

İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt 8, Mart, Sayı 1
Vol. 8, March, No. 1

İstanbul
Mart 2023

Dergiye yapılan atıflarda “İMHFĐ” kısaltması kullanılmalıdır.

“İMHFĐ” abbreviation should be used in reference to the journal.

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, makalelerde yer alan görüşlerden sorumlu değildir.

Articles published in this journal represent only the views of the contributors. İstanbul Medeniyet University Faculty of Law is not responsible for the views in the articles.



Copyright © 2023

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Prof. Dr. Nur Zeliha KAMAN’ın yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik vesair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz. Normal ve kanuni alıntılarda kaynak göstermek zorunludur.

All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the İstanbul Medeniyet University Faculty of Law and Prof. Dr. Nur Zeliha KAMAN. It is obligatory to show footnotes for regular or legal quotations.

İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Yayın Sahibi

İstanbul Medeniyet Üniversitesi
Hukuk Fakültesi adına
Prof. Dr. Nur Zeliha KAMAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü
Dr. Öğr. Üyesi Dilek AYDEMİR

Editör
Dr. Öğr. Üyesi Caner TAŞATAN

Editör Yardımcıları
Öğr. Gör. Dr. Ayşe İrem Kıraç FAVRE FELİX
Arş. Gör. Yusuf Sinan CANATAR
Arş. Gör. Büşra İZCİ
Arş. Gör. Emre KÖPRÜCÜ
Arş. Gör. Kadirhan MAVİŞ
Arş. Gör. Melike ERGÜN TOPCU
Arş. Gör. Ebuzer ZENGİN

Yayın Kurulu
Prof. Dr. Şaban KAYIHAN
İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
İstanbul Üniversitesi
Prof. Dr. Talat CANBOLAT
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa AVCI
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Prof. Dr. Sezer ÇABRİ
İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medeniyet Law Review
Publisher

On behalf of Istanbul Medeniyet University
Faculty of Law
Prof. Dr. Nur Zeliha KAMAN

Responsible Manager
Asst. Prof. Dr. Dilek AYDEMİR

Editor
Asst. Prof. Dr. Caner TAŞATAN

Editor Assistants
Lect. Dr. Ayşe İrem Kıraç FAVRE FELİX
Res. Asst. Yusuf Sinan CANATAR
Res. Asst. Büşra İZCİ
Res. Asst. Emre KÖPRÜCÜ
Res. Asst. Kadirhan MAVİŞ
Res. Asst. Melike ERGÜN TOPCU
Res. Asst. Ebuzer ZENGİN

Editorial Board
Prof. Dr. Şaban KAYIHAN
İstanbul Medeniyet University Faculty of Law
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
İstanbul University
Prof. Dr. Talat CANBOLAT
Marmara University Faculty of Law
Prof. Dr. Mustafa AVCI
Ankara Sosyal Bilimler University
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER
Selçuk University Faculty of Law
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Ankara Hacı Bayram Veli University
Prof. Dr. Sezer ÇABRİ
İstanbul Medeniyet University Faculty of Law

Dil Editörleri*İngilizce*

Prof. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI

Dr. Öğr. Üyesi Ekrem SOLAK

Almanca

Öğr. Gör. Dr. Melike ŞENTÜRK TUR

Arş. Gör. Dr. Kübra TUNÇ

Fransızca

Doç. Dr. Halil ALTINDAĞ

Language Editors*English*

Prof. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI

Asst. Prof. Dr. Ekrem SOLAK

German

Lect. Dr. Melike ŞENTÜRK TUR

Res. Asst. Dr. Kübra TUNÇ

French

Assoc. Prof. Dr. Halil ALTINDAĞ

Yayımcının Adı

İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Name of Publishing Company

İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

Basımcının Adı

Renk Matbaası

Printed by

Renk Matbaası

Yönetim Yeri

İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Hukuk Fakültesi, İstanbul Medeniyet

Üniversitesi Kuzey Yerleşkesi Ünalın Mah.

Ünalın Sok. D-100 Karayolu Yanyol 34700

Üsküdar/İstanbul

Place of Management

İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Hukuk Fakültesi, İstanbul Medeniyet

Üniversitesi Kuzey Yerleşkesi Ünalın Mah.

Ünalın Sok. D-100 Karayolu Yanyol 34700

Üsküdar/İstanbul

Yayın Türü

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk

Fakültesi Dergisi, TÜBİTAK - ULAKBİM TR

Hukuk Dizininde taranan ulusal hakemli dergi

statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı

olarak yayımlanan bir hukuk dergisidir.

Type of Publication

Medeniyet Law Review is a peer reviewed

national law journal, published bi-annually, in

March and September and cited in the

TUBITAK ULAKBİM TR Index Legal

Database.

ISSN: 2757-7082**Basım Tarihi: Mart 2023**

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Kuzey Yerleşkesi Ünalın Mah. Ünalın Sok.

D-100 Karayolu Yanyol 34700 Üsküdar/İstanbul

E-mail: hukukdergi@medeniyet.edu.tr**URL:** <https://hukukdergi.medeniyet.edu.tr>**DergiPark:** <https://dergipark.org.tr/tr/pub/imhfd>

Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Abdurrahman EREN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. A. Can TUNCAY	<i>Bahçeşehir Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Adnan DEYNEKLİ	<i>Bahçeşehir Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Adnan TUĞ	<i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi E.</i>
Prof. Dr. A. Hamdi TOPAL	<i>İstanbul Medeniyet Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ahmet KOÇ	<i>İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ	<i>Galatasaray Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ali GÜZEL	<i>Kadir Has Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER	<i>Yaşar Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ali PASLI	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. A. Nizamettin AKTAY	<i>Antalya Bilim Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Arslan KAYA	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ	<i>İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ayhan DÖNER	<i>Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Celal ERBAY	<i>İstanbul Yeniüzyıl Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Cem BAYGIN	<i>Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Cemil KAYA	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Cevdet YAVUZ	<i>İstanbul Medipol Üniversitesi</i>
Prof. Dr. C. İlhan GÜNAY	<i>Hasan Kalyoncu Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Emre ESEN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. E. Murat ENGİN	<i>Galatasaray Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT	<i>MEF Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Fevzi DEMİR	<i>Yaşar Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN	<i>İstanbul Okan Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Fuat BAYRAM	<i>Kocaeli Sağlık ve Teknoloji Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Füsün NOMER ERTAN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Hakan HAKERİ	<i>Özyeğin Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Halil AKKANAT	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Halil KALABALIK	<i>Sakarya Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU	<i>Çankaya Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Hasan HACAK	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	<i>Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi</i>
Prof. Dr. H. İbrahim SARIOĞLU	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. H. Nuri YAŞAR	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. İbrahim KAYA	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY	<i>Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi</i>
Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI	<i>İstanbul Medeniyet Üniversitesi</i>
Prof. Dr. İsmail KAYAR	<i>İstanbul Aydın Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Kadir ARICI	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Levent AKIN	<i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mahmut KABAĞÇI	<i>İstanbul Teknik Üniversitesi</i>

Prof. Dr. Mahmut KOCA	<i>İstanbul Medipol Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Akif AYDIN	<i>İstanbul Medipol Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Deniz YENER	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Erdem ÖZDEMİR	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mehmet AKMAN	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR	<i>Yeditepe Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Kamil YILDIRIM	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Nusret BEDÜK	<i>Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Zeki AYDIN	<i>Selçuk Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Melikşah YASİN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Murat BALCI	<i>Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Murat DOĞAN	<i>Erciyes Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Murat YAVAŞ	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mustafa ALP	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK	<i>İstanbul Okan Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mustafa TOPALOĞLU	<i>Özyeğin Üniversitesi</i>
Prof. Dr. N. Binnur TULUKCU	<i>Selçuk Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Necla AKDAĞ GÜNEY	<i>İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Nihat BULUT	<i>İstanbul Medipol Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ömer ANAYURT	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ömer ÖZKAN	<i>Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Rauf KARASU	<i>Hacettepe Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Refik KORKUSUZ	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Sabahattin YÜREKLİ	<i>Bursa Uludağ Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Saim OCAK	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Serap KESKİN KIZIROĞLU	<i>İstanbul Okan Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ	<i>Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Süleyman BAŞTERZİ	<i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Şafak NARBAY	<i>Sakarya Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Şahin AKINCI	<i>İstanbul Ticaret Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Tankut CENTEL	<i>Koç Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Turan YILDIRIM	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ümit GEZDER	<i>İstanbul Medeniyet Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU	<i>Yaşar Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Vahit DOĞAN	<i>İstanbul Aydın Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Yavuz ATAR	<i>İbn Haldun Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Yusuf ÇALIŞKAN	<i>İstanbul Medeniyet Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Yücel OĞURLU	<i>İstanbul Ticaret Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Zekeriyya ARI	<i>Bursa Uludağ Üniversitesi</i>

YAYIN POLİTİKASI

1. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, TÜBİTAK - ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanan bir hukuk dergisidir.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, açık erişim ilkesini benimsediği için derginin tüm içeriğini okurlara ücretsiz olarak sunar. Okurlar, ticari amaç haricinde, yayıncı ya da yazardan izin almaksızın dergide bulunan makalelerin tam metnini okuyabilir, makaleleri kopyalayabilir, indirebilir, arayabilir ve bunlara bağlantı sağlayabilir.
4. Dergiye gönderilen makalelerin başına 200-250 kelimedenden oluşan Öz, Özlerin yazıldığı dillerde başlık ve özü altına beşer anahtar kelime eklenmelidir. Anahtar kelimeler tercihen alana ait dizinlerden seçilerek verilmelidir. Yazılan makalelerin yazıldığı dildeki öze ek olarak İngilizce veya Türkçe öz eklenmesi gerekmektedir.
5. Yazılar Microsoft Word Programında, ana metin Times New Roman karakterinde 12 punto ve 1,5 satır aralığında, dipnotlar Times New Roman karakterinde 10 punto ve 1 satır aralığında iki yana yaslı olarak hazırlanmış, sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üst ve soldan (4) cm., alt ve sağdan (3) cm. olarak ayarlanmış bir şekilde CD veya elektronik posta ile editöre gönderilmelidir.
6. Yazının başlığı siyah ve tümü büyük harf olacak şekilde hazırlanmalıdır. Başlığın hemen altında sayfanın sağında yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldızlı dipnot konularak dipnotta yazarın görev yaptığı kurum, unvanı, ORCID numarası ve iletişim (e-posta) bilgisi belirtilmelidir.
7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumu, iletişim adreslerini, telefon numaralarını ve elektronik posta adreslerini bildirmelidirler.
8. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle basıma hazır olarak verdikleri kabul edilir. Yayın kurulu tarafından yapılan ön incelemede derginin yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar hakeme gönderilmeden önce yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.

9. Yayın kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan makaleler kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak uzman iki hakeme gönderilecek ve onların onayı ile yayımlanabilecektir. Eğer hakemlerden biri olumsuz görüş bildirirse üçüncü bir hakemin görüşüne başvurulacak ve onun görüşü belirleyici olacaktır. Yazarlara makalenin hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.
10. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecektir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
11. Makalenin sonunda makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Kaynakça eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar ise her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Atıflar ve kaynakça Chicago atıf sistemine uygun olarak yapılmalıdır.
12. Başlıklandırma sistemi şu şekilde olmalıdır: **I. A. 1. a. (a) i.**
13. Dipnot atıfları aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:
 - a. **Kitap atıflarında:**
 - aa. **Metin içindeki ilk atıflarda:**

ŞANLI, Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 5. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 5.
 - bb. **Sonraki atıflarda:**

ŞANLI, s. 24.
 - b. **Makale atıflarında:**
 - aa. **Metin içindeki ilk atıflarda:**

TOPUZ, Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi (TBK m.448-460)” **MÜHF – HAD**, Y. 2013, C. 19, S. 1, s. 298.
 - bb. **Sonraki atıflarda:**

TOPUZ, s. 298.

c. Elektronik kaynakların atıflarında:**aa. Metin içindeki ilk atıflarda:**

GÖZLER, Kemal, “Hukuk Okumak İsteyen Üniversite Adaylarına Fakülte Tercih Konusunda Uyarılar”, (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gen.tr/tercih-rehberi.htm>, E.T. 03.03.2014.

bb. Sonraki atıflarda:

GÖZLER, s. 8.

d. Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.

GÖZLER, *Anayasa Hukukunun...*, s. 76.

e. Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.

KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)**, 25. Baskı, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 145.

f. Mahkeme kararı: Yar. 1. HD, E. 2015/1456, K. 2017/7086, 05.12.2017 (Kazancı).**g. T. C. Resmi Gazete:** RG. 02.01.2019, S. 30643.

EDITORIAL POLICY

1. Medeniyet Law Review is a peer-reviewed national law journal, published bi-annually, in March and September and cited in the TUBITAK ULAK-BIM TR Index Legal Database.
2. Papers submitted to the journal shall neither have been published nor currently be under evaluation for publishing elsewhere. Having submitted article to the journal, author refers his commitment in this regard.
3. Medeniyet Law Review, embracing open access policy, provides all content of the review to the readers free of charge. Readers, except for commercial use may read, copy, download, search, and make connection to all the articles in the journal without the permission of the writer or the publisher.
4. The papers submitted to the journal with abstracts consisting of at least 200-250 words and five key words shall be attached to the beginning of the paper. In addition to abstracts of papers for the language it is written, abstracts in English or Turkish shall also be attached.
5. Each paper should be submitted as a Word document to the editor via CD or e-mail. Papers should be written according to the following style guidelines: **Paper size:** A4, **Top:** 4 cm; **Bottom:** 3 cm; **Left:** 4 cm; **Right:** 3 cm **Text body:** Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified, **Footnotes:** Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified.
6. The title of the paper shall all be written with black uppercase letters. The author's name shall be listed just below to the title and there shall be a mark to the end of the last name, indicating the title of the writer, his/her institutional affiliation, ORCID number and e mail address.
7. Details of the author's institutional affiliation, full address and other contact information shall also be mentioned in the submissions.
8. All submissions are regarded as ready to publish and already proofread by the author himself or herself. The pre-evaluation of all submissions to Medeniyet Law Review will be performed by the Editorial Board and the submissions that are unacceptable on the basis of the General Principles of Publication will be send back to the author to be corrected in accordance with the principles of publication.

9. Papers approved through the first evaluation shall be sent to one referee with the name of the writer extracted from the text according to the blind peer review principle and can only be published with his approval.
10. According to the referee's final report, demanding corrections from the author, publishing or rejection of the paper shall be decided and the author shall be informed of the situation as soon as possible.
11. At the end of the paper there shall be a bibliography, arranged in alphabetical order according to the surname of the writer. Bibliography should be arranged in accordance with the first reference to works. Citations in the paper shall be shown in the footnotes at the end of each page. Bibliography and references should be arranged in accordance with the Chicago Manual of Style.
12. Heading format should be as: **I. A. 1. a. (a) i.**
13. Footnotes should be arranged as follows:
 - a. **For books:**
 - aa. **For the first footnote:**

BORN, Gary B., **International Commercial Arbitration**, 2. Edition, Kluwer Law International, 2014, p. 62.
 - bb. **For following footnotes of the same work:**

BORN, p. 62.
 - b. **For papers:**
 - aa. **For the first footnote:**

WRIGHT, David, "Another wrong step: equitable compensation following a breach of trust", **Trusts & Trustees**, Vol. 21, Issue 7, Pp. 825-843, 2015, p. 831.
 - bb. **For following footnotes of the same work:**

WRIGHT, p. 298.
 - c. **For web pages:**
 - aa. **For the first footnote:**

LORCHER, Torsten, "Arbitration in Germany",
https://eguides.cmslegal.com/pdf/arbitration_volume_I/CMS%20GtA_Vol%20I_GERMANY.pdf, Access Date: 03.03.2014.

bb. For following footnotes of the same work:

LORCHER, p. 9.

- d. If multiple works of one author are to be cited in the paper, the name of the cited work should be shortened in the way that allows the distinction of author's other studies.**

CHEMERINSKY, *Constitutional Law...*, p. 76.

CHEMERINSKY, *Criminal Procedure...*, p. 35.

- e. If studies prepared by multiple authors are to be cited, the names and surnames of all writers should be stated.**

aa. For the first footnote:

MILLER, Angharad / OATS, Lynne, **Principles of International Taxation**, 25.

Edition, Tottel Publishing, 2006, p. 145.

bb. For following footnotes of the same work:

MILLER / OATS, s. 145.

- f. Citing a court case:** Yar. 1. HD, E. 2015/1456, K. 2017/7086, 05.12.2017 (Kazancı).
- g. Official Gazette of the Republic of Turkey:** RG. 02.01.2019, S. 30643.

DERGİMİZİN AMACI

TÜBİTAK - ULAKBİM TR Hukuk Dizini'nde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanan bir hukuk dergisi olan İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hukukun yardımcı kaynağı olarak kabul edilen hukuk alanındaki bilim insanlarının görüş, düşünce ve kanaatlerinden oluşan hukuk doktrinine alanlarında uzman kişilerin hakemliklerinden geçmiş makaleler ulaştırmayı hedeflemektedir.

Derginin danışma kurulunu farklı alanlardan ve farklı ülkelerden bilim insanları oluşturmaktadır. Akademik alandaki çeşitli görüş ve değerlendirmeler öncelikle akademik alanda çalışan bilim insanlarına katkı sağlayacak olup, hukuk alanında öğrenim gören lisans ve lisansüstü seviyesindeki öğrenciler ile mesleğini icra eden avukat, hâkim ve savcılara da uygulamada değerlendirebilecekleri ve yararlanabilecekleri farklı kanaatler sunacaktır.

Bunun yanında, dergimizde yer alacak bilimsel eserler ile ülkemizin uluslararası alanda üretilen fikirler ile entegre olmasına yardımcı olması, akademisyenlerin, araştırmacıların ve öğrencilerin yararlanmasına açık olması, üniversitemizin ve fakültemizin tanınırlığı ve başarılarını artmasına hizmet etmesi amaçlanmaktadır.

SUNUŞ

TÜBİTAK - ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayınlanan bir hukuk dergisi olan İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin yeni sayısını sizlerle buluşturmanın sevincini yaşıyoruz.

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 8 S. 1 olarak sizlere sunduğumuz bu sayıda, Bahattin ARAS'ın "*Hükümlü ve Tutukluların Disiplin Soruşturmalarına İlişkin Temel Esaslar*" başlıklı makalesi; Ersin BAYRA'nın "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Yoluyla Sosyal ve Ekonomik Hakların Dolaylı Olarak Korunması Üzerine Değerlendirmeler*" başlıklı makalesi; Fatih GÜLER'in "*YSK Kararları Işığında Belediye Kanunu'na Göre Yapılan Halkoylamaları (Plebisit)*" başlıklı makalesi; Necip Taha GÜR'ün "*İdarenin Sessizliğinin Bir Görünümü Olarak İdari Tolerans ve Bireyin Bu Sessizlikten Faydalanması*" başlıklı makalesi; Kasım OCAK'ın "*Güncel Bir Kararı Işığında Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun Yurt Dışına Veri Aktarımı ve Zorunlu Açık Rızaya Yaklaşımı Hakkında Gözlemler*" başlıklı makalesi; Ahmet ULUTAŞ'ın "*Uluslararası Hukuk Perspektifinden Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Konusundaki Bölgesel ve Küresel Düzenlemeler ile Yeni Çareler*" başlıklı makalesi; Şirin AYDINCİK MİDYAT'ın "*Evlenmeden Önce Mirastan Feragat Sözleşmesi Yapılabilir mi?*" başlıklı makalesi; Erbil BEYTAR'ın "*Platform Çalışması: Çalışan Statüsünün Belirlenmesi Sorunu*" başlıklı makalesi; Ahmet DÜLGER'in "*Milletlerarası Tahkimde Hakem Kararlarının Konu Bakımından Yetki Çerçevesinde Değerlendirilmesi*" başlıklı makalesi; Emrah GÖKMEN'in "*Tahkim Müessesesinin Roma, İslâm ve Günümüz Türk Hukuklarındaki Görünümü*" başlıklı makalesi; Emrullah KERVANKIRAN'ın "*Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler ile Bunlar İçin Öngörülen Cezai Yaptırımların Hukuki Niteliği - II*" başlıklı makalesi; M. Tolga ÖZER'in "*TMK m. 652 Uyarınca Birlikte Yaşanılan Konut ile Ev Eşyasının Miras Payına Mahsuben Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi*" başlıklı makalesi; Eren YILDIZ'ın "*İşveren Vekilinin İş Kazasından Doğan Cezai Sorumluluğunun Şartları*" başlıklı makalesi olmak üzere on üç özgün araştırma makalesi yer almaktadır.

Dergimizin bu sayısına katkı veren yazarlarımıza ve incelemelerini titizlikle yapan hakemlerimize teşekkürlerimizi sunuyoruz

Editörler Kurulu

DERGİMİZ HAKKINDA / ABOUT OUR JOURNAL

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, TÜBİTAK - ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanan bir hukuk dergisidir. Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinde yazılmış olan hukuk alanını ilgilendiren içerikte her türlü makale, karar incelemesi, kitap incelemesi ve çeviriler hakem denetiminden geçerek yayınlanmaktadır.

Medeniyet Law Review is a peer reviewed national law journal, published bi-annually, in March and September and cited in the TUBITAK ULAKBIM TR Index Legal Database. Articles, case notes, and comments, discussions of legislative development, book reviews, and another similar type of papers, which are written in Turkish, English, German and French, are published after peer-review.

DERGİMİZİN TARİHÇESİ / HISTORY OF OUR JOURNAL

Dergimiz, Temmuz 2016 -Temmuz 2019 tarihleri arasında Medeniyet Law Review (MLR) adıyla ve ISSN-2458-7958 numarası ile yayımlanmıştır. Ocak 2020 sayısından itibaren İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İM HFD) adını, Mart 2021 sayısından itibaren ise ISSN-2757-7082 numarasını kullanmaktadır. Dergimiz, Mart 2021 sayısı itibarıyla TÜBİTAK - ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranmaktadır.

Our journal was published under the name Medeniyet Law Review (MLR) and numbered ISSN-2458-7958 between July 2016 and July 2019. Since January 2020 issue, the Journal of Medeniyet Law Review (MLR) has been using as the name of the journal and since the March 2021 issue, the number ISSN-2757-7082 has been using. Our journal has been cited in the TUBITAK ULAKBIM TR Index Legal Database since March 2021 Issue.

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Cilt 8, Mart, Sayı 1

Medeniyet Law Review
Vol. 8, March, No. 1

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

MAKALELER / ARTICLES

Kamu Hukuku / Public Law

Araştırma Makalesi / Research Article

Hükümlü ve Tutukluların Disiplin Soruşturmalarına İlişkin Temel Esaslar

Fundamental Principles on Discipline Investigations of Convicted and Detainees

Bahattin ARAS 3

Araştırma Makalesi / Research Article

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Yoluyla Sosyal ve Ekonomik Hakların Dolaylı Olarak Korunması Üzerine Değerlendirmeler

Evaluations on the Indirect Protection of Social and Economic Rights Through the European Convention on Human Rights

Ersin BAYRA 63

Araştırma Makalesi / Research Article

YSK Kararları Işığında Belediye Kanunu'na Göre Yapılan Halkoylamaları (Plebisit)

Referendum Held According to Municipal Law in the Light of Supreme Election Council Decisions (Plebiscite)

Fatih GÜLER 115

Araştırma Makalesi / Research Article

İdarenin Sessizliğinin Bir Görünümü Olarak İdari Tolerans ve Bireyin Bu Sessizlikten Faydalanması

Administrative Tolerance as an Appearance of Administrative Silence and Benefiting of Individual from This Silence

Necip Taha GÜR 141

Araştırma Makalesi / Research Article

Güncel Bir Kararı Işığında Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun Yurt Dışına Veri Aktarımı ve Zorunlu Açık Rızaya Yaklaşımı Hakkında Gözlemler

Observations on the Personal Data Protection Board's Approach to Data Transfer Abroad and Compulsory Explicit Consent in the Light of a Recent Decision

Kasım OCAK 161

Araştırma Makalesi / Research Article

Uluslararası Hukuk Perspektifinden Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Konusundaki Bölgesel ve Küresel Düzenlemeler ile Yeni Çareler

Regional and Global Regulations and New Remedies on the Prevention of Violence Against Women from the Perspective of International Law

Ahmet ULUTAŞ179

Özel Hukuk / Private Law

Araştırma Makalesi / Research Article

Evlenmeden Önce Mirastan Feragat Sözleşmesi Yapılabilir mi?

Is It Possible to Make an Inheritance Waiver Agreement Before Marriage?

Şirin AYDINCIK MİDYAT211

Araştırma Makalesi / Research Article

Platform Çalışması: Çalışan Statüsünün Belirlenmesi Sorunu

Platform Work: The Question of Determining the Status of Employee

Erbil BEYTAR239

Araştırma Makalesi / Research Article

Milletlerarası Tahkimde Hakem Kararlarının Konu Bakımından Yetki Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Evaluation of Arbitral Tribunal's Decisions with Regard to Subject Matter Jurisdiction

Ahmet DÜLGER267

Araştırma Makalesi / Research Article

Tahkim Müessesesinin Roma, İslâm ve Günümüz Türk Hukuklarındaki Görünümü

The Appearance of the Institution of Arbitration in Roman, Islamic and Today's Turkish Law

Emrah GÖKMEN291

Araştırma Makalesi / Research Article

Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler ile Bunlar İçin Öngörülen Cezai Yaptırımların Hukuki Niteliği - II

The Legal Characteristics of the Crimes and Misdemeanours and Penal Sanctions Envisaged for them in the Turkish Commercial Code

Emrullah KERVANKIRAN331

Araştırma Makalesi / Research Article

TMK m.652 Uyarınca Birlikte Yaşanılan Konut ile Ev Eşyasının Miras Payına Mahsuben Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi

Pursuant to Article 652 of the Civil Code, The Allocation of the Cohabited Dwelling and Household Goods to the Surviving Spouse as Part of the Inheritance Share

M. Tolga ÖZER391

Araştırma Makalesi / Research Article

İşveren Vekilinin İş Kazasından Doğan Cezai Sorumluluğunun Şartları

Conditions of the Criminal Liability of the Employer's Representative Arising from the Work Accident

Eren YILDIZ415

Kamu Hukuku

Hükümlü ve Tutukluların Disiplin Soruşturmalarına İlişkin Temel Esaslar^(*)

Fundamental Principles on Discipline Investigations of Convicted and Detainees

Bahattin ARAS^()**

Öz:

İnfazın etkinliğinin sağlanması noktasında cezaevlerinde disiplin, düzen ve güvenliği sağlayıcı bir kısım uygulamaların geliştirilmesi ve tedbirlerin alınması gerekebilir. Zira kanunların suç saydığı eylemleri gerçekleştirmeleri nedeniyle toplumsal düzeni bozan kişilerin cezaevinde de düzen bozucu davranışlara girmeleri ihtimal dâhilindedir. Düzen bozucu davranışları sergileyen kişilerin cezalandırılması ve bu tip eylemlerin tekrarının önlenmesi bakımından kanun koyucu tarafından belirlenmiş bir kısım tedbirler bulunmaktadır. Bu noktada cezaevi düzenini bozucu davranışlar sergileyen, cezaevi personeline ve diğer hükümlü ve tutuklulara zarar veren kişilere yönelik olarak bir kısım disiplin ceza ve tedbirlerinin uygulanması gerekir. Ancak idarenin keyfi hareket etmesinin önlenmesi bakımından kanunun suç saymadığı eylemlerin disiplin soruşturmasına konu edilmemesi gerekir. Bu nedenle disiplin süreçlerinin kanunilik ilkesi çerçevesinde ve infazın gerekleri doğrultusunda yürütülmesi önem arz etmektedir. Mevcut çalışmada infaz hukukuna ilişkin hâkim olan temel ilkeler ışığında hükümlü ve tutukluların disiplin soruşturmalarına ilişkin temel esaslar ve uygulamada yaşanan sorunlar ve oluşan hak ihlalleri ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler:

İnfaz Hukuku, Cezaevi, Hükümlü, Disiplin Cezası, Disiplin Soruşturması.

Abstract:

At the point of ensuring the efficiency of the execution, it may be necessary to develop some practices and take measures to ensure discipline, order and security in prisons. Because it is possible for people who disrupt the social order to engage in disruptive behavior in prison because of their acts that are considered as crimes by law. There are some measures determined by the legislator in order to punish those who exhibit disorderly behavior and to prevent the repetition of such acts. At this point, some disciplinary punishments and measures should be applied against those who exhibit behaviors

^(*) **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 02.09.2022

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 17.12.2022

DOI: 10.58733/imhfd.1267352

Bu makaleye atıf için: ARAS, Bahattin, “Hükümlü ve Tutukluların Disiplin Soruşturmalarına İlişkin Temel Esaslar”, **İMİHFD**, C. 8, S. 1, 2023, s. 3-61.

^(**) Dr.

E-posta: bahattinaras2018@gmail.com

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3551-7363>

disrupting the prison order and harm the prison staff and other convicts and detainees. However, in order to prevent the arbitrary act of the administration, actions that are not considered a crime by law should not be subject to disciplinary investigation. For this reason, it is important that disciplinary processes are carried out within the framework of the principle of legality and in line with the requirements of the execution. In the present study, the basic principles regarding the disciplinary investigations of convicts and detainees, the problems experienced in practice and violations of rights will be discussed in the light of the prevailing basic principles regarding the law of execution.

Keywords:

Law on Criminal Execution, Prison, Convict, Disciplinary Punishment, Disciplinary Investigation.

GİRİŞ

İnfazın çağdaş esaslar çerçevesinde tamamlanabilmesi ve infaz kurumunda düzenin, güvenliğin ve disiplinin sağlanabilmesi bakımından çerçevesi kanunlarla belirlenmiş olan tedbir ve uygulamalar önemlidir. Bu tedbir ve uygulamalara başvurulurken, bunlardan kaynaklı olarak hükümlünün infaza konu eylemi ne olursa olsun infaz kurumunda ikincil bir cezalandırmaya maruz kalmamasına; etkin, ıslah edici ve onarıcı bir infaz süreci yaşamasına katkı sağlanmasına dikkat edilmelidir. Bu ise ancak hükümlünün veya tutuklunun eşitlikçi, insan onuruna uygun, kanuni ve bireyselleştirilmiş tedbir ve uygulamalara tabi olması ile mümkündür.

Cezaevlerinin disiplin, düzen ve güvenliğinin sağlanması infazın etkinliği noktasında önemlidir. İdarenin güvenlik, disiplin ve düzen noktasında bir kısım uygulamalar geliştirmesi gerekebilir. İdarenin bu amaçla geliştireceği uygulamaların sınırı ise evrensel hukuk ilkeleri ve kanunlarla tutuklu ve hükümlülere tanınmış olan hak ve yükümlülüklerdir. Cezaevi idaresinin tutuklu ve hükümlüye tanınmış olan hakların özüne zarar verecek, infazdan beklenen amacı ortadan kaldıracak uygulamalardan uzak durması gerekmektedir.

Cezaevlerinde sınırı evrensel hukuk ilkeleri ve kanunlarla çerçevelenmiş bir yaşam ve infaz süreci vardır. Bu noktada cezaevi düzenini bozucu davranışlar sergileyen, cezaevi personeline, diğer hükümlü veya tutuklulara veya eşyalarına zarar veren hükümlü ve tutuklulara yönelik olarak bir kısım disiplin ceza ve tedbirlerinin uygulanması gerekir. İnfazın etkin, ıslah edici ve onarıcı olarak tamamlanması ve cezaevinin güvenliği, disiplini ve düzeninin sağlanması için kaçınılmaz olarak başvurulacak tedbirlerden biri olan disiplin soruşturmaları neticeleri itibarıyla de hükümlü ve tutukluların infaz süreçlerine olumsuz etkileri olacaktır. Bu nedenle disiplin süreçlerinin kanunilik ilkesi çerçevesinde infazın gerekleri doğrultusunda yürütülmesi önem arz etmektedir. Mevcut çalışmada infaz hukukuna ilişkin hâkim olan temel ilkeler ışığında hükümlü ve tutukluların disiplin soruşturmalarına ilişkin temel esaslar ve uygulamada yaşanan sorunlar ve oluşan hak ihlalleri ele alınacaktır.

Bu konular ele alınırken ilgili ulusal ve uluslararası mevzuat hükümleri ile birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Anayasa Mahkemesi'nin ve Yargıtay'ın konuya ilişkin uygulama ve içtihatlarına yer verilecektir¹.

I. HÜKÜMLÜ VE TUTUKLULARA YÖNELİK DISİPLİN HÜKÜMLERİ

A. Disiplin Soruşturmasının Temel Esasları

1. Genel Olarak

Çağdaş infaz esasları çerçevesinde yönetilen bir infaz kurumunda infaz sürecinin etkin, ıslah edici ve onarıcı olarak tamamlanabilmesi ancak kurumda disiplin düzen ve güvenliğin tam sağlanması ve hükümlünün de temel haklarının tam korunması ile mümkündür. Özellikle cezaevinde disiplin, hükümlülerin kişisel gelişimlerini artırmaları, kendilerini ifade edebilecek motivasyonu sağlamaları ve yaşamsal gereksinimlerini karşılamaları için yapılandırılmış kurallar bütünü olduğundan ayrı bir öneme sahiptir². Bu noktada hükümlülerin kanunların, yönetmeliklerin ve diğer mevzuatın öngördüğü kurallara uymaları ve cezaevi idaresinin mevzuata uygun emir ve talimatlarını yerine getirmeleri infazın bir parçasıdır. Cezanın infazından beklenen amacın gerçekleşebilmesi, hükümlünün toplumsal ve bireysel sosyalleşmesinin sağlanabilmesi bakımından, hükümlü cezaevinde bulunduğu süre içerisinde belli bir disiplin içerisinde olmalıdır. Hükümlülerin cezaevi idaresine karşı sorumlu davranmaları gerektiği kadar diğer hükümlülere karşı da bir sorumluluk duygusuyla hareket etmeli ve birbirlerine karşı saygılı, ahlaklı davranmaları ve kötü davranışlardan kaçınmalıdırlar³. Düzen bozucu veya huzursuzluk çıkarıcı ya da diğer hükümlü ve tutuklulara zarar verici davranışlarda bulunamazlar. Aksi halde infaz süreçlerini kendi aleyhlerine sonuçlandıracak disiplin soruşturmalarına tabi olacaklarını bilmeleri gerekmektedir⁴. Ancak bu

¹ Çalışmamızda atıf yapılan AİHM kararlarının orijinal metnine “<https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>”; Anayasa Mahkemesi kararlarının orijinal metnine “<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>”; Yargıtay kararlarının orijinal metnine <https://www.kazanci.com.tr/> adresinden dosya bilgilerini yazmak suretiyle ulaşılabilmesi mümkün olduğundan dolayı atıf yapılan her bir karar bakımından bu sayfalara tekraren atıf yapılmamıştır.

² PREVEZE, Levent, **Tutuklu ve Hükümlülere Yönelik Disiplin Soruşturması Süreci**, Karina Yayınevi, Ankara, 2017, s. 21.

³ ÖZGENÇ, İzzet / ŞAHİN, Cumhuriyet, **İnfaz Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 163; DEMİRBAŞ, Timur, **İnfaz Hukuku**, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 379; ÖZKAVALCI, Nimet, **İnfaz Hakimliği**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 279.

⁴ ÖZBEK, Veli Özer, **İnfaz Hukuku**, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 237; ARAS, Bahattin / GÜVERÇİN, Sezgin, **İnfaz Hukuku**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 277; GÜNAY, Erhan, **Hükümlü Disiplin Ceza ve Tedbirleri - Duraksama Yaratan Sorunlar ve Yanıtlar - Lehe Kanun Uygulaması**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 15 vd.

disiplin hükümleri bir intikam veya hizaya getirme ya da baskılama yöntemi olarak kullanılamaz⁵.

2. Disiplin Soruşturmalarının Suç ve Cezalarının Kanuniliği İlkesine Uygun Yürütülmesi Zorunluluğu

a. Disiplin Suç ve Cezalarının Kanunilik İlkesine Uygun Olması

Yargılama hukukunun en temel ilkelerinin başında suç ve cezaların kanuniliği ilkesi gelmektedir. Bütün çağdaş yargılama sistemlerinde olduğu gibi Türk hukukunda başta Anayasa olmak üzere birçok yasal metinde yer almıştır. Anayasa'nın 38'inci maddesinin ilk fıkrasında, “*Kimse, kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz*”; üçüncü fıkrasında da “*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.*” denilerek “*suç ve cezanın kanuniliği*” ilkesi getirilmiştir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Suç ve cezaların kanuniliği ilkesini düzenlemeyen Anayasa'nın 38'inci maddesi ceza soruşturmaları bakımından geçerli olduğu gibi disiplin soruşturmaları bakımından da geçerlidir. Anayasa'nın 38'inci maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından disiplin cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir. Diğer bir ifade ile suç ve cezaların kanuniliği ilkesi sadece ceza hukuku bağlamındaki suç ve cezaları değil aynı zamanda disiplin hukukundan kaynaklanan disiplin suç ve cezaları bakımından da geçerli bir ilkedir⁶. Aynı şekilde suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin bir sonucu olarak infazın kanuniliği prensibi kabul edilmiştir⁷.

Anayasa'nın 38'inci maddesinde düzenlenmiş olan suç ve cezaların kanuniliği ilkesi suç ve cezaların henüz fiil işlenmeden önce belirlilik, kesinlik, açıklık ve kıyas yasağı esaslarına göre kanunla düzenlenmesini ifade etmektedir. Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, tutarlı ve istikrarlı normatif standartlar üretmek zorunluluğunun bir parçası olarak kuralların fiilden önce kamuya açıklanmasını esas almaktadır⁸. Bu ilke uyarınca ceza yaptırımına bağlanan fiilin kanunun “*açıkça*” suç sayması şartına bağlanmış olmasıyla, suç ve cezalara ilişkin dü-

⁵ HANÇER, Çağrı, **5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda Belirtilen Disiplin Cezaları ve Tedbirleri**, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Mersin, 2018, s. 61.

⁶ ÖZBEK, s. 261.

⁷ ARAS / GÜVERÇİN, s. 277.

⁸ BULUT, Metin, “Kamu Görevlileri Disiplin Hukukunda Kanunilik İlkesini Yeniden Düşünmek”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y. 6, Aralık 2018, S. 12, s. 227.

zenlemelerin şekli bakımından kanun biçiminde çıkarılması yeterli olmayıp bunların içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olmaları zorunludur. Dolayısıyla belirli bir kesinlik içinde kanunda hangi fiile hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi bu ilkenin temel yansımasıdır.

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin bir gereği olarak disiplin mevzuatında, disiplin cezasını gerektiren her bir disiplin eyleminin ve bu eylem için uygulanacak disiplin cezasının kanunda açıkça belirtilmiş olması gerekmektedir. Ancak mevzuatta, sayılan bu hal ve davranışlara nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzeyen fiillere de aynı türden cezaların verileceğine dair hükümlere yer verilmek suretiyle, disiplin suçları bakımından kanunilik ilkesinin gereği olan “*tipiklik*” ve “*açıklık*” ilkelerinden uzaklaşıldığı “*kıyas*” yoluna başvurulduğu görülmektedir⁹.

Kanun tarafından açık bir şekilde suç olarak düzenlemeyen bir davranışın, mevcut suçlara benzetilerek, cezalandırılması anlamına gelen kıyas, kanunilik ilkesinin sağladığı güvence fonksiyonu nedeniyle, ceza hukukunda yasak olduğu gibi¹⁰ disiplin suç ve cezaları bakımından da yasaktır¹¹. Dolayısıyla bu tip yasal düzenlemelerden kaçınılması gerekmektedir. Bu kapsamda disiplin suç ve cezalarının da açık ve net olması gerekmektedir. Kişinin hangi fiiline hangi disiplin cezası verileceği hususunun açık ve net bir biçimde ortaya konulmaması “*hukuki belirlilik*” ilkesini zedelediği gibi “*suç ve cezaların kanuniliği*” ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır. Diğer bir ifade belirsiz atıflarla veya kıyas yöntemiyle veyahut idari düzenlemelerle disiplin suç ve cezası belirlenmemelidir¹².

Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarda disiplin cezalarının kanunilik ilkesinin kapsamında olduğunu ve idari kararlar ceza ihdasının söz konusu olamayaca-

⁹ AKYILMAZ, Bahtiyar, “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2002, C. 6, S. 1-2, s. 239.

¹⁰ ARTUK, Mehmet Emin / GÖKÇEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 107.

¹¹ AKYILMAZ, s. 250-251; SAĞLAM Mehmet, **Türk Personel Hukukunda Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması**, Mahalli İdareler Derneği Yayınları, Ankara, 2003, s. 123; KALABALIK, Halil, **İdare Hukuku Dersleri**, 2. Cilt, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 109; KAYA, Cemil, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler”, **Amme İdareleri Dergisi**, Y. 2005, C. 38, S. 2, s. 65; YILDIRIM, Turhan, “Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Y. 2001, C. 17, S. 1, s. 439; EŞİTLİ, Ezgi Aygün, “Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, **TBB Dergisi**, Y. 2013, S. 104, s. 235; HÜSEYİNOĞLU, Emin, “Yargı Kararları Işığında Disiplin Hukukunda Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, **TBB Dergisi**, Y. 2022, S. 158, s. 106; MÜCAHİT KÜÇÜK, Çolpan, “Kanunilik İlkesinin Memur Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği”, **YBHD**, Y. 6, S. 2021/2, s. 146.

¹² ARAS / GÜVERÇİN, s. 278.

ğını açıkça vurgulamıştır¹³. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi 2010/28 Esas, 2011/139 Karar ve 20.10.2011 tarihli kararında, “... *Anayasanın 38. maddesinin ilk fıkrasında, “Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz” denilerek “suçun yasallığı”, üçüncü fıkrasında da “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” denilerek, “cezanın yasallığı” ilkesi getirilmiştir. Anayasada öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasanın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu’nun 2. maddesinde yer alan “suçta ve cezada kanunilik” ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Anayasanın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından disiplin cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir...” demek suretiyle disiplin suç ve cezaları bakımından hangi eylemlerin yasaklandığı ve yasaklanan bu eylemlere hangi cezaların uygulanacağını hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada açık ve anlaşılır olarak gösterilmesi gerektiğine vurgu yapmıştır.*

Cezaevinin güvenliğinin, huzurunun ve düzeninin sağlanması ile infazdan beklenen sonuçların elde edilmesi adına belirlenen mevzuat kurallarının ihlali halinde hükümlü hakkında disiplin ceza ve tedbirlerinin uygulanması infaz hukukunun gereklerindedir. Burada disiplin tedbirlerinin uygulanmasında esas olan demokratik bir hukuk devletinin ve suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin gereği olarak, disiplin tedbirlerinin uygulanacağı eylemlerin ve disiplin cezalarının kanunda açıkça belirtilmiş olması gerekir. Disiplin suç ve cezalarını kanuniliği ilkesinin en temel sonucu olarak, cezaevi idaresinin keyfi disiplin ceza ve tedbiri uygulaması veya idari düzenlemelerle disiplin suç ve cezası ihdas etmesi mümkün değildir.

Tutuklu ya da hükümlünün cezaevinde disiplin suçu oluşturacak davranışların neler olduğu ve verilecek disiplin cezasının niteliği, süresi ve hangi makamların bu cezayı vermeye yetkili olduğu yasalar tarafından belirlenmesi ve yayınlanıp açıklanması gerekir¹⁴. Yargılama hukukunun her alanında olduğu

¹³ AYM, 1990/12 E., 1991/7 K., 4.4.1991 T.

¹⁴ Herhangi Bir Şekilde Tutuklu ya da Hapiste Olan Bütün Kimselerin Korunmasına İlişkin İlkeler Demeti, İlke: 30, COYLE, Andrew, **Cezaevi Yönetimini İnsan Haklarını Göz Önüne Alan Bir Yaklaşım**, Uluslararası Araştırmaları Merkezi, Londra, 2002, s. 151, (<https://prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/turkish3.pdf>, İET: 12/07/2022, s. 76.

gibi disiplin yargılamalarında da evrensel hukuk ilkelerine saygı gösterilmesi önemlidir. Bu ilkelerin ilki cezaevi kurallarını bütün mahkûmların önceden bilmesidir. Bu her mahkûmda hangi fiil ve ihmallerinin cezaevi kurallarına karşı bir disiplin suçu oluşturduğunu ve hangilerinin resmi disiplin uygulamalarına yol açacağını belirten bir dizi kural bulunmasını içerir. Bu kuralların yasal bir belge niteliğinde olması da gerekir¹⁵.

b. İdari Düzenlemelerle Disiplin Suç ve Cezası Getirilmemesi

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin ve Anayasa'nın açık hükmü gereğince hükümlülere uygulanacak disiplin suç ve cezaları kanunla belirlenmek zorundadır. Dolayısıyla kanun hükmünde kararname, tüzük veya yönetmelikle disiplin suç veya cezası belirlenemez. Aynı şekilde kıyas yoluyla da disiplin suç ve cezası ihdas edilemez¹⁶. Bu genel kural cezaevi idaresinin keyfi uygulamalarla hükümlü ve tutuklu üzerinde disiplin soruşturmaları vasıtasıyla baskı kurmasının önündeki temel güvencedir¹⁷.

Genel kural bu olmakla birlikte 24.12.2017 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 696 sayılı KHK'nın 103'üncü maddesi ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu'na eklenen Ek Madde 1'e göre 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlar nedeniyle tutuklu veya hükümlü bulunanların duruşmaya sevk nedeniyle ceza infaz kurumu dışına çıkarılmaları durumunda, ceza infaz kurumu idaresince verilen giysileri giymek zorunda olduklarına, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 309 ila 312'nci maddelerinde düzenlenen suçlardan tutuklu ve hükümlü olanların badem kurusu; bu maddede belirtilen diğer suçlardan tutuklu ve hükümlü olanlar ise gri renğinde göğüs ve pantolon bölümü bitişik (tulum) giysileri giyeceklerine dair hüküm getirilmiştir. Ek maddenin getirildiği 696 KHK'nın 101'inci maddesi ile de 5275 sayılı Kanun'un 43'üncü maddesinin ikinci fıkrasına bent eklenerek cezaevi tarafından verilen kıyafeti giymeme veya kıyafetlere zarar verme durumunda tutuklu ve hükümlülere bir aydan üç aya kadar ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma disiplin cezasının verilmesi öngörülmüştür. Görüldüğü üzere kanunen konulması gereken bir yükümlülük ve disiplin cezası bir OHAL KHK'sı ile getirilmiştir. KHK'nın getirdiği tek tip elbise yükümlülüğü masumiyet karinesine aykırı olduğu gibi bir OHAL KHK'sı ile bu yükümlülüğün ihlali nedeniyle

¹⁵ COYLE, s. 76.

¹⁶ AKYILMAZ, s. 250-251; SAĞLAM, s. 123; KALABALIK, s. 109; KAYA, s. 65; YILDIRIM, s. 439; EŞİTLİ, s. 235; HÜSEYİNOĞLU, s. 106; MÜCAHİT KÜÇÜK, s. 146.

¹⁷ AKYILMAZ, s. 250-251; ARAS / GÜVERÇİN, s. 280.

disiplin cezası öngörülmesi suç ve cezaların kanuniliği ilkesine de açıkça aykırılık oluşturmaktadır.

Esasen Anayasa Mahkemesi geçmişte KHK ile disiplin suç ve cezası ihdas edilemeyeceğine dair kararlar vermiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi geçmişte 22 Ocak 1990 günlü, 399 sayılı “*Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname*”nin disiplinle ilişkin hükümlerini iptal ettiği kararda “... *Anayasanın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmamış, ayrıca ceza yerine geçen güvenlik önlemleri de madde kapsamına alınmıştır. Buna göre, disiplin cezaları Anayasanın 38. maddesi kapsamındadır.*

KHK'nin 60. maddesinde, cezalara ilişkin düzenlemelerin KHK'nin yasa-laştığı tarihte yürürlüğe gireceği hükme bağlanmıştır. Gerçi bu maddede açıkça 44., 45., 46., 47., 48., 49. ve 50. maddelerden söz edilmemiştir ama cezalara ilişkin düzenlemeler, KHK'nin bu maddelerinde yer almıştır. Bu yüzden anılan maddelerin yürürlüğünün KHK'nin yasalaşma tarihine bırakıldığı anlaşılmaktadır.

İnceleme konusu maddeler KHK'nin 11. maddesinin (b) ve (c) bendiyle ilgili bölümünde açıklanan nedenlerle anayasal denetime bağlıdır. Anayasanın, “Suç ve cezalara ilişkin esaslar” başlıklı 38. maddesi, İkinci Kısım'ın İkinci Bölümü'nde yer almaktadır. Bu bölümde yer alan haklar ve ödevler Anayasanın 91. maddesi uyarınca KHK ile düzenlenemeyecek konular kapsamına girmektedir.

Bu yüzden, KHK'nin disiplin cezaları ile ilgili hususları düzenleyen 44., 45., 46., 47., 48., 49. ve 50. maddeleri, Anayasanın 91. maddesine aykırıdır...” demek suretiyle disiplin suç ve cezalarının Anayasa'nın 38'inci maddesi kapsamında olması nedeniyle kanun hükmünde kararname ile düzenlenemeyeceğine karar vermiştir¹⁸.

3. Disiplin Cezalarında Fayda Zarar Analizi Yapılması

Kanunun disiplin suçu olarak tanımladığı tipik eylemin gerçekleşmesi halinde disiplin tedbir veya cezasının derhal uygulanması mı yoksa ilk aşamada hükümlünün bu tipik eylem nedeniyle uyarılması mı infaz süreci bakımından daha faydalı olduğu hususu önem arz etmektedir. Burada hükümlünün infaz

¹⁸ AYM, 1990/12 E., 1991/7 K., 04.04.1991. T.

sürecinin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekir. İlk defa tipik bir eylemi gerçekleştiren ve geçirmiş olduğu infaz sürecinden aynı eylemi tekrarlaması beklenilmeyen hükümlü hakkında doğrudan disiplin ceza ve tedbiri uygulamak yerine kendisinin uyarılması hükümlünün infaz sürecinin olumlu geçmesi bakımından daha faydalı olacaktır. Buna maksada uygunluk prensibi de denilmektedir¹⁹. Disiplin cezalarının otomatik ve herhangi bir bireyselleştirme yapılmadan uygulanması hükümlüler üzerinde olumsuz etkiler doğuracağı gibi cezanın infazından beklenen amacın da gerçekleşmesine engel olabilir²⁰. Bu nedenle ceza infaz kurumu idarelerinin profesyonel yöneticiler gibi bir fayda zarar analizi yaparak takdir yetkilerini kullanmaları gerekir. Cezaevi ortamlarının hükümlüler üzerinde oluşturduğu ruhsal ve fiziksel etkilerinin hesaba katılması ve bu hususlar göz önünde bulundurularak yöneticilerin iyi birer iletişim becerisine sahip olmaları gerekir. Eldeki yetkinin sağduyulu, olgun ve insani esaslarla kullanılması gerekir. Bu yol haritası hükümlülere uygulanacak disiplin tedbirleri bakımından da geçerlidir²¹.

Türk infaz mevzuatı incelendiğinde disiplin cezalarının derhal uygulanması yerine ilgilinin uyarılması konusunda cezaevi idaresine takdir hakkı tanıyan bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Kanun koyucu tipik eylemin gerçekleşmesi halinde disiplin tedbiri uygulanacağını öngörmüştür. Bu mevzuattan kaynaklanan sıkıntının giderilmesi adına Kanun'da öngörülen her bir disiplin cezasının getiriliş amacı ve kanun koyucunun uygulanmasını öngördüğü alanın iyi belirlenmesi gerekir. Kanun'un dar yorumlanarak her tipik eylemden dolayı otomatik olarak herhangi bir bireyselleştirme yapılmadan disiplin cezası verilmesi infazın amacına aykırı olacaktır. Bu nedenle ilk defa disiplin suçu işlemiş olan hükümlü veya tutuklu bakımından idareye sadece ilgilinin uyarılmasına imkân tanıyan bir düzenleme getirilmesi yerinde olacaktır²².

4. Disiplin Cezalarında Bireyselleştirme

İnfaz hukukuna ilişkin disiplin suç ve cezaları, 5275 sayılı Kanun'un sekizinci bölümünde düzenlenmiş, bu çerçevede uygulanacak disiplin suç ve cezalarının amacı, mahiyeti, kapsamı, sınırları ve uygulanma koşulları Kanun'un 37'nci maddesinde açıklığa kavuşturulmuştur. Kanuni düzenlemelere uygun bir disiplin soruşturması yürütülmesi ve neticesinde hükümlü veya tutuklunun sabit

¹⁹ Bu prensibin Alman hukukundaki uygulaması için bkz. DEMİRBAŞ, s. 379-380.

²⁰ HATİPOĞLU, s. 215.

²¹ DEMİRBAŞ, s. 380.

²² ARAS / GÜVERÇİN, s. 282.

olan eyleminin doğru tespit edilerek ilgilinin durumunun da doğru analiz edilecek soruşturmanın sonuçlandırılması gerekir. Diğer bir ifade ile bireyselleştirilmiş bir disiplin sürecinin yürütülmesi gerekir. Burada esasen bireyselleştirme, yapılan ihlalin derecesine göre verilecek yaptırımın orantılı olması yani cezaların somutlaştırılmasını ifade etmektedir²³.

Bireyselleştirme suç soruşturmalarında önemli olduğu gibi disiplin soruşturmalar bakımından da önem arz etmektedir. AİHM disiplin cezaları uygulanırken hükümlünün Kanun'a aykırı eyleminin niteliği, kişiliği, ilk disiplin ihlali mi veya tekrür eden ihlal mi olup olmadığına ilişkin olguların dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme ayrıca disiplin cezasının mahiyetiyle ilgili olarak, bu tür cezaların Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin gerekliliklerine uymak zorunda olduğuna hükmetmiştir²⁴.

Disiplin suç ve cezaları yönünden genel hüküm niteliğindeki 5275 sayılı Kanun'un 37'nci maddesi uyarınca, bu Kanun kapsamındaki bir disiplin suçunun oluşabilmesi ve cezasının uygulanabilmesi için sadece her bir disiplin suçu yönünden belirlenen özel hükümdeki şartların gerçekleşmesi yeterli olmayıp ayrıca 37'nci maddedeki şartların da gerçekleşmesi gerekmektedir. Kanun'un 37'nci maddesine göre, hükümlü hakkında ceza infaz kurumunda, düzenli bir yaşamın sürdürülmesi, güvenliğin ve disiplinin sağlanması bakımından kanun ve yönetmelikler ile idarenin uyulmasını emrettiği veya gerekli kıldığı davranış ve tutumları, kusurlu olarak ihlâl ettiğinde, eyleminin niteliği ile ağırlık derecesine göre Kanun'da belirtilen disiplin cezaları uygulanacaktır. Ancak suç oluşturmuş eylemlerden dolayı açılan kamu davasının disiplin soruşturması yapılmasını ve cezanın uygulanmasını engellemesi söz konusu değildir. Dolayısıyla disiplin cezalarının uygulamada mağduriyetlere sebebiyet vermemesi ve infazın amacına ulaşabilmesi bakımından her bir tipik eylem ile birlikte Kanun'un 37'nci maddesinin birlikte yorumlanması ve buna göre bir bireyselleştirme yapılması gerekir. Ayrıca bu maddede özellikle tipik eylemin gerçekleşmesi noktasında kanun koyucu disiplin cezasını gerektiren eylem bakımından "*kusurlu olarak ihlâl*" şartını öngördüğünden her bir disiplin cezası bakımından bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği ve hükümlüye kusur izafe edilmesinin mümkün olup olmadığının tespiti gerekir. Mesela, ceza infaz kurumunda oynanması yasak

²³ HATİPOĞLU, Mehmet, "Kamu Görevlilerine Disiplin Cezalarının Uygulanmasında Ölçülülük İlkesi", **TBB Dergisi**, Y. 2019, S. 143, s. 198.

²⁴ AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İçtihadına İlişkin Rehber, **Mahpus Hakları**, <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/482020134215mahpus%20haklar%C4%B1%20olarak%20de%C4%9Fi%C5%9Ftirelim%20ba%C5%9F%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf>, İET. 23/07/2022, s. 42.

olan oyunların neler olduğu ya da oynanabilecek oyunların nelerden ibaret olduğu hususu hükümlülere tebliğ edilmeden, hükümlülerin domino oyunu oynaması ve bunun kumar niteliğindeki oyunlardan olduğu gerekçesiyle hükümlülere disiplin cezası verilmesi hukuki değildir²⁵. Zira burada idare kanunilik ilkesi aykırı davrandığından dolayı hükümlü kusurlu olan bu eylemi gerçekleştirmiştir. Bu husus hem disiplin suçunun oluşup oluşmadığı konusunda hem de bireyselleştirmede dikkate alınmalıdır.

Anayasa'nın 2'nci maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devleti ifade etmektedir. Kanun koyucu, kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında düzenleme yaparken Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan bu eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda anayasal sınırlar içinde takdir yetkisine sahiptir. Bu yetki, disiplin hukuku bakımından da geçerlidir. Bu bağlamda hukuk devletinde, ceza hukuku alanında olduğu gibi disiplin hukukuna ilişkin düzenlemelerde de kanun koyucu hangi eylemlerin disiplin suçu sayılacağı ve bu eylemlerin hangi disiplin cezasıyla cezalandırılacağı konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bununla birlikte disiplin hukukuna ilişkin kurallar, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü ve adil olmalıdır²⁶. Disiplin soruşturmalarında da idare takdir yetkisini kullanırken bu takdir yetkisinin sınır ve kapsamını yapacağı bireyselleştirme ile belirleyecektir.

5. Tutukluların Disiplin Soruşturmaları

5275 sayılı Kanun'da disiplin soruşturmalarına ilişkin usul ve esaslar temelde hükümlüler esaslı düzenlenmiştir. Disiplin cezalarına ilişkin esasları düzenleyen 5275 sayılı Kanun'un 37 ila 52'nci maddelerinde kanun koyucunun sadece "hükümlü" kavramına yer verdiği görülmektedir. Ancak cezaevlerinde disiplin, güvenlik ve düzen bakımından belirlenmiş olan kurallar sadece hükümlüler için değil aynı zamanda tutuklular bakımından da geçerlidir. Zira 5275 sayılı Kanun'un "Tutukluların yükümlülükleri" kenar başlıklı 116'ncı maddesinde bu Kanun'un disiplin cezalarının niteliği ve uygulanma koşulları, kınama,

²⁵ ARAS / GÜVERÇİN, s. 282.

²⁶ HATIPOĞLU, s. 215.

bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma, ücret karşılığı çalışılan işten yoksun bırakma, haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama, ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma, hücreye koyma, çocuk hükümlüler hakkında uygulanabilecek disiplin tedbirleri ve cezaları, disiplin soruşturması, disiplin cezasını gerektiren eylemlerin tekrarı, disiplin cezalarının infazı ve kaldırılması, yönetim tarafından alınabilecek tedbirler, zorlayıcı araçların kullanılması, ödüllendirme, şikâyet ve itiraz, nakiller, disiplin nedeniyle nakil gibi konuları düzenleyen hükümlerinin tutukluluk hâliyle uzlaşır nitelikte olanları tutuklular hakkında da uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu hükümlerin “*tutukluluk hâliyle uzlaşır nitelikte*” olması onların tutuklular bakımından kıyasen uygulanmasında dikkate alınacak temel husustur²⁷.

4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanunu’nun infaz hâkiminin görevlerini düzenleyen 4’üncü maddesinin üçüncü fıkrasında ise “*Hükümlü ve tutuklular hakkında alınan disiplin tedbirleri ve verilen disiplin cezalarının kanun veya diğer mevzuat hükümlerine aykırı olduğu iddiasıyla yapılan şikâyetleri incelemek ve karara bağlamak.*” denilmek suretiyle infaz hâkimlerinin hem hükümlü hem de tutuklular hakkında verilen disiplin cezalarına yapılan itirazlara bakacağı düzenlenmiştir. Bu çerçevede 5275 sayılı Kanun’un “*Şikâyet ve itiraz*” kenar başlıklı 52’nci maddesinde de disiplin cezalarına ve tedbirlerine karşı şikâyet ve itiraz durumunda 16.5.2001 tarihli ve 4675 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir.

Mevcut yasal düzenlemeler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, hükümlüler bakımından geçerli olduğu gibi, tutuklular hakkında da kurumda, düzenli bir yaşamın sürdürülmesi, güvenliğin ve disiplinin sağlanması bakımından kanun, yönetmelikler ve diğer mevzuat hükümleri ile idarenin uyulmasını emrettiği veya gerekli kıldığı davranış ve tutumları, kusurlu olarak ihlâl ettiğinde, eyleminin niteliği ile ağırlık derecesine göre Kanun’da belirtilen disiplin cezalarının uygulanması mümkündür. Zaten kamu düzeni ve kurum düzeninin sağlanması bakımından aksinin kabulü mümkün değildir.

6. Cezaevi Disiplin Hükümlerinin Uygulanacağı Alanlar

Kural olarak cezanın infaz edildiği alanlar, hükümlü ve tutuklu bakımından disiplin suç ve cezalarının uygulanacağı alanları oluşturmaktadır. Diğer bir ifade ile disiplin cezasını gerektiren eylemin infaz alanlarında işlenmiş olması gerekmektedir. 7242 sayılı Kanun değişikliği öncesinde 5275 sayılı Kanun’daki dü-

²⁷ PREVEZE, s. 100; ARAS / GÜVERÇİN, s. 284-285.

zenleme uyarınca disiplin cezasını gerektiren eylemlerin ceza infaz kurumu ve eklentilerinde işlenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla hükümlü veya tutuklunun duruşmaya götürüldüğü sırada görevlilerle ya da duruşma sırasında hâkime yönelik hakaret etmesi halinde bu eylem için disiplin cezası verilmesi mümkün değildir²⁸. Ancak 7242 sayılı Kanun'un 23'üncü maddesi ile 5275 sayılı Kanun'un 37'nci maddesinin birinci fıkrasına "*Hükümlünün duruşma, sağlık, eğitim ve çalışma gibi nedenlerle geçici olarak kurum dışında bulunduğu yerler de bu fıkranın uygulanması bakımından kurum olarak kabul edilir.*" cümlesi eklenmiştir. Bu kapsamda hükümlünün ceza infaz kurumu ve eklentileri dışında duruşma, sağlık, eğitim ve çalışma gibi nedenlerle geçici olarak kurum dışında bulunduğu yerler de kurum olarak kabul edildiğinden bu yerlerde işlenen ve disiplin cezasını gerektiren eylemlerden dolayı da hükümlü ve tutuklulara disiplin cezası verilebilecektir. 7242 sayılı Kanun değişikliği sonrası hükümlü veya tutuklunun duruşmaya götürüldüğü sırada görevlilerle ya da duruşma sırasında hâkime yönelik hakaret etmesi halinde bu eylemler disiplin hükümlerine tabi tutulacaktır.

²⁸ "... 5275 sayılı Kanun'un 37/1. maddesinde yer alan "Hükümlü hakkında kurumda, düzenli bir yaşamın sürdürülmesi, güvenliğin ve disiplinin sağlanması bakımından kanun, tüzük, yönetmelikler ile idarenin uyulmasını emrettiği veya gerekli kıldığı davranış ve tutumları, kusurlu olarak ihlâl ettiğinde, eyleminin niteliği ile ağırlık derecesine göre Kanunda belirtilen disiplin cezaları uygulanır." düzenlemesi ile aynı Kanun'un 48/1 maddesindeki "37 ilâ 46'ncı maddelerde yer alan eylemlerin tanımına uymayan ve kanunda tanımları yapılmamış olan eylemler, nitelik ve ağırlıkları bakımından bunlara benzediklerinde, aynı maddelerdeki disiplin cezaları ile karşılanırlar." hükmü karşısında, 20/06/2008 tarihinde Tekirdağ Adliyesindeki duruşmalara götürüldüğü sırada, görevli jandarma devriyesine hakaret ettiği eyleminin kurumda gerçekleşmemiş bulunduğu, anılan Kanun'un hücreye koyma disiplin cezasını gerektiren eylemlerden olmadığı göz önüne alındığında disiplin cezasına itirazın bu yönden kabulü yerine yazılı şekilde karar verilmesinde,

Tekirdağ 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 23/10/2009 tarihli ve 2009/1324 değişik iş sayılı kararı yönünden; 20/06/2008 tarihinde Tekirdağ Adliyesindeki duruşmalara götürüldüğü sırada, görevli jandarma devriyesine hakaret ettiği eyleminin anılan Kanun'un hücreye koyma disiplin cezasını gerektiren eylemlerden olmadığı göz önüne alındığında üçüncü hücreye koyma disiplin cezasının söz konusu olmadığı gözetilerek itirazın kabulü yerine reddine karar verilmesinde, isabet görülmediğinden bahisle, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığının 03.05.2010 gün ve 2009/5093-28211 sayılı kanun yararına bozma talebine atfen, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 18.05.2010 gün ve 2010/113849 sayılı tebliğnamesi ile daireye ihbar ve dava evrakı tevdi kılınmakla;

Dosya incelenerek gereği düşünüldü:

Kanun yararına bozma isteminin, Tekirdağ İnfaz Hakimliği'nin 02.09.2008 tarihli ve Tekirdağ 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 23.10.2009 tarihli kararlarına ilişkin olduğu kabul edilerek yapılan incelemede;

Hükümlünün 20.06.2008 tarihli eylemlerinin başlangıcı, gelişimi ve sonuçlanması kısa bir sürede gerçekleşmiş olup, bir bütün halinde tek bir disiplin cezasını gerektireceği anlaşılmakla;

Kanun yararına bozma talebine dayanılarak düzenlenen tebliğnamedeki bozma isteği incelenen dosya kapsamına nazarın bu sebeple yerinde görüldüğünden, Tekirdağ İnfaz Hakimliğinin 02.09.2008 tarih, 2008/689 dosya ve 2008/659 sayılı kararı ile Tekirdağ 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 23.10.2009 tarih ve 2009/1324 değişik iş sayılı kararının CMK'nın 309. maddesi uyarınca BOZULMASINA..." 9. CD., 2010/8848 E., 2011/2308 K., 14.04.2011 T.

