLU ARABULUCULUĞUN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Bireysel İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuğun Faydaları

Bireysel iş hukukunda arabuluculuk sisteminin getirdiği en önemli fayda, 7036 sayılı Kanun'un gerekçesinde de zikrolunduğu üzere, iş mahkemelerinin yargı yükünü azaltmada kendini göstermektedir. Zorunlu arabuluculuk uygulamasının yürürlüğe girmesinden önceki bir tarih olan 2015 yılında Yargıtay'ın önündeki toplam davaların %30'unun işçi işveren uyuşmazlığı olduğu belirtilmiştir¹⁹. Globalleşen dünya ve ülkemiz sanayisinin gelişmesiyle birlikte iş uyuşmazlığı sayısının günümüzde daha da artması kaçınılmazdır. 2020 yılı Adalet Bakanlığı istatistiklerine göre²⁰ 2020 yılında

ve gerekçesi bu kadar açık ve net olup zorlamayla da olsa genişletici bir yorum yapılmasına elverişli değildir. Böyle bir yaklaşım, özel bir dava şartı olan arabuluculuğa başvuru halini genel bir dava şartı haline getirecektir. HMK'nın 106. maddesinde düzenlenen tespit davasının özel bir şekli olan menfi tespit davası, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat davası olarak nitelendirilemez...” demek suretiyle menfi tespit davalarının zorunlu arabuluculuğa tabi olmadığını içtihat etmiştir. Y. 19. HD. T. 13.02.2020, E. 2020/85, K. 2020/454 (UYAP).

¹⁸ Y. 9. HD. T. 18.03.2021, E. 2021 /2740, K. 2021/6513 (UYAP).

¹⁹ **Ekmekçi**, Ömer: “Maddi İş Hukuku Yönünden 7036 İş Mahkemeleri Kanunu”, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 10.

²⁰ Adli İstatistikler 2020, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara 2020, s. 210.

iş uyuşmazlıklarının %50'sinden fazlası arabuluculuk görüşmeleri sonunda anlaşma ile sonuçlanmış ve mahkemelerin önüne gelmemiştir. İş mahkemelerinin iş yükünün azalması ile birlikte mevcut uyuşmazlıklar daha kısa sürede sonuçlanacaktır. Zorunlu olan arabulucu sürecinde anlaşma halinde ise uyuşmazlık yargı önüne getirilmeden daha kısa sürede, daha az gider ile ve daha mahrem bir biçimde çözümlenmiş olacaktır²¹.

Yukarıda bahsedilen durumun mahkemelerin iş yükünü azaltması beklenirken maalesef beklenen etki pratikte yaşanmamıştır. Zira iş uyuşmazlıklarının sayısının son yıllarda çok fazla artması nedeniyle uyuşmazlıkların bir kısmı zorunlu arabuluculuk kapsamında çözülsün dahi mahkeme önüne taşınan dava sayısında geçen yıllara göre artış göze çarpmaktadır²². Bu durum bizlere yalnızca uyuşmazlığı mahkemenin önüne çıkartmayı geciktiren çözümler üretmek yerine uyuşmazlığın temeline inerek daha az uyuşmazlığa yol açacak ve İş Kanunu'nun iş yaşamında daha etkin uygulanmasına dayalı bir çalışma düzenine duyulan ihtiyacın sinyalini vermektedir. Özellikle sigortasız, kayıt dışı işçi çalıştırma ile mücadele ve daha etkin işçi özlük kayıtlarının tutulması konusunda denetimlerin artırılması gerekmektedir²³. Burada en önemli rol Sosyal Güvenlik Kurumu ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı denetmenlerine düşmektedir. Denetimlerin yalnızca rutin veya ihbar üzerine olmasından ziyade denetim ruhuna uygun olarak ani ve plansız denetimlerin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

B. Bireysel İş Hukukunda Arabuluculuk Sistemlerinin Mukayesesi

Bireysel iş hukukumuzda dahil edilen zorunlu arabuluculuk sistemini değerlendirebilmek için öncelikle diğer ülkelerde yer alan arabuluculuk sistemlerinin incelenmesi gerekmektedir.

Fransız iş yargılamasında yargı teşkilatı, ilk derece mahkemesi, iş mahkemeleri ("*conseil de prud'hommes*") olup; üst mahkemeler ise istinaf ("*cour d'appel chambre sociale*") ve Yargıtay ("*cour de cassation chambre social*") sosyal daireleridir²⁴. Görüldüğü üzere Fransa'da da üç aşamalı bir

²¹ **Tanrıver**, s. 157; **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 26 vd.; **Kırkıcı**, Hıdır: "İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk ve Arabuluculuk Tutanakları", İzmir Barosu Dergisi, Mayıs 2020, s. 282; **Odaman**, Serkan/**Karaçöp**, Eda: "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağında Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 35, Y. 2016, s. 54.

²² Adli İstatistikler 2020, s. 189.

²³ **Güzel**, s. 1132; **Özveri**, Murat: "İş Mahkemeleri Kanunu ve Zorunlu Arabuluculuk Uygulamaları", Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 65, Y. 2020/2, s. 923.

²⁴ **Güzel**, s. 1133-1134.

yargı sistemi mevcuttur. İlk derece mahkemesinde dava açıldığında öncelikle zorunlu bir uzlaşma aşamasına gidilmektedir. Bir işçi danışmanı ile bir işveren danışmanının oluşturduğu ve mahkeme nezdinde kurulu olan uzlaşma komisyonunda anlaşılabilmesi halinde dosya yargılama bürosunda görülmeye başlanır ve esasa ilişkin bir karar verilerek ilk derece mahkemesi aşaması nihayete erdirilir²⁵.

Alternatif uyuşmazlıklarında devrim konusunda gelişmeler kaydeden Amerika Birleşik Devletleri'nde ise her eyalette zorunlu ve ihtiyari arabuluculuk uygulaması farklılık göstermekle birlikte Montana eyaletinde işçi-işveren uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk uygulaması mevcuttur²⁶.

Alman iş yargılamasında ise iş akdi feshedilen işçi Alman Feshe Karşı Koruma Yasası (“*Kündigungsschutzgesetz*”²⁷) uyarınca feshe itirazını işyeri kurulu (“*Betriebsrat*”) önünde yapar. İşyeri kurulu uyuşmazlığı dostane biçimde çözmeye çalışır. Eğer taraflar anlaşamazsa bu takdirde işyeri kurulu olaya ilişkin görüşünü bildirir ve işçi bu görüş ile birlikte mahkemeye başvurur²⁸. Mahkemede öncelikle uzlaşma duruşması (“*Gütetermin*”) olarak adlandırılan, tek hâkim tarafından 2-8 hafta arasında tamamlanan süreç başlamakta ve %10-20’lik bir orana denk gelen uzlaşma sağlanamaması halinde bir hâkim, bir işçi temsilcisi ile bir işveren temsilcisinden oluşan heyet önünde çekişmeli yargılama (“*Verhandlungstermin*”) yapılmaktadır²⁹. İlk derece mahkemesinin tamamlanmasının ardından hukukumuzda olduğu gibi istinaf ve temyiz aşamaları ile yargılama tamamlanmaktadır³⁰. Almanya’da uygulanan uzlaşma aşaması ile ülkemizdeki zorunlu arabuluculuğun başarı oranında bu denli fark olması, iletişim kopukluğu ve uzlaşma kültürümüzün

²⁵ Güzel, s. 1134.

²⁶ Özmumcu, Seda: “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, İÜHFİM, C. 74, S. 2, 2016, s.824, (Karşılaştırmalı Hukuk).

²⁷ Kanun metni için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/kschg/BJNR004990951.html> (E.T. 04.11.2021).

²⁸ Laçiner, Vedat: “Alman Feshe Karşı Koruma Hukukunun Genel Esasları”, Yönetim Bilimleri Dergisi, C. 3, S. 2, 2005, s. 156. Konuya dair ayrıntılı bilgi hakkında bkz. Bayraktar, Muratcan: “Alman ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 89, S. 4, Y. 2019, s. 151-172.

²⁹ Güzel, s. 1134.

³⁰ Gilles, Peter (çev. Abdülkadir Haşhaş): “Almanya’da Kararlara Karşı Kanun Yolları: “Çeşitlilik, Karmaşıklık, Klişeler ve Sorgulanabilir Meşruiyet””, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, s. 123-124.

tam olarak gelişmemesinden³¹ yahut arabuluculuk uygulamamızın yeni olmasından dolayı arabulucuların ve arabuluculuk sisteminin henüz profesyonel hale gelmemesinden kaynaklanabilir.

İngiliz hukukunda Anglo-Sakson hukuk sisteminin bulunması ve taraf iradelerinin temel alındığı daha özgürlükçü model benimsenmesinden dolayı zorunlu arabuluculuk uygulaması bulunmamaktadır³². Arabuluculuk tamamen ihtiyaridir. Ancak hukukumuzda olduğu gibi hâkimin tarafları arabuluculuğa teşvik etme ve sevk etme yetkisi bulunmaktadır.

C. İş Yargılamasının Temel Özellikleri ve İşçiyi Koruyucu Hükümler

İş sözleşmesinin taraflarını oluşturan işçi ve işveren, diğer özel hukuk sözleşmelerinin genelinden farklı olarak ekonomik ve hukuki açıdan eş konumda değildir³³. İş sözleşmesi, temelinde emir, talimat ve bağımlılık ilişkisine dayanan eşit olmayan taraflar arasındaki bir ilişkiyi düzenlemektedir³⁴. Sözleşmenin bir tarafını emir veren konumunda işveren, diğer tarafı ise emir alan konumunda olan işçi oluşturmaktadır. Ayrıca sözleşmenin konusunun insan emeği olması sebebiyle, iş hukukunda temel hak ve hürriyetlerin en geniş kapsamda korunması gerekir³⁵. Bu bağlamda iş hukuku, işçiyi koruma gayesine dayalı bir hukuk dalıdır; bu koruma, diğer hukuk dallarından farklı olarak, süreklilik arz eden sosyal ilerleme yönünde bir korumadır³⁶. Bu nedenle zayıf durumda olan işçiyi koruma düşüncesiyle maddi iş hukukunda “işçi lehine yorum” ve “işçiyi koruma” ilkeleri getirilmiştir. Yine usul hukuku bağlamında işçinin ispat imkanını genişleten, bazen delil ikame yükümlülüğünü davacı lehine değiştiren düzenlemeler³⁷ ve Yargıtay uygulamaları geliştirilmiştir³⁸.

³¹ **Tanrıver**, s. 159.

³² **Geçmez**, Taha Polat: Bireysel İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Seçkin, Ankara 2020, s. 137-138.

³³ **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 247; **Köme Akpulat**, s. 416.

³⁴ **Yıldız**, Gaye Burcu: “İş Hukukunun Etkinliği ve Amacı Üzerine Yeniden Düşünmek”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 2018/2, s. 734; **Güzel**, s. 1333.

³⁵ **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 247; **Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat/**Özkaraca**, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 34. bs., Beta Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 23; **Süzek**, Sarper: İş Hukuku, 21. bs., Beta Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 19-20.

³⁶ **Güzel**, s. 1133.

³⁷ bkz: İş Kanunu m. 5, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 25.

³⁸ Konuya dair ayrıntılı bilgi için bkz. **Okur**, Zeki: “İş Uyuşmazlıklarında İşçi Lehine İspat Kolaylığı”, İÜHFİM, C. 74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan Sayısı, s. 589.

İş sözleşmesinin yukarıda belirtilen eşitsizliğe dayalı yönü ve iş hukukunda işçiyi koruma işlevinin ön planda olması nedeniyle işçi ile işverenin bir araya gelerek elverişli bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu neticesinde çözüme varmalarının çok düşük bir ihtimal olduğu doktrinde belirtilmiştir³⁹. Benzer yönde alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin zayıf durumda olanların haklarının zayi olmaması için özellikle sıkı bir yargı denetiminde uygulanması gerektiği, güçlü durumdaki işveren tarafın zayıf olan işçiyi boyun eğmeye zorlayabileceği, hukukun üstünlüğü ilkesinin mahkemelerin iş yoğunluğunun azaltılmasından daha önemli olduğu vurgulanmıştır⁴⁰.

Aksi görüşte ise alternatif çözüm metotlarının işveren üzerinde olduğu gibi işçi bakımından da faydalarının bulunduğu, tarafların uyuşmazlıkları daha kısa sürede çözmelerine imkân sağlanabileceği⁴¹ ve yargının yükünü azaltma avantajına kavuşulacağı belirtilmiştir.

İş yargılamasında işçiyi koruyucu hükümlerden biri de ibra sözleşmelerinin sıkı şartlara bağlanmış olmasıdır. 6098 sayılı *Türk Borçlar Kanunu*'nun 420. maddesi uyarınca işçilik alacakları için yapılacak olan ibra sözleşmesi sıkı şekli şartlara bağlanmış ve bu şartlardan biri veya birkaçının eksikliği hâlinde sözleşme kesin hükümsüz sayılmıştır. Anılan hüküm uyarınca ibra sözleşmesinin geçerliliği, sözleşmenin yazılı yapılması, sözleşmenin fesih tarihinden en az bir ay sonra yapılmış olması, alacağın türünün ve miktarının açık bir biçimde belirtilmesi, ödemenin *tam olarak* ve banka kanalıyla yapılmış olmasına bağlıdır⁴². Yargıtay da iş hukukunda ibraya çok şüpheli yaklaşmakta ve kural olarak ibranın mümkün olmadığını, TBK m.420'de yer alan *tam ödemeyi* aramakta ve bu durumda borcun ifa ile sona erdiğini belirtmektedir⁴³. Buna göre, işçi ile işverenin arabuluculuk aşaması dışında haricen düzenleyecekleri ibra sözleşmesinde sıkı şartlara bağlıdırlar ve iş yargılamasında ibra için tam ve eksiksiz ödeme aranmaktadır. Ancak

³⁹ Güzel, s. 1132.

⁴⁰ Köme Akpulat, s. 417, dn. 180.

⁴¹ Shulman, Harry: "Reason, Contract, and Law in Labor Relations", Harvard Law Review, 1955 Volume 68, s. 1024, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4617 (E.T. 28.10.2021); Arabuluculuk görüşmeleri neticesinde kısa sürede ödemesine kavuşacağı düşüncesiyle işçinin gerçekte olan hakkından çok daha az bir miktarı kabul etmesi gibi bir sakınca da bulunmaktadır. İlgili görüş için bkz: **Peksan**, Selcan/**Delen**, Meltem/**Yorgun**, Sayım: "İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Uygulaması ve Arabulucuların Görüşlerine İlişkin Bir Araştırma", Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 64, Y. 2020/1, s. 335.

⁴² **Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 250-253.

⁴³ Yargıtay 9. HD., T. 07.11.2019, E. 2015/17228, K. 2019/19425, (UYAP).

bu tür alacaklara ilişkin anlaşmanın arabuluculuk kapsamında yapılması hâlinde ibra sözleşmesi kapsamında zikrolunan şartlar aranmamaktadır. Bu durumda işçinin bir kısım haklarından yasal koruma mekanizması olmaksızın feragat etmesine zemin hazırlar⁴⁴. Bu durum uygulamada bireysel iş hukukunda arabuluculuk düzenlemesinin en sorunlu yanını teşkil etmektedir⁴⁵. Arabuluculuk anlaşma tutanağı taraflarca onaylandıktan sonra hakkının

⁴⁴ **Doğan Yenisey**, Kübra: “İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk” İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, TİSK Yayını, İstanbul 2016, s. 182-183; **Köme Akpulat**, s. 399.

⁴⁵ Konuya dair tartışmalar için bkz. **Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven**, s. 246 vd. İhtiyari arabuluculuk görüşmelerinde irade fesadı iddiasının ispat edildiği takdirde icra edilebilirlik şerhi verilmesine yönelik talebin reddine karar verilmesi gerektiğine dair Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin T. 08.10.2016, E. 2016/25300, K. 2019/21744 sayılı kararında: “...davacı şirket vekili davalı işçi ile işçi alacaklarının belirlenmesi ve ödenmesine ilişkin arabulucu nezaretinde anlaşmaya varıldığını, bu konuda 04.02.2016 tarihli tutanağın düzenlendiğini belirterek bu belgeye icra edilebilirlik şerhi verilmesini talep etmiştir.

Davalı işçi ise davacı işverence işten çıkarıldığını, çıkış esnasında muhasebeci gelecek ve evrakları hazırlayacak diyerek 7-8 saat bekletildiğini, sonra daha önce görmediği bir şahsın gelip bir masa etrafına oturup işten çıkışı ile ilgili belgeleri imzalattıklarını, arabulucunun kendisiyle hiç konuşmadığı gibi kendisine bir soru sormadığını imzalatılan belgeyi okumasına müsaade edilmediğini, bir örneğinin kendisine verilmediğini, bankaya yatan kısım dışındaki bedelin 2 gün sonra elden ödeneceği söylenmesine rağmen ödenmediğini, sözleşmeyi kabul etmediğini beyan etmiştir.

...

6325 sayılı Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesinin ikinci fıkrasında “Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır. Şu kadar ki, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir.” hükmü düzenlenmiştir. Diğer taraftan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinin ikinci fıkrasında “...ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibraname kesin olarak hükümsüzdür.” düzenlemesine yer verilmiştir. 6098 sayılı TBK. 'un bu düzenlemesi emredici niteliktedir. Bu düzenleme nedeni ile işveren ve işçi arasında, işçilik alacakları konusundaki uyuşmazlığa ilişkin arabuluculuk tutanağının düzenlendiği tarih ve ibra beyanının içeriği dikkate alındığında, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri bir zamanda uyuşmazlık konusu olmadan ve işçinin başvurusu bulunmadan ibra niteliğinde arabuluculuk tutanağı düzenlemişlerdir. Alınan bu ibra niteliğindeki tutanak, tarih ve içeriği itibarı ile arabuluculuğa ve niteliği itibarı ile de cebri icraya elverişli değildir. Açıklanan nedenlerle dosyada bulunan anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhinin de verilemeyeceği anlaşıldığından...”

aslında daha fazla olduğunu fark eden ve bunu talep etme yoluna gidecek olan işçinin elinde yalnızca arabuluculuk tutanağının irade fesadı iddiasıyla iptaline dair dava açma imkanı bulunmaktadır. Bu dava ise sıkı şekil ve ispat koşullarına bağlanmıştır.

Kanaatimizce, arabuluculuk görüşmelerinde iş hukukunun işçiyi koruyucu hükümlerinin ve kolaylaştırıcı ispat kurallarının uygulanamaması nedeniyle zayıf konumda bulunan işçinin menfaatine aykırı durumların oluşması mümkündür. Özellikle işverenler tarafından muvazaalı olarak ihtiyari arabuluculuk tutanağı düzenlenmesi, arabuluculuk görüşmelerinde daha kısa sürede alacak ve tazminatlara kavuşma amacıyla işçilerin gerçek hak ettiği bedellerin çok altında ödemelere razı bırakılması gibi durumlara uygulamada rastlanmaktadır. Zorunlu arabuluculuğun uyuşmazlığı sona erdirmeye ve iş mahkemelerin yükünü azaltmadaki işlevi ile işçi aleyhine barındırdığı sakıncalar arasındaki menfaat dengesi yeniden değerlendirmeye ve kurumun ihdas amacı tekrar sorgulanmaya muhtaçtır.

D. Alternatif Uyuşmazlık Çözümlerinin Gönüllülük Esasını Haiz Olması

Alternatif uyuşmazlık çözüm metotları, uyuşmazlıkların çözümünde yargısal yolların yanında bulunan ve tarafların iradi talepleri hâlinde işletilebilen, esasen ilişkilerin koparılmadan sürdürülmesini ve *adil bir karardan ziyade*, her iki tarafı da memnun edici bir sonuca ulaşılmasını amaçlayan metotlar bütünüdür⁴⁶. Arabuluculuk, HUAK m. 2 uyarınca tarafların uyuşmazlıklarını kendilerinin çözmesini amaçlayan gönüllülük temeline dayalı, dostane bir çözüm yöntemidir.

Arabuluculuk sistemimizin, 2017 tarihinde 7036 sayılı Kanun ile HUAK m. 2’de arabulucunun tanımında değişiklik yapılmasından önceki dönemde, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü konusunda yardımcı bir rol üstlenen, uyuşmazlığın çözümünün temel olarak taraf iradelerine dayandığı *kolaylaştırıcı arabuluculuk modelini* benimsediği ifade edilmiştir⁴⁷. 7036 sayılı Kanun’un getirdiği değişiklik neticesinde arabulucuya “*tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de*

denilmek suretiyle usulsüz olarak düzenlenen son tutanağın ibra niteliğinde ve icra edilebilir olmadığına hükmetmiştir. (**Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven**, s. 253-255).

⁴⁶ **Özekes/Atalı**, s. 91.