B. Hükümlü ve Tutuklulara Uygulanabilecek Disiplin Cezaları ve Tedbirleri

1. Genel Olarak

Cezaevindeki hükümlü ve tutuklular hakkında uygulanacak disiplin cezasını gerektiren eylemler ve uygulanacak disiplin cezaları 5275 sayılı Kanun'un 38 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Kanun koyucu disiplin cezalarını belirlerken yetişkinler ve çocukları ayrı ayrı değerlendirmiştir. Buna göre yetişkinler hakkında uygulanacak disiplin cezaları ağırlık derecelerine göre şunlardır:

- 1) Kınama,
- 2) Bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma,
- 3) Ücret karşılığı çalışılan işten yoksun bırakma,
- 4) Haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama,
- 5) Ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma,
- 6) Hücreye koyma.

Kanun koyucu 5275 sayılı Kanun'un yetişkinlere yönelik disiplin cezalarını düzenleyen 39 ila 44'üncü maddelerinde hangi hallerde disiplin cezasının yukarıda belirtilen hallerinin uygulanacağını sayma yöntemiyle belirlemiştir. Gerek evrensel ilkeler ve gerekse Anayasa'nın amir hükümleri gereğince toplu, bedensel, zalimane, insanlık dışı veya küçültücü cezalar, disiplin cezası olarak uygulanamaz²⁹.

Diğer taraftan kanun ile belirlenmemiş bir eylemin disiplin soruşturmasına tabi tutulması veya kanunen belirlenmemiş bir disiplin cezasının da uygulanması mümkün değildir. Bu aslında kanun koyucunun “*Suç ve cezalar kanunsuz olmaz*” evrensel kuralını disiplin cezaları bakımından da esas aldığını göstermektedir. Böylece cezaevi idaresinin keyfi bir şekilde disiplin cezasına esas eylem oluşturmasının önüne geçilmiştir. Dolayısıyla disiplin cezalarına yönelik itirazların yapılan incelenmesinde Kanun'un ilgili maddesindeki “*tipik eylemin*” sabit olup olmadığının iyi tespit edilmesi gerekir. Kanun'un belirlediği eylemler haricinde bir eylem için disiplin cezası verilmişse yapılan itirazın kabulü ile disiplin cezasının kaldırılmasına hükmedilmesi gerekir³⁰.

²⁹ ÖZKAVALCI, s. 279; ATALAY, Osman / ÖZGELEN, Mustafa Safa, **İnfaz Hukuku Ders Kitabı**, Türkiye Adalet Akademisi Yayını No: 25, Ankara, 2013, s. 53; GÜNAY, s. 19.

³⁰ ARAS/GÜVERÇİN, s. 287.

2. Yetişkinlere Yönelik Disiplin Cezaları ve Cezayı Gerektiren Eylemler

a. *Kınama Cezası*

Kınama cezası, hükümlüye eyleminin kötü niteliğinin ve uygunsuzluğunun açıklanması ve tekrarı durumunda doğuracağı sonuçlara dikkatinin çekilmesini ifade etmektedir. Kanun koyucu kınama cezasını gerektiren 13 tane tipik eylemi 5275 sayılı Kanun'un 39'uncu maddesinde belirlemiştir. Buna göre mektuplarda tehdit, hakaret ve sövme gibi çirkin ifadeler kullanmak, hükümlü ve tutuklulara karşı edep ve nezakete aykırı şekilde konuşmak veya davranışlarda bulunmak, idareden habersiz mektup göndermek, görevlilere hediye vermek veya buna kalkışmak, görevlilere herhangi bir taahhütte bulunmak, idarece belirtilen miktardan fazla para bulundurmak, hükümlü kimliğini yanında bulundurmamak, yatma plânına uymamak, ceza infaz kurumlarının duvarlarına yazı yazmak, resim yapmak veya afiş yapıştırmak, idarece verilen eşya ve benzeri şeyleri kötü kullanmak, kişisel temizliğe veya çevre temizliğine dikkat etmemek, idarece alınan sağlık önlemlerine uymamak ve kurumda gereksiz gürültü yapmak ve kınama cezasını gerektiren eylemler olarak belirlenmiştir³¹.

b. *Bazı Etkinliklere Katılmaktan Alıkoyma*

Çağdaş infaz siteminde hükümlü ve tutukuların çağdaş infaz anlayışına uygun olarak boş zamanlarını eğitim öğretim, sosyal ve kültürel, sportif ve sanatsal aktiviteler ile değerlendirmek, onları bir iş ve meslek sahibi yapmak, rehabilite edilmelerini temin etmek, böylelikle onlara toplumca kabul edilebilir duygu düşünce ve davranışları benimsetmek, kendilerini topluma yararlı bir birey olarak görmelerini ve geliştirmelerini sağlamak kısaca onların yeniden topluma kazandırılmalarını sağlamak amacıyla etkin, ıslah edici ve onarıcı sistematik faaliyetler ve etkinlikler düzenlenmektedir³². Hükümlü ve tutukular düzen bozucu davranışlara girmeleri halinde uygulanacak disiplin hükümleri çerçevesinde bu eğitim, sosyal, kültürel, sportif ve sanatsal aktivite ve faaliyetlerden alıkonulabilir. Esasen hükümlü ve tutuklunun ıslahı için düzenlenmiş olan bu faaliyetlerden men edilerek hükümlü veya tutuklunun disiplin yoluyla ıslahına çalışmak kendi içinde bir çelişki barındırmaktadır.

Bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma cezası, hükümlünün bir aydan üç aya kadar süreyle kurumun kültürel ve spor etkinliklerine katılmaktan yoksun bırakılmasını ifade etmektedir. Bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma cezasını

³¹ HANÇER, s. 45; ÖZBEK, s. 239; ÖZGENÇ / ŞAHİN, s. 165; DEMİRBAŞ, s. 383; ÖZKAVALCI, s. 289.

³² HANÇER, s. 61.

gerektiren tipik eylemler 5275 sayılı Kanun'un 40'inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre idarenin izni olmaksızın yasak yerlere girmek, eğitim yerini terk etmek, eğitimi savsaklamak, olumsuz davranışa yönelik gruplaşmaya neden olmak veya bu amaca yönelik gruba katılmak, kurum görevlilerine karşı uygunsuz söz sarf etmek veya davranışta bulunmak, çıkar sağlamak amacıyla hükümlülere veya kurum görevlilerine eşya vermek veya satmak ve açlık grevi yapmak bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma cezasını gerektirmektedir.³³

Yasal düzenlemede sıkıntı doğuran, çoğu zaman keyfi yorum ve uygulamalara sebep olan “*Kurum görevlilerine karşı uygunsuz söz sarf etmek veya davranışta bulunmak*” hükmüdür. Bu noktada hükümlülerin hak arama hürriyeti çerçevesinde kurum işlem ve işleyişlerine yönelik itirazlarının bu madde kapsamında değerlendirilerek hükümlü ve tutuklulara disiplin cezası verilemez. Aynı şekilde Kanun'daki “*uygunsuz söz ve davranış*” ibaresinin hakaret ve sövme nitelikli somut bir içeriğe kavuşturulması yerinde olacaktır. Aksi takdirde cezavi idaresinin hukuka aykırı işlem ve uygulamalarına karşı dile getirilen sözlü itirazların da “*uygunsuz söz*” olarak değerlendirilerek disiplin soruşturmasına konu edilmesi mümkündür.

c. Ücret Karşılığı Çalışılan İşten Yoksun Bırakma

Hükümlünün kurum yönetiminde ücret karşılığı çalıştığı işten bir aydan üç aya kadar yoksun bırakılmasını ifade eden ücret karşılığı çalışılan işten yoksun bırakma cezası 5275 sayılı Kanun'un 41'inci maddesinde düzenlenmiştir. Buradaki tipik eylemler genelde cezaevinde ücret karşılığı çalışma sırasında gerçekleşen eylemlerdir. Ücret karşılığı çalışılan işlerin geneli ise İşyurtları Kurumu üzerinden sağlanmaktadır. Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İşyurtları Kurumu, 06.08.1997 tarih ve 4301 sayılı Kanun ile Adalet Bakanlığına bağlı olarak, hükümlü ve tutukluların meslek ve sanatlarının korunup geliştirilmesi veya bir meslek ve sanat öğrenmelerini sağlamak; bu suretle üretilen ekonomik değerleri pazarlamak için işyurtları açmak ve bunların bütün mali ve idari işlerini bir merkezden düzenlemek ve yönetmek amacıyla kurulmuştur.³⁴ Bu kurum sayesinde hükümlüler ücretli işlerde istihdam edilmekte, meslek ve sanat sahibi olmaları sağlanmaktadır.

Bazı disiplin cezası gerektiren eylemlerin gerçekleşmesi halinde hükümlü ve tutuklu cezaevi veya iş yurtları tarafından sağlanan ücret karşılığı çalışma

³³ GÜNAY, s. 21; ÖZGENÇ / ŞAHİN, s. 166; ÖZBEK, s. 239; ÖZKAVALCI, s. 292; DEMİRBAŞ, s. 384.

³⁴ HANÇER, s. 64.

imkânından yoksun bırakılabilir. Kanun koyucu iş elbisesini giymemek, iş yerini izinsiz terk etmek, iş yerindeki çalışma yönergelerine uymamak, işte gerekli özeni göstermemek veya işin gereği olan özeni göstermemek, başkalarının ciddiyle çalışmalarını engellemek, işte kullanılan aletleri ve gereçleri kasten bozmak, iş yerini veya çalışanları dikkatsiz ve tedbirsiz davranışlarıyla tehlikeye düşürmek veya bunlara ağır zarar vermek ve işi kasten kötü yapmak veya gerektiği hâlde çalışmamak şeklindeki eylemler ücret karşılığı çalışılan işten yoksun bırakma cezasını gerektiren tipik eylemler olarak belirlemiştir³⁵.

Yasal düzenlemede disiplin cezasını gerektiren bazı eylemlerin somut olmaması nedeniyle uygulama sırasında bireyselleştirilmiş bir gerekçeye yer verilmesi gerekir. Mesela “*İşte gerekli özeni göstermemek*”, eyleminde iş için gerekli özenin ne olduğunun somut olarak ortaya konulması ve gerekli yönergelerin hazırlanması gerekmektedir.

d. Haberleşme veya İletişim Araçlarından Yoksun Bırakma veya Kısıtlama

Anayasa'nın 22'nci maddesinde güvence altına alınan haberleşme özgürlüğü kapsamında hükümlü ve tutukluların başta mektup, faks ve telefonla olmak üzere çerçevesi kanunlarla çizilmiş kurallar çerçevesinde haberleşme hakkı vardır³⁶. Anayasa'nın amir hükmü uyarınca haberleşmenin gizliliği esastır. Bu hükümler cezaevleri bakımından da aynen geçerlidir. Ancak hükümlü veya tutuklunun sahip olduğu bu hak, “suçun önlenmesi” ve “kurum disiplininin sağlanması” gibi makul gerekliliklerin varlığı halinde bu hak belli yasal koşullarda sınırlandırılabilir³⁷.

Hükümlü ve tutukluların bu hakkı düzen bozucu ve disiplin cezası gerektiren davranışlarda bulunmaları halinde disiplin cezası nedeniyle kısıtlanabilir. Haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama cezası, hükümlünün bir aydan üç aya kadar mektup, faks ve telgraf almak ve yollamaktan, televizyon izlemekten, radyo dinlemekten, telefon etmekten ve diğer iletişim araçlarından yararlanmaktan tamamen veya kısmen yoksun bırakılmasını ifade etmektedir. Bu disiplin cezasını düzenleyen 5275 sayılı Kanun'un 42'nci maddesinde düzenleme uyarınca hükümlüye gelen mektup, faks ve telgraflar,

³⁵ ÖZBEK, s. 242; ÖZGENÇ / ŞAHİN, s. 167; DEMİRBAŞ, s. 384; ÖZKAVALCI, s. 303; GÜNAY, s. 22.

³⁶ GÜNGÖR, Burak, “Hükümlülerin Haberleşme Hürriyetine Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y. 6, S. 12, Aralık 2018, s. 511.

³⁷ ARSLAN, Çetin / KAYANCIÇEK, Murat, “Hükümlü ve Tutuklunun Telefon ile Haberleşme Hakkı (İK m.66)”, 28/05/2022, <https://www.cetinarslan.com.tr/wp-content/uploads/2022/05/Hukumlu-ve-Tutuklunun-Telefon-ile-Haberlesme-Hakki-İK-m.-66.pdf>, (İET: 28/07/2022), s. 10.

disiplin cezasının infazından sonra kendisine verilir. Aynı türden olsa bile sonraki disiplin cezasının infazına bu işlem yapılmadan başlanamaz. Ancak burada unutulmaması gereken husus, anne, baba, eş, çocuk ve kardeşlerin ölüm veya ağır hastalıkları ile doğal afet hâllerinde yapılması gereken haberleşmeler ve avukat ile ilişkilerde bu madde hükmü uygulanmaz³⁸. Düzenleme uyarınca protesto amacıyla idarece verilen yemeği topluca almama eylemine katılmak, kurum işyurdu yönetim kurulunca uygun görülen işte çalışmamak, herhangi bir şeyi protesto amacıyla veya idareye karşı toplu olarak sessiz direnişte bulunmak, odalarda, eklentilerinde ve diğer alanlarda ilaç ve gıda maddesi stoku yapmak, gereksiz olarak marş söylemek veya slogan atmak, kurum idaresine bildirilen telefon numarası aracılığıyla ya da teknik müdahale ile başka bir hatta yönlendirme yapmak suretiyle görüşme hakkı olmayan kişilerle görüşmek³⁹ bu disiplin cezasını gerektiren tipik eylemler olarak belirlenmiştir⁴⁰.

Hükümlünün gerçekleştirdiği eylemin kanuni düzenleme belirlenen tipik eylemi oluşturduğunun tespiti bakımından somut eylemin niteliğinin iyi belirlenmesi gerekir. Kanun'da belirtilen tipik eylemlerden dolayı disiplin cezası verilmeden önce hükümlünün amacı ile somut eylemin niteliğinin iyi ortaya konulması gerekir. Tipik eylemin maddi ve manevi unsurlarının ortaya konulması gerekir. Bu bağlamda "*Gereksiz olarak marş söylemek veya slogan atmak*" gibi bir eylemin hakkaniyete uygun olarak yorumlanması gerekir. Maddedeki "*gereksiz olarak*" ifadesinin amaç ve kapsamının hukuk kuralları çerçevesinde hükümlü bakımından fayda zarar analizi de dikkate alınarak dar yorumlanması gerekir. Aynı şekilde "*ilaç ve gıda maddesi stoku*" ibaresinin de somut verilerle ortaya konulması gerekir. Cezaevi yemeklerini yiyemeyen hükümlülerin duru-

³⁸ ÖZBEK, s. 242; "... 5275 sayılı Yasanın, haberleşme ve iletişim araçlarından yoksun bırakılma disiplin cezasını düzenleyen 42. maddesinde, bu cezanın uygulanma koşulları gösterilmiş olup, anılan maddenin 42/4. bendinde ise "Anne, baba, eş, çocuk ve kardeşlerin ölümü veya ağır hastalıkları ile doğal afet hallerinde yapılması gereken haberleşmeler ve avukat ile ilişkilerde bu madde hükmünün uygulanmayacağı" istisna hükmünün getirildiği, yine Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün aynı konuyu düzenleyen 148/4. maddesinde de aynı istisnaya yer verildiği; 5275 sayılı Yasanın hükümlünün telefon ile haberleşme hakkını düzenleyen 66. maddesi" kapalı Ceza İnfaz Kurumundaki hükümlülerin, tüzükte belirlenen esas ve usullere göre idarenin kontrolündeki ücretli telefonlar ile görüşme yapabilecekleri, telefon görüşmesinin idarece dinleneceği ve kayıt altına alınacağı hükmünü taşıdığı, gerek 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda, gerekse bu kanuna ilişkin tüzükte hükümlülerin vekilleri ile telefon görüşmesi yapamayacağı hususunda kısıtlayıcı bir hüküm olmadığı, bu nedenle de Ankara 2. Ağır Ceza Mahkemesinin konuya ilişkin 9.2.2007 gün ve 2007/571 değişik iş sayılı kararında usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmadığı anlaşıldığından yerinde görülmeyen kanun yararına bozma isteminin REDDİNE..." 9. CD., 2007/3494 E., 2007/2821 K., 2.4.2007 T.

³⁹ Maddenin 6'ncı bendinde belirtilen tipik eylem 7242 sayılı Kanun'un 24'üncü maddesi ile 5275 sayılı Kanun'un 42'nci maddesinin ikinci fıkrasına (f) bendi olarak eklenmiştir.

⁴⁰ ÖZGENÇ / ŞAHİN, s. 168; DEMİRBAŞ, s. 385; ÖZKAVALCI, s. 306; GÜNAY, s. 23-24; HANÇER, s. 88.

munun da dikkate alınması gerekir. Özellikle bu tip yoruma açık eylemlerden dolayı doğrudan ceza verme yerine hükümlünün somut gerekçelerle öncelikle uyarılması cezaevi disiplini ve hükümlünün olumlu yönde gelişimi bakımından daha faydalı olacaktır. Aynı şekilde hükümlünün haberleşme ve iletişim hakkını kısıtlayan bu eylemlerin dar yorumlanmaması veya Kanun'un maksadına uygun yorumlanmaması ya da somut gerekçelere yer verilmemesi halinde bu disiplin cezası hükümlünün ailesi ve sevdikleriyle olan iletişimini ortadan kaldırması nedeniyle hükümlünün ıslahı noktasında katkı sağlamaktan ziyade olumsuz sonuçlar doğuracağından maddenin yorumlanmasında hakkaniyete uygun hareket edilmesi gerekir⁴¹.

e. Ziyaretçi Kabulünden Yoksun Bırakma

Hükümlü ve tutukluların dış dünya ile olan iletişimlerinin devamı ve aile bağlarının korunması noktasında en önemli haklardan biri hükümlü ve tutukluların ziyaretçi kabul haklarıdır. Hükümlülerin ziyaretçi kabulüne ilişkin esaslar 5275 sayılı Kanun'un 83 ila 86'ncı maddeleri ile Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkındaki Yönetmelik'te düzenlenmiştir.

AİHM, hükümlülerin ceza infaz kurumlarında ziyaretlerine ilişkin olarak konuyu AİHS'nin 8'inci maddesi kapsamında değerlendirmiş ve hükümlülüğün olağan ve makul gereklerinin ve milli makamların hükümlünün ailesiyle ilişkisini düzenlemesine izin vermede takdir hakkının olduğunun dikkate alınması gerektiğini kararlarında belirtmiştir. AİHM bu kapsamda Avrupa Cezaevleri Kuralları'nın 60/4 maddesi uyarınca hiçbir cezanın aileyle olan iletişim üzerine konulacak genel bir yasağı kapsamayacağı ilkesini benimsemektedir⁴². Genel ziyaret yasağı konulamayacağına ilişkin olarak Mahkeme'nin bakış açısını Gülmez/Türkiye kararı ortaya koyabilecek niteliktedir. Cezaevi disiplin kurulu, başvuranın cezaevine ait mallara zarar verdiği gerekçesiyle mahkûmun toplamda yaklaşık bir yıl boyunca ziyaretçi kabul etmesini yasaklamıştır. AİHM, yürürlükte olduğu tarihteki haliyle başvuru konusu cezaya dayanak teşkil eden Tüzüğün, uygulayıcılara çok geniş bir takdir alanı bıraktığını ve yetkili makamların başvuranın aile hayatına yaptıkları haksız müdahaleye karşı yerinde koruma sağlayabilecek derecede açık ve ayrıntılı olmadığını ve ayrıca somut olaya konu olan cezanın genel nitelikte bir yasaklama olduğunu belirterek başvuru- nun aile yaşamına müdahale edildiğine karar vermiştir.

⁴¹ ARAS / GÜVERÇİN, s. 290-291.

⁴² ALTINSOY, Bülent, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Mahkûmların Özel Hayatı", **TBB Dergisi**, Y. 2014, S. 115, s. 41-42.

Ziyaretçi kabul hakkı hükümlü ve tutuklu bakımından temel bir hak olmakla birlikte belli koşullarda bu hakkın kısıtlanması mümkündür. Disiplin suçu gerektiren eylemler nedeniyle kısıtlama da bu hallerden biridir. Ancak bu kısıtlamaların da, her halükârda kabul edilebilir asgari bir iletişime izin verecek düzeyde olması gerekmektedir⁴³. Bu bağlamda resmî ve yetkili merciler ile avukatlar ve yasal temsilciler haricinde kalan ve ziyaret hakkı olan kişilerle olan görüşünün bir aydan üç aya kadar yasaklanmasını ifade eden ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezası 5275 sayılı Kanun'un 43'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Kanun koyucu tarafından ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezasını gerektiren tipik eylemleri sayım yapılmasına karşı çıkmak, aramaya karşı çıkmak, sevke, nakle veya bunlarla ilgili olarak alınacak tedbirlere karşı çıkmak, kurumda korku, kaygı veya panik yaratabilecek biçimde söz söylemek veya davranışta bulunmak, hükümlülerin haberleşmelerini, ziyaretçileriyle görüşmelerini, iyileştirme ve eğitim programları çerçevesinde eğitim ve spor, meslek kazandırma ve işyurdu çalışmaları ile diğer sosyal ve kültürel faaliyetlere katılmalarını, kurum hekimince muayene ve tedavi edilmelerini, avukat tayin etmelerini, mahkemelere veya Cumhuriyet başsavcılıklarına gitmelerini, kurum görevlileri ile görüşmelerini, salıverilenlerin kurum dışına çıkmalarını her ne suretle olursa olsun engellemek, hükümlü ve tutukluları bu fiillere teşvik etmek, bu yolda talimat vermek, mevzuatın hükümlü ve tutuklulara tanıdığı sair her türlü görüşme ve temas olanaklarını engellemek, kumar ve benzeri oyunlar oynamak veya oynatmak ve ceza infaz kurumu idaresince verilen kıyafetleri giymemek veya verilen kıyafetlere kasten zarar vermek ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezasını gerektiren eylemler olarak belirlenmiştir⁴⁴.

Ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezasını gerektiren eylemler arasında belirtilen “*Ceza infaz kurumu idaresince verilen kıyafetleri giymemek veya verilen kıyafetlere kasten zarar vermek*” şeklindeki tipik eylem 24.12.2017 tarihli 696 sayılı KHK'nın 101 ve bu KHK'nın aynen kabul edilmiş ve 06.03.2018 tarihinde yürürlüğe giren 7079 sayılı Kanun'un 95'inci maddesi ile 5275 sayılı Kanun'un 43'üncü maddesinin ikinci fıkrasına (g) bendi olarak eklenmiştir. Yukarıda da izah edildiği üzere kanunen konulması gereken bir yükümlülük ve disiplin cezası bir OHAL KHK'sı ile getirilmiştir. Getirilen tek tip elbise yükümlülüğü masumiyet karinesine aykırı olduğu gibi bu yükümlülüğün ihlali için

⁴³ OSMANOĞLU, Bilal / PARLAK, Oğuzhan Emre, “Mahpusların Ailesi ve Yakınlarıyla Görüşme Hakkı”, *YÜHFD*, Y. 2021/1, C. XVIII, s. 267.

⁴⁴ ÖZKAVALCI, s. 319; DEMİRBAŞ, s. 386; ÖZBEK, s. 246; ÖZGENÇ / ŞAHİN, s. 168; HANÇER, s. 93; OSMANOĞLU / PARLAK, s. 267.

disiplin cezası öngörülmesi suç ve cezaların kanuniliği ilkesine de açıkça aykırılık oluşturmaktadır⁴⁵.

Öte yandan maddede yer alan “*Sayım yapılmasına karşı çıkmak*” eyleminde de cezaevi idarelerinin farklı uygulamaları nedeniyle sorunlar yaşanmaktadır. Kurum düzeni ve güvenliğini sağlamak bakımından günlük sayımların yapılması bir zorunluluk olmakla birlikte hükümlülerin ayakta ve askeri içtima düzeninde sayıma zorlanması kanun koyucunun amacına aykırı bir uygulamadır. Kurum düzenini sağlamak için sayım alanında hükümlülerin sayımının mümkün olduğu bir durumda ayrıca ayakta ve içtima düzeninde sayıma zorlanması hakkaniyete aykırı bir uygulama olacaktır. Yine “*Kumar ve benzeri oyunlar oynamak*” eyleminde “*benzeri oyunlar*” kavramı muğlak olduğu için cezaevi idaresinin hangi oyunların kumar niteliğinde olduğunun yazılı olarak hükümlülere tebliğ etmesi gerekir. Zaten İnfaz Yönetmeliğinin 71’inci maddesinde hükümlülerin kumar niteliğine haiz olmamak şartı ile hangi oyunları oynayabileceklerinin iç yönergelerde gösterilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Cezaevinde bulunan tutuklu ve hükümlülerin dış dünya ile olan ilişkisinin disiplin cezası nedeniyle kesilmesine karar verilmesi, her ne kadar suç işleme veya kurum düzenini bozma nedeniyle hükümlünün disipline edilmesi için yerinde uygulamalar olduğu değerlendirilse de hükümlünün ailesi ile olan ilişkisini kesmesi nedeniyle sıkıntılı bir durumdur. Esasen hükümlünün ailevi ilişkisinin disiplin uygulamaları ile kesilmemesi gerekir⁴⁶. Zira verilen ceza ile sadece hükümlü değil ailesi de cezalandırılmakta ve ailenin hükümlü ile olan iletişimi koparılmaktadır. Bunun nihai sonucu ise hükümlünün aile bütünlüğü bozulmakta ve topluma kazandırılma süreci sekteye uğramaktadır. Nitekim AİHM Gülmez/Türkiye Kararında⁴⁷ da başvurunun hapisaneye ait mallara zarar vermesi nedeniyle toplamda yaklaşık bir yıl boyunca ziyaretçi kabul yasağı uygulanmasının Sözleşme’nin 8’inci maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkeme gerekçesinde Tüzüğün cezaevi idaresine geniş yetki tanıdığını, yasal düzenlemelerin başvuranın aile hayatına yapılan haksız müdahaleye karşı gerekli korumayı sağlayabilecek açıklıkta ve ayrıntılı olmadığını, söz konusu cezanın genel nitelikte bir yasaklama olduğunu belirtmiştir. AİHM adı geçen kararda esasen Avrupa Cezaevleri Kurulu’nun 60/4 maddesi uyarınca hiçbir cezanın aileyle olan iletişim üzerine konulacak genel bir yasağı kapsamayacağı

⁴⁵ GÜNAY, s. 24; ARAS / GÜVERÇİN, s. 292.

⁴⁶ SEVÜK, Handan Yokuş, “Avrupa İnsan Hakları Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişimi”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2003, C. VII, S. 3-4, s. 340; SEVER, D. Çiğde, “Hapishane İdarelerinin Yetkileri ve Hapsedilen Haklarının Sınırı”, *TBB Dergisi*, Y. 2016, S. 122, s. 173.

⁴⁷ AİHM Gülmez/Türkiye Kararı, Başvuru No: 16330/02, K.T. 20.5.2008.

ilkesine ve ayrıca, bu ilkenin normatif temellerinin iç hukukta açık ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi gerektiğine vurgu yapmıştır⁴⁸. Dolayısıyla hükümlüye verilecek disiplin cezaları arasında hükümlünün ailesi ile olan ilişkisini kesen ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma veya haberleşme araçlarından yoksun bırakma gibi cezalar yerine başka cezaların getirilmesi gerekir.

f. Hücreye Koyma

(a) Genel Olarak

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da birçok kararda vurgulandığı üzere hükümlü ve tutuklular Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan temel hak ve hürriyetlerin tamamına kural olarak sahiptirler. Bununla birlikte ceza infaz kurumunda tutulmanın kaçınılmaz sonucu olarak suçun önlenmesi ve disiplinin sağlanması gibi kurumun güvenliğinin sağlanmasına yönelik kabul edilebilir, makul gerekliliklerin olması durumunda sahip olunan haklar sınırlandırılabilir⁴⁹. AİHM tek kişilik hücre uygulamasına ilişkin olarak her başvurunun somut koşullarını denetlerken tek kişilik hücrede kalmayı zorunlu kılan sebepler, kalma süresi, kalınan yerin imkânları ve duysal izolasyon ile tecrit sonucunun ortaya çıkıp çıkmaması hususlarını bir bütün olarak ele alarak Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında değerlendirme yapmaktadır. Mahkemeye göre tamamen duysal izolasyon ile birlikte bütünüyle sosyal izolasyonun kişiliği tahrip edeceği ve güvenlik veya başka gerekçelerle haklı gösterilemeyecek bir insanlık dışı muamele biçimi oluşturacağı vurgulanmıştır. Uzun süre başkalarından ayrı tutmanın Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına girip girmediği değerlendirilirken olayın içinde bulunduğu özel koşullara, tedbirin zorunluluğuna, süresine, izlenen amaca ve ilgili kişi üzerindeki etkilerine bakılması gerekir⁵⁰.

Cezaevinde asıl olan kişinin insan onuruna uygun, sosyalleşmeye ve birlikte hareket etmeye imkân sağlayan, sosyal izolasyondan uzak ve makul sayıda kişiyle kalmasıdır. Ancak istisnai hallerde kişi hücre tipi koşullarda barındırılabilir. Bu noktada cezaevlerinde tek kişilik hücre uygulaması istisnai olup zorunlu hallerde başvurulabilen bir barındırma yöntemidir. Dolayısıyla tek kişi olarak barındırma zorunluluğunu ortaya çıkaran kurum güvenliği ile düzeni ile can güvenliği veya yasal zorunluluk gerekçelerinin somut ve denetlenebilir olarak ortaya konulması gerekmektedir. Esasen Avrupa Konseyi Bakanlar Komite-

⁴⁸ ALTINSOY, s. 41.

⁴⁹ AİHM Silver ve Diğerleri/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 5947/72, K.T. 25/3/1983, Prg. 99-105.

⁵⁰ DOĞRU, Osman / NALBANT, Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, C. 1, Avrupa Konseyi - T.C. Yargıtay Başkanlığı Yayını, Ankara, 2012, s. 166.

si'nin Üye Devletlere Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında Rec (2006) 2 Sayılı Tavsiye Kararı (Avrupa Cezaevi Kuralları)⁵¹, AİHS, AİHM Kararları ve Kanun hükümleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde tek kişilik hücre uygulaması istisnai olarak başvurulması gereken bir uygulamadır. Disiplin cezası nedeniyle kişinin hücrede barındırılması da bu istisnai hallerden biridir.

Temel hak ve hürriyetler bağlamında sürekli tartışılan bir konu olan hücre hapsi cezası, disiplin cezaları içinde en ağır nitelikteki cezadır. Hücre uygulaması esasen istisnai olup zorunlu hallerde başvurulabilen bir barındırma yöntemidir. Disiplin bozucu davranışlar nedeniyle verilen disiplin cezası nedeniyle hükümlü veya tutuklu belirli bir süre hücrede barındırılabilir. Dolayısıyla hücre cezasını ortaya çıkaran güvenlik, düzen, can güvenliği veya yasal zorunluluk gerekçelerinin somut ve denetlenebilir olarak ortaya konulması gerekmektedir. Aynı şekilde hücre cezasının insan onuruna uygun koşullarda infaz edilmesi gerekir. Zira hücre cezası tecrit ve izolasyon sonucunu doğurduğundan insan onuruna aykırı bir barınmayı ortaya çıkarmaktadır⁵². Dolayısıyla hükümlü ve tutukuların insan onuruna uygun havalandırma, beslenme, ısınma ve temizlik imkânları olan hücrelerde bu cezalarını infaz etmeleri sağlanmalıdır⁵³.

Uluslararası belgeler tek başına hücre hapsinin olağanüstü durumlar dışında uygun bir ceza olmadığını ve mümkün olan her durumda kaçınılması ve bütünüyle kaldırılması için önlem alınması gerektiğini belirtmektedir. Bu belgeler bir mahkûmun tek başına hücre hapsinde geçireceği dönemlerin ruh sağlığını olumsuz olarak etkileyebileceğini kabul etmektedir. Tek başına hücre hapsinin çeşitli şekilleri vardır. En aşırı şekli mahkûmun "*karanlık hücre*" olarak bilinen uygulamayla, ışık, ses ve temiz hava gibi duyuşal etmenlerden tecrit edilmiş olarak bütünüyle kendi başına tutulmasıdır. Bu tür bir tecridin hiçbir zaman ceza olarak uygulanmaması gerektiği dile getirilmektedir⁵⁴.

AİHM barınma koşullarını değerlendirirken tek başına tutmanın bütüncül olarak etkilerinin ve başvuranın olaya özgü iddialarının dikkate alınması gerek-

⁵¹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında Rec (2006) 2 Sayılı Tavsiye Kararı'nın (Avrupa Cezaevi Kuralları), https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/1982019151705tavsiye_kararlari.pdf, İET. 21/08/2022.

⁵² DEMİRBAŞ, s. 573-574.

⁵³ HANÇER, s. 100-101.

⁵⁴ COYLE, s. 80; Avrupa Cezaevi Kurallarının 37'nci maddesinde "Toplu cezalar, fiziksel cezalar, karanlık bir hücreye koyma ve her tür zulüm, insanlık dışı ve aşağılayıcı ceza disiplin cezası olarak bütünüyle yasaklanacaktır."; Kural 38. Maddesinde ise "Belli bir alana kapatılma şeklinde bir disiplin cezası ... ancak doktor mahkumu muayene eder ve böyle bir cezaya dayanabileceğini yazılı olarak onaylarsa uygulanacaktır." hükmüne yer verilmiştir.

tiğini belirtmiştir⁵⁵. Nitekim Mahkeme barınma koşullarının ve süresinin ilgili kişinin sağlığı üzerinde olumsuz bir etkisi olduğunun tespit edildiği bir başvuruda Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁵⁶.

AİHM'ne göre hücreye koyma cezası, yalnızca kısmi tecride yol açan davalarda bile, bir mahpusa süresiz olarak uygulanamaz ve sadece gerekli usule ilişkin güvencelerle istisnai olarak karar verildikten ve tüm tedbirler alındıktan sonra haklı ve somut gerekçelere dayanmalıdır⁵⁷. Bu kapsamda AİHM 07.06.2011 tarihli **Csüllög / Macaristan Kararında**, yetkililerin, hücreye koyma cezası verildiğinde ve uzatıldığında esasa ilişkin gerekçe sunmadıklarından bahisle Sözleşmenin 3'üncü maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁵⁸.

5275 sayılı Kanun'un 44'üncü maddesinde düzenlenmiş olan hücreye koyma cezası, hükümlünün eylemlerinin nitelik ve ağırlığına göre bir günden yirmi güne kadar, açık havaya çıkma hakkı saklı kalmak üzere, geceli ve gündüzlü bir hücrede tek başına tutulması ve her türlü temastan yoksun bırakılmasıdır. Hücre cezası nitelik olarak ağır nitelikte bir disiplin cezası olması nedeniyle uygulanma koşulları sıkı kurallara bağlanmıştır. Fiziksel ve sosyal izolasyona tabi tutulacağından dolayı hükümlü veya tutukluda disiplin cezasından beklenenden fazla bir olumsuz etki ve hasar bırakmaması bakımından kanun koyucu bu şekilde özel kurallar belirlemiştir. Ayrıca hücre cezası infaz edilirken, hücrenin hükümlü veya tutuklunun yaşamsal gereksinmelerini karşılayacak biçimde düzenlenmesi gerekir. Ancak hücreye konulan hükümlünün, resmî ve yetkili merciler ve avukat ile görüşmesine engel olunması söz konusu değildir⁵⁹.

Kanun koyucu hücre hapsini düzenlerken eylemin niteliğine göre bir gruplama yapmış ve bazı eylemleri 10 güne kadar hücre cezası ile cezalandırırken bazı eylemleri 11 günden 20 güne kadar hücre hapsiyle cezalandırmaktadır. Esasen hücre cezasını ağır bir ceza olmasının temelinde hücre cezasını gerektiren tipik eylemlerin nitelik olarak ağır haksızlık ve kusur içermelerinden kaynaklanmaktadır. Buradaki eylemler hem kurumun hem de diğer hükümlü ve tutukluların huzurunu, düzenini ve güvenliğini bozan, onlara ciddi zarar veren eylemlerdir⁶⁰.

⁵⁵ AİHM Dougoz/Yunanistan Kararı, Başvuru No: 40907/98, K.T. 06.03.2001.

⁵⁶ AİHM Ilaşcu ve diğerleri/Moldovya ve Rusya Kararı, Başvuru No: 48787/99, K.T. 08.07.2004.

⁵⁷ AİHM A.T./Estonya Kararı, Başvuru No: 23183/15, K.T. 13.11.2018.

⁵⁸ AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İçtihadına İlişkin Rehber, Mahpus Hakları, s. 46-47.

⁵⁹ ÖZGENÇ / ŞAHİN, s. 169; ÖZBEK, s. 248; DEMİRBAŞ, s. 386; ÖZKAVALCI, s. 325; GÜNAY, s. 25.

⁶⁰ ÖZBEK, s. 248; DEMİRBAŞ, s. 386; ÖZGENÇ / ŞAHİN, s. 169; GÜNAY, s. 25; ÖZKAVALCI, s. 325.

(b) Hücre Cezasının İnfazı İçin Sağlık Raporu Alınması Zorunluluğu

Hücreye koyma cezasını uygulanması için getirilen öncelikli koşul sağlık raporu alınmasıdır. Hücreye koyma cezasına ilişkin disiplin cezalarının infazından önce ve infazı sırasında hükümlü, hekim tarafından muayene edilir. Muayene sonrası hazırlanan raporda hükümlünün hücrede kalmasında herhangi tıbbi bir engel olmadığı bildirilmesi halinde infaz hâkimliğince hücre cezasının onanmasına karar verilir. Ancak hazırlanan raporda ilgilinin bu cezaya katlanamayacağı bildirilirse cezanın infazı sonraya bırakılır veya hekiminin belirleyeceği aralıklarla infaz edilir. Koşullu salıverilme tarihine kadar hükümlünün iyileşemeyeceğinin tam teşekküllü Devlet veya üniversite hastanesi sağlık kurulu raporu ile saptanması hâlinde hücreye koyma cezası infaz edilmez; onun yerine verilen hücre hapsinin niteliğine göre ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezası uygulanacaktır. 7242 sayılı Kanun'un 28'inci maddesi ile 5275 sayılı Kanun'un 48'inci maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendinde yapılan değişikliklerle birlikte, hücrede kalamayacağı yönünde rapor verilmesi halinde Kanun'un 44'üncü maddesinin ikinci fıkrasının uygulandığı hâllerde iki ay, üçüncü fıkrasının uygulandığı hâllerde dört ay süreyle ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezası uygulanacaktır⁶¹.

(c) Hücre Cezasının İnfazı İçin İnfaz Hâkiminden Onay Alınması Zorunluluğu

Hücre cezasının infazı için öngörülen bir diğer zorunlu koşul ise infaz hâkimliğinin onayının alınmasıdır. Hücreye koyma cezası verildikten sonra bu karara karşı hükümlünün önce infaz hâkimine şikâyet daha sonra da infaz hâkiminin kararına karşı ağır ceza mahkemesi nezdinde itiraz hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla bu süreçler tamamlanıp bu kararın kesinleşmesinden sonra 5275 sayılı Kanun'un 48'inci maddesi gereğince hücreye koyma cezasının infazına, infaz hâkiminin onayı ile başlanacaktır. Görüldüğü üzere diğer disiplin cezalarından farklı olarak kesinleşen hücreye koyma cezasının infazına doğrudan başlanılamamaktadır⁶². Karara karşı infaz hâkimliğine şikâyet yoluna gidilmiş olsa

⁶¹ ARAS / GÜVERÇİN, s. 292-293.

⁶² "... Kütahya E Tipi Kapalı ve Açık Ceza İnfaz Kurumu Disiplin Kurulunun 02.02.2007 gün, 2007/14 sayılı kararı ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 44. maddesi uyarınca hükmen tutuklu Bülent Ceylan'ın, 7 gün ve 5 gün süreyle, hükümlüler Ümit Can ve Feyzi Tuna'nın, 5 gün süreyle, hükümlü Sabahattin Kaygısız'ın, 7 gün, 5 gün ve 20 gün süreyle hükümlüler Ahmet Doğan ve Yalçın Narin ile tutuklular Soner Kaygısız ve Nurettin Özsöz'ün 7 gün süreyle hücreye koyma disiplin cezası ile cezalandırılmalarına karar verilip, Kütahya İnfaz Hakimliğinin 06.02.2007 gün ve 2007/14-14 sayılı kararı ile hücreye koyma disiplin cezaları onaylanmıştır. İnfaz Hakimliğinin onaylama kararı, hükmen tutuklu Bülent Ceylan ve hükümlüler Ümit Can ve Feyzi Tuna yönünden itiraz edilmeksizin, diğer hükümlü ve tutuklular yönünden ise vaki itirazların Kütahya Ağır Ceza Mahkemesince reddilmesiyle kesinleşmiştir.

bile disiplin cezası kesinleştikten sonra cezanın infazı için infaz hâkiminden onay kararı alınması zorunludur.

Kanun koyucu 5275 sayılı Kanun'da hücreye koyma cezasının infaz hâkimince onaylanması için herhangi bir süre öngörmediğinden, 4675 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen şikâyetle ilgili bir haftalık sürenin kıyas yoluyla burada uygulanması gerekir. Bu kapsamda infaz hâkimliğince hücreye koyma cezasının geç onaylanması nedeniyle, hükümlünün koşullu salıverilme süresinin hükümlü aleyhinde belirlenmesi mümkün değildir⁶³.

5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 52. maddesinde, disiplin cezalarına ve tedbirlerine karşı itiraz durumunda, 4675 Sayılı İnfaz Hakimliği Kanunu hükümlerinin uygulanacağı, 4675 Sayılı İnfaz Hakimliği Kanununun 5. maddesinde, ceza infaz kurumlarında hükümlü ve tutuklular hakkında yapılan işlemlere karşı işlemin öğrenildiği tarihten itibaren on beş gün, her halde yapıldığı tarihten itibaren otuz gün içinde şikâyet yoluyla infaz hakimliğine başvurulabileceği, aynı yasanın 6. maddesinde, infaz hakimliği kararına karşı kurulduğu yer ağır ceza mahkemesine, şikâyetçi veya ilgili Cumhuriyet Savcısı tarafından, tebliğden itibaren bir hafta içinde acele itiraz yoluna gidilebileceği düzenlenmiş, disiplin cezalarının kesinleşme süreci bu şekilde belirlenmiştir.

Hücreye koyma disiplin cezasının infazına, infaz hakiminin onayı ile başlanacağını öngören 5275 Sayılı Kanunun 48. maddesinin 3. fıkra a bendi ile yukarıda açıklanan kesinleşme sürecinden sonra kesinleşen disiplin cezalarının bir kez de infaz hakiminin onayından geçmesi amaçlanmış, bu onay ile cezaların infazına derhal başlanacağı düzenlenmiştir.

Kütahya E Tipi Kapalı ve Açık Ceza İnfaz Kurumu Disiplin Kurulunun 02.02.2007 gün, 2007/14 sayılı kararından sonra yasal on beş ve otuz günlük süreler dolmadan, henüz kesinleşmeyen disiplin cezaları Kütahya İnfaz Hakimliğince onaylanmış olmakla ve itiraz merciince itirazların bu yönden kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde reddine karar verilmesi nedeniyle kanun yararına bozma istemi yerinde görüldüğünden, hükmen tutuklu Bülent Ceylan ve hükümlüler Ümit Can ve Feysi Tuna yönünden itiraz edilmeksizin kesinleşen Kütahya İnfaz Hakimliğinin 06.02.2007 gün, 2007/14-14 sayılı kararı ile Kütahya Ağır Ceza Mahkemesinden kesin olarak verilen hükümlü Ahmet Doğan hakkındaki 12.02.2007 gün, 2007/136 D.İş sayılı, hükümlü Sabahattin Kaygısız hakkındaki 21.02.2007 gün, 2007/219 D.İş sayılı, hükümlü Yalçın Narin ile tutuklular Soner Kaygısız ve Nurettin Özsoz hakkındaki 19.02.2007 gün, 2007/204 D.İş sayılı kararların, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 309. maddesinin 3. fıkrası uyarınca BOZULMASINA, aynı maddenin 4. fıkra (a) bendi uyarınca sonraki işlemlerin hükmen tutuklu Bülent Ceylan ve hükümlüler Ümit Can ve Feysi Tuna yönünden Kütahya İnfaz Hakimliğince, diğer hükümlü ve tutuklular yönünden itiraz merciince yerine getirilmesine, 02.11.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi..." 2. CD., 2011/24626 E., 2011/38231 K., 02.11.2011 T.

⁶³ "... 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 48. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendinde, "Hücreye koyma cezasının infazına, infaz hâkiminin onayı ile başlanır." hükmüne yer verilmiş; aynı fıkranın (b) bendinde ise "Disiplin cezalarının tamamı infaz edilip kaldırılmadıkça koşullu salıverilme işlemi yapılmaz, ancak bu süre hakederek salıverme tarihini geçemez." hükmü öngörülmüştür.

Disiplin cezasının kaldırılmasına ve iyi halin kazanılmasına ilişkin aynı maddenin 4. fıkrasında, "hücreye koyma cezası için, cezanın infaz edildiği tarihten itibaren 5275 sayılı Kanun'un 44. maddesinin 2. fıkrasındaki hallerde altı ay, 3. fıkrasındaki hallerde ise 1 yıllık sürenin esas alınacağı, süre sonunda hücreye koyma cezasının disiplin cezası almamak ve iyi hâlli olmak koşuluyla kurumun en üst amirinin önerisi ve disiplin kurulu kararıyla kaldırılacağı" belirtilmiştir.

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da hücreye koyma cezasının infaz hâkimince onaylanması için herhangi bir süre öngörülmediğinden, 4675 sayılı İnfaz Hakimliği Kanunu'nun 6. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen şikâyetle ilgili 1 haftalık sürenin kıyas yoluyla uygulanması gerekir.

Somut olayda, 04.01.2006 tarihinde onaya sunulan hücreye koyma cezası, Eyüp İnfaz Hakimliği'nce en geç bir haftalık sürenin sonu olan 11.01.2006 tarihinde onaylanmış olsaydı, 12.01.2006 tarihinde bu ceza-

(d) Uygulamada Sorun Oluşturan bir Kısım Uygulamalar

Yasal düzenleme uyarınca hücreye koyma cezasını gerektiren eylemlerden biri olan hükümlünün açık cezaevinde iken firar etmesi durumunda, infaz kuruma memurlarınca tutulan tutanak infaz savcılığına gönderilince, infaz savcılığı firar suçundan dolayı suç duyurusunda bulunarak cezai yönden işlem yapılmasını sağlayacaktır. Ayrıca firar yapılan cezaevi idaresi de disiplin işlemini başlatarak hükümlü yakalanınca en yakın kapalı ceza infaz kurumuna alınması konusunda karar alacaktır.

Uygulamada hükümlü firar ettiği için, infaz savcılığı tarafından yakalama emri çıkartılması gerekmektedir. Ancak böyle bir yakalama emri çıkartıldığında infaz dosyası kapatılarak ilgili infaz savcılığına geri gönderilememektedir. Yakalama emri kaldırılarak infaz dosyası gönderilebilmektedir. Bu şekilde dosyanın kapatılma ve hükümlünün yakalanma süreci aksamaktadır. Bu konuda çözüm önerisi olarak firar eden hükümlüler ile ilgili olarak UYAP'a bir yakalama butonunun konulması ve dosya iade işlemi olmadan doğrudan buradan işlem yapılması sağlanabilir.

Hükümlü açık cezaevinde içtimalı bir cezayı infaz ederken firar etmiş ise, bu durumda firardan dolayı işlemlerin firar ettiği cezaevinin bağlı bulunduğu infaz savcılığınca yapılması gerektiği, yakalama emrinin bu savcılıkça çıkartılacağı, hükümlü yakalanıncaya kadar infaz dosyasının bu savcılıkta bekletilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

Diğer taraftan uygulamada sıkça hücre cezasına konu olan hususlardan biri de cezaevine yasak eşya sokma veya bulundurma eylemleridir. 5275 sayılı Kanun'un 35, 62 ve 70'inci maddesi hükümlerine göre, ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlü ve tutukuların koğu, oda ve eklentilerinde bulundurabilecekleri kişisel eşya, gıda, tıbbi malzeme ve diğer ihtiyaç maddelerine ilişkin usul ve esasları Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hak-

nın infazına başlanacak ve 27.01.2006 tarihinde infaz tamamlanacaktır. Bu tarihten itibaren bir yıllık sürenin dolduğu 27.01.2007 tarihinde hükümlünün disiplin cezası kaldırılıp iyi halliğinin geri verilmesi mümkün olacak ve aynı tarihte koşullu salıverilmesi gerekecekti.

İnfaz hakimliğince hücreye koyma cezasının geç onaylanması nedeniyle, hükümlünün koşullu salıverilme süresi 5 ay 25 gün gecikmiştir. Kendi kusuruna dayanmayan bu durum hükümlü aleyhine yorumlanamayacağından, hükümlünün koşullu salıverilme tarihinin 27.01.2007 olarak kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle; itirazın kabulüne ve hükümlünün koşullu salıverilme tarihinin 27.01.2007 olarak belirlenmesine karar verilmesi gerekirken, itirazın reddine karar verilmesi yasaya aykırı olup kanun yararına bozma isteği bu değişik gerekçeye göre yerinde olduğundan; Burhaniye Ağır Ceza Mahkemesi'nin 13.02.2012 tarihli ve 2012/276 değişik iş sayılı kararının 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesinin 3. fıkrası gereğince kanun yararına BOZULMASINA..." 10. CD., 2012/16893 E., 2012/18285 K., 10.12.2012 T.

kında Yönetmelik'te düzenlenmektedir. Yönetmeliğin 13'üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca hükümlüler, koğuş, oda veya eklentilerinde, kantinden temin edilmek koşuluyla kişisel ve çevresel temizliklerini temin için tarak, saç fırçası, sabun, kese, diş macunu, diş fırçası, tıraş sabunu, şampuan, parfüm, krem, saç boyası, çakısı bulunmayan tırnak makası, plastik saplı tıraş bıçağı, beş adet plastik elbise askısı çamaşır mandalı ve gündelik hayatta kullanılan plastik eşyalar ile idarece uygun görülen uzunlukta çamaşır ipi bulundurulabilir. Bu düzenlemelere aykırı olarak eşya veya madde bulunduran veya sokmaya çalışan hükümlü ve tutuklular disiplin cezası alacaklardır.

5275 sayılı Kanun'un 44'üncü maddesinde de de cezaevine yasak eşya sokma veya bulundurma eyleminin yaptırımı hücreye koyma olarak belirlenmiştir. Buna göre her türlü ateşli silâh, mermi, patlayıcı madde, kesici, delici, yaralayıcı, bereleyici alet, yakıcı, aşındırıcı, boğucu, bayıltıcı, kör edici gaz ve ecza, her türlü zehir ve uyuşturucu ilaç ve madde, cep telefonu, telsiz ve sair elektronik haberleşme aracını kuruma sokmanın, bulundurmanın, kullanmanın cezası, onbir günden yirmi güne kadar hücreye koyma cezasıdır. Bu belirtilenler dışında kalıp da Kanun'a uygun olarak yasaklanmış bulunan her türlü eşya, araç, gereç veya malzemeyi ceza infaz kurumlarına sokmanın, bulundurmanın, kullanmanın cezası ise bir günden on güne kadar hücreye koyma cezasıdır. Ceza infaz kurumunda bulundurulacak eşyaların ceza infaz kurumunun kantininden alınması da diğer bir zorunluluktur. Ceza infaz kurumu dışından getirilmesine izin verilen giyim eşyaları haricinde hükümlünün ceza infaz kurumunda bulundurabileceği eşyaları dışarıdan cezaevine sokması da yasaktır ve hücre cezasını gerektiren bir eylemdir. Mesela hükümlünün cezaevinde kantinden temin edilmek koşuluyla parfüm bulundurması hukuka uygun ise de kantinden temin etmeden açık görüş sırasında ziyaretçilerinden alması 5275 sayılı Kanun'un 44'üncü maddesinin ikinci fıkrasının (g) bendi gereğince 10 güne kadar disiplin cezasını gerektirmektedir⁶⁴.

Bu yasak maddelerden kaynaklı olarak tutuklu veya hükümlünün sorumluluğu cezaevine teslim edilme anından tahliye anına kadar her aşamada devam et-

⁶⁴ "... Ceza infaz kurumunun, hükümlü hakkında infaz kurumuna parfüm sokma eylemi nedeniyle hücre cezası yerine vermiş olduğu "bir ay ziyaretten men cezası" infaz hakimliği tarafından itiraz üzerine kaldırılmıştır. Hükümlünün cezaevinde kantinden temin edilmek koşuluyla parfüm bulundurması hukuka uygun ise de, kantinden temin edilmediği, açık görüş sırasında ziyaretçilerinden aldığı parfümü, ceza infaz kurumuna sokarken yakalanmasının 5275 sayılı CGTİY'nin 44/2-g maddesine uyduğu anlaşılmıştır. Ceza infaz kurumu idaresinin hükümlünün önceki iyi hali nedeniyle hücre cezası yerine ziyaretten men kararı vermesi de hukuka uygun niteliktedir. Ağır Ceza Mahkemesinin kararında aradığı yasaklamaya ilişkin idari tasarrufun yukarıda belirtilen yönetmelik hükmü olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla mahkemenin itirazın reddine dair kararı hukuka aykırıdır..." 4. CD., 2008/2523 E., 2008/5420 K., 01.04.2008 T.

mektedir. Ancak burada özellikle münhasıran suç teşkil eden maddelerle gözaltına alındığı anda üzerinde bulunan ve münhasıran suç teşkil etmeyen ancak cezaevine sokulmasına da müsaade edilmeyen eşyalar arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir. Mesela hakkında yakalama kararı bulunan hükümlü yakalanıp cezaevine teslim anında üzerinde bulunan telefonu teslim edeceği bir yakını bulunmayabilir. Bu durumda cezaevi girişinde bu tip suç olmayan ancak kuruma sokulması yasak olan eşyaların kurum emanetine alınması ve daha sonra hükümlünün talebi doğrultusunda gelen yakınlarından birine teslim edilmesi gerekir. Sadece bu telefonu bulundurduğundan dolayı disiplin cezası verilemez. Buna karşılık hükümlünün cezaevine teslim sırasında münhasıran suç olan uyuşturucu madde bulunması halinde hakkında disiplin cezası verilebilir. Bu bağlamda Yargıtay 1. Ceza Dairesi 2018/5618 Esas, 2019/370 Karar ve 04.02.2019 tarihli kararında 5275 sayılı Kanun'un 44'üncü maddesinin (g) bendinde, “*Her türlü ateşli silâh, mermi, patlayıcı madde, kesici, delici, yaralayıcı, bereleyici alet, yakıcı, aşındırıcı, boğucu, bayıltıcı, kör edici gaz ve ecza, her türlü zehir ve uyuşturucu ilâç ve madde, cep telefonu, telsiz ve sair elektronik haberleşme aracını kuruma sokmak, bulundurmak, kullanmak.*” şeklindeki düzenleme karşısında, ceza infaz kurumuna teslim edilen tutuklunun üst ve eşya araması yapıldığı esnada cüzdanında gizlenmiş olarak uyuşturucu madde bulunduğundan dolayı tutuklu hakkında verilen disiplin cezasının usul ve yasaya uygun olduğuna karar verilmiştir⁶⁵.

3. Çocuk Hükümlülere Uygulanabilecek Disiplin Tedbir ve Cezaları

a. Genel Olarak

Ceza adalet sistemi içerisinde çocukların yaşadıkları örselenmeler, onların gelişimlerini olumsuz etkilediğinden devletlerin asli sorumluluğu çocuğu suçta iten nedenlerden ve onun gelişimini olumsuz etkileyecek her tür riskten korumaktır. Ancak, ne yazık ki çocuklar bütün dünyada ceza adaleti sistemi içerisinde yargılanmakta ve cezalandırıcı müeyyidelere maruz bırakılmaktadırlar⁶⁶. Bununla birlikte çocukların ceza adalet sistemi içerisindeki konumları farklı olduğundan bu farklılığın ortaya çıkardığı sonuçlar infaz aşamasında daha önemli hale gelmektedir. Bu bağlamda çocuk haklarına ilişkin temel prensiplerden olan Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 37'nci maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5'inci maddesi, çocukların özgürlüklerini kısıtlayıcı

⁶⁵ ARAS/GÜVERÇİN, s. 299-300.

⁶⁶ Türkiye İnsan Hakları Kurumu: 01.01.2014 Tarihinde Sincan Cezaevinde Meydana Gelen Olaylarla İlgili İnceleme Raporu, Rapor No: 2014/02, Rapor Tarihi: 10.07.2014, <http://www.tihk.gov.tr/tr/duyuru-ve-haberler/haberler/01012014-tarihinde-sincan-cezaevinde-meydana-gelen-olaylarla-ilgili-inceleme-raporu-yayinlandi/73>, (Sincan Raporu), İET. 27/06/2022.

tedbir ve cezalara başvurulması halinde bunun çocuğun yararı ilkesi gözetilerek, onun gelişimini ve eğitimini destekleyecek biçimde ve hakları güvence altına alınmak suretiyle yerine getirilmesini öngörmektedir. Özgürlüğü kısıtlanan çocuklar, BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmesi ile kendilerine tanınan bütün hakların güvencesi altındadır. Bu haklardan bazıları özellikle özgürlüğün kısıtlanması koşuluna özgüdür. Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 37 ve 39'uncu maddelerindeki düzenlemeler uyarınca;

- Devletler, çocukları her türlü ihmal, sömürü ya da suiistimalden korumak ve bu tür davranışlara maruz kalan çocukların sağlıklarına yeniden kavuşmaları için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.
- Özgürlüğü kısıtlanan her çocuğa insancıl biçimde ve insan kişiliğinin özünde bulunan saygınlık ve kendi yaşındaki kişilerin gereksinimlerini göz önünde tutularak davranılmalıdır.
- Özgürlüğün kısıtlanmasının son çare olması ve en kısa süre ile sınırlı olması sağlanmalıdır.

Yaşam koşulları ne kadar iyi olursa olsun cezaevleri, çocukların gelişim döneminde en çok ihtiyaçları olan aile ortamından ve doğal çevrelerinden uzak olmalarından kaynaklanan kendine özgü sorunlar içermektedir. Bu süreçte cezaevi koşulları ve burada uygulanan yönetim sistemi ve programların, çocuğun gelişimini ve onun en kısa sürede topluma dönüşünü destekleyici nitelikte olmasıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, **Bouamar/Belçika Kararında** çocuk suçluluğu hakkındaki politikasını uygulamak için, eğitsel gözetim sistemini seçmiş olan Belçika aleyhine açılan davada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5'inci maddesine aykırılığı incelerken "*Bir gencin fiili izolasyon koşulları bulunan tutukevinde, eğitimci görevlilerin yardımı olmadan tutulmasında, eğitimsel bir amaç görülemez.*" tespitinde bulunmuştur⁶⁷.

Birleşmiş Milletler Çocuk Adalet Sisteminin Uygulanması Hakkında Asgari Standart (Pekin-Beijing Kuralları) Kuralları'nın 26'ncı maddesinde de belirtildiği üzere ceza infaz kurumuna yetiştirilen çocuğun eğitim ve ıslahının amacı, onun toplumda yapıcı ve üretici bir rol alabilmesini temin ve bunu gerçekleştirmek için de bakım, koruma, kültürel ve mesleki yetenekler elde edebilmesi için yardım etmek olmalıdır. Ayrıca Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Çocuk-

⁶⁷ AİHM Bouamar/Belçika Kararı, Başvuru No: 9106/80, K.T. 29.02.1988, Prg. 155; CENGİZ, Serkan / DEMİRAĞ, Fahrettin / ERGÜL, Teoman / MCBRIDE, Jeremy / TEZCAN, Durmuş, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Şen Matbaa, Ankara 2008, s. 268.

ların Korunmasına İlişkin BM (Havana) Kuralları'nın 12'nci maddesi gereğince ceza infaz kurumlarında bulunan çocukların sağlıklı ve onurlu yaşamalarına yardım ve destek olacak, sorumluluk duygularının gelişmesini arttıracak ve toplumun bir üyesi olarak potansiyellerini geliştirmelerinde yardımcı olan davranış ve yeteneklere sahip olmalarını teşvik edecek türden faaliyet ve programlardan yararlanmalarının sağlanması gerekir.

Belirtilen bütün bu tespit ve ilkeler ışığında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne göre de ceza infaz kurumlarında düzen; özgürlüğü kısıtlanmış kişilere insan onuruna saygılı yaşam koşulları sağlanarak ve onların yeterli bir insani ve sosyal ilişki içinde olmalarına ve sosyal ihtiyaçlarını karşılamalarına olanak verecek tam bir etkinlik programı sunarak korunmalıdır. Bu hususlar Avrupa Cezaevi Kuralları hakkında (2006) 2 No.lu Tavsiye Kararında da (md.25 ve md.49) vurgulanmıştır. Bu nedenle özellikle çocuk kurumlarında düzeni bozucu olaylar gerçekleştiğinde, doğrudan disiplin tedbir ve cezaları uygulamak yerine, hemen ve öncelikle; kurumun yaşam standartlarının, yönetim biçiminin ve çocukların gelişim, korunma, eğitim, katılım haklarını kullanma olanak ve yollarının yeterliliğine bakılması gerekir⁶⁸.

b. Çocuk Hükümlülere Yönelik Disiplin Tedbir ve Cezaları

Disiplin tedbirleri, çocukların saldırgan tutumları nedeniyle kendilerine ve başkalarına zarar vermelerini engellemek için alınacak tedbirleri ifade etmektedir. Bu kapsamda Avrupa Cezaevi Kuralları'ndaki ilkeler gereğince disiplin tedbir ve cezalarının son çare olarak kullanılabilmesi için öncelikle disiplin tedbir ve cezaları kanunla düzenlenmiş olmalıdır. Ayrıca cezaevi yetkilileri, kurum içinde çıkan uyuşmazlıkların çözümü için mümkün olduğunca yapıcı ve uzlaşmacı araçlar kullanılmalıdır.

Havana Kuralları olarak bilinen Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Kuralları'nda⁶⁹ da belirtildiği üzere işin esasında disiplin tedbirleri ve usulleri, güvenliği sağlama ve düzenli bir topluluk yaşamını sürdürme amacına dayanır; çocuğun insan onuruna saygı gösterilmesini öngören bu tedbirler ve usullerin, çocuğa adalet duygusu, özsaygı ve herkesin temel haklarına saygı gösterme alışkanlığını kazandırma gibi temel

⁶⁸ SİNCAN RAPORU, s. 55.

⁶⁹ Özgürlüğünden Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Kuralları (Havana Kuralları), Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 14 Aralık 1990 tarih ve 45/113 sayılı kararıyla kabul edilmiştir. [Chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2Fcocukhaklari.barobirlik.org.tr%2Fdokuman%2Fmevzuat_uakararlar%2Fozgurlugundenyoksunbirakilmis.pdf&clen=173866&chunk=true, IET. 26.08.2022](http://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2Fcocukhaklari.barobirlik.org.tr%2Fdokuman%2Fmevzuat_uakararlar%2Fozgurlugundenyoksunbirakilmis.pdf&clen=173866&chunk=true, IET. 26.08.2022).

amacı vardır. Havana Kuralları ile bazı disiplin tedbir ve cezaları ise çocuklar için yasaklanmıştır⁷⁰. Havana Kuralları'nın 67'nci maddesinde yasaklanmış olan disiplin tedbir ve cezaları şunlardır:

- Fiziksel ceza,
- Karanlık bir hücreye konulma,
- Kapalı veya tek kişilik bir odaya hapsedilme,
- Çocuğun fiziksel veya ruhsal sağlığını bozabilecek türden zalimce, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele oluşturabilecek herhangi bir disiplin tedbiri,
- Verilen yemeğin azaltılması,
- Aile üyeleriyle ilişki kurmanın kısıtlanması veya kaldırılması,
- Toplu cezalandırma,⁷¹

Yukarıda da vurgulandığı üzere yetişkin hükümlü ve tutukluların tabi olacağı disiplin cezaları ile çocuk hükümlü ve tutukluların tabi olacağı disiplin cezaları ayrı ayrı düzenlenmiştir. 5275 sayılı Kanun'un 45'inci maddesinde çocuklar hakkında uygulanabilecek disiplin tedbirleri düzenlenmişken, 46'ncı maddede ise çocuklar hakkında uygulanabilecek disiplin cezalarına yer verilmiştir. Kanunun "*Çocuk hükümlüler hakkında uygulanabilecek disiplin tedbirleri*" kenar başlıklı 45'inci maddesi çocuklara uygulanacak disiplin tedbirlerinin neyi ifade ettiğini ve nelerden ibaret olduğunu düzenlemiştir. Burada yer alan düzenleme uyarınca çocuk hükümlüler hakkında uygulanabilecek disiplin tedbirleri, çocuğun disiplin cezası gerektiren eyleminin gerçekleşme riskinin bulunması hâlinde bu riski ortadan kaldırmak veya soruşturma sürerken giderilmesi güç ve imkânsız zararların doğmasını önlemek amacıyla uygulanan ve ceza niteliği taşımayan koruma ve önleme amaçlı tedbirlerdir⁷².

5275 sayılı Kanun'un 46'ncı maddesindeki düzenlemede, çocuk hükümlü ve tutuklular hakkında uygulanabilecek disiplin cezalarının neler olduğu ve bu cezaların uygulanmasında esas alınacak tipik eylemlerin neler olduğu ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Burada da yine çocukların ruhsal ve fiziksel gelişimine uygun olacak şekilde disiplin cezasını gerektiren tipik eylemler belirlenmiştir. Burada yer alan

⁷⁰ ARAS / GÜVERÇİN, s. 309.

⁷¹ Sincan Raporu, s. 63-64.

⁷² ÖZBEK, s. 256-257; ÖZGENÇ / ŞAHİN, s. 172; DEMİRBAŞ, s. 389 vd.; ÖZKAVALCI, s. 381; GÜNAY, s. 28.

disiplin cezalarının yetişkinlere göre daha hafif olduğu görülmektedir⁷³. Bu kapsamda uyarma, kınama, onarma, tazmin etme ve eski hâle getirme, harcamalarına sınır koyma, bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma, teşvik esaslı ayrıcalıkları geri alma, iznin ertelenmesi veya ziyaretlerin kapalı şekilde yaptırılması, kapalı ceza infaz kurumuna iade ve odaya kapatma cezası çocuklar hakkında uygulanabilecek disiplin cezaları olarak belirlenmiştir. Aynı şekilde bu disiplin cezasını gerektiren eylemlerin nelerden ibaret olduğu da Kanun'da açıkça belirtilmiştir.

C. Disiplin Soruşturmasına İlişkin Temel Kurallar

1. Genel Olarak

Hükümlü ve tutukulara yönelik disiplin soruşturmalarının yürütülmesine ilişkin olarak uluslararası mevzuat hükümlerinde belirlenen temel ilkelerin yanı sıra 5275 sayılı Kanun ve İnfaz Yönetmeliğinde disiplin soruşturmasının temel esasları belirlenmiştir. Bu bağlamda disiplin soruşturmalarının usul ve esasları 5275 sayılı Kanun'un 47 ve Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmeliğin 119'uncu maddelerinde düzenlenmiştir. 5275 sayılı Kanun'un 47'nci maddesi gereğince uyarma, kınama ve bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma cezaları kurumun en üst amiri tarafından verilir ve uygulanır. Buna karşılık tutuklu ve hükümlü hakkındaki diğer disiplin cezalarının ise disiplin kurulu tarafından verilmesi gerekir⁷⁴.

Hükümlülerin diğer disiplin cezalarını gerektiren eylemlerinin öğrenilmesinden itibaren derhâl ve en geç beş gün içinde kurum en üst amirince atanan bir görevli tarafından soruşturmaya başlanır. Soruşturma en geç onbeş gün içerisinde tamamlanır ve düzenlenen rapor ve ekleri disiplin kuruluna sunulur. Firar hâlinde bu süre hükümlünün yakalandığının öğrenildiği tarihte başlar. Soruşturma süresi eylemin ve soruşturmanın niteliğine göre infaz hâkiminin yazılı onayı ile yedi güne kadar uzatılabilir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi 2018/5938 Esas, 2020/2162 Karar ve 05.10.2020 tarihli kararında, 5275 sayılı Kanun'un 47'nci maddesinde öngörülen emredici ve hak düşürücü sürelerle uyulmadan hükümlünün disiplin cezasını gerektirdiği kabul edilen eyleminin öğrenilmesinden 1 ay 5 gün sonra muhakkik görevlendirilmesi suretiyle soruşturmaya başlanması nedeniyle Ceza İnfaz Kurumu Disiplin Kurulu tarafından verilen disiplin cezasının usul ve yasaya aykırı olduğunu belirterek kanun yararına bozma talepli dosyada Ağır Ceza Mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir.

⁷³ ATALAY / ÖZGELEN, s. 54-55; ÖZKAVALCI, s. 381.

⁷⁴ ÖZGENÇ / ŞAHİN, s. 180; DEMİRBAŞ, s. 394; ÖZKAVALCI, s. 386; GÜNAY, s. 33-34.

7242 sayılı Kanun'un 27'nci maddesi ile 5275 sayılı Kanun'un 47'nci maddesinin üçüncü fıkrası tamamen değiştirilmiştir. Maddenin yeni hali şu şekildedir: “*Soruşturma en geç onbeş gün içinde tamamlanır. Firar hâlinde bu süre hükümlünün yakalandığının öğrenildiği tarihte başlar. Düzenlenen rapor ve ekleri disiplin kuruluna sunulur. Soruşturma süresi eylemin ve soruşturmanın niteliğine göre infaz hâkiminin yazılı onayı ile yedi güne kadar uzatılabilir.*” Yine 7242 sayılı Kanun'un 27'nci maddesi ile 5275 sayılı Kanun'un 47'nci maddesine disiplin soruşturmasının hangi ceza infaz kurumu disiplin kurulunca yapılacağına dair sekizinci fıkra eklenmiştir. Eklenen fıkraya göre; disiplin soruşturması hükümlünün barındırıldığı ceza infaz kurumu disiplin kurulu tarafından yapılacaktır, hükümlünün ceza infaz kurumu dışındaki eylemleri nedeniyle yapılacak disiplin soruşturması ise hükümlünün eylem öncesi en son barındırıldığı ceza infaz kurumu disiplin kurulu tarafından yapılacaktır.

Öte yandan disiplin soruşturmasının usul ve esaslarının ilgili mevzuattaki açık düzenlemelerine karşın disiplin soruşturmasının yürütülmesi sırasında bir kısım aksaklıkların ve uygulama farklılıklarının olduğu görülmektedir. Özellikle;

- Kanun'da öngörülen emredici sürelerle uyulmayarak soruşturmaların geç yapıldığı,
- Disiplin soruşturmalarının uzaması halinde infaz hâkimliğinden ek süre alınmadığı,
- Disiplin soruşturmasını yapacak şahıslar hakkında görevlendirme belgelerinin düzenlenmediği,
- Disiplin soruşturmasına tabi tutulan hükümlü veya tutukluya savunma için yazılı tebligat yapılmadığı,
- İfade almada ve tebligatta teknolojik imkânlar (faks gibi) kullanılmadığı,
- Disiplin kurulu kararlarının geç alındığı, kararlarda hükümlülerin başvuracakları kanun yolunun ve süresinin ayrıntılı olarak belirtilmediği,
- Disiplin Kurulu kararlarının ilgililere geç tebliğ edildiği,
- Disiplin Kurulu kararlarında somut ve bireyselleştirilmiş gerekçe olmadığı,
- Bir üst cezanın uygulandığı bazı hallerde bu kişilerin daha önce hangi disiplin cezasını aldığı ve bu cezaların hangi tarihte kesinleştiği, önceki disiplin cezasının hangi tarihte kaldırılacağı belirtilmeden denetime açık olmayan bir şekilde üst ceza uygulaması yapıldığı,

- Disiplin soruşturmasını yürüten görevlinin kurula raporunu sunarken ceza süresi belirttiği, disiplin kurulunun da çoğu zaman aynı cezayı verdiği, bazen de soruşturmayı yürüten görevlinin disiplin kuruluna başkanlık ettiği,

uygulamada sıklıkla dile getirilmektedir⁷⁵. Disiplin soruşturmaları bakımından yaşanan bu sıkıntıların ciddi hak ihlallerine neden olduğu dikkate alınarak uygulamada yeknesaklığın sağlanması ve soruşturma mercilerini özenli hareket etmesinin sağlanması gerekmektedir.

2. Disiplin Soruşturmasında Savunma Alınması Zorunluluğu

Adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olan savunma hakkı yargılama hukukunun her alanında olduğu gibi disiplin yargılamaları bakımından da mutlak uyulması gereken bir haktır. Disiplin soruşturmasında adil ve hukuka uygun bir hüküm verilebilmesi için mutlaka kişilere savunma hakkı verilmelidir⁷⁶. Bu bağlamda hükümlü ve tutuklu hakkında disiplin cezası verilebilmesi için ilgilinin savunmasının alınması gereklidir. Savunma alınmadan disiplin cezası verilmesi mümkün değildir. Savunma hakkının ihlal edilmemesi bakımından, soruşturma tamamlandıktan sonra ve ceza verilmeden önce tüm soruşturma evrakının ilgiliye gösterilerek, hakkında uygulanması düşünülen ceza ve gerekçeleri de belirtilerek yazılı bir bildirim ile savunma hakkının verilmesi gerekmektedir. Buna göre haklarında disiplin soruşturması yapılan hükümlülere, yüklenen eylemin niteliği ve sonuçları ile üç gün içinde savunmalarını vermeleri, aksi hâlde bu haklarından vazgeçmiş sayılacakları yazılı olarak bildirilir. Savunma yazılı olarak sunulabileceği gibi sözlü olarak da yapılabilir. Sözlü yapılan savunma tutanağa geçirilir. Ayrıca Türkçe bilmeyenlerle, sağır ve dilsizlerin savunmalarının tercüman aracılığıyla alınması mümkündür⁷⁷. Her ne kadar Kanun hükümünde açıkça yer verilmemiş ise de adil yargılanma hakkının bir gereği olarak hükümlü veya tutuklu, savunmasını avukatı aracılığıyla da yapabilir. Bu noktada söz konusu üç gün içerisinde savunma yapılmasını içeren bildirim yazısının ilgilinin talep etmesi halinde avukatına tebliğ edilmesi ve sürenin de bu tebliğden sonra başlaması gerekir.

⁷⁵ ARAS / GÜVERÇİN, s. 302; ATALAY, Osman, “Disiplin Soruşturması Yapılırken Dikkat Edilecek Hususlar”, http://www.infazhukuku.org/index.php?option=com_content&view=article&id=115:disiplin-soruturmas-yaplrken-dikkat-edilecek-hususlar&catid=45:mak&Itemid=53, İET. 09/08/2022.

⁷⁶ ZOR, Burç Volkan, “Disiplin Hukukunda Uygulanan İdari Usul İlkeleri”, **TBB Dergisi**, Y. 2021, S. 155, s. 355 vd.; ZAFER, Hamide, “Savunma Hakkı ve Sınırları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2013, C. 19, S. 2, s. 516; Akyıldız, s. 187; BOZ, Selman Sacit, “Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2017, C. 25, S. 2, s. 25-26.

⁷⁷ ÖZBEK, s. 262; ÖZGENÇ / ŞAHİN, s. 180; ARAS / GÜVERÇİN, s. 302.

3. Disiplin Soruşturmasının Sonuçlandırılması

Ceza yargılamasında olduğu gibi disiplin yargılamasında da soruşturmanın ivedi ve hızlı sonuçlandırılması adil yargılanma hakkının bir gereğidir. Bu bağlamda cezaevlerinde yürütülen disiplin soruşturmalarının makul bir sürede sonuçlandırılması gerekmektedir. Aynı şekilde 5275 sayılı Kanun'un 47'nci maddesinde disiplin soruşturmasının başlaması ve sonuçlandırılmasına ilişkin süreler emredici nitelikte olup bu süreler içinde soruşturmanın tamamlanması gerekir. Bu kapsamda açılmış olan bir ceza davasının beklenmesi ya da zorunlu olmayan bir delilin beklenmesi nedeniyle disiplin soruşturması sürecinin uzaması hükümlünün denetimli serbestliğe ayrılma ve koşullu salıverilme tarihinin hükümlü aleyhine değişmesine neden olabileceğinden disiplin soruşturmalarının kanunda belirtilen zorunlu ve kesin süreler içerisinde tamamlanması gerekir. Dolayısıyla gerek disiplin soruşturmasının sürüncemede kalması ve gerekse disiplin soruşturması neticesinde verilen disiplin cezasının geç infaz edilmesi nedeniyle hükümlünün denetimli serbestliğe ayrılma ve koşullu salıverilme tarihi hükümlü aleyhine değiştirilemez⁷⁸.

5275 sayılı Kanun'un 47'nci maddesi ve İnfaz Yönetmeliğinin "*Disiplin soruşturması*" kenar başlıklı 119'uncu maddesi uyarınca uyarma, kınama ve bazı etkinliklerden alıkoyma cezaları kurumun en üst amiri tarafından verilir ve uygulanır. Buna karşılık 5275 sayılı Kanun'un 47'nci maddesindeki düzenleme doğrultusunda Yönetmeliğin 30'uncu maddesi uyarınca hükümlülere uyarma, kınama ve bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma cezaları dışında kalan ücret karşılığı çalışılan işten yoksun bırakma, haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama, ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma ve hücreye koyma cezalarını verme yetkisi ise cezaevi disiplin kuruluna aittir⁷⁹. İnfaz Yönetmeliği'nin "Disiplin kurulu" kenar başlıklı 24. maddesinde disiplin kurulu

⁷⁸ ÖZBEK, s. 263; "... 5275 sayılı Yasanın 47 maddesindeki; /(1)"Uyarma, kınama ve bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyan cezalar, kurumun en üst amiri tarafından verilir ve uygulanır. (2) Hükümlülerin diğer disiplin cezalarını gerektiren eylemlerinin öğrenilmesinden itibaren derhal ve en geç iki gün içinde kurum en üst amirince atanan bir görevli tarafından soruşturmaya başlanır. (3) Soruşturma en geç 7 gün içerisinde tamamlanır ve düzenlenen rapor ve ekleri disiplin kuruluna sunulur. Soruşturma süresi, eylemin ve soruşturmanın niteliğine göre, infaz hakiminin onayı ile yedi güne kadar uzatılabilir. (4) Disiplin cezaları disiplin kurulunca evrak üzerinden görüşülerek en geç üç gün içinde karara bağlanır..."

Emredici hükümlere ve sürele uyulmayarak ve kanuni zorunluluk olmadığı halde Adli Tıp Raporu beklenerek hükümlü aleyhine şartla salıverilme ve bihakkın tahliye tarihlerini uzatacak sonuçlar doğuran İdare ve Gözlem Kurulu'nun kararı yasaya aykırı bulunmaktadır.

İşbu karara karşı yapılan itirazın reddine dair karara karşı yapılan itirazın kabulü yerine reddi yolundaki Ankara 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 31/05/2010 tarihli ve 2010/938 değişik iş sayılı kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir..." 1. CD., 2010/4826 E., 2010/6884 K., 22/10/2010 T.

⁷⁹ DEMİRBAŞ, s. 396; GÜNAY, s. 34; HANÇER, s. 45.

kurum müdürünün başkanlığında idare memuru, psiko-sosyal yardım servisinde görevli her meslek grubundan kurum müdürü tarafından seçilen birer temsilci, öğretmen, atölye şefi ile sorumlu infaz ve koruma başmemurundan oluşmaktadır.

Disiplin cezalarının açık cezaevine ayrılma ile denetimli serbestlik ve koşullu salıverilmeden faydalanma noktasında ortaya çıkan sonuçları dikkate alındığında tutuklu ve hükümlülere verilen bütün disiplin cezalarının disiplin kurulu tarafından verilmesi ve disiplin cezası veren disiplin kuruluna cezaevinin bağlı olduğu cezaevi savcısının başkanlık etmesini sağlayacak yasal değişikliklerin yapılması yerinde olacaktır.

Yasal düzenleme uyarınca hükümlü veya tutuklu hakkında başlatılan disiplin soruşturmalarının, disiplin kurulunca evrak üzerinden görüşülerek en geç üç gün içinde karara bağlanması gerekir. Disiplin kurulu, yasada yazılı disiplin cezası uygulanmasına veya disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verebilir. Disiplin kurulu kararlarının gerekçeli olması ve kararda şikâyet mercii ve süresinin açıkça gösterilmesi gerekir. Disiplin kurulu kararı, haklarında soruşturma yapılanlara yönetim tarafından derhâl tebliğ edilmelidir.

5275 sayılı Kanun'un 37'nci maddesinin ikinci fıkrasında "*Suç oluşturan eylemlerden dolayı açılan kamu davası, disiplin soruşturması yapılmasını ve cezanın uygulanmasını engellemez*" ve aynı Kanun'un 47'nci maddesinin beşinci fıkrasında "*Disiplin cezaları disiplin kurulunca evrak üzerinden görüşülerek en geç üç gün içinde karara bağlanır.*" hükümlerinin yer alması karşısında, hükümlü hakkındaki cezanın uygulanması için cezaî soruşturma sonucunun beklenilmesi gerekmemektedir⁸⁰. Her ne kadar Yargıtay firar nedeniyle hücre

⁸⁰ "... Kütahya E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu'nda 04.01.2011 tarihinde yapılan kısmi aramada, kurumda hükümlü olarak bulunan Osman Dinç'e ait kuş kafesinde esrar bulunması nedeniyle, Ceza İnfaz Kurumu Disiplin Kurulunca 10.01.2011 tarihinde 2011/17 karar sayı ile hükümlü hakkında 5275 sayılı Kanun'un 44/3-g maddesi uyarınca 20 gün hücreye koyma cezası verildiği, karara karşı hükümlünün şikâyet yoluna başvurusu üzerine Kütahya İnfaz Hakimliği'nce 02.02.2011 tarihinde 2011/21 esas ve 2011/23 karar sayı ile hükümlü tarafından yapılan şikâyetin reddine ve disiplin cezasının onaylanmasına karar verildiği, bu karara karşı hükümlü tarafından itiraz edilmesi üzerine, Kütahya 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nce 25.02.2011 tarihinde 2011/331 değişik iş sayı ile hükümlüye yüklenen suçun olayın oluş şekli dikkate alındığında cezaî soruşturmayı gerektiren bir suç olduğu, cezaî soruşturma sonucunda hükümlü lehine karar alınması durumunda telafisi imkansız zarar doğabileceği, bu nedenle disiplin cezasının soruşturma sonucunda değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle hükümlünün itirazının kabulü ile Kütahya İnfaz Hakimliği'nin 02.02.2011 tarihli, 2011/21 esas ve 2011/23 karar sayılı kararının kaldırılmasına ve yapılan işlemin 4675 sayılı Kanununun 6/3 maddesi gereğince durdurulmasına karar verildiği anlaşılmıştır.

Kanun yararına bozma talebi ve ihbar yazısında, «Dosya kapsamına göre, 5275 sayılı Kanun'un 37/2. maddesinde "*Suç oluşturan eylemlerden dolayı açılan kamu davası, disiplin soruşturması yapılmasını ve cezanın uygulanmasını engellemez*" ve aynı Kanun'un 47/5. maddesinde "*Disiplin cezaları disiplin kurulunca evrak üzerinden görüşülerek en geç üç gün içinde karara bağlanır...*" hükümlerinin yer alması karşı-

cezası verilen hükümlünün infaz hâkimliğine başvurması karşısında, infaz hâkimliğince firar suçuna ilişkin yapılan yargılama sonucunun CMK'nın 218'inci madde uyarınca beklenmesi gerektiğine hükmetmişse de⁸¹, yukarıda zikredilen mevzuat ve disiplin hukukunun niteliği gereği beklenmesinin gerekmediği değerlendirilmektedir. İnfaz hâkimi de yapacağı yargılamada maddi gerçeğe ulaşmayı hedeflediğine göre disiplin hukuku kuralları çerçevesinde eylemi niteleyebilir ve bir sonuca varabilir.

Diğer taraftan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "*Ceza mahkemelerinin ek yetkisi*" kenar başlıklı 218'inci maddesi uyarınca atılı suçun ispatı, ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı ise; ceza mahkemesi bu sorunla ilgili olarak da bu Kanun hükümlerine göre karar verebilir. Ancak, bu sorunla ilgili olarak görevli mahkemede dava açılması veya açılmış davanın sonuçlanması ile ilgili olarak bekletici sorun kararı da verebilir. Maddedeki düzenlemeden de anlaşılacağı üzere ceza yargılamasında bekletici sorun nedeniyle yargılamanın durdurulması, ancak yargılamanın birleştirilmesinin veya nisbi muhakemenin kabul edilmediği hallerde söz konusu olabilir. Hukuk yargılamasında olduğu gibi ceza yargılamasında da "*bekletici sorun*" yoluna gitmek kural olarak, fayda düşüncesine dayanmakta olup bu konuda yetki hâkimdedir. Dolayısıyla, ceza mahkemesi, somut olayın koşullarını değerlendirerek bekletici sorun saymada fayda bulunup

sında, hükümlü hakkındaki cezanın uygulanması için cezaî soruşturma sonucunun beklenilmesinin gerekmediği gözetilmeden yazılı gerekçeyle itirazın kabulüne karar verilmesinde isabet görülmemiştir.» denilerek, Kütahya 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 25.02.2011 tarihli kararının bozulması istenmiştir.

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 37/2. maddesinde yer alan "Suç oluşturan eylemlerden dolayı açılan kamu davası, disiplin soruşturması yapılmasını ve cezanın uygulanmasını engellemez" ve aynı Kanun'un 47/5. maddesinde öngörülen "Disiplin cezaları disiplin kurulunca evrak üzerinden görüşülerek en geç üç gün içinde karara bağlanır." şeklindeki hükümler gözetilmeden, "disiplin cezasının cezaî soruşturma sonucunda değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle" hükümlünün itirazının kabulü ile İnfaz Hakimliği'nin kararının kaldırılmasına ve yapılan işlemin durdurulmasına, karar verilmesi yasaya aykırı olup, kanun yararına bozma talebine dayanan ihbar yazısında ileri sürülen düşünce yerinde olduğundan; Kütahya 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 25.02.2011 tarihli ve 2011/331 değişik iş sayılı kararının 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesinin 3. fıkrası gereğince BOZULMASINA..." 10. CD., 2011/10815 E., 2011/31641 K., 20.07.2011 T.

⁸¹ "... Dosya kapsamına göre; hükümlü Ahmet Kurt hakkında firar eylemi nedeniyle Şanlıurfa Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yeniden düzenlenen müddetnamede koşullu salıverilme tarihinin 647 sayılı Ceza-ların İnfazı Hakkında Kanununun 19/2. maddesi uyarınca hesaplanarak, indirim oranının 1/3 üzerinden belirlendiği ve ayda 6 günlük indirimin de uygulanmadığı anlaşılmıştır.

Oysa sanık firar suçundan yapılan yargılama sonucunda Şanlıurfa 5. Asliye Ceza Mahkemesinin 27.10.2011 tarihli ve 2009/620 esas, 2011/625 sayılı kararıyla beraat etmiş ve bu karar kesinleşmiştir.

Bu durum karşısında, Şanlıurfa İnfaz Hakimliğince firar suçuna ilişkin yapılan yargılama sonucunun CMK 218. madde uyarınca beklenmesi gerekmesi karşısında itirazın bu yönden kabulü yerine, yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmemiş, anılan hükmün bozulması yönünde aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur..." 1. CD., 2012/3517 E., 2012/5755 K., 13.07.2012 T.

bulunmadığını konusunda bir karara ulaşacaktır⁸². Bu noktada niteliği itibariyle ceza mahkemesi olan infaz hâkimliği önüne gelen disiplin cezasına yönelik şikâyeti incelerken ceza yargılamasına hâkim olan ilkeler çerçevesinde maddi gerçeğe ulaşmak hedefiyle disiplin cezasına konu eylemin gerçekleşip gerçekleşmediğini maddi vakia olarak tespit ederek kararını verebilir. Diğer taraftan ceza yargılaması sürecinin uzunluğu ve kesinleşme sürecinin öngörülememesi hususları da dikkate alındığında disiplin cezasına itiraz sürecinin sürünceme de kalmaması bakımından ceza yargılaması sürecinin beklenmemesi yerinde olacaktır⁸³.

4. Soruşturma Sürecinde Cezaevi İdaresince Geçici Tedbirler Alınması

Disiplin soruşturmasını gerektiren eylemler aynı zamanda kurum düzeni, güvenliği ve disiplini bakımından bir kısım ivedi tedbirlerin de alınmasını gerektirebilir. Kurumun iç düzenini ve hükümlülerin yaşam ve beden bütünlüklerinin ciddî tehlike altında bulunması nedeniyle derhâl tedbir alınması zorunlu olan hâllerde, kurumun en üst amiri 5275 sayılı Kanun'un 49'uncu maddesinde belirtilen tedbirleri almakla beraber soruşturmayı başlatır. Bu hâlde infaz hâkimine bilgi verilmesi gerekir. Yasal düzenleme gereğince cezaevi yönetimi, disiplin soruşturması yapılan hükümlünün odasını, iş ve çalışma yerini değiştirebilir, hükümlüyü kurumun başka kesimine nakledebilir veya diğer hükümlülerden ayırabilir. Kurumun düzeninin ve kişilerin güvenliklerinin ciddî tehlikeyle karşı karşıya kalması hâlinde, asayiş ve düzeni sağlamak için Kanun'da açıkça belirtilmeyen diğer tedbirler de alınabilir. Ancak bu tedbirlerin uygulanması, disiplin cezasının verilmesine engel olmaz. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus şudur ki, tedbir amaçlı alınan önlemlerin, disiplin cezası niteliğinde veya hükümlünün onurunu rencide edici nitelikte olmaması ve tedbirlerin gerekliliği noktasında kurumun orantılı tedbirler almasıdır⁸⁴. Geçici tedbir adı altında hükümlünün hücre cezası ile aynı koşullarda tutulması, tecride tabi tutulması kanun koyucunun amacına aykırı bir uygulama olacaktır⁸⁵.

Soruşturma sürecinde oluşan koşullar nedeniyle zorunlu olarak alınacak tedbirlerin orantılı ve insan onurunu uygun olması temel koşuldur. Bu kapsamda 5275 sayılı Kanun'un 50'nci maddesinde de belirtildiği üzere hiçbir hâlde

⁸² ARAS, Bahattin, **Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 149-150; GÜNGÖR, Devrim/OKUYUCU-ERGÜN, Güneş, "Ceza Muhakemesinde Bekletici Sorun Kararının Dava Zamanaşımının Durmasına Etkisi", **TBB**, Y. 2009, S. 83, s. 68-72.

⁸³ ARAS / GÜVERÇİN, s. 304-305.

⁸⁴ HATİPOĞLU, s. 198 vd.

⁸⁵ ÖZBEK, s. 265.

zincir ve demire vurmak tedbir olarak uygulanamaz. Kelepçe ve bedensel hareketleri kısıtlayıcı araçlar ise ancak;

- a) Yetkili makamın önüne getirildiğinde çıkarılmak kaydıyla, sevk ve nakil sırasında kaçmayı önlemek için,
- b) Hekimin talimat ve gözetiminde olmak üzere tıbbî nedenlerle,
- c) Diğer kontrol usullerinin yetersizliği hâlinde hükümlünün kendisine veya başkalarına zarar vermesine veya eşyayı tahrip etmesine engel olmak için kurum en üst amirinin emriyle,

kullanılabilir. Ancak çocuk hükümlüler için yetkili makamın önüne getirilmesi amacıyla yapılacak sevk ve nakil sırasında da olsa kaçmayı önlemek gerekçesiyle kelepçe ve bedensel hareketleri kısıtlayıcı araçlar takılamaz. Bu bağlamda AİHM, bir hastanın veya savunmasız kişinin kelepçelenmesi veya zincirlenmesinin güvenlik gerekliliklerine kıyasla orantısız olduğunu ve kasıtlı olsun veya olmasın haksız bir aşağılama anlamına geldiğini pek çok kez belirtmiştir⁸⁶. AİHM 16.12.1997 tarihli **Raninen/Finlandiya Kararında** ise kelepçeleme gibi kısıtlama tedbirlerinin hükümlüyü fiziksel veya zihinsel olarak etkilemeyi veya söz konusu kişiyi aşağılamayı hedeflemiş olması halinde Sözleşme'nin 8'inci maddesi kapsamında bir sorun teşkil edeceğine karar vermiştir.

D. Disiplin Cezalarına Karşı Şikâyet ve İtiraz Yoluna Gidilmesi

1. Disiplin Cezasına Karşı Şikâyet Yoluna Gidilmesi

a. Genel Olarak

Disiplin cezalarının gerek nitelikleri itibariyle infaza olan etkileri ve gerekse keyfi uygulamaların önüne geçilmesi bakımından yargısal bir denetime tabi olmaları adil bir yargılamanın gereğidir⁸⁷. Bu bağlamda 5275 sayılı Kanun'un 52'nci maddesinde hükümlü veya tutuklular hakkında uygulanacak disiplin cezalarına ve tedbirlerine karşı şikâyet ve itiraz durumunda 16.05.2001 tarihli ve 4675 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir. 4675 sayılı Kanun'un infaz hâkimliğine yapılacak şikâyet ve itirazların usul ve esaslarını düzenleyen 6'ncı maddesindeki düzenleme uyarınca disiplin cezasına karşı yapılan şikâyet üzerine infaz hâkimi, hükümlü veya tutuklunun savunmasını aldıktan ve talep edilen diğer delilleri toplayıp değerlendirdikten sonra kara-

⁸⁶ AİHM Korneykova ve Korneykov/Ukrayna Kararı, Başvuru No: 56660/12, K.T. 24.03.2016.

⁸⁷ ÖZBEK, s. 270; GÜNAY, s. 37.

rını verir. Hükümlü veya tutuklu, savunmasını hazır bulunmak ve vekâletnamesini ibraz etmek koşuluyla avukatıyla birlikte veya avukatı aracılığıyla yapabilir. Ancak infaz hâkimi gerekli görmesi durumunda hükümlü veya tutuklunun savunmasını ceza infaz kurumunda alması mümkündür⁸⁸.

İnfaz hâkimi şikâyete konu disiplin cezasına dair kurum kararını, kararın dayanaklarını, hükümlü veya tutuklunun savunmasını inceledikten ve toplanması gereken delilleri topladıktan sonra bir karar verecektir. İnfaz hâkimi, inceleme sonunda disiplin cezasının mevzuat hükümlerine uygun olduğuna kanaat getirmesi halinde disiplin cezasına yapılan itirazın reddine; yerinde görürse, verilen kararın veya disiplin cezasının iptaline hükmedecektir.

b. Şikâyet Süresi

Yukarıda da izah edildiği üzere infaz hâkimliğine yapılacak şikâyet ve itirazların usul ve esaslarını düzenleyen 4675 sayılı Kanun'un "*İnfaz hâkimliğine şikâyet ve usulü*" kenar başlıklı 5'inci maddesindeki düzenleme uyarınca disiplin cezasına karşı hükümlü veya tutuklu kararın kendilerine tebliğinden veya öğrenme tarihinden itibaren onbeş gün içinde infaz hâkimliğine şikâyet yoluna başvurulabilir. Kanun'un 5'inci maddesinde geçen "... herhalde yapıldığı tarihten itibaren otuz gün içinde şikâyet yoluyla..." ibaresi disiplin cezalarının niteliği dikkate alındığında bu cezalar için değil cezaevi idaresinin diğer işlem, karar ve faaliyetleri için geçerlidir. Aksinin kabulü halinde hükümlü ve tutuklu hakkında verilen ve kendisine tebliğ edilmeyen bir kararın verildiği tarihinden itibaren 30 gün içinde kesinleşmesi gibi hukuka ve adil yargılanma hakkına aykırı bir sonuç ortaya çıkacaktır.

Belirlenen sürenin başlaması ve uzamasına ilişkin olarak da Yargıtay, idari bir faaliyet olan cezaların infazı sırasında doğan uyumsuzlukların idari nitelikte olduğu, mesai sınırlaması olmaksızın sürekli hizmet sunumunun devam ettiği, cezaevinin iç işleyişi ile ilgili olarak ortaya çıkan eylemlere yönelik disiplin işlemlerinde, sürenin başlangıcı ile ilgili olarak 5271 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığına hükmetmiştir⁸⁹. Dolayısıyla Kanun'da

⁸⁸ ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 185; ÖZBEK, s. 270; GÜNAY, s. 37; ÖZMEN, Metin, **Türkiye'de Cezaevlerinin İdari Açından Denetimi**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 82; TOK, Türker, "Ceza Muhakemesi Kanunundaki "İtiraz" ile İnfaz Hâkimliği Kanunundaki "İtiraz ve Şikâyet" Arasındaki Farklar", **Terazi Hukuk Dergisi**, Ocak 2007, S. 5, s. 135.

⁸⁹ "... Dosya kapsamına göre Tekirdağ 1 No.lu F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü Disiplin Kurulu Başkanlığının adı geçen hükümlü ve tutuklularla ilgili disiplin soruşturmasına başlayıp, savunma için üç gün süre verildiğini tebliğ ettiği, ancak bir kısmının savunma yapmadığı ve bu

belirtilen sürelerin hafta sonu veya tatile denk gelmesi nedeniyle uzaması söz konusu olmadığından ve 24 saat üzerinden çalışma esas olduğundan ilgilinin şikâyetini belirlenen süreler arasında yapması lazımdır.

c. Şikâyet Aşamasında Savunma Alınması Zorunluluğu

Verilen disiplin cezasına karşı şikâyet yoluna başvuran şikâyetçi tutuklu veya hükümlünün savunmasının bizatihi infaz hâkimi tarafından alınması gerekir. Şikâyet dilekçesi savunma yerine geçmediğinden infaz hâkiminin savunma almadan karar vermesi mümkün değildir. 4675 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca verilmiş olan disiplin cezasına karşı yapılan şikâyet üzerine infaz hâkiminin, hükümlü veya tutuklunun savunmasını aldıktan ve talep edilen diğer delilleri toplayıp değerlendirdikten sonra kararını vermesi gerekir. Dolayısıyla disiplin cezalarına yapılan şikâyet nedeniyle, infaz hâkimi karar vermeden önce hükümlü veya tutuklunun savunmasını alabilmek için duruşma açmak zorundadır⁹⁰. Ancak infaz hâkimi gerekli görmesi

hususun tutanakla tespit edilerek disiplin cezasının verildiğinin anlaşıldığı olayda, Tekirdağ İnfaz Hakimliğince savunma için bildirilen sürenin son gününün tatile geldiğinden bahisle iptal kararı verilmiş ise de, idari bir faaliyet olan cezaların infazı sırasında doğan uyumsuzlukların idari nitelikte olduğu, mesai sınırlaması olmaksızın sürekli hizmet sunumunun devam ettiği, cezaevinin iç işleyişi ile ilgili olarak ortaya çıkan eylemlere yönelik disiplin işlemlerinde, sürenin başlangıcı ile ilgili olarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı gözetilerek itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle, 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığının 23.06.2010 gün ve 41878 sayılı kanunun yararına bozma talebine atfen, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 22.07.2010 gün ve 169951 sayılı tebliğnamesi ile daireye ihbar ve dava evrakı tevdi kılınmakla;

Dosya incelenerek gereği düşünüldü:

1) Hükümlü/tutuklu Ahmet Doğan'ın savunmasını yapmış olması, Tekirdağ İnfaz Hakimliğinin 25.01.2010 tarih ve 2010/24-78 sayılı kararının içeriği ve incelenen tüm dosya kapsamına nazaran, kanun yararına bozma talebine dayanılarak düzenlenen tebliğnamedeki bozma isteği adı geçen tutuklu/hükümlü bakımından yerinde görülmediğinden REDDİNE,

2) Tebliğnamede adı geçen diğer tutuklu/hükümlüler bakımından yapılan incelemede;

Kanuna yararına bozma talebine dayanılarak düzenlenen tebliğnamedeki bozma isteği incelenen dosya kapsamına nazaran yerinde görüldüğünden, Tekirdağ 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 11.02.2010 tarih ve 2010/139 değişik iş sayılı kararının CMK'nın 309. maddesi uyarınca BOZULMASINA, müteakip işlemlerin mahallinde yapılmasına, dosyanın gereği için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 22.12.2010 tarihinde oybirliği karar verildi..." 9. CD., 2010/12813 E., 2010/13153 K., 22.12.2010 T.

⁹⁰ "... Mezkûr ihbarnamede; Dosya kapsamına göre, 4675 sayılı İnfaz Hakimliği Kanunu'nun 6. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, "Disiplin cezasına karşı yapılan şikâyet üzerine infaz hakimi, hükümlü veya tutuklunun savunmasını aldıktan ve talep edilen diğer delilleri toplayıp değerlendirdikten sonra kararını verir. Hükümlü veya tutuklu, savunmasını, hazır bulunmak ve vekaletnamesini ibraz etmek koşuluyla avukatıyla birlikte veya avukatı aracılığıyla yapabilir, infaz hakimi gerekli görmesi durumunda hükümlü veya tutuklunun savunmasını ceza infaz kurumunda da alabilir." şeklindeki düzenlemeye aykırı biçimde, hükümlünün savunması alınmadan karar verildiği gözetilmeden, itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmemiş ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu kanun yararına bozmaya atfen ihbar olunmuş bulunmakla Türk Milleti adına gereği görüştülüp düşünüldüğü;

durumunda hükümlü veya tutuklunun savunmasını ceza infaz kurumunda da alabilir. Ayrıca hükümlü veya tutuklu savunmasını, hazır bulunmak ve vekâletnamesini ibraz etmek koşuluyla avukatıyla birlikte veya avukatı aracılığıyla da yapabilir⁹¹.

2. İnfaz Hâkiminin Kararına Karşı İtiraz Yoluna Gidilmesi

Disiplin cezasına ilişkin olarak infaz hâkimliğine yapılan şikâyet neticesinde şikâyetin reddine karar vermesi halinde hükümlü veya tutuklu; şikâyetin kabulü ile disiplin cezasının iptaline karar verilmesi halinde ilgili Cumhuriyet savcısının verilen karara itiraz hakkı vardır. 7242 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesi ile 4675 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin beşinci fıkrasında yapılan değişiklikle birlikte infaz hâkiminin kararlarına karşı şikâyetçi veya ilgili Cumhuriyet savcısı tarafından, tebliğden itibaren yedi gün içinde Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir. Kanunlarda infaz hâkiminin onayına tabi olduğu belirtilen hususlarda da bu hüküm geçerlidir. Yasal düzenleme uyarınca infaz hâkiminin hükümlü veya tutuklu hakkında verilmiş disiplin cezasına ilişkin vereceği karara karşı, 4675 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesindeki düzenlemeden hareketle, şikâyetçi hükümlü veya tutuklu ya da ilgili Cumhuriyet savcısı tarafından, tebliğden itibaren yedi gün içinde itiraz yoluna⁹² gidilebilir⁹³.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname içeriği yerinde görüldüğünden, Sivas 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 21.08.2013 gün ve 2013/466 D.İş sayılı kararının CMK'nın 309/4-a maddesi uyarınca BOZULMASINA, müteakip işlemlerin mahallinde mahkemesince yapılmasına...” 7. CD., 2013/23601 E., 2014/2623 K., 24/02/2014 T.

⁹¹ GÜNAY, s. 35; ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 185; ÖZBEK, s. 270.

⁹² “... Hükümlü Fatih Öz hakkında; 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Kanun'un 44/3-g maddesi uyarınca 15 gün süreyle hücreye koyma cezasıyla cezalandırılmasına yönelik Disiplin Kurulunun kararının hükümlünün müdafii huzurunda duruşma açılarak, infaz dosyası incelenerek, konulan disiplin cezasının yasaya aykırı olduğundan bahisle infaz hakimliğince kaldırılmış olduğu açıktır. İnfaz Hakimliğinin yaptığı işlem diğer ifadeyle yargılaması, delilleri takdir etmesi, 4675 sayılı İnfaz Hakimliği Kanunu'nun 5 ve 6 madde hükümlerine uygun olduğu dosya kapsamıyla belirlenmiştir. Kanun yararına bozmaya konu edilen itirazın inceleme merciince süre yönünden reddine karar verilmesinin doğru olmadığı biçimindeki yaklaşımın 4675 sayılı İnfaz Hakimliği Kanunu'nun 6 maddesindeki yasal düzenlemeye uygun düşmediği açıktır. Anılan madde içeriğinde; İnfaz Hakiminin kararlarına karşı şikâyetçinin veya ilgili Cumhuriyet Savcısı tarafından “kararın tebliğinden itibaren bir hafta içinde CMK hükümlerine göre acele itiraz yoluna gidilir”. biçimindeki düzenleme karşısında itirazın süre yönünden reddine ilişkin; gerek infaz hakiminin, gerekse itiraz merciinin (ACM'nin) kararlarının mevzuata uygun olduğudur.

Bu itibarla infaz hakimliğinin kararı kesinleşmiş bulunmaktadır. Kanıtların değerlendirilmesi ve takdirinde yanlışlığa düşüldüğü gerekçesiyle kanun yararına bozma cihetine gidilmeyeceği; keza eksik soruşturma yapılarak karar verilmiş olması, hükmün kanun yararına bozma yoluyla bozulmasını haklı kılmayacağı CMK'nın 309 madde hükmünde açıkça vurgulanmıştır. İnfaz Hakimliğinin vermiş olduğu disiplin cezasının kaldırılmasına ilişkin kararında; takdirine ilişkin husus, kanun yararına bozmaya konu edilmediğinden, keza süre yönündeki red kararının doğru olmadığı biçimindeki düşünce yasalarda öngördüğü hükümlere uygun düşmediğinden, kanun yararına bozma isteminin bu gerekçelerle yerinde olmadığından reddine, karar vermek gerekmiştir...” 1. CD., 2013/2657 K., 2013/4733 E., 01/07/2013 T.

İtirazı inceleyecek olan ağır ceza mahkemesi incelemesini dosya üzerinden yaparak itirazın kabulü veya reddine karar verecek ve vereceği karar kesin nitelikte olacaktır. 4675 sayılı Kanun'un atıfta bulunduğu ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 7'nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca uygulanması lazım gelen 5271 sayılı Kanun'un 271'inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir.*" şeklindeki hüküm gereğince ağır ceza mahkemesinin itirazın kabulü ile infaz hâkimliğinin itiraz konusu kararının sadece kaldırılmasına karar vermemesi ve aynı zamanda kanuna aykırı olan disiplin cezasının iptaline de karar vermesi gerekir. Aksi uygulamalarda Yargıtay tarafından bozma kararları verilmektedir⁹⁴.

İtiraz üzerine ağır ceza mahkemesinin vereceği kararlar disiplin cezasına ilişkin süreç tamamlanmış ve eğer ceza kaldırılmamışsa kesinleşmiş olacaktır. Dolayısıyla disiplin cezasının kesinleşmeden infazı mümkün değildir. Özellikle hücre cezaları bakımından hücre cezası kesinleşmeden hücre cezasının onanması kararı verilmemesi gerekir⁹⁵.

E. Kesinleşen Disiplin Cezalarının İnfazı

1. Genel Olarak

Yukarıda da izah edildiği üzere disiplin cezalarının infazının ön koşulu kesinleşmeleridir. Bir disiplin cezası kesinleşmeden infaz edilemez. Bunun haricinde bazı disiplin cezaları bakımından kesinleşme haricinde infaz hâkiminin onayı gerekmektedir⁹⁶. Bu bağlamda 5275 sayılı Kanun'un "*Disiplin cezasını gerektiren eylemlerin tekrarı, disiplin cezalarının infazı ve kaldırılması*" kenar başlıklı 48'inci maddesinin üçüncü fıkrasında hükümlüye verilen disiplin cezalarının infazına ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir. Buna göre disiplin cezalarının infazında aşağıdaki hususlara dikkat edilmesi gerekir:

⁹³ ÖZGENÇ / ŞAHİN, s. 185; ÖZBEK, s. 270; GÜNAY, s. 37; ARAS / GÜVERÇİN, s. 320-321.

⁹⁴ 1. CD., 2017/954 E., 2017/1941 K., 29.05.2017 T.

⁹⁵ "... Hücreye koyma disiplin cezasının infazına, infaz hakiminin onayı ile başlanacağını öngören 5275 Sayılı Kanunun 48. maddesinin 3. fıkrası bendi ile yukarıda açıklanan kesinleşme sürecinden sonra kesinleşen disiplin cezalarının bir kez de infaz hakiminin onayından geçmesi amaçlanmış, bu onay ile cezaların infazına derhal başlanacağı düzenlenmiştir.

Kütahya E Tipi Kapalı ve Açık Ceza İnfaz Kurumu Disiplin Kurulunun 02.02.2007 gün, 2007/14 sayılı kararından sonra yasal on beş ve otuz günlük süreler dolmadan, henüz kesinleşmeyen disiplin cezaları Kütahya İnfaz Hakimliğince onaylanmış olmakla ve itiraz merciince itirazların bu yönden kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde reddine karar verilmesi nedeniyle kanun yararına bozma istemi yerinde görüldüğünden..." 2. CD., 2011/24626 E., 2011/38231 K., 02.11.2011 T.

⁹⁶ ÖZBEK, s. 266; GÜNAY, s. 37.

- Hücreye koyma ve odaya kapatma cezasının infazına, infaz hâkiminin onayı ile başlanması gerekir. 7242 sayılı Kanun'un 28'inci maddesi ile 5275 sayılı Kanun'un 48'inci maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendine "*Hücreye koyma*" ibarelerinden sonra gelmek üzere "*ve odaya kapatma*" ibaresi eklenmiştir. Böylelikle çocuklar bakımından uygulanan "*odaya kapatma*" tedbiri de infaz hâkiminin onayı ile infaz edilebilecektir.
- Hücreye koyma ve odaya kapatma cezasına ilişkin diğer hükümler saklı kalmak üzere, kesinleşen disiplin cezalarının infazına derhâl başlanır.
- Birden fazla disiplin cezası verilmiş olması hâlinde, bu cezalar kesinleşme tarihleri sırasına göre ayrı ayrı infaz edilir. Bir cezanın infazı tamamlanmadan diğerinin infazına başlanmaz.
- Disiplin cezalarının tamamı infaz edilip kaldırılmadıkça koşullu salıverilme işlemi yapılmaz, ancak bu süre hak ederek salıverme tarihini geçemez.
- Hücreye koyma cezasına ilişkin disiplin cezalarının infazından önce ve infazı sırasında hükümlü, hekim tarafından muayene edilir. İlgilinin bu cezaya katlanamayacağı anlaşılırsa cezanın infazı sonraya bırakılır veya hekimin belirleyeceği aralıklarla infaz edilir. Koşullu salıverilme tarihine kadar hükümlünün iyileşemeyeceğinin tam teşekküllü Devlet veya üniversite hastanesi sağlık kurulu raporu ile saptanması hâlinde hücreye koyma cezası infaz edilmez; yerine Kanununun 44'üncü maddenin ikinci fıkrasının uygulandığı hâllerde iki ay, üçüncü fıkrasının uygulandığı hâllerde dört ay süreyle ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezası uygulanır. Raporlar infaz dosyasına konulur.

Diğer taraftan Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 2018/1319 Esas, 2020/957 Karar ve 09.03.2020 tarihli kararında açıklandığı üzere 5275 sayılı Kanun'un 48/3-a maddesi uyarınca kesinleşen hücreye koyma disiplin cezasının infazına başlayabilmek için infaz hâkiminin onayının alınması aşamasında, kesinleşmiş disiplin cezasının esasına ilişkin olarak tarafların itiraz etme ve infaz hâkimliğinin de kesinleşmiş disiplin cezası kararıyla ilgili olarak esastan inceleme yapma ve kesinleşen disiplin cezasını bizzat kaldırma yetkisi bulunmamaktadır. İnfaz hâkimliğinin bu aşamadaki inceleme yetkisi hükümlünün sağlık durumu, infaza geçilmesi için gerekli hukuki ve fiili koşulların uygun olup olmadığı gibi hususlarla sınırlıdır. Ancak infaz hâkimliği bu incelemeleri yaptığı sırada verilen disiplin cezasının açıkça usul ve yasaya aykırı olduğu, bir hukuki hata yapıldığı kanaatine varırsa gerekçesini göstermek suretiyle kesinleşen disiplin cezasının kaldırılması amacıyla yetkili ve görevli merciye bildirimde bulunmak suretiyle

kesinleşen kararlara karşı mevzuatta öngörülen kanun yollarının işletilmesini sağlama yetkisi bulunmaktadır. Dolayısıyla Kanun'da öngörülen yasal sürele uyulmadan verilen ve kesinleşen hücreye koyma disiplin cezasının usul ve yasa aykırı olduğu ve bu haliyle infazının yapılmaması gerektiği kanaati oluşan infaz hâkimliğinin kesinleşen kararın kaldırılması yönünde kanun yollarının işletilmesi amacıyla yetkili ve görevli mercilere bildirimde bulunmak ve bu bildirimnin sonucuna göre bir karar vermek yerine yetkisi olmadığı halde kesinleşen kararın iptali yönünde karar vermesi hukuka aykırıdır⁹⁷.

Diğer taraftan tutuklular bakımından verilen disiplin cezaları tahliye halinde infaz edilmez, infaz ediliyorsa bile infaz durdurulur. Kişinin tutuklu kaldığı cezasının kesinleşmesi ve infazına başlanması halinde uygulanmayan ya da infazı durdurulan disiplin cezalarının infazına devam olunur. Ancak bunlar kişinin koşullu salıverilmesi bakımından iyi hal incelemesinde esas alınmazlar.

2. Disiplin Cezalarının Kaldırılması

Disiplin cezaları infaz edilmelerinin üzerinden belirli bir süre geçtikten sonra kaldırılmaktadır. Bu kapsamda 5275 sayılı Kanun'un 48'inci maddesinin dördüncü fıkrasında disiplin cezasının kaldırılma koşulları düzenlenmiştir. Bunun nedeni, disiplin cezası almış olan bu hükümlülerin de koşullu salıverilmeden yararlanmasını sağlamaktır. Çünkü disiplin cezası almış olan hükümlüler hüküm giydikleri cezanın kanun tarafından öngörülen belirli bir kısmını iyi halli geçirmemiş olduklarından bu disiplin cezaları kaldırılmadıkça koşullu salıvermeden faydalanmaları mümkün değildir⁹⁸. Hükümlü hakkında verilip infaz edilen disiplin cezalarının kaldırılması için Kanun'da öngörülen süreler bulunmaktadır. Buna göre infaz edildiği tarihten itibaren disiplin cezasının kaldırılmasında ve iyi hâlin kazanılmasında;

- a) Kınama cezası için onbeş gün,
- b) Bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma cezası için bir ay,
- c) Ücret karşılığı çalışılan işten yoksun bırakma cezası için üç ay,
- d) Haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama cezası için üç ay,
- e) Ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezası için üç ay,

⁹⁷ ARAS / GÜVERÇİN, s. 325.

⁹⁸ ÖZBEK, s. 266; DEMİRBAŞ, s. 397; ÖZKAVALCI, s. 404; GÜNAY, s. 53.

- f) Hücreye koyma cezası 44'üncü maddenin ikinci fıkrasındaki hâllerde altı ay, üçüncü fıkrasındaki hâllerde bir yıl,
- g) Hücre cezasına karşılık ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezası, 44'üncü maddenin ikinci fıkrasındaki hâllerde altı ay, üçüncü fıkrasındaki hâllerde bir yıl

olarak belirlenen sürelerin geçmiş olması gerekmektedir. Bu belirtilen sürelerin sonunda başkaca disiplin cezası almamış ve iyi hâlli olmak koşuluyla (a) ve (b) bentlerinde belirtilen cezalar kurum en üst amiri tarafından, diğer bentlerde belirtilen cezalar, kurumun en üst amirinin önerisi ve disiplin kurulu kararıyla kaldırılır.

Diğer taraftan çocuk hükümlüler hakkında verilen disiplin cezaları;

- a) Uyarma ve kınama cezaları kararla birlikte,
- b) Onarma, tazmin etme ve eski hâle getirme cezası yedi gün sonunda,
- c) Harcamalarına sınır koyma cezası otuz gün sonunda,
- d) Bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma cezası otuz gün sonunda,
- e) Teşvik esaslı ayrıcalıkları geri alma cezası otuz gün sonunda,
- f) İzin ertelenmesi cezası altmış gün sonunda,
- g) Kapalı ceza infaz kurumuna iade cezası altmış gün sonunda,
- h) Odaya kapatma cezası doksan gün sonunda,

kendiliğinden kalkmış sayılır. Burada (a) bendi hariç, bu fıkradaki diğer süreler karar tarihinden, firar hâlinde infaz tarihinden itibaren başlar. Ayrıca çocuğun bulunduğu kurumun disiplin kurulu, kurum kurallarına uyma, iyileştirme programında ilerleme veya verilen disiplin ceza ile amaçlanan sonucun gerçekleşmesi durumunda, çocuk hakkında vermiş olduğu disiplin cezasını süre koşulu aranmaksızın her zaman kaldırabilir.

Diğer taraftan OHAL sürecinde 25.08.2017 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 694 sayılı KHK'nın 151'inci maddesi ile 5275 sayılı İnfaz Kanunu'na geçici 8'inci madde eklenmiştir. Eklenen geçici 8'inci maddeye göre; 5237 sayılı Kanun'un İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde (madde 302-339) ve 220'nci maddesinde düzenlenen suçlar ve cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar ile bunların mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki karşılığı olan suçlardan ve 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlardan hükümlü ve tutuklu olanlar ile 5275 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinin üçüncü fıkrası (eylem ve tutumları nedeniyle tehli-

keli hâlde bulunan ve özel gözetim ve denetim altında bulundurulmaları gerekli olduğu saptananlar ile buldukları kurumlarda düzen ve disiplini bozanlar veya iyileştirme tedbir, araç ve usullerine ısrarla karşı koyanlar) kapsamında kalan hükümlü ve tutuklular hakkında verilenler hariç olmak üzere; 01.08.2017 tarihinden önceki eylemler nedeniyle 5275 sayılı Kanun'un 39 ila 46'ncı maddeleri uyarınca verilen disiplin cezası ve tedbirlerinin infaz edilmeleri kaydıyla 48'inci maddedeki süre ve karar şartı aranmaksızın idare ve gözlem kurulunca verilecek iyi hal kararı üzerine kaldırılacağı belirtilmiştir. Ancak Kanun'un 55'inci madde hükümlerinin saklı olduğu vurgulanmıştır.

KHK benzeri bir düzenlemede 7242 sayılı Kanun'un 53'üncü maddesi ile 5275 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9'uncu madde ile yapılmıştır. 7242 sayılı Kanun'un 53'üncü maddesi ile 5275 sayılı Kanun'a eklenen Geçici Madde 9'a göre 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde (madde 302-339) ve 220'nci maddesinde düzenlenen suçlardan, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan ve 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlardan hükümlü ve tutuklu olanlar ile Kanun'un 9'uncu maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında kalan hükümlü ve tutuklular hakkında verilenler hariç olmak üzere; 30.03.2020 tarihinden önceki eylemler nedeniyle Kanun'un 39 ilâ 46'ncı maddeleri uyarınca verilen disiplin cezası ve tedbirleri, infaz edilmeleri kaydıyla 48'inci maddedeki süre ve karar şartı aranmaksızın idare ve gözlem kurulunca verilecek iyi hâl kararı üzerine kaldırılır. Ancak Kanun'un 55'inci madde hükümleri istisna tutulmuştur. İstisna tutulan 5275 sayılı Kanun'un 55'inci maddesine göre hükümlünün, hücreye koyma cezasını gerektiren eylemlerde bulunması hâlinde kurum yönetimince hakkında disiplin işlemi yapılır ve kurum en üst amirinin istemi üzerine Bakanlıkça başka kurumlara nakledilebilir. Disiplin cezaları yeni kurumlarda çektirilir. Bu hükümlüler nakledildikleri kurumlarda, mahkeme kararı, kurum güvenliği, can güvenliği veya hastalık sebepleriyle nakil hariç, altı ay kalmak zorundadırlar.

F. Disiplin Cezasını Gerektiren Eylemlerin Tekrarı

Disiplin cezasını gerektiren eylemlerin tekrarı halinde mükerrerlik durumu gündeme geleceğinden verilecek ceza da ağırlaşacaktır. Bu kapsamda kanun koyucu tarafından cezaevlerindeki disiplin eylemlerinin azalması ve disiplin cezalarının caydırıcı olabilmesi bakımından disiplin eylemlerinin tekrarı halinde verilecek disiplin cezaları ağırlaştırılmıştır⁹⁹. Bu bağlamda 5275 sayılı Kanun'un “Di-

⁹⁹ ÖZBEK, s. 265; ÖZGENÇ / ŞAHİN, s. 182; ÖZKAVALCI, s. 404; GÜNAY, s. 49.

siplin cezasını gerektiren eylemlerin tekrarı, disiplin cezalarının infazı ve kaldırılması” kenar başlıklı 48’inci maddesinin ikinci fıkrası gereğince bir eylemden dolayı verilen disiplin cezası kesinleştikten sonra bu cezanın infazı tamamlanıp kaldırılması için dördüncü fıkarda belirtilen süreler geçinceye kadar¹⁰⁰ yeniden disiplin cezasını gerektiren bir eylemde bulunan hükümlü hakkında, her defasında bir üst ceza uygulanacaktır¹⁰¹. Görüldüğü üzere 5275 sayılı Kanun’un 48’inci maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme uyarınca disiplin eyleminin tekrarı

¹⁰⁰ 7242 sayılı Kanun’un 28’inci maddesi ile 5275 sayılı Kanun’un 48’inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “kaldırılması için gerekli süre içinde” ibaresi “infazı tamamlanıp kaldırılması için dördüncü fıkarda belirtilen süreler geçinceye kadar” şeklinde değiştirilmiştir.

¹⁰¹ “... 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 48/2. maddesinde disiplin cezasını gerektiren eyleme bir üst cezanın uygulanması koşullarının, öncelikle önceki cezanın kesinleşmesi ve eylemin önceki eylem için verilen cezanın kaldırılması için gerekli süre geçmeden işlenmesi olarak gösterildiği, anılan Kanun’un 48/3. maddesi uyarınca hücreye koyma cezasının infazı için İnfaz Hakimliği’nden alınan onay kararın disiplin cezasının kesinleşmesini sağlamayacağı, disiplin cezalarının kesinleşmesine ilişkin usulü gösteren 4675 sayılı İnfaz Hakimliği Kanunu’nun 6. maddesi hükmü uyarınca hükümlünün disiplin cezasının şikayet başvurusu yapıldıktan ve itiraz yasa yolu kullanıldıktan sonra Edirne İkinci Ağır Ceza Mahkemesi’nin 22.11.2005 gün 2005/664 müt. sayılı itirazın reddi kararıyla kesinleştiği,

Buna göre; hükümlünün 27.09.2005 tarihinde işlediği açlık grevi yapma eylemi, önceki disiplin cezasının kesinleştiği 22.11.2005 tarihinden ve bu cezanın infaz edildiği 13.10.2005 tarihinden önce işlenmiş bulunduğu, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 48/2. maddesinde gösterilen disiplin cezasını gerektiren eyleme bir üst cezanın uygulanması koşullarının bu olayda bulunmadığı ve hükümlüye açlık grevi yapma eyleminin karşılığı olan 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 40. maddesi uyarınca bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma cezasının verilmesi gerektiği,

2) 2 no.lu bozma sebebine ilişkin olarak yapılan incelemede;

Hükümlünün Edirne İkinci İnfaz Hakimliği’nin 10.03.2006 gün ve 2006/56-60 sayılı disiplin cezasının onaylanması kararına konu olan açlık grevi yapma eyleminden önce yukarıda yazıldığı üzere 27.09.2005 tarihinde açlık grevi yapma eylemini işleyip “Bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma” cezası yerine “hücre cezası” aldığı, Edirne İkinci İnfaz Hakimliği’nin 25.10.2005 gün ve 2005/146-146 sayılı kararı ile onaylanan bu cezanın 19.12.2005 tarihinde infaz edildiği, hükümlünün şikayet başvurusunun Edirne Birinci İnfaz Hakimliği’nin 25.10.2005 gün 2005/149-152 sayılı kararı ile reddedildiği ve bu karara yönelik itirazın Edirne İkinci Ağır Ceza Mahkemesi’nin 29.11.2005 gün ve 2005/681 sayılı kararı ile reddolunarak kararın bu tarihte kesinleştiği,

Hükümlünün disiplin cezasını gerektiren 14.02.2006 tarihli yeni açlık grevi yapma eyleminin önceki disiplin cezasının 29.11.2005 tarihinde kesinleşmesinden sonra işlenmesi koşulunun gerçekleştiği, ancak; 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 48/2. maddesinde yazılı olan, yeni eylemin önceki cezanın ortadan kaldırılması için gerekli süre geçmeden işlenmesi koşulunun gerçekleşmediği, 1 no.lu bozma sebebine ilişkin inceleme bölümünde yazılı olduğu gibi, önceki disiplin cezasının hücreye koyma olarak verilmesi kanuna aykırı olup, bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma olarak verilmesi gerektiğinden, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 48/4. maddesindeki cezanın ortadan kaldırılmasına ilişkin sürenin de, isabetsiz olan hücreye koyma cezası için gerekli süreler yerine “Bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma” cezası için gerekli olan 1 ay olarak alınması gerektiğinden ve önceki cezanın infaz edildiği 19.12.2005 tarihinden itibaren 1 aylık süre geçtikten sonra yeni eylemin 14.02.2006 tarihinde işlendiği ve bu ceza bakımından da 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 48/2. maddesinde gösterilen disiplin cezasını gerektiren eyleme bir üst cezanın uygulanması koşulunun bu olayda da bulunmadığı ve hükümlüye açlık grevi yapma eyleminin karşılığı olan 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 40. maddesi uyarınca “Bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma” cezasının verilmesi gerektiği anlaşılmakla; ...” 9. CD., 2008/13766 E., 2009/6632 K., 03.06.2009 T.

nedeniyle bir üst cezaya hükmedilebilmesi için, yeni eylemin önceki eylemden dolayı verilen disiplin cezası kesinleştikten sonra ve bu eylem için verilen disiplin cezasının infazının tamamlanıp kaldırılması için gerekli olan süre içerisinde işlenmiş olması gerekir. Dolayısıyla disiplin cezasının kaldırılması için kanunda öngörülen sürelerin geçmesinden sonra yeni disiplin eyleminin gerçekleşmesi halinde tekrür nedeniyle bir üst ceza uygulanması mümkün değildir.

II. DİSİPLİN CEZALARININ SONUÇLARI VE İNFAZA ETKİLERİ

A. Disiplin Cezalarının Sonuçları

Disiplin cezaları her alanda olduğu gibi infaz hukuku bakımından da ciddi sonuçları olan cezalardır. Disiplin cezaları nitelikleri ve kanun koyucunun öngördüğü bir kısım düzenlemeler gereğince hükümlü ve cezası üzerinde sonuçlar meydana getirmektedirler. Bunlardan birincisi hükümlünün disiplin cezası bakımından mükerrir olması halidir. Buna göre yukarıda da belirtildiği üzere kanun koyucu cezaevlerindeki disiplin eylemlerinin azalması ve disiplin cezalarının caydırıcı olabilmesi bakımından disiplin eylemlerinin tekrarı halinde verilecek disiplin cezalarını ağırlaştırmıştır. Bir eylemden dolayı verilen disiplin cezası kesinleştikten sonra bu cezanın infazının tamamlanıp kaldırılması için gerekli süre içinde yeniden disiplin cezasını gerektiren bir eylemde bulunan hükümlü hakkında, her defasında bir üst ceza verilecektir.

Diğer taraftan disiplin cezaları açık cezaevine ayrılma, denetimli serbestlik ve koşullu salıverilme halleri bakımından önemli sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Kanundaki düzenlemeler uyarınca hükümlü disiplin cezalarını infaz etmedikçe bu imkânlardan faydalanamaz¹⁰².

B. Disiplin Cezalarının Açık Ceza İnfaz Kurumuna Ayrılmaya Etkisi

İnfaz sisteminde hükümlülerin kapalı ceza infaz kurumundan açık ceza infaz kurumuna ayrılmalarında 5275 sayılı Kanun'un 89'uncu maddesi gereğince öncelikle Cezaevi İdare ve Gözlem Kurulu'nca iyi hal değerlendirmesi yapılması gerekmektedir. Bu değerlendirmeye esas olacak ilkelere ilişkin Gözlem ve Sınıflandırma Merkezleri ile Hükümlülerin Değerlendirilmesine Dair Yönetmelik¹⁰³ 29.12.2020 tarihinde 31349 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Yönetmelik hükümlerine bakıldığında; idare ve gözlem kurulu tarafından

¹⁰² ÖZGENÇ/ŞAHİN, s. 187; GÜNAY, s. 55.

¹⁰³ Gözlem ve Sınıflandırma Merkezleri ile Hükümlülerin Değerlendirilmesine Dair Yönetmelik, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/12/20201229-3.htm>, İET: 23/08/2022.

iyi halin belirlenmesine esas olmak üzere en geç altı ayda bir değerlendirme yapılacaktır. Bu değerlendirme yapılırken hükümlülerin ceza infaz kurumlarında bulunduğu tüm aşamalarda ceza infaz kurumlarının düzen ve güvenliği amacıyla konulmuş kurallara uyup uymadığı, haklarını iyi niyetle kullanıp kullanmadığı, yükümlülükleri eksiksiz yerine getirip getirmediği, uygulanan iyileştirme programlarına göre toplumla bütünleşmeye hazır olup olmadığı, disiplin suçu işleyip işlemediği, tekrar suç işleme ve mağdura veya başkalarına zarar verme riskinin düşük olup olmadığı hususları dikkate alınacaktır. İyi hal değerlendirilmesinde, infazın tüm aşamalarında hükümlülerin katıldığı eğitim-öğretim, psiko-sosyal yardım ve destek programları ile sosyal ve sportif faaliyetler, kültür ve sanat programları, aldığı sertifikalar, kitap okuma alışkanlığı, diğer hükümlü ve tutukular ile ceza infaz kurumu görevlileri ve dışarıyla olan ilişkileri, işlediği suçtan dolayı duyduğu pişmanlığı, ceza infaz kurumu kuralları ile kurum bünyesindeki çalışma kurallarına uyumu, yükümlülüklerine riayeti, kurum güvenlik ve düzenine katkısı, aldığı disiplin cezaları ve ödüller göz önünde bulundurulacaktır.

Bu bağlamda iyi hükümlülerin açık ceza infaz kurumuna ayrılmaya ilişkin talepleri üzerine, ilgili talebin mevzuatta belirtilen süre ve kaldırılmamış disiplin cezasının bulunmaması gibi şartları taşıyıp taşımadığı idare tarafından araştırılacaktır. Burada diğer koşullar bulunmasına rağmen kanunda kaldırılması için öngörülen süre henüz dolmayan disiplin cezası bulunan hükümlü açık ceza infaz kurumuna ayrılmayacaktır. Dolayısıyla hükümlünün talepte bulunması, süre şartının sağlanması ve kaldırılmamış disiplin cezası bulunmaması gibi mevzuatta belirtilen şekil şartlarını taşıyan dosyalar; idare ve gözlem kurulu sekretaryası tarafından işleme alınarak ilgili hakkında gözlem ve değerlendirme dosyası hazırlanacaktır. Bütün şartların oluşması halinde idare ve gözlem kurulunca açık ceza infaz kurumuna ayrılma işlemine yönelik olmak üzere olumlu iyi hal değerlendirmesini içeren karar verilecektir. İdare ve Gözlem Kurulunun kararlarına karşı, infaz hâkimliğine şikâyet yoluna ve infaz hâkimliğinin kararına karşı da itiraz yoluna başvurabilecektir¹⁰⁴.