⁴⁷ **Özmumcu**, Seda: “Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk”, İÜHFİM, C.71, S.1, 2013, s. 1372; **Özmumcu**, Seda: Arabuluculuk Modelleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 34-35, (Arabuluculuk Modelleri).

getirebilme” yetkisi ve imkanı tanınmıştır. Bu nedenle artık hukukumuzda arabulucunun benimseyeceği model öncelikle eski düzenlemede olduğu gibi kolaylaştırıcı arabuluculuktur, ancak tarafların çözüm üretemediklerinin anlaşılması halinde ise artık arabulucunun çözüm önerisi getirmesine müsaade eden *değerlendirici arabuluculuk modelidir*⁴⁸.

HUAK madde gerekçelerinde, alternatif bir çözüm yöntemi olarak kabul edilen arabuluculuk sisteminde tarafların arabulucuya başvurma, arabuluculuk sürecini devam ettirme, süreci sonlandırma veya süreçten vazgeçme konusunda hür oldukları belirtilmekte olup alternatif uyuşmazlık çözüm metotlarının yargının ikamesi olan, yargı yerine getirilmeye çalışılan veya yargı ile rekabet halinde olan süreçler bütünü olmadığı, aksine yargı ile yan yana bulunan tamamlayıcı metotlar olduğu açıklanmaktadır⁴⁹.

Yukarıda zikredilen açıklamalar HUAK’ın arabuluculuğun iradi olduğunu belirten üçüncü maddesinin gerekçesinde de yer almaktadır. Gerekçeye göre, tarafları iradelerine aykırı olarak zorla bu sürece katmak mümkün görünmemektedir. Doktrinde, tarafların alternatif uyuşmazlık metotlarına teşviki, bu metotları cazip kılıcı çeşitli düzenlemelerin yapılmasının kabul edilebilir olduğu ancak tarafları bu yola mutlak şekilde zorlamanın, alternatif uyuşmazlık çözümlerinin “*alternatif*” niteliğine tamamen aykırı olduğu savunulmuştur⁵⁰. Zira arabuluculuğun dava şartı olarak düzenlenmesiyle birlikte karşı taraf ile kendi iradesiyle görüşmelerde bulunmak hususunda istekli olmayan tarafları, bu görüşme ve anlaşma yoluna başvurmaya zorunlu kılmak -müzakereler neticesinde anlaşmasalar dahi- arabuluculuğun ruhu ile bağdaşmamaktadır⁵¹. Ayrıca 2020 yılı Adalet Bakanlığı istatistiklerine göre iş uyuşmazlıklarında iradi arabuluculukta anlaşma oranı %99 iken zorunlu arabuluculukta bu oran %51’dir⁵². Bu istatistik bize alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan arabuluculuğun iradi olarak yapıldığında nasıl daha başarılı sonuçlar alındığına dair ipuçları sunmaktadır. Arabuluculuğun uygulamadaki yüksek başarısının isteğe bağlı olmasında bulunduğu, arabuluculuğu zorunlu hale getirecek değişikliklerin kurumun “büyüsünü” bozacağı savunulmuştur⁵³.

⁴⁸ **Özmumcu**, Arabuluculuk Modelleri, s. 40-41.

⁴⁹ **Köme Akpulat**, s. 411.

⁵⁰ **Özmumcu**, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 827; **Köme Akpulat**, s. 412-413.

⁵¹ **Pekcanitez**, Hakan: Pekcanitez Usul- Medeni Usul Hukuku, 15. bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 2818.

⁵² Adli İstatistikler 2020, s. 210.

⁵³ **Özmumcu**, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 830.

E. Yargı Denetiminden Uzaklaşma Tehlikesi

Alternatif uyuşmazlık çözüm metotlarının başarılı olabilmesinin ön koşulu, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yargı yoluyla rekabet içerisinde olmaması ve yargının yerine ikame edilmeye çalışılmamasıdır⁵⁴. Bu yolların asıl hedefi, çözümü basit nitelikte ve kamu düzenini ilgilendirmeyen özel hukuk uyuşmazlıklarının adli yargının iş sahasına girmeden çözümünü sağlamaktır.

İş hukuku, yukarıda değinilen işçiyi koruyucu hükümler ve uygulamalar nedeniyle özellik arz etmektedir. İş davalarına bakmakla görevli mahkeme iş mahkemesidir. 2021 yılı itibariyle çoğu il merkezinde ve iş uyuşmazlıklarının yoğun olduğu ilçelerde iş mahkemeleri kurulmuş durumdadır. İş mahkemeleri, tek hakimli ve asliye hukuk mahkemesi statüsünde mahkemelerdir. İş mahkemelerinin özel mahkeme olması nedeniyle yargılamanın yürütülmesi sırasında gerek HMK m. 33 uyarınca gerek iş yargılamalarına özel gelişmiş olan yoğun içtihat birikimi sebebiyle işçi lehine düzenlemeler uygulama alanı bulmaktadır. Yargıtay'ın iş dairelerinin yalnızca pozitif hukuk mevzuatını yorumlayan bir işlevi haiz olmadığı; genel ve evrensel hukuk ilkelerini iş uyuşmazlıklarına uygulayan, iş yaşamının koşulları ile uluslararası gelişmelere uygun olarak yeni ilkeler benimseyen ve bu ilkelerle yerel mahkeme kararlarına yön verdiği gibi kanuni düzenlemeler yapılmasına da öncülük eden rolü olduğu belirtilmektedir⁵⁵.

Zorunlu arabuluculuk görüşmeleri sırasında arabulucunun yukarıda zikrolunan işçi lehine olan ilkeleri uygulama imkanı ve yetkisi bulunmaktadır. Arabulucu tarafların anlaşığı bir konu üzerinde kamu düzenine yahut emredici hükümlere ilişkin hatırlatma yapamayacaktır⁵⁶. Zira arabuluculuk hak temelli değil daha ziyade menfaat temelli bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur⁵⁷. Kaldı ki arabulucunun yalnızca iş yargılaması ile özelleşmesi gibi bir hal de söz konusu değildir⁵⁸. Tarafların zorunlu olarak arabulucuya başvurmaları üzerine, HUAK m. 14 uyarınca arabulucu seçiminde anlaşmamaları durumunda arabuluculuk bürosu tarafından tayin edilen arabulucuya ve bu arabulucunun arabuluculuk sürecinde yaptığı seçim

⁵⁴ **Özekes/Atal**, s. 91.

⁵⁵ **Güzel**, s. 1140; **Köme Akpulat**, s. 420.

⁵⁶ **Mutlay**, s. 36-37.

⁵⁷ **Özekes/Atal**, s. 97.

⁵⁸ Arabulucular 3 adet genel uzmanlık alanı ile birlikte 2 özel uzmanlık alanında faaliyet gösterebilirler. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/7102020163604arbuzm.pdf> (E.T. 02.03.2022).

ve tercihlere güvenilmesinin de taraflardan beklenemeyeceği doktrinde belirtilmiştir⁵⁹.

Tarafların anlaşması üzerine arabulucu tarafından tutulan anlaşma tutanağı neticesinde HUAK m. 18/5 kapsamında dava açmalarına imkân bulunmamaktadır, meğer ki taraflardan biri arabuluculuk görüşmelerinde irade fesadı iddiası ile arabuluculuk belgesinin iptalini talep etsin⁶⁰. Bu düzenlemenin yargı yoluna başvuruyu imkansızlaştırdığı doktrinde savunulmaktadır⁶¹.

Zorunlu arabuluculuk hususunda; sağlık sisteminde hasta sayısı ne kadar çok olursa olsun, doktor ve hastane sayısı az, sağlık sistemi de iyi işlemiyor, kendinizi tedavi edin denilemiyor ya da acil müdahale eğitimi alan kişilere ciddi operasyon yetkisi tanınmıyor ise, adaletin gerçekleşmesi ve adalet hizmeti bakımından da belki yan unsurlardan destek alınabilir, ancak bu yetki arabulucuya terkedilemez şeklinde arabuluculuğun yargı yetkisini devraldığına dair görüşler de ileri sürülmüştür⁶².

III. BİREYSEL İŞ YARGILAMASINDA ARABULUCULUK KAYNAKLI SORUNLAR

A. Arabuluculuk Son Tutanak Aslının Davanın Açılması Sırasında Sunulmaması

Zorunlu arabuluculuğa dair düzenleme HUAK'ın 18/A maddesinde yer almaktadır. Bu madde uyarınca: “*Davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemeye davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan*

⁵⁹ **Ekmekçi**, Ömer: “Hocayla İş Yargısı Üzerine Sohbet”, İÜHFM, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, Özel Sayı, C.1, 2016, s. 380.

⁶⁰ **Akkan**, Mine: “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 2, s. 5; **Kıyak**, Emre: “Tarafları Bağlayıcı Arabuluculuk Anlaşmalarının Hukuki Niteliği ve Dava Açma Yasağı Etkisi Üzerine Düşünceler”, <https://blog.lexpera.com.tr/taraflari-baglayici-arbuluculuk-anlasmalarinin-hukuki-niteliği-ve-dava-acma-yasagi-etkisi-uzerine-dusunceler/>, (E.T. 29.10.2021)

⁶¹ **Mutlay**, s. 35.

⁶² **Özekes/Atalı**, s. 82.

dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir.” İş hukukunda arabuluculuğu düzenleyen 7036 sayılı Kanun’un 2. maddesinin 3. fıkrası da tıpatıp aynı hükmü amirdir.

Arabuluculuk son görüşme tutanağının aslının veya arabulucu tarafından onaylı örneğinin dava açılması sırasında dava dilekçesinin ekinde sunulmaması halinde mahkeme tarafından bu belgeyi sunmak üzere bir haftalık kesin süre verilir. Burada verilen kesin süre, yapılmış olan arabuluculuk görüşmesi neticesinde taraflar ve arabulucu tarafından imzalanan belgenin sunulması için verilmektedir. Arabulucuya hiç başvurulmadan yahut arabuluculuk süreci tamamlanmadan dava açılması halinde ise kesin süre verilmeyecektir. Zira HUAK m. 18/A uyarınca arabulucuya başvurulma zorunluluğu HMK m. 115/2 anlamında tamamlanabilir bir dava şartı değildir⁶³.

Uygulamada konuya ilişkin bir diğer sorun ise arabuluculuk tutanağının aslının veya arabulucu tarafından onaylı örneği yerine onaysız örneği ya da davacı vekili tarafından onaylı örneğinin sunulması durumunda yaşanmaktadır. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 56/2 uyarınca: “*Asıllarının verilmesi kanunda açıkça gösterilmeyen hallerde avukatlar, takibettikleri işlerde, aslı kendilerinde bulunan her türlü kağıt ve belgelerin örneklerini kendileri onaylıyarak yargı mercileri ile diğer adalet dairelerine verebilirler.*” Madde metninden anlaşılacağı üzere avukatlar ancak asıllarının verilmesinin kanunda açık biçimde gösterilmediği hallerde belgeleri onaylayarak yargı mercilerine verebilirler. HUAK m. 18/A ve 7036 sayılı Kanun m. 2/3 düzenlemelerinde ise açıkça aslı yahut arabulucu tarafından onaylı örneği istenildiğinden davacı vekili tarafından onaylanan arabuluculuk tutanaklarının dava dilekçesi ekine eklenmesi dava şartını sağlamayacaktır⁶⁴.

Arabulucuya başvurulduktan sonra davanın açılması halinde ilgili arabuluculuk bürosunun arabuluculuk dosyası ve arabuluculuk sürecine ilişkin arabuluculuk son görüşme tutanağı dahil tüm evrak UYAP sistemi vasıtasıyla esas dava dosyasının içerisine eklenmektedir. Teknolojinin getirmiş olduğu bu imkan neticesinde dava dilekçesine arabuluculuk son görüşme tutanağının sureti eklense yahut hiç eklenmese dahi hakim tarafından dosya içerisinden kontrol edilerek son tutanağın görülmesi halinde dava şartı yerine getirilmiş sayılacak mıdır?

Konuya ilişkin İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi’nin vermiş olduğu bir kararda, davanın UYAP üzerinden açılmış olması ve arabuluculuk gö-

⁶³ Özmumcu, Karşılaştırmalı Hukuk, s. 834.

⁶⁴ Konya BAM 8. HD., T. 14/11/2019, E. 2019/3136, K. 2019/1670, (UYAP)

rüşmelerine dair tüm evrakın UYAP sisteminden erişilebilmesi nedeniyle ilk derece mahkemesinin arabuluculuk son tutanağının aslının sunulmaması dolayısıyla davanın usulden reddine yönelik kararını kaldırmıştır⁶⁵. Benzer bir olayda ise Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 10. Hukuk Dairesi davanın usulden reddi gerekeceği kanaatine varmıştır⁶⁶. Aynı konuya dair farklı kararların yer alması nedeniyle talep üzerine Antalya Bölge Adliye Mahkemesi Başkanlar Kurulu meseleyi ele almış ve İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi'nin UYAP üzerinden son tutanağın takip edilebilmesi nedeniyle davanın usulden reddinin gerekmeyeceğine 6 üyenin karşı oyuna rağmen 7 üyenin oy çokluğuyla kanaat getirerek içtihat farklılığı nedeniyle konuyu karara bağlamak üzere Yargıtay ilgili dairesine göndermeye karar vermiştir⁶⁷. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi yapmış olduğu değerlendirme neticesinde, "... *uyuşmazlıkta hakimin UYAP üzerinden bu belgeye erişebilir olması nedeniyle belge-*

⁶⁵ İstanbul BAM 31. HD., T. 31/05/2018, E. 2019/1441, K. 2019/1299, (UYAP)

⁶⁶ Antalya BAM 10. HD., T. 11/11/2019, E. 2019/2037, K. 2019/2110 (UYAP)

⁶⁷ "...06/08/2015 tarihli ve 29437 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 197. maddesine göre dava açılmasının "Dava dilekçesinin tevzi bürosu, ön büro yada tevzi bürosunda görevlendirilen yazı işleri personeline teslim edileceği, dava dilekçesinin dava harca tabi ise harç ve gider avansı, harca tabi değil ise gider avansı tahsil edildikten sonra tevzi edileceği..., Ön bürodaki yazı işleri personelinin teslim aldığı evrakı elektronik ortama aktarıp, fiziki evrakı da gecikmeksizin ilgili mahkemeye göndereceği, fiziksel ortamdan gelen tüm belgelerin derhal elektronik ortama aktarılacağı, gerçek kişilerin UYAP vatandaş bilgi sistemi üzerinden, tüzel kişi temsilcilerinin UYAP kurum bilgi sistemi üzerinden dava açabilmeleri için güvenli elektronik imza sahibi olmalarının gerektiği, taraf vekillerince UYAP üzerinden güvenli elektronik imza üzerinden dava açabilecekleri, bu işler için ayrıca ıslak imzalı belge istenmeyeceği, avukatların avukat UYAP bilgi sistemi üzerinden, dava açabilmeleri için güvenlik elektronik imza sahibininin gerektiği, dava dilekçesinin sisteme kaydedildiği tarihte açılmış sayılacağı..." belirtilerek davanın nasıl açılacağı, belgelerin UYAP sisteminden nasıl gönderileceği açıkça belirlenmiştir.

Açıklanan tüm bu nedenlerle 7036 sayılı Kanununun 3/2. maddesi gereğince arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorunda olduğu bahse konu tutanağın UYAP sisteminde görülebileceği, bu nedenle ıslak imza aranmaksızın UYAP sisteminden görülen tutanağın yeterli olacağı, dolayısıyla İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 31. Hukuk Dairesi 2019/1441 Esas, 2019/1299 Karar sayılı kararına çoğunluk tarafından üstünlük tanınarak 7 üye tarafından oy çokluğuyla kabul edilmiş, Ancak azınlık görüşü olarak, arabuluculuk tutanağının aslının veya arabulucu tarafından tasdik edilmiş suretinin dosyaya fiziken ibraz edilmesinin gerektiği 6 üye tarafından ileri sürülmüştür..." Antalya Bölge Adliye Mahkemesi Hukuk Daireleri Başkanlar Kurulu'nun 05/02/2020 tarihli ve 2020/1 Sayılı Kararı (UYAP).

nin fotokopisinin sunulmasının yeterli olup olmayacağı hususu üzerinde özellikle durulması gereklidir. 7036 sayılı Kanunda öngörülen belgenin dosyaya ibraz yükümlülüğü taraf ve vekillerine aittir. Bu meyanda, iş yargılamasında resen araştırma ilkesi de geçerli olmadığından, araştırma mükellefiyetinin hakime yüklenmesi de yerinde olmayacaktır. Aksi halin kabulünde UYAP sistemi üzerinden ulaşılabilecek her türlü bilgi ve belgenin hakimlerce toplanması sonucu ortaya çıkar ki bu durumda mevcut yargılama sistemi ile bağdaşmayacağı açıktır.” demek suretiyle kanun lafzına bağlı kalarak dava şartının ancak arabuluculuk son tutanağı aslının yahut arabulucu tarafından onaylı suretinin dava dilekçesine eklenmesi ile tamamlanacağını içtihat etmiştir⁶⁸. Kanaatimizce de Yargıtay’ın görüşü isabetlidir. Zira zorunlu arabuluculuğa tâbi iş uyuşmazlıklarında taraflarca getirilme ilkesi geçerlidir. Ayrıca 7036 sayılı Kanun’da arabuluculuk son görüşme tutanağını sunma yükümlülüğü davacı veya vekiline yüklenmiştir. Hâkimin re’sen bu yönde bir araştırma yapmasının beklenmemesi gerekir.

B. Arabuluculuk Son Tutanağında Yer Almayan Talepler

İş hukukunda farklı alacak ve tazminat kalemleri mevcuttur. Bunlardan başlıcaları kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin ücret alacağı, fazla mesai alacağı, ulusal bayram ve genel tatil alacağı, hafta tatili alacağıdır. Bu talepler çoğu kez HMK m. 110 kapsamında objektif dava yığılması şeklinde birlikte açılmakta ve tek davada karara bağlanmaktadır. Objektif dava yığılması kapsamında her biri ayrı davalar olarak kabul edilen asli talepler tek bir davada görülmektedir⁶⁹. Bu taleplerden dolayı zorunlu arabuluculuk kapsamında birden fazla işçilik alacağı tek bir arabuluculuk görüşmesine konu edilmektedir.

HUAK m. 17/2’de, “Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaş-tıkları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir. Arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanır.” denilmiştir. Arabuluculuk son görüşme tutanağında yer almayan talepler yönünden dava şartının tamamlanıp tamamlanmadığı ve sonucunda bu tutanağa dayanılarak açılan davanın usulden reddolunup reddolunmayacağı tartışmalıdır. Özellikle uygulamada arabuluculuk görüşme tutanağında dava yığılması şeklindeki taleplerin bir veya bir kaçının yazılmadığı yahut yalnızca “işçi-işveren uyuşmazlığı” ibaresine yer verildiği, alacak ve tazminat ka-

⁶⁸ Yargıtay 9. HD., T. 17.06.2020, E. 2020/932, K. 2020/5773 (UYAP).

⁶⁹ Pekcanitez, s. 1093.

lemlerinin açıklanmadığı görülmektedir. Anlaşmazlık tutanağında her bir alacak ve tazminat kaleminin açık bir biçimde gösterilmemesinin arabulucunun hatasından ileri geldiği kabul edilmelidir. Bu eksikliği dava koşulunun sağlanmadığı şeklinde yorumlamak ise, hak arama özgürlüğünü ölçsüzce zorlaştıran bir durum olarak değerlendirilebilir⁷⁰. “*Dava şartı olarak arabuluculuğun ağır koşullara bağlanması ve birkaç defa bu yola başvurulmasının gerekliliğine dair uygulama, işe iade davalarında hak düşürücü süre sorunlarının yaşanmasına, tazminat ve alacaklar yönünden alacağın kısmen zamanlaşımına uğramasına, birden fazla arabuluculuk ücretlerinin yargılama giderlerine eklenmesiyle bu yöndeki sorumluluğun taraflara paylaştırılmasında tereddütlere ve en nihayet arabulucunun sorumluluğuna neden olabilecektir*”⁷¹. Uygulamada yaşanan bu tarz problemler nedeniyle 2 Haziran 2018 tarihinde HUAK dayanak alınarak yürürlüğe giren Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği ile arabulucuya başvuru yapılmadan önce başvuru formu uygulaması getirilmiştir. Başvuru formları, ticaret, tüketici, iş hukuku gibi her bir hukuk alanı yönünden ayrı biçimde düzenlenmiştir.

Yargıtay, başvuru formu uygulamasının başladığı tarih olan 2 Haziran 2018 tarihini bir *milat* olarak kabul etmekte ve arabulucuya başvuru tarihinin bu tarihten önce yahut sonra olmasına göre ikili bir ayırım yapmaktadır. Bu ayırım uyarınca 2 Haziran 2018 tarihinden önce gerçekleşen arabuluculuk başvurularında arabulucu tarafından tutulan kayıtlarda alacak kalemlerinin tamamının yazmaması ancak “işçi-işveren uyumsuzluğu (nisbi)” gibi soyut ifadeler yahut bir takım alacak kalemlerinin yanında “ve diğer talepler” gibi ibareler mevcut ise bu durumda davaya konu işçilik alacaklarının tamamının arabuluculuk görüşmelerine konu edildiği kabul edilmelidir⁷². Başvuru formu uygulamasının başladığı 02.08.2018 tarihinden ileri tarihteki başvurularında ise hangi tazminat veya alacak kalemleri konusunda anlaşma sağlanmadığını açık bir biçimde belirtmeyen son tutanak dava koşulunu yerine getirmeyecektir. Bu durumda arabuluculuk başvuru formu arabuluculuk bürosundan getirilmeli, burada yer alan alacak kalemlerinin arabuluculuk görüşmesine konu edildiği, başvuru formunda yer almayan talepler yönünden dava şartının gerçekleşmemiş olduğu kabul edilmelidir⁷³.

⁷⁰ Yargıtay 9. HD., T. 10.09.2019, E. 2019/6226, K. 2019/15522 (UYAP).

⁷¹ Yargıtay 9. HD., T. 07.05.2019, E. 2019/3609, K.2019/10072, (UYAP).

⁷² Yargıtay 22. HD., T. 23.05.2019, E. 2019/4419, K. 2019/11594, (UYAP).

⁷³ “... *Dava şartı olan zorunlu arabuluculuk uygulamalarında başlangıçta hem talepte bulunanlar ve hem de arabulucular tarafından yapılan bu tür hatalar tarafların mağduriyetlerine sebebiyet verdiği gibi arabuluculuk uygulamasının amaçlandığı gibi uygu-*

SONUÇ

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun iş yargılaması bakımından getirdiği en önemli yenilik, zorunlu arabuluculuk müessesesidir. Zira, 7036 sayılı Kanun yalnızca iş mahkemeleri ve iş yargılaması üzerine düzenleme yapmakla kalmamış, özellikle maddi iş hukukuna ilişkin mevzuat ve arabuluculuk mevzuatında da önemli değişiklikler yapmıştır. Bu değişikliklerden en önemlisi şüphesiz işçi-işveren arası uyumsuzluklarda zorunlu arabuluculuktur.

Taraflar arası eşitsizliğe dayalı iş hukukunda arabuluculuk düzenlemesinin, arabuluculuğun menfaat temelli olması, iş hukukundaki işçiyi koruyucu hükümlerin arabuluculukta uygulanamaması, ibra sözleşmesinin sıkı şekil ve esas şartlarına bağlanmış olmasına rağmen arabuluculukta anlaşma neticesinde meselenin yargı önüne getirilememesi gibi sakıncaları bulunmaktadır. Özellikle işverenler tarafından muvazaalı olarak ihtiyari arabuluculuk tutanağı düzenlenmesi, arabuluculuk görüşmelerinde daha kısa sürede alacak ve tazminatlara kavuşma amacıyla işçilerin gerçek hak ettiği bedellerin çok altında ödemelere razı bırakılması gibi durumlara uygulamada rastlanmaktadır. Yine tarafların iradesine dayalı olan alternatif uyumsuzluk çözüm yöntemi olan arabuluculuğu zorunlu hale getirmesi de kurumun verimini düşürmektedir.

Bireysel iş hukukunda zorunlu arabuluculuk, yürürlüğe girdiği 2018 yılından bu yana tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Tartışılan hususlar düzenlemenin uygulanmaya başlaması ile birlikte değişim geçirmiştir.

lanmasına engel olduğundan, arabuluculuk kanununa dayanılarak çıkartılan ve 02.06.2018 tarihinde yürürlüğe giren yönetmeliğin ve aksaklıkları gidermek amacı ile uygulamaya sokulan arabuluculuğa hangi konularda başvurulduğuna ilişkin "başvuru formu" uygulamasının başladığı 02.06.2018 tarihine kadar arabuluculuk anlaşamama tutanağında arabuluculuğa konu alacaklar tek tek belirtilmeden "işçilik alacakları" "işçi-işveren uyumsuzluğu" gibi soyut ifadeler kullanılmış ise, başvuru formu getirtilip, talepler açık açık belirtilmiş ise talep formunda belirtilen alacakların görüşmelere konu edildiği, açıkça belirtilmemiş ise taraflar arasındaki işçilik alacaklarının tamamının arabuluculuğa konu edildiği kabul edilmelidir.

Başka bir deyişle "başvuru formu" uygulamasının başladığı 02.06.2018 tarihi milat kabul edilerek taraflardan kaynaklanmayan bu tür uygulama hataları aşılarak arabuluculuk müessesinin amaca uygun yürütülmesi sağlanmalıdır.

Başvuru formu uygulamasının başladığı 02.06.2018 tarihinden sonraki başvurularda ise başvuran ve özellikle başvuru arabuluculuk ile görevli mahkemenin memuruna yapılmış ise görevli memur başvuru formundaki bu tür eksiklikleri giderecek uyarılarda bulunmalı, 02.06.2018 tarihinden sonraki başvurularda başvuru formu içeriğine itibar edilerek sonuca gidilmelidir..." Yargıtay 9. HD., T. 07.05.2019, E. 2019/3609, K. 2019/10072, (UYAP).

7036 sayılı Kanun m. 3/2 uyarınca arabuluculuk dava şartının yerine getirilmiş sayılması için davacı, arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Madde metninde açıkça tutanağın aslı yahut arabulucu tarafından onaylı örneğinden bahsedildiği için tutanak fotokopisinin yahut davacı vekili tarafından onaylanan suretinin sunulması halinde dava şartı yerine getirilmiş olmayacaktır.

Zorunlu arabuluculuğa tabi iş uyuşmazlıklarında taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olması nedeniyle, hâkimin UYAP sisteminde üzerinden arabuluculuk tutanağını sorgulama yükümlülüğü bulunmamaktadır.

İş hukukunda zorunlu arabuluculuğun uygulamada %50 oranında başarı sağlamakta olmasına rağmen işçi işveren uyuşmazlığı sayısındaki durdurulamaz yükseliş nedeniyle fiili durumda iş mahkemelerinin yükünü hafifletmede beklenen etkiyi gösterememiştir. Bu nedenle uyuşmazlığın çözüm yolundan ziyade uyuşmazlığın temeline inmek ve uzlaşma kültürünü geliştirmek suretiyle getirilecek düzenlemeler toplumsal iş yaşamında daha kalıcı etki yaratabilecektir. Bu durum ise kaçınılmaz bir şekilde iş yaşamında bütün halinde kalite artışını beraberinde getirecektir.

KAYNAKÇA

- Adli İstatistikler 2020, Ankara, Adalet Bakanlığı Yayını, 2020.
- Akkan**, Mine: “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 2, s. 1-31.
- Akyıldız**, Emre: İş Yargılamasında Arabuluculuk Sistemi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2019.
- Arslan Ramazan/Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar Ayvaz**, Sema/**Hanağası**, Emel: Medeni Usul Hukuku, 6. bs., Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Bayraktar**, Muratcan: “Alman ve Türk Hukuk Sistemlerinde Arabuluculuk Düzenlemelerine Genel Bakış”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 89, S. 4, Y. 2019, s. 151-172.
- Canbolat**, Talat: İş Hukukunda Arabuluculuk Uzmanlık Eğitimi Kaynak Kitabı, Ankara, Adalet Bakanlığı Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, 2018.
- Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat/**Özkaraca**, Ercüment : İş Hukuku Dersleri, 34. bs., Beta Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Çiçek**, Mustafa: İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, 2.bs., Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- Dinç**, İlhan: Ticari Davalarda Zorunlu Arabuluculuk Uygulamaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Doğan Yenisey**, Kübra: “İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk”, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, İstanbul, TİSK, 2016, s. 167-194.
- Ekmekçi**, Ömer: “Hocayla İş Yargısı Üzerine Sohbet”, İÜHFİM, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, Özel Sayı, C.1, 2016, s. 371-380.
- Ekmekçi**, Ömer: “Maddi İş Hukuku Yönünden 7036 İş Mahkemeleri Kanunu”, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Ekmekçi**, Ömer/**Özekes**, Muhammet/**Atalı**, Murat/**Seven**, Vural: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

- Erdoğan**, Ersin/**Erzurumlu**, Nurbanu: “İş Mahkemeleri Kanun Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Düşünceler”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. XIII, S. 52, Y. 2016.
- Gilles**, Peter, (çev. Abdülkadir Haşhaş): Almanya’da Kararlara Karşı Kanun Yolları: “Çeşitlilik, Karmaşıklık, Klişeler ve Sorgulanabilir Meşruiyet”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, s. 123-132.
- Güzel**, Ali: “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı Hakkında Bazı Aykırı Düşünceler”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 50, Y. 2016/3, s. 1131-1146.
- Kar**, Bektaş: “İş Mahkemeleri Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler”, İş Mahkemeleri Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler ve Arabuluculuk, İntes Yayınları, Ankara 2017, s. 28-34.
- Kırkıcı**, Hıdır: “İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk ve Arabuluculuk Tutanakları”, İzmir Barosu Dergisi, Mayıs 2020, s. 279-331.
- Kıyak**, Emre: “Tarafları Bağlayıcı Arabuluculuk Anlaşmalarının Hukuki Niteliği ve Dava Açma Yasağı Etkisi Üzerine Düşünceler”, (Çevrimiçi), <https://blog.lexpera.com.tr/taraflari-baglayici-arbuluculuk-anlasmalarinin-hukuki-niteligi-ve-dava-acma-yasagi-etkisi-uzerine-dusunceler/>, (E.T. 29.10.2021).
- Köme Akpulat**, Ayşe: İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Laçiner**, Vedat: “Alman Feshe Karşı Koruma Hukukunun Genel Esasları”, Yönetim Bilimleri Dergisi, C. 3, S. 2, 2005, s. 141-161.
- Mutlay**, Faruk Barış: “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk”, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar -III, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Odaman**, Serkan/**Karaçöp**, Eda: “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarı Taslağında Öngörülen Zorunlu Arabuluculuk Müessesesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 35, Y. 2016, s. 51-65.
- Okur**, Zeki: “İş Uyuşmazlıklarında İşçi Lehine İspat Kolaylığı”, İÜHFM, C. 74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan Sayısı, s. 587-600.
- Özekes**, Muhammet/**Atalı**, Murat : “7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler”, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Toplantısı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Özmumcu**, Seda: Arabuluculuk Modelleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, (Özmumcu, Arabuluculuk Modelleri).

- Özmumcu**, Seda: “Arabulucunun Rolü Kolaylaştırıcı ve Değerlendirici Arabuluculuk”, İÜHFİM, C.71, S.1, 2013, s. 1369-1389.
- Özmumcu**, Seda: “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, İÜHFİM, C. 74, S. 2, 2016, s. 807-842. (**Özmumcu**, Karşılaştırmalı Hukuk).
- Özveri**, Murat: “İş Mahkemeleri Kanunu ve Zorunlu Arabuluculuk Uygulamaları”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 65, Y. 2020/2, s. 917-938.
- Pekcanıtez**, Hakan: Pekcanıtez Usul- Medeni Usul Hukuku, 15. bs., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Peksan**, Selcan/**Delen**, Meltem/**Yorgun**, Sayım: “İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Uygulaması ve Arabulucuların Görüşlerine İlişkin Bir Araştırma”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 64, Y. 2020/1, s. 321-346.
- Shulman**, Harry: “Reason, Contract, and Law in Labor Relations”, Harvard Law Review, 1955 Volume 68, s. 1024 (Çevrimiçi) http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4617 (E.T. 28.10.2021) s. 999-1024.
- Süzek**, Sarper: İş Hukuku, 21. bs., Beta Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Tanrıver**, Süha: “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk”, TBB Dergisi, S. 64, 2006, s. 151-177.
- Yıldız**, Gaye Burcu: “İş Hukukunun Etkinliği ve Amacı Üzerine Yeniden Düşünmek”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S. 2018/2, s. 733-748.

KISALTMALAR

AYM	: Anayasa Mahkemesi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
bs.	: Basım
bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
CMK	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
dn.	: Dipnot
E.	: Esas Numarası
E.T.	: Erişim Tarihi
f.	: Fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
HSK	: Hakimler ve Savcılar Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK	: 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
HUMK	: 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar Numarası
m.	: Madde
RG	: Resmî Gazete
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
UYAP	: Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi
vd.	: ve diğerleri
Y.	: Yıl

HISTORICAL OVERVIEW OF THE CONCEPT OF CHILDREN'S RIGHTS

(Research Article)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1182550>

Tahira GARABEYLİ*

Abstract

Children are often called “our future”. According to Article 1 of the Convention on the Rights of the Child, which was accepted by the United Nations General Assembly's decision dated 20 November 1989 and numbered 44|25 and opened for signature, ratification and accession, every human being up to the age of eighteen is considered a child. Children are valuable, individually unique, vulnerable and defenceless. Children can arouse sympathy and affection not only in their parents or guardians, but also in strangers. Today almost everything, that is related to children, to their health, psychology, happiness, in any extent is supposed to be a sensitive topic. But was childhood always appreciated in such a way throughout the history of humanity? What “a child” means today was different from the what it meant in antiquity or in the medieval times.

Furthermore, like a child depends on his/her parents or guardians, or at least on any adult beside him/her to survive, the concept of childhood is also closely connected to the concept of parenthood. It is the parents, that make a child, and it is the parenthood, that creates childhood. So, it is very significant to comprehend both concepts separately, to reveal relationship and mutuality between them, meanwhile having a historical and chronological view over the attitude towards children and childhood.

* The Academy of Public Administration under the President of the Republic of Azerbaijan, Head of the Department of Law, Human Resources and Documentation of the Seaside Boulevard Administration of the Republic of Azerbaijan, (tgarabeyli@gmail.com) ORCID: 0000-0003-1170-9106 (Geliş Tarihi: 15.02.2022-Kabul Tarihi: 07.09.2022) *Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*

Keywords

Childhood, Parenthood, Behaviourism, Child Mortality, The Century of the Child

**ÇOCUK HAKLARININ TEORİK KAVRAMINA
TARİHİ BAKIŞ**

(Araştırma Makalesi)

Öz

Çocuklara genellikle “geleceğimiz” denir. Birleşmiş Milletler Genel Kurul’un 20 Kasım 1989 tarih ve 44/25 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve imzaya, onaya ve katılmaya açılan Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 1.maddesine göre, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır. Çocuklar değerli, bireysel olarak benzersiz, hassas ve savunmasızdırlar. Onlar sadece anne-babalarında veya velilerinde değil, yabancılarda da sempati ve şefkat uyandırabilir. Bugün çocuklarla, sağlıklarıyla, psikolojileriyle, mutluluklarıyla ilgili hemen hemen her şey, herhangi bir ölçüde hassas bir konu olarak kabul ediliyor. Ama çocukluk, insanlık tarihi boyunca hep böyle kıymet görmüş müydü? Bugün “çocuk”un ne anlama geldiği, antik çağda veya orta çağda sahip olduğu anlamdan çok daha farklıydı.

Bir çocuk hayatta kalabilmek için anne-babasına ya da velisine ya da yanındaki herhangi bir yetişkine bağlıdır. İnsan evladı hayata ona bakacak birine muhtac olarak geliyor. Çocuk anne-babasına bağlı olduğu gibi, çocukluk kavramı da ebeveynlik kavramıyla yakından ilişkilidir. Bir çocuğu yapan ebeveynlerdir ve çocukluğu yaratan ebeveynliktir. Dolayısıyla her iki kavramı ayrı ayrı kavramak, aralarındaki ilişki ve karşılıklılığı ortaya koymak, aynı zamanda çocuklara ve çocukluğa yönelik tutuma tarihsel ve kronolojik bir bakış açısı getirmek çok önemlidir.

Anahtar Kelimeler

Çocukluk, Ebeveynlik, Davranışçılık, Çocuk Ölümü, Çocuk Yüzyılı

INTRODUCTION

Children's rights can be defined as the rights protecting children from harm and abuse; giving them a chance to grow up in an emotionally appropriate way; providing basic needs such as health, shelter and education.¹ As Ibrahim Kaboglu states, every individual in the society has the right to education and the right to education comes first among social rights.²

The awareness that children have different physical, physiological, behavioral and psychological characteristics from adults and that they constantly grow and develop and the idea that the care of children is a social problem and that everyone should assume this responsibility with scientific approaches has been shaped by the Geneva Declaration of the Rights of the Child.³ Later, in the "universal declaration of human rights" published by the United Nations in 1948, it was stated that there were rights regarding children, and the "Declaration of the Rights of the Child" with 10 articles was published on 20 November 1959 by the United Nations.⁴

Due to the fact that the declarations published in 1924 and 1948 did not have the quality of an international law, in order to eliminate the bad living conditions of children, the Convention on the Rights of the Child has been prepared by the United Nations General Assembly on November 20, 1989, consisting of 54 articles covering the civil and social rights of children. This convention was signed by 187 countries until 1996.⁵ Türkiye signed the Convention on 14 September 1990 and ratified it in January 1995.⁶

Article 1 of the Convention on the Rights of the Child defines a child as a human being under the age of eighteen years.⁷

¹ **Nelken**, D.: *Children's Right's and Traditional Values*, Aldershot: Ashgate, 1998, p. 125.

² **Kaboğlu**, İbrahim Özden: *Anayasa Hukuku Dersleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2019, p. 107.

³ **Egemen**, A.: *Türkiye Milli Pediatri Derneği Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Kitabı*, Güneş Tıp Kitabevi, İstanbul 2009, p. 179.

⁴ **Ballar**, S.: *Çocuk Hakları*, Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ, İstanbul 1997, p. 54.

⁵ **Yurdakök**, K.: editor., "Çocuk Hakları Sözleşmesi", *Sosyal Pediatr*, Meteksan, Ankara 1998, p. 141.

⁶ **Dağ**, Hüseyin/**Doğan**, Murat/**Sazak**, Soner/**Kaçar**, Alper/**Yılmaz**, Bilal/**Doğan**, Ahmet/**Arıca**, Vefik: "Çocuk Haklarına Güncel Yaklaşım", *T.C. İstanbul Okmeydanı Eğitim ve Araştırma Hastanesi, Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Kliniği, Cukurova Medical Journal*, 2015 40(1), p. 3.

⁷ Convention on the Rights of the Child, adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989, entry into

The Convention defines rights and liberties for children, determines responsibilities for parents, recognizes inalienability and untouchability of the children's rights. Today children have predominant rights and best interests, that must be respected and taken into account in every step, regarding the child. In the convention, which also prohibits all kinds of discrimination against children, all necessary protection is provided for children to be treated with human dignity. Necessary provisions have been included in the contract for the protection of children in terms of their right to social security.⁸

Until today, or precisely saying, until the acceptance of the Convention, attitude towards children, prejudices and misunderstanding about childhood, progress in minds and in legislations have come a long way of hesitation. It is today that we can speak about children's rights and parents' obligations so open-heartedly. What about the children, who lived in the Antic Period or in the Middle Ages? Did they have the rights and affection of their parents, as of today's children? What made the historical attitude towards children radically change? Why does childhood last till the age of 18 years? What's the beginning of schooling, what is the legal basis of compulsory education at schools, which is a very ordinary principle today? How are childhood and economy related to each other and what was the manufactories' role in children's lives in early capitalism?

The article tries to find answers, meanwhile keeping the chronological direction, to all these and other related questions. First of all, "childhood" and "a child" are comprehensively researched as a concept from psychological and legal point of view. Childhood is given in a close relationship with parenthood, as inseparable concepts. In the article forms of parenthood, dimensions, divisions and borders of childhood are studied with scientific aspects and controversial opinions of scholars.

Childhood is a phenomenon, which was understood in different ways in different times. They were someone between the Earth and the Heaven in the Antiquity; they were fully dependant on patria's (father's) will in the ancient

force 2 September 1990, in accordance with Article 49. Turkey signed the Convention on 14 September 1990 and ratified it with reservation on 9 December 1994. Approval Law No. 4058 was published in the Official Gazette (RG), No. 22138, dated from 11 December 1994. The Convention entered into force for Türkiye on 4 May 1995.

⁸ **Akılhoğlu**, Tekin: Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi Üzerine Gözlemler, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, AÜ.SBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:13, Andlaşmalar Dizisi No:1, Ankara 1995, p. 9.

Rome; they were labour force and heirs of the land in the Middle Ages; they were an important part of family economy and had a great share in the work of factories in the end of Middle Ages; they were sweet-hearts of their parents and great consumers of toy and cartoon market in the 20th century; they have turned from the “slaves” to the “masters” of their parents. What did happen? How did the humanity make such radical changes in attitude towards the children? And was it right? Who are the children today?