C. Hükümlünün Disiplin Cezası Nedeniyle Açık Cezaevinden Kapalı Cezaevine Alınması

Hükümlü açık ceza evine geçtikten sonra belli eylemleri gerçekleştirmesi halinde tekrar kapalı cezaevine alınabilir. Bu bağlamda 5275 sayılı Kanun'un “*Açık ceza infaz kurumları*” kenar başlıklı 14’üncü maddesine 7242 sayılı Ka-

¹⁰⁴ ARAS / GÜVERÇİN, s. 92-93.

nun'la eklenen 5'inci fıkrasına göre doğrudan açık ceza infaz kurumuna alınanlar dâhil olmak üzere bu kurumlarda bulunan hükümlülerde dâhil olmak üzere disiplin cezası alınması kapalı ceza infaz kurumuna iade sebebidir. Yasal düzenleme uyarınca kınamadan başka bir disiplin cezası alıp, bu cezası kesinleşmiş olanlar veya asayiş ve düzenin sağlanması amacıyla disiplin cezası kesinleşmemiş olsa bile eylemi kurum düzeni ya da kişi güvenliği bakımından tehlike oluşturanlar idare ve gözlem kurulu kararıyla kapalı ceza infaz kurumlarına gönderilirler. Buradaki yasal düzenleme uyarınca kınama cezası kapalı cezaevine iade gerekçesi olmadığından bir üst disiplin cezasının varlığı halinde ancak bu mümkündür.

Hükümlüler disiplin cezası nedeniyle idare ve gözlem kurulu kararıyla doğrudan kapalı ceza infaz kurumuna gönderilseler de hükümlüler idare ve gözlem kurulu kararına karşı şikâyet yoluna gidebilirler. Zira her ne kadar firar edenler, başka bir fiilden dolayı haklarında tutuklama kararı verilenler ve kınamadan başka bir disiplin cezası alıp, bu cezası kesinleşmiş olanların durumu teknik ve objektif olarak sabit olmakla birlikte asayiş ve düzenin sağlanması amacıyla disiplin cezası kesinleşmemiş olsa bile eylemi kurum düzeni ya da kişi güvenliği bakımından tehlike oluşturanların durumu teknik ve objektif olarak sabit olmaktan ziyade idare ve gözlem kurulunun bu yöndeki takdir ve tespitine dayandığından bu takdir ve tespitin muhakkak denetlenmesi bir zorunluluktur¹⁰⁵.

D. Disiplin Cezalarının Denetimli Serbestlikten Faydalanmaya Etkisi

Ceza hukuku ve ceza infaz hukuku içerisinde adaleti sağlamaya çalışan bir ceza adalet kurumu olan denetimli serbestlik¹⁰⁶, cezasının bir bölümünü iyi halli olarak geçiren hükümlünün toplum yaşamına uyum sağlamasını kolaylaştırmak amacıyla cezasının tamamını veya bir kısmını ceza infaz kurumu dışında ve belirlenen denetim programı çerçevesinde dışarda infaz etmesine imkân sağlayan bir ceza adalet sistemi olarak tanımlanabilir. Burada hükümlünün sosyal çevresinden ve toplumsal hayattan kopmadan uygulanan denetimli serbestlik marifetiyle, ıslah edilmesi hedeflenmektedir¹⁰⁷.

¹⁰⁵ ARAS / GÜVERÇİN, s. 104-105.

¹⁰⁶ YAVUZ, Hakan A., "Denetimli Serbestliğin Türk Ceza Adalet Sistemi İçerisindeki Genel Görünümü Üzerine", *Adalet Dergisi*, Y. 2012, S. 42, s. 60; TURHAN, Faruk / ALTİKAT, Abdurrahim, "Yeni Bir Ceza İnfaz Usulü Olarak Denetimli Serbestlik ve Bu Usulden Yararlanma Şartları", *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2012, C. 2, S. 2, s. 8.

¹⁰⁷ USTA, İbrahim / ÖZTÜRK, Hakan, "Denetimli Serbestlik", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y. 2010, S. 13, s. 11; TURHAN / ALTİKAT, s. 3.

Hükümlünün denetimli serbestlik programından faydalanabilmesi için ise etkin ve iyi halli bir infaz süreci geçirmesi gerekmektedir. Cezaevinde hükümlünün hükmün infazına başlanması ile birlikte, ceza infaz kurumlarında bulunduğu süre içerisindeki tutum ve davranışları, kurum düzeni ve güvenliğine katkısı, yükümlülüklerini yerine getirmesi ile yürütülen iyileştirme ve topluma kazandırma programlarına katılımı sonucunda gösterdiği gelişim ölçülerek yapılacak puanlamada hükümlülerin katıldıkları eğitim-öğretim faaliyetleri, psiko-sosyal yardım programları, destekleyici programlar ile infaz sürecindeki tutum ve davranışları artı puan, aldığı disiplin cezaları eksi puan olarak değerlendirilecek, bu puanlamaya göre iyi hâl değerlendirmesine esas olmak üzere gelişim puanı belirlenecektir. Belirlenen puan başta denetimli serbestlik ve koşullu salıvermede dikkate alınacak olan iyi hal değerlendirmesinde esas alınacaktır.

Disiplin cezalarının önemli sonuçlarından biri de denetimli serbestliğe ayrılımda karşımıza çıkmaktadır. Uygulamada, hükümlünün ceza infaz kurumunda herhangi bir disiplin cezasının bulunmaması hükümlünün iyi haline ilişkin genel bir karine olarak kabul edilmektedir¹⁰⁸. Hükümlülerin denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezalarının infaz edilmesine ilişkin talepleri üzerine, ilgili talebin mevzuatta belirtilen süre ve kaldırılmamış disiplin cezasının bulunmaması gibi şartları taşıyıp taşımadığı idare tarafından araştırılacak, gerekli şartları taşımayan talep reddedilerek hükümlüye tebliğ edilecektir. Talebin bulunması, süre şartının sağlanması ve kaldırılmamış disiplin cezası bulunmaması gibi mevzuatta belirtilen şekil şartlarını taşıyan dosyalar; idare ve gözlem kurulu sekreteryası tarafından işleme alınarak ilgili hakkında gözlem ve değerlendirme dosyası hazırlanacaktır. Bütün şartların oluşması halinde idare ve gözlem kurulunca hükümlü hakkında kalan cezasını denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infaz edilmesi işlemine yönelik olmak üzere olumlu iyi hal değerlendirmesini içeren karar verilecektir. İdare ve Gözlem Kurulunun kararlarına karşı, infaz hâkimliğine şikâyet yoluna başvurulabilecek, infaz hâkimliğinin kararına karşı da itiraz yoluna gidilebilecektir.

Yasal düzenleme uyarınca disiplin cezalarının tamamı infaz edilip kaldırılmadıkça koşullu salıverilme işlemi yapılmaz, ancak bu süre hak ederek salıverme tarihini geçemez. Dolayısıyla hükümlünün koşullu salıverilme tarihi gelmiş olsa da, eğer hükümlü hakkında verilmiş olan disiplin cezası infaz edilip kaldırılmadıkça hükümlünün koşullu salıvermeden faydalanması mümkün değildir. Bu kuralın doğal sonucu olarak hükümlünün denetimli serbestlik tedbirinden

¹⁰⁸ TURHAN / ALTİKAT, s. 26.

faýdalanabilmesi bakımından da bu disiplin cezalarının infaz edilmesi ve daha sonra kaldırılmasına karar verilmesi zorunludur¹⁰⁹.

E. Disiplin Cezalarının Koşullu Salıverilmeye Etkisi

Koşullu salıverilme, hükümlünün infaz ettiği cezasının bir kısmını cezaevinde iyi halli olarak tamamlaması halinde kalan cezasının kanun tarafından belirlenen şartlar altında dışarıda çekmesini ifade etmektedir. Uygulamada şartla tahliye olarak da ifade edilen koşullu salıverilme ile verilen toplam hapis cezasının hükümlü üzerindeki olumsuz etkilerinin azaltılması amaçlanmakta ve hükümlüleri iyi halli olmaya ve kendilerine uygulanan ıslah ve rehabilitasyon programlarına uymaya teşvik etmektedir¹¹⁰.

Hükümlülerin cezalarının koşullu salıverilme hükümleri uygulanarak infazına karar verilmesinde 5275 sayılı Kanun'un 89'uncu maddesi gereğince Cezaevi İdare ve Gözlem Kurulu'nca iyi hal değerlendirmesi yapılacaktır. Bu değerlendirmeye esas olacak ilkelere ilişkin Gözlem ve Sınıflandırma Merkezleri ile Hükümlülerin Değerlendirilmesine Dair Yönetmelik 29.12.2020 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Yönetmelik hükümlerine bakıldığında; idare ve gözlem kurulu tarafından iyi halin belirlenmesine esas olmak üzere en geç altı ayda bir değerlendirme yapılacaktır. Hükümlünün hükmün infazına başlaması ile birlikte, ceza infaz kurumlarında bulunduğu süre içerisindeki tutum ve davranışları, kurum düzeni ve güvenliğine katkısı, yükümlülüklerini yerine getirmesi ile yürütülen iyileştirme ve topluma kazandırma programlarına katılımı sonucunda gösterdiği gelişim ölçülerek yapılacak puanlamada hükümlülerin katıldıkları eğitim-öğretim faaliyetleri, psiko-sosyal yardım programları, destekleyici programlar ile infaz sürecindeki tutum ve davranışları artı puan, aldığı disiplin cezaları eksi puan olarak değerlendirilecek, bu puanlamaya göre iyi hâl değerlendirmesine esas olmak üzere gelişim puanı belirlenecektir. Yukarıda da vurgulandığı üzere belirlenen puan başta denetimli serbestlik ve koşullu salıvermede dikkate alınacak olan iyi hal değerlendirmesinde esas alınacaktır.

¹⁰⁹ "... Hükümlünün cezasının infazı sırasında işlemiş olduğu disiplin suçu nedeniyle hücre cezası yerine 3 ay ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezası aldığı bu cezanın 30/08/2011 tarihinde infaz edildiği, 5275 sayılı yasanın 48/4-f ve g bentleri gereğince cezanın infazından 1 yıl geçtikten sonra ancak iyi halli olarak kabul edilebileceği nazara alındığında hükümlü hakkında karar verildiği tarihte iyi halli olmadığı dolayısıyla aynı yasanın 105/a maddesinden yararlanması için yasal imkan bulunmadığından itirazın bu gerekçe ile reddi yerine kabulüne karar verilmesi yasaya aykırı görüldüğünden Adana 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 10/05/2012 tarih 2012/513 sayılı kararının kanun yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir..." 1. CD., 2012/5821 E., 2012/10166 K., 31/12/2012 T.

¹¹⁰ ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 57; ÇAKIR, Kerim, "Hapis Cezasının Koşullu Salıverilme Uygulanarak İnfazı", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2020, C. 26, S. 2, s. 671.

Öte yandan disiplin cezasının tamamı infaz edilip kaldırılması koşullu salıverilme bakımından da temel koşullardan biridir. 5275 sayılı Kanun'un "*Disiplin cezasını gerektiren eylemlerin tekrarı, disiplin cezalarının infazı ve kaldırılması*" kenar başlıklı 48'inci maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendinde disiplin cezalarının tamamı infaz edilip kaldırılmadıkça koşullu salıverilme işleminin yapılamayacağı ancak bu sürenin hak ederek salıverme tarihini geçemeyeceği düzenlenmiştir. Maddedeki düzenlemeden de anlaşılacağı üzere disiplin cezaları infaz edilip kaldırılmadıkça hükümlünün koşullu salıvermeden faydalanması mümkün değildir. Dolayısıyla hükümlünün koşullu salıverilme tarihi gelmiş olsa bile, eğer hükümlü hakkında verilmiş olan disiplin cezası infaz edilip kaldırılmamışsa hükümlünün koşullu salıvermeden faydalanması mümkün değildir¹¹¹.

İnfaz Yönetmeliğinin 110'uncu maddesinde yer alan düzenleme uyarınca hükümlü hakkında verilmiş ve henüz kaldırılmamış olan disiplin cezaları koşullu salıverilmeye engel teşkil eder. Ancak başlatılan disiplin soruşturması henüz tamamlanmamış olur ve hükümlünün koşullu salıverilme süresi dolmuş olursa, bu durumdaki hükümlünün iyi halli olup olmadığının takdiri idare ve gözlem kuruluna aittir. Hükümlünün iyi halli olduğuna ve olmadığına ilişkin kararlara karşı 4675 sayılı Kanun'a göre şikâyet yoluna başvurulabilir¹¹².

SONUÇ

Cezaevlerinde düzen bozucu davranışları sergileyen kişilerin cezalandırılması ve bu tip eylemlerin tekrarının önlenmesi bakımından kanun koyucu tarafından belirlenmiş bir kısım tedbirler bulunmaktadır. Bu noktada cezaevi personeline veya diğer hükümlü ve tutuklulara ya da cezaevinin ve diğer kişilerin eşyalarına zarar vermek suretiyle cezaevi düzenini bozan kişilere yönelik olarak bir kısım disiplin ceza ve tedbirlerinin uygulanması gerekir. Burada önemli olan disiplin suç ve cezalarının kanuniliği ilkesine uygun hareket edilmesidir. İdarenin keyfi hareket etmesinin önlenmesi bakımından kanunun suç saymadığı eylemlerin disiplin soruşturmasına konu edilmemesi gerekir. Aynı şekilde suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin ve Anayasa'nın açık hükmü gereğince hükümlülere uygulanacak disiplin suç ve cezaları kanunla belirlenmek zorundadır. Dolayısıyla kanun hükmünde kararname, tüzük veya yönetmelikle disiplin suç veya cezası belirlenemez. Aynı şekilde kıyas yoluyla da disiplin suç ve cezası ihdas edilemez.

¹¹¹ GÜNAY, s. 55.

¹¹² ARAS / GÜVERÇİN, s. 169.

Öte yandan infaz sürecinde disiplin soruşturmaları bakımından maksada uygunluk prensibi çerçevesinde hareket edilmesi faydalı olacaktır. Özellikle ilk defa tipik bir eylemi gerçekleştiren ve geçirmiş olduğu infaz sürecinden aynı eylemi tekrarlaması beklenilmeyen hükümlü hakkında doğrudan disiplin ceza ve tedbiri uygulamak yerine kendisinin uyarılması hükümlünün infaz sürecinin olumlu geçmesi bakımından daha faydalı olacaktır. Ancak Türk infaz mevzuatı incelendiğinde disiplin cezalarının derhal uygulanması yerine ilgilinin uyarılması konusunda cezaevi idaresine takdir hakkı tanıyan bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu mevzuattan kaynaklanan sıkıntının giderilmesi adına Kanun'da yasal değişiklik yapılması yerinde olacaktır. Ayrıca Kanun'da öngörülen her bir disiplin cezasının getiriliş amacı ve kanun koyucunun uygulanmasını öngördüğü alanın iyi belirlenmesi gerekir. Kanun'un dar yorumlanarak her tipik eylemden dolayı otomatik olarak herhangi bir bireyselleştirme yapılmadan disiplin cezası verilmesi infazın amacına aykırı olacaktır.

Suç soruşturmalarında önemli olduğu gibi disiplin soruşturmaları bakımından da bireyselleştirme önem arz etmektedir. Disiplin cezaları uygulanırken hükümlünün Kanun'a aykırı eyleminin niteliği, kişiliği, ilk disiplin ihlali mi veya tekrür eden ihlal mi olup olmadığına ilişkin olguların dikkate alınması gerekir. Dolayısıyla disiplin cezalarının uygulamada mağduriyetlere sebebiyet vermemesi ve infazın amacına ulaşabilmesi bakımından her bir tipik eylem ile birlikte 5275 sayılı Kanun'un 37'nci maddesinin birlikte yorumlanması ve buna göre bir bireyselleştirme yapılması gerekir.

İnfaz sürecinin etkin, ıslah edici ve onarıcı olarak tamamlanabilmesi bakımından cezaevi güvenliğinin, disiplininin ve düzeninin sağlanması bakımından alınan tedbirlerden biri olan disiplin soruşturmaları bir cezalandırma ve bedel ödetme aracı olmaktan ziyade infazın temel amacını sağlayıcı bir tedbir olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle disiplin soruşturmaları bir yıldırma veya baskı aracı olmaktan ziyade infazın evrensel amaçlarına hizmet etmek üzere kullanılmalı ve infaz kurumlarının bu yönde idari ve yargısal denetimlerinin yapılması gerekir. Bu bağlamda disiplin cezalarının açık cezaevine ayrılma ile denetimli serbestlik ve koşullu salıverilmeden faydalanma noktasında ortaya çıkan sonuçları dikkate alındığında tutuklu ve hükümlülere verilen bütün disiplin cezalarının disiplin kurulu tarafından verilmesi ve disiplin cezası veren disiplin kurulu na cezaevinin bağlı olduğu cezaevi savcısının başkanlık etmesini sağlayacak yasal değişikliklerin yapılması yerinde olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA / REFERENCES

- AIHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İçtihadına İlişkin Rehber, **Mahpus Hakları**, <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/482020134215mahpus%20haklar%C4%B1%20olarak%20de%C4%9Fi%C5%9Ftirelim%20ba%C5%9Fi%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf>, İET. 23/07/2022.
- AKYILMAZ, Bahtiyar, “Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2002, C. 6, S. 1-2, s. 239-262.
- ALTINSOY, Bülent, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Mahkûmların Özel Hayatı”, **TBB Dergisi**, Y. 2014, S. 115, s. 37-60.
- ARAS, Bahattin, **Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- ARAS, Bahattin / GÜVERÇİN, Sezgin, **İnfaz Hukuku**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ARSLAN, Çetin / KAYANÇİÇEK, Murat, “Hükümlü ve Tutuklunun Telefon ile Haberleşme Hakkı (İK m.66)”, 28/05/2022, <https://www.cetinarслан.com.tr/wp-content/uploads/2022/05/Hukumlu-ve-Tutuklunun-Telefon-ile-Haberlesme-Hakki-İK-m.-66.pdf>, (İET: 28/07/2022), s. 1-15.
- ARTUK, Mehmet Emin / GÖKÇEN, Ahmet / YENİDÜNYA, Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- ATALAY, Osman, “Disiplin Soruşturması Yapılırken Dikkat Edilecek Hususlar”, http://www.infazhukuku.org/index.php?option=com_content&view=article&id=115:disiplin-soruturma-yapılırken-dikkat-edilecek-hususlar&catid=45:mak&Itemid=53, İET. 09/08/2022.
- ATALAY, Osman / ÖZGELEN, Mustafa Safa, **İnfaz Hukuku Ders Kitabı**, Türkiye Adalet Akademisi Yayını No: 25, Ankara, 2013.
- BOZ, Selman Sacit, “Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2017, C. 25, S. 2, s. 15-41.

- BULUT, Metin, “Kamu Görevlileri Disiplin Hukukunda Kanunilik İlkesini Yeniden Düşünmek”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y. 6, Aralık 2018, S. 12, s. 227-277.
- CENGİZ, Serkan / DEMİRBAĞ, Fahrettin / ERGUL, Teoman / MCBRIDE, Jeremy/TEZCAN, Durmuş, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Şen Matbaa, Ankara, 2008.
- COYLE, Andrew, **Cezaevi Yönetimini İnsan Haklarını Göz Önüne Alan Bir Yaklaşım**, Uluslararası Araştırmaları Merkezi, Londra, 2002, (<https://prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/turkish3.pdf>, İET: 12/07/2022.
- ÇAKIR, Kerim, “Hapis Cezasının Koşullu Salıverilme Uygulanarak İnfazı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2020, C. 26, S. 2, s. 669-698.
- DEMİRBAŞ, Timur, **İnfaz Hukuku**, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- DOĞRU, Osman / NALBANT, Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, C. 1, Avrupa Konseyi - T.C. Yargıtay Başkanlığı Yayını, Ankara, 2012.
- EŞİTLİ, Ezgi Aygün, “Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, **TBB Dergisi**, Y. 2013, S. 104, s. 225-246.
- GÜNAY, Erhan, **Hükümlü Disiplin Ceza ve Tedbirleri - Duraksama Yaratan Sorunlar ve Yanıtlar - Lehe Kanun Uygulaması**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- GÜNGÖR, Burak, “Hükümlülerin Haberleşme Hürriyetine Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y. 6, Aralık 2018, S. 12, s. 511-536.
- GÜNGÖR, Devrim / OKUYUCU-ERGÜN, Güneş, “Ceza Muhakemesinde Bekletici Sorun Kararının Dava Zamanaşımının Durmasına Etkisi”, **TBB**, Y. 2009, S. 83, s. 68-72.
- HANÇER, Çağrı, **5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda Belirtilen Disiplin Cezaları ve Tedbirleri**, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Mersin, 2018.
- HATİPOĞLU, Mehmet, “Kamu Görevlilerine Disiplin Cezalarının Uygulanmasında Ölçülülük İlkesi”, **TBB Dergisi**, Y. 2019, S. 143, s. 181-220.
- HÜSEYİNOĞLU, Emin, “Yargı Kararları Işığında Disiplin Hukukunda Suçta ve Ceza-da Kanunilik İlkesi”, **TBB Dergisi**, Y. 2022, S. 158, s. 103-124.
- KALABALIK, Halil, **İdare Hukuku Dersleri**, 2. Cilt, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- KAYA, Cemil, “Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hakim Olan Temel İlkeler”, **Amme İdaresi Dergisi**, Y. 2005, C. 38, S. 2, s. 61-87.
- MÜCAHİT KÜÇÜK, Çolpan, “Kanunilik İlkesinin Memur Disiplin Hukukunda Uygulanabilirliği”, **YBHD**, Y. 6, S. 2021/2, s. 146.

- OSMANOĞLU, Bilal / PARLAK, Oğuzhan Emre, “Mahpusların Ailesi ve Yakınlarıyla Görüşme Hakkı”, **YÜHFD**, Y. 2021/1, C. XVIII, s. 237-290.
- ÖZBEK, Veli Özer, **İnfaz Hukuku**, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- ÖZGENÇ, İzzet / ŞAHİN, Cumhur, **İnfaz Hukuku**, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ÖZKAVALCI, Nimet, **İnfaz Hakimliği**, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ÖZMEN, Metin, **Türkiye’de Cezaevlerinin İdari Açısından Denetimi**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007.
- PREVEZE, Levent, **Tutuklu ve Hükümlülere Yönelik Disiplin Soruşturması Süreci**, Karina Yayınevi, Ankara, 2017.
- SAĞLAM Mehmet, **Türk Personel Hukukunda Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması**, Mahalli İdareler Derneği Yayınları, Ankara, 2003.
- SEVER, D. Çiğde, “Hapishane İdarelerinin Yetkileri ve Hapsedilen Haklarının Sınırı”, **TBB Dergisi**, Y. 2016, S. 122, s. 141-192.
- SEVÜK, Handan Yokuş, “Avrupa İnsan Hakları Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişimi”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2003, C. VII, S. 3-4, s. 335-384.
- TOK, Türker, “Ceza Muhakemesi Kanunundaki “İtiraz” ile İnfaz Hâkimliği Kanunundaki “İtiraz ve Şikâyet” Arasındaki Farklar”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Ocak 2007, S. 5, s. 135-139.
- TURHAN, Faruk / ALTIKAT, Abdurrahim, “Yeni Bir Ceza İnfaz Usulü Olarak Denetimli Serbestlik ve Bu Usulden Yararlanma Şartları”, **S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2012, C. 2, S. 2, s. 1-46.
- USTA, İbrahim/ ÖZTÜRK, Hakan, “Denetimli Serbestlik”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Y. 2010, S. 13, s. 7-46.
- YAVUZ, Hakan A., “Denetimli Serbestliğin Türk Ceza Adalet Sistemi İçerisindeki Genel Görünümü Üzerine”, **Adalet Dergisi**, Y. 2012, S. 42, s. 58-75.
- YILDIRIM, Turhan, “Kamu Yararı ve Disiplin Cezalarının Affı”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Y. 2001, C. 17, S. 1, s. 438-450.
- ZAFER, Hamide, “Savunma Hakkı ve Sınırları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2013, C. 19, S. 2, s. 507-540.
- ZOR, Burç Volkan, “Disiplin Hukukunda Uygulanan İdari Usul İlkeleri”, **TBB Dergisi**, Y. 2021, S. 155, s. 331-277.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Yoluyla Sosyal ve Ekonomik Hakların Dolaylı Olarak Korunması Üzerine Değerlendirmeler^(*)

Evaluations on the Indirect Protection of Social and Economic Rights Through the European Convention on Human Rights

Ersin BAYRA^(**)

Öz:

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) esas olarak temel hakları güvence altına almıştır. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kayda değer sayıda davada, sosyal ve ekonomik haklara ilişkin uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmuştur. AİHM içtihadı incelendiğinde, sosyal ve ekonomik haklar alanında medeni ve siyasi haklara uygulanan rejimden farklı olarak, başvuruya konu hakla ilişkin değerlendirme yapmaktan kaçınılarak, doğrudan toplum ile bireyin çıkarları arasında olması beklenen adil dengenin kurulup kurulmadığı test edilmektedir. Bununla birlikte AİHM, sosyal ve ekonomik hakları AİHS kapsamında korurken, temel haklara ilişkin perspektifini kullanmayı sürdürmektedir. Bu doğrultuda, kimi zaman adil yargılanma hakkı ve ayrımcılık yasağı gibi AİHS hükümlerine başvurulmakta, ayrıca sosyal ve ekonomik haklar AİHS’te yer alan diğer haklarla ilişkisi üzerinden ele alınmaktadır. Çalışmada, sosyal ve ekonomik hakların, AİHS yoluyla korunma imkânı üzerinde durulmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

Adil Denge Testi, Kademeli Gerçekleştirme, Pozitif Yükümlülük, Sosyo-Ekonomik Haklar, Usuli Adalet.

Abstract:

The European Convention on Human Rights (ECHR) guarantees fundamental rights. The European Court of Human Rights (ECtHR) has arbitrated disputes regarding social and economic rights in a sizable number of instances. When the ECtHR’s case law is considered, it varies from the regime used for civil and political rights, as it comes to social and economic rights, by avoiding making an assessment of the right that is the subject of the application, it is determined if the fair balance that is

^(*) **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 07.02.2023

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 02.03.2023

DOI: 10.58733/imhfd.1267356

Bu makaleye atf için: BAYRA, Ersin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Yoluyla Sosyal ve Ekonomik Hakların Dolaylı Olarak Korunması Üzerine Değerlendirmeler”, **İMHFD**, C. 8, S. 1, 2023, s. 63-113.

^(**) Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı / İstanbul - Türkiye

E-posta: aebayra@medipol.edu.tr

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3391-6707>

anticipated to be achieved between the interests of society and the individual is in place. Nonetheless, it should be highlighted that the ECtHR continues to uphold social and economic rights under the ECHR while maintaining its stance on basic rights. In this context, the ECHR's protections for the right to a fair trial and against discrimination are occasionally used. In this way, the ECHR also discusses social and economic rights in relation to other rights. The study concentrates on whether the ECHR can be used to defend social and economic rights in this context.

Keywords:

Fair Balance Test, Gradual Realization, Positive Obligation, Procedural Justice, Socio-Economic Rights.

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM-Mahkeme), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS-Sözleşme) yer alan hakların yorumlanması ve uygulanmasıyla görevli, uluslar üstü bir mahkemedir. 1950 yılında, Avrupa Konseyi himayesinde imza altına alınan AİHS, dönemin şartlarına uygun olarak¹ medeni ve siyasi hakları güvence altına almaktadır. Sosyal, ekonomik ve kültürel haklar ise Avrupa Konseyi bünyesinde Avrupa Sosyal Şartı'nda (ASS-Şart) düzenlenmiştir.² Dolayısıyla bu hak grubu, AİHM'in yetki alanına dahil değil gibi görünmektedir. Bununla birlikte yıllar içinde AİHM, sosyo-ekonomik alanın medeni ve siyasi haklardan tamamen ayrı tutulamayacağını kabul etmiştir.³ Gerçekten de sosyal, ekonomik ve kültürel hakların; AİHM bünyesinde korunabilir haklar olup olmadığı, son yıllarda hem öğretide hem de Mahkeme kararlarında sıklıkla gündeme gelmektedir.⁴

AİHM'in *Airey v. İrlanda* davasında vermiş olduğu karar, bu hususta başlangıç noktasını temsil etmektedir. Mahkeme kararın gerekçesinde, sosyo-ekonomik haklar ile medeni ve siyasi haklar arasında kesin bir ayırım olmadığını ve AİHS'te tanınan hakların sosyal boyutlarının da bulunduğunu belirtmiştir.⁵ Ancak bu vurguya rağmen, sosyal ve ekonomik haklara halen medeni ve siyasi haklar kadar

¹ Medeni ve siyasi haklar ile sosyo-ekonomik haklar, birey ve devlet ilişkisi bakımından farklı siyasi felsefenin ürünleridir. Medeni ve siyasi haklar, devlet-birey ilişkisinde devletin özgürlüğe yönelik potansiyel bir tehdit olarak ele alır. Sosyo-ekonomik haklar, politik tercihlere yön veren ahlaki değerlere dayalı bir devlet anlayışı ile ilişkilidir. Bkz. PALMER, Ellie, "Protecting Socio-Economic Rights through the European Convention on Human Rights: Trends and Developments in the European Court of Human Rights", *Erasmus Law Review*, Y. 2009, C. 2, S. 4, s. 400.

² DAHLBERG, Maija. "Should Social Rights be Included in Interpretations of the Convention by the European Court of Human Rights?" *European Journal of Social Security*, Y. 2014, C. 16, S. 3, s. 252.

³ LEIJTEN, Ingrid, *Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, s. 1.

⁴ KOCH, Ida Elisabeth, "Economic, Social and Cultural Rights as Components in Civil and Political Rights: A Hermeneutic Perspective", *The International Journal of Human Rights*, Y. 2006, C. 10, S. 4, s. 405; PALMER, s. 408.

⁵ *Airey v. İrlanda*, (Başvuru No: 6289/73), 9 Ekim 1979, para. 26, s. 12.

önem verilmemektedir.⁶ Buna karşın AİHM'in sosyo-ekonomik ile medeni ve siyasi haklar arasında kesin bir ayırım olmadığını, yani insan hakları arasında temelde bir ayrılık bulunmadığını kabul etmesi oldukça önemlidir. Nitekim insan haklarının bölünmez olduğu fikri, sosyo-ekonomik hakların AİHS kapsamında yargılanabilirliğini mümkün hale getirmektedir. Ayrıca etkili koruma ilkesi, pozitif yükümlülüklerin tanınması ve AİHS'in canlı bir araca (*living instrument*) benzetilmesi⁷ gibi genişletici yorumlama yöntemleri; Sözleşme kapsamında yer almasa bile sosyo-ekonomik haklara ağırlık verilmesine imkân tanımaktadır.⁸

Bu doğrultuda, yıllar içinde Mahkeme birçok sosyal ve ekonomik hakka ilişkin karar vermiştir. Ancak ifade etmek gerekir ki Mahkeme sosyo-ekonomik hakların doğrudan Sözleşme kapsamında koruma altına alınmadığının altını çizmektedir.⁹ Bu bakımdan AİHM bir yandan sosyo-ekonomik hakları, medeni ve siyasi hakları geniş yorumlama yoluyla dolaylı olarak Sözleşme'ye dahil ederken, diğer yandan AİHS'in sosyo-ekonomik hakları içermediğini vurgulamaktadır. Burada mahkemelerin ekonomik veya sosyal politikalara değinen konularda karar vermesinin meşru olup olmadığı hususu gündeme gelmektedir.¹⁰ Bu kapsamda çalışmada sosyo-ekonomik hakların Sözleşme kapsamında davaya konu edilebilirliği tartışılacaktır. Lakin bunun için AİHS'in kendi sınırlamaları yerine, AİHM'in medeni ve siyasi hakların pozitif boyutlarının geliştirilmesine yönelik aşamalı yaklaşımı esas alınacaktır. Bu sebeple Mahkeme'nin, Sözleşme metninde yer almamasına rağmen sosyal ve ekonomik hakları hangi AİHS hükümleri altında kategorize ederek meşrulaştırmayı başardığı üzerinde durulacaktır.

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA SOSYAL VE EKONOMİK HAKLAR

A. Sosyal ve Ekonomik Hakların Sözleşme Metnine Dolaylı Olarak Dahil Edilmesi

AİHM; konu bakımından (*rationae materiae*) sadece AİHS ve Ek Protokolleri'nde yer alan hak ve özgürlüklerle sınırlıdır.¹¹ Bu doğrultuda korunmayan

⁶ BINDER, Christina / SCHOBESBERGER, Thomas, "The European Court of Human Rights and Social Rights - Emerging Trends in Jurisprudence", *Hungarian Yearbook of International Law and European Law*, 2015, s. 51.

⁷ Tyer v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 5856/72, 25 Nisan 1978, para. 31.

⁸ DAHLBERG, s. 253.

⁹ Pancenko v. Letonya, Başvuru No: 40772/98, 28 Ekim 1999, para. 2.

¹⁰ BINDER / SCHOBESBERGER, s. 55.

¹¹ DOĞAN, İlyas, *İnsan Hakları Hukuku Ders Kitabı*, 1. Baskı, Astana, Ankara, 2012, s. 312.

hak ve özgürlüklere ilişkin başvuruların Sözleşme madde 35/3 uyarınca konu bakımından bağdaşmaz olduğuna karar verilmektedir.¹² Benzer şekilde, aleyhine başvuru yapılan devlet AİHS'e ya da ihlâl edildiği ileri sürülen hakkın düzenlendiği Ek Protokol'e taraf değilse, başvuru yine konu bakımından bağdaşmaz olacaktır. Bu kapsamda, birçok sosyal ve ekonomik hakkın ihlalden kaynaklanan başvuru, ilgili hak Sözleşme ve Ek Protokollerle korunmadığından, AİHM tarafından konu bakımından yetkisizlik nedeniyle reddedilmektedir.¹³

Öyle ki AİHS tipik bir medeni ve siyasi haklar belgesidir ve klasik hakları içermektedir. Bu yüzden başlangıçta sosyal ve ekonomik haklar açıkça dışarıda bırakılmıştır.¹⁴ Sendikal haklar, adli yardım alma hakkı gibi birkaç istisna dışında AİHS ve Ek Protokollerini normatif olarak sosyal haklara yer vermemektedir.¹⁵ Zira sosyal ve ekonomik haklar Avrupa Konseyi'nin insan haklarını koruma rejimi kapsamında ayrı bir sözleşme olan Avrupa Sosyal Şartı ile korunmaktadır.¹⁶ Öte yandan Sözleşme ile güvence altına alınmış olan hak ve özgürlükler, açıkça tanımlanmamış olup kavramsal olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla AİHS kapsamında düzenlenen hak ve özgürlüklerin sınırlarını açıkça saptamak mümkün değildir. Lakin bu durum aynı zamanda Sözleşme'de açıkça yer almayan hak ve özgürlüklerin Sözleşme'nin koruma kapsamına girme olasılığına kapı açmaktadır.¹⁷ Ancak hangi sosyo-ekonomik garantilerin Sözleşme kapsamına girdiği hala açık değildir.¹⁸

İfade etmek gerekir ki Sözleşme'nin *yaşayan belge* karakteri, kapsadığı alanın sürekli olarak genişlemesine imkân tanımaktadır. Bu kapsamda zaman içinde AİHS'in pozitif yükümlülükler de içerdiği, bu nedenle Mahkeme'nin

¹² ÇINAR, İbrahim, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yargı Yetkisi ve Mağdurluk Statüsü", **Bireysel Başvuru**, Ed. Musa Sağlam, Ankara, 2. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2013, s. 177.

¹³ ERGÜL, Ergin, **Anayasa Mahkemesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması**, Yargı Yayınevi, Ankara, 2012, s. 96.

¹⁴ LEIJTEN, Core Socio-Economic Rights, s. 15-42.

¹⁵ BREMS, Eva, "Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights", **Exploring Social Rights Between Theory and Practice**, Ed. Daphne Barak-Erez ve Aeyal M. Gross, Hart Publishing, Oregon, 2007, s. 135.

¹⁶ Avrupa Sosyal Haklar Komitesi (Komite), esas olarak devlet raporlarını inceleyerek Şart'ın uygulanmasını izlemektedir. Ayrıca Şart'ın 1998'de yürürlüğe giren 1995 tarihli bir protokolü ile bir toplu şikâyet prosedürü getirilmiştir. BREMS, s. 135-136.

¹⁷ GÖLCÜKLÜ, A. Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Genişletilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 52.

¹⁸ LEIJTEN, Ingrid "Defining the Scope of Economic and Social Guarantees in the Case Law of the ECtHR", **Shaping Rights in the ECHR, The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights**, Ed. Eva Brems ve Janneke Gerards, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, s. 114.

sosyal ve ekonomik çıkarları da Sözleşme kapsamında değerlendirdiği görülmüştür.¹⁹ Böylece sosyal güvenlik,²⁰ barınma,²¹ sağlık²², çevre kirliliği²³ ve hatta daha detaylı olarak izah edecek olursak uçak gürültüsü²⁴ ve atık toplama²⁵ gibi uyuşmazlıkları da gündemine alınmıştır. Bu doğrultuda oluşan içtihadı göre sosyal ve ekonomik hakların ayırt edici özelliği, bu hakların pozitif devlet yükümlülükleri bağlamında tanınmasıdır.²⁶ Böylece sosyo-ekonomik haklar, insan haklarının bütünselliği yaklaşımı altında sözleşme hükümleri ile irtibatlı olarak değerlendirilmektedir.²⁷

Bu bakımdan, her ne kadar Sözleşme metninde doğrudan yer almıyor olsa da, AİHM sosyo-ekonomik hakları pozitif yükümlülükler çerçevesinde AİHS kapsamında değerlendirmektedir. Bu noktada Sözleşme kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin tanınmasını gerekçelendirmek için *insan haklarının bütünselliği* ve *etkili koruma* gibi ilke ve prensiplere başvurmaktadır. Bu doğrultuda çalışmanın devamında, AİHM'in sosyal ve ekonomik hakları Sözleşme kapsamında dolaylı olarak koruduğu içtihadına değinmeden evvel, söz konusu ilke ve prensiplere kısaca değinilecektir.

B. İnsan Haklarının Bütünselliği

Türkçe literatürde, haklar genel olarak Alman hukukçu Jellinek'in tipolojisi izlenerek sınıflandırılmaktadır.²⁸ İnsan haklarına ilişkin uluslararası belgelerde

¹⁹ LEIJTEN, Core Socio-Economic Rights, s. 15-42.

²⁰ Stec v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 65731/01 ve 65900/01, 6 Temmuz 2005, para. 51, Béláné Nagy v. Macaristan, Başvuru No: 53080/13, 10 Şubat 2015, para. 37; Maggio ve Diğerleri v. İtalya, Başvuru No: 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 ve 56001/08, 31 Mayıs 2011, para. 55.

²¹ Chapman v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 27238/95, 18 Ocak 2001, para. 99; Bah v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 56328/07, 27 Eylül 2011, para. 40; Winterstein v. France, Başvuru No: 27013/07, 17 Ekim 2013.

²² Dubetska v. Ukraine, Başvuru No: 30499/03, 10 Şubat 2011.

²³ Kyrtatos v. Yunanistan, Başvuru No: 41666/98, 22 Mayıs 2003, para. 52; Fadeyeva v. Rusya, Başvuru No: 55723/00, 9 Haziran 2005, para. 68.

²⁴ Hatton ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 36022/97, 8 Temmuz 2003, para. 135.

²⁵ Di Sarno v. İtalya, Başvuru No: 30765/08, 10 Ocak 2012, para. 109.

²⁶ BREMS, s. 136.

²⁷ MÖLLER, Kai, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 9.

²⁸ GÖZLER, Kemal, *İnsan Hakları Hukuku*, 4. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, Şubat 2022, s. 152-154.

Burada negatif statü hak grubu ile devletin bireyin özel alanına müdahale etmeme şeklinde bir menfi davranışta bulunma yükümlülüğüne işaret edilmektedir. Bkz. BULUT, Nihat, *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*, XII Levha, İstanbul, 2009, s. 33. Buna göre Kapani'nin ifadesi ile *devletten gölge etmemesi* beklenmektedir. Bkz. KAPANİ, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, Yetkin, Ankara, 2013, s. 6.

Tarihsel gelişim süreci içinde kişi özgürlükleri ve siyasal haklar temelde aristokrasi-burjuvazi çatışması sonucu ortaya çıkmıştır. Detaylı bilgi için TANÖR, Bülent, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, May

ise haklar genelde üç kuşağa ayrılarak ele alınmaktadır.²⁹ Örneğin Birleşmiş Millet (BM) bünyesinde Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (ESKHS) ile Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MSHUS) bu ayrım sonucu düzenlenmiş uluslararası insan hakları belgelerindedir. Aynı durum bölgesel düzeyde Avrupa için de geçerlidir. Öyle ki her iki nesil hak grubu AİHS ve AŞŞ olmak üzere farklı belgelerde yer almaktadır. İfade etmek gerekir ki bir normu medeni ve siyasi veya sosyo-ekonomik olarak nitelendirmek kolaydır. Ancak insan hakları ihlallerini belirli bir norm ile ilişkilendirmek her zaman mümkün olmayabilir.³⁰

Sokakta biriken çöplerden şikâyet edildiğinde bunun özel hayata mı, sağlığa mı, yoksa temiz bir çevrede yaşama hakkına ilişkin olduğunu belirlemek

Yayımları, İstanbul, 1978, s. 44-46; KABOĞLU, İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuk**, 6. Baskı, İmge, 2002, s. 41-43. Bu doğrultuda ortaya çıkışları bakımından negatif karakter gösteren medeni ve siyasi haklar birinci kuşak altında bulunmaktayken pozitif yönü ağır basan sosyal ve ekonomik haklar ikinci kuşakta yer almaktadır. Bkz. AKAD, Mehmet / VURAL DİNÇKOL, Bihterin / BULUT, Nihat, **Genel Kamu Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 18. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2022, s. 301.

Bu noktada ifade etmek gerekir ki öğretilerde sosyal ve ekonomik hakların korunma seviyesini azaltan geleneksel negatif-pozitif hak ayrımı yerine *saygı duymak*, *korumak* ve *yerine getirmek* şeklindeki üçlü terminoloji önerilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. KOCH, Economic, Social and Cultural Rights, s. 406-407.

Burada *saygı gösterme yükümlülüğü* devletin ilgili hakka müdahale etmekten kaçınmasını, *koruma yükümlülüğü* üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen ihlallerin devlet tarafından önlemesini ve *yerine getirme yükümlülüğü* ise devletin hakların tam olarak gerçekleştirilmesine yönelik -adli, idari, bütçe vb.- uygun önlemleri almasını gerektirmektedir. Bkz. KOCH, Social Rights as Components, s. 32.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki öğretilerde yatay ve dikey nitelikteki pozitif yükümlülükler arasında ayrım yapan bir tipoloji de bulunmaktadır. Buna göre yatay pozitif yükümlülükler bireyler arasında, dikey olanlarsa devlet birey ilişkisinde söz konusu olmaktadır. Ancak uygulamada buna dair net bir ayrım yapmak her zaman kolay olmamaktadır. Bkz. BEIJER, the Limits of Fundamental Rights, s. 58.

Diğer taraftan AİHM pozitif yükümlülükler açısından usuli ve esasi olmak üzere ikili bir ayrıma daha gitmektedir. Genel olarak esasa yönelik yükümlülükler önleyici, usule dair olanlarsa hukuk yollarına ilişkindir. Bununla birlikte uygulamada bu yükümlülüklerin birbirleri ile etkileşimi nedeniyle bu ayrım her zaman net olarak yapılamaz. Bkz. AKANDJI-KOMBE, s. 5-17.

Bununla birlikte öğretilerde üçlü yükümlülük yaklaşımının tercih edilmesi durumunda AİHS bağlamında sosyal, ekonomik ve kültürel hakların daha etkili bir şekilde korunabileceği ifade edilmektedir. Bkz. KOCH, Social Rights as Components, s. 32; BEIJER, the Limits of Fundamental Rights, s. 57; KOCH, The Justifiability of Indivisible Rights, s. 9.

²⁹ ARSLAN ÖNCÜ, Gülay, **Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, Beta, 2011, Ankara, s. 287.

³⁰ Klasik sosyal hak anlayışı, daha çok yerine getirme düzeyiyle ilgili olduğundan bütçesel etkilerinin daha yoğun olduğu açıktır. Buna karşın medeni haklar genellikle yalnızca saygı gösterilerek yerine getirilebilecek haklar olarak kabul edilir. Oysa pratikte ayrım bu kadar net değildir. Nitekim barınma hakkı gibi bir sosyal hak birinci derecede saygı gösterilerek, mesela tahliyeden kaçınılarak yerine getirilebilirken, bir medeni hak olan yaşam hakkını korumak için devlet inisiyatifli gerekmektedir. Örneğin bunun için devletin bebek ölümlerini azaltmak ve yaşam beklentisini artırmak için olumlu önlemler alması lüzumludur. Dolayısıyla üçlü terminoloji sosyal ve ekonomik hakların negatif statü yönü dışında, medeni hakların kaynak talep eden boyutunu da düşünmeye sevk eder. Bu da insan haklarının bütünsel kabul edilmesini kolaylaştırmaktadır. Bkz. KOCH, The Justifiability of Indivisible Rights, s. 10; KOCH, Social Rights as Components, s. 31.

zordur.³¹ Öte yandan vatandaşlık, mülkiyet veya evlenme hakkı gibi bazı medeni hakların sosyal sonuçları bulunmaktadır.³² Üstelik birçok medeni hakkın yerine getirilmesi devletin katılımına veya desteğine bağlıdır ve kayıtsız kalması durumunda sorumluluğu doğabilmektedir.³³ Diğer taraftan, negatif haklar gibi pozitif haklar da devletlere olumsuz yükümlülükler getirebilmektedir. Söz gelimi gıda ürünlerinin bol olduğu bir yerde ihracatı teşvik eden politikalardan vazgeçilmesi beslenme hakkının gerçekleşmesini kolaylaştıracaktır.³⁴

Maliyet açısından ele alındığında ise bazı hakların diğerlerine kıyasla daha fazla kaynak talep ettiği doğrudur. Bununla birlikte kimi zaman devletin hareketsiz kalması da maliyete neden olmaktadır.³⁵ Diğer yandan normatif olarak daha belirgin ve derhal uygulanabilir nitelik taşıdığı söylene de ayrımcılık ya-sağı gibi bazı negatif statü haklar için durum bunun tam tersidir.³⁶ Bu gibi nedenlerle medeni ve siyasi haklar ile sosyal ve ekonomik haklar arasındaki ayrımın göreceli ve hatta yapay olduğu ortaya çıkmaktadır.³⁷ Öyle ki tüm haklar karşılıklı olarak birbirine bağımlı ve bölünmezdir.³⁸

Sosyal ve ekonomik haklar klasik hakların gerçekleşebilmesini sağlar, ancak klasik hakların varlığı sosyo-ekonomik çıkarların gerçekleşebilmesi için zorunludur. Dolayısıyla insan hakları birçok farklı açıdan tasnife tabi tutulabiliyor olsa da temelde birbirleriyle çatışma yahut yarışma içinde değildir. Bu doğrultuda aralarında bir hiyerarşi de bulunmamaktadır. Zira bu hakların her biri nihai olarak insan onurunu korumaya yöneliktir.³⁹ Buna rağmen konut ve sağlıklı yaşam hakkı gibi sosyo-ekonomik hakların doğrudan dava edilebilirliği tar-

³¹ Di Sarno ve Diğerleri v. İtalya, Başvuru No: 30765/08, 10 Ocak 2012, para. 109.

³² KOCH, Ida Elisabeth. "Social Rights as Components in the Civil Right to Personal Liberty: Another Step Forward in the Integrated Human Rights Approach", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Y. 2002, C. 20, S. 1, s. 38.

³³ M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan, Başvuru No: 30696/09, 21 Ocak 2011, para. 253.

³⁴ UYGUN, Oktay, "İnsan Hakları Kuramı", *İnsan Hakları*, YKY Yayınları, İstanbul, 2000, ss. 13-44, 33.

³⁵ KOCH, Social Rights as Components, s. 32; LEIJTEN, Defining the Scope of Economic and Social Guarantees, s. 111.

³⁶ KOCH, The Justifiability of Indivisible Rights, s. 8.

³⁷ LEIJTEN, Defining the Scope of Economic and Social Guarantees, s. 111; GEMALMAZ, Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Beta, İstanbul, 2003, s. 662.

³⁸ DONNELLY, Jack, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, Çev. Mustafa Erdoğan ve Levent Korkut, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995, s. 38-41.

³⁹ TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SANCAKDAR, Oğuz / ÖNOK, Rifat Murat, *İnsan Hakları El Kitabı*, Beşinci Baskı, Seçkin, Ankara, 2014, s. 669. Aynı yönde bkz. ERTAN, İzzet Mert, *Sosyal Hakların Uluslararası Korunması ve Avrupa Sosyal Şartı Sistemi*, Beta, İstanbul, 2015, s. 11.

tışmalıdır.⁴⁰ Uluslararası ve bölgesel ölçekte pozitif hakların korunmasında şikayet prosedürlerinin daha çok raporlama usulüne dayanılmasının gerekçesi de bu görüşün sonucudur.⁴¹ Ancak yukarıda ifade edildiği üzere AİHS'te esas olarak negatif haklar düzenlenmiş olmasına rağmen AİHM, hakların bütünselliği yaklaşımı⁴² ile pozitif haklara ilişkin meselelerde de devreye girmektedir.⁴³

Bu doğrultuda Mahkeme sosyal ve ekonomik hakları -medeni ve siyasi hakların kapsamının yorumlanması yoluyla- dolaylı olarak Sözleşme bağlamında değerlendirmektedir.⁴⁴ Bu durum temel hakların *prizma karakterinden* yola çıkılarak açıklanmaktadır. Gerards'a göre temel haklar normatif sınırlarının ötesinde anlamlar taşımaktadır. Bu da tıpkı üzerine ışık düşmüş bir prizma içinde çeşitli renkler barındırmasına benzemektedir.⁴⁵ AİHM'in bu tavrı öğretide *bütüncül insan hakları yaklaşımı (integrated human rights approach)* şeklinde kavramsallaştırılmıştır. Bu gelişmeler negatif-pozitif hak ayrımının AİHM içtihadı nezdinde geçerliliğini yitirmeye başladığını göstermektedir.⁴⁶ Bu doğrultuda çalışmanın devamında insan haklarının bütünselliği ilkesinin normatif boyutuna değinilecektir.

C. Sözleşmeler Arası Normatif Bütünsellik ve Etkili Koruma Prensibi

AİHS medeni ve siyasi hakları korumayı amaçlamaktadır. Bununla birlikte zorla çalıştırma yasağı, sendika özgürlüğü, mülkiyet ve eğitim hakkı gibi sosyal ve ekonomik haklara Sözleşme metninde yer verilmiştir. Ancak bu haklar Sözleşme'de negatif olarak düzenlenmiştir. Bu durum, insan haklarının bütünselliği ilkesinin AİHS bağlamında normatif olarak açıklanmasını güçleştirmektedir.⁴⁷

⁴⁰ AKILLIOĞLU, Tekin, **İnsan Hakları - I**, A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 17, Ankara, 1995, s. 140.

⁴¹ BINDER / SCHOBESBERGER, s. 52-53.

⁴² Burada bütünsellik ilkesi ile kastedilen -hangi sınıflandırmaya tabi tutulduklarından bağımsız olarak bütün insan hak ve özgürlüklerinin değer, vazgeçilmezlik ve işlev bakımından eşit olduğudur. Üstelik insan hak kuşaklarının ve listelerinin bütünselliği ilkesi yalnızca kuramsal bir yaklaşım ibaret değildir. Zira somut ve hukuksal bir gerçekliktir. Detaylı bilgi için bkz. GEMALMAZ, Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 7. Baskı, Legal, İstanbul, 2010, s. 1567-1569.

⁴³ ARSLAN ÖNCÜ, Gülay, **Sosyal Devlet ve Küreselleşme Ekseninde Haksız İşten Çıkarılmama Hakkı**, Onikilevha, İstanbul, 2022, s. 79-80; LEIJTEN, Defining the Scope of Economic and Social Guarantees, s. 111.

⁴⁴ LEIJTEN, Core Socio-Economic Rights, s. 17; DAHLBERG, s. 255; BREMS, s. 138.

⁴⁵ GERARDS, Janneke, "The Prism of Fundamental Rights", **European Constitutional Law Review**, Y. 2012, C. 8, S. 2, s. 179-189, ss. 173-202.

⁴⁶ GEMALMAZ, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1571.

⁴⁷ KOCH, Economic, Social and Cultural Rights, s. 410.

Bu noktada, Sözleşme kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin tanınmasını gerekçelendirmek için *sözleşmeler arası normatif bütünsellik*⁴⁸ ve *etkili koruma* gibi ilke ve prensipler öne çıkmaktadır. Dolayısıyla çalışmanın bu bölümünde, uluslararası insan hakları hukukunda bütünsellik ilkesinin görünümüne değinmek gerekmektedir.

Zira aynı ya da farklı bir sistem içerisinde düzenlenmesinden bağımsız olarak insan hakları sözleşmeleri genelde normatif doku ve kapsam olarak bazı koşutluklar barındırmaktadır. Bu kapsamda yetkili organ, belgenin içerdiği hak ya da özgürlükler konusunda ortaya çıkan uyuşmazlığı çözüme bağlarken, bir diğer uluslararası insan hakları belgesine atıf yapabilmektedir. Zira atıf yapılan belgede uyuşmazlığa konu hak ya da özgürlük daha ayrıntılı veya kapsamlı düzenlenmiştir.⁴⁹ İfade etmek gerekir ki, AİHM de AİHS’te kullanılan kavram ve terimlerin anlamını belirlerken diğer uluslararası belgelere atıfta bulunmaktadır.⁵⁰

Örneğin Mahkeme, zorla çalıştırma yasağına ilişkin bir kararında Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) temel sözleşmelerinden 29 No.lu Zorla Çalıştırma Sözleşmesi’ne,⁵¹ çalışma hakkı bağlamında ASS’ye,⁵² emeklilik hakkına ilişkin bir meselede ILO 102 No.lu Sosyal Güvenlik (Asgari Standartlar) Sözleşmesi’ne⁵³ atıfta bulunmaktadır. Mahkeme’nin insan haklarının bölünmezliği yaklaşımının en iyi örneği ise *Sidabras ve Džiautas v. Litvanya* kararıdır.⁵⁴ Dava Rus İstihbarat Teşkilatı’ndan (KGB) ayrılan iki eski çalışana getirilen on yıl süreyle kamuda ve özel sektörde çalışma yasağına ilişkindir. Mahkeme kararında sosyal ve ekonomik haklar alanı ile Sözleşme’nin kapsamı arasında kesin bir ayırım

⁴⁸ Çeşitli uluslararası bildirge ve toplantılarda, insan haklarının bütünlüğü ilkesinden açıkça bahsedilmiştir. Örneğin bkz. UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), **General Comment No. 11: Plans of Action for Primary Education (Art.14 of the Covenant)**, 10 May 1999, E/1992/23, (Çevrimiçi) <https://www.refworld.org/docid/4538838c0.html> E.T. 10.01.2023. 1968 yılında yayınlanan Tahran Bildirgesi madde 13’te insan haklarının bütünselliği vurgulanmaktadır. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. KALABALIK, Halil, **İnsan Hakları Hukuku**, 5. Baskı, Seçkin, 2017, Ankara, s. 49-51.

⁴⁹ GEMALMAZ, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, s. 1572.

⁵⁰ Bu konuda AİHM içtihadı bağlamında değinilmesi gereken en önemli metin *insan haklarının bölünmez, birbirine bağımlı ve birbiriyle ilişkili olduğunu* belirten 1993 tarihli Viyana Beyannamesi ve Eylem Programı’dır. Zira Mahkeme, Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi 31. ve 33. maddelerinde yer alan yorum kurallarının kılavuzluğuna başvurduğunu belirtmektedir. Mahkeme için Sözleşme hükümleri AİHS’te korunan hak ve özgürlüklerin yorumlanmasında tek başvuru aracı olarak değerlendirilmemektedir. Bkz. Demir ve Baykara v. Türkiye, Başvuru No: 34503/97, 12 Kasım 2008, s. 6-7.

⁵¹ Van der Mussel v. Belçika, Başvuru No: 8919/80, 23 Kasım 1983, para. 32.

⁵² Stummer v. Avusturya, Başvuru No: 37452/02, 7 Temmuz 2011, para. 59.

⁵³ Carson v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 42184/05, 16 Mart 2010, para. 49-51.

⁵⁴ LEIJTEN, Core Socio-Economic Rights, s. 76.

olmadığını yineleyerek ASŞ'ye ve Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin (ASHK) yaptığı yorumlara ve ILO tarafından kabul edilen metinlere özel bir ağırlık verdiğini belirtmiştir.⁵⁵

İfade etmek gerekir ki, AİHM hatırı sayılır sayıda davada medeni ve siyasi hakların sosyal yönüne atıf yapmaktadır.⁵⁶ Bu başlık altında ikinci olarak ele alacağımız prensip olan insan haklarının etkili bir şekilde korunması ilkesi, AİHM tarafından Sözleşme kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin tanınmasını⁵⁷ gerekçelendirmek için kullanılmaktadır.⁵⁸ Zira Mahkeme'ye göre, Sözleşme teorik veya varsayıma dayalı olarak değil, pratik ve etkili şekilde hakları garanti etmeyi amaçlamaktadır.⁵⁹ Buna göre etkili koruma⁶⁰ ile devletlerin olumlu adımlar atarak Sözleşme kapsamında korunan özgürlüklerden yararlanmayı kolaylaştırması kastedilmektedir.⁶¹ Bu, Mahkeme'nin Sözleşme'yi *canlı bir araç* olarak tanımlamasıyla da tutarlıdır. Keza AİHM'e göre AİHS imzalandığı tarihteki şartlar uyarınca değil, günümüz koşulları ışığında yorumlanması gereken *canlı bir belge* niteliğindedir.⁶²

⁵⁵ Sidabras ve Džiautas v. Litvanya, Başvuru No: 55480/00 ve 59330/00, 27 Temmuz 2004, para. 47.

⁵⁶ KOCH, Economic, Social and Cultural Rights, s. 408.

⁵⁷ AİHM pozitif yükümlülükleri, Sözleşme ile korunan hakları gerçekleştirmeye yönelik maddi ve hukuki şartlar olarak değerlendirmektedir. Dolayısıyla Mahkeme'nin gözünde pozitif yükümlülükler, negatif yükümlülüklerin ilavesidir. Bkz. AKANDJI-KOMBE, s. 5.

Bu bakımdan pozitif yükümlülükler sosyal yapıları nedeniyle değil, söz konusu medeni hakların gerekli unsurları olarak görüldükleri için tanınmaktadır. Hukuki bir bağlamda, medeni hakların ağırlık merkezi tipik olarak insan hakları yükümlülüğünün ilk iki düzeyinde (saygı gösterme ve koruma) yer alırken sosyal hakların ağırlık merkezi üçüncü düzeyde (yerine getirme) bulunmaktadır. Bkz. KOCH, The Justifiability of Indivisible Rights, s. 28.

Bu da sosyal hakların hayata geçirilmesini güçleştirmektedir. Örneğin yaşam hakkı, temel gıda maddelerinin ve temel sağlık hizmetlerinin sağlanması yükümlülüğünün yerine getirilmesi olarak yorumlarsa, gerçekten de hak grupları arasındaki ayrımı ortadan kaldırmak mümkündür. Bir kişinin er ya da geç yiyecek ve sağlık hizmeti almadan öleceği açıktır. Dolayısıyla hak grupları arasında bağlantılar kurmak yalnızca bir tanımlama meselesidir. Bu bakımdan korunma düzeyi de siyasi bir kararla ilişkilidir. Bu bakımdan Mahkeme'nin sosyo-ekonomik hakların korunmasını yerine getirme yükümlülüğü ile eşleştirmesi aynı zamanda liberal hukuk devletinden refah devleti paradigmasına geçişi temsil edecektir. Bkz. LEIJTEN, Core Socio-Economic Rights, s. 74.

⁵⁸ BEIJER, Malu, **The Limits of Fundamental Rights Protection by the EU - the Scope for the Development of Positive Obligations**, Intersentia, Cambridge, 2017, s. 50.

⁵⁹ Airey v. İrlanda, (Başvuru No: 6289/73), 9 Ekim 1979, para. 24; Artico v. İtalya, Başvuru No: 6694/74, 13 Mayıs 1980, para. 33; Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru No: 133/1996/752/951, 30 Ocak 1998, para. 33; Chassagnou ve Diğerleri v. France, Başvuru No: 25088/94, 28331/95 ve 28443/95, 29 Nisan 1999, para. 100.

⁶⁰ AKANDJI-KOMBE, Jean-François, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap**, İnsan Hakları El Kitapları, No. 7, Avrupa Konseyi, Belçika, 2008, s. 5.

⁶¹ LEIJTEN, Core Socio-Economic Rights, s. 65.

⁶² Tyrer v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 5856/72, 25 Nisan 1978, para. 31.

Nitekim Mahkeme 1968 tarihli *Belçika Dil Davası* itibarıyla Taraf Devletin Sözleşme bağlamında pozitif yükümlülükleri bulunabileceğini işaret etmektedir.⁶³ Bu tarihten itibaren AİHM birçok kararında,⁶⁴ Sözleşme’de yer alan açık negatif yükümlülüklerle bağlı olarak zımni pozitif yükümlülükler tespit etmiştir.⁶⁵ Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşme’de öngörülmemesine rağmen, Taraf Devletlere pozitif yükümlülükler getirilebileceğine kanaat getirmiştir. AİHM’in Sözleşme’deki haklara ilişkin bu yorumu, AİHS’in lafzının ötesine geçildiğini göstermektedir. Keza AİHM’e göre Taraf Devletlerin yükümlülükleri Sözleşme’nin lafzına indirgenirse belirli birey gruplar için uygulanması anlamsız hale gelecektir.⁶⁶

Sonuç olarak AİHM, Sözleşme metninde yer almamasına karşın sosyal ve ekonomik hakları ele almakta ve bunu AİHS hükümlerinin genişletici yorumu yöntemi ile gerçekleştirmektedir. Zira Mahkeme kendini Sözleşme’de yer alan sözcüklerin sıradan anlamları ile sınırlı görmemekte, hatta kimi zaman aldığı kararları diğer uluslararası belgelere dayandırmaktadır. Bu doğrultuda etkili korumaya ve insan haklarının bütünselliği gibi ilkelere dayanarak negatif hakları korumaya altına alan AİHS’in sosyal yönünü öne çıkarmakta ve Taraf Devletlerin pozitif yükümlülüklerini vurgulamaktadır. Ancak her şeye rağmen, AİHM’in sosyal ve ekonomik haklara ilişkin içtihadı henüz tam olarak oturmuş değildir. Bu kapsamda, teorik çerçevesi ilke ve prensipler üzerinden çizilen bu yaklaşımın uygulamaya nasıl taşındığı sorusunun cevabı çalışmanın devamında verilecektir.

II. AİHM’İN SOSYAL VE EKONOMİK HAKLARI İNCELEME YÖNTEMİ

A. Kapsam Sorunu

1979 tarihli *Airey* davasından bu yana bir içtihat geliştiriyor olsa da AİHM, sosyal ve ekonomik haklar konusunda henüz sistematik bir yaklaşım sergile-

⁶³ Belçika’da eğitimde dillerin kullanımına ilişkin yasaların belirli yönleriyle ilgili dava v. Belçika Başvuru No: 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 ve 2126/64, 23 Temmuz 1968, para. 3, s. 27.

⁶⁴ AİHM pozitif yükümlülüklerin tanınması için genel olarak AİHS’in 1. maddesini dayanak göstermektedir. Bkz. Belçika’da eğitimde dillerin kullanımına ilişkin yasaların belirli yönleriyle ilgili dava v. Belçika Başvuru No: 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 ve 2126/64, 23 Temmuz 1968, para. 3, s. 27; ECtHR 27 September 1995, no. 18984/91, McCann and others v. the United Kingdom, para. 161.

AİHS’in 1. maddesi, Taraf Devletlerin Sözleşme’nin temel haklarını güvence altına almalarını şart koşmaktadır. Bu genel bir yükümlülük olup tek başına Sözleşme’nin ihlaline yol açmadığından belirli bir Sözleşme hakkıyla birlikte okunmalıdır. Bununla birlikte AİHM, AİHS’in 1. maddesinin devletler için her zaman temel hakları güvence altına alma konusunda bağlayıcı bir yükümlülük oluşturduğunu açıklığa kavuşturmuştur. Zira AİHS madde 1, devletlerin genel olarak kendi topraklarında Sözleşme’ye uyma sorumluluğunu vurgulamaktadır. Bkz. BEIJER, *the Limits of Fundamental Rights*, s. 51.

⁶⁵ McCann ve Diğerleri v. the United Kingdom, para. 161.