The definition of “child” and “childhood” is tried to be determined based on different criteria in terms of medicine, history, psychology, sociology and legal sciences. However, there are no criteria that define the concept of child precisely, and this concept differs according to time, society and cultures.⁹

There are two important issues in the context of children's rights. One of them is that families and schools have interests and rights on children, and the other is that they are effective in transforming these rights into action.¹⁰ In this context, the functionality of children's rights also depends on the implementation of the legal rules that regulate the place of the child, who is an important part of the society, in the family and society. At the same time, taking measures related to the physical, mental, emotional, social and moral development of children is closely related to children's rights. The fact that children have the same rights as adults is guaranteed by the United Nations Convention on the Rights of the Child. The Convention has principles on the prevention of discrimination, the best interests of the child, the right to life and development, and taking into account the views of the child.¹¹

I. LEGAL AND PSYCHOLOGICAL CONCEPT OF PARENTHOOD AND CHILDHOOD

A. Concept of Parenthood

It is rare for a child to survive and grow up without the support and control of adults. For that reason, it is very important to approach the concept of childhood from the prism of parenthood for entire comprehending

⁹ **Tanrıbilir**, Feriha Bilge: *Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları*, Yetkin, Ankara 2011, p. 50.

¹⁰ **Akyüz**, Emine: *Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması*, 2. Baskı, Pegem Akademi, Ankara 2012, p. 5.

¹¹ **Gültekin**, Mehmet/**Bayır**, Ömür Gürdoğan/**Balbağ**, Nur Leman: “Haklarımız Var: Çocukların Gözünden Çocuk Hakları”, *Adıyaman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Sayı: 24, Aralık 2016, p. 973.

the substance of childhood and the children's rights. Do the children's rights or childhood itself exist beyond the parent (or the person replacing the parent, custodian, guardian) or parenthood? We know about the inseparable natural rights of a person (as well as of a child) from his/her birth, but we also should not pass over in silence the fact that a child depends first of all on its parent to survive. As Claire Cassidy states in the book "Thinking children" parents have first major influential force for the behaviour of their children; they are the first "practice" of the moral code of the child. Family and a school are the main institutions, modelling the behaviour of the children and directing them to the world of adult personality.¹² From this point of view, before researching the concept of childhood, it is important to comprehend the legal and psychological essence of parenthood, which is the beginning and supporting point of childhood.

Thomas H. Murray puts forward three concepts of parenthood:

- Genetic parenthood;
- Intentional parenthood;
- Parenthood as rearing relationship.¹³

1. Genetic Parenthood

Biology, simply put, blood has been important as the fundamental source of ties between a parent and a child for a long time.¹⁴ We believe that what we imply by saying "a genetic parent" is clear, however going further we encounter with complexions. Half of the DNA of the child is composed of the genetic parent. And we should not forget about the mitochondrial DNA, furthermore, Y chromosome of the father is less than X chromosome of each parent, thus, in case the newborn is a boy, less than a half of his entire DNA would be obtained from his father. And what about the biological grandparents? They also make up a quarter of the child's DNA. Would they be considered as half-genetic parents of the child in this case? We will say no. Genetic parenthood is transferring genetic ties, it doesn't cover the genes, obtained from ancestors. By the way, new technologies

¹² Cassidy, Claire: *Thinking Children*, YHT Ltd. London, 2007, p. 34.

¹³ Murray, H. Thomas: "Three meanings of parenthood. Genetic Ties and the Family", *The impact of paternity testing on parents and children* (The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2005). Edited by Mark A. Rothstein, Thomas H. Murray, Gregory E. Kaebnick, Mary Anderlik Majumder, p. 18-21.

¹⁴ Grossberg, Michael: *Governing the Hearth: Law and Family in Nineteenth Central America*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1985, p. 157-159.

make the situation more complicated, for example, ooplasmic transplantation, surrogate mothers and fathers, artificial insemination, reproductive cloning and etc.¹⁵

Skolnick notes that: "Some commentators consider in fact that, the best interests of the child may be secured if they grow up by their biological parents; parents not only enjoy the rights towards their children, "natural ties of love" oblige the parent take such a care about their children, that no "strange" man would be able to show".¹⁶

This biological commentary of the legal system in Western and Eastern societies expresses the widespread assumptions on blood and genetic ties. These assumptions are accepted so plausibly, that it brings to false and inappropriate results in the moment of decision or while discussing these issues."¹⁷

Another version of such an argument is the priority of resemblance of the child to his/her parent. This is somehow connected to the stigma branded on adoption and non-biological relationships.¹⁸

In general, it is supposed that this priority stems from the narcissistic character of the parents' investment of the parent in his/her child; he/she craves to see his/her own reflection on the child's eyes, face and behaviours.¹⁹

2. Parenthood as Intention

Some intentions can result in the birth of a child. For instance, an adult can bring a child to this world without an intention to have a child or to take care of him/her. Here the intention is not related to the raising of the child but is of a biological character. But there is also a sincere intention to bring a child to the world without a direct biological contact, with a wholehearted desire to raise him/her. For example, the father, who intends to raise a child

¹⁵ **Murray**, p. 20.

¹⁶ **Skolnick**, A.: "Solomon's children: The new biologism, psychological parenthood, attachment theory, and the best interest standard", In *All Our Families: New Policies for a new century: A Report of the Berkeley Family Forum*, ed. S.D. Sugarman, Oxford: Oxford University Press., 1999, p. 242.

¹⁷ **Skolnick**, p. 242.

¹⁸ **Bartholet**, Elizabeth: *Family Bonds: Adoption, Infertility and the New World of Child Production*, Beacon Press Boston, 1999, p. 22.

¹⁹ **Murray**, p. 26.

from artificial insemination²⁰ with a donor is a person who has no biological bond with that child.²¹

Parenthood with an intention is the main component of adoption. It is built on the intention to create a relationship between a parent and a child without biological ties. Some children come to this world just because their parents have not taken necessary preventive measures. In such cases, parents can be glad or upset, or they can be in hesitation.

Thus, “some children come to this world not from the intention and desire to have a child, but as an undesirable result of mutual relationship.”²²

Parents with intention can become a perfect example of parenthood, if happy and healthy children are born, as a result. But it is very possible that they can become negligent, even very bad parents. So, it is not an absolute truth that the parents with an intention to give birth to a child, will be more responsible and better than those who bring children to the world as a result of inattentiveness.²³

Here we must also distinguish between intentions. First, to bring a child to the world (with or without biological ties – it does not matter), second, to make the child the part of his/her life – to raise the child. The parents, that carry only the first intention do not deserve full moral respect or legal protection. The “master-slave relationship” (as the parent-child relationship) is built on the intention of the master to use the slave “just as a means”. As a result, the master does not accept the slave as a personality, the slave is just an object, that owns definite skills and features.”²⁴ If we look into the reasons of parents have a child, we can see that Mc Murray’s examples are true to a certain extent.

For example, a child is desired for the completeness of the family, or for the expression of love between the partners, or for saving the family. Thus, sometimes the newborn child is not the purpose itself, but the means to achieve the goal. Accordingly, we can claim that children are evaluated for the person, they will become in the future, and it hinders them to be

²⁰ **Artificial insemination** - the process of making a woman or female animal pregnant by an artificial method of putting male sperm inside her, and not by sexual activity. Oxford Advanced American Dictionary, retrieved from https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/american_english/artificial-insemination

²¹ **Murray**, p. 26.

²² **Murray**, p. 27.

²³ **Murray**, p. 29.

²⁴ **MacMurray**, John: *Persons in Relation*, Faber and Faber Limited London, 1970, p. 102.

evaluated for the self they are today. To tell the truth, it is possible to think from the outside that the parent behaves the child as a personality: the parent gives the child food and clothes, the child is protected, gains language-communication skills, social abilities and education. But all of these are made just for his/her future adult life – for the person, he/she will become.²⁵

3. Parenthood as Rearing Relationship

Humans are born to this world in a whole dependency on the persons, who will take care of them. The reaction of most adults to the dependant state of a child is natural and unforced. Of course, it does not mean that it is easy to look after the child or that caring parents never know tiredness, exhaustion, disappointment or even resentment. What is amazing, in the face of all this exhaustion and hardness, the parents can still love and care for their children. If an adult, entering our life would make such demands as an infant, it would hurt us and end our energy and concern. But the children create only love and mercy in their dependent state.²⁶

This is an unquestionable and important part of the evolutionary legacy. Universality and strength of parents' affection is not a moral consequence of recent times. Development of humanity, important cultural conceptions at least since Aristotle has been related to the sacredness of rearing and caring parenthood.

Murray puts forward very skilfully the substance of each conception of parenthood: "Think about two men. The first one conceived a child with a woman in a short romance and by mutual agreement had no relation to either the child or his mother during the entire life of the child. The second man raised an adopted child with his wife from infancy whom they affected. What would be if these children died tragically? Whose lives are ruined? Or slightly change the story so that the second man marries the mother of the first child and raises the child as his own. In the event of the death of a child, it is rearing parents who have suffered the loss that has changed their lives."²⁷

Moreover, Murray proposes three models of the parent-child relationship: the child as a property, the parent as a steward and parent-child mutuality.

²⁵ Cassidy, Claire: *Thinking Children*, YHT Ltd. London, 2007, p. 53.

²⁶ Murray, p. 27.

²⁷ Murray, p. 28.

a. The Child as A Property

A simple model of parental authority means the dominant position of the parent over the child, who has no rights.

One of the main principles of Roman law is *patria potestas*²⁸, which means that, as the head of the family (*paterfamilias*), Father, had the absolute power over his son's life and death, and only by voluntary emancipation or after his father's death, the son could be released from this dependant situation. This model may be modified in such a way that the child, after becoming an adult obtains the rights of adults and get free of their dependence.

Patria potestas contradicts the philosophy of modern law. The rights of the parent, to be more precise, of the father over his family were result of privileges of the patriarch in the ancient Rome. To be only the genetic parent is near to the idea of "the child as a property". Thomas Hobbs considered the parents to be the full and absolute authority over their children. But John Locke's liberal ideas were suggesting the opinion, which is accepted as "reasonable parenthood" in modern theory.²⁹

b. Parent as A Steward

This model is more palatable than the previous one; it defines the limits of behavior of the parent with the child, but leaves one question open: for whom brings the steward the child up: for the child himself/herself, for the state or for God? However, the most important drawback of this model is its inability to cover entirely what stands in the centre of the relationship between the parent and the child. A satisfactory steward should be disinterested – that is, he should pursue the master's interests, not his own. The welfare of the steward is of no interest to anyone. That is why this model is incomplete; the welfare of the child is not isolated from the welfare of the parent and this deep emotional attachment need to be flourished mutually.

²⁸ **Maine**, Henry Sumner: *Ancient Law: Its Connection with Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas*, London, John Murray, Albemarle Street, 1901, p. 247.

²⁹ **Locke**, John: *An Essay Concerning Human Understanding* (1689), New York, Published by Valentine Seaman, 1824 (An Essay). See also: **Locke J.** *Some Thoughts Concerning Education* (1693) / J.Locke, - London: Cambridge University Press, 1880, p. 325.

c. Parent-Child Mutuality

If my main goal is the welfare of my child, I will benefit from it in two ways: his/her development makes me happy, as a consequence, I become more, compassionate, mature and discerning man. It is possible only if my major motivation is helping my child; yet I understand that by doing so, I promote my prosperity, too. This conception, borrowed from Erikson is called "mutuality".³⁰

Let's see how the mutuality relates to the three concepts of parenthood. The relation between genetic parenthood and mutuality of parent-child is incidental. To the extent that a genetic link contributes to the strength of mutuality, it deserves to be appreciated. The same can be said about the relationship between parenthood as intention and parent-child mutuality. Like genetic parenthood, it is a good thing, to the extent that intention enhances the mutuality. While curing infertility, where the main element is parenthood as intention, future parents supposedly crave for having children since they comprehend in some way that their own development will be advanced by having and raising a child. We can also call it "Rearing parenthood".³¹

The parent-child mutuality is the model, that best covers the concept of moral parenthood, where mutual development is the most relevant ethical standard. "Rearing parenthood" is the concept of parenthood, that must be highly appreciated in our traditions, and passionately protected by laws.

Though we accept that children are social beings, it is a fact that their lives primarily are defined by adults. Almost all political, educational, legal and administrative processes have a serious impact on children, but they have either scanty or no influence at all over all these processes.³²

Children, born of or outside marriage are financially and psychologically dependent on their parents. In the case of *Fabris v France* (2013) the Court highlighted that this is a significant issue which has largely been addressed by European countries which have established that a child's status for inheritance purposes is independent of the marital status of their

³⁰ **Erikson**, H. Erik: "Human strength and the cycle of generations", In *Insight and Responsibility*, New York: Norton 1964, p. 118.

³¹ **Murray**, p. 32.

³² **Prout**, Allan/**Allison**, James: "A new paradigm for the sociology of childhood? Provenance, promise and problems". In A. James and A. Prout (eds), "Constructing and reconstructing childhood: contemporary issues in the sociological study of childhood. London, Falmer Press, 1997.

parents. The anomalies created by legislative amendments should therefore be addressed in order to reflect a state's recognition of the importance of equal status for inheritance purposes.³³

At the end of the 18th and the beginning of the 19th centuries, as the result of radical changes in households in the West the modern family appeared. In the center of all these changes stood the separation of the family, that was ruled by patriarchal power and was opening to more wide society from the colonial experience. Instead of it, such a concept of family occurred that the family became a refuge from the society, where individuals were united by their own choices and emotional bonds.

The main elements of the Turkish family, which is one of the institutions that have undergone the least change over time, during the establishment period of the Ottomans, are weddings, births, children, parents. According to the Turkish-Islamic understanding, the main purpose of the family institution is the continuation of the human generation. Therefore, having and raising children is the most basic duty of the family. Most of the plans and calculations in the family are based on the child. Birth would cause joy in the early Turkish society. On the occasion of the birth, the child was wearing jewelry and the father was giving banquets.³⁴

As family historians explain comprehensively, new family values and practices started to behave the children as individuals, having special needs, and to accept childhood as a special stage of life. These values, accordingly, increased the significance of mother-child ties, made the nourishment of the child the mother's main responsibility and the family became the place for the future workers to grow up. Significant changes for this progress occurred in the concepts of "relevant parent" and "parental responsibility" and began to transcend the existing essence of these concepts.³⁵

The changes, occurred with the creation of modern family were so significant that a new definition for the "relevant" parent should be written. This necessity emerged, especially in connection with the issue of custody over the child. In the corporative household, the patriarch had custody over his offspring in exchange of their security and education. But in the new model it became impossible, especially mothers began to challenge the

³³ Fabris v France [2013] ECHR, Application no.16574/08, February 7, 2013.

³⁴ Aksoy, İlhan: "Türklerde Aile ve Çocuk Eğitimi", Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 16, p. 14.

³⁵ Mintz, Steven/Kellogg, Susan: Domestic Revolutions: A Social History of American Family Life, Free Press, New York 1988, p. 35-36.

custody of fathers over the children. Primarily, when the marriage was dissolved and spouses were using their new legal right to divorce, the issue of the child's custody, i.e. with whom he/she would stay began to become a serious topic of arguments between the parties. In the 19th century, such disputes between the couples revealed contradicting opinions about the "relevant parent". The most important result of it was the emergence of the concept of "social parenthood" – which meant that the main responsibility and ability of the relevant parent is related to the nourishment of the child. Emerging of this concept was a very decisive moment, thus, it became the reason for placing all legal and social debates on child custody in one framework. Especially, association with social parenthood resulted in continually expanding concept of relevant parenthood, and it meant that the character of child care became much more significant and it was the fundamental factor in legal evaluation of with whom he/she will stay. Later, social parenthood would become the main component of legal regulations and practices, occurred in the process of disputes on the use of DNA tests in child custody cases. One challenge to father's power in England was the statute of 1839 that gave married women to claim for access to their children under the age of seven in cases where the husband was guilty of misconduct, and in extreme circumstances, to petition for custody.³⁶

Social parenthood occurred at the beginning of the 19th century when politicians and lawyers were obliged to form a new attitude to custody issues as the result of family changes.³⁷ Efforts of politicians and lawyers to find new ways to create a balance between the rights of parents and the needs of children led to the occurrence of a phrase, which would become very popular in court cases in the 21st century: 'for the child's best interest'. Though the exact origin of this phrase is unknown, judges and politicians created this phrase for expressing the destruction of the traditional power of *parens patriae* and the new invention on the separate interests of the children. In 1936, the judge of the Supreme Court of the state of Georgia in the USA stated in the case of "Mitchell's vs. Mitchell child custody": "All legal liberties, even personal security and liberty rights may be lost as the result of inappropriate behaviour and for that reason, father's right to be his child's custodian must obey the child's real interests and security. And the obligation of the State is to guard the rights of all citizens, regardless of their

³⁶ The Custody of Infants Act (Talfourd's Act) 1839.

³⁷ **Cunnigham**, Hugh: *Children and Childhood in Western Society since 1500*. Longman, London and New York 1995, (Childhood), p. 122.

ages.” This concept expresses the possibility of determination of a child’s needs by parents, or by judges and other authorised people if parents are absent. It sanctioned the discretionary possibilities in defining a child’s interests, who became dependant and unruly as the results of family conflicts. It especially gave to judges wide discretions about defining the welfare of the child and relevance of parents and turned the cases of child custody into stories of “good or bad fathers, mothers and guardians”.³⁸

The main result of these new interests and balances in law was the institutionalization of the mother’s dominant role in custody. Throughout the 19th century, judges created such new rules in gender roles, that mothers, destroying their own families were able to claim custody for their children. Mothers and their lawyers could claim with success that the basis of care for the child is connected to his/her nutrition and women own this skill by nature.

Researcher-author James Schouler explains this new consensus: “In custody cases in the process of divorce, the child’s physical, moral and spiritual welfare are the only real guide. Mother’s love towards her child, which is not dependant on the environment and conditions is the fact, proved historically. While it is possible to trust her faithfulness without hesitation, it should be noted with sadness that the situation with a father and a child is different and the force of law is needed for regulation of this relationship with humanism and kindness.”³⁹ Opinions, strengthening the concept of “relevant parent” resulted in the privilege of mothers in child custody cases.⁴⁰

The emergence of legal adoption became a dramatic example for radical potentials of new opinions on relevant parents. It made the family’s “natural” (blood) ties less important and replaced them with “artificial” (legal) bonds. Nevertheless, adoption continues to be the second-degree type of family formation. As the counter-argument against the wide expansion of adoption was the factor that the only legitimate basis of kinship was blood.

³⁸ **Grossberg**, Michael: A Historical Perspective on DNA Testing in Child Custody Cases. Genetic Ties and the Family. The impact of paternity testing on parents and children, Mark A. Rothstein ed. Thomas H. Murray, Gregory E. Kaebnik, Mary Anderlik Majumder, the Johns Hopkins University, Press, Baltimore, 2005, (DNA Testing), p. 101.

³⁹ **Schouler**, James: A Treatise on the Law of Domestic Relations, 6th ed, 2:2034-35, Little Brown, Boston 1906, p. 172.

⁴⁰ **Grossberg**, Michael: Governing the Hearth: Law and Family in Nineteenth Central America. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1985, p. 57.

Indefinite status of adoption was just an effort to build a family, similar to the family, created by blood ties. Beginning from 1920s in America, states began to “stamp” the notes on adoption. Original birth certificates began to be hidden from public and be replaced with birth certificates, where adoptive parents were given as real parents. Social workers, controlling the process of adoption began to apply the “adaptation” practice: adoptees should be similar to a definite extent, to their adoptive parents for racial, religious and physical features. The purpose was to create “real family” out of “adoptive family”⁴¹ as possible as it can be.⁴²

4. Father's Responsibility

As the transformation of the legal concept of parenthood demanded, the decrease of fathers' role became a central issue for new family model.

As in the East, a father was the major parent and was playing an significant role in his children's lives in the West, too. But the modern family, on the contrary, destroyed the power of the father, first in the middle class, then in families from other classes with its precisely-defined gender roles and separation from wide society. In connection with the occurrence of market capitalisation, modern family faced the separation of the workplace from the house, thus, the application of technologies in agriculture increased, agriculture began to become dependent on the market and its percentage in the economy started to decrease in favour of workshops, factories and other professions. These economic changes keep men aloof from houses and reduced fathers' responsibilities, increasing the role of mothers in children's upbringing. Though men were continuing their positions as the head of the family, the combination of economical changes with the ideas of “relevant” parents turned the role of men in child custody cases into a very problematic issue. As the historian Robert Griswold states, “to the end of the 19th century, fathers began to fall away from their homes.”⁴³

Custody law resulted in a decline in the father's power and a growth of his economic responsibility. When families had been destroyed as the result

⁴¹ **Adoptive family** - means an approved person or persons who have a child placed in their home and are being supervised prior to finalizing the adoption; or who have a child in their home who is legally adopted and entitled to the same benefits as a child born into the family, retrieved from <https://www.lawinsider.com/dictionary/adoptive-family>

⁴² **O'Donovan**, Katherine: “A right to know one's parentage”, *International Journal of Law and the Family* 2:31-33, p. 34.