⁶⁶ BEIJER, *the Limits of Fundamental Rights*, s. 39-43.

memektedir. Bu doğrultuda Mahkeme genel olarak vaka bazında ve belirli Sözleşme haklarıyla ilgili olarak pozitif yükümlülükler geliştirmektedir.⁶⁷ Sözleşme bağlamında medeni ve siyasi haklara ilişkin sistematik bir değerlendirme kriteri geliştirilmişse de, sosyal ve ekonomik haklar için bu söz konusu değildir. Bu bakımdan sosyal ve ekonomik hakların dolaylı olarak korunduğu davaların sayısı hızla artarken AİHM bu konuda temkinli olmaya devam etmektedir. 1998'den bu yana, Avrupa Konseyi bünyesinde sosyal ve ekonomik hak ihlallerine ilişkin özel yetkiye sahip başka bir mekanizmanın mevcudiyeti dikkate alındığında AİHM'in bu tavrı anlaşılabilir hale gelmektedir.⁶⁸

Diğer taraftan Mahkeme, bireysel temel hakların pratik ve etkili bir şekilde korunmasını amaçlarken ulusal hassasiyetlere gereken önemi vermek zorundadır. Zira sosyo-ekonomik hedefler, öncelikli olarak ulusal mercilerin demokratik karar süreçlerine ait meseleler olarak kabul edilmektedir. Bu bakımdan, sosyal ve ekonomik haklar söz konusu olduğunda iktisadi olarak farklı durumda olan devletlere karşı benzer tutum sergilenmesi zorlaşmaktadır. Dolayısıyla sosyo-ekonomik politikalara ilişkin davalarda, Mahkeme'nin ilgili hak ve görevleri tanımlamaktan kaçınmasının temel nedeni isteksizlik veya dikkatsizlik değildir.⁶⁹ İfade etmek gerekir ki, teknik olarak da pozitif yükümlülükleri tanımlamak negatiflere kıyasen daha zordur. Üstelik sosyal ve ekonomik haklar Sözleşme kapsamında medeni ve siyasi haklarla ilişkileri bağlamında korunmaktadır. Bu tip teknik zorluklar nedeniyle de AİHM, pozitif yükümlülüklerin Sözleşme kapsamında nasıl tanımlanması gerektiğine dair genel bir teori geliştirmeyi reddetmektedir.⁷⁰ Mahkeme'nin hassas ikincil rolü göz önüne alındığında, sosyal ve ekonomik gereklilikleri Sözleşme kapsamında değerlendirirken daha dikkatli davranması oldukça anlaşılırdır. Ancak bu yaklaşım AİHS'in sosyo-ekonomik kapsamını netlikten yoksun bırakmaktadır.⁷¹

Yine de pozitif yükümlülükler söz konusuyken, kapsam sorusuna net bir cevap vermenin zor olduğu kabul edilmektedir. Zira sosyal ve ekonomik haklar bir iki istisna dışında Sözleşme metnine dahil değildir. Mahkeme bu kapsam

⁶⁷ BEIJER, *the Limits of Fundamental Rights*, s. 55.

⁶⁸ Şart mekanizmasının Mahkemenin hukuk çevrelerinde ve kamuoyunda sahip olduğu konuma ulaşması elbette zaman alacaktır. Ayrıca Şart kapsamındaki sosyal ve ekonomik hakların uygulanmasının toplu şikâyet prosedürüne tabi olması nedeniyle bireysel başvurularda -dolaylı korumaya rağmen- AİHM'in cazip kalmaya devam etmesi olasıdır. Bkz. BREMS, s. 164.

⁶⁹ LEIJTEN, *Defining the Scope of Economic and Social Guarantees*, s. 116-124.

⁷⁰ Plattform "Ärtze für das Leben" v. Avusturya, Başvuru No: 10126/82, 21 Haziran 1988, para. 31.

⁷¹ LEIJTEN, *Defining the Scope of Economic and Social Guarantees*, s. 134.

sorununu genellikle iki farklı strateji aracılığıyla atlatmaktadır. İlk olarak Mahkeme herhangi bir tanım vermekten kaçınmakta ve bunun yerine söz konusu menfaatin Sözleşme tarafından korunan bir hakla ilgili olduğu varsayımından hareket etmektedir.⁷² Örneğin emekli maaşlarına yasal sınır getirilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine dair bir başvuruda Mahkeme, başvuruya konu menfaatin mülkiyet kapsamında değerlendirip değerlendirmeyeceğini belirlemek yerine doğrudan AİHS'in Ek 1 No.lu Protokolü'nün 1. maddesinin (EP1-1) somut olaya uygulanabileceğini -Mahkeme'nin kendi tabiri ile- varsaymıştır.⁷³ Bir başka örnek olarak *Hatton ve diğerleri* kararında Mahkeme çevre hakkını ne tanımış ne de tanımlamıştır, ancak gürültü kirliliğini Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirmiştir. Böylece Mahkeme, hakkın kapsamını tanımlamak yerine devletin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğine dair genel bir değerlendirme yoluna gitmiştir.⁷⁴

Aslına bakılırsa Mahkeme'nin sosyal ve ekonomik hakların Sözleşme kapsamına girip girmediğini değerlendirmeden inceleme aşamasına geçtiği ikinci yol birincisiyle bağlantılıdır. Zira böyle durumlarda Mahkeme, devletin pozitif yükümlülüklerini belirlerken hakkın içeriğine yönelik tanım yapmaktan kaçınmakta ve doğrudan toplum ile bireyin çıkarları arasında kurulması gereken adil dengeyi dikkate almaktadır.⁷⁵ Bu yöntemde Mahkeme pozitif yükümlülükleri incelerken, negatif yükümlülüklerle kıyasen aşamaları ya birbirine karıştırmakta ya da bir arada yürütmektedir.⁷⁶ Biraz daha açacak olursak AİHM, başvuruya konu hakkın Sözleşme'ye bağlı olarak etkili bir şekilde korunması için Taraf Devletin pozitif yükümlülüklerini belirlemek zorunda kalırsa sosyal ve ekonomik hakkın tanımı ile devletin tutumunu değerlendirme aşamasını birbirine karıştırma eğilimi göstermektedir.⁷⁷

Mahkeme medeni ve siyasi haklara ilişkin bireysel bir şikayetle karşı karşıya kaldığıdaysa öncelikle ileri sürülen menfaatin Sözleşme kapsamındaki bir hakka ilişkin olup olmadığını belirlemekte, bu aşamadan sonra hakka yönelik müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığını denetlemektedir. Zira ulusal güvenlik, kamu

⁷² LEIJTEN, *Defining the Scope of Economic and Social Guarantees*, s. 118.

⁷³ *Valkov ve Diğerleri v. Bulgaristan*, Başvuru No: 2033/04, 19125/04, 19475/04, 19490/04, 19495/04, 19497/04, 24729/04, 171/05 ve 2041/05., 25 Ekim 2011, para. 87, 113.

⁷⁴ *Hatton ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, Başvuru No: 36022/97, 08 Temmuz 2003, para. 98.

⁷⁵ *Rees v. Birleşik Krallık*, Başvuru No: 9532/81, 17 Ekim 1986, para. 37.

⁷⁶ LAVRYSEN, Laurens, **Human Rights in a Positive State, Rethinking the Relationship Between Positive and Negative Obligations Under the European Convention on Human Rights**, Intersentia, Cambridge, 2017, s. 316.

⁷⁷ LEIJTEN, *Defining the Scope of Economic and Social Guarantees*, s. 119.

güvenliği ve kamu düzeni gibi sınırlayıcı ölçütlerin değerlendirilmesi, müdahalenin Sözleşme kapsamında ihlal teşkil edip etmediği hususunun belirlendiği bir sonraki aşamada gündeme gelmektedir. Ancak izah edildiği üzere Mahkeme, sosyal ve ekonomik meselelerde değerlendirme aşamalarını genellikle bir arada ele almaktadır. AİHM, başvuruya konu kuralın kapsamı veya anlamı hakkında herhangi bir açıklama yapmadan Sözleşme'nin uygulanabilir olduğunu varsayabilmektedir. Oysa bireysel başvuruya konu hakkın kapsamı devletin ve toplumun çıkarlarını dikkate almadan önce tanımlanmalıdır.⁷⁸ Bu doğrultuda çalışmanın devamında, AİHM'in Sözleşme kapsamında korunan sınırlandırılabilir negatif haklara yönelik müdahalelerin ihlal oluşturup oluşturmadığına dair inceleme yönteminden önemli bir sapma teşkil eden yaklaşımı irdelenecektir.

B. Adil Denge Denetimi

İfade edildiği üzere, Sözleşme hükümleri negatif yükümlülükler açısından kaleme alınmıştır. Bu kapsamda örneğin 8 ile 11. maddelerde düzenlenen haklar iyi bilinen bir rejime tabidir. Zira Sözleşme'nin maddelerinde düzenlenen hakların ikinci fıkralarında olağan hukuk düzeni içinde söz konusu hakların hangi ölçütler uyarınca sınırlanabileceği belirtilmektedir. Bu doğrultuda önüne negatif yükümlülüklerin ihlaline yönelik bir başvuru geldiğinde, devlet müdahalesinin söz konusu olduğu kabul edilirse, ilgili müdahalenin Sözleşme bağlamında ihlal oluşturup oluşturmadığı ele alınmaktadır. Bunun için de sırasıyla müdahalenin yasayla öngörülüp görülmediği, sınırlama ölçütlerine yani meşru amaçlara uygunluğu ve demokratik bir toplumda gerekliliği incelenmektedir.⁷⁹

Oysa sosyal ve ekonomik haklar Sözleşme içeriğine dahil edilmemiştir. Dolayısıyla negatif haklar için belirlenen sınırlama rejimi, pozitif yükümlülüklerin Sözleşme kapsamında değerlendirilmesi için yeterli alt yapıyı sağlamamaktadır. Bu sebeple de pozitif yükümlülükler için tam olarak uygulanamamaktadır.⁸⁰ Öyle ki bu rejimin uygulanabilmesi için her şeyden Sözleşme kapsamında korunan bir hak olmalıdır. Bu bakımdan negatif bir yükümlülük söz konusu olduğunda birinci fıkra uyarınca yükümlülüğün varlığı değil, ikinci fıkra bağlamında müdahalenin meşruluğu incelenmektedir. Lakin pozitif yükümlülükler için durum bunun tam tersidir. Keza bir sosyal ve ekonomik hak söz konusu

⁷⁸ LEIJTEN, Defining the Scope of Economic and Social Guarantees, s. 122-131.

⁷⁹ Negatif yükümlülüklerin inceleme aşamasının detaylı olarak incelenmesi çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. GEMALMAZ, H. Burak, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında "Adil Denge" İlkesi", *İÜHFİM*, C. LXIX, Y. 2011, S. 1-2, s. 652-654.

⁸⁰ BEIJER, the Limits of Fundamental Rights, s. 52-54.

olduğunda ilk iş, kapsam sorununun aşılmasıdır. Bunun ana sebebi Sözleşme’de sosyal ve ekonomik haklara yönelik müdahalelere ilişkin açık bir lafzi dayanak bulunmamasıdır. AİHS’te bu hak grubuna yer verilmemiş olması sebebiyle bu durum pek de şartırtıcı değildir.⁸¹

İşte bu doğrultuda AİHM somut olaya ilişkin pozitif yükümlülüklerin tespit edilebilmesi için çoğu kez negatif haklar için belirlenen aşamaları atlayarak, adil denge testini uygulamaya geçmektedir. Adil denge testini gerçekleştirirken, Sözleşme’nin bütününe doğasında var olan denge arayışını göz önünde tutmaktadır. Bu nedenle, AİHM pozitif yükümlülüklerin varlığının tespiti için ayrı bir test tasarlarken negatif ve pozitif yükümlülükler arasındaki ayrımı önemsizleştirmektedir. Buna göre, pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda, temel hak ihlallerinin devlet eylemlerinden mi yoksa ihmalden mi kaynaklandığının önemi bulunmamaktadır.⁸²

Örneğin başvuranın evinden birkaç metre ötede bulunan atık arıtma tesisinin sebep olduğu tahribatla ilgili olarak belediye yetkililerinin hareketsiz kalmasından şikâyet ettiği davada, başvuran Sözleşme’nin 8. maddesine dayanarak konuta saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme’ye göre sorunun, başvuranın madde 8-1 kapsamındaki haklarının güvence altına alınmasına ilişkin pozitif yükümlülükler ya da madde 8-2 uyarınca gerekçelendirilecek kamu makamı müdahalesi açısından mı değerlendirileceği önemli değildir. Zira her iki durumda uygulanacak ilkeler genel olarak benzerdir. Öyle ki her iki bağlamda da bireyin ve bir bütün olarak toplumun çatışan çıkarları arasında kurulması gereken adil dengeye dikkat edilmelidir.⁸³ Benzer şekilde çevreyi kirleten bir santralin çevresindeki konutların boşaltılmasına ilişkin bir davada AİHM, devletin pozitif yükümlülükleri yerine getirmeyerek toplumun çıkarları ile başvuranın konutuna ve özel hayatına saygı hakkını arasındaki adil dengeyi kuramadığından bahisle, 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁸⁴ Sonuç sağlık ve esenlik hakkı lehine olmuştur. Ancak Mahkeme gerekçesinde herhangi bir sosyal hakkı doğrudan beyan etmemiştir. Uluslararası düzeyde sağlık hakkını koruyan sosyal haklar sözleşmelerine veya belgelerine atıfta da bulunulmamıştır.⁸⁵

⁸¹ LAVRYSEN, s. 313-317.

⁸² BEIJER, the Limits of Fundamental Rights, s. 52-54.

⁸³ Lopez Ostra v. İspanya, Başvuru No: 16798/90, 09 Aralık 1994, para. 30, 51.

⁸⁴ Fadeyeva v. Rusya, Başvuru No: 55723/00, 09 Haziran 2005, s. 132-134.

⁸⁵ DAHLBERG, s. 263.

Dolayısıyla her iki durumda da davanın pozitif yükümlülükler mi yoksa 8. maddeye müdahale ışığında mı değerlendirilmesi gerektiği konusunda odak noktası, adil dengenin kurulup kurulmadığıdır. İşte sosyal ve ekonomik hakların gündeme geldiği bu tip davalarda Mahkeme, devletin ileri sürdüğü menfaatler de dahil olmak üzere, bir davanın kendine özgü koşullarını dikkate alarak, bazen bir yükümlülük tespit eder ve bunun yerine getirilip getirilmediğine karar verir.⁸⁶ Yani başvuranın sosyal ve ekonomik hak ihlallerine ilişkin taleplerde, başvuruya konu hakkın Sözleşme kapsamında korunup korunmadığı hususunda sessiz kalır ve doğrudan adil denge testini uygulamaya geçer. Bununla birlikte bazı durumlarda, örneğin bir önlemin veya kararın açıkça öngörülemez olduğu sonucuna vardığında ve dolayısıyla hukuka uygunluk testine geçmediğinde, Mahkeme adil denge testini uygulamadan ihlal kararı da verebilmektedir.⁸⁷

Ancak ifade edildiği üzere, Mahkeme çoğu kez sosyal ve ekonomik haklara ilişkin incelemesini esaslı olarak meşru amaç ve demokratik toplum gerekleri basamaklarını takip ederek gerçekleştirmektedir. Bu noktada pozitif yükümlülüklerle ilişkin davalarda adil denge testi bu iki aşamanın birleştirilmesi anlamına gelmektedir. Adil denge testi, hem başvuruya konu hakkın Sözleşme kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini hem de müdahalenin meşru olup olmadığını belirler. Oysa negatif yükümlülükler açısından bu iki aşama genellikle ayrı tutulmaktadır. Zira önce hakkın varlığı tespit edilmekte, sonra müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığına karar verilmektedir. Dolayısıyla devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini belirlemeye yönelik değerlendirme kriterleri, negatif yükümlülüklerle kıyasla daha az yapılandırılmıştır.⁸⁸

Mahkeme genel olarak pozitif yükümlülükler bağlamında adil denge testini üç farklı şekilde uygulamaktadır. Öyle ki çoğunlukla önce hangi çıkarın, yani bireyin çıkarları ile toplumun genel çıkarlarının söz konusu olduğunu belirler. Ardından devletin bunları dengelemek için makul bir değerlendirme yapıp yapmadığını saptar. AİHM, hangi çıkarların dikkate alınması gerektiğini ve kamu makamlarının bu çıkarlar arasında adil bir denge kurup kurmadığını tespit etmek için bir ölçüt olarak, ulusal idari ve yasal çerçevelere bakmaktadır. Bununla birlikte Mahkeme kimi zaman adil denge testini farklı bir şekilde uygulamaktadır. Buna göre önce, belirli bir Sözleşme hakkı temelinde, hangi pozitif

⁸⁶ LEIJTEN, Defining the Scope of Economic and Social Guarantees, s. 119.

⁸⁷ Damjanac v. Hırvatistan, Başvuru No: 52943/10, 24 Ekim 2013, para. 102; Grudic v. Sırbistan, Başvuru No: 31925/08, 17 Nisan 2012, para. 81.

⁸⁸ BEIJER, the Limits of Fundamental Rights, s. 52-53.

yükümlülüğün ortaya çıktığını tanımlar. Sonrasında, devletin bu yükümlülüğü yerine getirip getirmediğini inceler. Getirmemişse bu durumun nesnel olarak gerekçelendirilip gerekçelendirilemeyeceğini değerlendirir. Bu değerlendirme yöntemi bariz bir şekilde daha iyi yapılandırılmış olsa da, AİHM bu yaklaşımı nadiren kullanmaktadır. Son olarak, doğal felaket gibi bir tehlike ve riskin varlığının söz konusu olduğu durumlarda, Mahkeme adil denge testini uygularken bilgi kriterine önem vermektedir.⁸⁹ Bu doğrultuda kamu yetkililerden, tehlike veya riskin varlığının bilinmesi beklenen durumlarda, pozitif yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğine karar vermektedir.⁹⁰

Özetle pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda, negatif yükümlülüklerle ilişkin iyi bilinen rejimden sapılmakta ve farklı faktörler bir arada incelenmektedir.⁹¹ AİHM'in bu uygulaması sosyal hakların nasıl incelendiğinin anlaşılmasını zorlaştırmaktadır. Oysa sosyal ve ekonomik hakların gerçek anlamda korunmasını sağlamak için başvuruya konu hakkın tanımlanması ve bunun devletin çıkarları dikkate alınmaksızın gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu noktada Mahkeme'nin sosyal ve ekonomik haklar bağlamındaki muhakemesinin, henüz tam olarak gelişmediğini hatırlatmakta fayda vardır. Zira son zamanlarda AİHM'in sosyal ve ekonomik haklara ilişkin rolü kapsamındaki tartışmalarda takdir marjı öne çıkmaktadır. Nitekim sosyal ve ekonomik haklar bağlamında çoğu kez devletlere geniş bir takdir marjı tanımaktadır.⁹² Bu doğrultuda konunun daha iyi anlaşılabilmesi adına, AİHM içtihadında sosyal ve ekonomik hakların uygulama standardı ele alınacaktır.

C. Sosyal ve Ekonomik Haklar Bağlamında Benimsenen Uygulama Standardı: Takdir Marjı ve Kademeli Gerçekleştirme

Sosyal ve ekonomik haklar büyük ölçüde mali kaynaklara bağımlıdır. AİHM'in uluslar üstü bir statüsü nedeniyle, ulusal kaynak tahsis politikasına meşru olarak müdahale edebilmesinin ise bir sınırı bulunmaktadır.⁹³ Yukarıda ifade edildiği üzere, AİHM sosyal ve ekonomik hakları adil denge ölçütünü esas alarak değerlendirmektedir. Mahkeme adil denge testini, sosyal ve ekonomik

⁸⁹ BEIJER, *the Limits of Fundamental Rights*, s. 53.

⁹⁰ BAYRA, Ersin, "Anayasa Mahkemesi ve AİHM Kararları Işığında Yaşam Hakkı ve Deprem", **Ulusal ve Uluslararası Yargı Kararları Işığında Deprem Hukuku Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı**, Medipol Üniversitesi Yayınları, 24-25 Mayıs 2021, İstanbul, s. 74.

⁹¹ AKANDJI-KOMBE, s. 20.

⁹² *Damjanac v. Hırvatistan*, Başvuru No: 52943/10, 24 Ekim 2013, para. 102; *Grudic v. Sırbistan*, Başvuru No: 31925/08, 17 Nisan 2012, para. 81.

⁹³ LEIJTEN, *Defining the Scope of Economic and Social Guarantees*, s. 112-113.

hakların gerçekleştirilmesinin büyük ölçüde ilgili mali kaynaklara bağımlı olduğunu göz önüne alınarak gerçekleştirmektedir. Nitekim bir kamu hizmeti söz konusu olduğunda, gelişmekte olan ülkelerle zengin sanayileşmiş ülkeler arasında uygulamada bir fark ortaya çıkacağı açıktır.⁹⁴ Bunun yanı sıra Mahkeme'ye göre devletlerin öncelikleri de çeşitlenebilir. Zira sınırlı devlet bütçesi içinde bir sosyal ya da ekonomik hak için kaynak ayrılırken başka bir hizmetten vazgeçilmektedir. Ayrıca pozitif yükümlülükler için ayrılan kaynağın devlet için orantısız bir yüke yol açmaması gerekmektedir.⁹⁵ Bu bakımdan Sözleşme kapsamında bireyler tarafından talep edilen önlemlerin makul olması, yani devlet açısından aşırı bir yük getirmemesi beklenmektedir.⁹⁶

İşte bu noktada takdir marjı kavramı, yani Mahkeme'nin ulusal düzeyde alınan kararlara riayet edilmesini sağladığı doktrin öne çıkmaktadır.⁹⁷ Zira Mahkeme, sosyo-ekonomik alan gibi karmaşık kaynak tahsisine dair hassas bir politika alanında, uygulamanın ulusal makamların takdirine bırakılması gerektiği kanaatinde-dir.⁹⁸ Takdir marjı, Sözleşme kapsamındaki bir yükümlüğün yerine getirilmesi konusunda ulusal makamlara bir seçim şansı bırakılmasıdır. Buna göre, üye devletlerin tüm olası tedbirleri değil, makul olarak beklenen önlemleri alması gerekmektedir.⁹⁹ Bu doğrultuda, her ne kadar çalışma kapsamında bütçesel boyutları öne çıkan sosyal ve ekonomik haklar esas alınıyorsa da, Mahkeme'nin mali olmayan yükümlülükler söz konusu olduğunda, devletin takdir marjı konusunda daha az hoşgörülü olduğunu belirtmekte yarar vardır.¹⁰⁰ Buna karşın, çok sayıda yerel faktörü içeren planlama politikalarının seçimine ve uygulanmasına dair sosyo-ekonomik meselelerde takdir payının geniş ele alınması daha olasıdır. Böyle durumlarda, yerel otoritelerin neyin kamu yararına olduğuna dair değerlendirmeleri açıkça makul bir temelden yoksun olmadıkça¹⁰¹ saygı gösterilmektedir.¹⁰²

⁹⁴ KOCH, *The Justifiability of Indivisible Rights*, s. 23.

⁹⁵ *Opuz v. Turkey*, Başvuru No: 33401/02, 9 Haziran 2009, para. 129; *Özgür Gündem v. Türkiye*, Başvuru No: 23144/93, 16 Mart 2000, para. 43.

⁹⁶ BEIJER, *the Limits of Fundamental Rights*, s. 68.

⁹⁷ LEIJTEN, *Core Socio-Economic Rights*, s. 219.

⁹⁸ PALMER, s. 405.

⁹⁹ BEIJER, *the Limits of Fundamental Rights*, s. 46.

¹⁰⁰ BINDER / SCHOBESBERGER, s. 56.

¹⁰¹ Örneğin Mahkeme transseksüellerin cinsiyet kimliğine saygı gösterilmesini 8. maddede kapsanan ve Sözleşme'nin özüyle, yani insan onuru ve insan özgürlüğüne saygıyla bağlantılı çok önemli bir gereklilik olarak görmektedir. Bkz. BREMS, s. 149; Nitekim *Van Kück v. Almanya* başvurusunda Mahkeme, transseksüalizme ilişkin içtihatları ışığında, Alman otoritelerinin cinsiyet değiştirme ameliyatı için -en mahrem özel hayat meselelerinden biri olan ve geri dönüşü mümkün olmayan- tedavinin tıbbi gerekliliğini kanıt-

Örneğin *Valentina Pentiacova ve Diğerleri v. Moldova* başvurusunda kronik böbrek yetmezliği rahatsızlığı bulunan başvuranlar, devletin kapsamlı bir tedavi sağlayamadığından şikâyetçi olmuştur. Ancak Mahkeme, Sözleşme'nin devletlere ücretsiz tıbbi sağlık hizmeti sağlama yükümlülüğünü yerine getiremediğini belirtse de, başvurunun 8. madde kapsamında değerlendirilmesini mümkün görmüştür. Bununla birlikte Mahkeme nezdinde tüm bireylerin her türlü tıbbi tedaviye erişebilmesi açıkça arzu edilse de, sınırlı devlet kaynaklarının tahsisini içeren bu gibi davalarda devletlerin daha geniş takdir marjı bulunmaktadır. Bu doğrultuda AİHM, Moldova hükümetinin başvuran ve toplum arasındaki çıkar çatışmasında makul dengeyi koruduğunu tespit ederek, başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.¹⁰³ Mahkeme, kararını devletin geniş takdir marjı kapsamında sınırlı devlet bütçeleri karşısında gerekli öncelikleri belirleyebileceği kanaatine dayandırmıştır. Zira AİHM'e göre mali kaynakların tahsisine en iyi karar verebilecek olanlar yerel makamlardır.¹⁰⁴

Sosyo-ekonomik meselelerde devletlerin geniş takdir marjına bir diğer örnek ise Mahkeme'nin *Sentges v. Hollanda* kararıdır. Burada başvuru sahibi fiziksel engeli nedeniyle kendisine robotik bir kol sağlanmasını istemiş, ancak başvurusu Hollanda hükümeti tarafından reddedilmiştir. AİHM, başvuranın talebi ile özel hayatı arasındaki bağlantıyı kabul etmiştir. Bununla birlikte Mahkeme sınırlı kaynakların tahsisi bağlamında şikâyetin devletin geniş takdir marjı içinde kaldığına karar vermiş ve başvuranın halihazırda belirli bir düzeyde kamu yardımından yararlanmış olduğu gerçeğini de göz önünde bulundurarak, şikâyeti kabul edilemez bulmuştur. Zira Mahkeme'ye göre bireyin ve bir bütün olarak toplumun çatışan çıkarları arasında kurulması gereken adil denge ve devletlerin sahip olduğu geniş takdir marjı dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda takdir marjı, mevcut davada olduğu gibi, sınırlı devlet kaynaklarının tahsisi bağlamında önceliklerin değerlendirilmesini içeren konular olduğunda daha da genişlemektedir.¹⁰⁵

Ancak ifade etmek gerekir ki başvuru konusunda devletin doğrudan sorumluluğu varsa bunu yerine getirmesi beklenmektedir. Örneğin Mahkeme *Burdov v. Rusya* kararında, Çernobil nükleer santralinden kaynaklanan radyasyonlar

lama yükünü orantısız görmüştür. Bu doğrultuda Mahkeme, özel sağlık sigortası şirketinin çıkarları ile başvuranın çıkarları arasında adil bir dengenin kurulmadığını tespit etmiştir. Bkz. *Van Kück v. Almanya*, Başvuru No: 25968/97, 12 Eylül 2003, para. 73-80.

¹⁰² PALMER, s. 417.

¹⁰³ *Valentina Pentiacova ve Diğerleri v. Moldova*, Başvuru No: 14462/03, 4 Ocak 2005, s. 1-2.

¹⁰⁴ BINDER / SCHOBESBERGER, s. 56.

¹⁰⁵ *Nikky Sentges v. Hollanda*, Başvuru No: 27677/02, 8 Temmuz 2003, s. 7.

nedeniyle karşılanması gereken sağlık ödeneğinin finansman eksikliği nedeniyle ödenmemesini 1. Protokol'ün 1. maddesi bağlamında ihlal olarak değerlendirmiştir.¹⁰⁶ Diğer taraftan AİHM, sosyo-ekonomik konularda geniş bir takdir marjı tanımakla beraber bir devletin yalnızca bunu dayanak göstererek pozitif yükümlülüklerinden kaçınması ise mümkün değildir.¹⁰⁷ Başvuranın evinin yakınında bulunan atık tesisinin aile yaşamını etkilendiğini dile getirdiği *Lopez Ostra v. İspanya* başvurusunda Mahkeme, yerel mercilerin kentin ekonomik çıkarlarını gözeterek gerekli önlemleri almakta geciktiğini tespit etmiştir. Bu doğrultuda Mahkeme kentin ekonomik refahı ile başvuranın konutuna, özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı arasında adil dengenin kurulmadığını ve bu sebeple takdir marjına rağmen Taraf Devletin Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.¹⁰⁸

Dolayısıyla Avrupa Konseyi içinde üye devletlerdeki farklı standart ve uygulamalar AİHM kararlarını etkilemektedir. Bununla birlikte yasal yükümlülüklere uyma konusunda yetersizlik ile isteksizlik arasında önemli bir fark vardır.¹⁰⁹ Yani devlet takdir marjına sahip olsa da Sözleşme uyarınca ortaya çıkan pozitif yükümlülükleri kaynakları ile orantılı olacak şekilde yerine getirmekle mükelleftir. Bu noktada AİHM'in üye devletlerin kaynak tahsisine ve siyasi tercihlerine müdahale etmeden, büyük ölçüde bütçeyle ilişkili olan sosyo-ekonomik hakların yerine getirilip getirilmediğinin denetlenmesinde esas alacağı ölçütün ne olacağı sorusu gündeme gelmektedir.

Buradaki ilk ölçüt, yukarıda değinmiş olduğumuz birey ile toplumun çıkarları arasındaki dengenin gözetilip gözetilmediğidir. İkinci ölçüt ise devletin sosyo-ekonomik haklara ilişkin tedbirleri mali kaynakları ölçüsünde yerine getirip getirmediğidir. Nitekim sosyal ve ekonomik haklara ilişkin olarak uluslararası nitelikte en çok öne çıkan belge olan ESKHS'de buna benzer bir yaklaşım bulunmaktadır. Nitekim ESKHS madde 2/1'e göre her Taraf Devlet, mevcut kaynakları ölçüsünde azami bir tutum sergileyerek bu sözleşmede tanınan hakların tam olarak gerçekleştirilmesine yönelik aşamalı olarak uygun adımları atmayı taahhüt etmektedir.

Başka bir deyişle ESKHS'de düzenlenen hakların ne ölçüde garanti altına alınması gerektiği farklılaşabilir. Zira bu garanti mevcut kaynaklara tabidir. Bu

¹⁰⁶ Burdov v. Rusya, Başvuru No: 59498/00, 7 Mayıs 2002, para. 40-42.

¹⁰⁷ PALMER, s. 407.

¹⁰⁸ Lopez Ostra v. İspanya, Başvuru No: 16798/90, 09 Aralık 1994, para. 58.

¹⁰⁹ KOCH, The Justifiability of Indivisible Rights, s. 20.

aynı zamanda ESKHS’de yer alan hakların aşamalı olarak gerçekleştirilebileceği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla ESKHS bağlamında sosyal ve ekonomik hakların uygulanma standardı *aşamalı gerçekleştirme (progressive realization)* olarak tanımlanmaktadır. Her devletin yeterli kaynağa sahip olamayacağı düşünüldüğünde sosyal ve ekonomik hakların kademeli olarak gerçekleştirilmesinin talep edilmesi makul bir yaklaşım gibi gözükmektedir.¹¹⁰ Bu noktada AİHM içtihadında da buna benzer bir gelişme yaşanarak, sosyal ve ekonomik haklar hususunda *kademeli gerçekleştirme (gradually realise)* yaklaşımı geliştirilmiştir.

Tekerlekli sandalye kullanan bir kişinin Belediyenin kültür ve sanat merkezlerine erişimde zorluk yaşadığı gerekçesiyle, AİHM’e yaptığı başvuru buna güzel bir örnektir. Mahkeme, başvuranın ilgili binalara erişim sağlayamamasının sosyal ilişkilerini bozduğuna ve bunun özel yaşamını ilgilendirdiğine, ayrıca toplumun geri kalanının faydalanabildiği tesisleri kullanamamasının ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilebileceğine karar vermiştir. Bu noktada devletlerin bu tip hizmetleri sağlamada belirli bir takdir yetkisinin bulunduğunu, ancak orantısız bir külfet içermeyecek şekilde engellilerin hayatını kolaylaştıracak önlemleri almakla da yükümlü olduğunu belirtmiştir. Somut olayda belediye; eğitim ve spor merkezlerine erişimi kolaylaştıracak tedbirlere öncelik verdiğini, bu doğrultuda *kademeli olarak* iyileştirmelerin devam ettiğini, bu bakımdan bu tip sosyal ve ekonomik bir hak karşısında kamu makamlarını acil önlem almaya zorlamanın orantısız veya aşırı bir yük olacağını belirterek, Sözleşme’nin 8. maddesi ile irtibatlı olarak 14. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.¹¹¹

Özetle her ne kadar AİHS metni medeni ve siyasi hakları esas alıyor olsa da, Mahkeme Sözleşme’de yer alan hakların sosyo-ekonomik sonuçları olduğunu kabul etmektedir. Keza etkili koruma prensibi ile insan haklarının bütünselliği ve bölünmezliği gibi ilkeler karşısında bu kaçınılmaz bir sonuçtur. AİHM içtihadı, Mahkeme’nin AİHS metnini pozitif devlet yükümlülüklerini sosyal ve ekonomik boyutları bağlamında okuma konusunda, devletlerin mali olanaklarına ve takdir marjına hassasiyet gösterdiğini ortaya koymaktadır. Zira Mahkeme, genel olarak sosyal politikaların benimsenmesi bakımından devletlerin geniş

¹¹⁰ Bununla birlikte öğretide aşamalı gerçekleştirme yaklaşımı altında sosyal ve ekonomik hakların korunmasında metodolojik zorluklar bulunduğu vurgulanmaktadır. Örneğin ESKHS sisteminde Taraf Devletlerdeki uygulamalar raporlama yönetimi ile denetlenmektedir. Ancak raporlama sistemi içinde bir devletin mevcut kaynaklarını azami ölçüde kullanıp kullanmadığını belirlemek oldukça zordur. Konuya ilişkin tartışmalar için bkz. LEIJTEN, Defining the Scope of Economic and Social Guarantees, s. 126-127; ARSLAN ÖNCÜ, Sosyal Devlet ve Küreselleşme, s. 90.

¹¹¹ Arnar Helgi Lárusson v. Iceland, Başvuru No: 23077/19, 31 Mayıs 2022, para. 1, 58, 63, 65.

takdir marjını vurgulamakta ve geniş kaynak tahsisi sorularını içeren bu gibi konularda yerel otoriterlerin kararlarına büyük ölçüde saygı göstermektedir.¹¹² Bu doğrultuda sınırlı devlet kaynaklarının bir program dahilinde kademeli olarak kullanıldığı başvurularda ihlal kararı vermemektedir.

Bununla birlikte sosyal ve ekonomik hakların Sözleşme’de yer almaması, AİHS metni bağlamında yetkili olan Mahkeme için bir kapsam sorununa yol açmaktadır. Bu nedenle Sözleşme kapsamında sınırlanabilen haklara uygulanan sınırlama rejimi sosyal ve ekonomik haklar söz konusu olduğunda uygulanmamaktadır. Nitekim sosyo-ekonomik çıkarlara ilişkin başvurularda adil denge testi öne çıkarken AİHM bu hususta farklı kriterler de geliştirmiştir. Bu kriterler AİHM içtihadında temel haklar merceğinden bakıldığında açığa çıkmaktadır. Bu kapsamda usule ilişkin güvencelerin, ayrımcılık yapmamanın ve asgari temel ihtiyaçların önemi sıklıkla vurgulanmaktadır.¹¹³ Bu minvalde çalışmanın devamında sosyal ve ekonomik hakların medeni ve siyasal haklar merceğinde incelenmesi hususu ele alınacaktır.

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHADI UYARINCA SOSYAL VE EKONOMİK HAKLARIN SÖZLEŞME HÜKÜMLERİ KAPSAMINDA KORUNMASI

A. Genel Olarak

Mahkeme’nin Sözleşme kapsamında sosyal ve ekonomik hakları yorumlamasına ilişkin istikrarlı bir teknik bulunmamaktadır. Mahkeme’nin uygulaması, en azından ilk bakışta, sosyo-ekonomik hakların örtük bir şekilde korunduğunu ve bunun belirli teknikler kanalıyla gerçekleştirildiğini ortaya koymaktadır. Buna karşın tekrar altını çizmek gerekir ki AİHM’in sosyo-ekonomik haklara ilişkin muhakemesi halihazırda *ad hoc* karakterlidir. Bu bakımdan Mahkeme’nin genel bir eğilimi mevcut olmakla birlikte standart bir uygulaması söz konusu değildir. Diğer taraftan içtihat hacmi düşünüldüğünde, birçok farklı hakkın sosyo-ekonomik boyutu ortaya çıkabilmektedir.¹¹⁴ Öyle ki bireylerin sosyo-ekonomik talepleri, AİHS’te korunan birçok hakla ilişkili olabilmektedir. Örneğin sosyal yardım talebini içeren bir başvuru ilk bakışta EP1-1 kapsamında mülkiyet hakkı kapsamında görülebilecekken somut olayın koşullarına göre; Sözleşme’nin 3., 8. ve 14. maddeleri dahilinde de değerlendirilebilir. Zira sosyal yardımın sağlanma-

¹¹² BINDER / SCHOBESBERGER, s. 58.

¹¹³ LEIJTEN, Core Socio-Economic Rights, s. 282.

¹¹⁴ LEIJTEN, Core Socio-Economic Rights, s. 233.

ması bireye yönelik bir ayrımcılıktan kaynaklanabileceği gibi, başvuru sahibinin durumuna göre bireyin özel hayatını ciddi şekilde etkileyebilir ve hatta insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye uğramasına yol açabilir.¹¹⁵

Bu noktada Mahkeme'nin sosyal ve ekonomik hakları korumayı reddettiği çok sayıda dava olduğunu belirtmek gerekmektedir. Yukarıda değinildiği üzere AİHM, bu hakların Sözleşme'nin kapsamına girmediğini başvuranlara düzenli olarak hatırlatmaktadır. Bu sebeple incelenen kararların bir kısmı esasa ilişkin değildir. Bununla birlikte kabul edilemezlik kararları AİHM'in sosyal ve ekonomik hakları nasıl yorumladığına dair önemli ipuçları sunduğu için çalışma kapsamına alınmıştır. Zira bu kararların Mahkeme'nin yine de sosyal ve ekonomik hakları bir dereceye kadar koruyabileceğini göstermektedir. Diğer taraftan birçok farklı sosyal ve ekonomik hak Mahkeme'nin gündemine gelmektedir. Bununla birlikte çalışmanın bu bölümünün amacı, AİHM'in Sözleşme hükümleri uyarınca sağladığı korumayı genel hatlarıyla ortaya koymaktır. Dolayısıyla tartışılan vakalar ve haklar sadece bu noktayı açıklama amacına yönelik olarak seçilmiştir. Bu bakımdan, aşağıda belirli maddeler altında değindiğimiz sosyal ve ekonomi hakların Sözleşme'nin diğer maddeleri bağlamında da gündeme gelebileceği unutulmamalıdır. Bu nedenle, AİHM'in geniş içtihat yelpazesi de düşünüldüğünde, çalışma kapsamında sadece sosyal ve ekonomik hakların klasik haklarla en çok ilişkilendirildiği 2., 3., 6., 8. ve 14. maddelere ve bu maddeler bağlamında sıklıkla ele alınan sosyal ve ekonomik haklara kısaca değinilecek, böylece konuya dair kısmi bir görüntü sunmakla yetinilecektir.¹¹⁶

Bu kapsamda ayrıca AİHM tarafından sosyal ve ekonomik hakları Sözleşme hükümleri uyarınca korumak için kullanılan yorumlama, usule ilişkin koruma ve ayrımcılık yapmama tekniklerine de kısaca değinilecektir. Zira bu tekniklerden ilki vasıtasıyla Mahkeme, AİHS haklarının yorumlanması yoluyla sağlık hizmetleri, sosyal güvenlik ve barınma hakkı gibi aslında Sözleşme'nin kapsamı dışındaki birçok hakkı diğer maddeler ile ilişkilendirerek incelemiştir. Örneğin bu bağlamda, sosyal ya da ekonomik destek olmadan insan onuruna yaraşır şekilde yaşayamayacak savunmasız veya muhtaç bireylerin sağlık ve barınma gibi taleplerini, Sözleşme hükümleri uyarınca pozitif yükümlülükler kapsamında test etmiştir.¹¹⁷ Davacıların savunmasızlığının veya yoksunluğunun doğrudan dava konusu olamayacağı durumlarda ise diğer iki teknik gündeme gelmektedir.

¹¹⁵ LEIJTEN, Core Socio-Economic Rights, s. 290.

¹¹⁶ BREMS, s. 137.

¹¹⁷ PALMER, s. 398.

Bu doğrultuda AİHS'in 6. maddesindeki adil yargılanma hakkı, özellikle sosyal ve ekonomik haklar yerel mevzuatta güvence altına alındığında gündeme gelmektedir. Sosyal ve ekonomik haklar için AİHS'e diğer bir arka kapı girişi Sözleşme'deki ayrımcılık yasağına ilişkin hükümlerdir. Ancak ifade etmek gerekir ki 14. madde sadece Sözleşme hükümlerince uygulanabilen tali nitelikte bir maddedir. Bununla birlikte, Sözleşme'nin 12. Ek Protokolü'nün yürürlüğe girmesi bu tekniğin daha fazla uyulabilmesinin önü açılmıştır.¹¹⁸

B. Sosyal ve Ekonomik Hakların Usuli Güvenceler ve Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Korunması

1. Usule İlişkin Adalet

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, Sözleşme esas olarak medeni ve siyasi hakları düzenlese de bu hakların birçoğunun sosyal veya ekonomik nitelikte sonuçları olduğu 1979 tarihli *Airey* davasından beri kabul edilmektedir. Söz konusu davada başvuran Bayan Airey, kendisine şiddet uygulayan alkolik kocasından boşanmak istemiş, ancak bir avukat tutacak parası olmadığı için gerekli hukuki işlemleri başlatamamıştır. Başvuranın adli yardım talebi ise uyuşmazlık ceza yargısına ilişkin olmadığı için reddedilmiştir. Ancak Mahkeme usule ilişkin güvencelerin önemini vurgulayarak ücretsiz adli yardım hakkının hukuk davalarında da ileri sürülebileceğine karar vermiştir. Dolayısıyla AİHM, ulusal hukuk sistemi için önemli maliyetlere yol açacak olsa da, davanın ya da usulün karmaşıklığı gibi nedenlerle, yasal temsilin zaruri görüldüğü durumlarda, mahkemeye etkili erişim sağlanabilmesi adına adli yardımın Sözleşme'nin koruma sistemi için vazgeçilmez olduğunu ifade etmiştir.¹¹⁹

Mahkeme için usule ilişkin adalet, insan haklarının korunmasında temel bir unsurdur. Bu sebeple adil yargılanmaya ilişkin garantiler, sosyal ve ekonomik hak ihlallerini önlemenin veya sona erdirmenin bir yoludur. Bu doğrultuda AİHS'in sağladığı usuli güvenceler, sosyal ve ekonomik hakların Sözleşme kapsamında korunmasına imkân tanıyan bir teknik olarak öne çıkmaktadır. Nitekim Sözleşme'nin 6. maddesi adil yargılanma için kapsamlı garantiler düzenlemektedir.¹²⁰ Mahkeme, Sözleşme'nin bireyi gerçek ve pratik bir şekilde korumak için tasarlandığını sıklıkla vurgulamaktadır. Üstelik Sözleşme yaşayan bir belge olarak günün koşullarına uyarlanmak zorundadır. Bu kapsamda Mahke-

¹¹⁸ BREMS, s. 164.

¹¹⁹ *Airey v. İrlanda*, Başvuru No: 6289/73, 9 Ekim 1979, para. 26.

¹²⁰ BREMS, s. 157.

me, ücretsiz adli yardımı medeni hukuk davaları bakımından sosyal bir fayda olarak görmektedir. Bu bağlamda AİHM, mahkemeye erişim hakkını sosyal bir unsur olarak okumaktadır.¹²¹

İfade etmek gerekir ki, 6. madde çoğu durumda usuli güvenceleri ekonomik veya sosyal nitelikteki bireysel çıkarları garanti etmeksizin korumaktadır. Dolayısıyla esas olarak sosyo-ekonomik çıkarları korumaz. Zira bu çıkarların korunması daha çok usule ilişkin güvencelerin sağlanmasından kaynaklanmaktadır.¹²² Örneğin sosyal güvenlik uyuşmazlıkları zamanla 6. madde çerçevesinde mahkemeye başvurma hakkı kapsamında değerlendirilmeye başlanmıştır. Ancak söz konusu uyuşmazlıklar bakımından, Mahkeme'nin erken dönem içtihatlarındaki belirleyici unsur, özel hukuk yönünün baskınlık gösterip göstermediği olmuştur.¹²³

Nitekim 6. maddenin sağladığı usuli güvenceler erken dönem içtihatlarında, lafzında yer alan medeni haklar ve yükümlülükler ifadesi nedeniyle, yalnızca özel hukuk alanının geçerli olduğu şekilde anlaşılmıştır. Ancak Mahkeme giderek bu anlayıştan uzaklaşmıştır. Öyle ki AİHM'in sonraki dönemlerinde sosyal güvenlik ödenekleri gibi kamu hukuku boyutuna sahip talepler 6. madde kapsamında ele alınmıştır.¹²⁴ Bu doğrultuda Mahkeme adil yargılanma hakkının demokratik toplumlardaki önemini vurgulamakta ve bu sebeple kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanmaması gerektiğinin altını çizmektedir.¹²⁵ 6. maddenin sosyo-ekonomik boyutu için en açıklayıcı örnek, bu hükmün sosyal güvenlik alanında uygulanmasıdır. Nitekim bu davalarda Mahkeme, 6. maddenin uygulanıp uygulanamayacağını belirlemek için konuya ilişkin ihtilafların özel ve kamusal yönlerini dengeme yoluna gitmiştir.¹²⁶ Bu minvalde Mahkeme önce sosyal sigorta¹²⁷ sonrasında ise sosyal yardımlara¹²⁸ ilişkin uyuşmazlıkların 6. madde çerçevesinde değerlendirilebileceğine karar vermiştir.

Somut olarak örneklendirmek gerekirse *Bulgakova v. Rusya* davasında Mahkeme devletten emekli maaşı alma hakkının köken itibarıyla kamu hukukundan kaynaklandığını, ayrıca Sözleşme tarafından korunmadığını belirtmiştir.

¹²¹ Airey v. İrlanda, Başvuru No: 6289/73, 9 Ekim 1979, para. 26.

¹²² LEIJTEN, Core Socio-Economic Rights, s. 42-44.

¹²³ ARSLAN ÖNCÜ, Özel Yaşamın Korunması Hakkı, s. 292.

¹²⁴ KOCH, Social Rights as Components, s. 36.

¹²⁵ Perez v. Fransa, Başvuru No: 47287/99, 12 Şubat 2004, para. 64.

¹²⁶ LEIJTEN, Core Socio-Economic Rights, s. 44.

¹²⁷ Feldbrugge v. Hollanda, Başvuru No: 8562/79, 29 Mayıs 1986, para. 40.

¹²⁸ Salesi v. İtalya, Başvuru No: 13023/87, 26 Şubat 1993, para. 19.

Bununla birlikte AİHM'e göre Sözleşme tarafından korunmayan maddi haklarla ilgili uyuşmazlıkların 6. maddenin kapsamında Mahkeme'nin gündemine taşınması önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. Bu doğrultuda AİHM, tamamen ekonomik nitelikte olan emekli maaşına ilişkin taleplerin Sözleşme'nin 6. maddesi anlamında medeni haklar olarak kabul edildiğini belirtmiştir.¹²⁹ Dolayısıyla sosyal güvenlik hakkı normatif olarak Sözleşme'ye dahil edilmemiş ve hatta kamu hukuku kökenli olsa bile AİHM tarafından AİHS madde 6 kapsamında medeni bir hak olarak ele alınmıştır.

2. Sosyo-Ekonomik Çıkarlar ve Ayrımcılık Yasağı

Yukarıda ifade edildiği üzere, sosyo-ekonomik boyutu öne çıkan birçok hak -Sözleşme metninde yer almasa bile- 6. madde çerçevesinde birer medeni hak olarak tanınarak, AİHS koruma mekanizmasına dahil edilmiştir. Bu doğrultuda adil yargılanma hakkının sosyal ve ekonomik haklar için de geçerli olduğu kabul edilmektedir. Sosyal ve ekonomik hakların Sözleşme kapsamında korunabilmesine imkân tanıyan diğer bir düzenleme de AİHS'in ayrımcılık yasağına ilişkin hükümlerdir. Zira ayrımcılığa maruz kalmamak hem medeni haklar hem de sosyo-ekonomik haklar bağlamında temel bir taleptir. Dolayısıyla ayrımcılık sosyal ya da ekonomik alanda meydana gelse bile kesinlikle ikinci dereceden bir mesele olarak görülmemelidir.¹³⁰

Bu kapsamda Sözleşme'nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağı, benzer durumda bulunan tüm bireylerin AİHS haklarından ayrımcılığa uğramadan faydalanabilmesini hedeflemektedir.¹³¹ Bir devletin benzer durumdaki kişilere farklı muamelesinin objektif ve makul bir gerekçesi yoksa, yani meşru bir amaç gütmüyorsa veya kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi yoksa söz konusu muamele ayrımcı nitelik taşımaktadır.¹³² İfade etmek gerekir ki Mahkeme, 14. maddenin tek başına bağımsız bir mevcudiyeti olmadığını, bu kapsamda sadece Sözleşme ve Protokol-lerin diğer hükümleriyle işlevsellik kazanabileceğini, yani tamamlayıcı niteliğini vurgulamaktadır.¹³³

¹²⁹ Bulgakova v. Rusya, Başvuru No: 69524/01, 18 Ocak 2007, para. 30.

¹³⁰ LEIJTEN, Core Socio-Economic Rights, s. 223.

¹³¹ LEIJTEN, Core Socio-Economic Rights, s. 44.

¹³² Chassagnou ve Diğerleri v. Fransa, Başvuru No: 25088/94, 28331/95 ve 28443/95, 29 Nisan 1999, para. 91.

¹³³ Kafkaris v. Kıbrıs, Başvuru No: 21906/04, 12 Şubat 2008, para. 159.

Tamamlayıcı niteliğinin sonucu olarak, Sözleşme’de yer alan bir hakkın ihlali söz konusuysa, Mahkeme ihlali tespit ettikten sonra, söz konusu ihlal muamele eşitsizliğinden kaynaklanmadığı sürece davayı ayrıca 14. madde kapsamında değerlendirmez.¹³⁴ Bu noktada 14. maddenin uygulanabilmesi için AİHS’te düzenlenen haklardan herhangi birinin ihlali zorunlu değildir. Dolayısıyla başvuruya konu hakkın Sözleşme’nin bir veya daha fazla maddesinin kapsamına girmesi yeterlidir.¹³⁵ Bununla birlikte 14. maddenin devletlerin güvence altına almakla yükümlü olduğu Sözleşme haklarının ötesine geçtiği oldukça erken bir dönemde kabul edilmiştir.¹³⁶

Bu kapsamda sosyal güvenlik ya da sosyal yardım hakkı gibi sosyal ve ekonomik haklar AİHS kapsamına maddi olarak korunmuyor olsa bile, Sözleşme çerçevesinde ayrımcılık yasağı bağlamında ele almıştır. Bu doğrultuda AİHM; işsizler¹³⁷ veya engelliler¹³⁸ için verilen ödeneklerin vatandaşlığa bağlı tutulması yahut bireylerin cinsiyetlerine ilişkin olarak sosyal sigortadan¹³⁹ ya da dulluk maaşından¹⁴⁰ mahrum bırakılması gibi vakalarda, 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu noktada ifade etmek gerekir ki, 1 Nisan 2005’te 12. Ek Protokol’ün (EP12) yürürlüğe girmesiyle beraber ayrımcılık yasağına ilişkin şikayetlerin Sözleşme’de yahut Ek Protokoller’in herhangi biri ile irtibatlı olarak ileri sürülmesine gerek kalmamıştır.

Nitekim EP12-1 ile ayrımcılık -sosyal ve ekonomik haklar da dahil olmak üzere- hukuken temin edilmiş tüm haklar için genel ve Sözleşme’de korunan haklardan bağımsız olarak yasaklanmıştır.¹⁴¹ 14. maddeden farklı olarak bu ayrımcılık yasağı hükmünün uygulanabilirliği başka herhangi bir maddeye bağlı değildir. Bu şekilde EP12, 14. maddenin uygulama alanını genişletmektedir. Somut olarak açıklamak gerekirse; bir kişi ayrımcı olduğunu iddia ettiği bir barınma düzenlemesiyle karşılaştığında, AİHS’te korunan haklardan bağımsız olarak, örneğin özel hayatı veya mülkiyet hakkı etkilenmemişi olsa bile, Sözleşme kapsamında başvuru yapabilir.¹⁴²

¹³⁴ Chassagnou ve Diğerleri v. Fransa, Başvuru No: 25088/94, 28331/95 ve 28443/95, 29 Nisan 1999, para. 89.

¹³⁵ Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. Birleşik Krallık, 28 Mayıs 1985, 9214/80, 9473/81 ve 9474/81, para. 71.

¹³⁶ Belçika’da eğitimde dillerin kullanımına ilişkin yasaların belirli yönleriyle ilgili dava v. Belçika Başvuru No: 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 ve 2126/64, 23 Temmuz 1968, para. 9, s. 30.

¹³⁷ Gaygusuz v. Avusturya, Başvuru: 17371/90, 16 Eylül 1996, para. 48-52.

¹³⁸ Koua Poirrez v. Fransa, Başvuru No: 40892/98, 30 Eylül 2003, para. 48-50.

¹³⁹ Wessels-Bergervoet v. Hollanda, Başvuru No: 34462/97, 4 Haziran 2002, para. 54-55.

¹⁴⁰ Willis v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 36042/97, 11 Haziran 2002, para. 42-43.

¹⁴¹ DAHLBERG, s. 257; BREMS, s. 158.

¹⁴² LEIJTEN, Core Socio-Economic Rights, s. 102.

Dolayısıyla bu Protokolle birlikte ayrımcılığa dair şikayetlerin AİHS'in herhangi bir maddesi ile irtibatlı olarak gündeme getirilmesi artık gerekmemektedir. Bu yenilik ile beraber sosyal ve ekonomik haklar bakımından çok sayıda farklı iddianın Mahkeme önüne getirilmesine imkân sağlanmıştır. Zira EP12 sosyal ve ekonomik haklara ilişkin tüm ayrımcı muamelelerin AİHM'in önüne getirilmesinin yolunu açmıştır. Bu bakış açısından sosyal hakların AİHM tarafından etkin bir şekilde korunması süreci henüz yeni başlamıştır.¹⁴³ Özellikle son yıllarda sosyal ve ekonomik haklarla ilgili EP12-1 bağlamında verilen ihlal kararlarında büyük bir artış gözlemlenmektedir.¹⁴⁴

Bu noktada ifade etmek gerekir ki ayrımcılık yapmama ilkesinin, özellikle de sosyal ve ekonomik haklar bakımından uygulanabilmesinin belirli zorlukları bulunmaktadır. Zira sosyo-ekonomik politikalar doğaları gereği toplumun belirli kesiminin desteklenmesine dairdir. Bu bakımdan uygulama farklılığı bu politikaların özüne ilişkindir. Diğer taraftan ayrımcılık yapmama gerekliliği çok maliyetli eylemleri beraberinde getirmektedir. Üstelik Mahkeme'nin ikincil konumu nedeniyle ne tür ve tam olarak ne düzeyde sosyo-ekonomik güvencele- rin sağlanacağına karar vermek ulusal makamlara bırakılmıştır. Bu da Sözleşme kapsamında ayrımcılık bakımından belirli bir standart geliştirilmesini zorlaştırmaktadır. Yine de önce 14. madde sonrasında ise EP12 vasıtasıyla ayrımcılık iddiası içeren sosyo-ekonomik şikayetlerin Sözleşme kapsamında gündeme getirilmesine imkân tanınmıştır.¹⁴⁵

C. Sözleşme Haklarının Sosyal ve Ekonomik Perspektiften Yorumlanması

1. Madde 2'nin Vadettikleri: Çevresel Tehditlerden Korunma ve Sağlık Hizmetlerinin Sağlanması

Yukarıda ifade edildiği üzere, AİHM içtihadı uyarınca koruma altına alınan tüm hakların incelenmesi çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Bununla birlikte çalışmada, Mahkeme'nin genel yaklaşımının ortaya koyulabilmesi adına, en çok öne çıkan haklara yer verilmiştir. Bu haklardan ilki Sözleşme'nin 2. maddesi

¹⁴³ BREMS, s. 164.

¹⁴⁴ Zornić v. Bosna Hersek, Başvuru No: 3681/06, 15 Temmuz 2014; Pilav v. Bosna Hersek, Başvuru No: 41939/07, 9 Haziran 2016; Baralija v. Bosna Hersek, Başvuru No: 30100/18, 29 Ekim 2019; Selygenenko ve Diğerleri v. Ukrayna, Başvuru No: 24919/16 ve 28658/16, 21 Ekim 2021; Toplak ve Mrak v. Slovenya, Başvuru No: 34591/19 ve 42545/19, 26 Ekim 2021; Negovanović ve Diğerleri v. Sırbistan, Başvuru No: 29907/16, 25 Ocak 2022; X ve Diğerleri v. Arnavutluk, Başvuru No: 73548/17 ve 45521/19, 31 Mayıs 2022; Pinkas ve Diğerleri v. Bosna Hersek, Başvuru No: 8701/21, 4 Ekim 2022; Moraru ve Marin v. Romanya, Başvuru No: 53282/18 ve 31428/20, 20 Aralık 2022.

¹⁴⁵ LEIJTEN, Core Socio-Economic Rights, s. 223-224.

uyarınca koruma altına alınan yaşama hakkıdır. Aslına bakılırsa bu madde devlet için öncelikli olarak negatif bir yükümlülük içermektedir. Bununla birlikte diğer Sözleşme maddeleri gibi bu hüküm de devlet açısından pozitif yükümlülükler doğurabilir.¹⁴⁶ Zira Mahkeme'ye göre 2. maddenin 1. fıkrası ile 1. madde birlikte okunduğunda devletlerin kendi yetki alanları içindeki kişilerin hayatlarını korumak için uygun adımları atması gerektiği anlaşılmaktadır.¹⁴⁷ Bu doğrultuda devletin yaşama hakkını korumaya yönelik olarak pozitif ve usuli yükümlülükleri ortaya çıkmaktadır.¹⁴⁸

Sosyal ve ekonomik haklar bakımından ele alındığında, yaşama hakkı daha çok çevresel tehditler ve sağlık hizmetlerine ilişkin olarak gündeme gelmektedir. Mahkeme, madde 2'nin çevresel tehlikelere karşı koruma potansiyelini teyit etmesine rağmen, korumanın gerçekleşmemesinin ölüm sonucunu doğurmadığı durumlarda, Mahkeme'nin yaşamın korunmasını sosyal ve ekonomik hakları kapsayacak şekilde genişlettiği dava sayısı oldukça azdır.¹⁴⁹ Örneğin *Öner Yıldız v. Türkiye* davasında Mahkeme çevre meseleleri ile ilgili olarak yaşama hakkının ihlal edilebileceğini ifade etmiştir.¹⁵⁰ Buna benzer şekilde, toprak kayması nedeniyle birçok kişinin hayatını kaybettiği *Budayeva ve diğerleri v. Rusya* kararında AIHM, çevre konularına ilişkin Mahkeme içtihadında geliştirilen ilkelerin, yaşama hakkının korunmasında da dayanak alınabileceğini belirtmiştir.¹⁵¹

İfade etmek gerekir ki, sosyal ve ekonomik haklara ilişkin başvurular, 2. madde kapsamında daha çok sağlık hakkı ve sağlık hizmetlerine ilişkin meselelerde gündeme gelmektedir. Bu doğrultuda evvela kamu veya özel hastanelerin hastaların hayatlarının korunması için önlem almayı zorunlu kılan düzenlemeler yapılması, ayrıca tedavi sırasında gerçekleşen ölüm vakalarında sorumlulardan hesap sorulabilmesi için etkili ve bağımsız yargı sisteminin kurulması gerekliliği vurgulanmaktadır.¹⁵² Örneğin hastane masraflarını ödeyemeyen hamile bir kadına acil olarak müdahale etmesi gerekirken, olası sonuçlarını bilmesine rağmen, sağlık hizmeti sunmayarak başka bir hastaneye sevk eden sağlık persone-

¹⁴⁶ LEIJTEN, Core Socio-Economic Rights, s. 47-48.

¹⁴⁷ Panaitescu v. Romanya, Başvuru No: 30909/06, 10 Nisan 2012, para. 27.

¹⁴⁸ BAYRA, s. 73.

¹⁴⁹ PALMER, s. 409.

¹⁵⁰ Öner Yıldız v. Türkiye, Başvuru No: 48939/99, 30 Kasım 2004, para. 65.

¹⁵¹ Budayeva ve Diğerleri v. Rusya, Başvuru No: 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 ve 15343/02, 20 Mart 2008, para. 133.

¹⁵² Calvelli ve Ciglio v. İtalya, Başvuru No: 32967/96, 17 Ocak 2002, para. 49.

linin cezai kovuşturmasına izin verilmemesi nedeniyle, yaşama hakkının maddi yönden ihlal edildiğine karar verilmiştir.¹⁵³

Benzer şekilde Mahkeme, kamu makamlarınca sunulması gereken sağlık hizmetinin verilmemesiyle, bireylerin sağlık hizmetinden yararlanmasının engellenmesi halinde, hayatı tehlikeye giren kişi bağlamında 2. madde ihlalinin gündeme gelebileceğini belirtmiştir.¹⁵⁴ Devletin yanlış ya da eksik tedavi sunarak kişilerin hayatını riske atması durumunda da yaşama hakkını ihlal sonucu doğabilmektedir. Öyle ki, bu durumlarda devletin tıbbi bakım sağlamaya yönelik pozitif yükümlülüğü doğmaktadır. Örnek olarak *Oyal v. Türkiye* davasında doğum sonrası nakledilen kandan kendisine HIV virüsü bulaşan hastaya, ömür boyu tam ve ücretsiz sağlık sigortası sağlanmaması, AİHS'in 2. maddesinin ihlali olarak değerlendirilmiştir. Somut olayda, bağış yapan taşıyıcının HIV virüslü kanının başka bir hastaya nakli engellenmemiş, hastalık bulaştıktan sonra hastaya uygun tedavi sağlanmamış ve ayrıca konuya ilişkin yargı süreci oldukça uzun sürmüştür. Bu doğrultuda Mahkeme, devletin ilgili duruma dair sorumluluğunun doğduğuna kanaat getirmiştir.¹⁵⁵

Konuya ilişkin başka bir olayda Mahkeme, gözaltında tutulan bir gencin polislin kendisine tıbbi bakım sağlamakta geciktiği için Sözleşme'nin 2. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir. Somut olayda gözaltı sırasında fenalaşan Anguel Zabcchekov, doğrudan hastaneye götürülmek yerine kendisini gözaltına alan ekip devriyeden çağırılarak durumu kontrol ettirilmiş; hatta bu aşamadan sonra da bu ekip bir ambulans ve nöbetçi doktor getirmek üzere hastaneye gönderilmiştir. Doktor durumun aciliyetini anlayarak Anguel Zabcchekov'un derhal hastaneye götürülmesini sağlamış, ancak yaşanan gecikmeler nedeniyle durumu kötüleşen Anguel Zabcchekov yaşamını yitirmiştir.¹⁵⁶

Madde 2 bağlamında sağlık hizmetlerine ilişkin olarak ayrıca ilaç temini gibi meseleler de gündeme gelmektedir. Örneğin *Zdzislaw Nitecki v. Polonya* davasında Lou Gehrig hastalığı olarak da bilinen amyotrofik lateral sklerozdan (ALS) muzdarip olan başvurana, %70'i devlet tarafından karşılanan Rilutek isimli ilaç reçete edilmiştir. Ancak kalan %30 oranına tekabül eden masraf, başvuran için çok ağır bir mali yük oluşturmuştur. Başvuran bu miktarı karşılamayacağı için tedavi olamayacağını ve bu sebeple ölümünün kaçınılmaz ol-

¹⁵³ Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk v. Türkiye, Başvuru No: 23423/09, 9 Nisan 2013, para. 96-97.

¹⁵⁴ Kıbrıs v. Türkiye, Başvuru No: 25781/94, 10 Mart 2001, para. 219.

¹⁵⁵ Oyal v. Türkiye, Başvuru No: 4864/05, 23 Mart 2010, para. 72-75.

¹⁵⁶ Anguelova v. Bulgaristan, Başvuru No 38361/97, 13 Haziran 2002, para. 128-30.

duğunu iddia etmiştir. Bu kapsamda, devletin hayat kurtaran ilacın tüm maliyetini sübvansede etmeyi reddetmesinin yaşama hakkını ihlal ettiğini savunmuştur. Ancak Mahkeme, 2. madde çerçevesindeki pozitif yükümlülüğün bu tür davaları da kapsadığını belirtmekle beraber, somut olayda devletin üstüne düşen yükümlülüğü yerine getirdiğinden bahisle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.¹⁵⁷

AİHM'in bu yaklaşımı, yaşam hakkına ilişkin yükümlülükler söz konusu olmasına karşın sınırlı mali kaynakların dağıtımında devletlere bir takdir marjı tanıdığını göstermektedir. Bu konuda bir başka örnek olan *Valentina Peniacova ve Diğerleri v. Moldova* davasında kronik böbrek yetmezliği hastası olan başvurular; 1997 öncesi ve 2004 sonrası hemodiyaliz tedavisinin tamamen ücretsiz gerçekleştirildiğini, ancak devletin sağlık politikası nedeniyle, 1997-2004 tarih aralığında tedavi ücretinin bir kısmını ödemek zorunda kaldıklarını, bu sebeple tedaviyi karşılayamayacak durumda olmaları bakımından yaşama haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme ise bu iddiaların dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir.¹⁵⁸ Dahası AİHM, herkesin tıbbi tedaviye erişim sağlanabilmesinin açıkça arzu edildiğini, ancak devletin kaynaklarının yetersizliği nedeniyle maliyetli tedavilerden yararlanamayan birçok kişinin bulunabileceğini belirterek iddialarını dayanaksız bulmuştur.¹⁵⁹

Mahkeme'ye göre, AİHS'in 2. maddesi uyarınca devlet makamlarının bireylerin sağlığına yönelik riskleri önleme yükümlülüğü vardır. AİHM, özellikle de bireylerin devlete bağımlı olduğu durumlarda, yaşama hakkına ilişkin olarak sosyo-ekonomik türden yükümlülükler ortaya çıktığı kanaatindedir. Örneğin bu doğrultuda şiddetli bir ekonomik kriz sırasında ısıtma, gıda, tıbbi bakım ve ilaç eksikliğiyle baş etmek zorunda kalan bir bakımevinde on beş çocuk ve genç yetişkinin ölümüyle sonuçlanan olayla ilgili *Nencheva v. Bulgaristan* başvurusunda AİHM, devletin yükümlülüklerini yerine getirmediklerine ve gerekli özeni göstermediklerine kanaat getirmiştir.¹⁶⁰

2. Madde 3'ün Vadettikleri: Barınma Hakkı, Devlet Gözetimindeki Kişilerin Sağlığı, Sosyal Güvenlik ve Sosyal Yardım Hakkı

AİHS'in 3. maddesi, işkencenin yanı sıra insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ya da cezayı da yasaklamaktadır. Dolayısıyla yukarıda ele aldığımız 2. madde yalnızca yaşamdan yoksun bırakmaya karşı koruma sağlarken bireyin

¹⁵⁷ Zdzisław Nitecki v. Polonya, Başvuru No: 6563/01, 21 Mart 2001, s. 2.