⁴³ **Griswold**, Roger: *Fatherhood in America: A History*. New York: Basic Books, 1993, p. 196.

of family conflicts, patronage over children were traditionally given to fathers. In the consequence of a new attitude towards motherhood and children, lawyers were able to claim that fathers' custody right was probable and if staying with the mother was for the best interest of the child, this right may not be satisfied. Institutionalization of increasing custody rights of mothers made forget about fathers' supposed custody rights. In return, judges came to such a conclusion that decisions on child custody should be based on the best interest of the child – this standard was highlighting social parenthood and thus, the mother's care.⁴⁴

Just as child custody law had faced radical changes at the beginning of the 19th century, the legal concept of relevant parenthood expanded in the 2nd half of the 20th century. This expansion emerged as the result of denying the main theories and policies of the previous century. In the following period of major changes in gender roles and opinions, motherhood, which had been the central principle of custody rules, was exposed to attacks as the ideal and as the policy. In connection with rising divorce cases, traditional roles of women began to be questioned and men's exposure to sexual discrimination in custody cases became actual. As the result, several states started to replace mother's privilege with the standard of "the best interests", which was gender-independent.⁴⁵

Such an attitude resulted in keeping the power balance between fathers and mothers. Though physical custody continued to be given predominantly to mothers, new rules created more conditions for fathers to satisfy their custody rights. As the consequence, different types of custody appeared – joint custody, divided custody and shared custody. These issues were just unbelievable in previous family law regimes.⁴⁶

The situation with stepfathers was also of a problematic legal status and the institution of step parenthood was increasing with the growth of quantities of divorces, second and more marriages and even second and more divorces. They also had important care obligations towards the child, though had no parenthood rights. Lawyer-researcher Wendy Mahoney states, "The main purpose of most families is to protect the individual rights of the family members, especially children, and to guard the unity of family.

⁴⁴ Skolnick, p. 247-248.

⁴⁵ Skolnick, p. 249.

⁴⁶ Mason, Mary Ann: From Father's Property to Children's Rights: The History of Child Custody in the United States. Chap.2. New York: Columbia University Press, 1994, p. 212.

Exaggeration of the traditional family model has hindered many individuals, living in different family situations from getting legal recognition and protection.”⁴⁷

B. The Concept of Childhood

Childhood may be comprehended in two ways; in a wide meaning, childhood is an expression, covering the period from the birth of the till his/her adulthood. This period may include sub-periods, coming forth from different cultures, such as infancy, adolescence, early youth and etc. In a narrow meaning, childhood captures the interval from infancy till the period just before early adolescence; in accordance with this meaning, a child is an individual, being in the period between feeble infancy and early adolescence.⁴⁸

According to the Dictionary of Educational Terms of the Turkish Language Institution, child means “a person in the developmental period between infancy and adolescence”.⁴⁹

There are three aspects of childhood conceptions: boundaries of childhood, dimensions of childhood and divisions of childhood. Its boundary is the moment when it is supposed to come to an end. However, there is another question, too: when it begins. According to the second aspect, childhood conceptions may differ in their dimensions. For example, according to Locke's opinion, childhood may be understood from different points of view.⁵⁰ It means that there are a few important points for determining differences between adults and children. For example, from the juridical and moral point of view, children may be supposed incapable to carry responsibility for their deeds, in virtue of their age; from the c or metaphysical perspective, children lack in adult reasoning and knowledge, in virtue of their immaturity; and from a political viewpoint, children are judged incapable to contribute the society or participate in its governing.⁵¹

The third aspect in which childhood conceptions differ is its divisions. The period from the human's very early ages until his/her adult life may be

⁴⁷ **Grossberg**, DNA Testing, p. 118.

⁴⁸ **Ariès**, Philippe: Centuries of Childhood: A Social History of the Family, Jonathan Cape, London 1962, p. 112.

⁴⁹ **Oğuzkan**, Ferhan: Eğitim Terimleri Sözlüğü: Türk Dil Kurumu Yayınları, 1974, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

⁵⁰ **Locke**, J.: Of the Conduct of the Understanding (1697)/J. Locke, - New York: Maynard Merrill and Co, 1901.

⁵¹ **Archard**, David: Children Rights and Childhood. 2.edition, New York 2004, p. 35.

divided into different periods, and the category of “childhood” may differ in relation to it. Almost in all cultures, early years of a child is supposed as infancy and it is the child’s most vulnerable and dependant-on-parents period. In civilized cultures, the importance of these several early years is recognised and for Ariès infancy, on the modern conception, extends from birth till about the age of 7.⁵² It is worth noting, that during Justinian’s reign, three periods of childhood was specified in Roman law: *infantia* – when a child was speechless; *tutela impuberes* – just before puberty, a child was in need of a guardian; and *cura minoris* – after puberty, but not adult enough and in need of a custodian.⁵³

Although the child has been in the interest of the societies since ancient times, it is observed that the social and cultural developments of the societies, the organization and the conditions of dominance in the society create differences in the scope and form of the interest to the child in the historical development.⁵⁴

In Turkish legal system, the concept of “child” has not been used consistently and a clear definition of this “concept” has not been made. The use of the term “young” in some places instead of the term “child” in legal regulations is due to the fact that these concepts are not created by the legal order, but are words transferred from everyday speech. In public law, the legislator often uses the term “child”, “minor” and sometimes “young” to describe “underage”. However, it is impossible for us to find coherent definitions of who is “child”, who is “minor” and who is “young”, which can be applied across all public law.⁵⁵

II. EMERGENCE OF CHILDREN’S RIGHTS AND ITS HISTORICAL DEVELOPMENT IN THE LEGAL CONTEXT

As noted, parenthood and childhood are concepts, related tightly to each other. Though children are not brought up only by parents, and though parents are not the only guarantors of children’s rights, historical and legal concepts of childhood developed primarily on the background of parents’ attitudes towards their children.

⁵² Ariès, p. 118-120.

⁵³ Archard, p. 26.

⁵⁴ Akyüz, p. 18.

⁵⁵ Gören, Zafer: “Çocuğun Temel Hakları”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 15, 1998, p. 117, 118.

By the end of the 1970s, most people accepted that the history of childhood was a history of development, and that understanding of the nature of childhood had improved over time. In "The Civilizing Process", Norbert Elias argued that "the distance in behavior and in whole psychological structure between adults and children increases. "The civilizing process' included the control of instincts, which hardly happened in the Middle Ages, when consequently, 'the distance between children and adults, measured by that of today was negligible'.⁵⁶

In the 1500s-1800s lots of advice books described the way of behaviour for adults, marking the distance between adult and child. An advice book in 1714 in France encouraged people to "Take good care not to blow your nose with your fingers or on your sleeve like children; use your handkerchief and do not look into it afterwards". Naturally, children were also motivated to control their instincts. Another advice book in France 1774 showed how "Children like to touch clothes and other things that please them with their hands. It must be controlled, and they must be taught to touch all they see only with their eyes."⁵⁷

Philippe Ariès put forward hypotheses about the history of childhood in his book "Centuries of Childhood" (1960), and this was the starting point for all subsequent researches. He was trying to comprehend the peculiarity of today by contrasting and comparing it with the past and claimed that there had not been "the concept of childhood" until the end of the 17th century.⁵⁸ Ariès concludes clearly that 'the idea of childhood did not exist in medieval society; however, it should not be supposed that children were fully neglected, despised or abandoned. The idea of childhood must not be confused with love for children: it corresponds to comprehension of the special nature of childhood, that nature which differs the child from the adult, even the young adult. It was this awareness, that lacked in medieval society.'⁵⁹

A. Ancient Period

As the result of rebirth of inclination to the antique world during the Renaissance it became more important to research thought and practice in

⁵⁶ **Elias**, Norbert: *The History of Manners: The Civilizing Process*, Vol.1, 1939; New York, 1978, pp. xiii, 141.

⁵⁷ **Elias**, p. 203.

⁵⁸ **Ariès**, p. 395, 397.

⁵⁹ **Ariès**, p. 395, 397.

ancient Greece and Rome. Primarily, an assessment should be made on the cases of infanticide, abandonment and sale of children. Several researchers think these as the main points of attitude towards children in the ancient world, and a legacy for later centuries. Opinions about children, recommendations on the education and child-rearing existing in the ancient period would be influential until at least the 20th century.

De Mause claimed that infanticide – the act of killing a child was dominant in the period up to the 4th century AD⁶⁰. Of course, it was not easy to kill so many children, however ‘when parents were trying to resolve their problems on child-care by killing them, it affected profoundly the children, that survived.’⁶¹ It is hard to assess infanticide,⁶² though there is no doubt that many children were abandoned or exposed, girls suffered this fate more than boys. De Mause argued that abandonment was equal to infanticide, and that the deserted child in most cases perished.⁶³ Boswell also accepted the extent of abandonment; he assessed that probably most women who had more than one child abandoned at least one of them; and that in the first centuries AD abandoned children estimated 20-40 per cent of all born children.⁶⁴ Unlike the later periods, there were no institutions for abandoned children; they depended on the “kindness of strangers”, on people who helped these undefended children to survive and brought them up.

For Boswell, ‘there is no doubt that most of abandoned or sold children became slaves’, as nothing in Roman law prevented either abandonment or sale. In contrast, slavery was ‘prevalent not only in Rome, but throughout the Hellenistic Mediterranean’, not rarely as the method of debt payments.⁶⁵

Early modern and modern Europe inherited the abandonment of children from the antique world. “The most ancient moral writers’, states Boswell, ‘evinced indifference toward or acceptance of abandonment’.⁶⁶ Even Plato and Aristotle were likely to have condoned it. Only selling of freeborn

⁶⁰ **de Mause**, Lloyd: (ed.) *The History of Childhood*, Souvenir Press, London 1976, p. 51.

⁶¹ **de Mause**, p. 51.

⁶² See: **Engels**, Donald: “The problem of female infanticide in the Greco-Roman world”, *Classical Philology*, 75 (1980), p. 112-120; **Harris**, V. William: “The theoretical possibility of extensive infanticide in the Graeco-Roman world”, *Classical Quarterly*, 32 (1982), p. 114-126.

⁶³ **de Mause**, p. 51, p. 25-29.

⁶⁴ **Boswell**, John: *The Kindness of strangers: The Abandonment of Children in Western Europe from Late Antiquity to the Renaissance*, London 1988, p. 135.

⁶⁵ **Boswell**, p. 147.

⁶⁶ **Boswell**, p. 66-7; 81-5; 88.

children was condemned, but it was just because that it was thought, it led to slavery.

It may be very difficult for modern readers to understand the existed indifference towards children in the ancient world. Yet some recent writings on ancient families, emphasise close and loving relationships between parents and their children. Beryl Rawson suggests that “adult-child relationships could often be close and sensitive”⁶⁷ and Suzanne Dixon concludes that in ancient Rome “there was certainly a sentimental interest in children as such, and some parents were desolate at the death of small children”.⁶⁸

One of the practices, inherited from Roman law is “*patria potestas*”, that is the power of Father. In Roman law, the oldest male in the family had absolute power over all his offspring, no matter how old they were, or where they lived. It captured not only property rights, but also the right to life and death; he decided whether to abandon or execute the child or not. But it is debated that “*patria potestas*” ‘was the major institution underlying Roman law’, like private life providing model for public.⁶⁹ As Aristotle states, a father ‘rules his children as a king does his subjects’.⁷⁰ In Rome, *patria-potestas* was doubtless one of the mainstays of government, but it was less deterrent in real life than in theory. Realization of powers over life and death was in fact extremely rare. Adult married sons were in practice released from their father’s jurisdiction. Besides, living in separate houses and separate allowances assisted sons to eliminate reasons for tensions between generations. But even if the absolute patriarchal power was not so strict in real life, the very idea of this power was transferred to next generations throughout centuries. It was especially influential in the early modern period.⁷¹

The main impress, stemmed from ancient sources is that that childhood was not accepted as something important for itself, but was the main part of

⁶⁷ **Rawson**, Beryl: Adult-child relationships in Roman society, in R. Bawson ed. Marriage, Divorce and Children in ancient Rome, Canberra and Oxford, 1991, p. 130.

⁶⁸ **Dixon**, Suzanne: Roman Family, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1992, p. 79.

⁶⁹ **Lacey**, W. K.: “Patria Potestas” in Rawson B ed., Family in Ancient Rome, Cornell University Press, New York 1987, p. 125.

⁷⁰ **Aristotle**: Politics and Athenian Constitution, London, 1959, p. 23.

⁷¹ **Dixon**, p. 82.

the process of creating a good citizen; in this process, the period from puberty till 21 years, was the key one.⁷²

Furthermore, it was usual to recognize children not as individual personalities, but as servants of their parents, the continuation of the line, supports of parents in old age, and followers of essential rituals at parent's funeral.⁷³ Cicero thought, not childhood itself can be praised, but only its potential.⁷⁴

Children, as women and slaves, were isolated from society, were not a full part of it, and much nearer to another world, to the divine than adults. Part of this isolation was caused by the probability that they it was more likely that they would die before reaching adulthood and becoming part of society; consequently, if they died very young, they were subject to quite different burial customs from older people'; they were buried at night, inside the city walls, not outside, sometimes in the foundations of buildings.⁷⁵

For that reason, we can conclude that an attitude towards young children in the ancient world was more neglective than later historical periods; children lacked the qualities, adults had. In classical Athens, "children were regarded as physically weak, morally incompetent, mentally incapable".⁷⁶ When a child died, he/she was mourned, but it was just for that reason that they were thought to had lived without a purpose, not having reached maturity.⁷⁷

In contradistinction to Greeks and Romans, after Christianity Europeans believed that infanticide was a sin. In 374 the emperors Valentinian, Valens and Gratian decreed that "If anyone, man or woman, should commit the sin of killing an infant, that crime should be punishable with death", an attitude noticeably varied from Roman law code of the 12 Tables (5th century BC) where any child with an obvious deformatio at birth was to be executed.⁷⁸ "Perhaps, the decrees primarily referred to heathen rituals of murdering of children, but as Boswell puts, it "would have been

⁷² **Dixon**, p. 100.

⁷³ **Wiedemann**, Thomas: *Adults and Children in the Roman Empire*, Routledge, London 1989, p. 29-30.

⁷⁴ **Cicero**, *De Amicitia*, 1.1; *Pro Caelio* 5.11; *Nonius* 406.14.

⁷⁵ **Wiedemann**, p. 35.

⁷⁶ **Golden**, Mark: *Children and Childhood in Classical Athens*, Baltimore and London, 1990, p. 19.

⁷⁷ **Golden**, p. 20.

⁷⁸ **Wiedemann**, p. 37.

interpreted subsequently as constituting a blanket condemnation of infanticide.”⁷⁹

Abandonment of a child was judged less severely. In 374 Emperor Valentinian decreed that all children should be supported by their parents, and that those who left their children must be punished ‘by law’. Though the nature of that punishment is unknown, and the decree was not likely to have had any effect on the practice of child abandonment.⁸⁰

B. Middle Ages

A major common start point in almost all researches on childhood over the past 40 years, stood the idea, claimed by Ariès that “the concept of childhood did not exist in medieval society”.⁸¹

Though medievalists were insistently trying to prove Ariès wrong, opinions, refuting these ideas were less justified. In contrast to Ariès, Shulamith Shahar stated in “Childhood in the Middle Ages”, that an idea of childhood existed in the Middle and Late Middle Ages (1100-1425), that scientific recognition of different stages of childhood was not only in theory, and that parents made moral and material investments on their descendants.⁸²

Ariès dedicated one of the chapters of his famous book to to “ages of life”, describing different stages of human life. The period of childhood in medieval thought and literature was accepted to be between three and twelve, however, in the Later Middle Ages, it was until 7. All of them settle down the children in a definite form, usually in two stages, *infantia* and *pubertia*, including the period from birth until 14 years and followed by *adolescencia* and *iuventus*.⁸³ Period of *puertia* was 12 for the girls and 14 for the boys; it was the time for education; the time, when the fathers were responsible for the sons, and the mothers for the daughters.⁸⁴ The education did not mean a school for the whole population; it did indicate to a formal gradual apprenticeship or the children’s skills to carry out tasks at home and on land.⁸⁵

⁷⁹ **Boswell**, p. 161.

⁸⁰ **Boswell**, p. 164.

⁸¹ **Ariès**, p. 125.

⁸² **Shahar**, Shulamith: *Childhood in the Middle Ages*, Routledge, London 1962, p. 100.

⁸³ **Ariès**, p. 50-56, 65-67, 70, 71, 78.

⁸⁴ **Shahar**, p. 102.

⁸⁵ **Ariès**, p. 24-25.

In a very significant point on the growing process of children, Shahar agrees with Ariès: From early ages, even before seven, children were not isolated from the society of adults. Life conditions in houses in the Middle Ages gave almost no chance for privacy either of adults or that of the children, so outside the house, children became the part of the society.⁸⁶

The family, which we know today, started to get the structure in the Middle Ages. In antiquity, family, ruled by father included not only kins but also slaves and other persons, not related by blood. As monotheistic religions insisted on exogamy and monogamy and churches began to control over marriage, particular families with their particular lands appeared, and the family became not only the economic unity, but also a place for love and emotions. In the 14th-15th centuries, the family was an asylum for people from the inimical outside world, boiling with taxes and plague.⁸⁷

Ariès emphasized that the 17th century was decisive in the changes of ideas on childhood, but for some researchers, it is the 18th century, that played a much greater role.⁸⁸ In the 18th century with John Locke's works, in the beginning, framed by romantic poets in the end and with Rousseau's influential figure in the center, childhood and children gained such sensuality, that they had never had before. Many people began to look on childhood as a separate stage of life, that must be appreciated, rather than a preparation period for the future – to adulthood or to Heaven. In the end of the 18th century, children were characterized as creatures, who were in need of mercy and humanism as slaves and animals.⁸⁹

In this process, "Some thoughts concerning education" (1693) by John Locke gained the status of classics. As one of the most outstanding and influential representatives of English philosophy, John Locke (1632-1704) is considered to be the founder of empirical and analytical tradition of philosophy and "Father of English liberalism". Though Locke wrote no philosophical treatise about childhood, in his "Some thoughts concerning education", he gives advice on the significance of a gentleman's education.⁹⁰ This advice is surprisingly liberal and modern, and is one of the first

⁸⁶ **Shahar**, p. 2, 102, 112.

⁸⁷ **Cunnigham**, *Childhood*, p. 22.

⁸⁸ **Ariès**, Philippe: *Centuries of Childhood: A Social History of the Family*, Jonathan Cape, London 1962, p. 110.

⁸⁹ **Cunnigham**, *Childhood*, p. 28.

⁹⁰ **Locke**, *Thoughts*, § 38.

manifestos about on child-centered education, alongside with Jean-Jacques Rousseau's "Emile".

Locke speaks in "An Essay Concerning Human Understanding" (1689) about the first large-scaled convincing defence of an empirical theory of thought. This theory is based on the fact that all human knowledge stems out of the only source – that is practice. He rejects any idea about the congenital knowledge of the child. In contrast to the opinions of other philosophers, children are unaware of any idea, theorem or assumptions from birth. If knowledge is gained from practice, it means it is obtained gradually and a human becomes a smart user of intellect. As childhood is a stage of the development process, then children should be imperfect and incomplete, in contrast with adults (with their adult versions).⁹¹

In "Some Thoughts Concerning Education" (1693), Locke published letters he had written to his fellow Edward Clarke about the best way of educating Clarke's son. His judgements, starting from nutrition, touching the issue of punishing for misbehaviour, ends with the suggestion of an educational programme. In the letters, Locke insists on interests and needs, which should be taken into consideration, and on the fact that children should not be simply beaten or obliged to obedience to the rules of necessary conduct. The major target of education is to create a righteous person, whose rightness is based on his character and rational self-control. Based on this idea, a child should come to understand Reason and to behave according to It.⁹²

For Locke, as he states in the "Essay", first experiences of the child are of sensory character, and reflection with the strength of mind comes later. For Locke, reflection is an easy process. A little child, new to this world, is full of feelings from his/her surrounding, he has no time for self-analysing. Yet with the progress of acquiring of ideas, Mind "awakens", it begins to think more, the more it has something to think over."⁹³ So, Mind starts to think over the ideas, which are obtained by Senses."⁹⁴

It must be noted by the way, that Locke, in contrast to most authors, did not believe in naif idea about innocence and virtue of children. His explanations on the noticeable cruelty of children are earthly and understandable. Anyway, Locke believed that no matter what the child's

⁹¹ **Locke**, An Essay, § 2.

⁹² **Locke**, Thoughts, § 39.

⁹³ **Locke**, Essay, I.II. § 22.

⁹⁴ **Locke**, Essay, II.I. § 24.

nature is, he/she can be brought up in a worthy way, by subduing his/her hereditary inclinations to the Reason.

Worthy education is possible and also necessary. According to Locke, it becomes possible if moral justice was taught to children. Virtue is natural, because it is within the human will, yet it depends on socialization and education, too. It must be instilled. Education is required, as children should grow up to be mature citizens, who live by the laws of nature. This implies to subdue one's desires and passions to the Reason; the main Foundation and Principle of all virtuous and good things is that, that a Person must be able to refuse himself his Desires, to overcome his dispositions and to follow the Reason.⁹⁵

Yet the educator may use these same desires and inclinations for shaping the child. It is possible to raise a child in moral perfection by working with and not against the child's desires. The child's nature will have the same Passions, the same Desires when becoming an adult.⁹⁶

Locke believed that good education can be given to the child by leaving him/her in the situations, refraining from negative features and by keeping him/her from situations, pushing to such features. For him, moral education is not about learning predetermined moral principles, but about inspiring the strength of practice and moral reason.

"Children should not be taught the Rules... What you think necessary to teach your children, you should put them in the applicable situation."⁹⁷

Locke returns persistently to the issue: "Is there a place to corporal punishment in child-rearing"? Locke wrote: "I'm very apt to think, that severe Punishment does little good to the child, but great harm to education."⁹⁸ Yet "very stubborn" and "very disobedient" children may be exposed to punishment since the child should learn to subordinate his will to the Reason.

Locke's purpose was to create such an adult, who would be able to subjugate his feelings to his mind. This strength should be placed in the child's character with habits from early ages. In the sake of creation this same subjugation, corporal punishment may be needed.

⁹⁵ **Locke**, *Thoughts*, § 38.

⁹⁶ **Locke**, *Thoughts*, § 41.

⁹⁷ **Locke**, *Thoughts*, § 66.

⁹⁸ **Locke**, *Thoughts*, § 69.

Jean-Jacques Rousseau is supposed to be the founder of modern ideas on childhood. Actually, he has two merits in this regard: first, he declares and advocates the necessity and value of understanding the concept of childhood that is, recognising a child as a child. He criticizes those who seek an adult in a child without thinking who he/she is before becoming an adult and insists that childhood must have its own place in human life. An adult should be accepted as an adult, a child – as a child.⁹⁹

Rousseau has a special approach to childhood, according to this view, childhood has a particular place in human life, a child is morally innocent and close to Nature, he/she deserves freedom of self-expression; a child is corrupted only in social conditions. “Everything is good as it leaves the hands of the Author of things; everything degenerates in the hands of man”.¹⁰⁰ For Rousseau, education should reveal the identity and special nature of the child, it brings to the disclosure of children not as an adult, but as a child, and of definite qualities, stemming out of their childhood.

According to the orthodox comment of Rousseau, education should be non-directional, spontaneous and free for the good child by nature. With this same opinion, Rousseau stands in opposition to Locke's educator, who deliberately directs the child to reason and social morality. It is not only about what one teaches, but also when one teaches definite things. Rousseau's anti-educationalist opinions can seem like he advises to leave the child to himself/herself, granting him/her with unforced free education. In reality, Rousseau suggests the more complicated, even manipulative form of teaching: “Let him always suppose that he is the master, but let it always be you, who is. There is nothing more perfect than dependence on the appearance of freedom.”¹⁰¹

Rousseau was against the idea, which was very common during the Renaissance, that “children should be reared by fathers”: “You say mothers spoil their children, and no doubt that is wrong, but you corrupt them worsely. Mothers want their children to be happy now. Mother is right, and if her method is wrong, she must be taught better. Greed, ambition, despotism, father's mistaken foresight, neglect, coarseness are a centuple more harmful to the child than blind love of the mother.”¹⁰²

⁹⁹ Rousseau, Jean Jacques: *Emile or on Education*, ed. P.D. Jimack, London, 1974, p. 34 and 80.

¹⁰⁰ Rousseau, p. 37.

¹⁰¹ Rousseau, p. 120.

¹⁰² Rousseau, p. 5.

How may the happiness of the child be obtained? Through raising the child by the orders of nature that is, maternal breastfeeding and no swaddling, - answers Rousseau. "Let childhood to mature in hearts of your children... try to give them anything they want today if it can be deferred without danger to tomorrow."¹⁰³

The results were amazing. In the 3rd quarter of the 18th century, under-five child mortality in English aristocratic families, decreased by 30 per cent. The only reason for it was that the mothers began to spend most of their time with children, breastfeeding them in aristocratic families. As Randolph Trumbach writes, 'children survived more because they were better loved than because they were immune from disease or better nourished.'¹⁰⁴

One of the impacts of romanticism also was that "a child" meant not only a boy but also a girl, as Erasmus and Locke had also offered. Childhood began to be accepted as a particular time of life, in which gender was of no importance; it was rather the childish feature of the child that should be protected. Long white trousers and knee-length dresses, with short-cut hair, were recommended both for boys and girls in the 1830s, pursuing one and only aim – blurring gender distinctions. Between 1820 and 1840, advice books emphasized that both girls and boys had to avoid rage. Probably, it was the peak of ungendered child idealization and until the early 20th century gender differentiations were in the background of emotional conduct.¹⁰⁵ Naturally, science was supporting this tendency. For Kraft-Ebbing, the child was of neutral gender".¹⁰⁶ However, it cannot be denied, that attitude towards boys was better than towards girls. Thus, in the 19th century in the Pyrenees birth of a boy was greeted with great joy and gunfire, but that of a girl with "deep disappointment". Or in Limousin (France) a mother without sons and with several daughters would say that she had no any children, at all.¹⁰⁷

¹⁰³ **Rousseau**, p. 57-58.

¹⁰⁴ **Trumbach**, Randolph: *The Rise of the Egalitarian Family: Aristocratic Kinship and Domestic Relations in 18th Century England*, Academic Pr, New York, San Fransisco and London, 1978, p. 53-57.

¹⁰⁵ **Kincaid**, R. James: *Child-loving: The Erotic Child and Victorian Culture*, London 1992, p. 64-65, 13-16, 106-107.

¹⁰⁶ **Fuller**, Peter: *Uncovering childhood*, in M. Hoyles ed., *Changing Childhood*, London 1979, p. 93-6.

¹⁰⁷ **Heywood**, C.: 'On learning gender roles during childhood in the 19th century France', *French History*, 5 (1991), p. 451.

The role of children in families changed considerably within four centuries, between 1500 and 1900 years. At the beginning of this period, children from about the age of seven stepped slowly into the world of work of adults. And at the end of this period in almost every country, schooling was compulsory for every child. Most researchers-historians consider compulsory schooling as the endpoint of a process in which children and their families had moved from a peasant family economy, through a proto-industrial one to an industrial one. Each of these economical formations offered various family strategies and hence different roles of children.¹⁰⁸

Researchers of peasant family strategies characterize children in two ways: as land inheritors or potential labour. The investment in children, if we can say so, of course, was one slow to yield any return. Such an investment was possible until the age of six or seven years of the child. Reaching this age, the eldest child in the family started to fulfil small, but useful work in the household or land, to take care of younger siblings or scaring birds away from crops.¹⁰⁹ Yet in teenage years, children's labour contributions in the family were equal to that of adults.¹¹⁰ Because of the seasonal character of agricultural work, it was difficult to assume that children had full-time tasks to fulfil throughout the year; that's why, schools were functioning in winter months, it was impossible for children to contribute for the family economy. Archaeological evidences near Bonn, belonging to the 13th century show child fingerprints on pots and indicate children's share in carrying pots to drying areas which were exporting to England, Scandinavia and Poland.¹¹¹ Development of agriculture, meanwhile was of great significance for children, because it also increased their economical usefulness.

Industrialization began to bring textile industries in the late 18th century from homes to factories and it became a natural case for children to be the main components of the labour force. It can't be said that families started to be destroyed under the pressure of industrialization, in contrast, the family became a more central mechanism for survival. Because the family did not

¹⁰⁸ **Cunnigham**, (Childhood), p. 15.

¹⁰⁹ **Vassberg**, E. David: 'Juveniles in the rural work force of the 16th century Castile', *Journal of Peasant Studies*, 11 (1983), p. 66.

¹¹⁰ **Cunnigham**, Hugh: "The employment and unemployment of children in England c. 1680-1851", *Past and Present*, 126, Oxford University Press 1990, p. 134 (Employment).

¹¹¹ **Baart**, J. M.: Ceramic consumption and supply in early modern Amsterdam: local production and long-distance trade, in P. J. Corfield and D. Keene (eds.), *Work in Towns 850-1850*, Leicester, 1990, p. 77.

only mean a home, by means of family, people could find jobs, as early industrial work was organized around the family structure.¹¹²

Families had no other option, than to send their children to factories to work. It was revealed, that in Belgium, 22 per cent of family income in 1853 and 31 per cent in 1891 belonged to children.¹¹³ Children labour in factories resulted in state interference in the issue throughout Europe. Unsurprisingly, child labour in factories was the leading factor, which made childhood, being a period as an initiation to the labour force to be a period of gradually becoming compulsory schooling.¹¹⁴

In the 16th century with religious influence and in the 18th century with secular influence dominant, great and sometimes successful steps were taken to increase provisions of schools and to encourage children to attend lessons. As a rule, cities rather than villages, lowlands rather than highlands, boys rather than girls were concerned in schooling. For instance, there was almost no school in rural areas in Scandinavia. Gender discriminations were more striking: in the early 16th century, in the German duchy of Brandenburg, there were only four girls' schools, while there were 55 boys' schools.¹¹⁵

What could schooling suggest to children of inferior classes in Europe in the early modern period? Primarily, religious education. In fact, this was the major reason for the establishment of schools in the 16th century, and there was a demand for it, too. And the second reason for sending children to schools was secular: children were taught to read, and this skill was of great importance. There was a third reason, too: children were provided with child-care services in schools, which was very convenient for parents. The negative aspect of schooling for families was fees for schools. Though free schools of charity existed, most of families had to pay for their children to attend schools.¹¹⁶

One should not surprise to find that education at schools was irregular and discontinuous. In villages, schools were functioning mostly in winter months. In Holland and Belgium in the 17th century, and in Norway in the 18th century, a school year was not more than 10 weeks.¹¹⁷

¹¹² **Cunnigham**, *Employment*, p. 137.

¹¹³ **Alter**, George: *Work and income in the family economy: Belgium, 1853 and 1891*, *Journal of Interdisciplinary History*, XV (1984), p. 255.

¹¹⁴ **Cunnigham**, *Childhood*, p. 32.

¹¹⁵ **Cunnigham**, *Childhood*, p. 37-38.

¹¹⁶ **Houston**, Robert Allan: *Literacy in Early Modern Europe: Culture and Education 1500-1800*, Longman, Harlow 1988, p. 33, 34, 35, 38.

¹¹⁷ **Houston**, p. 50.

Philanthropy played a significant role in the history of childhood, as it was a central factor in child rescue activity. Philanthropists managed asylums for homeless and needy children, created schools and kindergartens, set up societies against child abuse, put forward several programmes for supporting the poor.

Children were though not the only, but the main objects of philanthropy. It was believed that children were not formed enough to survive. Furthermore, they represented the future. "Their flexible nature"- Boston Children's Friends Society thought, "let's make perfect beauty or perfect repulsiveness from them."¹¹⁸

In the 19th century, women started to play a more important role in philanthropy. It was assessed that in 1893, in England, more than 500 000 women were semi-professionally or continuously engaged in philanthropy and the vast majority of them was related to children.¹¹⁹

Though child-saving was primarily a task of philanthropists and voluntary organizations, there were some open calls for interference of state and professional organizations in the children's problems. It was clear by the end of the 19th century, that only the state might provide childhood for every child, and states began from philanthropists, the regulation of this issue. "Child-saving" became one of the main obligations of the state.¹²⁰

Philanthropists, promulgating the ideology of childhood with such an open-heartedness and seeing the conditions of life of children in the streets started to create a theory of rights, which should belong only to children. In England, in the 1830s, the concept of the right of the child against his/he parents and employers started to be put forward. By the end of the century, these rights started to go further than rights to education, maintenance and protection and to become more specific ones, belonging just to children. "The child"- stated Kate Wiggin,-"has an inalienable... right to his/her childhood."¹²¹

Hard blows of the I World War and aftermath made it necessary to bring to a successful end attempts of supporters of declaration of children's rights. This initiation belonged to an Englishwoman, Eglantyne Jebb. She

¹¹⁸ **Rothman**, J. David: *The Discovery of the Asylum: Social Order and Disorder in the New Republic*, Boston and Toronto, 1971, p. 213.

¹¹⁹ **Cunnigham**, *Childhood*, p. 44.

¹²⁰ **Rothman**, p. 213.

¹²¹ **Cunnigham**, *Childhood*, p. 154.

was engaged in cases of children in defeated countries and argued that children could not be blamed for the war and that was why they should not suffer from its consequences. As a result, The Save of Child Fond was founded. Jebb drew up a draft of a simple declaration, which was accepted in 1924 by the League of Nations. In fact, those rights were parents' obligations, formally recognizing that "mankind must give to the Child the best it has".¹²²

In Türkiye the Law on the Addition of the National Holiday of 23 April was adopted on 23 April 1921, one year after the opening of the First Grand National Assembly, and the law entered into force May 2, 1921. The founder of the Republic of Türkiye, Mustafa Kemal Atatürk, presented the 23rd April Day, which was decided to be celebrated as a National Day on April 23, 1921, to children on April 23, 1929. Thus, April 23 was celebrated for the first time as Children's Day in 1929.¹²³

The Swedish feminist Ellen Key published a book of 'The Century of the Child' in 1900. For Key, morality will be perfect, when the child gets his rights.' The vision of the future was that that a child would come to this world from the parents, who physically suited, and grew up in homes with ever-present mother.¹²⁴ She was of no doubt that the future of the world depended on the way how the children would be brought up and blamed three sores of the modern time, bringing to failures in child-rearing – capitalism, war and Christianity. So, if the 20th century should become "the century of the child", it was not just for the sake of children, but for that of the whole humanity.¹²⁵

The obligation of the state to provide proper childhood for all children was more persistently expressed. In the 1920s in his history book, Lilian Knowles stated, indicated to the increasing role of the state, that "work restrictions in factories, resulted eventually in the state education for the child, and the scope of both education and protective measures for children is ever-expanding."¹²⁶ Meanwhile searches on the discovery of the child's

¹²² Geneva Declaration of the Rights of the Child, adopted by League of Nations on September 26, 1924.

¹²³ National Sovereignty and Children's Day, retrieved from: <https://www.officeholidays.com/holidays/turkey/national-sovereignty-and-childrens-day>

¹²⁴ Key, Ellen: The century of the Child, 1900, Putnam, New York and London, 1909, p. 45.

¹²⁵ Key, p. 109, 183, 257, 317.

¹²⁶ Knowles, Lilian Charlotte Anne: The Industrial and Commercial Revolutions in Great Britian during the 19th century, G. Routledge & Sons, Ltd, London 1921, p. 96.

true nature continued, as the successful politics on childhood was getting more dependent on science. It was believed that science would increase the chances of children to survive; would open the secrets of how the child's thoughts worked; would measure their intellect; would give advice to mothers about how to raise children; would prepare instructions for children, whose development and behaviour did not respond to standard norms.¹²⁷

The most vital duty at the beginning of the 20th century, was to secure the children's survival. It must be noted, that child mortality was high throughout the Middle Ages and remained almost unchangeable until the 2nd part of the 19th century. Just from the beginning of the 20th century the rate started to decline. Roughly speaking, every fourth or fifth child died before reaching the age of one. It is assumed that indicator of the infant death between the years of 1600 and 1749, in England, was somewhere between 250 and 340 (deaths per thousand births of the children under the age of one). In the last quarter of the 17th century, in France, this indicator was between 200 and 400.¹²⁸ In the second half of the 18th century In Sweden, the average rate of annual infant mortality was exactly 200 deaths per 1000 births.¹²⁹

Though death rates declined after the age of one, the child stayed very assailable. In several regions, almost half of all children was not succeeded to survive till the age of 10. Child deaths were making up the most of all deaths; in the 2nd half of the 17th century, in Florence, almost two-thirds of all deaths belonged to children under five years old.¹³⁰

As it was mentioned above, from the beginning of the 20th century the child mortality rate dropped and has continued to decline. The rate in most countries was between 100 to 250 deaths per 1000 live births; by the 1950s this indicator fell till 20 and 50, and by 1975 to a point where most countries had rates below 20, and only in a few ones, rates, being above 30.¹³¹ This decline in itself makes the 20th century a more particular period than the

¹²⁷ **Knowles**, p. 96-97.

¹²⁸ See: **Razzel**, Peter: "The growth of population in 18th century England; a critical reappraisal", *Journal of Economic History*, 53 (1993), p. 757-780; **Kamen**, Henry: *European Society 1500-1700*, Hutchinson, London, 1984, p. 25.

¹²⁹ **Mitchell**, R. Brian: *European Historical Statistics 1750-1975*, 2nd revised edn. Macmillan, London, 1981, p. 137-144.

¹³⁰ **Mols**, R.: *Population in Europe, 1500-1700*, in C.M. Cipolla (ed), *The Fontana Economic History of Europe: the 16th and 17th centuries* (London, 1974), p. 69-70.

¹³¹ **Mitchell**, p. 140.

entire of the rest of the history of childhood, and it is not an exaggeration of its significance. In the mids of the 20th century, infant mortality was rare case, that few parents would confront, while in prior centuries, and throughout all history of childhood, few parents would be so lucky to avoid it. As it was suggested above, it did not mean that parents in previous centuries accepted the death of their children with indifference. The issue was that parents were able to suppose rightly that the children, they brought to life would survive and grew up to adulthood. As a result, family planning took on new meaning; a decline in infant mortality brought to a sharp drop in giving birth. Unlike children in previous centuries, children in the 20th century had fewer siblings, being close to each other in ages. In the previous periods siblings might have an age difference of up to 20 years, as, during those years, death could take several of them.¹³²

The decline in child death was becoming noticeable and reasons for it were being revealed more. After the special child hospital was opened in Paris in 1802, this wave continued in Germany in 1840, in London in 1852 and in New York and Philadelphia in the mids of the 1850s. However, these infirmaries were basically insulators, and only by the end of the 19th century, especially with the development of whey against diphtheria in the 1890s, advances towards particular therapy began. Paediatric chairs were founded in Paris in 1879 and in Berlin in 1894. The American Paediatric Society was established in 1888 and paediatricians obtained an opportunity to make Paediatrics be recognized as a special branch of medicine, through their work and achievements in hospitals. The next stage was to improve practice programmes for paediatrics, and if the number of paediatrics was 138 in 1914, it rose up to 6567 in 1955, and twice more than that in 1966.¹³³

Science had a crucial role in understanding the childhood, at least in three directions. First, thanks to science, it was possible to understand the child's mind: for example, if they were programmed biologically for speaking in their mother tongue, or if they did need to be taught? How did they learn it? These questions were important for the entire mankind, but above all, they were researched in regard to the children. In 1877, Hippolyte Taine published "On the Acquisition of Language by Children", and Charles

¹³² Mitchell, p. 141-142.

¹³³ Weindling, Paul: From isolation to therapy: children's hospitals and diphtheria in fin de siècle Paris, London and Berlin, in R. Cooter ed. In the Name of the Child: Health and Welfare, 1880-1940, London 1992, p. 125.

Darwin published "A biographical Sketch of an Infant" in the English journal of *Mind*.¹³⁴

Secondly, science helped to understand children's instincts. It became a much more researchable field of study in the 19th century; until then the concept of child innocence had prevailed the theory of their innate malignancy, whereas the discoveries of science did not conform to the theory of innocence. Psychiatrists in the 19th century confronted children with behaviour, which could hardly be called "innocent" and described them, yet they hesitated whether such behaviour stemmed out of heredity or out of some initiating factor in the upbringing of the child. They did not have a complete maturational development concept, either. It was Freud's contribution to claim that each child had congenital sexuality, which manifests itself in certain ways since infancy.¹³⁵

On the one hand, Freud destructed opinions on child innocence, as innocence and asexuality were closely related to each other in the 19th century. Yet it was possible to claim that the sexual instincts of an infant were an element of his/her nature and innocence was destructed only in case if adults entered in the sexual enjoyment and play with the children. With the exclusion of Hans, a five-year-old boy, Freud, accepted only grown patients and his skills to track complications in maturity to traumas, obtained in childhood, and especially to the misbehaviour of the sexuality of the child by adults, resulted in making parenthood seem a duty full of complications in which neither tradition nor common sense could assist. Parents began to need recommendations from specialists and received it with excess; most of these specialists had a medical background.¹³⁶

Thirdly, an aggregate of factors encouraged specialists to reveal the origins of delinquency in childhood. Delinquency, reasons of which had previously been believed to be poverty and environment, began to be connected to psychological origin. "A problematic child" became the center of attention, though soon it became clear that, not all "problematic children" were potential delinquents, but showed such emotional and behavioural symptoms that neither parents nor teachers could cope with them. By 1942,

¹³⁴ See: **Darwin**, C. R.: A biographical sketch of an infant. *Mind. A Quarterly Review of Psychology and Philosophy* 2 (7) (July): p. 285-294; **Taine**, H.: On the Acquisition of Language by Children. *Mind. A Quarterly Review of Psychology and Philosophy* 2 (7) (July): p. 122-167.