¹⁵⁸ Peniacova ve Diğerleri v. Moldova, Başvuru No: 14462/03, 4 Ocak 2005, s. 13.

¹⁵⁹ Peniacova ve Diğerleri v. Moldova, Başvuru No: 14462/03, 4 Ocak 2005, s. 15.

¹⁶⁰ LEIJTEN, Core Socio-Economic Rights, s. 49.

varlığına yönelik fiziksel ve zihinsel dahil olmak üzere tüm müdahaleler çoğu durumda 3. madde kapsamında değerlendirilmektedir.¹⁶¹ Bu doğrultuda Mahkeme, 3. ve 1. madde hükümlerini beraber okuduğunda yukarıda sayılan kötü muamelelerden kaçınmanın yanında, bireylerin bu tip müdahalelere maruz kalmasını önlemeye yönelik yükümlülüğü de doğmaktadır.¹⁶² Kötü muamelenin 3. madde kapsamına girebilmesi içinse belirli bir asgari ağırlık düzeyine ulaşması beklenmektedir. Bu düzeyin belirlenmesi, somut olaya ve mağdurun içinde bulunduğu koşullara göre değişkenlik göstermektedir.¹⁶³ Öyle ki maruz kalınan her tür onur kırıcı davranış 3. madde anlamında aşağılayıcı veya insanlık dışı muamele teşkil etmez. Bunun yanı sıra bireyin sağlığına ve refahına yönelik talepler Mahkeme tarafından 2. madde ile irtibatlı görülse bile ihlal kararları daha çok 3. veya 8. madde temelinde çıkmaktadır. Bu durum 3. maddenin sosyal ve ekonomik haklara yönelik taleplerde sıklıkla gündeme gelmesine yol açmaktadır.¹⁶⁴

Bu doğrultuda ayrıca Sözleşme’de yer almayan barınma hakkı ve sosyal güvenliğe ilişkin talepler dışında, devlet gözetimdeki kişiler ve engelli bireyler gibi toplumun savunmasız kesimine yönelik müdahaleler de bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bu çerçevede *Moldovan ve Diğerleri v. Romanya* davası, barınma hakkına ilişkin en iyi örneklerden biridir. Söz konusu davada başvuranlar; kolluk kuvvetlerinin teşvik etmesi sonucu evlerinin tamamen tahrip edildiğini, bu olaydan sonra uzun süre kiler, kümes ve ahır gibi yerlerde uygunsuz koşullarda yaşamak zorunda kaldıklarını, evlerin yeniden inşasında da gerekli özenin gösterilmediği, evlerin duvarları arasında boşluklar bulunduğu,¹⁶⁵ hatta bazı evlere çatı yapılmadığı gibi gerekçeler öne sürmüştür. İfade etmek gerekir ki, evlerin tahrip edilmesi, AİHS’in Romanya’da yürürlüğe girmesinden önce meydana geldiği için dava yalnızca başvuranların müteakip yaşam koşullarına ilişkin olarak ele alınmıştır. Bu kapsamda Mahkeme, başvuranların son on yılda aşırı kalabalık ve sağlıksız ortamlarda yaşamak zorunda kalmaları, sürecin başvuranların sağlığı ve esenliği üzerindeki zararlı etkisi ve yaşanan uzun süre zarfında yetkililerin genel tutumu gibi faktörlerin başvuranlar üzerinde ruhsal ıstıraba yol açtığına kanaat getirmiştir. Bu minvalde Mahkeme’ye göre başvuranların insan onurları zedelenmiş, onlarda aşağılanma ve küçük düşürmeye yol

¹⁶¹ LEIJTEN, Core Socio-Economic Rights, s. 51.

¹⁶² *Moldovan ve Diğerleri v. Romanya*, Başvuru No: 41138/98 ve 64320/01, 12 Temmuz 2005, para. 98.

¹⁶³ *İrlanda v. Birleşik Krallık*, Başvuru No: 5310/71, 18 Ocak 1978, para. 162.

¹⁶⁴ PALMER, s. 410-411.

¹⁶⁵ *Moldovan ve Diğerleri v. Romanya*, Başvuru No: 41138/98 ve 64320/01, 12 Temmuz 2005, para. 102-107.

açacak duygular uyandırmıştır. Bu sebeple AİHM, AİHS'in 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹⁶⁶

Barınma hakkına ilişkin bir başka örnek de *Peter O'Rourke v. Birleşik Krallık* başvurusudur. Başvuru sahibi, cezaevinden çıktıktan sonra yetkili makamlardan kendisine kalacak bir yer tahsis edilmesini talep etmiştir. Başvuranın bu talebi öncelikli gruba girmediğinden bahisle reddedilmiş, sonrasında ise sağlık durumu gözetilerek kendisine geçici olarak bir otel odası tahsis edilmiştir. Ancak başvuranın verdiği rahatsızlıktan ötürü otelden ayrılması istenmiştir. O'Rourke oteli terk etmek zorunda kaldıktan sonra kendisine geçici olarak sunulan hiçbir konutu beğenmemiş ve kalıcı olarak aynı otelde kalmak istediğini defaatle belirtmiştir. Bu talebinin uygun görülmemesi üzerine yaptığı başvurusu ise, Mahkeme tarafından başvuranın tahliyesini takip eden acının 3. maddeyi devreye sokmak için gerekli şiddet düzeyine ulaşmadığı değerlendirildiğinden, kabul edilemez bulunmuştur.¹⁶⁷ Bununla birlikte Mahkeme, barınma sağlamadaki başarısızlığın tek başına aşağılayıcı ve insanlık dışı muamele teşkil etmediği halde yeterince şiddetli bir bireysel ihtiyaç mevcutsa devletin başvuranın talep ettiği türden sosyal düzenlemeleri yapma konusunda pozitif yükümlülüğünün ortaya çıkabileceğini kabul etmiştir.¹⁶⁸

Bu kapsamdaki bir diğer örnek olan *M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan* davası, çeşitli gerekçelerle insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye uğradığını iddia eden bir başvurana ilişkindir. Başvuran Atina'ya geldiğinden beri küçük bir odada yirmi kişiyle birlikte kilitli tutulduğunu, kendisine çok az yiyecek verildiğini, kirli döşeklerde ya da çıplak zeminde uyumak zorunda bırakıldığını ve gardiyanlar tarafından dövüldüğünü öne sürmüştür.¹⁶⁹ Burada dikkat çeken, Mahkeme'nin ilk olarak Sözleşme'nin 3. maddesinin bir devlete kendi yetki sınırları içindeki herkese konut sağlama yükümlülüğü yüklenmediğini vurgulamasıdır. Hatta AİHM bu doğrultuda 3. maddenin, başvuranın belirli yaşam standardında yaşaması için mali destek sağlanmasına yönelik bir pozitif yükümlülük de doğurmayacağını altını çizmektedir.¹⁷⁰ Bununla birlikte Avrupa Birliği'nin sığınmacıların karşılanması için asgari standartları belirleyen yönergesini iç hukuka aktaran Yunan makamları kendi mevzuatlarına uymakla yükümlüdür.¹⁷¹

¹⁶⁶ Moldovan ve Diğerleri v. Romanya, Başvuru No: 41138/98 ve 64320/01, 12 Temmuz 2005, para. 108-113.

¹⁶⁷ Peter O'Rourke v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 39022/97, 26 Haziran 2001, s. 2-6.

¹⁶⁸ PALMER, s. 413.

¹⁶⁹ M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan, Başvuru No: 30696/09, 21 Ocak 2011, para. 206.

¹⁷⁰ M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan, Başvuru No: 30696/09, 21 Ocak 2011, para. 249.

¹⁷¹ M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan, Başvuru No: 30696/09, 21 Ocak 2011, para. 250.

Tüm bu koşulları bir arada değerlendiren Mahkeme, somut olayın şartlarının 3. madde kapsamına girecek ağırlık düzeyine ulaştığı kanaatine varmış ve ihlal kararı vermiştir.¹⁷² Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşme hükümlerinde sığınmacıların sosyal ve ekonomik ihtiyaçlarına yönelik herhangi bir düzenleme bulunmasa bile Taraf Devletin uymak zorunda olduğu mevzuata aykırı hareket etmesini 3. madde kapsamında ihlal olarak değerlendirmiştir. Zira yargıç Sajó'nun kısmen mutabık kısmen muhalif görüşünde belirttiği üzere AİHM bu davada pozitif yükümlülükler teorisine dayanarak 3. madde bağlamında devletin sosyal refah yükümlülüğü olabileceğini kabul etmiştir.¹⁷³

Mahkeme nezdinde barınma hakkı dışında sosyal ve ekonomik haklar bakımından 3. madde kapsamında gündeme gelen bir diğer husus da sağlık hakkına ilişkindir. AİHM özellikle hapisane gibi bireylerin devlet gözetimi ve korumasında bulunduğu yerlerde sağlık hizmetlerinin sunulmamasını 3. maddeye aykırı bir muamele olarak yorumlamaktadır.¹⁷⁴ Zira Mahkeme'ye göre; 3. madde devletlere, tutukluların sağlık gerekçeleriyle serbest bırakılmasını öngörmemekle beraber, özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerin sağlıklarını korumaya yönelik bir yükümlülük getirmektedir. Bu yükümlülük gerekli tıbbi yardımın sağlanmasını da kapsamaktadır.¹⁷⁵ AİHM benzer şekilde, bireye insan olarak gösterilmesi gereken saygının ayrılmaz bir parçası olan hijyen ve temizliğin sağlığın korunması için de bir koşul ve gereklilik olduğunun altını çizmiş, tuvalet olanaklarına erişim veya kişinin vücudunu temiz tutma imkânı olmadan insancıl bir ortamın söz konusu olamayacağını belirtmiştir.¹⁷⁶

Sosyal ve ekonomik haklara ilişkin olarak 3. madde kapsamında değerlendirilen diğer bir konu da, devletin savunmasız bireylerin tıbbi ve hayatlarını kolaylaştıracak diğer ihtiyaçlarını karşılamaya pozitif yükümlülüğüne ilişkindir. Engelliler söz konusu olduğunda ise Mahkeme'nin somut olaya yaklaşımı hassaslaşmaktadır.¹⁷⁷ Nitekim *Price v. İngiltere* davasında böbrek hastası ve aynı zamanda dört uzvu eksik olan bir kadın; hapisanede geçirdiği yedi günlük sürede sağlığını tehlikeye sokacak derecede üşüdüğü, yatağının çok sert ve ulaşılamaz olduğu için vücudunda yara geliştirme riski taşıdığı, tuvalete gidemedi-

¹⁷² M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan, Başvuru No: 30696/09, 21 Ocak 2011, para. 263-264.

¹⁷³ M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan, Başvuru No: 30696/09, 21 Ocak 2011, s. 82.

¹⁷⁴ ARSLAN ÖNCÜ, Özel Yaşamın Korunması Hakkı, s. 315.

¹⁷⁵ Güveç v. Türkiye, Başvuru No: 70337/01, 20 Ocak 2009, para. 96.

¹⁷⁶ Ananyev ve Diğerleri v. Rusya, Başvuru No: 42525/07 ve 60800/08, 10 Ocak 2012, para. 156.

¹⁷⁷ PALMER, s. 410.

ği ve kendini temiz tutamadığı gerekçeleriyle AIHM'e başvurmuştur. Mahkeme somut olayda doğrudan aşağılanmaya yönelik herhangi bir unsur tespit etmemiş olsa da başvuranın bireysel fiziki ve tıbbi ihtiyaçlarının karşılanmamasını 3. madde kapsamında ihlal olarak değerlendirmiştir.¹⁷⁸ Mahkeme'nin *Price* davasındaki akıl yürütmesi, bir bireyin sahip olduğu engelin kapsamı ile taraf devletin sağlık hizmeti ve refah sağlama konusundaki pozitif yükümlülüğü arasında doğrudan bir ilişki kurulabileceğini göstermesi bakımından önemlidir.¹⁷⁹

Sosyal ve ekonomik haklar hususunda 3. madde bağlamında en çok gündeme gelen diğer bir husus da sağlık durumu kritik olan yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkindir. Mahkeme bir yabancıнын sınır dışı edilmesi halinde gönderildiği ülkede aşağılayıcı veya insanlık dışı muameleye veya işkenceye maruz kalacağına dair gerçek bir riskin varlığı halini, Sözleşme'nin 3. maddesinin olası bir ihlali olarak değerlendiren tutarlı bir içtihat geliştirmiştir.¹⁸⁰ Bu konuda öne çıkan karar ise *D. v. Birleşik Krallık* başvurusuna ilişkindir. Başvuru, ölmekte olan bir AIDS hastasının hapis cezasını çektikten sonra Karayipler'deki St. Kitts adasına gönderilmesini konu almaktadır. Aslına bakılırsa Mahkeme sınır dışı edilmeye tabi olan yabancıların cezalarını tamamladıktan sonra, mahkûmiyet süreleri boyunca kendilerine sağlanan tıbbi, sosyal veya diğer yardımlardan yararlanmaya devam etmek için, sınır dışı edecek ülkede kalma hakkının ilke olarak bulunmadığının altını çizmiştir. Bununla birlikte bu davanın çok istisnai koşulları ve zorlayıcı insani mülahazaları göz önüne alınarak başvuranın sınır dışı edilmesinin 3. maddenin ihlali olacağı sonucuna varmıştır.¹⁸¹

İfade etmek gerekir ki Mahkeme'yi bu kararı almaya iten istisnai koşullar sadece başvuranın ölümcül bir hastalığın ileri evresinde olması değildir. Mahkeme kararını verirken St. Kitts'te başvuranın ailesinin bulunmaması ve hastanelerin yeterli kapasiteye sahip olmaması gibi hususları da göz önüne almıştır. Bu doğrultuda St. Kitts'teki sıkıntılı koşulların başvuranın zaten sınırlı olan yaşam beklentisini daha da azaltması, hatta başvurunu şiddetli zihinsel ve fiziksel acıya maruz bırakması gibi ciddi bir tehlike de vardır. Öyle ki barınma ve yeterli beslenmeye dair eksiklikler dışında sağlık ve temizliğe ilişkin uygunsuz koşullar nedeniyle başvuranın enfeksiyon kapma riski de bulunmaktadır.¹⁸² Do-

¹⁷⁸ *Price v. Birleşik Krallık*, Başvuru No: 33394/96, 10 Temmuz 2001, para. 30.

¹⁷⁹ PALMER, s. 411.

¹⁸⁰ BREMS, s. 139.

¹⁸¹ *D v. Birleşik Krallık*, Başvuru No: 15576/89, 2 Mayıs 1997, para. 54.

¹⁸² *D v. Birleşik Krallık*, Başvuru No: 15576/89, 2 Mayıs 1997, para. 51-52.

layısıyla bu iade vakasında, 3. maddenin ihlal edildiğine dair karar, hastalığın ölümcül niteliği kadar iade edileceği ülkenin ekonomik yetersizlikleri ve başvuranı bekleyen sosyal ve fiziki koşullardır.¹⁸³

Bu noktada hatırlatmak gerekir ki, Mahkeme 3. madde kapsamında bakım ve tedaviye devam etme hakkının ilke olarak ileri sürülemeyeceğinin altını çizmektedir.¹⁸⁴ Dolayısıyla 3. madde bağlamındaki bu içtihat yukarıda sayılan koşulların varlığı durumunda istisnai olarak devreye girmektedir.¹⁸⁵ Nitekim Mahkeme genellikle iade edilecekleri ülkede tedavi açısından çok daha kötü şartlarla karşılaşması muhtemel olsa bile, başvuranların sınır dışı edilmesinin 3. maddeye uygun olduğunu tespit etmektedir.¹⁸⁶ Örneğin bir şizofreni hastasının sınır dışı edilmesine dair *Bensaid v. Birleşik Krallık* davasında Mahkeme, başvuranın sağlık durumunun ciddiyetini kabul etse de, 3. madde tarafından belirlenen yüksek eşiği göz önünde bulundurarak başvuranın Cezayir'e gönderilmesinin Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal etmeyeceğine karar vermiştir. Mahkeme devletin zarar vermeme sorumluluğunu doğrudan ilgilendirmeyen somut olayın koşullarını göz önünde bulundurarak, başvuranın sınır dışı edilmesinin 3. maddenin standartlarına aykırılık teşkil etmediğine kanaat getirmiştir. Zira başvuranın ailesi Cezayir'de yaşamaktadır ve yukarıda ifade ettiğimiz *D. v. Birleşik Krallık* davasının aksine tıbbi bakım alma ihtimali de bulunmaktadır.¹⁸⁷

3. madde bağlamında son olarak ele alacağımız husus ise sosyal güvenlik ve yardımlara ilişkin başvurulardır. Bir devletin bazı vatandaşlarını insan onuruna yakışır bir yaşam sürdürmek için gerekli olanaklardan mahrum bıraktığı durumlarda Mahkeme, devletin 3. maddeyi ihlal ettiğine karar verebilmektedir. Nitekim, her ne kadar kabul edilemezlik kararı verilmiş olsa da, Mahkeme *Larrioshina v. Rusya* kararında bu olasılığa kapı aralamıştır.¹⁸⁸ Mahkeme evvela sosyal güvenlik ödemelerinin 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi bağlamında mülkiyet hakkına ilişkin olarak değerlendirildiğinin, başvuranın ise bu doğrultuda bir devlet müdahalesine dair herhangi bir iddiasının bulunmadığının altını çizmiştir. Bu bakımdan aslında ilke olarak Mahkeme başvuranın yetersiz miktardaki emekli maaşı ve diğer sosyal yardımlara ilişkin şikâyeti bağlamında ulusal

¹⁸³ ARSLAN ÖNCÜ, Özel Yaşamın Korunması Hakkı, s. 313.

¹⁸⁴ KOCH, Economic, Social and Cultural Rights, s. 420.

¹⁸⁵ LEIJTEN, Core Socio-Economic Rights, s. 51.

¹⁸⁶ Konuya ilişkin kararlar için bkz. BREMS, s. 141.

¹⁸⁷ *Bensaid v. Birleşik Krallık*, Başvuru No: 44599/98, 6 Şubat 2001, para. 40-41.

¹⁸⁸ BREMS, s. 156.

makamların yerine geçemeyecektir. Bununla birlikte, tamamen yetersiz emekli maaşı ve diğer sosyal yardımlara ilişkin bir şikâyetin, prensipte Sözleşme'nin insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleyi yasaklayan 3. maddesi kapsamında bir sorun ortaya çıkarılabileceği kanaatindedir. Ancak Mahkeme, elindeki belgelere dayanarak başvuranın emekli maaşı ve ek sosyal yardımlarının miktarının Sözleşme'nin 3. maddesinde aranan asgari şiddet düzeyine erişebilecek ağırlığa ulaşmadığına karar vermiştir.¹⁸⁹

Mahkeme'nin kararından çıkan sonuca göre ulusal hukuk, sosyal güvenlik ya da yardım ödeneğine dair bir hakkı tanımadığında EP1-1 devreye girememektedir. Zira AİHS kapsamında sosyal güvenlik hakkı, sosyal yardım ya da emekli aylığına dair herhangi bir hak tanımlanmamıştır. Bununla birlikte Mahkeme, yetersiz miktardaki emekli maaşı ya da sosyal yardımların ilke olarak 3. madde kapsamında insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele çerçevesinde değerlendirilebileceğini belirtmiştir. Tabi ki bu sosyal ve ekonomik hakların gündeme gelebilmesi için Madde 3 bağlamında aranan asgari şiddet düzeyine erişmesi gerekmektedir.¹⁹⁰

3. Madde 8'in Vadettikleri: Konut Hakkı, Savunmasız Bireylerin Sosyal Yaşantısının Desteklenmesi ve Sağlıklı Bir Çevrede Yaşam Hakkı

AİHS'in 8. maddesi özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını içermektedir. Mahkeme, madde 8(1)'i özerk bir şekilde, yani farklı hakların ulusal düzeyde nasıl anlaşıldığından bağımsız olarak vaka bazında yorumlamaktadır. Bu durum, Sözleşme'nin bu hükmünün hangi garantileri kapsadığını tam olarak tespit etmeyi zorlaştırmaktadır. Bununla birlikte Mahkeme'nin özel hayat kavramına yaklaşımı, sosyal ve ekonomik hakların bu madde kapsamında gündeme gelmesine imkân tanımaktadır.¹⁹¹ Zira Mahkeme'ye göre özel hayat, bireyin kişisel iç çemberinin haricinde dış dünya ile ilişkisini de kapsamaktadır.¹⁹² Bu kapsamda 8. madde bağlamında konut, sosyal güvenlik, tıbbi bakım, sağlıklı bir çevrede yaşama ve çalışma hakkı gibi birçok sosyal ve ekonomik hak türü gündeme gelmektedir.

Bu doğrultuda ele alınması gereken ilk hak, konut hakkıdır. Aslına bakılırsa AİHS, tipik bir medeni ve siyasi haklar sözleşmesi olarak 8. maddesi bağlamın-

¹⁸⁹ Larioshina v Rusya, Başvuru No: 56869/00, 23 Nisan 2002, para. 3.

¹⁹⁰ ARSLAN ÖNCÜ, Özel Yaşamın Korunması Hakkı, s. 330.

¹⁹¹ LEIJTEN, Core Socio-Economic Rights, s. 52.

¹⁹² Niemietz v. Germany, Başvuru No: 13710/88, 16 Aralık 1992, para. 29.

da kişinin mevcut evi için koruma sağlamakta ve barınma veya konut edinme hakkına dair herhangi bir imada bulunmamaktadır.¹⁹³ Ancak her ne kadar AİHS kapsamında korunmasa da konut ve barınma hakkına ilişkin meseleler sıklıkla gündeme gelmektedir. AİHM, bu başvuruları somut olayın koşullarına uygun olarak 3., 8. ve EP1-1 maddeler bağlamında değerlendirmekle birlikte çalışmanın bu kesiminde konu yalnızca 8. madde ile sınırlı olarak irdelenecektir.

AİHM de her insanın onurlu bir şekilde yaşamını sürdürebileceği ve evim diyebileceği bir yere sahip olmasının açıkça arzu edildiğini belirtmekle beraber, ne yazık ki Taraf Devletlerde eve sahip olmayan pek çok kişinin bulunduğu altını çizmektedir. Bu doğrultuda 8. maddenin tüm bireylere devlet tarafından konut sağlanması şeklinde bir hakkı tanımadığını, Mahkeme'nin içtihatlarından da böyle bir çıkarımda bulunulamayacağını vurgulamaktadır. Hatta Mahkeme'ye göre herkesin ev sahibi olabilmesi hukuki değil siyasi bir karara ilişkin meseledir.¹⁹⁴ Dolayısıyla AİHM'e göre, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında konut kavramıyla korunan menfaatler, kişinin mevcut ikametgahından huzur içinde yararlanmasını, yani konuta saygı hakkı bağlamında konutuna dışarıdan müdahale edilmemesini içermektedirken, bir konut edinme hakkını dışlamaktadır.¹⁹⁵

Bu bağlamda AİHS'in 8. maddesindeki konuta saygı kavramı esasen negatif bir yükümlülük doğurmaktadır.¹⁹⁶ Bu bakımdan pozitif manada bir konut hakkı ilk bakışta AİHS kapsamında değerlendirilemeyecek gibi gözükmektedir. Bununla birlikte Mahkeme içtihadı aksi yöne kapı aralamaktadır. Zira AİHM Sözleşme'de açıkça yer almayan, hatta ikincil bir hak konumunda olan konut hakkını 8. madde anlamına dahil konusunda çekingen davranırsa da -istisnai durumlarda ve son derece sınırlı bir şekilde de olsa- pozitif yükümlülükler doktrini vasıtasıyla özel yaşama saygı hakkı kapsamında değerlendirmektedir.¹⁹⁷

AİHM, bu yaklaşımını en iyi şekilde sergileyen kararlardan birini, her ne kadar kabul edilemezlik kararı çıkmış olsa da *Marzari v. İtalya* davasında vermiştir. Söz konusu dava, nadir görülen bir rahatsızlığa sahip başvuranın ihtiyaçlarına göre uyarladığı apartman dairesinin kamulaştırılmasına dairdir. Mahkeme kararında Sözleşme'nin konut hakkını tanımadığı, bununla birlikte ağır hastalığı

¹⁹³ BINDER / SCHOBESBERGER, s. 54.

¹⁹⁴ Chapman v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 27238/95, 18 Ocak 2001, para. 99.

¹⁹⁵ Dukic v. Bosna Hersek, Başvuru No: 4543/09, 19 Ocak 2012, para. 40.

¹⁹⁶ PALMER, s. 415.

¹⁹⁷ ARSLAN ÖNCÜ, Özel Yaşamın Korunması Hakkı, s. 307.

olan bireylere bu konuda yardım sağlanmamasının 8. madde uyarınca kişinin özel hayatı üzerinde etkileri olabileceğini belirtmiştir. Ancak somut olayda başvurana başka bir konut önerilmiş ve önerilen konutun hastalığına uygun standartlara getirileceği belirtilmiştir. Başvuran yine de mevcut konutunun kendisine önerilen şartlardan daha iyi konumda olduğunu söyleyerek bu teklifleri reddetmiştir. Bu kapsamda Mahkeme, 8. maddenin başvurana belirli bir konut sağlanması konusunda pozitif bir yükümlülük getirmediğini belirterek yerel makamların başvuranın özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmiş sayılabileceğine kani olmuştur.¹⁹⁸

Dolayısıyla AİHM somut olayda, madde 8 bağlamında bir müdahale söz konusu olduğunu saptamakla beraber taraf devletin pozitif yükümlülüklerle uygun davrandığına kanaat getirerek ihlal kararı vermemiştir. Mahkeme bu yaklaşımını *Codona v. Birleşik Krallık* başvurusunda da sürdürmüştür. Somut olayda başvuran, yetkililerin etnik yaşam tarzına uygun olarak karavanı ile yaşayabileceği bir alan sunmak yerine kendisine fiziksel barınmayı dayattığından ötürü 8. madde kapsamında özel hayatına ve konuta saygı hakkına müdahalede bulunduğunu iddia etmiştir. Mahkeme ise başvuruya ilişkin kabul edilemezlik kararında, devletlerin Çingene yaşam tarzını kolaylaştırmak için 8. madde uyarınca pozitif yükümlülüklerinin söz konusu olduğunu, ancak buradaki sorumluluğun konut hakkını kapsayacak şekilde genişletilemeyeceği, bu minvalde başvurana belirli nitelikte ya da yerdeki konut sağlanmasının söz konusu olamayacağını belirtmiştir.¹⁹⁹

Bununla birlikte Mahkeme içtihadı 8. madde kapsamındaki pozitif devlet yükümlülüklerinin bazı durumlarda elverişli konut sağlanması hakkıyla da ilgili olabileceğini ortaya koymaktadır.²⁰⁰ Nitekim yoğun nüfuslu bir kasabanın ortasında çevreyi kirleten bir fabrika nedeniyle santralin etrafındaki alanın boşaltılmasına ilişkin *Fadeyeva v. Rusya* davasında AİHM, devletin veya çevreyi kirleten kuruluşun başvurana ücretsiz barınma imkânı sağlamak gibi bir yükümlülüğü olmadığını altını çizmiştir. Ancak mevcut davada devlet, başvurana tehlikeli bölgeden uzaklaşmasına yardımcı olacak etkili bir çözüm sunmamıştır. Bu doğrultuda Mahkeme, somut olayın koşullarını yukarıda değindiğimiz adil denge testine tabi tutmuştur. Sonuç olarak devlete tanınan geniş takdir marjına rağmen, toplumun çıkarları ile başvuranın konutuna ve özel hayatına saygı hak-

¹⁹⁸ Marzari v. İtalya, Başvuru No: 36448/97, 4 Mayıs 1999, s. 8-9.

¹⁹⁹ Codona v. Birleşik Krallık, Başvuru No: 485/05, 7 Şubat 2006, s. 10.

²⁰⁰ BREMS, s. 151.

kını etkili bir şekilde kullanması arasında adil bir dengeyi kuramadığı sonucuna varmıştır. Bu minvalde AİHS'in 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.²⁰¹ Dolayısıyla Mahkeme her ne kadar bu kararında, Sözleşme bağlamında doğan pozitif yükümlülüklerin devletlere konut sağlama gibi ödev getirmediğini vurgulasa da, somut olayda başvurana alternatif bir barınma imkânı sunulmasını konuta saygı hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.

İfade etmek gerekir ki, AİHM Sözleşme'nin doğrudan bir konut edinme hakkı sağlamayacağı kanaatinde olsa da savunmasız bireyler söz konusu olduğunda, 8. madde bağlamındaki pozitif yükümlülükleri daha geniş olarak ele almaktadır. Üstelik Mahkeme'nin bu yaklaşımı sadece konut ya da barınma hakkına ilişkin de değildir. Nitekim AİHM *Botta v. İtalya* davasından itibaren istikrarlı bir şekilde 8. maddenin savunmasız bireyler için sosyal hükümler sağlamaya yönelik pozitif devlet yükümlülükleri doğurduğunu değerlendirmektedir.²⁰² Öyle ki somut olayda başvuran, özel bir yüzme tesisinden engellilerin de yararlanabilmesi için mevcut olan rampa ve tuvalet gibi eksikliklerin devlet tarafından giderilmeye teşvik edilmemesinin özel hayatını ve kişiliğinin gelişimini ihlal ettiğini iddia etmektedir.²⁰³

Mahkeme kararında Sözleşme'nin 8. maddesinin öncelikle bireyin kişiliğinin dış müdahale olmaksızın gelişmesini garanti etmeyi amaçladığını vurgulamaktadır. Yani 8. madde esasen negatif bir yükümlülük içermektedir. Mevcut davada ise başvuran, devletin harekete geçmesinden değil geçmemesinden şikayetçidir. AİHM'e göre özel hayat, bir kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü içermektedir. Bu kapsamda 8. maddedeki negatif yükümlülükler ek olarak pozitif yükümlülükler de doğabilir. Bu tür yükümlülüklerin var olup olmadığı belirlenirken, devletin takdir yetkisi de gözetilerek, toplumun genel çıkarı ile bireyin çıkarları arasındaki adil denge gözetilmelidir.²⁰⁴ Bu bağlamda başka bir olayda Mahkeme, tatil günlerinde normal ikamet yerinden uzaktaki bir plaj için devletten tedbir almasını beklentisini oldukça geniş ve belirsiz bulmuştur. Bu minvalde somut olayda 8. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.²⁰⁵ Mahkeme'nin bu kararı; 8. maddenin bireyin günlük yaşamındaki her kesintide genel olarak uygulanabilir nitelikte olmadığı, bununla birlikte devletin önlem al-

²⁰¹ Fadeyeva v. Rusya, Başvuru No: 55723/00, 09 Haziran 2005, para. 132-134.

²⁰² PALMER, s. 414.

²⁰³ Botta v. İtalya, Başvuru No: 153/1996/772/973, 24 Şubat 1998, para. 27.

²⁰⁴ Botta v. İtalya, Başvuru No: 153/1996/772/973, 24 Şubat 1998, para. 32-33.

²⁰⁵ Botta v. İtalya, Başvuru No: 153/1996/772/973, 24 Şubat 1998, para. 35.

mamasının bireyin kişisel gelişim ve diğer insanlarla ilişki kurma ve sürdürme hakkına müdahale ettiği istisnai durumlar için söz konusu olabileceğini göstermektedir.²⁰⁶

Nitekim oldukça yeni bir başvuruya ilişkin *Larusson v. İzlanda* kararı da benzer yödedir. Somut olayda başvuran, belediyenin kültür ve sanat merkezlerine erişimin tekerlekli sandalye kullananlar için -rampa, asansör ve engelli otopark yeri gibi araçlarla- iyileştirilmemesinden şikayetçi olmaktadır. Mahkeme kararında engelli kişilerin toplum hayatına katılmalarının önemi vurgulanmaktadır. Ancak halka açık tesislere ve hizmetlere erişim imkânı bulunmadığında bu katılım da mümkün olmayacaktır. Bu doğrultuda Mahkeme, incelenen konunun Sözleşme'nin 8. maddesi anlamında özel hayatın kapsamına girdiği kanaatinde-dir.²⁰⁷ Bununla birlikte somut olayın koşulları incelendiğinde Mahkeme, ilgili belediyenin kamu binalarına erişilebilirliği iyileştirmek için çalışmalar yaptığını tespit etmiştir. Öyle ki belediye sınırlı bütçesini öncelikle eğitim ve spor tesisleri için ayırmıştır. Belediyenin erişilebilirlik iyileştirmeleri Mahkeme'nin kademeli gerçekleştirilme yaklaşımıyla tutarlıdır. Bu kapsamda Mahkeme, Taraf Devlete Sözleşme uyarınca daha fazla önlem alma zorunluluğu yüklemenin pozitif yükümlülükler bağlamında orantısız veya aşırı olacağını kabul etmektedir. Bu gerekçelerle Mahkeme somut olayda Sözleşme'nin 8. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde 14. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.²⁰⁸ Dolayısıyla Mahkeme, 8. maddenin engelli bireylerin sosyal hayata katılması için desteklenmesi sonucunu doğurduğu kanaatinde olsa da vaka bazlı değerlendirmesinde bu pozitif yükümlülüğün ihlal edilip edilmediğini tespit ederken devletin takdir marjı ve bütçesel sınırlar gibi hususları göz önünde tutmaktadır.

İfade etmek gerekir ki 8. madde bağlamında savunmasız kişilerin durumu sağlık hakkına ilişkin olarak da gündeme gelmektedir. Nitekim *Sentges v. Hollanda* başvurusunda elektrikli tekerlekli sandalye kullanan başvuran, yeme ve içme dahil olmak üzere tamamen başkalarının yardımına bağımlı olarak yaşamaktadır. Bu doğrultuda başvuranın hayatını kolaylaştırmak için tekerlekli sandalyesine mekanik bir kol takılması talebinde bulunulmuştur. Kolun toplam maliyeti 36.000 € olarak tespit edilmiş ancak bu talep sağlık sigortası kapsamında olmadığı için reddedilmiştir. Başvuran ise özel hayatına saygı hakkının,

²⁰⁶ PALMER, s. 415.

²⁰⁷ Arnar Helgi Lârusson v. İzlanda, Başvuru No: 23077/19, 31 Mayıs 2022, para. 46.

²⁰⁸ Arnar Helgi Lârusson v. İzlanda, Başvuru No: 23077/19, 31 Mayıs 2022, para. 64-65.

devletin bu tıbbi cihaz için ödeme yapma pozitif yükümlülüğünü kapsadığını ileri sürmektedir.²⁰⁹ Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmede, bireyin ve bir bütün olarak toplumun çatışan çıkarları arasında kurulması gereken adil denge ve Sözleşme'ye uyulmasını sağlamak için atılacak adımların belirlenmesinde, devletlerin bu konuda sahip olduğu geniş takdir marjının dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadır. Zira Mahkeme'ye göre bu takdir marjı, sınırlı devlet kaynaklarının tahsisi bağlamında önceliklerin değerlendirilmesini içerdiğinde daha da geniş olmaktadır. Bu minvalde Mahkeme, Hollanda makamlarının takdir sınırlarını aşmadığına ve şikâyetin dayanaktan yoksun olduğuna kanaat getirmiştir.²¹⁰

Belirtmek gerekir ki, devletin tıbbi bakım hususundaki pozitif yükümlülükleri bağlamında 8. maddenin ihlal edildiğine yönelik kararları da bulunmaktadır. Bu hususta *Van Kück* davası oldukça dikkat çekicidir. Davanın ayırt edici özelliği, cinsiyet değiştirme operasyonu etrafında dönmesidir. Nitekim AİHM cinsiyet kimliğine saygı gösterilmesini 8. maddede yer alan insan onuruna saygıyla bağlantılı ve çok önemli bir gereklilik olarak görmektedir.²¹¹ Somut olayda tıbbi tedavi masraflarının başvurana geri ödenmesi için ameliyatın tıbbi gerekliliğinin ve transseksüelliğin gerçek doğasını göstermesini şart koşmuştur. Ancak Mahkeme, özel hayatın en mahrem meselelerinden birine dair geri dönüşü olmayan bir ameliyat için tedavinin tıbbi gerekliliğini kanıtlama yükünü orantısız bulmuştur.²¹² Mahkeme'ye göre özel hayata saygı hakkının bir yönü cinsel kaderini tayin hakkı ile bağlantılıdır. Bu doğrultuda özel sağlık sigortası şirketinin çıkarları ile başvuranın çıkarları arasında adil bir dengenin kurulamadığını tespit edilmiştir. Sonuç olarak Mahkeme devletin takdir marjını aştığına ve AİHS'in ilgili maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.²¹³

Dolayısıyla AİHM, oldukça yakın tarihli iki kararının birinde tekerlekli sandalyeye robotik kol takılmasına yönelik talebin reddedilmesini devletin takdir marjı kapsamında değerlendirmiştir. Mahkeme bu kararında neredeyse tamamen devlet çıkarına odaklandığı kararda devletin geniş takdir marjının önemine işaret etmiştir.²¹⁴ Ancak diğer kararda bireyin cinsel kaderini tayin

²⁰⁹ Nikky Sentges v. Hollanda, Başvuru No. 27677/02, 8 Temmuz 2003, s. 2-3.

²¹⁰ Nikky Sentges v. Hollanda, Başvuru No. 27677/02, 8 Temmuz 2003, s. 7.

²¹¹ BREMS, s. 149.

²¹² Van Kück v. Almanya, Başvuru No: 25968/97, 12 Eylül 2003, para. 78-81.

²¹³ Van Kück v. Almanya, Başvuru No: 25968/97, 12 Eylül 2003, para. 84-86.

²¹⁴ LEIJTEN, Core Socio-Economic Rights, s. 260.

hakkını özel hayata saygı hakkının ayrılmaz bir parçası olarak kabul ederek 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu iki karar, AİHM'in sosyal ve ekonomik haklara yönelik içtihadının henüz tam olarak oturmadığını ortaya koymaktadır. Yine de bireyin sağlığı ve bedeni üzerindeki kontrolüne dair başvurular dışında cinsel özgürlük ve üreme özgürlüğüne ilişkin meselelerin de 8. madde kapsamında değerlendirildiği bulgusu çalışma bağlamında önemlidir. Bu noktada ifade etmek gerekir ki, tıbbi bakım hakkı madde 8 altında esasen özel yaşama saygı alt kategorisi içinde fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı ile irtibatlı olarak ele alınmaktadır.²¹⁵

Nitekim Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin özü, insan onuruna ve özgürlüğüne saygıdır. AİHM, Sözleşme kapsamında korunan yaşamın kutsallığı ilkesini hiçbir şekilde reddetmeksizin, yaşam kalitesi kavramının 8. madde kapsamında önem kazandığı kanaatindedir.²¹⁶ Yaşam kalitesi kavramı ayrıca çevre kirliliğine ilişkin başvurular da gündeme gelmektedir. Bu doğrultuda bireylerin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir. Keza çevre kirliliğine ilişkin başvurular sıklıkla sağlık hakkının korunması kapsamında ele alınmaktadır. Böylece AİHM, AİHS'in 8. maddesinin, dolayısıyla da özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının çevre kirliliği vakalarına karşı korunmayı da kapsadığını kabul etmektedir.²¹⁷

Üstelik çevre kirliliği dışında toprak ve su kirliliği,²¹⁸ hava kirliliği²¹⁹, gürültü kirliliği²²⁰ ve sokaklarda biriken atıklar²²¹ gibi hususlar da 8. madde doğrultusuna ele alınabilmektedir. Burada altını çizmek gerekir ki, çevre kirliliğine ilişkin başvurular, bireylerin sağlığı ciddi olarak tehlike altında olmasa bile 8. maddenin ihlal edildiğine karar verilebilmektedir. Zira devletin bu kapsamdaki sorumluluğu çevre kirliliğinden etkilenen bireylere sağlanan çözüm yollarına kadar uzanmaktadır.²²² Örneğin *Fadeyeva v. Rusya* kararında Mahkeme devletin başvurana ücretsiz barınma imkânı sağlama yükümlülüğü olmadığını, ancak tehlikeli bölgeden uzaklaşmasına yardımcı olacak etkili bir çözüm de sunmadığını belirterek 8. maddenin ihlal edildiğine kanaat getirmiştir. Mahkeme bu

²¹⁵ ARSLAN ÖNCÜ, Özel Yaşamın Korunması Hakkı, s. 310-315.

²¹⁶ *Pretty v. İngiltere*, Başvuru No: 2346/02, 29 Nisan 2002, para. 65.

²¹⁷ BINDER / SCHOBESBERGER, s. 58.

²¹⁸ *Taşkın ve Diğerleri v. Türkiye*, Başvuru No: 46117/99, 30 Mart 2005.

²¹⁹ *Lopez Ostra v. İspanya*, Başvuru No: 16798/90, 09 Aralık 1994.

²²⁰ *Hatton v. Birleşik Krallık*, Başvuru No: 36022/97, 8 Temmuz 2003.

²²¹ *Di Sarno v. İtalya*, Başvuru No: 30765/08, 10 Ocak 2012.

²²² BREMS, s. 149.

kararında çevre kirliliğinin başvuranın sağlığında ölçülebilir zarara yol açmamasıyla birlikte kaçınılmaz olarak hastalıklara karşı daha savunmasız hale getirildiğinin altını çizmektedir. Bu bakımdan Mahkeme'ye göre çevre kirliliğinin başvuranın yaşam kalitesini olumsuz yönde etkilediğine şüphe yoktur. Bu kapsamda Mahkeme, çevre kirliliği nedeniyle başvuranın sağlığında ve esenliğinde meydana gelen fiili zararın 8. madde kapsamında değerlendirilecek düzeye eriştiğini kabul etmiştir.²²³

AİHS'in 8. maddesi kapsamındaki pozitif yükümlülükler ayrıca çevresel riskler hakkında bilgi verme yükümlülüğünü de kapsamaktadır. Nitekim Mahkeme *Guerra ve Diğerleri v. İtalya* yerel halka kirlilik risk faktörü ve yakındaki bir kimya fabrikasında bir kaza olması durumunda nasıl davranılacağı hakkında bilgi verilmemesini AİHS'in 8. maddesi bağlamında ihlal olarak değerlendirmiştir.²²⁴ Bu konuda bir diğer yükümlülük de önlemeye ilişkindir. Zira *L.C.B. v. Birleşik Krallık* davasında başvuran, Birleşik Krallık tarafından Christmas Adası'nda gerçekleştirilen nükleer testleri sırasında babasının radyasyona maruz kalması nedeniyle lösemi hastası olarak doğduğunu, bu sebeple devletin yaşama hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Mahkeme yetkililerin, başvuranın yaşamının kaçınılmaz bir şekilde riske atılmasını önlemek için kendilerinden istenebilecek her şeyi yapıp yapmadıklarını ve böylece sağlık risklerinin önlenmesi alanında devletin pozitif bir yükümlülüğünü kabul edip etmediklerini incelemiştir. Sonuç olarak, babasının radyasyona maruz kaldığının belirsiz, radyasyona maruz kalmışsa bile çocuğunun lösemili olarak doğumunda bu durum ile doğrudan bağlantı kurmanın zor olduğundan bahisle, 8. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.²²⁵ Dolayısıyla Mahkeme her ne kadar ihlal kararı vermemiş olsa da devletin sağlık risklerini önleme konusunda pozitif yükümlülüğü olduğunu kabul etmiştir.

Özetle AİHS esasen medeni ve siyasi haklar için bir koruma mekanizması sağlamayı hedeflemektedir. Zira mülkiyet ve eğitim hakkı gibi birkaç örnek dışında, ki bunlar da negatif hak olarak düzenlenmiştir, sosyal ve ekonomik haklar Sözleşme metninde yer almamaktadır. Bu bakımdan Mahkeme sadece Sözleşme'ye dahil edilmiş haklar için devreye girebilmektedir. Dolayısıyla ilk bakışta sosyal ve ekonomik hakların Mahkeme'nin yargı yetkisine dahil olmadığı düşünülebilmektedir. Bununla birlikte AİHM, medeni ve siyasi haklar ile

²²³ Fadeyeva v. Rusya, Başvuru No: 55723/00, 09 Haziran 2005, para. 88.

²²⁴ Guerra ve Diğerleri v. İtalya, Başvuru No: 116/1996/735/932, 19 Şubat 1998, para. 60.

²²⁵ L.C.B. v Birleşik Krallık, Başvuru No: 14/1997/798/1001, 9 Haziran 1998, para. 40-41.

sosyal ve ekonomik haklar arasında, temel bir ayrım olmadığını belirtmiştir. Bu doğrultuda, birçok sosyal ve ekonomik hakka ilişkin uyumsuzlukta devreye girmiştir. Bu kapsamda sosyal ve ekonomik hakları Sözleşme çerçevesinde korumak için sık sıklıkla 2., 3., 6., 8. ve 14. maddelere başvurulmuştur. Ancak buna rağmen Mahkeme, sosyal ve ekonomik haklar konusunda oturmuş bir içtihat henüz oluşturmamıştır. Bu eksiklik sosyo-ekonomik çıkarların Sözleşme kapsamında etkili bir şekilde korunamamasına yol açmaktadır. Bu sebeple çalışmanın devamında sosyal ve ekonomik hakların AİHS bağlamında etkin olarak korunabilmesi için bir çözüm önerisi getirilecektir.

IV. SONUÇ YERİNE: UYGULAMADA GÖRÜLEN SORUNLARA ALTERNATİF BİR ÇÖZÜM ÖNERİSİ

AİHS bir medeni ve siyasi haklar belgesidir, ancak AİHM bu haklar dışında sosyo-ekonomik hakları da koruma eğilimi göstermektedir. Bu doğrultuda Mahkeme sosyo-ekonomik haklar ile Sözleşme tarafından korunan medeni ve siyasi haklar arasında kesin bir ayrım olmadığını kabul etmektedir. Mahkeme, Sözleşme metninde yer almasa da sosyal ve ekonomik haklar için AİHS hükümlerinin geleneksel kapsamını açıkça genişletmiştir. Bu doğrultuda, sosyal ve ekonomik hakları medeni ve siyasi hakların kapsamına dahil etmiştir. Böylece zengin bir sosyo-ekonomik içtihat ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda, etkili koruma ve bölünmezlik ilkesi gibi prensipler sosyal ve ekonomik hakların Sözleşme kapsamına dahil edilmeden korunabilmesine imkân tanımaktadır. Ancak ifade etmek gerekir ki, bu prensiplerin Mahkeme'nin sosyo-ekonomik alana katılımını haklı çıkarsa da sosyal ve ekonomik haklar için kapsamlı bir açıklamayı sağlamamaktadır.

AİHM'in bu yaklaşımının birçok farklı sebebi bulunmaktadır. İlk olarak Mahkeme'nin Sözleşme tarafından belirlenen standartlar uyarınca toplumsal yönü ağır basan sosyal ve ekonomik haklar konusunda rehberlik sağlarken bireysel adaleti de gözetmesi gerekmektedir.²²⁶ Diğer taraftan AİHM, uluslar üstü bir mahkeme olarak ikincil bir konuma sahiptir. Sosyal ve ekonomik haklar ise büyük ölçüde mali kaynaklara bağımlı olması sebebiyle ulusal makamların takdirinde olduğu düşünülen bir alandır. Bu durum da Mahkeme'nin sosyo-ekonomik alanda daha temkinli olmasına yol açmaktadır. Ancak devlet çıkarlarının merkezde olduğu böyle bir yapının varlığının kabul edilmesi, sosyal ve ekonomik haklar bakımından uygulanan adil denge testinde ibrenin devlete

²²⁶ LEIJTEN, Core Socio-Economic Rights, s. 77-78.

dönmesine, böylece bireylerin sosyo-ekonomik çıkarlarının Sözleşme kapsamında yeterince korunamamasına yol açmaktadır.²²⁷

Her ne kadar çalışma kapsamında Mahkeme'nin sosyal ve ekonomik hakları inceleme yöntemi ve uygulama standardının ana hatlarını çizmiş olsak da, sosyo-ekonomik hakların Sözleşme kapsamında korunmasının bir sınırının olup olmadığı konusu çözümsüzlüğünü sürdürmektedir. Zira yukarıda da değindiğimiz üzere AİHM sosyo-ekonomik çıkarları Sözleşme kapsamına almadan korumaya çalışmaktadır. Bunun için bu hakları tanımlamaktan kaçınmakta, hatta bu yüzden alışlagelmiş rejimine aykırı hareketle değerlendirme aşamalarını karıştırmakta ya da bir arada ele almaktadır. Mahkeme somut olayda devletin pozitif yükümlülüğü olup olmadığını belirlerken sosyal veya ekonomik hakkın içeriğine değinmemekte, doğrudan somut olayda başvuranın çıkarı ile toplumsal çıkarlar arasında sağlanması gereken adil dengenin gözetilip gözetilmediğini inceleme aşamasına geçmektedir.

Bu gibi sebeplerle ilk bakışta tutarsız ve belirsiz gözükken bir sosyal ve ekonomik hak içtihadı oluşmuştur. Öyle ki AİHS'in 6. ve 14. maddelerinin yorumlanması yoluyla sosyo-ekonomik hakların korunmasına yönelik kademeli yaklaşım için belirli bir standart belirlemek mümkün olmamaktadır. Üstelik Mahkeme içtihadı sosyal ve ekonomik haklar bağlamında takdir marjının oldukça geniş tutulduğunu göstermektedir. İfade etmek gerekir ki, AİHM içtihadında çizginin nerede çekileceği, dolaylı olarak korunan sosyal ve ekonomik haklar değil, bunların dahil edildiği medeni ve siyasi haklar tarafından belirlenmektedir.

Örneğin AİHS'in 3. maddesi uyarınca belirli bir muamelenin *insanlık dışı* veya *aşağılayıcı* olup olmadığını belirlemenin ana kriteri, eylemin ciddiyetidir. AİHS'in 8. maddesi çerçevesinde ileri sürülen iddialarda ise Mahkeme özel hayat, aile hayatı ve konut hakkı ile ilgili bağlantı kriterini aramaktadır. Bu kapsamda, konutun korunması metnin lafzında açıkça yer aldığından bunu devlet müdahalesi ile bağdaştırmak kolaydır. Ancak barınma hakkının gündeme gelmesi çevre kirliliği ile irtibatlı ise devletin konuya ilişkin pozitif yükümlülüğü olup olmadığını belirlemek zorlaşmaktadır.²²⁸ Bu gibi belirsizlikler sosyal ve ekonomik alana ilişkin içtihadın vaka bazlı değerlendirmelere kalarak öngörülebilir belli bir standarda oturmamasına neden olmaktadır.²²⁹

²²⁷ LEIJTEN, Core Socio-Economic Rights, s. 290-292.

²²⁸ BREMS, s. 164-165.

²²⁹ LEIJTEN, Core Socio-Economic Rights, s. 81.

Bu bakımdan Mahkeme'nin hangi davalarda sosyal ve ekonomik haklar ile Sözleşme hakları arasında bir bağlantının varlığını tanıyıp tanımayacağı hususu belirsizliğini korumaktadır. Örneğin, yukarıda tartışılan *Sentges* ve *Van Kück* davaları arasında çarpıcı bir tutarsızlık bulunmaktadır. *Sentges* davasında Mahkeme, devletin sosyal sigorta fonunun engelli bir gencin hayatını kolaylaştıracak mekanik kolun bedelini iade etmeye mecbur etmemesini 8. maddenin ihlali olarak görmemiştir. Ancak *Van Kück* davasında, devletin bir sağlık sigortası şirketini cinsiyet değiştirme operasyonu için tazmin etmeye zorlamamasını 8. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir. Her ne kadar bu uygulama farklılığı bir ölçüde sosyal ve ekonomik hakların mali boyutu ile izah edilebilecek olsa da -Van Kück özel bir sigorta şirketine ilişkin Sentges devlet tarafından sağlanan sigorta fonuyla ilgilidir- bu eksik bir açıklama olacaktır.²³⁰

Bu noktada konuya ilişkin başka bir örnek olarak İsviçre'de çalışmış olan İtalyanların beklenenden daha düşük emekli maaşı almasına neden olan yasal değişikliğe ilişkin yapılan iki benzer başvuruda Mahkeme'nin farklı sonuçlara varmış olması verilebilir. *Stefanetti ve Diğerleri v. İtalya* davasında başvuranlar tahmin ettikleri maaşın yarısından fazlasını kaybetmiştir. Mahkeme, indirim yüzdesinin belirleyici olmadığına, ancak EP1-1'in ihlal edildiğine karar vermiştir.²³¹ *Maggio ve Diğerleri v. İtalya* davasında ise indirim yüzde olarak daha düşük olmasına rağmen, başvuranın durumu Stefanetti'deki bazı başvuranlara kıyasen daha kötü görünse de, kaybın makul ve orantılı olduğuna yani EP1-1'in ihlal edilmediğine kanaat getirilmiştir.²³²

Sonuç olarak, Mahkeme sosyo-ekonomik haklar için bir miktar koruma sağlamakta, ancak belirgin bir pozisyon ortaya koymamaktadır. Dolayısıyla tüm gelişim potansiyeline rağmen Mahkeme'nin sosyo-ekonomik hak alanını gelecekte nasıl ele alacağı belirsizdir. Her ne kadar etkili koruma ve bölünmezlik gibi ilkeler Mahkeme'nin sosyo-ekonomik pratiğini anlamaya yardımcı olsa da, bunlar Sözleşme'den kaynaklanan pozitif yükümlülükler konusunda yeterli rehberliği sağlamamaktadır. Bu haliyle Mahkeme'nin sosyo-ekonomik içtihadı için ihtiyaç duyulan standart mevcut değildir.²³³ Bu bakımdan Mahkeme, hangi sosyal ve ekonomik hakların AIHS bağlamında korunduğu konusunda daha açık olmalıdır.

²³⁰ BREMS, s. 166.

²³¹ Stefanetti v. İtalya, Başvuru No: 21838/10, 21849/10, 21852/10, 21855/10, 21860/10, 21863/10, 21869/10 ve 21870/10, 15 Nisan 2014, para. 66-67.

²³² Maggio v. İtalya, Başvuru No: 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 ve 56001/08, 31 Mayıs 2011, para. 63-64.

²³³ LEIJTEN, Core Socio-Economic Rights, s. 83-85.

Belirginliğin sağlanması için Mahkeme'nin sınırlanabilir haklara ilişkin rejimini sosyo-ekonomik alanda da uygulamalıdır. Bu kapsamda evvela başvuruya konu sosyal ve ekonomik hakkın Sözleşme'nin hangi maddesi kapsamında değerlendirildiği sebepleri ile açıklanmalıdır. Dolayısıyla Mahkeme, AİHS'in doğrudan ya da dolaylı olarak hangi sosyal ve ekonomik hakları kapsadığı hususunda daha açık olmalıdır. Nitekim Mahkeme'nin mevcut uygulaması Sözleşme maddeleri ile sosyo-ekonomik çıkarlar arasında bağlantı kurulmasını zorlaştırmaktadır. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere Sözleşme bağlamında adil yargılanma veya kişinin konutuna saygı hakkı ile sosyo-ekonomik haklar arasında bağlantı kurmak kolayken, ayrımcılıkla ilgili davalarda bu bağlantının kurulması daha zordur.²³⁴

İfade etmek gerekir ki Sözleşme'nin hangi sosyo-ekonomik çıkarları kapsayıp kapsamadığının belirlenmesi, sosyal ve ekonomik haklara ilişkin başvurularda inceleme aşamasında görülen belirsizlik sorununun da bertaraf edilmesini sağlayacaktır. Keza bu sayede sosyal ve ekonomik haklar da diğer sınırlanabilir hakların rejimine tabi olacaktır. Bu da AİHM içtihadını sosyal ve ekonomik haklar bakımından daha belirgin hale getirecektir. Tabi ki Mahkeme'nin açık bir standart geliştirmemesi, devletlere sosyal ve ekonomik hakların korunması için -mevcut kaynakları ışığında- bir tercih yapma olanağı sağlamaktadır. Dolayısıyla belirgin bir standart geliştirmektense, tutarlı bir şekilde sosyal ve ekonomik hakların Sözleşme'ye dahil olmadığını vurgulanması, bununla birlikte belirli bir ölçüde koruma alanı yaratılma çabası esasen bilinçli bir tercihtir.

Nitekim öncelikli olarak medeni ve siyasi haklar temelinde yargılama yapan uluslar üstü bir mahkemenin meşruiyetini yitirmemek için politik alana dair bir konu olan bu alandan prensip olarak bir ölçüde kaçınması gerekmektedir.²³⁵ Öyle ki kararlarının kabulü ve uygulanması üye devletlerin istekliliğine bağlı olduğundan Mahkeme'nin konumu hassastır. Sosyal ve ekonomik hakların koruma alanına dahil edilmesi Mahkeme'nin kendisine izin verilenden daha fazlasını yaptığı izlenimini oluşturabilir.²³⁶ Bu durum sosyal ve ekonomik hakların Sözleşme'ye dahil edilmeden evvel, sadece hukuki değil politik düzende de tartışılması gerektiğini göstermektedir. Bununla birlikte tekrar altını çizmek gerekir ki, Sözleşme çerçevesinde daha etkin bir koruma sağlamak için hangi sosyal ve ekonomik hakların AİHS bağlamında korunduğu hususunda daha sarıh bir içtihat oluşturulması elzemdir.

²³⁴ LEIJTEN, Core Socio-Economic Rights, s. 294-295.

²³⁵ LEIJTEN, Core Socio-Economic Rights, s. 255.

²³⁶ LEIJTEN, Core Socio-Economic Rights, s. 296.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA / REFERENCES

- AKAD, Mehmet / VURAL DİNÇKOL, Bihterin / BULUT, Nihat, **Genel Kamu Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 18. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2022.
- AKANDJI-KOMBE, Jean-François, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, İnsan Hakları El Kitapları, No. 7.
- AKILLIOĞLU, Tekin, **İnsan Hakları - I**, A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 17, Ankara, 1995.
- ARSLAN ÖNCÜ, Gülay, **Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, Beta, 2011, Ankara.
- ARSLAN ÖNCÜ, Gülay, **Sosyal Devlet ve Küreselleşme Ekseninde Haksız İşten Çıkarılmama Hakkı**, Onikilevha, İstanbul, 2022.
- BAYRA, Ersin, “Anayasa Mahkemesi ve AİHM Kararları Işığında Yaşam Hakkı ve Deprem”, **Ulusal ve Uluslararası Yargı Kararları Işığında Deprem Hukuku Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı**, 24-25 Mayıs 2021, s. 67-88.
- BEIJER, Malu, **The Limits of Fundamental Rights Protection by the EU - the Scope for the Development of Positive Obligations**, Intersentia, Cambridge, 2017, s. 50.
- BINDER, Christina / SCHOBESBERGER, Thomas, “The European Court of Human Rights and Social Rights - Emerging Trends in Jurisprudence”, **Hungarian Yearbook of International Law and European Law**, 2015, ss. 51-70.
- BREMS, Eva, “Indirect Protection of Social Rights by the European Court of Human Rights”, **Exploring Social Rights Between Theory and Practice**, Ed. Daphne Barak-Erez ve Aeyal M. Gross, Hart Publishing, Oregon, 2007, ss. 135-171.
- BULUT, Nihat, **Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar**, XII Levha, İstanbul, 2009.
- ÇINAR, İbrahim, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yargı Yetkisi ve Mağdurluk Statüsü”, **Bireysel Başvuru**, Ed. Musa Sağlam, Ankara, 2. Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2013, ss. 165-224.

- DAHLBERG, Maija. “Should Social Rights be Included in Interpretations of the Convention by the European Court of Human Rights?” **European Journal of Social Security**, Y. 2014, C. 16, S. 3, ss. 252-276.
- DOĞAN, İlyas, **İnsan Hakları Hukuku Ders Kitabı**, 1. Baskı, Astana, Ankara, 2012.
- DONNELLY, Jack, **Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları**, Çev. Mustafa Erdoğan ve Levent Korkut, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995.
- EREN, Abdurrahman, **Ulusal İnsan Hakları Kurumları**, Onikilevha, İstanbul, 2012.
- ERGÜL, Ergin, **Anayasa Mahkemesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması**, Yargı Yayınevi, Ankara, 2012.
- ERTAN, İzzet Mert, **Sosyal Hakların Uluslararası Korunması ve Avrupa Sosyal Şartı Sistemi**, Beta, İstanbul, 2015, s. 11.
- GEMALMAZ, H. Burak, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlanmasında “Adil Denge” İlkesi”, **İÜHFİM**, C. LXIX, Y. 2011, S. 1-2, s. 649-674.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teori-sine Giriş**, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Bası, Beta, İstanbul, 2003.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teori-sine Giriş**, 7. Baskı, Legal, İstanbul, 2010.
- GERARDS, Janneke, “The Prism of Fundamental Rights”, **European Constitutional Law Review**, Y. 2012, C. 8, S. 2, ss. 173-202.
- GÖLCÜKLÜ, A. Feyyaz / GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleş-mesi ve Uygulaması**, Genişletilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- GÖZLER, Kemal, **İnsan Hakları Hukuku**, 4. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, Şubat 2022.
- KABOĞLU, İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuk**, 6. Baskı, İmge, 2002.
- KALABALIK, Halil, **İnsan Hakları Hukuku**, 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017.
- KAPANİ, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin, Ankara, 2013.
- KOCH, Ida Elisabeth, “Economic, Social and Cultural Rights as Components in Civil and Political Rights: A Hermeneutic Perspective”, **The International Journal of Human Rights**, Y. 2006, C. 10, S. 4, ss. 405-430.
- KOCH, Ida Elisabeth. “Social Rights as Components in the Civil Right to Personal Liberty: Another Step Forward in the Integrated Human Rights Approach”, **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Y. 2002, C. 20, S. 1, s. 38, ss. 29-52.
- KOCH, Ida Elisabeth, “The Justifiability of Indivisible Rights”, **Nordic Journal of International Law**, Y. 2003, C. 72, S. 1, ss. 3-40.

- KOCH, Ida Elisabeth. “Social Rights as Components in the Civil Right to Personal Liberty: Another Step Forward in the Integrated Human Rights Approach”, **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Y. 2002, C. 20, S. 1, s. 29-52.
- LAVRYSEN, Laurens, **Human Rights in a Positive State, Rethinking the Relationship Between Positive and Negative Obligations Under the European Convention on Human Rights**, Intersentia, Cambridge, 2017, s. 316.
- LEIJTEN, Ingrid, **Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights**, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.
- LEIJTEN, Ingrid, “Defining the Scope of Economic and Social Guarantees in the Case Law of the ECtHR”, **Shaping Rights in the ECHR, The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights**, Ed. Eva Brems ve Janneke Gerards, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, ss. 109-136.
- MÖLLER, Kai, **The Global Model of Constitutional Rights**, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- PALMER, Ellie, “Protecting Socio-Economic Rights through the European Convention on Human Rights: Trends and Developments in the European Court of Human Rights”, **Erasmus Law Review**, Y. 2009, C. 2, S. 4, 2009, ss. 397-426.
- TANÖR, Bülent, **Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar**, May Yayınları, İstanbul, 1978.
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SANCAKDAR, Oğuz / ÖNOK, Rifat Murat, **İnsan Hakları El Kitabı**, Beşinci Baskı, Seçkin, Ankara, 2014.
- UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), **General Comment No. 11: Plans of Action for Primary Education (Art.14 of the Covenant)**, 10 May 1999, E/1992/23, (Çevrimiçi) <https://www.refworld.org/docid/4538838c0.html> E.T. 10.01.2023.
- UYGUN, Oktay, “İnsan Hakları Kuramı”, **İnsan Hakları**, YKY Yayınları, İstanbul, 2000, ss. 13-44.
- Vienna Declaration and Programme of Action, Section 1, para. 5, 1993, (Çevrimiçi) <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/vienna-declaration-and-programme-action>, E.T. 10.01.2023.

YSK Kararları Işığında Belediye Kanunu'na Göre Yapılan Halkoylamaları (Plebisit)^(*)

Referendum Held According to Municipal Law in the Light of Supreme Election Council Decisions (Plebiscite)

Fatih GÜLER^(**)

Öz:

Kamu hizmetinin bireylere ulaşmasında belediyeler kilit rol oynamaktadır. Kanun koyucu, il ve ilçe merkezlerinde belediye kurulması zorunluluğunu benimsemiştir. Bunun dışındaki yerlerde belediye kurulması ile ilgili farklı süreçler işlemektedir. Belediye Kanunu'na göre yeni bir belediye kurulması veya belediyelerin birleşme ve katılma işlemlerinde yarı doğrudan demokrasi araçlarından halkoylamasına^(*) başvurulmaktadır. Belediyelerle ilgili bazı konularda anayasal ilkelere uygun halkoylaması düzenlenmesi, kanun koyucunun belediye hizmetlerine verdiği öneme işaret etmektedir. Bu usul, aynı zamanda kamu hizmetlerinin bireylere en yakın kamu otoritesi tarafından sağlanmasına yönelik yerindenlik (subsidiarite) ilkesi ile uyumlu olduğu gibi yerel yönetim organlarının özerkliğini benimseyen uluslararası normların gerekliliklerini de karşılamaktadır. Belediye Kanunu, halkoylamasına hangi koşullar altında ve kimlerin başvurabileceğini açıkça düzenlemesine rağmen halkoylamasının usul ve esasları ile ilgili düzenlemelere yer vermemiştir. Çalışma kapsamında görülmüştür ki muhtemel bir seçim kanunu düzenlemesinde Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamalarının usul ve esaslarına ilişkin bir düzenlemenin Yüksek Seçim Kurulu (YSK) içtihatları doğrultusunda ele alınmasının yerinde olabileceği değerlendirilmiştir. YSK önceleri karar ve uygulamalarında Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamalarını "plebisit" olarak adlandırmasına rağmen yakın zamanda bu kavramdan ayrılarak "Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamaları" kavramını kullanmaya başlamıştır. Çalışmada plebisit kavramının teorik çerçevesi aktarıldıktan sonra Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamaları YSK'nın konuya ilişkin içtihatları çerçevesinde ve belli bir sistematik esas alınıp incelenerek çözüm önerileri getirilmiştir.

^(*) **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 28.07.2022

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 21.02.2023

DOI: 10.58733/imhfd.1267363

Bu makaleye atf için: GÜLER, Fatih, "YSK Kararları Işığında Belediye Kanunu'na Göre Yapılan Halkoylamaları (Plebisit)", **İMHFD**, C. 8, S. 1, 2023, s. 115-140.

^(**) Dr., Öğr. Gör., Çanakkale 18 Mart Üniversitesi / Çanakkale - Türkiye

E-posta: fatih.guler@comu.edu.tr

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5365-5700>

^(*) Her ne kadar, Türk Dil Kurumu yazım kılavuzunda 'halk oylaması' kelime grubu ayrı yazılsa dahi, Anayasa metninde, 3376 sayılı Kanun metninde, YSK kararlarında ve doktrinde bazı yazarlarca (GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, 3. Baskı, Ekin, Bursa, 2019, s. 1337) kelime bitişik olarak yazıldığı için, makale başlığı ve devamında bu kelime bitişik yazılmıştır.

Anahtar Kelimeler:

Plebisit, Halkoylaması, Yüksek Seçim Kurulu, Belediye, Belediye Kanunu.

Abstract:

Municipalities have a key role in the delivery of public services to individuals. The legislature has adopted the obligation to establish municipalities in provincial and district centers. There are different processes related to the establishment of municipalities at places other than provincial and district centers. According to Municipal Law, a referendum, which is one of semi direct means of democracy, must be held for establishing a new municipality or merging and inclusion of existing ones. Organizing referendums in accordance with constitutional principles on some issues related to municipalities indicates the importance that the legislature deems about referendums. This procedure is also compatible with the principle of subsidiarity which requires provision of public services to individuals by locally nearest public administrators and also meets the requirements of international norms that adopt the self-government of local government bodies. Although Municipal Law clearly regulates the bodies which can apply referendums under certain conditions it does not include regulations regarding the procedures and principles of application of referendums. In the process of making a new election law, it would be appropriate to make a regulation by reviewing the procedures and principles of referendums held in accordance with Municipal Law, in the light of Supreme Election Council (SEC) decisions. Although SEC named referendums held according to Municipal Law as “plebiscite”, it has recently abandoned this description and started to use the term “Referendum According to Municipal Law”. In this study, after the theoretical framework of the concept of plebiscite is explained was conveyed, referendums held according to Municipal Law are examined within the framework of the jurisprudence of the SEC on a systematic base.

Keywords:

Plebiscite, Referendum, Supreme Election Board, Municipality, Municipal Law.

GİRİŞ

Demokratik değerlerin her geçen gün önem kazanmasıyla birlikte kamu hizmetlerinin bireylere en yakın kamu otoritesi tarafından verilmesine yönelik eğilim güçlenmektedir. Türk idare sistemi içerisinde bu yerindenliği sağlayan en önemli kurumsal yapının belediyeler olduğu söylenebilir. Belediyeler, kamuda huzur ve esenliğin sağlanması ile demokratik bir yönetimin pekişmesi adına Türk kamu yönetimi içerisinde büyük bir öneme sahiptir¹. Yerel kamu hizmetlerinin yürütülmesinde en önemli rolü üstlenen belediyelerin üstlendikleri kamu hizmeti çeşitliliğindeki artışlar, belediye hizmetlerinden yararlanma konusundaki talebi de farklılaştırmıştır².

¹ MECEK, Mehmet / ATMACA, Yıldız, “Yerel Yönetimlerin İdari Yapısına İlişkin Mevzuat Analizi”, *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 2020, C. 19, S. 76, s. 2084.

² UYSAL, Yusuf / ATMACA, Yıldız, “Türkiye’deki Merkezi ve Yerel Yönetim İlişkilerinin Yönetişim Modeli Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, Y. 2018, C. 1, S. 3, s. 421.

Bu farklılaşma ve artış, bazı seçmenler açısından belediye hizmetlerinden yararlanma konusunda bir talep oluştururken bazı seçmenler açısından belediye sınırları içerisinde ikamet etmenin getireceği mükellefiyetlerden kaçınma eğilimi doğurmaktadır. Bu konudaki talep ve eğilimlerin makul ve demokratik usul ve esaslar çerçevesinde tespit edilmesine yönelik halkoylaması usulünün öngörülmesi kanun koyucunun belediye hizmetlerinin niteliğinden kaynaklı duyduğu hassasiyetin bir sonucu olarak ifade edilebilir.

Belediye Kanunu il ve ilçe merkezlerinde belediye kurulmasının zorunlu olmasını öngörmüşken, diğer alanlarda kanuni şartlar oluşması halinde belediye kurulması yetkisini Cumhurbaşkanı'na vermiştir. Fakat kanun koyucu Cumhurbaşkanı'nın konuyla ilgili kararından önce seçim kurullarının yönetim ve denetiminde seçmenlerin oyuna başvurulması ilkesini kabul etmiştir. Belediye Kanunu'na göre gerçekleştirilecek olan halkoylamalarının yargı yönetim ve denetimi altında yapılması, oylamada seçmenlerin konu hakkındaki iradelerinin sağlıklı olarak ortaya çıkmasını amaçlamaktadır³. Seçmenlerin oyu bağlayıcı nitelikte olmamasına rağmen, süreci başlatabilme hakkının seçmenlerde olması oldukça önemlidir. Ayrıca, kanun koyucu kanuni şartlar oluşması durumunda seçmenlerin sınırdış başka bir belediyenin sınırlarına katılarak ilgili belediyeden hizmet alma konusunda seçim kurullarının yönetim ve denetiminde oylarına başvurulması talebinde bulunabileceklerini kabul etmiştir.

Çalışmada ilk önce YSK'nın yakın bir zamana kadar Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamaları için kullandığı plebisit kavramı açıklandıktan sonra, Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamaları için kullanılan mevcut kavramın yerindeliğine işaret edilmiştir. İkinci bölümde belediyelerin kanuni kuruluş süreci hakkında bilgi verildikten sonra YSK'nın konuyla ilgili genelgeleri kısaca değerlendirilmiştir. Üçüncü bölümde ise Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamalarının esas ve usulleri belli bir sistematik çerçevesinde YSK kararları ışığında ele alınmıştır. Bu bölümde Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamaları ile ilgili YSK'nın sık içtihat değişikliğine gittiği; örneklerle açıklanarak Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamalarının yasal düzenlemeye konu edilmesi gerekliliğinin altı çizilmiştir.

³ ALTAY, Evren, "Danıştay'ın İdari Görevleri ve Kararları", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 2005, S. 56, s. 206.

I. PLEBİSİT

Egemenliğin kullanılmasında demokrasi tipleri doğrudan demokrasi, yarı doğrudan demokrasi ve temsili demokrasi olmak üzere üç alt başlıktan oluşur. Günümüz dünyasında temsili demokrasinin uygulama alanı diğer ikisine göre daha geniştir. Fakat teknolojinin gelişmesiyle birlikte temsili demokrasi zamanla doğrudan demokrasiye doğru evrilmektedir⁴. Şüphesiz bunlar arasında halkın katılımının en yüksek olduğu ve demokrasinin idealine en yakın olan sistem ise doğrudan demokrasidir⁵.

Günümüz koşullarında doğrudan demokrasiyi tam anlamıyla uygulamak gitgide zorlaşmaktadır. Fakat teorik olarak doğrudan demokrasi araçlarına başvurma sıklığı halkın yönetime katılma imkân ve kabiliyetini arttırmaktadır. Yarı doğrudan demokrasinin günümüz dünyasındaki en önemli pratiği ise referandumdur.

Halkoylaması kurumunun teorigine rağmen uygulamasında özellikle anayasa değişiklik sürecinde halkoylamasına biçilen rolden kaymalar meydana gelmekte ve bir anlamda işlev sapması yaşanmaktadır⁶. Referandumun halka mevzuatın şekillendirilmesinde daha fazla söz hakkı vermek gibi gerçek istişari amaçlar için değil, bunun yerine hükümetlerin kendi haklarını sağlamlaştırması gibi araçsal ve stratejik amaçlar için kullanılmasını maskeleyen amacına yönelik olabileceğine dair eleştirel yaklaşımlar da ifade edilmektedir⁷.

Karşılaştırmalı hukuk verilerine göre anayasalarda öngörülen değişiklik prosedürlerinin çarpıcı bir özelliği, referandumun ya mutlak bir gereklilik ya da isteğe bağlı bir alternatif olarak sıklıkla kullanılması olup anayasa değişiklik sürecinde, yasama onayına ek bir gereklilik olarak kullanılması özellikle, memnun olmayan azınlıklara önerilen değişikliğe karşı bir kampanya başlatma fırsatı sunmaktadır⁸.

Son yıllarda halkoylamasına başvurma sıklığı giderek artmaktadır. Otokratik veya totaliter yönetim dönemlerinde yapılan referandumları bir kenara bırakırsa, 20. yüzyılda Batı Avrupa’da üç yüz yirmi altı referandum / halk girişimi

⁴ KAMA IŞIK, Sezen / IŞIK, Alper, “Yeni Bir Siyasi Parti Türü Olarak Elektronik Siyasi Partiler”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, Y. 2021, C. 79, S. 2, s. 694.

⁵ GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları: Ders Kitabı**, Güncellenmiş 13. Baskı, Ekin, Bursa, 2021, s. 273.

⁶ TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 1. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2001, s. 53.

⁷ MOREL, Laurance, “The Rise of Government-Initiated Referendums in Consolidated Democracies”, **Referendum Democracy**, Ed. Mendelsohn, M., Parkin, A., Palgrave Macmillan, London, 2001, s. 47.

⁸ LIJPHART, Arend, **Patterns of Democracy: Government forms and Performance in Thirty-six Countries**, Second Edition, Yale University Press, New Haven & London, 2012, s. 219-221.

/ plebisit yapılmış, bunlardan kırk dokuzu halk girişimi, yetmiş altısı anayasal referandum, doksan beşi yurttaş referandumu, seksen üçü isteğe bağlı veya ihtiyari referandum ve altmış biri plebisit olup, halk girişimlerinin yüzde yetmiş beşi Lihtenştayn'da, anayasa değişikliği referandumlarının yüzde kırk beşi İrlanda'da, yurttaş referandumlarının yüzde yetmiş beşi İtalya'da ve plebisitlerin yüzde altmışı İrlanda'da yapılmıştır⁹.

Referandum ve plebisit kavramları zaman zaman eş anlamlı olarak kullanılmakla birlikte farklı çağrışımlara sahip kavramlardır¹⁰. Yarı doğrudan demokrasi araçlarını temsil eden bu iki kavram, yarı doğrudan demokrasinin niteliğinin kavranması açısından da kilit bir role sahiptir¹¹. Eski Roma'dan kalma bir tabir olan plebisit kavramı pleb denen halk (avam) kesimi tarafından yapılmış kanunlara verilen isimdir¹². Referandumdan daha eski bir kavram olan plebisit kavramı, özellikle Fransız dönemi uygulamalarının ardından referandumun fasit hali olarak kavramlaşmıştır¹³.

Üzerinde uzlaşılan bir tanım olmamasına rağmen gerek doktrinde gerekse de kamuoyunda olumsuz bir anlam ve algıyı temsil eden plebisit kavramının açıklığa kavuşturulması oldukça önemlidir¹⁴. Aşağıda Tablo-1'den de görüleceği üzere 1969 yılından 2020 yılına kadar YSK Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamalarını plebisit olarak ifade etmiştir. YSK, kararlarında plebisiti şu şekilde tanımlamıştır:

Modern anayasa hukukunda plebisit, bir kanun veya herhangi bir Devlet tasarrufu hakkında halkoyuna başvurma halidir. Diğer deyişle, kamu hizmeti gören yetkili kişi veya kurulların, yaptıkları veya yapacakları eylem veya işlemlerin uygun görülüp görülmediğinin vatandaşların oylarıyla tespit edilmesidir.

⁹ QVORTRUP, Matt, "Referendums in Western Europe", **Referendums Around the World**, Ed. Qvortrup, M., Palgrave Macmillan, London, 2014, s. 43-44.

¹⁰ TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ ARAŞTIRMA MERKEZİ, **Bir Doğrudan Demokrasi Aracı Olarak Referandum Türkiye**, ABD, Avrupa Uygulama Örnekleri, TBMM Basımevi, Ankara, 2010, s. 65.

¹¹ SILAGADZE, Nanuli / GHERGHINA, Sergiu, "Bringing the Policy in: A New Typology of National Referendums", **European Political Science**, Y. 2020, S. 19, s. 463.

¹² BEY, Ali Rıza, "Referandum ve Parlamantarizm", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Y. 1931, C. 9, S. 52, s. 1240.

¹³ FIMIANI, Enzo, "Elections, Plebiscitary Elections and Plebiscites in Fascist Italy and Nazi-Germany: Comparative Perspectives", **Voting for Hitler and Stalin: Elections Under 20th Century Dictatorship**, Ed. Ralph Jessen and Hedwig, Richter Campus, Frankfurt, 2011, s. 231.

¹⁴ SEVİNÇ, Hüseyin, "Referandum ve Plebisit Ayırımı", **Munzur Zirvesi 3. Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi**, Tunceli, 2021, s. 157.

YSK'nın bu tanımlaması ve kavramsallaştırmasından plebisiti referandum ile aynı anlamda kullandığı anlaşılmaktadır. Hâlbuki anayasa hukuku ve siyaset bilimi doktrininde plebisit kavramı daha farklı bir şekilde tanımlanmaktadır.

Plebisit kavramı uluslararası literatürde “bazen referandumla aynı anlamda kullanılan, genellikle yürütme tarafından yapılması istenen oylama türü” olarak tanımlanmaktadır¹⁵. Dünyada da hükümetlerin takdirlerine bağlı olarak gerçekleştirilen referanumlara genellikle olumsuz bağlamlarda çağrışımlara sahip olan bir terim olan plebisit adı verilmektedir¹⁶. Doktrinde plebisitin esas olarak bir halkoylaması olduğu, ancak bazı durumlarda bir referandumun plebisite dönebileceği ifade edilmektedir. Genel olarak plebisite dönüşen referandumların şu özelliklere sahip olduğu ifade edilmektedir:

Birinci olarak plebisitlerde propaganda imkânı daha kısıtlı olmaktadır¹⁷. Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamalarında ise kanuni çerçevede her türlü propaganda serbesttir. Gerçekten de Belediye Kanunu'nda propaganda ile ilgili hüküm olmamasına rağmen YSK genelgelerinde Belediye Kanunu'na göre yapılacak halkoylamalarının seçimlerin serbestliği ilkesi çerçevesinde gerçekleştirileceği benimsenmiştir. Seçimlerin serbestliği ilkesi bireylerin baskı altında olmadan seçime ilişkin fikirlerini açıklama imkânını da ihtiva etmektedir¹⁸. İkinci olarak geçici düzenlemelerin plebisite konu olabileceği kabul edilmekte olup yasal olarak önceden belirlenen konuların ve kurumların oylanması ise plebisit olarak kabul edilmemektedir¹⁹. Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamaları 1960 yılından beri uygulanan ve müstakar kanuni dayanağı olan bir süreçtir. Üçüncü olarak plebisitte halk, pasif konumda olup karar alma sürecinin sonucuna katlanı²⁰. Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamalarında ise, YSK kararlarına bakıldığında süreci genellikle seçmenlerin başlattığı ve seçmenlerin sürecin etken öznesi olduğu görülmektedir. Dördüncü olarak plebisitlerde bir değişiklik değil bir politika oylanmaktadır²¹. Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamalarında ise köylerin yasal statülerindeki bir değişiklik oylanmaktadır. Beşinci olarak ple-

¹⁵ IDEA, *Direct Democracy the International IDEA Handbook*, Stockholm, 2008, s. 214.

¹⁶ BULMER, Elliot, *Direct Democracy International IDEA Constitution-Building Primer 3*, Stockholm, 2017, s. 7.

¹⁷ TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 5. bası, Beta, 1998, s. 229.

¹⁸ ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 91.

¹⁹ SEVİNÇ, s. 157.

²⁰ GÖZLER, Kemal, “Halkoylamasının Değeri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1988, C. 40, S. 1-4, s. 98-99.

²¹ GÖZLER, s. 98-99.

bisitte her zaman sonuç evet olmaktadır²². Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamalarında ise, YSK kararlarına bakıldığında bazı halkoylamalarının hayır ile sonuçlandığı açıkça görülmektedir. Altıncı olarak plebisit genellikle olağanüstü dönemlerde yapılmaktadır. Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamaları ise olağan ve standart bir süreç olarak işlemektedir.

Görüldüğü üzere 2020 yılına kadar YSK Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamalarını plebisit olarak kabul etmesine rağmen, doktrin ve kamuoyu plebisiti daha farklı olarak tanımlamaktadır. Bu tanımlamalara yakından bakıldığında doktrin ve YSK'nın aslında plebisitten aynı şeyleri anlamadığı görülmektedir.

Her ne kadar en az 15 ülkenin anayasasında halkoylamasını ifade etmek üzere plebisit kavramı kullanılsa da²³, uluslararası literatürde bu kavramın olumsuz çağrışımlarından kaçınmak için olası bir çözüm olarak “yetkililer tarafından çağrılan halkoylaması” gibi kavramların kullanılması önerilmektedir²⁴.

Muhtemelen doktrin ve kamuoyundaki olumsuz algıyı fark eden YSK'nın 2020 yılında kabul ettiği genelgede ve devamındaki kararlarında plebisit ifadesine yer verilmemiş olması YSK'nın da doktrindeki plebisit kavramını kabul ettiğini ve plebisit kavramını terk ettiğini göstermektedir. Özellikle plebisitin karakteristik özellikleri ile Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamalarının karşılaştırılmasında da Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamaları için plebisit kavramının kullanılmasında bir fayda olmadığı görülmektedir. Bu çerçevede YSK'nın mevcut “Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamaları” kavramının, plebisit kavramına göre daha yerinde olduğu kanaatindeyiz.

II. BELEDİYELERİN KURULMASI VE KATILMA İŞLEMLERİ

Belediye kavramı hem kamu yönetimi disiplininin hem idare hukuku disiplininin ilgi alanındadır. Her iki disipline ait çalışmalarda belediye ve belediyenin kurulması konusu etraflıca ele alınmasına rağmen, belediyelerin kurulması sürecinde başvurulmuş halkoylaması kavramı sınırlı şekilde ele alınmıştır. Doktrinde Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamalarının sınırlı şekilde ele alınmasının temel sebebinin konuyla ilgili YSK kararlarına ulaşmadaki güçlük olduğu ifade edilebilir. Son bir yılda YSK'nın kararlarına erişimin açılmasıyla bu güçlük ortadan kalkmıştır.

²² ŞAHBAZ, İbrahim, *Yarı Doğrudan Demokrasi Kurumu Olarak Referandum ve Türkiye*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 95.

²³ SUKSI, Markku, *Bringing in the People: A Comparison of Constitutional forms and Practices of the Referendum*, Martinus Nijhoff Publishers, London, 1993, s. 138.

²⁴ SILAGADZE / GHERGHINA, s. 463.

Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamaları hakkında bilgi vermeden önce belediyelerin kuruluş süreci kısaca ele alınacaktır. Gerek 1580 sayılı Belediye Kanunu gerekse de 5393 sayılı Belediye Kanunu, il ve ilçe merkezlerinde belediye kurulmasını zorunlu kılmıştır. Çalışmaya konu halkoylamasının yapılmasını gerektiren belediye kuruluşu ise il ve ilçe merkezleri dışında kurulan belediyelerle ilgilidir. Küçük yerleşim birimlerini belediye kurmalarına teşvik eden hızlı nüfus artışı, belediye kurulması durumunda gelirlerin ve devlet yardımının artması, belde halkının yükümlülüklerinin azalması, belde halkından seçilecek olan belediye görevlilerine istihdam alanı açılması gibi nedenlerle bu kurumun canlı bir uygulama içerisinde olduğu ifade edilebilir²⁵. Zira yerel yönetimlerin demokratik gelişiminin, halk katılımının, yerel gelişme potansiyelini harekete geçirmenin ilk ve en elverişli basamaklarını temsil, seçim ve katılma ilkeleri oluşturmaktadır²⁶. Vatandaşın kamu yönetimine karşı ilgi duyması ve sorumluluk inancı taşıması, siyasal hakların önemi ve etkisini arttırmaktadır²⁷.

1580 sayılı Kanun il ve ilçe merkezleri dışında belediye kuruluşu için asgari 2000 nüfus ve merkez kabul edilecek yerleşim yerinin meskûn sahasına azami 500 metre uzaklık koşullarını ararken, 5393 sayılı Kanun asgari 5000 nüfus ve merkez kabul edilecek yerleşim yerinin meskûn sahasına azami 5000 metre uzaklık koşulu aramıştır. 5393 sayılı Kanuna göre bir veya birden fazla köyün köy ihtiyar meclisinin kararı veya seçmenlerinin en az yarısından bir fazlasının mahallin en büyük mülkî idare amirine yazılı başvurusu ya da valinin kendiliğinden buna gerek görmesi durumunda, valinin bildirimine üzerine, mahallî seçim kurulları, on beş gün içinde köyde veya köy kısımlarında kayıtlı seçmenlerin oylarını alır ve sonucu bir tutanakla valiliğe bildirir. Kanun metninde yer almamasına rağmen mülki amirliğe yapılacak başvuruda nüfusun 5.000'i aştığına dair belgeler, bütçe tasarısı, belediye kurulmak istenen yerin sınırlarını belirtir kroki ve fen elemanı raporu ve belediye olması talep edilen bölgeye ilişkin sosyal ve ekonomik duruma ait bilgi ve belgelerin de eklenmesi gerekmektedir²⁸.

²⁵ AYTAC, Fethi, **Açıklamalı Belediye Kanunu, Yeni Görüş ve Kararlarla**, Genişletilmiş 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1988, s. 36.

²⁶ ÇİTÇİ, Oya, "Temsil, Katılma ve Yerel Demokrasi", **Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi**, Y. 1996, C. 5, S. 6, s. 6.

²⁷ KARAMUSTAFAOĞLU, Tuncer, **Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 262, Ankara, 1970, s. 207.

²⁸ DÖNMEZ, Mustafa / ÖZYARDIMCI, M. Cemal, **Açıklamalı- İctihatlı 4393 Sayılı Belediye Kanunu 5216 Sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu**, Mahalli Idareler Derneği Yayınları, Ankara, 2006, s. 23.

Danıştay daha önceki kararlarında Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylaması sonucunda, halkoylamasına katılanların değil, köyde oturan seçmenlerin salt çoğunluğunun belediye kurulması yönünde oy kullanması halinde “kanunun aradığı halkın çoğunluğunun istekli olma şartının” gerçekleşmiş olacağı yönünde içtihat geliştirmiştir²⁹. Esasen Danıştay'ın bu şekilde bir içtihat geliştirmesine esas teşkil edecek bir anayasal veya yasal dayanak yoktur. Danıştay, muhtemelen bu tür halkoylamalarında ilgi ve katılımın görece düşük olacağı varsayımından hareket etmiştir. Anayasa değişikliklerine ilişkin halkoylamalarında, halkoylamasına sunulan Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların yürürlüğe girmesi için, halkoylamasında kullanılan geçerli oyların yarısından çoğunun kabul oyu olmasının yeterli olduğuna dair anayasal hüküm karşısında Danıştay'ın içtihadının kanunun amacıyla çeliştiği ifade edilebilir. Danıştay yakın tarihli kararlarında bu içtihadından ayrılarak, yasal düzenlemelerde seçmen sayısının yarısından fazlasının katılımıyla karar alınması durumları özel olarak düzenlendiğinden, Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamaları için açık bir kural bulunmaması sebebiyle yaygın biçimde uygulandığı gibi, Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamalarında geçerli oyların yarısından çoğunun oylarına göre işlem yapılması gerektiğine karar vermiştir³⁰.

1960 yılında 1580 sayılı Kanunda yapılan değişikliklere göre asgari koşulları sağlayan yerlerde belediye kurulması için seçmenlerin oylarının seçim kurullarınca alınmasının ardından il genel meclisince, kurulacak belediyenin gelirlerinin hizmetlerin ifasına yetip yetmeyeceğine dair alınacak kararın ardından sırasıyla, Valiliğin, İçişleri Bakanlığı'nın ve Danıştay'ın karar ve görüşlerinin ardından Cumhurbaşkanlığı onayı ile belediye kurulmaktaydı. 5393 sayılı Kanun ile kuruluş süreci kısmen basitleştirilmiştir³¹. Bu çerçevede kanunun ilk halinde il genel meclisi süreci devamında da Danıştay aşamaları belediye kuruluş sürecinden çıkartılmıştır. Ayrıca belediye hizmetlerinin İçişleri Bakanlığı'ndan daha çok Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ile ilgisi olması sebebiyle belediye kurulması sürecinin Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın koordinesinden ilerlemesi ilkesi kabul edilmiştir.

Bir yerleşim yerinin meskûn sahasının, komşu bir beldenin meskûn sahası ile arasındaki mesafenin 5000 metrenin altına düşmesi durumunda, seçmenlerin yarısından bir fazlası komşu beldeye katılmak için, seçim kurulların yönetim ve denetiminde

²⁹ KALABALIK, Halil, *Avrupa Birliği Ülkeleriyle Karşılaştırmalı Yerel Yönetim Hukuku, Teori-Uygulama*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 609.

³⁰ Danıştay 8. D., E. 1996/652, K. 1997/4182.

³¹ BAKANLAR KURULU, **5393 sayılı Belediye Kanunu Gerekçesi**, s. 8, <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1038.pdf>, E.T. 01.07.2022.

halkoyması talep etme hakkına sahiptir. Oylama sonucu olumlu olması halinde, katılacak belediye meclisinin uygun görmesi hâlinde katılım gerçekleşmektedir.

Görülebileceği üzere belediye katılma işlemleri açısından yeni bir belediye kurulması sürecinden farklı olarak bu süreci başlatma yetkisi münhasıran seçmenlere verilmiş olup karara bağlama yetkisi de katılınması talep edilen belediye meclisine bırakılmıştır. Katılma ve birleşme işlemlerinde idari makamların sürecin tamamen dışında kalması; kanun koyucunun belediye hizmetlerinin niteliğinden kaynaklı duyduğu hassasiyetin diğer bir göstergesi olarak ifade edilebilir. Belediyelerin yerel nitelikteki ihtiyaçların giderilmesinde kilit rolü göz önüne alındığında kanun koyucunun bu tasarrufunun yönetsel birim olarak belediyenin oluşum ve işleyiş sürecinin demokratik niteliğine katkı sağladığı açıktır³². Bu uygulamanın ayrıca kamu hizmetinin vatandaşa en yakın hizmet birimi tarafından sunulmasını öngören yerindenlik (subsidiarite) ilkesi³³ ve yerel yönetimlerin özerkliği ilkesi ile uyumlu olduğu ifade edilmelidir.

1950 yılında YSK'nın kurulmasından ve 1580 sayılı Belediye Kanunu'na 1960 yılında eklenen hükümlerinden sonra bugüne kadar belediye kuruluşu, belediyelerin birleşme ve katılma işlemlerinde yargı yönetim ve denetiminde halkoyması yapılması ilkesi kabul edilmiştir. Gerek Belediye Kanununda gerekse de 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanununda yeni bir belediye kuruluşu, belediyelerin birleşme ve katılma işlemlerinde yapılacak halkoymalarının usul ve esasları ile ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Bu çerçevede Belediye Kanunu'na göre yapılacak halkoymaları ile ilgili hususlar YSK tarafından kabul edilen genelgeler ve kararlar ile şekillenmektedir. YSK bu zamana kadar konuyla ilgili 1969, 2008 ve 2020 yıllarında üç adet genelge yayınlamıştır.

1580 sayılı Kanun hükümlerine göre hazırlanan 1969 tarihli genelge seçim kanunlarında yaşanan birçok değişikliğin ardından ve 2005 yılında 1580 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 5393 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte güncelliğini ve işlevselliğini kaybetmiştir. 2007 yılında YSK bünyesinde oluşturulan Komisyonun çalışmalarının ardından 2008 yılında kabul edilen yeni genelge 1969 tarihli genelgeyi yürürlükten kaldırmasının yanında genelgeyi seçim kütüklerinin güncelleştirilmesinden halkoyması sonuçlarının valiliğe gönderilmesine kadar olan süreçleri içeren bir çerçeveye oturtmuştur. Benzer

³² CEBE, Mehmet Sinan, *Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı Kapsamında Belediye Yasası ve Büyükşehir Belediye Yasası*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 94.

³³ ARIKBOĞA, Erbay, "Geçmişten Geleceğe Büyükşehir Belediye Modeli", *Yerel Politikalar*, Y. 2016, C. 1, S. 3, s. 81.

şekilde 2008 yılından sonra seçim mevzuatında yapılan değişikliklerin nitelik ve niceliğinin artması genelgede yeni bir güncelleme ihtiyacı doğurmuş ve 2020 yılında YSK tarafından yeni bir genelge yürürlüğe konmuştur.

Yirmi bir maddeden oluşan 1969 tarihli genelge yaklaşık yetmiş maddeden oluşan 2008 ve 2020 tarihli genelgelerden daha kısa olmasına rağmen mezkur genelgelere göre plebisitle ilgili daha fazla hüküm barındırmaktadır. 2008 ve 2020 tarihli genelgelerin yaklaşık yüzde onluk kısmı plebisite geri kalanı genel hükümlere özgülenmiştir. 1969 tarihli genelgenin büyük bir bölümü ise plebisit yapılamayacak haller, plebisit koşullarının oluşup oluşmadığının tespitinin mülki amirler tarafından yapılması, plebisitin seçim kurullarının görev alanı dışında kalan bölümleri, plebisit sürecinde seçim mevzuatındaki hangi hükümlerin uygulanıp hangi hükümlerin uygulanmayacağı gibi plebisite özgü hususları ihtiva etmektedir. Bu çerçevede 1969 tarihli genelgenin ilçe seçim kurullarına yol gösterici niteliği ağır bastığı, 2008 ve 2020 tarihli genelgelerinde daha çok sandık kurulları için bir rehber niteliği taşıdığı görülmektedir.

2008 ve 2020 tarihli genelgeler karşılaştırıldığında değişiklikler iki başlık altında toplanabilir. Birinci gruptaki değişiklikler, 298 sayılı Kanun başta olmak üzere seçim mevzuatında 2008 yılından sonra yapılan değişikliklerin Belediye Kanunu'na göre yapılacak halkoylamalarına uyarlanmasıdır. İkinci grup değişiklikler ise Belediye Kanunu'na göre yapılacak halkoylamalarında uygulamada ortaya çıkan sorunların giderilmesine yönelik değişikliklerdir. İkinci başlıktaki değişiklikler ise şu şekilde özetlenebilir:

2020 genelgesindeki en önemli değişiklik plebisit kavramının yerine Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamaları kavramının (md.1) tercih edilmesidir. Diğer önemli bir değişiklik ise halkoylamasının tarihi ile ilgilidir. Belediye Kanununda Valinin bildirim üzerine on beş gün içinde halkoylamasının yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Genel seçim mevzuatına bakıldığında seçimler Pazar günü yapılmaktadır³⁴. Belediye Kanununun lafzından halkoylamasının hafta içi de yapılabileceği anlaşılmasına rağmen YSK halkoylamasına katılımın artmasını sağlamak açısından Valinin bildiriminden itibaren on beşinci günün Pazara rastlamaması halinde oylamanın sonra gelen ilk Pazar günü yapılmasının uygun olduğuna karar vermiştir³⁵. 2008 tarihli YSK genelgesinde de Belediye Kanunu'nun hükmü tekrar edilmesine rağmen bu dönemde YSK kanunda belirtilen on beş

³⁴ 2839 Sayılı Milletvekili Seçim Kanunu md.6, 2972 Sayılı Mahalli İdareler ve Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanunu md.8, 3376 sayılı Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanunu md.2.

³⁵ YSK, K. 2005/53, 12.02.2005.

günlük sürenin tamamlanmasının beklenmesinin zorunlu olmadığına, seçmenlerin haberdar edilmesini müteakip, bu süre içerisinde hafta sonu olup olmadığına bakılmaksızın herhangi bir günde halkoylamasının yapılabileceğine karar vermiştir³⁶. YSK 2020 tarihli genelgesinde ise oy verme gününün valinin bildirimini izleyen on beş gün içindeki son Pazar günü olduğunu açıkça ifade ederek uygulamadaki muhtemel tereddütlerin önüne geçilmesini sağlamıştır.

2008 genelgesinde yer alan “Yasal zorunluluk nedeniyle valinin görevde bulunmaması halinde vali vekili de talep edebilir.” hükmünün 2020 genelgesinden çıkartılması (md.6), 2008 genelgesinde bir sandıkta oy kullanacak azami seçmen sayısı düzenlenmemişken, 2020 genelgesinde bir sandıkta en çok beş yüz seçmenin oy kullanabileceği esasının kabul edilmesi (md.13), 2008 genelgesinde seçmen bilgi kâğıtlarının seçmenlere ulaştırılmasına ilişkin esas ve usuller ayrıntılı olarak belirlenmemişken, 2020 genelgesinde bu konunun daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi ve seçmen bilgi kâğıtlarının seçmenlere ulaştırılması konusunda her türlü kamu kurum ve kuruluşunun görevlendirilebileceğinin ifade edilmesi (md.14), 2008 genelgesinde köylerde sandık kurulunda memur üyenin yerine köy ihtiyar meclisi üyeleri arasından çekilecek kur’a ile üye belirleneceği öngörülmüşken 2020 genelgesiyle bu usulün terkedilmesi (md.14), 2020 genelgesiyle sandık kurulunun oluşumu esnasında oluşan boşlukların hangi şartlarda ve hangi usullerde doldurulacağı daha ayrıntılı ve yoruma daha az yer bırakacak açıklıkta düzenlenmesi (md.19) genelgede yapılan diğer düzenlemelerdir.

Tablo-1: Belediye Kanunu'na Göre Yapılan Halkoylamaları ile ilgili YSK Genelgeleri

Resmi Gazete Tarihi	YSK Kararı Tarih/Sayı	Genelge Adı
26 Nisan 1969	11.4.1969 tarih ve 180 sayılı	Plebisitte Seçmenlerin Oylarına Başvurma Usul ve Şartlarına Dair Genelge
5 Nisan 2008	29.3.2008 tarih ve 115 sayılı	Halkoylamasında (Plebisitte) Seçmenlerin Oylarına Başvurma Usul ve Esaslarına İlişkin Genelge
22 Aralık 2020	10.12.2020 tarih ve 628	5393 Sayılı Kanuna Göre Yapılacak Halkoylamasında Seçmenlerin Oylarına Başvurma Usul ve Esaslarına İlişkin Genelge

³⁶ YSK, K. 2010/624, 21.08.2010, YSK, K. 2015/751, 24.04.2015.

III. BELEDİYE KANUNU'NA GÖRE YAPILAN HALKOYLAMALARI

Belediye Kanunlarında Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamalarının esas ve usulleri ile hükümlere yer verilmemiş; bu boşluk YSK kararlarıyla doldurulmaya çalışılmıştır. Konuyla ilgili YSK genelgelerinde de Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamaları ile ilgili hükümlerden ziyade halkoylaması sürecinin işleyişi ile ilgili hususlara yer verilmesi sebebiyle tek referans kaynağı, uygulamada ortaya çıkan itiraz / şikâyetler üzerine veya ilgili ilçe veya il seçim kurullarının görüş talepleri üzerine YSK'nın verdiği kararlar olmuştur. Zira Belediye Kanunlarında Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamalarında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda YSK'nın yetkili olduğuna dair açık hüküm olmamasına rağmen, YSK ilk günden itibaren bu itirazları inceleme konusunda kendini yetkili görmüştür³⁷.

YSK, yakın zaman önce kararlarının büyük bir çoğunluğunu internet sitesinde yayımlamaya başlamıştır. Bundan önce YSK kararları ile ilgili en önemli kaynak YSK üyeliği yapmış ya da seçim hukukunun uygulamasında yer alan bazı siyasi parti yöneticilerinin, hakimlerin veya avukatların yayınlamış olduğu derleme kaynaklardı³⁸. Bu derleme kaynaklarda Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamalarına ya hiç değinilmemiş³⁹, ya birkaç sayfa veya birkaç kararla sınırlı bilgi verilmiş⁴⁰ ya da sadece YSK'nın konuyla ilgili genelgesi aynen aktarılmıştır⁴¹.

Bu çerçevede çalışmamızda YSK'nın internet sitesinde yayımlanan kararlardan 01.01.1999-31.12.2021 tarihleri arasında yer alan kararlar içerisinde Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamaları ile ilgili olanlar ayrılarak belirli bir sistematik içerisinde incelenmiştir.

³⁷ DÜNDAR, Adil, **Seçim Kanunları ve Yüksek Seçim Kurulu Karar Özetleri**, Sevinç Matbaacılık, Ankara, 1973, s. 351.

³⁸ GÜLER, Fatih, **Seçimlerin Yönetim ve Denetiminde Görev Alan Kurumların Yapısal ve İşlevsel Sorunlarını Giderici Çözümler**, Ekin, Bursa, 2021, s. 103.

³⁹ EM, Ali / USLU, Kazım, **Türk Hukuk Sisteminde Seçim ve Siyasi Partiler Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

⁴⁰ TANDOĞAN, Mahmut, **Siyasi Partiler ve Seçim Kanunları ile Yüksek Seçim Kurulu Karar Özetleri (Son Değişiklikler)**, 2007, Ayban Matbaası; YAVUZ, Nihat, **Yüksek Seçim Kurulu Kararları Işığında Seçim Kanunları Açıklamalar Yasalar Kararlar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1994; COŞKUN, Sabri, **Seçim Hukuku**, Mahalli İdareler Derneği, Ankara 2007; HATİPOĞLU, Muzaffer / PARLAR, Ali, **Açıklamalı- Gerekçeli- İctihatlı Seçim Kanunları ve Seçim Suçları**, Yayın Matbaacılık, Ankara, 2004.

⁴¹ ŞİMŞEK, Mintez, **Son Değişikliklerle Seçimler ve Siyasi Partiler Mevzuatı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009; KUBAT, Mehmet Doğan, **Seçim Mevzuatı (Son Değişikliklerle)**, 2011.

A. Seçim Hukukunu İlgilendirmeyen Halkoylamaları

Kanun koyucu Belediye Kanunu'na göre yapılacak halkoylamalarının tamamının değil önemli gördüklerinin seçim kurullarının yönetim ve denetiminde yapılmasını kabul etmiştir. YSK da kanun koyucunun bu yaklaşımı doğrultusunda halkoylamaları ile ilgili kanuni sınırın dışına çıkmamak yönünde bir uygulama ortaya koymuştur.

Belediye Kanununun 4. ve 8. maddeleri çerçevesinde yeni bir belediye kuruluşu, belediyelerin birleşme ve katılma işlemlerinde yapılacak halkoylamaları seçim kurullarının yönetim ve denetiminde gerçekleşmekte olup, köy veya mahalle isimlerinin değiştirilmesi⁴², su altında kalacak ilçe merkezinin yeni yerinin belirlenmesi⁴³, yeni bir köy kurulması⁴⁴, idari bağılılığın değiştirilmesi⁴⁵ gibi konularda yapılacak halkoylamaları ise idare hukuku ilkeleri çerçevesinde idari makamlar tarafından gerçekleştirilmektedir.

YSK'nın konuyla ilgili yaklaşımı hukuki bir temele sahip olmakla birlikte YSK'nın tam zamanlı bir yapıya kavuşması halinde, hem yerel seçim kurullarının seçim pratiklerinin artmasını sağlamak hem de yargı gözetim ve denetimi altında yapılacak her seçimin daha teminatlı olacağı gerçeği karşısında yukarıda zikredilen ve hali hazırda mülki makamlar tarafından yürütülen seçimlerin ilçe seçim kurulları tarafından yürütülmesi değerlendirilebilir.

B. Halkoylamasının Yapılmasını Talep Edecek Makam

Belediye Kanunu, halkoylamaları ile ilgili ilçe seçim kuruluna bildirim yapma yetkisini valiye vermiştir. Valinin re'sen halkoylamasının yapılmasını isteme yetkisi dışındaki yetkisi bağlı yetki olup idari yargı denetimine tabidir. Bağlı yetkide idare, belli şartların gerçekleşmesiyle önceden belirlenmiş olan sonucu yerine getirmek durumundadır⁴⁶. Valinin gerek ihtiyar meclisi kararı gerekse de seçmenlerin talebi üzerine halkoylaması yapılması talebini seçim kuruluna bildirmeme yönündeki kararının idari yargı organlarıncı iptal edilmesi durumunda talebe konu halkoylamasının yapılması gerekmektedir⁴⁷. Yine ben-

⁴² YSK, K. 2010/946, 09.10.2010, YSK, K. 2015/410, 20.03.2015, YSK, K. 2013/364, 12.09.2013.

⁴³ YSK, K. 2004/2601, 07.10.2004.

⁴⁴ YSK, K. 2008/28, 19.01.2008, YSK, K. 2014/4145, 31.10.2014.

⁴⁵ YSK, K. 2017/783, 17.08.2017, YSK, K. 2011/1134, 16.07.2011, YSK, K. 2018/155, 14.03.2018, YSK, K. 2010/501, 24.07.2010.

⁴⁶ SEÇKİN Sinan / ÜSTÜN Gül, "İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gereke İlkesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Y. 2016, C. 21, S. 2, s. 513.

⁴⁷ YSK, K. 2003/496, 15.07.2003, YSK, K. 2003/582, 29.07.2003.

zer şekilde valinin gerek ihtiyar meclisi kararı gerekse de seçmenlerin talebi üzerine halkoylaması yapılması yönündeki kararının yürütmesinin idari yargı organlarınınca durdurulması durumunda talebe konu halkoylamasının yapılmaması gerekmektedir⁴⁸.

İdare hukukun temel ilkelerinden olan yetkide paralellik ilkesi bir idari işlemi yapmaya yetkili olan makamın o idari işlemi kaldırma ya da geri alma konusunda da, işlemin yapıldığı usulle yetkili olmasını ifade eder. Bu ilke çerçevesinde vali tarafından bildirim üzerine başlayan halkoylaması süreci yine vali tarafından yapılan bildirim üzerine iptal edilebilmektedir⁴⁹.

2008 genelgesinde yer alan “Yasal zorunluluk nedeniyle valinin görevde bulunmaması halinde vali vekili de talep edebilir.” hükmü 2020 genelgesinden çıkartılmıştır. Şüphesiz vali vekili, valinin olmadığı durumlarda vali adına her türlü idari eylem ve işlemi yapmaya yetkilidir. Fakat Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamalarının hem gecikmesinde sakınca bulunan hallerden olması hem de sonuçları itibarıyla önemli olarak değerlendirilebilecek işlerden olması sebebiyle Belediye Kanunu'na göre yapılacak halkoylamalarının yapılmasının bizzat vali tarafından seçim kurullarından talep edilmesinin daha doğru olduğu değerlendirilmektedir. YSK, muhtemelen bu hassasiyeti göz önünde bulundurarak ilgili hükmün genelgeden çıkarılması yönünde bir uygulama içerisinde olmuştur. Her ne kadar genelge metninden bu ibare çıkartılsa da vali vekili tarafından seçim kurullarına Belediye Kanunu'na göre halkoylaması yapılması talep edilmesi durumunda bunun hukuken meşru ve geçerli olarak kabul edilmesi gerekmekte olduğu değerlendirilmektedir.

C. Seçmen Kütüklerinin Güncellenmesi

Seçmen kütüklerinin güncellenmesi, seçimlerin yönetim ve denetim sürecinin en hassas başlıklarından biridir. Özellikle milletvekili genel seçimi ve anayasa değişikliklerine ilişkin halkoylamalarının dışındaki yerel nitelikli seçimlerde seçmen hareketliliği daha da artmaktadır.

Belediye Kanunu'na göre yapılacak halkoylamaları milletvekili genel seçimi ve anayasa değişikliklerine yönelik halkoylamalarına ilişkin seçim takvimi ile aynı süreçte ilerliyorsa aynı seçmen kütükleri kullanılabilir⁵⁰. Fakat

⁴⁸ YSK, K. 2011/219, 18.03.2011.

⁴⁹ YSK, K. 2010/289, 21.04.2010, YSK, K. 2011/255, 26.03.2011, YSK, K. 2012/631, 20.11.2012, YSK, K. 2020/582, 03.12.2020.

⁵⁰ YSK, K. 2010/476, 14.07.2010, YSK, K. 2015/483, 01.04.2015.

Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamaları genelde seçim süreçlerinden bağımsız bir şekilde ilerlemesi gibi durumlarda seçmen kütükleri ayrıca güncellenmektedir.

Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamaları ile ilgili seçmen kütükleri güncellenirken esas olan ilgili seçmenlerin kanuni ikamet adreslerinin sağlıklı olarak tespit edilmesidir. Bazen sistemsel sorunlar ve aksaklıklar sebebiyle seçmenlerin adres kayıtları doğru ve güncel olmasına rağmen, seçmenlerin komşu idari birimlerin seçmen kütüğüne kayıtlanmaları söz konusu olabilmektedir. Seçmenlerin ikamet adresleri sağlıklı bir şekilde belirlendikten sonra seçmenlerin idari olarak farklı bir bağlının seçmen kütüğünde kayıtlı olmasının önemi yoktur⁵¹. Zira Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamalarının temel amacı idari bir bağlılıkla ilgili değil belediye hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin seçmen tercihlerinin sağlıklı bir şekilde tespit edilmesini sağlamaktır ilgilidir.

Başka bir belediye ile birleşme ve katılma talebi köyün veya beldenin bir kısmında söz konusu ise halkoylamasına katılacak bölgenin ve seçmen kütüğünün sağlıklı bir şekilde tespit edilmesi daha da önemlidir. Öncelikli olarak halkoylaması talep edecek seçmenlerin coğrafi bütünlük arz etmesi gerekmektedir⁵². Bunun yanında cadde ve sokak bazında ayrılarak tespit edilebilecek seçmen kütükleri hataya oldukça açıktır. Bu ayrımların net olarak yapılamaması durumlarında halkoylaması yapılamamakta⁵³ ve gerekirse seçmenler mahallinde tespit edilmektedir⁵⁴.

Fiilen bir yerde ikamet etmekle hukuki olarak bir ikamet sahibi olmak birbirinden farklıdır. Bazen mülki amirliklere ikameti halkoylaması talep edilen yerde olmamasına rağmen fiilen ilgili yerde oturan seçmenler halkoylaması yapılması talebinde bulunabilmektedir. Halkoylaması yapılması talep edilen yerde fiilen ikamet eden seçmen olmasına rağmen bu seçmenler eğer seçmen kütüğüne halkoylaması yapılması talep edilen yerde kayıtlı değil ise halkoylamasının yapılması mümkün olmamaktadır⁵⁵. Özetle YSK fiili ikametgâhi değil hukuki ikametgâhi esas almaktadır.

⁵¹ YSK, K. 2007/839, 22.09.2007, YSK, K. 2010/398, 19.06.2010.

⁵² YSK, K. 2011/1276, 08.12.2011.

⁵³ YSK, K. 2019/5360, 21.11.2019, YSK, K. 2012/619, 13.11.2012, YSK, K. 2013/63, 22.02.2013.

⁵⁴ YSK, K. 2005/489, 26.11.2005.

⁵⁵ YSK, K. 2001/624, 03.11.2001.

D. Halkoylamasının Tarihi

Belediye Kanunu'na göre yapılacak halkoylamaları bazen devam eden genel seçim, yerel seçim, halkoylaması, yerel ara seçim süreçleri ile çakışabilmektedir. YSK, bu çakışma durumlarında verdiği kararlarla Belediye Kanunu'na göre yapılacak halkoylamalarının tarihini değiştirebilmektedir.

YSK, Anayasa değişikliği ile ilgili halkoylamasına ilişkin seçim takvimi başladıktan kısa bir süre sonra Belediye Kanunu'na göre halkoylaması yapılmasında bir sakınca görmezken⁵⁶, Anayasa değişikliğine ilişkin halkoylaması tarihinden kısa bir süre önce Belediye Kanunu'na göre halkoylaması yapılması talep edildiği durumlarda Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamasının anayasa değişikliğine ilişkin halkoylamasından sonra yapılması gerektiğine karar vermiştir⁵⁷.

Yerel yönetim organları belirli sürelerle seçilirler. Fakat ölüm, istifa veya diğer hukuki nedenlerle üyeliklerde boşluk ortaya çıkabilmektedir⁵⁸. 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanunun 29. maddesi çerçevesinde belediye veya il genel meclisi organlarında meydana gelebilecek olası boşalmalar sonucu her yıl ara seçimler yapılmaktadır. Milletvekili genel seçimleri veya mahalli idareler genel seçimleri tarihleri ile ara seçim tarihleri arasında bir yıldan az süre olması durumunda milletvekili genel seçimi veya mahalli idareler genel seçimine kadar ara seçimler ertelenerek birlikte yapılmasına rağmen, Belediye Kanunu'na göre yapılacak halkoylamalarına öngörülen tarihte yapılmaya devam edilmektedir⁵⁹.

Belediye Kanunu'na göre yapılacak halkoylamaları ile mahalli idare seçimlerinin aynı veya birbirlerine yakın tarihlerde yapılması durumu söz konusu olabilmektedir. Bu durumda Belediye Kanunu'na göre yapılacak halkoylamasının sonuçları ve süreçleri, seçim takviminde düzeni sağlamak ve seçmen kütüklerinin sağlıklı bir şekilde güncellenmesini sağlamak amacıyla, mahalli idare seçimlerinin başlangıç tarihinden başlayarak oy verme tarihine kadar olan süre içinde mahalli idareler seçimlerinde ve bu seçimlerin gerektireceği işlemlerde dikkate alınmamaktadır⁶⁰.

⁵⁶ YSK, K. 2012/590-591, 11.10.2012.

⁵⁷ YSK, K. 2017/456, 03.04.2017, YSK, K. 2017/490, 06.04.2017.

⁵⁸ ONAR, Erdal / GÖNENÇ, Levent, "1982 Anayasası'na Göre Ara Seçim", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2002, C. 51, S. 4, s. 1.

⁵⁹ YSK, K. 2017/920, 29.12.2007, YSK, K. 2015/246, 27.02.2015.

⁶⁰ YSK, K. 2018/1106, 13.12.2018, YSK, K. 2008/303, 29.11.2008, YSK, K. 2015/545, 30.11.2013.

Belediye Kanunu'na göre yapılacak halkoylamaları ile genel seçimlerin aynı veya birbirlerine yakın tarihlerde yapılması durumu söz konusu olabilmektedir. 2002 ve 2007 yıllarında yapılan milletvekili genel seçimi sürecinde seçim takvimi başladıktan sonra Belediye Kanunu'na göre yapılması talep edilen halkoylamalarının seçim ekonomisi göz önünde bulundurularak milletvekili genel seçimiyle birlikte yapılmasına karar verilmişken⁶¹; 2011 ve 2015 yıllarında milletvekili genel seçimleri sürecinde seçim takvimi başladıktan sonra Belediye Kanunu'na göre yapılması talep edilen halkoylamalarının öngörülen tarihte yapılmaya devam edilmesine karar verilmiştir⁶². YSK, yakın tarihli kararlarında ise Belediye Kanunu'na göre yapılacak halkoylamalarının milletvekili genel seçimi ve anayasa değişikliklerine ilişkin halkoylamaları ile aynı günde yapılmaması gerektiğine işaret etmiştir⁶³.

Yukarıdaki kararlarda görüldüğü üzere YSK, Belediye Kanunu'nda konuyla ilgili açık hüküm olmaması sebebiyle Belediye Kanunu'na göre yapılacak halkoylaması tarihini konjonktürel olarak farklı değerlendirmekte, içtihat değişikliğine gitmekte bir sakınca görmemektedir. Belediye Kanunu'na göre yapılacak halkoylamaları sürecinin daha öngörülebilir olmasını sağlamak amacıyla, Belediye Kanunu'na göre yapılacak halkoylaması tarihi ile diğer seçim süreçlerinin çakışması durumunda izlenecek yol ve yöntemin ayrıntılı bir şekilde kanun düzeyinde belirlenmesinin faydalı olduğu kanaatindeyiz.

E. İtiraz

Belediye Kanunu'na göre yapılacak halkoylamalarında itirazlar söz konusu olabilmektedir. Çünkü bazı seçmenler belediye sınırları içerisinde olmanın belediye hizmetlerinden yararlanma konusunda fayda sağlayacağı kanaatindeyken bazı seçmenler belediye sınırları içerisinde olmanın getirdiği ilave mükellefiyetlerden kaçınmayı tercih etmektedir. Zira halkoylamasının amacı da bu tercihin sağlıklı bir şekilde ortaya konmasını sağlamaktır. Bunun yanında Belediye Kanunu'na göre yapılacak halkoylamasının niteliği gereği yerel ölçekte gerçekleşmesi de bir takım zorluklar (ilan, seçmen kağıdı dağıtımı vb.) doğurmakta ve bu zorluklar beraberinde itirazlara da sebebiyet vermektedir.

298 sayılı Kanununun 110. maddesine göre seçmenler halkoylaması işlemlerini yürüten ilçe seçim kurulu kararlarına itiraz etme hakkına sahiptir. YSK,

⁶¹ YSK, K. 2002/414, 03.08.2002, YSK, K. 2007/221, 04.05.2007.

⁶² YSK, K. 2011/153, 05.03.2011, YSK, K. 2015/1561, 31.08.2015.

⁶³ YSK, K. 2015/75, 24.04.2015, YSK, K. 2010/624, 21.08.2010.

Belediye Kanunu'na göre yapılacak halkoylamalarında itiraz hakkına sahip olan seçmen kavramını halkoylamasının yapıldığı yerdeki seçmen kütüğüne kayıtlı seçmen olarak kabul etmiş; köyün katılmak istediği Belediyenin Belediye Başkanının ilçe seçim kurulu kararlarına itiraz hakkı olmadığına karar vermiştir⁶⁴.

Genel seçim hukukundaki iptal koşulları Belediye Kanunu'na göre yapılacak halkoylamalarında da geçerlidir. Örneğin YSK oy kullanma hakkına sahip olmamasına rağmen (asker, kısıtlı, başkasının yerine vb.) oy kullanan seçmen sayısı seçim sonucuna etki edecek düzeyde ise seçimi iptal etmektedir⁶⁵. Benzer şekilde evet ve hayır oyları arasında otuz yedi farkın olduğu bir halkoylamasında dört kişinin başkası yerine oy kullandığı tespit edilmesine rağmen YSK başkasının yerine oy kullanan seçmen sayısının seçim sonucunu etkilemediğini kabul ederek halkoylamasını iptal etmemiştir⁶⁶. Fakat burada genel seçim hukuku çerçevesinde yapılan itirazlardan ziyade Belediye Kanunu'na göre yapılacak halkoylamalarına özgü iptal sebepleri ele alınacaktır.

YSK'nın seçim hukuku ile başvurduğu temel argümanlardan birisi tam kanunsuzluk içtihadıdır. Seçim hukukun temel özelliklerinden birisi seçimin doğası gereği itiraz / şikâyetlerin ve bu uyumsuzlukların karara bağlanmalarının belli süre sınırlamalarına tabi olmasıdır. Bu süreler geçtikten sonra yapılan itiraz ve şikâyetler "kesinlik" gerekçesiyle YSK tarafından reddedilmektedir. YSK, bu süreler geçtikten sonra dahi "tam kanunsuzluk" içtihadı çerçevesinde il ve ilçe seçim kurulu kararlarını iptal edebilmektedir. Kanuni dayanağı olmayan ve YSK'nın zaman zaman genişletip daralttığı bu içtihatla YSK bazen itiraz / şikâyet üzerine bazen de re'sen harekete geçerek seçimlerin iptaline karar verebilmektedir. YSK'nın 5393 sayılı Belediye Kanunu döneminde halkoylamasına yapılan itirazları tam kanunsuzluk içtihadı çerçevesinde değerlendirdiği ve sınırlı olarak halkoylamasının iptali yoluna gittiği görülmektedir.

Genel seçimlerin ve mahalli idarelerin seçimlerinin aksine Belediye Kanunu'na göre yapılacak halkoylamaları çok dar bir çerçevede gerçekleştiğinden ve duyurulmasından sonra 15 günlük kısa bir zaman dilimi içerisinde gerçekleştirilmesinden dolayı, seçmenlerin halkoylamasından haberdar olmadığı yönünde itirazlar söz konusu olmaktadır. YSK bu tür başvurularda seçmenlerin önemli bir kısmının oy kullandığını ve konuyla ilgili gerekli duyurunun yapıldığına dair kanıtları göz önünde bulundurarak iptal taleplerini reddetmektedir⁶⁷.

⁶⁴ YSK, K. 2006/214, 03.06.2006.

⁶⁵ GÜLER, s. 80.

⁶⁶ YSK, K. 2008/108, 23.02.2008.

⁶⁷ YSK, K. 2014/4279, 12.12.2014, YSK, K. 2008/108, 23.02.2008.

Başka bir belediye ile birleşme ve katılma talepleri bazen köyün veya beldenin tamamında olacağı gibi bazen de köyün veya beldenin bir kısmında söz konusu olmaktadır. Eğer başka bir belediye ile birleşme ve katılma talebi köyün veya beldenin bir kısmında söz konusu ise sadece talep eden kısımlardaki seçmenlerin katılımı ile halkoylaması gerçekleştirilir⁶⁸. Eğer bu kısmi talebe rağmen köyün veya beldenin tamamındaki seçmenlerin katılımı ile halkoylaması gerçekleştirilirse halkoylaması iptal edilerek, halkoylamasının tekrarlanması gerekmektedir⁶⁹.

F. Tekrarlanması

Halkoylaması gerçekleştirildikten ve sonuç olumsuz çıktıktan sonra halkoylamasını talep hakkına sahip olanlar benzer gerekçelerle yeni bir halkoylaması isteyebilmektedir. Halkoylamasının tekrarlanması; halkoylamasının iptalini gerektirecek bir sebep olmamasına rağmen Belediye Kanunu'na göre halkoylamasının yapılmasını talep etme hakkına sahip kişiler tarafından halkoylamasının tekrar yapılması olarak tanımlanabilir. Halkoylamasının hangi koşullar altında tekrarlanabileceği hususu YSK kararlarıyla şekillenmiştir.

YSK bu konuyla ilgili iki temel kriter belirlemiştir. Bunlardan birincisi "koşulların değişmesidir". YSK ölüm, göç ve yeni seçmen yaşına giren genç nüfus nedeniyle seçmen sayısındaki farklılıklar söz konusu olduğunda koşulların değiştiğini kabul etmiştir⁷⁰. İkincisi ise "aradan seçmen sayısı değişimini etkileyecek bir zaman geçmesidir." YSK halkoylamasından sonra 2-3 ay geçmesi halinde halkoylamasının tekrarlanamayacağına karar vermesine rağmen⁷¹, son halkoylamasından sonra iki yıl geçmiş olmasını seçimin tekrarlanması için yeterli görmüştür⁷². Fakat YSK, yeni tarihli bir kararında halkoylamasından 2-3 ay geçtikten sonra yapılan bir tekrarlamaya talebinde yukarıda zikredilen iki kriteri aramadan halkoylamasının tekrarlanabileceğine hükmetmiştir⁷³. YSK'nın halkoylamasının yenilenmesi konusundaki içtihatlarındaki istikrarsızlığa işaret eden bu örnekler Belediye Kanunu'na göre yapılacak halkoylamalarının kanuni temele sahip olması gerekliliği açısından önemlidir.

⁶⁸ YSK, K. 2002/103, 09.02.2002, YSK, K. 2006/327, 04.10.2006.

⁶⁹ YSK, K. 2017/746, 21.06.2017.

⁷⁰ YSK, K. 2005/350, 30.07.2005.

⁷¹ YSK, K. 2004/1479, 20.04.2004 (2 ay), YSK, K. 2005/286, 18.06.2005 (3 ay).

⁷² YSK, K. 2005/350, 30.07.2005 (2 yıl).

⁷³ YSK, K. 2017/53, 25.01.2017.

G. Halkoylamasının Sonuçları

Seçim kurullarının görev alanı Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamalarının hukuka uygun ve dürüstlük kuralları içerisinde gerçekleşmesinin ardından sonuçları valiliğe bildirmekle sınırlıdır. Fakat birleşme ve katılma işlemi gerçekleşmesi durumunda ilgili köy mahalleye dönüşmektedir. Köyün mahalleye dönüşmesinin ardından yeni muhtar ve ihtiyar heyeti seçimlerinin yapılması gerekmektedir.

YSK, önceleri birleşme ve katılma işlemlerinin takip eden yılın ocak ayının birinci gününden itibaren yürürlüğe gireceğine işaret ederek yeni muhtar ve ihtiyar heyeti seçimlerinin bu tarihten sonraki 60. günü izleyen ilk Pazar günü yapılması yolunda içtihat geliştirmesine rağmen⁷⁴, sonrasında bu içtihadını değiştirerek yeni muhtar ve ihtiyar heyeti üyeliği seçiminin ilk mahalli idareler genel seçimleriyle birlikte yapılması gerektiğine karar vermiştir⁷⁵. YSK'nın yeni bir seçime ve köy / mahallenin yasal statüsü ile doğrudan ilgili konudaki içtihat değişikliğinin de makul bir hukuki gerekçesinin olduğunu söylemek oldukça güçtür.

SONUÇ

Yarı doğrudan demokrasi araçlarından biri olan halkoylamasına bireylerin birincil hizmet birimi olan belediyelerin kuruluş ve katılma işlemlerinde başvurulması önemli ve değerlidir. Esasen belediyelerin kurulması ve katılma işlemlerinde halkoylamasına başvurulması uluslararası düzeyde kabul görmüş olan subsidiarite ve özerklik ilkeleri ile büyük bir uyum içerisindedir. Buna rağmen konuyla ilgili yasal düzenlemelerin yeterli düzeyde olmaması ve konunun YSK içtihatlarıyla doldurulmasına yönelik zımni kanun koyucu tercihi, kurumun normatif niteliğini örseleyici mahiyettedir.

YSK, Belediye Kanunu'na göre yapılan halkoylamalarını uzunca bir süre "plebisit" kavramı altında takip etmiştir. Esasında referandumla aynı kavram olan plebisit, Fransız dönemi uygulamalarından başlayarak referandumun kötüye kullanılmış versiyonu olarak algılanmaya ve kullanılmaya başlanmıştır. Doktrin ve kamuoyundaki bu olumsuz çağrışımları takip eden YSK, isabetli

⁷⁴ YSK, K. 2005/478, 19.01.2005, YSK, K. 2005/ 296, 25.06.2005, YSK, K. 2005/310, 02.07.2005, YSK, K. 2005/455, 29.10.2005.

⁷⁵ YSK, K. 2006/ 60-61-62-63, 18.02.2006, YSK, K. 2006/64, 25.02.2006, YSK, K. 2006/124, 25.03.2006, YSK, K. 2006/217, 03.06.2006, YSK, K. 2006/405, 23.12.2006, YSK, K. 2009/102, 07.02.2009, YSK, K. 2009/2722, 07.11.2009, YSK, K. 2011/109, 19.02.2011, YSK, K. 2011/1214, 22.10.2011, YSK, K. 2013/2, 08.01.2013, YSK, K. 2015/154, 11.02.2015.

olarak, yakın zamanda plebisit kavramını terk ederek “Belediye Kanunu’na göre yapılan halkoylamaları” kavramını kullanmaya başlamıştır.

Belediye Kanunu’na göre gerçekleştirilen halkoylamaları teorik olarak bireylerin önemli haklarından birinin pratiğe yansımadır. 1580 sayılı Belediye Kanunu döneminden itibaren uygulanan halkoylamasına hangi koşullar altında ve kimlerin başvurabileceğini açıkça düzenlemesine rağmen halkoylamasının usulü ile ilgili düzenlemelere yer vermemiştir. Bu boşluk YSK’nın genelge ve kararları ile doldurulmuştur.

YSK kararları ayrıntılı bir şekilde incelendiğinde, Belediye Kanunu’na göre yapılan halkoylamaları ile ilgili YSK’nın doyurucu ve makul bir gerekçe olmaksızın sık içtihat değişikliğine gittiği görülmektedir. Bu durum hukuki istikrar ve öngörülebilirlik ilkelerini zedelemektedir. Fakat bu durumun temel sebebi gerek Belediye Kanunu’nda gerekse de 298 sayılı Kanunda konuyla ilgili düzenlemelerin bulunmamasıdır. Muhtemel bir seçim kanunu düzenlemesinde Belediye Kanunu’na göre yapılan halkoylamaları ile hükümlerin YSK içtihatlarını göz önünde bulundurularak kanun metnine eklenmesi faydalı olacaktır. Bu zamana kadar konuyla ilgili oluşan siyasi ve hukuki teamülün ortaya konması ve iyileştirilmesi demokratik ilke ve prensiplerin pratiğe yansımaya önemli bir katkı sağlayacaktır.