¹³⁵ **Freud**, S.: Sexuality and psychology of love, *Touchstone*, 1991, p. 53, 57, 88.

¹³⁶ **Freud**, p. 102, 107.

there were 62 child guidance clinics in the USA offered help to such children and their custodians through teams of social workers, psychiatrists and psychologists.¹³⁷

Initiatives on child-care centers hardly remained within the borders of one city. Analogical initiatives got aftersounds from other cities, too. Conferences of international character dedicated to “School Hygiene” were organized in London in 1907 and in Paris in 1910.¹³⁸

Alongside international scientific networks, childhood continued to be the issue of national and international politics. Every time when childhood was raised as a question, it often resulted in fierce discussions about the roles of the state, of family, voluntary organizations or individual, respectively. For reformers, it was unquestionable, that for ensuring proper childhood for a child, children had to be prevented from entering the labour market too early. As a result, almost all countries’ legislations prohibited or limited child labour by the end of the 19th century.¹³⁹

If compulsory education and attendance at schools were the issues, related to children, then the continuation of childhood should have been defined, according to the age of school leaving. For instance, compulsory schooling in Great Britain was set until 10 years from 1880 till the First World War, 14 years in 1918, 15 years in 1944 and at last 16 years in 1972. Thus, by the mids of the 20th century, in most countries the age of school starting varied between 5 and 7 years and children were expected to attend schools up to 14 years.¹⁴⁰

While talking about the substance of parenthood and childhood in the 20th century, it is necessary to touch on the theory of behaviourism, which was one of the main contributions of science in the 1920s. Behaviourism – was the theory that children’s behaviours could be moulded in desirable form through rewarding or punishing. According to Cyril Burt, “superintending to the growth of human beings is as scientific a business as cultivating plants or training a race horse”.¹⁴¹

It was told to mothers in the “Mothercraft Manual”, which was published in twelve editions between 1923 and 1954 in Great Britain, that

¹³⁷ Weindling, p. 144.

¹³⁸ Weindling, p. 144-145.

¹³⁹ Cunnigham, *Childhood*, p. 270.

¹⁴⁰ Cunnigham, *Childhood*, p. 271.

¹⁴¹ Burt, Cyril: *The Backward Child*, Hodder & Stoughton Educational Division; 4Rev Ed edition, 1974, p. 302.

the results of the first year of the training include self-control, recognition of the parent's power and respect towards adults.¹⁴² Truby King, who was an influential person in Britain, stated in 1937 that "Outstanding authorities of the world – American, English or other – agree in one point that the first thing to be established in life is the continuity of habits. The setting of perfect habit order, beginning with "feeding and sleeping by clock" is the major basis for the obedience of all-around."¹⁴³ Here can be seen influence of religion with its theory of obedience and of Locke, who was the supporter of educating by habit formation¹⁴⁴. For Newsons, "we have seen a deity-centered morality giving way to a science-centered morality both with curiously similar results in the time of parental behaviour".¹⁴⁵

In the 1930s persistent opinions of psychoanalysts about the child's own volition, passions and emotions and their judgement about the facts that if these emotions were suppressed, they would appear later in years of adolescence and adulthood began to challenge behaviourism, which had so long been dominant in the society; this challenge was to the extent that behaviourism – repressive regime of child upbringing – was compared with fascism. Attempts of understanding of children and working with them in a democratic way became actual. Anderson and Mary Aldrich's "Babies are Human Beings" brought the end of behaviourism in 1938 in the USA and aftermath the Second World War, parents began to enjoy their parenthood rather than to look at it as a horrifying task.¹⁴⁶

In the 1960s-1970s, when social sciences were flourishing, conceptions on children's rights were also put forward. Philippe Ariès's "Centuries of Childhood" (1960), as the first wide research of the history of childhood, had, of course, in the first place, an important influence over social history, as well as the other areas of social sciences. It was written in the conditions of intellectual and political pressures for estimating and defending the peculiarity of childhood. Its being the very first work on the field had a great effect, too. While discussing childhood on the basis of legal, political, moral and social theories, Ariès's thesis is regularly used as a fundamental and

¹⁴² **Cunnigham**, *Childhood*, p. 274.

¹⁴³ **Cunnigham**, *Childhood*, p. 276.

¹⁴⁴ **Locke**, *Thoughts*, § 41.

¹⁴⁵ **Newson, J./Newson, E.**: Cultural aspects of childrearing in the English-speaking world, in M.Richards (ed), *The Integration of a Child into a Social World*, Cambridge 1974, p. 57.

¹⁴⁶ **Hardyment**, Christina: *Dream Babies: Child care from Locke to Spock*, Jonathan Cape Ltd, London 1983, p. 214-219.

generally recognized truth. Besides, Lloyd de Mause (ed.) “The History of Childhood” (1974)¹⁴⁷, Edward Shorter “The Making of the Modern Family” (1975)¹⁴⁸, Lawrence Stone “The Family, Sex and Marriage in England 1500-1800 (1977)¹⁴⁹ were also main books, reflecting the approach towards childhood, specific to the years of 1970s.

It is very important to know how all these rapid developments affected the lifeway of children at the end of the 19th century and in the 20th century. The main change for the children in the first part of the 20th century is that, that children had gradually lost their productive role within the economy and had begun to gain increasingly a new role as consumers. It, of course, did not mean that previously children had only been assessed for their share of contribution to the family economy; to be more accurate, it was accepted just as a norm. After this attitude was removed, parents had to give new value to their children. As a result, parents began to have fewer children but to value them personally more. And this valuation was not, as before for economic-emotional reasons, but for only emotional reasons. More significant than this is that that, children became the major source of expenditure, thus, parents, who wanted to give a happier life to their children than their own regretted nothing for their children.¹⁵⁰

But in the 2nd half of the 20th century, the view of the century of the child began to fade. It is not because people have stopped to appreciate children or consider it less important, quite the opposite, it was clear that nothing could save the children.¹⁵¹

Neil Postman’s text “The Disappearance of Childhood” (1982) stems from these same opinions. Postman states that there are no food, games or clothes, only specific for children. Children have no respect towards adults anymore, they occupy a special place in criminal statistics, and above all, they have lost the sense of shame, especially in sexual issues. Two points of view can be seen from Postman’s opinions. First, by saying “good childhood”, he means not happiness and freedom, but good behaviour,

¹⁴⁷ **de Mause**, Lloyd: (ed.) The History of Childhood, Souvenir Press, London 1976, p. 168.

¹⁴⁸ **Shorter**, Edward: The Making of the Modern Family, Basic Books; First printing, 1975, p. 369.

¹⁴⁹ **Stone**, Lawrence: The Family, Sex and Marriage in England 1500-1800, Lawrence Stone, 1977, p. 800.

¹⁵⁰ **Seabrook**, Jeremy: Working-class Childhood: An Oral History, London 1982, p. 117-118.

¹⁵¹ **Cunnigham**, Childhood, p. 338.

esteem towards adults, and necessary skills for the period of adolescence. Second, for him, television is not only the means of communication but there is commercialism in its basis, that turns children into consumers. Throughout the 20th century, it was believed that films might corrupt children, though they could be censored or age limits could be defined for films, whereas television was hard to keep under control. The main fear for children was related to the assumption that they could encounter scenes of sexuality and violence, which could have a bad influence on their psychology.¹⁵²

A significant market with children's purchasing power existed even before the Second World War. The largest profit was being obtained from the sale of products related to cartoons and their characters. By 1933, the company of "Disney" gained more than 10 million dollars from the sale of models of its cartoon characters.¹⁵³

The invention of television created possibilities for marketing products to the extent that these marketing opportunities became the form and content of the television of children. As Stephen Kline states, "Television made children its audience just because to attract them to the market."¹⁵⁴ By the end of the 1980s "Disney" made 3.44 billion dollars from the licensing of cartoons and fantasy films. The whole market for licensed cartoon characters in the USA was 8.2 billion dollars, 70 per cent of all toy market belonged to these toys.¹⁵⁵

Parents, bound to their children with tight emotional ties were ready to meet the needs of them and to spend necessary money for achieving it.¹⁵⁶

Besides, children have obtained rights, that almost equalized them with adults. When people first took steps towards recognition of children rights, these rights were about their protection. But the 1989 UN Convention provides not only the protection of the rights of the child but also the right to be heard about any decision, that can affect his/her life. As a legal text, the Convention includes vital rights that meet the basic needs of the child, development rights such as play, education and rest, which are necessary for the child's development, the child's rights to be protected from neglect and abuse, and participation rights that include the child's taking an active role in

¹⁵² **Cunnigham**, *Childhood*, p. 341-2.

¹⁵³ **Kline**, Stephen: "Out of the Garden: Toys and Children's Culture in the Age of TV Marketing", Verso, London and New York 1993, p. 136.

¹⁵⁴ **Kline**, p. 74.

¹⁵⁵ **Kline**, p. 136, 138.

¹⁵⁶ **Kline**, p. 321.

the family, school and society in which he grows up.¹⁵⁷ Under separate national laws, for example, in the USA or in England children have the right to sue their own parents and it shows how far the change in power balance had gone from the economical and emotional spheres.

Thus, the century of the child came to an end with consequences, that could not be foreseen at its commencement.¹⁵⁸ At the beginning of the 20th century, the substance of the view of childhood was the fact that children were needy and dependant. Good parenting implied to protect the child and to lengthen its duration, as long as possible. But events, that happened in the 2nd part of the 20th century decreased the dominance of parents, and children started to demand to enter the adults' world much sooner; and achieved it. It was like in the Middle Ages – when childhood lasted not more than until 14 years; the main distinction was the fact that in medievals. A 14-year-old child was more economically useful, than the 14-year-old in the 20th century. That's why it is not surprising that the period of adolescence is remembered, as a rule, a period of conflicts.

CONCLUSION

As the part of the human rights, children rights is a very important field of research. It is important not only from the theoretical point of view, but also practically protection of children's rights demands great efforts and opportunities.

Although children's rights are handled within the framework of natural law rights, not only the child but also the society benefits in gaining human dignity and respect.¹⁵⁹ Research on the concepts of childhood and parenthood, studying of historical approach to the rights of the children may help us to find the best model of behaviour with children and to create an effective mechanism of implementing of international legal norms.

From the psychological views, which had changed with Freud's ambiguous opinions about subconscious passions and desires of children to the legal understanding of childhood and children's rights, which had been

¹⁵⁷ **Kahraman**, Pınar Bağçeli/**Kartal**, Tuğçe/**Yıldız**, Süreyya: "Resimli Çocuk Kitaplarında Çocuk Hakları", Çocuk Edebiyat ve Dil Eğitim Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, 138-163, 26.12.2020, p. 140.

¹⁵⁸ **Cunnigham**, Childhood, p. 344.

¹⁵⁹ **Altıntaş**, İrem Namlı/**Tüzün**, Dilek Ünveren: "Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi Bağlamında Çocuk Edebiyatı: Dağdaki Kaynak Romanı Örneği", Adnan Menderes Üniversitesi Eğitim Fakültesi Eğitim Bilimleri Dergisi, 2021, 12(1): p. 61.

determined in the first legal act on the issue in 1924 as a result of Eglantyne Jebb's endeavor, everything related to the children gained a new shape and meaning.

The fact that children have the same rights as adults is guaranteed by the United Nations Convention on the Rights of the Child. The convention has principles on the prevention of discrimination, the best interests of the child, the right to life and development, and taking into account the views of the child. The main purpose of the Convention on the Rights of the Child is to protect children and thus to ensure the spread of children's rights around the world.¹⁶⁰

Developing children's ability to benefit from their rights, gaining knowledge and growing up as responsible individuals, closely related to education. It is extremely important that they receive this education during their childhood in the context of human rights and democracy education.¹⁶¹

Childhood passed a long and hard way, full of sufferings and difficulties. However, the main question has not been answered yet: in the end of all this painful way, today, when children have their own rights and responsibilities, have identification and opportunities to sue against even their own parents, is the major purpose achieved? Are the children happy today? Is everything that has been supposed to be given to the children, "for the best interests of the child", in fact provided for them?

¹⁶⁰ **Gültekin/Bayır/Balbağ**, p. 974.

¹⁶¹ **Ersoy**, A. F.: "İlköğretim Öğrencilerinin Çocuk Haklarına İlişkin Algıları", İlköğretim Online, 2011, 10(1): p. 25.

REFERENCES

- Akilloğlu**, Tekin: Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi Üzerine Gözlemler, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, AÜ.SBF. İnsan Hakları Merkezi Yayınları No:13, Andlaşmalar Dizisi No:1, Ankara 1995.
- Aksoy**, İlhan: “Türklerde Aile ve Çocuk Eğitimi”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt: 4 Sayı: 16, p. 11-19.
- Akyüz**, Emine: Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması, 2. Baskı, Pegem Akademi, Ankara 2012, p. 662.
- Alter**, George: Work and income in the family economy: Belgium, 1853 and 1891, Journal of Interdisciplinary History, XV (1984), p. 255-276.
- Altıntaş İrem Namlı/Tüzün Dilek Ünveren**: Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi Bağlamında Çocuk Edebiyatı: Dağdaki Kaynak Romanı Örneği, Adnan Menderes Üniversitesi Eğitim Fakültesi Eğitim Bilimleri Dergisi, 2021; 12(1): p. 49-64.
- Archard**, David: Children Rights and Childhood. 2.edition, New York 2004.
- Ariès**, Philippe: Centuries of Childhood: A Social History of the Family, Jonathan Cape, London 1962.
- Aristotle**: Politics and Athenian Constitution, London, 1959.
- Baart**, J. M: Ceramic consumption and supply in early modern Amsterdam: local production and long-distance trade, in P.J. Corfield and D.Keene (eds.), Work in Towns 850-1850, Leicester, 1990.
- Ballar**, S.: Çocuk Hakları, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ. 1997, p. 54-62.
- Bartholet**, Elizabeth: Family Bonds: Adoption, Infertility and the New World of Child Production, Beacon Press Boston, 1999.
- Boswell**, John: The Kindness of strangers: The Abandonment of Children in Western Europe from Late Antiquity to the Renaissance, London 1988.
- Burt**, Cyril: The Backward Child, Hodder & Stoughton Educational Division; 4Rev Ed edition, 1974, p. 704.
- Cassidy**, Claire: Thinking Children, YHT Ltd. London, 2007.
- Cicero**, De Amicitia, 1.1; Pro Caelio 5.11; Nonius 406.14.
- Cunnigham**, Hugh: “The employment and unemployment of children in England c. 1680-1851”, Past and Present, 126, Oxford University Press 1990, p. 115-150, (Employment).

- Cuningham**, Hugh: *Children and Childhood in Western Society since 1500*, Longman, London and New York 1995, (Childhood).
- Dağ**, Hüseyin/**Doğan**, Murat/**Sazak**, Soner/**Kaçar**, Alper/**Yılmaz**, Bilal/**Doğan**, Ahmet/**Arıca**, Vefik, “Çocuk Haklarına Güncel Yaklaşım”, T.C İstanbul Okmeydanı Eğitim ve Araştırma Hastanesi, Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Kliniği, Cukurova Medical Journal, 2015 40(1), p. 1-5.
- de Mause**, Lloyd: (ed.) *The History of Childhood*, Souvenir Press, London 1976.
- Dixon**, Suzanne: *Roman Family*, The John Hopkins University Press, Baltimore, 1992.
- Egemen**, A.: *Türkiye Milli Pediatri Derneği Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Kitabı*, Güneş Tıp Kitabevi, İstanbul 2009, p. 179-81.
- Elias**, Norbert: *The History of Manners: The Civilizing Process*, Vol.1, 1939, New York, 1978.
- Engels**, Donald: “The problem of female infanticide in the Greco-Roman world”, *Classical Philology*, 75 (1980), p. 112-120.
- Erikson**, H. Erik: “Human strength and the cycle of generations”, In *Insight and Responsibility*, New York: Norton 1964, p. 109-157.
- Ersoy**, Arife Figen: “İlköğretim Öğrencilerinin Çocuk Haklarına İlişkin Algıları” *İlköğretim Online*, 2011, 10(1): p. 20-39.
- Freud** Sigmund: *Sexuality and psychology of love*, Touchstone, 1991, p. 224.
- Fuller**, Peter: *Uncovering childhood*, in M. Hoyles ed., *Changing Childhood*, London 1979.
- Golden**, Mark: *Children and Childhood in Classical Athens*, Baltimore and London, 1990.
- Gören**, Zafer: “Çocuğun Temel Hakları”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt: 15, 1998, p. 113-176.
- Griswold**, Roger: *Fatherhood in America: A History*, New York: Basic Books, 1993.
- Grossberg**, Michael: *A Historical Perspective on DNA Testing in Child Custody Cases. Genetic Ties and the Family. The impact of paternity testing on parents and children*, Mark A. Rothstein ed. Thomas H. Murray, Gregory E. Kaebnik, Mary Anderlik Majumder, the Johns Hopkins University, Press, Baltimore, 2005, p. 47-63, (DNA Testing).

- Grossberg**, Michael: *Governing the Hearth: Law and Family in Nineteenth Central America*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1985.
- Gültekin**, Mehmet/**Bayır**, Ömür Gürdoğan/**Balbağ**, Nur Leman: “Haklarımız Var: Çocukların Gözünden Çocuk Hakları”, Adıyaman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı: 24, Aralık 2016, p. 971-1005.
- Hardyment**, Christina: *Dream Babies: Child care from Locke to Spock*, Jonathan Cape Ltd, London 1983.
- Harris**, V. William: “The theoretical possibility of extensive infanticide in the Graeco-Roman world”, *Classical Quarterly*, 32 (1982), p. 114-126.
- Heywood**, C: ‘On learning gender roles during childhood in the 19th century France’, *French History*, 5 (1991).
- Houston**, Robert Allan: *Literacy in Early Modern Europe: Culture and Education 1500-1800*, Longman, Harlow 1988.
- Kaboğlu**, İbrahim Özden, *Anayasa Hukuku Dersleri*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2019, p. 456.
- Kahraman**, Pınar Bağçeli/**Kartal**, Tuğçe/**Yıldız**, Süreyya: “Resimli Çocuk Kitaplarında Çocuk Hakları”. *Çocuk Edebiyat ve Dil Eğitim Dergisi*. Cilt 3, Sayı 2, 26.12.2020, p. 138-163.
- Kamen**, Henry: *European Society 1500-1700*, Hutchinson, London, 1984.
- Key**, Ellen: *The century of the Child, 1900*, Putnam, New York and London, 1909.
- Kincaid**, R. James: *Child-loving: The Erotic Child and Victorian Culture*, London 1992.
- Kline**, Stephen: “Out of the Garden: Toys and Children’s Culture in the Age of TV Marketing”, Verso, London and New York 1993.
- Knowles**, Lilian Charlotte Anne: *The Industrial and Commercial Revolutions in Great Britain during the 19th century*, G. Routledge & Sons, Ltd, London 1921.
- Lacey**, W. K.: “Patria Potestas” in Rawson B ed., *Family in Ancient Rome*, Cornell University Press, New York 1987, p. 121-144.
- Locke**, J.: *Of the Conduct of the Understanding* (1697) / J. Locke, -New York: Maynard Merrill and Co,- 1901.
- Locke**, J.: *Some Thoughts Concerning Education* (1693)/J. Locke, - London: Cambridge University Press, 1880, p. 325.

- Locke**, John: *An Essay Concerning Human Understanding* (1689), New York, Published by Valentine Seaman, 1824.
- MacMurray**, John: *Persons in Relation*, Faber and Faber Limited London, 1970.
- Maine**, Henry Sumner: *Ancient Law: Its Connection with Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas*, London, John Murray, Albemarle Street, 1901.
- Mason**, Mary Ann: *From Father's Property to Children's Rights: The History of Child Custody in the United States. Chap.2*. New York: Colombia University Press, 1994.
- Mintz**, Steven/**Kellogg**, Susan: *Domestic Revolutions: A Social History of American Family Life*, Free Press, New York 1988.
- Mitchell**, R. Brian: *European Historical Statistics 1750-1975*, 2nd revised edn. Macmillan, London, 1981.
- Mols**, R: *Population in Europe, 1500-1700*, in C.M. Cipolla (ed), *The Fontana Economic History of Europe: the 16th and 17th centuries*, London, 1974.
- Murray**, H. Thomas: *Three meanings of parenthood. Genetic Ties and the Family. The impact of paternity testing on parents and children* (The Johns Hopkins University Press, Baltimore, 2005). Edited by Mark A. Rothstein, Thomas H. Murray, Gregory E. Kaebnick, Mary Anderlik Majumder, p. 18-33.
- Nelken**, D.: *Children's Rights and Traditional Values*, Aldershot: Ashgate. 1998, p. 125-142.
- Newson**, J./**Newson**, E.: *Cultural aspects of childrearing in the English-speaking world*, in M.Richards (ed), *The Integration of a Child into a Social World*, Cambridge 1974.
- O'Donovan**, Katherine: "A right to know one's parentage", *International Journal of Law and the Family* 2:31-33, p. 27-45.
- Oğuzkan**, Ferhan: *Eğitim Terimleri Sözlüğü: Türk Dil Kurumu Yayınları*, 1974, p. 261.
- Prout**, Allan/**Allison**, James: "A new paradigm for the sociology of childhood? Provenance, promise and problems". In A. James and A Prout (eds), "Constructing and reconstructing childhood: contemporary issues in the sociological study of childhood. London, Falmer Press, 1997.

- Rawson**, Beryl: Adult-child relationships in Roman society, in R. Bawson ed. *Marriage, Divorce and Children in ancient Rome*, Canberra and Oxford, 1991.
- Razzel**, Peter: "The growth of population in 18th century England; a critical reappraisal", *Journal of Economic History*, 53 (1993), p. 757-780.
- Rothman**, J. David: *The Discovery of the Asylum: Social Order and Disorder in the New Republic*, Boston and Toronto, 1971.
- Rousseau**, Jean Jacques: *Emile or on Education*, ed. P.D. Jimack, London, 1974.
- Schouler**, James: *A Treatise on the Law of Domestic Relations*, 6th ed, 2:2034-35, Little Brown, Boston 1906.
- Seabrook**, Jeremy: *Working-class Childhood: An Oral History*, London 1982.
- Shahar**, Shulamith: *Childhood in the Middle Ages*, Routledge, London 1962.
- Shorter**, Edward, *The Making of the Modern Family*, Basic Books; First printing, 1975, p. 369.
- Skolnick**, A.: "Solomon's children: The new biologism, psychological parenthood, attachment theory, and the best interest standard", In *All Our Families: New Policies for a new century: A Report of the Berkeley Family Forum*, ed. S.D. Sugarman, Oxford: Oxford University Press.1999, p. 236-255.
- Tanrıbilir**, Feriha Bilge: *Çocuk Haklarının Uluslararası Korunması ve Koruma Mekanizmaları*, Yetkin, Ankara 2011.
- Trumbach**, Randolph: *The Rise of the Egalitarian Family: Aristocratic Kinship and Domestic Relations in 18th Century England*, Academic Pr, New York, San Fransisco and London, 1978.
- Vassberg**, E. David: 'Juveniles in the rural work force of the 16th century Castile', *Journal of Peasant Studies*, 11 (1983), p. 62-75.
- Weindling**, Paul: From isolation to therapy: children's hospitals and diphtheria in fin de siècle Paris, London and Berlin, in R. Cooter ed. *In the Name of the Child: Health and Welfare, 1880-1940*, London 1992, p. 124-145.
- Wiedemann**, Thomas: *Adults and Children in the Roman Empire*, Routledge, London 1989.
- Yurdakök**, K.: "Çocuk Hakları Sözleşmesi", *Sosyal Pediatri*, Meteksan, Ankara 1998, p. 139-152.

ABBREVIATIONS

AD	: Anno Domini (lat.in the year of the Lord)
BC	: Before Christ
DNA	: Deoxyribonucleic Acid
ECHR	: European Court of Human Rights
RG	: Resmi Gazete
UN	: United Nations

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ YAYINLARI

<u>Y.N</u>	<u>YAYININ ADI</u>	<u>YAZARI</u>
0 13	İcra İflas Hukukunda Şikayet (ANKARA-1986)	Yrd.Doç.Dr. Hakan PEKCANİTEZ
0 14	Hisse Senetleriyle Değ. Tah. (ANKARA-1986)	Yrd.Doç.Dr. Huriye KUBİLAY
02	Hukuk Fakültesi Der./M.ALAM Armağanı (İZMİR-1983)	
0 17	Hukuk Fak. Dergisi Sayı 1-4 (Kudret Ayiter Armağanı)	
0 32	İşçi Buluşları Hukuku (İZMİR-1987)	Doç.Dr. A.Necip ORTAN
0 33	2918 Sayılı Karayolları Tr. K...(İZMİR-1987)	Arş.Gör. Demet ÇELİKTAŞ
0 34	Devre Mülk Hakkı(İZMİR-1987)	Arş.Gör. Ayşe HAVUTÇU
0 35	Grev Kavramı (İZMİR-1987)	Yard.Doç. Dr. Melda SUR
1-	Uygulamalı Suç Muhakemesi Hukuku (C.2) (İZMİR-1988)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
2-	Türkiye Cumhuriyet Tarihi(1.Basım) (ANKARA-1988)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
3-	İş Hukuku (Ferdî İş İlişkileri) (ANKARA-1988) Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU	
4-	Hukuk Felsefesi (ANKARA-1988)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
5-	Eşya Hukuku (ANKARA-1989)	Prof.Dr. Şeref ERTAŞ
6-	Türk Yunan İlişkileri (ANKARA-1989)	E.Gn. Sedat İLHAN
7-	İktisat Giriş (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Sadık ACAR
8-	Türkiye Cumhuriyet Tarihi-1 (2.Basım) (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
9 -	Haksız Yakalama ve Tutuklama (ANKARA-1989)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
10-	Bina ve Yapı Eseri Malikleri (ANKARA-1990)	Doç.Dr. Nevzat KOÇ
11-	Eski Eserler Hukuku (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Bilge UMAR
12-	Almanya'daki Türkler ve Sorunları (ANKARA-1990)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
13-	Veraset İntikal Vergisi (ANKARA-1990)	Arş.Gör. Yusuf KARAKOÇ
14-	Grev (ANKARA-1990)	Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
15-	Kıymetli Evrakın Ziya-ı ve İp.. (ANKARA-1990)	Arş.Gör. Hanife DİRİKKAN
16-	Uyg. Cez. Muh. H. Cilt-1 (2.Bası) (ANKARA-1990)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
17-	Ceza Muh. H. Koğuşturma Mecburiyeti (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
18-	Anonim Ortaklıkların İflası (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Hakan PEKCANİTEZ
19 -	Top. Söz. H. Yararlılık İlkesi (ANKARA-1991)	Prof.Dr. Polat SOYER

20-	Farklı Cinslerin Eşit Hak. Sah... (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
21-	Toplu İş Sözleşmesi Özerkliği ve Teşmil (ANKARA-1991)	Doç.Dr. Melda SUR
22-	Öldürme Suçu (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
23-	İşkence Suçu (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
24-	Kamulaştırma ve İptal (ANKARA-1992)	Arş.Gör. Meltem KUTLU
25-	Alacaklının Temerrüdü (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Nevzat KOÇ
26-	Kitlerin Tacir Sıfatı (İZMİR-1992)	Yrd.Doç.Dr. Ercüment ERDEM
27-	Ceza ve Emniyet Tedbirleri Huk.(1.Bas.) (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
28-	Tarafların Yeterlilik Belirleme Sözleşmesi (ANKARA-1992)	Arş.Gör. Ziya AKINCI
29-	Ceza ve Emniyet Tedbirleri Huk. (2.Bas.) (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
30-	Medeni Usul Hukukunda Ferhi Müdahale (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
31-	A.Y.O Tanıtım Bülteni (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
32-	Anayasa ve Sorumluluk (ANKARA-1992)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
33-	Alman İş Kanun Taslağı (ANKARA-1993) Prof.Dr. S.EDİS-/B.ÖZTAN/F.ÖZTAN	
34-	Hukuk Sosyolojisi (ANKARA-1993)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
35-	Ticari İşletme Hukuku (ANKARA-1993)	Yard.Doç. Ercüment ERDEM
36-	Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (ANKARA-1993)	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
37-	D.E.Ü. Öğr. İçin Temel Yasa ve Yönet. (ANKARA-1993)	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
38-	Millet Meclisi İç Tüzüğü	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
39-	Roma Özel Hukuku (İZMİR-1993)	Prof.Dr. Kudret AYITER
40-	Ceza ve Emniyet Tedbirleri Hukuku (3.Bası) (ANKARA-1993)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK
41-	Medeni Huk. Gir. ve Başl. Hükm. (4.Basım) (ANKARA 1993)	Prof.Dr. Seyfullah EDİS
42-	İthalatta Yapay Fiyat İndirimi ve Karşı Önl. (ANK.ARA 1994)	Doç.Dr. Huriye KUBİLAY
43-	Türkiye Cumhuriyeti Tarihi - I (3.Bası) (ANKARA-1994)	Prof.Dr. Ergün AYBARS
44 -	Milletlerarası Ticari Hakem Kar. ve Tenfizi (ANKARA-1994)	Yard.Doç. Ziya AKINCI
45-	Hukuk Felsefesi (2.Basım)- (ANKARA -1994)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
46-	Uygulamalı Ceza Muh. Kanunu (3.Basım) (ANKARA-1994)	Doç.Dr. Bahri ÖZTÜRK

47-	Yabancı Para Alacaklarının Tahsili (ANKARA-1994)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
48-	Genel İktisat (ANKARA-1994)	Prof.Dr. Sadık ACAR
49-	Ceza Hukukunda Basit/Postada Elkoyma (ANKARA-1994)	Dr. Ahmet GÖKÇEN
50-	Türkiye Cumhuriyeti Tarihi (4. Basım) (ANKARA 1995)	Prof.Dr. Ergun AYBARS
51-	Yeni Değer Sigortası (ANKARA-1994)	Doç.Dr. Huriye KUBİLAY
52-	İdari Yargı İle İlgili Kanunlar (ANKARA-1994)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
53-	Rekebet Yasağı Sözleşmesi (ANKARA-1994)	Prof.Dr. M. Polat SOYER
54-	Anonim Şirketlerin Sermaye Piyasası (ANKARA-1995)	Yrd.Doç.Dr. Ercüment ERDEM
55-	Eşya Hukuku (2.Basım) (ANKARA-1995)	Prof.Dr. Şeref ERTAŞ
56-	Miras Hukuku (3.Basım) ANKARA-1995	Prof.Dr. Ş.ERTAŞ- Prof.Dr. A.N.İNAN
57-	Temel Hak Genel Teorisi (ANKARA-1995)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
58-	Anayasa ve Sorumluluk (ANKARA-1995)	Doç.Dr. Zafer GÖREN
59-	Medeni Usul Hukuku Pratik Çalışması (İZMİR-1995)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ Arş.Gör. Muhammed ÖZEKES
60-	Tam İki Tar.Borç.Yük.Müsbet Zar.Taz. (İZMİR-1995)	Yrd.Doç.Dr. Ayşe HAVUTCU
61-	Sosyal Maliye (İZMİR-1995)	Dr.Yusuf KARAKOÇ
62-	Avukatlık Mes. Av.Hak ve Yükümlülükleri (İZMİR-1995)	Dr. Meral SUNGURTEKİN
63-	Hukuk Sosyolojisi(2.Basım) (İZMİR-1995)	Prof.Dr. Adil İZVEREN
64-	İdare Hukuku Mevzuatı Cilt.II (İZMİR-1995)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
65-	Türkiyede Top. ve Gösteri Yürüyüş Özgür. (İZMİR-1995)	Dr. Esra ATALAY
66-	İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları (İZMİR-1995)	Doç.Dr. Melda SUR
67-	Anonim Şirketlerin İflası (İZMİR-1996)	Yrd.Doç. Dr. Oğuz ATALAY
68-	Karşılaştırmalı Huk. Açısından Damping ve Antidamping (İZMİR-1996)	Dr. Hanife DİRİKKAN
69-	Vergi Sorunlarını Çözümü (İZMİR-1996)	Dr. Yusuf KARAKOÇ
70-	Yabancı Para Alacaklarının Tahsili (İZMİR-1996)	Doç.Dr. Hakan PEKCANITEZ
71-	Sanığın Hazırlık Sor. İfadesinin Alınması (İZMİR-1996)	Doç.Dr. Timur DEMİRBAŞ
72 -	İdare Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı (İZMİR-1996)	Prof.Dr. Durmuş TEZCAN

- | | | |
|-----|--|--|
| 73- | Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözl. (İZMİR-1996) | Doç.Dr. Ziya AKINCI |
| 74- | Eşya Hukuku (2.Basım) (İZMİR-1997) | Prof.Dr. Şeref ERTAŞ |
| 75- | İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci (İZMİR-1997) | Dr. Meltem KUTLU |
| 76- | Türk Vergi Ceza Huk. Pişmanlık ve Islah (İZMİR-1997) | Dr. Yusuf KARAKOÇ |
| 77- | Türk Vergi Yargılaması.Huk.Delil Sistemi (İZMİR-1997) | Dr. Yusuf KARAKOÇ |
| 78- | Çevre Hukuku (İZMİR-1997) | Prof.Dr. Şeref ERTAŞ |
| 79- | Hukuk Başlangıcı (ANKARA-1997) | Prof.Dr. Bilge UMAR |
| 80- | Türkiye Cumhuriyeti Tarihi 1 (5. Basım) (İZMİR 1997) | Prof.Dr. Ergün AYBARS |
| 81- | Fakülte Der.Şükrü POSTACIOGLU'na Armağan (İZMİR-1997) | |
| 82- | Medeni Usul Hukuku Pratik Çalış. 2.Bas. (İZMİR-1997) | Doç.Dr. H.PEKCANITEZ
Arş.Gör. Muhammed ÖZEKES |
| 83- | Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması (İZMİR-1998) | Prof.Dr. Zafer GÖREN |
| 84- | Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi (İZMİR-1998) | Arş.Gör. M. Beşir ACABEY |
| 86- | Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyumu (İZMİR-1998) | Prof.Dr. Zafer GÖREN |
| 87- | Türkiye Cumhuriyeti Tarihi 1 (6. Basım) (İZMİR 1998) | Prof.Dr. Ergün AYBARS |
| 88- | Prof.Dr.ERNST E. HIRSCH'ten Mekt. (İZMİR-1998) | Prof.Dr. Zafer GÖREN |
| 89- | Genel İktisat (3.Basım)-(İZMİR-1998) | Prof.Dr. Sadık ACAR |
| 90- | İdare Hukuku Mevzuatı 2. Bası (İZMİR-1998) | Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
Yrd.Doç. Dr. Meltem KUTLU
Dr. Oğuz SANCAKDAR
Ar.Gör. Muhlis ÖĞÜTÇÜ |
| 91- | İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri 3. Bası (İZMİR-1998) | Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU |
| 92- | 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Kapıdan Satışlar (İZMİR-1998) | Arş.Gör. Murat AYDOĞDU |
| 93- | Türk Hukukunda Altına ve Diğer Kıymetli Madenlere Dayalı Sermaye Piyasası Araçları (İZMİR-1998) | Doç. Dr. Huriye KUBİLAY |
| 94- | İş Mücadelesinde Denge İlkesi (İZMİR-1999) | Yard.Doç.Dr. Şükran ERTÜRK |
| 95- | 1998-1999 Öğretim Yılı Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Adalet Yüksekokulu Tanıtım ve Bilgilendirme Kılavuzu (İZMİR-1999) | Prof. Dr. Zafer GÖREN |

-
- 96- Anayasa ve Sorumluluk T.C. Anayasası Eki İle II Cilt (İZMİR-1999) Prof. Dr. Zafer GÖREN
- 97- Anayasa Hukukuna Giriş (İZMİR-2000) Prof. Dr. Zafer GÖREN
- 98- Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan (İZMİR-2000) Prof. Dr. Zafer GÖREN
- 99- Uluslararası Hukukun Esasları (İZMİR-2000) Prof. Dr. Melda SUR
- 100- Borçlar Özel Hukuku Pratik Çalışmaları ve Sınav Soruları (İZMİR-2001) Doç. Dr. Nevzat KOÇ/
Arş. Gör. Murat AYDOĞ
- 101- Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı (İZMİR-2001) Doç. Dr. Oğuz ATALAY
- 102- Prof. Dr. Mahmut Tefvik BİRSEL'e Armağan (İZMİR-2001)
- 103- İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri (İZMİR-2001) Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU
- 104- 2001-2002 Öğretim Yılı D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Tanıtım ve Bilgilendirme Klavuzu
- 105- Prof.Dr. Turhan Tufan YÜCE'ye Armağan (İZMİR-2001)
- 106- İdare Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı (İZMİR-2001) 2. Baskı Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
Yrd.Doç.Dr. Meltem K. GÜRSEL
Yrd.Doç.Dr. Oğuz SANCAKDAR
Yrd.Doç.Dr. Muhlis ÖĞÜTÇÜ
- 107- Nişanlanma Sözleşmesi (İZMİR-2002) Doç.Dr. Nevzat KOÇ
- 107- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt:4, Sayı 1, 2002) İzmir
- 108- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt:4, Sayı 2, 2002) İzmir
- 109- Topluluğun Mali Çıkarlarının Korunması ve Avrupa Savcılığı Hakkında YEŞİL KİTAP Prof.Dr. Durmuş TEZCAN
Arş.Gör. Murat ÖNOK
Arş.Gör. Behiye EKER
Arş.Gör. Sesim SOYER
Arş.Gör. Serkan EKİZ
- 110- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 5, Sayı 1, 2003) İzmir
- 111- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 5, Sayı 2, 2003) İzmir
- 112- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 6, Sayı 1, 2004) İzmir
- 113- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 6, Sayı 2, 2004) İzmir
- 114- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 7, Sayı 1, 2005) İzmir
- 115- Prof.Dr. İrfan BAŞTUĞ Anısına Armağan- DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt:7, Özel S., 2005) İzmir
- 116- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 7, Sayı 2, 2005) İzmir
- 117- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 8, Sayı 1, 2006) İzmir
- 118- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 8, Sayı 2, 2006) İzmir

-
- 119- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 9, Sayı 1, 2007) İzmir
- 120- Prof.Dr. Ünal NARMANLIOĞLU Armağanı
DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 9, Özel S., 2007) İzmir
- 121- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 9, Sayı 2, 2007) İzmir
- 122- DEÜ Yayınları, TC Anayasası ve Prof.Dr. Meltem KUTLU GÜRSEL
İdari Yargı Temel Mevzuatı (İzmir-2010)
- 123- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 10, Sayı 1, 2008) İzmir
- 124- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 10, Sayı 2, 2008) İzmir
- 125- Prof.Dr. Bilge UMAR'a Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 11, Özel S., 2009)
(Basım Yılı 2010) İzmir
- 126- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 11, Sayı 1, 2009) İzmir
- 127- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 11, Sayı 2, 2009) İzmir
- 128- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 12, Sayı 1, 2010) İzmir
- 129- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 12, Sayı 2, 2010) İzmir
- 130- Prof.Dr. Burhan CEYHAN'a Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 12, Özel S., 2010) (Basım Yılı 2012) İzmir
- 131- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 13, Sayı 1, 2011) İzmir
- 132- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 13, Sayı 2, 2011) İzmir
- 133- DEÜ Hukuk Fakültesi Yayın Kataloğu (2013) İzmir
- 134- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 14, Sayı 1, 2012) İzmir
- 135- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 14, Sayı 2, 2012) İzmir
- 136- Prof.Dr. M. Polat SOYER'e Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi D. (Cilt 15, Özel S., 2013)
(Basım Yılı 2014) İzmir
- 137- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 15, Sayı 1, 2013) İzmir
- 138- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 15, Sayı 2, 2013) İzmir
- 139- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 16, Sayı 1, 2014) İzmir
- 140- Prof.Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt 16, Özel Sayı, 2014)
(Basım Yılı 2015) İzmir
- 141- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 16, Sayı 2, 2014) (Basım Yılı 2016) İzmir
- 142- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 17, Sayı 1, 2015) (Basım Yılı 2016) İzmir
- 143- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 17, Sayı 2, 2015) (Basım Yılı 2016) İzmir
- 144- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 18, Sayı 1, 2016) İzmir
- 145- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 18, Sayı 2, 2016) (Basım Yılı 2017) İzmir
- 146- DEÜ. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku ve
Özel Hukuk Anabilim Dallarını Lisansüstü Rehberi (İzmir-2017)
(Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR)

- 147- Sıkça Sorulan Sorular (2017-2018) (İzmir-2017) (Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR)
- 148- Prof.Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan
DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt 19, Özel S., 2017) İzmir
- 149- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 19, Sayı 1, 2017) İzmir
- 150- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 19, Sayı 2, 2017) İzmir
- 151- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 20, Sayı 1, 2018) İzmir
- 152- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 20, Sayı 2, 2018) İzmir
- 153- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 21, Sayı 1, 2019) İzmir
- 154- Prof.Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi
(Cilt 21, Özel S., 2019) İzmir
- 155- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 21, Sayı 2, 2019) İzmir
- 156- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 22, Sayı 1, 2020) İzmir
- 157- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 22, Sayı 2, 2020) İzmir
- 158- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 23, Sayı 1, 2021) İzmir
- 159- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 23, Sayı 2, 2021) İzmir
- 160- DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Cilt: 24, Sayı 1, 2022) İzmir