Bu çerçevede kanun koyucunun 2018 yılında yapılan seçim kanunu değişikliklerinde YSK’nın diğer konulardaki benzer içtihat değişiklikleri üzerine gri alanların azaltılması amacıyla ortaya koyduğu düzenlemeye yönelik yaklaşımının Belediye Kanunu’na göre gerçekleştirilen halkoylamaları açısından da dikkate alınması gerekmektedir. YSK’nın tam zamanlı bir seçim mahkemesi yapısına dönüşmesi ve il / ilçe seçim kurullarının da uzmanlık esaslı olarak tekrar organize edilmeleri önerileri bu bağlamda değerlendirilmelidir. Bu çerçevede yerel seçim kurullarının seçim pratiklerinin artmasının sağlanacağı gibi hem de yargı gözetim ve denetimi altında yapılacak her seçimin daha teminatlı olacağı gerçeği karşısında hali hazırda mülki makamlar tarafından gerçekleştirilen seçimlerin seçim kurulları tarafından yürütülmesine dair öneriler de uygulama kabiliyetine sahip olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA / REFERENCES

- ALTAY, Evren, “Danıştay’ın İdari Görevleri ve Kararları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 2005, S. 56, s. 189-238.
- ARIKBOĞA, Erbay, “Geçmişten Geleceğe Büyükşehir Belediye Modeli”, **Yerel Politikalar**, Y. 2016, C. 1, S. 3, s. 48-96.
- AYTAÇ, Fethi, **Açıklamalı Belediye Kanunu, Yeni Görüş ve Kararlarla**, Genişletilmiş 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1988.
- BAKANLAR KURULU, 5393 sayılı Belediye Kanunu Gerekçesi, s. 8, <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1038.pdf>, E.T. 01.07.2022.
- BEY, Ali Rıza, “Referandum ve Parlamentarizm”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Y. 1931, C. 9, S. 52, s. 1234-1280.
- BULMER Elliot, **Direct Democracy International IDEA Constitution-Building Primer 3**, Stockholm, 2017.
- CEBE, Mehmet Sinan, **Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı Kapsamında Belediye Yasası ve Büyükşehir Belediye Yasası**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- COŞKUN, Sabri, **Seçim Hukuku**, Mahalli İdareler Derneği, Ankara, 2007.
- ÇİTÇİ, Oya, “Temsil, Katılma ve Yerel Demokrasi”, **Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi**, Y. 1996, C. 5, S. 6, s. 5-14.
- DÖNMEZ, Mustafa / ÖZYARDIMCI, M. Cemal, **Açıklamalı- İctihatlı 5393 Sayılı Belediye Kanunu 5216 Sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu**, Mahalli İdareler Derneği Yayınları, Ankara, 2006.
- DÜNDAR, Adil, **Seçim Kanunları ve Yüksek Seçim Kurulu Karar Özetleri**, Sevinç Matbaacılık, Ankara, 1973.
- EM, Ali / USLU, Kazım, **Türk Hukuk Sisteminde Seçim ve Siyasi Partiler Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- FIMIANI, Enzo, “Elections, Plebiscitary Elections and Plebiscites in Fascist Italy and Nazi-Germany: Comparative Perspectives”, **Voting for Hitler and Stalin: Elections Under 20th Century Dictatorship**, Ed. Ralph Jessen and Hedwig, Richter Campus, Frankfurt, 2011.

- GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları: Ders Kitabı**, Güncellenmiş 13. Baskı, Ekin, Bursa, 2021.
- GÖZLER Kemal, “Halkoylaşmasının Değeri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1988, C. 40, S. 1-4, s. 97-113.
- GÜLER, Fatih, **Seçimlerin Yönetim ve Denetiminde Görev Alan Kurumların Yapısal ve İşlevsel Sorunlarını Giderici Çözümler**, Ekin, Bursa, 2021.
- HATIPOĞLU, Muzaffer / PARLAR, Ali, **Açıklamalı-Gerekeçli-İçtihatlı Seçim Kanunları ve Seçim Suçları**, Yayın Matbaacılık, Ankara, 2004.
- IDEA, **Direct Democracy the International IDEA Handbook**, Stockholm, 2008.
- KALABALIK, Halil, **Avrupa Birliği Ülkeleriyle Karşılaştırmalı Yerel Yönetim Hukuku, Teori-Uygulama**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- KAMA IŞIK, Sezen / IŞIK, Alper, “Yeni Bir Siyasi Parti Türü Olarak Elektronik Siyasi Partiler”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, Y. 2021, C. 79, S. 2, s. 673-698.
- KARAMUSTAFAOĞLU, Tuncer, **Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 262, Ankara, 1970.
- LIJPHART, Arend, **Patterns of Democracy: Government forms and Performance in Thirty-six Countries**, Second Edition, Yale University Press, New Haven & London, 2012.
- MECEK Mehmet / ATMACA Yıldız, “Yerel Yönetimlerin İdari Yapısına İlişkin Mevzuat Analizi”, **Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 2020, C. 19, S. 76, s. 2068-2087.
- MOREL, Laurance, “The Rise of Government-Initiated Referendums in Consolidated Democracies”, **Referendum Democracy**, Ed. Mendelsohn, M., Parkin, A., Palgrave Macmillan, London, 2001.
- ONAR, Erdal / GÖNENÇ, Levent, “1982 Anayasası’na Göre Ara Seçim” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2002, C. 51, S. 4, s. 1-40.
- ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.
- QVORTRUP, Matt, “Referendums in Western Europe”, **Referendums Around the World**, Ed. Qvortrup, M., Palgrave Macmillan, London, 2014.
- SEÇKİN, Sinan / ÜSTÜN, Gül, “İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekeç İlkesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2016, C. 21, S. 2, s. 509-533.
- SEVİNÇ, Hüseyin, “Referandum ve Plebisit Ayırımı” **Munzur Zirvesi 3. Uluslararası Sosyal Bilimler Kongresi**, Tunceli, 2021, s. 156-159.
- SILAGADZE Nanuli / GHERGHINA, Sergiu, “Bringing the Policy in: A New Typology of National Referendums”, **European Political Science**, Y. 2020, N. 19, p. 461-477.

- SUKSI, Markku, **Bringing in the People: A Comparison of Constitutional forms and Practices of the Referendum**, Martinus Nijhoff Publishers, London, 1993.
- ŞAHBAZ, İbrahim, **Yarı Doğrudan Demokrasi Kurumu Olarak Referandum ve Türkiye**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.
- ŞİMŞEK, Mintez, **Son Değişikliklerle Seçimler ve Siyasi Partiler Mevzuatı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- KUBAT, Mehmet Doğan, **Seçim Mevzuatı (Son Değişikliklerle)**, 2011.
- TANDOĞAN, Mahmut, **Siyasi Partiler ve Seçim Kanunları ile Yüksek Seçim Kurulu Karar Özetleri (Son Değişiklikler)**, Ayban Matbaası, 2007.
- TANÖR, Bülent / YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 1. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2001.
- TEZİÇ Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 1998.
- TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ ARAŞTIRMA MERKEZİ, **Bir Doğrudan Demokrasi Aracı Olarak Referandum Türkiye, ABD, Avrupa Uygulama Örnekleri**, TBMM Basımevi, Ankara, 2010.
- UYSAL, Yusuf / ATMACA, Yıldız, “Türkiye’deki Merkezi ve Yerel Yönetim İlişkilerinin Yönetişim Modeli Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi**, Y. 2018, C. 1, S. 3, s. 411-424.
- YAVUZ, Nihat, **Yüksek Seçim Kurulu Kararları Işığında Seçim Kanunları Açıklamalar Yasalar Kararlar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1994.

EKLER (İLGİLİ YSK KARARLARI)

	YIL	SAYI	TARİH
1	2001	624	03.11.2001
2	2002	103	09.02.2002
3	2002	414	03.08.2002
4	2003	496	15.07.2003
5	2003	582	29.07.2003
6	2004	1479	20.04.2004
7	2004	2601	07.10.2004
8	2005	52	12.02.2005
9	2005	53	12.02.2005
10	2005	228	07.05.2005
11	2005	286	18.06.2005
12	2005	350	30.07.2005
13	2005	489	26.11.2005
14	2006	60	18.02.2006
15	2006	61	18.02.2006
16	2006	62	18.02.2006
17	2006	63	18.02.2006
18	2006	64	25.02.2006
19	2006	69	25.02.2006
20	2006	124	25.03.2006
21	2006	214	03.06.2006
22	2006	217	03.06.2006
23	2006	327	04.10.2006
24	2006	405	23.12.2006
25	2007	221	04.05.2007
26	2007	839	22.09.2007

	YIL	SAYI	TARİH
27	2007	857	06.10.2007
28	2007	920	29.12.2007
29	2008	28	19.01.2008
30	2008	108	23.02.2008
31	2008	303	29.11.2008
32	2009	102	07.02.2009
33	2009	2722	07.11.2009
34	2009	2776	19.12.2009
35	2010	289	21.04.2010
36	2010	398	19.06.2010
37	2010	434	26.06.2010
38	2010	474	14.07.2010
39	2010	476	14.07.2010
40	2010	501	24.07.2010
41	2010	624	21.08.2010
42	2010	946	09.10.2010
43	2011	109	19.02.2011
44	2011	153	05.03.2011
45	2011	219	18.03.2011
46	2011	255	26.03.2011
47	2011	1134	16.07.2011
48	2011	1214	22.10.2011
49	2011	1276	08.12.2011
50	2012	590	11.10.2012
51	2012	591	11.10.2012
52	2012	619	13.11.2012

	YIL	SAYI	TARİH
53	2012	631	20.11.2012
54	2013	2	08.01.2013
55	2013	63	22.02.2013
56	2013	364	12.09.2013
57	2013	545	30.11.2013
58	2014	4145	31.10.2014
59	2014	4279	12.12.2014
60	2015	154	11.02.2015
61	2015	246	27.02.2015
62	2015	410	20.03.2015
63	2015	483	01.04.2015
64	2015	751	24.04.2015
65	2015	1561	31.08.2015
66	2017	53	25.01.2017
67	2017	456	03.04.2017
68	2017	490	06.04.2017
69	2017	746	21.06.2017
70	2017	783	17.08.2017
71	2018	155	14.03.2018
72	2018	1106	13.12.2018
73	2019	5360	21.11.2019
74	2020	582	03.12.2020
75	2021	78	03.03.2021

İdarenin Sessizliğinin Bir Görünümü Olarak İdari Tolerans ve Bireyin Bu Sessizlikten Faydalanması^(*)

Administrative Tolerance as an Appearance of Administrative
Silence and Benefiting of Individual from This Silence

Necip Taha GÜR^(**)

Öz

İdarenin hukuka aykırı bir duruma ilişkin sessiz kalması, hukuk düzeni açısından sakıncalı bir haldir. Ancak hukuka aykırı bir duruma uzunca bir süredir sessiz kalıp, kamu gücü araçlarını bilerek kullanmayarak hukuka aykırı bir durumdan bireylerin yararlanmasına sebep olma hali olarak da ifade edilebilecek idari tolerans kavramının ve bunun oluşma şartlarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Hukuka aykırılığa uzunca bir süredir sessiz kalan idareye karşılık, idare edilenin hukuka aykırı bir durum içerisinde bulunarak, hukuka aykırılıktan yararlanmasının ne ölçüde korunması gerektiği ve idarenin hukuka aykırılığa sessiz kalmaktan vazgeçerek kamu gücü araçlarını kullanmaya başlamasının birey yönünden ne gibi haklar doğurabileceğinin ortaya konulması gerekmektedir. Çalışmada müsamaha yerine tolerans kavramının tercih edilmesinin sebebi ortaya konulduktan sonra toleransın idare hukuku boyutu tanımlanmasına gidilmiştir. Bu bağlamda “idari toleransın” ne zaman oluşabildiğini ortaya koyabilmek bakımından, idari toleransın unsurları incelenmiştir. İdare edilenin hukuka aykırı durumda bulunması, idari toleransın oluşabilmesi için ilk şarttır. Diğer taraftan bu hukuka aykırı durum içerisinde bulunmanın uzun bir süre devam etmesi de gerekmektedir. Son olarak idarenin bu hukuka aykırılıklara sessiz kalması, söz konusu meseleye karşı idari tolerans gösterdiği kanaatine ulaştırabilir. İdari tolerans iki boyutlu bir kavramdır. İlk boyutu idarenin davranış biçimidir. İkinci boyutu ise idari tolerans karşısında bireyin durumudur. Bu noktada müesses durum, haklı beklenti ve idari tolerans ilişkisi önem arz etmektedir. İdari tolerans kavramına benzer ancak ondan ayrılması gereken kavramlar da bulunmaktadır. İdare hukukuna kaynaklık edebilecek uygulamaların hukuka aykırı olamayacağından hareketle idari tolerans, idare hukukunun bir kaynağı kabul edilemeyecektir. Diğer taraftan idarenin bilinçli ve gönüllü biçimde kamu gücü araçlarını kullanmaması, ilgili idari işlemi zımnen

^(*) **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 17.01.2023
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 31.01.2023
DOI: 10.58733/imhfd.1267365

Bu makaleye atf için: GÜR, Necip Taha, “İdarenin Sessizliğinin Bir Görünümü Olarak İdari Tolerans ve Bireyin Bu Sessizlikten Faydalanması”, **İMİHFD**, C. 8, S. 1, 2023, s. 141-159.

^(**) Dr. Öğr. Üyesi, Yalova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı / Yalova - Türkiye
E-posta: necip.gur@yalova.edu.tr
Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6813-6180>

ilga ettiği anlamına da gelmeyecektir. Dolayısıyla idari tolerans kavramının bazı farklı kavramlarla birlikte ele alınması ihtiyacı vardır.

Anahtar Kelimeler:

İdari Tolerans, İdarenin Sessizliği, İdari Teamül, Müesses Durum, Haklı Beklenti.

Abstract:

It is inconvenient for the legal order for the administration to remain silent about an illegal situation. However, the concept of administrative tolerance, which can also be expressed as the state of causing individuals to benefit from an illegal situation by staying silent for a long time and not knowingly using the means of public power, and the conditions for its occurrence, should be evaluated. Against the administration, which has been silent for a long time, it should be revealed to what extent the administration should be protected from being in an illegal situation and benefiting from illegality and what kind of rights the administration can create in terms of individuals by giving up being silent about illegality and starting to use the tools of public power. After revealing the reason why the concept of tolerance is preferred over suffeance in the study, the administrative law dimension of tolerance has been defined. In this context, the elements of administrative tolerance have been examined in order to reveal when "administrative tolerance" can occur. The fact that the governed is in an unlawful state is the first condition for the formation of administrative tolerance. On the other hand, being in this illegal situation should continue for a long time. Finally, the administration's silence about these illegal violations may lead to the conclusion that it shows administrative tolerance towards the issue in question. Administrative tolerance is a two-dimensional concept. The first dimension is the behavior of the administration. The second dimension is the situation of the individual in the face of administrative tolerance. At this point, the relationship between the established situation, legitimate expectation and administrative tolerance is important. There are also concepts that are similar to the concept of administrative tolerance but must be separated from it. Administrative tolerance will not be accepted as a source of administrative law, since practices that can be a source of administrative law cannot be against the law. On the other hand, the fact that the administration does not consciously and voluntarily use the means of public power will not mean that it has tacitly abolished the relevant administrative act. Therefore, the concept of administrative tolerance needs to be considered together with some different concepts.

Keywords:

Administrative Tolerance, Administrative Silence, Administrative Custom, Established Situation, Legitimate Expectation.

I. İDARİ TOLERANS KAVRAMI

A. Terim Tartışmaları

Tolerans, gösterenin iradesine bağlı, tolerans gösteren ile gösterilen arasındaki şartlı bir özgürlük alanıdır¹. Bu bağlamda tolerans terimi² Fransızca bir

¹ YILMAZ, Fikret, "Tolerans, Hoşgörü ve Müsamaha", in *Değerler Üzerine Felsefi Sorgulamalar*, Ed. Ceyhan Akın Cengiz, Nobel, 2021, s. 158.

sözcük olup tahammül manasına gelmektedir³. Hoşgörü ve müsamaha terimlerinin aksine, tolerans daha çok olumsuz bir durum karşısında tahammül etme, taviz verme gibi pasif durumları anlatmaktadır. Toleransın Arapça'daki karşılığı müsamaha değil tesamühtür⁴. Müsamaha daha çok aktif tavrı ifade ederken, toleransta hareketsiz kalmak suretiyle bir katlanma durumu söz konusu olduğundan çalışmanın konusunu oluşturan terimi idari müsamaha veya idari tahammül olarak ele almadık.

Diğer taraftan tolerans terimi, aşağıda batı düşüncesinin çerçevelediği bir kamu hukuku kavramı olarak da incelendiğinden, bu anlamda yine tolerans teriminin kullanılması tercih edilmiştir.

B. İdare Hukuku Boyutuyla Tolerans

Hukuk düzeni ile çatışma veya çelişme halinde bulunan fiillere yönelik kamu gücünün kullanılması, hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Dolayısıyla hukuka aykırı işlemlerin hukuk dünyasından duruma göre geçmişe etkili olarak geri alınması veya ileriye etkili olarak kaldırılması ve hukuka aykırı uygulamalara izin verilmemesi idarenin bir görevidir.

İdari tolerans, hukuka aykırı bir durum içinde bulunan idare edilen ile bu hukuka aykırılığa son vermek için elindeki araçları bilinçli olarak kullanmaktan kaçınan idarenin davranışlarının sonucudur⁵. Bu durumda idare, hukuku ihmal ederek⁶ hukuka aykırı bir durumu kabullenmiş görünümü vermektedir.

Doktrinde Yasin, idarenin hukuka aykırı bir uygulamasının süreklilik kazanması ve idarenin hukuku ihmal etmek suretiyle kişilerde beklenti oluşturmaması durumunu ifade etmek için “eksik idari teamül” kavramını kullanmaktadır⁷.

² Terim yani istilah kelimesi “isim ya da başlık” kastedilirken, kavram yani mefhum kelimesinde ise başlıkla birlikte içerik ve anlam ifade edilmektedir. GÜLAN, Aydın, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabii Olduğu Hukuki Rejim**, İstanbul, Alfa, 1999, s. 9, dn. 27.

³ <https://sozluk.gov.tr/>.

⁴ <https://islamansiklopedisi.org.tr/musamaha>; Müsamaha, Hoşgörü ve Tolerans arasındaki farklılıklar için bkz. KIZILARSLAN, Semra, “İslam Felsefesi ve Batı Felsefesi Açısından Müsamaha ve Tolerans, **Akademiar Dergisi**, S. 9, 2020, s. 46.

⁵ TALLINEAU, Lucine, “Les Tolérances Administratives”, **AJDA**, 1976, p. 3; Aktaran, GRABIAS, Fanny. Contribution a une Définition de la Notion de Tolérance Administrative in: **Tolérance & Droit**: Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2013, Çevrimiçi, 13.1.2023, <http://books.openedition.org/putc/726>, para, 3.

⁶ YASIN, Melikşah, Örf ve Adet Kuralları ile İdari Teamüllerin İdare Hukukundaki Yeri, **İHİD**, C. 15, S. 2, 2012, s. 34.

⁷ YASIN, s. 35.

Dolayısıyla yazar bu çalışmanın konusunu oluşturan idari tolerans kavramına, idare hukukunun kaynakları yönüyle farklı bir bakış sergilemiştir.

II. İDARİ TOLERANSIN UNSURLARI

İdari toleranstan bahsedebilmesi için üç unsurun bir arada bulunması gerekmektedir. Hukuka aykırı bir durum içerisinde (A), uzunca bir süre (B) bulunan idare edilene karşılık, idarenin bu hukuka aykırılığa bilinçli bir biçimde pasif/hareketsiz kalarak hukuku ihmal etmesi (C) gerekmektedir.

A. İdare Edilenin Hukuka Aykırı Bir Durum İçinde Bulunması

İdari toleranstan bahsedilmesi için ilk olarak, hukuka aykırı bir durum içinde bulunulması şarttır⁸. Kamu malının haksız şekilde işgal edilmesi, yapı ruhsatı olmadan inşaat yapılması⁹, imar ruhsatında konut olarak gösterilmesine rağmen bir bölgedeki binaların zemin katlarına iş yeri ruhsatı verilmesi ve kişilerin uzun bir süredir bu konutları iş yeri olarak kullanmaları¹⁰, bir üniversitenin Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Yönetmeliğinde yer alan “bu Yönetmeliğin ... maddesinde belirtilen mazeretleri olmadan yeterlik sınavına girmeyen öğrenci, sınav hakkını kullanmış sayılır” şeklindeki hükmünü yıllarca uygulamaması¹¹ sonucu öğrencinin yeterlik sınavına girme hakkı olmamasına rağmen sınava girmesi, uzun süredir esnek mesai uygulaması yapılan bir kurumda, bu eyleme yaptırım uygulanmadığını düşünerek personelin mesaiye geç gelmesi¹², devam şartı öngörülmesine rağmen uzun yıllardır hukuk fakültesi eğitiminde devam zorunluluğu aranmaması ve idare edilen öğrencinin derslere devam göstermemesi gibi örnekler ilgililer bakımından hukuka aykırı bir durum içinde bulduklarına örnek verilebilir.

Hukuka bağlı bir idarenin, hukuka aykırı davranmayacağı kabulünden hareket etmek gerekir. Yine hukuka bağlı bir idare, hukuka aykırı bir uygulamasını tespit ettiği anda bu uygulamadan vazgeçmekle de yükümlüdür¹³. Dolayısıyla hukuka aykırılıkların hukuk düzeninden ayıklanması, hukuk düzeninin temel

⁸ GRABIAS, <http://books.openedition.org/putc/726>, para, 6.

⁹ GRABIAS, <http://books.openedition.org/putc/726>, para, 6.

¹⁰ YASİN, s. 35.

¹¹ KÖKÜSARİ, İsmail, *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, GÜSBE Doktora Tezi, Ankara, 2015, s. 85.

¹² AKYILMAZ, Bahtiyar, *İdari İşlemin Yapılış Usulü*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000, s. 192.

¹³ YASİN, s. 34.

değerlerindedir¹⁴. Danıştay Birinci Dairesi'nin bazı Bakanlar Kurulu ve müşterek kararnamelemlerin uygulanmamasıyla ilgili verdiği istişari düşüncede¹⁵, “İdare, yürütmekte bulunduğu kamu hizmetlerinin gereği olarak bazı idare işlemler yapmak durumundadır. (...) Hizmetin gereği tesis edilmiş olduklarına göre, kararnamelemlerin uygulanmaması veya geciktirilerek uygulanmaları doğal olarak, bu hizmetin aksamasına neden olur ki bunun kabul edilebilir bir yönü olmadığı ortadadır. (...) Ertelenmesi söz konusu olmayan idari işlemlerin (...) tesisinden uygulanmalarına kadar geçecek süre yönünden iş, kesin ve matematik bir ölçü verilemeyeceği kuşkusuzdur. Bu sürenin saptanmasında hizmetin normal işleyişi içinde benzeri işlemlerin uygulanmasında geçen sürelerin esas alınması gerekir” biçiminde karar vererek, tesis edilen bir idari işlemin uygulanması gerektiğini, aksi halin hukuka aykırı bir durum içerisinde bulunmaya yol açabileceğini vurgulamaktadır. Diğer taraftan hukuka aykırı bir duruma yönelik uzunca bir süre kamu gücü araçlarını kullanmaktan imtina eden idarenin, hukuka aykırılığı tolere etmesine bir sonuç bağlanması ihtiyacı da bulunmaktadır.

B. Hukuka Aykırılığın Uzun Bir Süre Sürmesi

Kamu yararına sürekli çalışan idare cihazının hukuka aykırı işlem tesis etmesinin yanında hukuka aykırılıklar karşısında bir davranış biçimi geliştirmemesi, sessiz kalması ve dolayısıyla kamu gücünden kaynaklı araçlarını kullanmaması hali de vaki olabilir. Bu noktada önemli olan husus, bu hukuka aykırılığa hareketsiz kalmanın süresidir.

Hukuka aykırı idari işlemlerin geri alınmasında, bazı Danıştay kararları uyarınca idari istikrar ve hukuki güvenlik gereği dava açma süresi geçtikten sonra dahi makul süre¹⁶, uzunca bir süre¹⁷ gibi durumlar göz önüne alınarak, hukuka aykırı da olsa uzun bir süre uygulanan işlemlerin geri alınmayabileceği ifade edilmektedir¹⁸. Dolayısıyla her hukuka aykırılığa idarenin davranış biçimi geliştirmemesi, aykırılığı görmezden gelip kabul ettiği anlamına gelmeyecektir. İdari istikrar ve hukuki güvenlik gereği, hukuka aykırı bir duruma yönelik kamu

¹⁴ KARAHANOGULLARI, Onur, *İdarenin Hukukla Kavranması*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015, s. 593.

¹⁵ D. 1. D., E. 1983/52, K. 1983/69, K.T. 29.3.1983, DD. 52-53, s. 33-34.

¹⁶ D. 8. D., E. 1993/2193, K. 1993/4343, K.T. 22.12.1993, DD. 90, s. 879.

¹⁷ D. 8. D., E. 1989/501, K. 1991/1685, K.T. 4.3.1991, DD. 82-83, s. 692.

¹⁸ Bu konudaki değerlendirme ve içtihat için bkz. ÖZDEMİR, Selman, “İdarî İşlemin Geri Alınmasında, İçtihadî Birleştirme Kurulu Kararlarının İdarî Yargı Pratiğindeki Uygulanışına Dair Bir Değerlendirme”, SÜHFD., C. 29, S. 2, 2021, s. 1383-1435.

gücü araçlarını uzun bir süre kullanmayan, duruma sessiz kalan dolayısıyla mevcut durumu tolere eden idarenin bu sessizliğine bir mana verilmesi ihtiyacı söz konusudur. Örneğin konutların olduğu bir sokakta yol kenarına park yapılmaması yönünde tabela bulunmasına rağmen o bölgede oturan insanların aracını sürekli aynı yere park ettiğini düşünelim. Bu durum bize, uzunca bir süredir bu hukuka aykırılığa yaptırım araçlarını kullanmamak suretiyle ses çıkarmayan idarenin bu hukuka aykırılığı tolere ettiğini göstermektedir.

İdarenin araçlarını kullanmadığını kabul edebilmek için ise “uzun bir sürenin” geçmesini beklemek gerekecektir. Böyle bir süre bitmeden, imkanlarını kullanıp kullanmadığını kesin olarak söylemek mümkün olmadığı için hukuka aykırı duruma tolerans gösterdiğini düşünebilmek mümkün değildir¹⁹. Sürenin ne kadar olması gerektiğini ise somut olaya göre değerlendirmek gerekir. Bu halde hukuka aykırı bir uygulamanın istikrar alıp almadığının tespiti icap eder.

Hukuk aykırılığa uzunca bir süredir herhangi bir yaptırım uygulamayıp, sonradan uygulamaya başlayan idarenin davranış biçimini konu edinen Bölge İdare Mahkemesi kararında²⁰, ders yılının son döneminde derse girmedeği tespit edilen öğretmene disiplin cezası verilmesi işlemine açılan davada, “16.01.2015 Cuma günü öğleden sonra gerçekleşen olaya konu okul Mesleki ve Teknik Lise’dir. Bilindiği üzere, okulların gerek ilk, gerekse sene sonu dönem sonlarında, karne dönemi olması, çok fazla öğrencinin gelmemesi, öğrencilerin not işlemleri ve diğer nedenlerle dönem sonu karmaşası yaşanmaktadır. Hatta, soruşturma raporunda Maarif Müfettişleri tarafından da bu husus “dönem sonlarına doğru öğrencilerin okula devamsızlıklarının arttığı, hatta çoğu zaman öğrenci yoklamalarının dahi alınmadığı kamuoyunca bilinen bir gerçekliktir” biçiminde bir değerlendirmeye, dönem sonlarında öğrencinin okula gelmemesi ve not verme işlemlerinin sürmesi sebebiyle derse gelmemeye uzunca bir süredir bir yaptırım uygulanmadığı ifade edilmiştir. Aynı karar metninin devamında “Sonuç olarak, dönem sonu karmaşası, okulun ve öğrencilerin niteliği, derse gelen öğrenci sayısı, derslerin genel işlenişinde aksaklıkların dönem sonlarında yoğunlaşması ve bu durumun önceden beri kanıksanan bir durum olması” ifade edilerek, idarenin dönem sonunda derse girmeyen öğretmenlere önceden beri disiplin cezası vermemesinin tolere edilen bir durum olduğuna işaret etmektedir.

Aynı kararın devamında “eğitim öğretim hayatında teamüllerin bu doğrultuda olması ve teamüllerin idareyi bağlayıcı kaynaklardan olması, davacıya zımnen

¹⁹ GRABIAS, <http://books.openedition.org/putc/726>, para, 20.

²⁰ Konya BİM, 3. İDD, E. 2016/358 K. 2017/77 T. 15.3.2017.

izin verildiğinin açık olması, isnat edilen fiille ceza arasındaki orantısızlık, soruşturma bir bütün halinde değerlendirildiğinde, bozulan disiplin ortamının tesisinden ziyade yalnızca ceza verme amacı güdüldüğü kanaati oluşması hususları birlikte değerlendirildiğinde, 1 saat derse girmediği fiili subuta ermeyen davacıya verilen dava konusu disiplin cezasına ilişkin işlem hukuka aykırı” olduğu ifade edilerek dönem sonu bir saatlik derse girmeyen öğretmene verilen kınama cezası bu şekilde iptal edilmiştir. Durumun önceden beri kanıksanan bir durum olması, idarenin tolerans gösterdiğine işaret etmektedir. Dikkat çeken nokta, fiilen derse girilmemesi bir disiplin suçu olmasına rağmen idarenin bunu tolere etmesinin idari teamül olarak adlandırılmasıdır. Halbuki hukuka aykırı ve süregelen bir uygulamanın idari teamül olarak ifade edilmesi mümkün değildir. Yargı kararının bu durumu kanımızca hatalı bir biçimde idari teamül olarak kabul etmesi isabetli olmayıp, esasında karara konu olan olayda idarenin kullanması gereken araçları bilinçli olarak kullanmaktan imtina etmesi ve dolayısıyla hukuku ihmal etmesinin uzunca bir süre olması halinde “idari tolerans” tan bahsetmek gerekir²¹.

C. İdarenin Hukuka Aykırılığa Hareketsiz Kalması

İdare esasında konuşması gereken bir cihazdır. Yapılan başvurulara cevap vermesi, kamu hizmetinin işleyişinde aksaklık veya eksiklik görmesi halinde düzeltmesi/gereğini yapması beklenir. Ancak bunun her zaman mümkün olması hallerine hukuk düzeni bir anlam vererek, hareketsiz kalıp işlem tesis etmemesini zımni işlem, idari eylemde bulunmamasını da idari eylem kabul etmek suretiyle idarenin rölantide bulunma haline bir anlam yüklemiştir. Böylece eksik kamu gücü kullanan veya hiç kullanmayan idarenin eylemsizliği bir eylem, sessizliği de bir sestir. Dolayısıyla işlem tesis etmesi beklenen idare ile maddi dünyada değişiklik yapmak için eylemde bulunması gereken idare, bize sürekli çalışması gereken idari cihazı anlatmaktadır.

İdarenin sessizliği, idarenin mevzuatta belirtilen yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde ortaya çıkabilir ve dolayısıyla belli hal ve şartlar karşısında bir işlem tesis etmesi gerekirken bu yükümlülüğünü yerine getirmemesini ifade etmektedir. Ancak idarenin her sessizliği de zımni işlemin oluşması için gerekli ve yeterli değildir²². Bu bakımdan hukuka aykırılığı görüp kamu gücü araçlarını

²¹ İdari toleransın idari teamülden farklı yönleri için Bkz. III. İDARİ TOLERANSIN BENZER KAVRAMLARDAN AYIKLANARAK AÇIKLANMASI A. İdari Teamül.

²² Zımni işlem konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. CANATAR, Yusuf Sinan, **İdarenin Başvurular Karşısında Sessiz Kalmasına Getirilen Bir Çözüm Olarak Zımni İşlemler**, İÜSBE Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 15.

kullanmaktan imtina eden idarenin bu durumu zımnen kabul ettiği veya zımnen reddettiği duruma ulaşabilmek için bu konudaki idari usul hükümlerinin varlığı araştırılmalıdır. Aksi halde idari başvuru yapılmaksızın hukuka aykırı bir durumdan yararlanan idare edilenin bu yararlanmasına ses çıkarmayıp durumu tolere eden idarenin zımni ret ya da zımni kabul işlemi tesis ettiğini kabul etmek mümkün değildir.

İdarenin hukuka aykırı bir duruma yönelik kamu gücü araçlarını kullanmamak suretiyle sessiz kalması her durumda zımni bir kabul olarak değerlendirilemez²³. Zira Türk İdare Hukukunda zımni kabul halleri istisna olup, zımni kabulden bahsedebilmek için belli şartların varlığı gerekmektedir²⁴. Ancak bir Danıştay kararında, köy muhtarının bilgisi olduğu halde kaçak yapıya karşı çıkılmaması yapıya zımnen izin verildiği şeklinde yorumlanmıştır. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir:

“3194 Sayılı İmar Kanununun 27. maddesinin 08.08.2011 günlü, 648 Sayılı KHK’nın 22. maddesiyle değişikliğe uğramadan önceki halinde, asıl olanın yapının fen ve sağlık kurallarına uygun olması ve muhtarlıktan izin alınması olduğu, muhtarlık izni bulunan yapılar yönünden ise fen ve sağlık kurallarına aykırılığı konusunda idarece bir tespit yapılması halinde yıkıma dair işlem tesis edilebileceği anlaşılmaktadır. Bu durumda; uyuşmazlığa konu yapının yapıldığı tarihte gerek köy muhtarının yapının yapılmasına karşı çıkmaması, gerekse sonradan bir şikayette de bulunulmaması dikkate alındığında, yapının yapılmasına zımnen izin verildiğinin kabulü gerekmektedir”^{25,26} Esasında Danıştay kararında yer alan olayı idari toleransın unsurları bakımından değerlendirmek gerekir. İmar Kanunu’na aykırı bir yapı yaparak hukuka aykırı bir durum içinde bulunan idare edilenin bu durumuna idarenin yaptırım araçlarını uygulamamak suretiyle sessiz kalması durumu vardır. Bu hukuka aykırılığın uzunca bir süredir devamı söz konusu ve tüm köy halkı bakımından benzer biçimde kaçak yapılara ses çıkarılmama durumu var ise ortada bir idari toleransın varlığından bahsetmek gerekecektir. Ancak bu noktada önemli husus, idarenin hukuksuzluğun farkında olmasıdır. İdari toleransı, idarenin ihmallerinden, idari ataletten ve hukuk hatasından ayırt eden nokta

²³ Zımni red ve zımni kabul konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. UYANIK, Halit, “Türk İdare Hukukunda Zımni Red ve Zımni Kabul Müesseseleri Üzerine Değerlendirmeler”, *İÜHFİM*, Yıl 2014, Cilt 72, Sayı 1, ss. 673-694.

²⁴ Bu konuda bkz. CANATAR, s. 90.

²⁵ D. 14. D., E. 2014/9422, K. 2016/1699, K.T. 10.03.2016.

²⁶ Ancak bu karardan daha sonraki içtihadıyla Danıştay’ın bu kanaatinden vazgeçtiği anlaşılmaktadır. Bu konuda bkz. KAYA, İslam, *Danıştay Kararları Işığında İmar Kanununda Yapı ve İmar Yaptırımları*, Kırıkkale Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, 2020, s. 37.

da budur²⁷. Bu sebeple örneğin ormanın derinliklerinde ahşap bir baraka yapıp hafta sonlarını bu mekanda yıllardır geçiren birini düşünelim. Yıllar sonra orman kolluğunun durumu tespit ederek kişinin barakasını bozup kişiye idari yaptırım cezası vermesi halinde, idarenin bu durumu tespit edememesi ihmalinden kaynaklanan bir durumdur. İdare bilinçli ve gönüllü olmayan şekilde hukuka aykırılığa yönelik işlem tesis etmemektedir. Aksinin kabulü idarenin bilgisi dışında yapılan ve uzun süren hukuka aykırı her durumun idari tolerans oluşturduğuna ulaştırabilir ki bu hatalı bir sonuç olacaktır.

İdarenin hareketsiz kalarak bir hukuka aykırılığı tolere ettiğinden bahsedebilmek için ayrıca idarenin hukuka aykırılığa son verecek araçlara sahip olması gereklidir. Örneğin yürürlükteki mevzuatın hatırlatılması, kurallara uymaya davet edilmesi, hukuka aykırılığın suç teşkil ettiği durumlarda cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunulması bunlardandır²⁸. İdare bu gibi kamu gücü araçlarını bilinçli biçimde kullanmaktan imtina ediyorsa ve yukarıda belirtilen diğer şartlar da mevcutsa idari tolerans oluşturduğunu kabul etmek gerekecektir.

Bir başka Danıştay kararında²⁹, 25.3.2014 tarihinde biten Didim şehir içi toplu taşımaya ilişkin kira sözleşmesi yeni bir işlemle uzatılmamasına rağmen toplu taşıma hizmetine devam edilmiştir. 18.04.2016 tarihinde ise izinsiz çalışma nedeniyle Aydın Büyükşehir Meclisi kararıyla söz konusu toplu taşımanın çalıştırılmasına karar verilmiştir. Kira sözleşmesinin bittiği tarihten dava konusu işlemin tesis edildiği tarihe kadar davacıların araçlarının Didim şehir içerisinde izinsiz çalışmalarına zımnen izin verilmesinin kazanılmış hak oluşturmayacağı gerekçesiyle davayı reddeden Aydın 1. İdare Mahkemesi'nin kararı hukuka uygun bulunmuştur. Olayda idarenin iki yıl gibi bir süre hareketsiz kalmasının toplu taşıma işiyle uğraşanlara zımnen izin verildiği anlamına gelmediği ifade edilmiştir. Kararı iki boyutlu olarak değerlendirmek gerekir. İlk idarenin sözleşme süresi bitmesine rağmen iki yıl gibi bir süredir toplu taşıma yapılmasına ses çıkarmaması ikinci boyut ise toplu taşımaya meşgul olanların bu sessiz kalış karşısındaki durumudur ki bu hal aşağıda incelenmiştir³⁰. İlk boyutuna bakıldığında toplu taşımaya uğraşanlar hukuka aykırı bir durum içerisinde ve idare izinsiz toplu taşıma yapılmasına yönelik bir işlem tesis etmemiştir. Dolayısıyla idare iki yıl gibi bir süre izinsiz taşımaya ilişkin herhangi bir işlem tesis etmeyerek hukuka aykırı durumu tolere etmiştir. Danıştay kararı meselenin

²⁷ GRABIAS, <http://books.openedition.org/putc/726>, para, 35.

²⁸ GRABIAS, <http://books.openedition.org/putc/726>, para, 19.

²⁹ D. 8. D., E. 2018/2062 K. 2021/194, T. 21.1.2021.

³⁰ Bkz. IV. İDARİ TOLERANS KARŞISINDA BİREYİN DURUMU.

ikinci boyutu yönüyle isabetli kabul edebilir zira hukuka aykırı bir durumdan ancak hukuka uygun kazanımların korunmasını ifade eden kazanılmış hakların varlığını iddia etmek hukuken kabul edilmemelidir. İdare hukuka aykırılığa uzunca bir süre -ki bu süre idari istikrar ve hukuki güvenlik ilkesi bağlamında somut olay bazında değerlendirilecektir- kamu gücü araçlarını bilinçli olarak kullanmamak suretiyle hareketsiz kalmıştır.

III. İDARİ TOLERANSIN BENZER KAVRAMLARDAN AYIKLANARAK AÇIKLANMASI

Bir kavramı olmayanaıyla açıklamak, meseleyi daha iyi anlamak için elzemdir. Kadim bir söz olarak her şey zıddıyla bilinir. Dolayısıyla olmayan belirlendikten sonra kavramın ne olduğunu anlamlandırma daha kolay yapılabilecektir. Aşağıdaki terimlerin açıklanması da idari toleransın daha anlaşılabilir olmasını sağlayacaktır.

A. İdari Teamül

İdari teamül, idarenin “*belli konularda ve sorunlar karşısında öteden beri süregelen tutum ve davranışları*”³¹ olarak, idare edilen ve idare nezdinde uyulması gerektiğine inanılan, süreklilik arzeden eylem ve işlemleridir. Hukuka uygun ve uzun süreden beri herkese eşit biçimde uygulanan uygulamalar idari teamül olarak adlandırılabilir³². Sürekli tekrarlanma suretiyle objektif hale gelen bu uygulamalar³³ idare hukukunun bir kaynağı haline gelebilmektedir.

İdari toleransla idari teamülün benzerlik arzeden yönü, belli süreden beri takip edilen uygulamalar olmalarıdır. Ancak idari toleransı farklılaştıran husus, hukuka aykırı bir uygulamanın belli bir süre devam ederek ilgililerin bu hukuka aykırılıktan nemalanmalarıdır. İşte bu sebeple doktrinde Yasin, hukuka aykırı uygulamaların süreklilik kazansa dahi idari teamül haline dönüşmeyeceğini vurgulayarak, aynı statüde herkese uygulanan hukuka aykırı tutumların “eksik idari teamül” olarak adlandırılabileceğini ifade etmektedir³⁴. Yazar böylece hukuka aykırı biçimde yerleşik hale gelen uygulamaları idari teamül seviyesine çıkarmamanın yanında bunlara eksik de olsa bir değer atfedilebileceğine işaret ederek, bu uygulamaların belli oranda idarece dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir.

³¹ DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, İÜ Yayınları, 1982, s. 28-29.

³² YASİN, s. 33-34.

³³ ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İstanbul, C. 1, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 413.

³⁴ YASİN, s. 35.

B. Zımnen İlga

Hukuka uygunluk karinesinden yararlanan idari işlemler, tesis edildiği tarih itibariyle icra edilebilirlik özelliğini de haizdir. Dolayısıyla usulüne uygun yürürlüğe girmiş bir idari işlem yapanın iradesiyle veya yargı organınca sona erdirilmedikçe bağlayıcıdır. Ancak bazı durumlarda idari işlem yürürlükte olmasına rağmen uzun süre uygulanmayabilmektedir. Bu durum genellikle hukukun maddi durumla uyuşmaması veya idari işlemin tesis edilmesinin sonrasında işlemi uygulanamaz hale dönüştüren değişikliklerin meydana gelmesiyle vuku bulmaktadır³⁵.

Uzun süre uygulanmayan idari işlemin sona ermesiyle ilgili olarak Fransız hukukunda kullanılan bir kavram “désuétude (metrukiyet)”dir. Fransız Danıştay’ı uzun süre alınmayan belediye vergisinin alınabileceğine karar vermiş³⁶, işlemin uygulanmamak suretiyle yürürlükten kalkmadığına işaret etmiştir. Aynı şekilde 60 yıldan fazla süreyle yarışma sınavı yönetmeliğine aykırı bir uygulamanın gelişmiş olmasıyla, ilgili yönetmeliğin zımnen yürürlükten kaldırıldığını kabul etmenin mümkün olmadığına karar vermiştir. Dolayısıyla çok eski veya herkes tarafından varlığı sorgulansa dahi bir idari işlemin uygulanmaması onun yürürlükten kalktığı anlamına gelmemektedir. Aksi kabul edilse idi hukuki güvenlik bakımından bir tehdit olarak algılanabilirdi. Hukuk düzeni kendi başına değişebilen bir düzen olmadığından, irade açıklaması olmaksızın düzenin değişebileceğini kabul edilemez. İdare hukuk düzenine hakim olmalı ve idari makamın karar alma yetkisi ortadan kalkmamalıdır³⁷.

Uzun süre uygulanmayan idari işlemlere dolaylı olarak işaret Danıştay kararından³⁸ Danıştay 134. Yıl Sempozyumunda, Danıştay Üyesi Nuri ALAN şöyle bahsetmiştir: “İdare sürekli kanuna aykırı işlem yapmışsa bu haklı beklenti yaratır mı? 5. Dairenin içtihadı şu şekilde oldu. İdare ısrarla ve sürekli olarak bu yönetmeliği ihlal ettiğine göre, artık bu kendi koymuş olduğu yönetmeliği zımnen yürürlükten kaldırmıştır dedi ve konuyu düzenleyen yasa maddesini esas almak suretiyle karar verdi”³⁹. Söz konusu kararda esasında düzenleyici işlemin ihmal edilerek kanun hükmünün uygulanmasına bir atıf yapılmıştır.

³⁵ BÜLBÜL, Erdoğan, **İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması**, İstanbul, Beta, 2010, s. 109.

³⁶ TAN, Turgut, **İdari İşlemin Geri Alınması**, Ankara, AÜSBF Yayınları, 1970, s. 3.

³⁷ BÜLBÜL, s. 111-113; Ayrıntılı bilgi ve karar künyeleri için bkz. GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, Bursa, Ekin, C. 1, 2003, s. 961.

³⁸ Kararın künyesine ulaşılammıştır.

³⁹ Danıştay ve İdari Yargı Günü, 134. Yıl, 10-11 Mayıs, Ankara 2002, Danıştay Başkanlığı Yayınları, s. 101-108.

Sonuç olarak idarenin tesis edilmiş bir işlemi uygulamaması o işlemi yürürlükten kaldırdığı anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla idarenin tolerans gösterdiği durumlarda işlemin zımnen ilga edildiğini değil, idarenin bilinçli şekilde kullanabileceği araçları kullanmamasını anlamak gerekir.

IV. İDARİ TOLERANS KARŞISINDA BİREYİN DURUMU

İdari işlemler rejiminde idari istikrar ve hukuk güvenliği ilkelerinin önemli bir yere sahiptir. Anayasa Mahkemesi kararlarına göre, “*Hukuk devletinin önemli bir unsuru olarak hukuk güvenliği, yalnızca hukuk düzeninin değil, aynı zamanda belirli sınırlar içinde, bütün devlet faaliyetlerinin, önceden öngörülebilir olması anlamını taşır*”⁴⁰. “*Hukuk devletinin gereklerinden biri, hukuksal güvenlik ilkesine uyulması, bir başka anlatımla hukuk kurallarının belirlilik ve öngörülebilirlik niteliklerini taşımasıdır. Hukuksal güvenlik, kişilerin gelecekle ilgili plan, düşünce ve kararlarında var olan güvenin korunması ilkesi, var olan hukuksal durumun süreceğine olan güvenin boşa çıkarılmaması anlamına gelir*”⁴¹. Hal böyle iken idarenin hukuka aykırı bir durum içinde bulunan idare edilenlere yönelik kullanabileceği kamu gücü araçlarını kullanmaması suretiyle kişilerin bu hukuka aykırı durumdan nemalanmaları halinde bunun korunması gereken bir değer olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerekir. Başka bir ifadeyle hukuki güvenliğin sağlanması amacıyla hukuk sistemleri idarenin sessizliğine belli anlamlar yüklerken, hukuka aykırılığı tolere etmesinin kişilerdeki mevcut duruma güven duygusunun ne oranda korunması gerektiğine de anlam yüklenmesi ihtiyacı söz konusudur.

A. İdari Tolerans ve Haklı Beklenti İlişkisi

Hukuken bir beklentinin korunabilmesi için onun haklı olması şartı bulunmaktadır. “*İdare hukukunda beklenti, idarenin işlemleri, uygulamaları veya faaliyetleri sonucunda, kişilerin bu işlem, uygulama veya faaliyette belirtilen durum veya taahhütlerin alacağı biçimler konusundaki öngörüsünü ya da gerçekleşmesini beklediği şeyi*”⁴² ifade etmektedir.

Kişiler idarenin süregelen uygulamalarının kendilerine de aynı şekilde uygulanmasını beklerler. Ancak idarenin süregelen uygulamaları hukuka aykırı ise hukuk güvenliği ya da haklı beklenti adına söz konusu durumun sürdürülmesi

⁴⁰ AYMK; E. 2008/7, K. 2011/80, T. 18.05.2011, RG. T. 19.09.2013, S. 28770.

⁴¹ AYMK, E. 2008/50, K. 2010/84, T. 24.06.2010, Benzer yönde bkz. AYM, E. 2007/105, K. 2008/75, T. 06.03.2008, RG. 18.03.2009/27173, AYM, E. 2013/67, K. 2013/164, T. 26.12.2013, RG. 27.05.2014/28954.

⁴² GİŞİ, Selçuk, **Haklı Beklentiler İlkesi**, GÜSBE Doktora Tezi, 2016, s. 34.

beklenemez⁴³. Bunun yanında hukuka aykırı idari işlemlerden kaynaklanan beklentiler haklı ve hukuka uygun beklentiler olarak da kabul edilemez⁴⁴. Hukuka aykırı işlem ve taahhütlerden doğan beklentilerin hukuk tarafından korunması yerine, beklenti sahibinin güveni korunarak uğradığı zararın karşılanması daha makul olduğunu ileri sürülmüştür⁴⁵. Ancak istikrar kazanmış hukuka aykırı uygulamalar bakımından farklı bir değerlendirme yapılmalıdır. Uzun süredir devam eden ve istikrar kazanmış uygulamalardan vazgeçilmesi durumunda, ilgiler bakımından makul bir süre vererek tolerans gösterilmeyeceğinin bildirilmesi daha isabetli bir yaklaşım olacaktır. Zira idarenin hareketsizliğine güvenerek, mevcut hukuka aykırı durumdan yararlananların gerçek ve/veya muhtemel zararlarını dayandırabilecekleri bir sorumluluk esası bulma noktasında tereddütler vardır. Hukuka aykırı bir duruma sessiz kalması yani işlem tesis etmesi gerekirken etmemesi kural olarak bir hizmet kusurudur. Ancak her hukuka aykırı işlem dolayısıyla hizmet kusuru esaslarına dayalı idarenin sorumluluğuna gidilemeyeceğine dair içtihadı⁴⁶ göz önüne aldığımızda, ortada bir idari işlem olmaksızın idarenin işlem tesis etmemesi ve buna güvenilmesiyle ortaya çıkabilecek zararın karşılanması mümkün görünmemektedir. Diğer taraftan ortaya çıkabilecek zararın kusursuz sorumluluk esaslarına göre talep edilmesi de kabul edilemez zira özel ve istisnai bir zarardan ziyade idarenin hukuka uygunluk çizgisine geçerek politika değişikliğinde bulunması hali söz konusudur.

İdarenin tolerans göstermekten vazgeçtiği durumun makul bir süre önce bildirilmesi gerektiğini ifade etmiştik. Zira idarenin süreklilik gösteren hukuka aykırı durumunun yani idari tolerans dolayısıyla kişilerde meydana getirdiği algı ve beklentiye yok saymamız, ilk olarak idareye karşı güvensizlik yaratabilecektir⁴⁷. İdarenin hukuka aykırı bir duruma sessiz kalması ilgili lehine ruhsat veya izin anlamında idari işlem teşkil etmezken kişiler idarenin sessizliğine güven duyabilir⁴⁸. İdarenin sessiz veya hareketsiz kalmasının kural olarak haklı beklentiye sebep olmayacağı ifade edilirken, ATAD kararlarında, idarenin belli

⁴³ OĞURLU, Yücel, **İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu**, Ankara, Seçkin, 2003, s. 245.

⁴⁴ YILMAZ, Harun, **Türk İdare Hukukunda İdari İstikrar İlkesi**, İÜSBE Doktora Tezi, 2019, s. 97.

⁴⁵ ALTINDAĞ, Halil, **Yürürlükte Olan Yasalara ve İdari Düzenleyici İşlemlere Güvenden Kaynaklanan Haklı Beklenti Kavramı ve Korunması**, İÜSBE Yüksek Lisans Tezi, 2010, s. 6.

⁴⁶ D. 8. D., E. 2016/12644 K. 2018/5456, K.T. 8.10.2018; D. 8. D., E. 2004/1274, K. 2004/4987, K.T. 20.12.2004; D. 10. D., E. 1997/3567, K. 1998/1000, K.T. 4.3.1998; D. 8. D., E. 1995/4350, K. 1996/768, K.T. 19.3.1996.

⁴⁷ YILMAZ, s. 98.

⁴⁸ AKYILMAZ, s. 192.

bir zaman içinde hareket etmesi gerektiği halde eylemsiz kalmasının tek başına haklı beklenti yaratmayacağı örnek verilmektedir⁴⁹. Ancak bu durumda bireyin lehine veya aleyhine olduğuna bakılmaksızın ilgililerin haklı beklentilerinin olduğunu ifade etmek güçtür. Bu sebeple bireylerin süreceği konusunda ciddi beklentiler uyandıran hukuka aykırı uygulamalara şekli adalet gereği devam edilmesi⁵⁰ görüşüne katılmamaktayız. İdari toleranstan vazgeçtiğine dair makul bir süre önce bildirim yapıldığı takdirde, vazgeçmenin hukukun tesisi adına gerekli bir durum olduğunu vurgulamak gerekir. Bu bildirim ise idari istikrarı ve hukuki güvenliği sağlamak adına verilmelidir.

B. İdari Tolerans ve Müesses Durum İlişkisi

Danıştay kararında ifade edildiği üzere, “Kural olarak; idareler, hukuka uygun işlem tesis etmek, işlemlerindeki hukuka aykırılıkları düzeltmek, bu tür işlemlerle ortaya çıkan hukuk ihlallerini ortadan kaldırarak hukuka uygun bir düzen sağlamak zorundadırlar. Genel kural böyle olmakla birlikte, hukuka aykırı bir işlemin uygulanması suretiyle elde edilen bazı kazanımların bir yandan zaman içinde bu yolla idarede sağlanmış olan istikrarın ve kamu düzeninin bozulmaması amacı ile, öte yandan belli bir süre kesintisiz uygulanmak suretiyle ilgili kişinin statüsünün ayrılmaz bir parçası haline dönüşmüş olduğu hususu gözönüne alınarak, yargı kararları ile korunduğu da bir gerçektir”⁵¹. Kararda belirtilen durum esas itibariyle hukuka aykırı işlem dolayısıyla oluşan müesses durumların, idari istikrar ve hukuki güvenlik gereği korunması gerektiğine dair düşüncüyü yansıtmaktadır. Müesses durumlar birel hukuka aykırı işlemler dolayısıyla gündeme gelmektedir. Başka bir ifadeyle düzenleyici idari işlemler uygulanarak birel işleme dönüşmedikçe, doğrudan düzenleyici işlemde doğan bir müesses durumun oluştuğundan bahsedilememektedir⁵². Hukuka aykırı işlemde kişinin hilesi, idarenin açık hatası bulunmamakta ise kişinin bu durumu yerleşik durum olarak kabul edilerek korunabilmektedir. Ancak idari toleransta ortada sarıh bir irade açıklaması bulunmamakta ve kişiler de idarenin hukuka aykırılığa yönelik kamu gücü araçlarını kullanmamasından pozitif bir biçimde yararlanmaktadır. İdarenin sessizliği devam ettiği ölçüde bireyin lehine devam eden bu durum, iradesini süregelen hukuka aykırı uygulamayı sona erdirmek biçiminde

⁴⁹ ATİDM 123/89 Chomel/Commission 1990 ECR II-131; ATAD 92/85 Hamai/ECJ 1986 ECR 3157, GIŞİ, 43, dn. 189.

⁵⁰ KÖKÜSARI, s. 85; YILMAZ, s. 98.

⁵¹ DİDDK, T. 14.04.2011, E. 2007/ 1957, K. 2011/421.

⁵² BOZ, Selman Sacit, “Yargı Kararları Işığında Müesses Durum”, **DEHFD**, Cilt 20, Sayı 2, 2018, s. 145-146.

kullanan idarenin bir politika değişikliğiyle farklılaşabilmektedir. İdare adeta kötü politikasından hukuka uygun olan iyi politikaya geçiş yapmıştır.

Müesses durumda hukuka aykırı bir idari işleme güven var iken idari toleransta idarenin bir işlemine değil sessizliğine güven durumu söz konusudur. Ortada bir idari işlemin olmaması karşısında bu sessizliğe güven dolayısıyla ilgili kişiler müesses durumların oluştuğunu da iddia edebilmelidir. Ancak bu durum hukuka aykırı sarıh işlem dolayısıyla oluşabilecek müesses durumdan farklılık göstermelidir. Müesses durumda, bireyin kendisine atfedilebilecek bir kusur veya işlemde açık hata ya da yokluk hali bulunmadıkça, idari işlemin oluşturduğu hukuki durumdan belirli bir süre yararlanmasıyla onun hukuk düzenince tanınması gerektiği düşünülürken, idarenin tolere ettiği durumda kazanımların korunmasından ziyade “dikkate alınması” gerektiğinden ve belli bir süre vererek hukuka aykırı durumu düzeltilmesinden bahsetmek gerekir. Zira İdarenin hukuka aykırılığı uzun süre pasif kalıp sonradan aktif hale geçmesi durumu mevzuata uygun ancak hukukun bütünlüğüne aykırı bir uygulamayı gündeme getirebilir.

İdari tolerans dolayısıyla oluşabilecek müesses durum ile sarıh hukuka aykırı idari işlemde kaynaklı oluşabilecek müesses durum arasında genel-birel ilişkisi bakımından da farklılık söz konusudur. Hukuka aykırı sarıh işlemde kaynaklı müesses durumun oluşabilmesi için işlemin bireleşmesi gerekmektedir. Ancak idarenin süregelen hukuka aykırı genel bir uygulaması da idari tolerans özelliği gösterebilir. Bu yönüyle idari toleranstan kaynaklı müesses durumun genişletici bir etkisi olduğundan bahsedebiliriz.

İdarenin hem genel nitelikteki hem de birel nitelikte hukuka aykırı uygulamalardan kaynaklanabilecek idari toleranstan vazgeçmesi başka bir ifadeyle hukuka aykırılığı artık tolere etmemesi karşısında bireyin kazanılmış hak veya haklı beklenti iddiası hukuken kabul edilebilir değildir. Zira hukuka aykırı bir durumun kişilerde haklı bir beklenti oluşturacağı kabul edilemez. Ancak iyi bir idareden beklenen idari tolerans göstermemesi nedeniyle ilgiliye makul bir süre vermesidir. İdare edilene hukuka aykırı durum içinde belli bir süre daha kalmak noktasında verilecek makul süre için bir müesses durumunun varlığı kabul edilmelidir. Burada ise korunması gereken müesses bir durum değil idarece dikkate alınması gereken bir müesses durumdan bahsedilebilir. Bu sebeple idari toleranstan dolayı birey nezdinde doğabilecek durumlar “eksik müesses durum”⁵³ olarak ifade edilebilir.

⁵³ Doktrinde Yasin, hukuku aykırı uygulamaların idari teamül seviyesine çıkarmanın mümkün olmaması sebebiyle eksik idari teamül olarak adlandırılması gerektiğini ifade etmişti. Yasin’in bu kavramlaştırmasından müphem biz de idari tolerans karşısında bireyin eksik bir müesses durum içerisinde bulunduğunu düşünmekteyiz.

SONUÇ

İdareden beklenen bir hukuka aykırılığa sessiz kalmayıp, hukuk düzeninin tesisi adına gerekli işlem ve/veya eylemlerde bulunmasıdır. Dolayısıyla hukuka aykırılığa ya hiç sessiz kalmamalı ya da belli bir süreden beri kalan sessizliğini işlem tesis etmek şeklinde dönüştürdüğünde, hukuka aykırı durum içinde bulunan idare edilenlerin durumlarını dikkate almalıdır. İdare edilenlerin lehine olan sessizlik hali olarak idari tolerans, idarenin bilinçli biçimde pasif kalarak hukuka aykırılığa yönelik belli bir süre işlem tesis etmemesidir. Sürenin belirlenmesi tıpkı Danıştay kararlarında müesses durumun oluşumu için esas alınan somut olay değerlendirmesi yapmak suretiyle makul bir sürenin belirlenmesi biçiminde olmalıdır. İdari toleranstan bahsedebilmek için, kamu gücü araçlarını kullanabilecek veriye sahip olmasına rağmen kullanmaması halinin varlığı şarttır. Dolayısıyla idari tolerans kamusal iktidarsızlık, idari atalet ve hatalı hukuki belirlemeden farklılık arz etmektedir.

İdari toleransın idari teamül kavramıyla benzerlik gösterdiği ilk etapta düşünülse de hukuka aykırı bir uygulamanın hiçbir surette idare hukukunun kaynağı olarak idari teamül halini alamayacağından, idari toleransın hukuka aykırılıkları ihmal etme şeklindeki istisnai ve de facto bir uygulama olduğuna işaret etmek gerekir. Diğer yandan uzun süre genel bir statüye işlem tesis etmeyerek hukuka aykırılığa sessiz kalan idarenin, tesis etmediği idari işlemi zımnen ilga ettiği anlamına da gelmektedir zira idari işlem hukuka uygunluk karinesinden yararlanmakta ve icrailik özelliğini tesis edildiği tarihten itibaren göstermektedir. İdarenin işlemi uzunca bir süre uygulamaması dolayısıyla tolerans göstermesi işlemin yürürlüğüne etki eden bir durum değildir.

İdari tolerans göstererek mevzuatı uygulamayıp uzun süre ihmal etmesiyle kişilerin bundan belli yararlar elde etmesi mümkündür. İdarenin bilinçli biçimde pasif kaldığı hukuka aykırılıklardan faydalanan bireyler, mevcut durumun devam etmesi yönünde kazanılmış hak veya haklı beklentilerinin olduğu iddiaları kabul edilemez. Müesses durumda birel nitelikte hukuka aykırı kazanımların idari istikrar ve hukuki güvenlik gereği korunması gerektiği ifade edilirken, idari tolerans durumunda bireylerin eksik haklı beklentileri sebebiyle dikkate alınması gerektiğini ifade edebiliriz. Zira idarenin hukuka aykırılığa uzun süre sessiz kalışı mevzuata aykırı bir hal olsa da bu hukuka aykırılığı tespit ederek kamu gücü araçlarını kullanmaya karar veren idarenin davranışı da mevzuata uygun ancak hukukun bütününe aykırı bir hal alabilir. Bu sebeple bireylerin eksik müesses durumlarının dikkate alınarak, idarenin politika değişikliği öncesinde idare edilenlere makul bir süre vermesi gerekmektedir. Çünkü hukuka

bağlı bir idareden beklenen hukuka aykırı davranmamasıdır. Belli bir süre aksi yönde davranırsa da hukuka aykırılığı tespit ettiği anda, bu uygulamasından vazgeçmekle de yükümlüdür. İşte bu vazgeçme öncesinde makul bir süre vererek hukuka aykırı durumdan yararlananların eksik müesses durumlarının dikkate alması iyi idare ilkesinin de bir gereğidir.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA / REFERENCES

- ALTINDAĞ, Halil, **Yürürlükte Olan Yasalara ve İdari Düzenleyici İşlemlere Güvenden Kaynaklanan Haklı Beklenti Kavramı ve Korunması**, İÜSBE Yüksek Lisans Tezi, 2010.
- BOZ, Selman Sacit, “Yargı Kararları Işığında Müesses Durum”, **DEHFD**, Cilt 20, Sayı 2, 2018, ss. 127-157.
- BÜLBÜL, Erdoğan, **İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması**, İstanbul, Beta, 2010.
- CANATAR, Yusuf Sinan, **İdarenin Başvurular Karşısında Sessiz Kalmasına Getirilen Bir Çözüm Olarak Zimni İşlemler**, İÜSBE Yüksek Lisans Tezi, 2019.
- DURAN, Lütfi, **İdare Hukuku Ders Notları**, İstanbul, İÜ Yayınları, 1982.
- GİŞİ, Selçuk, **Haklı Beklentiler İlkesi**, GÜSBE Doktora Tezi, 2016.
- GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku**, Bursa, Ekin, C. 1, 2003.
- GRABIAS, Fanny. **Contribution a une Définition de la Notion de Tolérance Administrative** in: **Tolérance & Droit**: Presses de l’Université Toulouse 1 Capitole, 2013.
- KAYA, İslam, **Danıştay Kararları Işığında İmar Kanununda Yapı ve İmar Yaptırımları**, Kırıkkale Üniversitesi SBE Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- KIZILARSLAN, Semra, “İslam Felsefesi ve Batı Felsefesi Açısından Müsamaha ve Tolerans”, **Akademiar Dergisi**, S. 9, 2020, ss. 37-68.
- KÖKÜSARI, İsmail, **Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi**, GÜSBE Doktora Tezi, Ankara, 2015.
- OĞURLU, Yücel, **İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu**, Ankara, Seçkin, 2003.
- ONAR, Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, İstanbul, C. 1, İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- ÖZDEMİR, Selman, “İdarî İşlemin Geri Alınmasında, İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararlarının İdarî Yargı Pratiğindeki Uygulanışına Dair Bir Değerlendirme”, **SÜHFD**, C. 29, S. 2, 2021, s. 1383-1435.

TAN, Turgut, **İdari İşlemin Geri Alınması**, Ankara, AÜSBF Yayınları, 1970.

UYANIK, Halit, “Türk İdare Hukukunda Zımni Red ve Zımni Kabul Müesseseleri Üzerine Değerlendirmeler”, **İÜHFİM**, Yıl 2014, Cilt 72, Sayı 1, ss. 673-694.

YASİN, Melikşah, Örf ve Adet Kuralları ile İdari Teamüllerin İdare Hukukundaki Yeri, **İHİD**, C. 15, S. 2, 2012, ss. 29-44.

YILMAZ, Fikret, “Tolerans, Hoşgörü ve Müsamaha”, in **Değerler Üzerine Felsefi Sorgulamalar**, Ed. Ceyhun Akın Cengiz, Nobel, 2021, ss. 151-199.

YILMAZ, Harun, **Türk İdare Hukukunda İdari İstikrar İlkesi**, İÜSBE Doktora Tezi, 2019.

Güncel Bir Kararı Işığında Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun Yurt Dışına Veri Aktarımı ve Zorunlu Açık Rızaya Yaklaşımı Hakkında Gözlemler^(*)

Observations on the Personal Data Protection Board's Approach to Data Transfer Abroad and Compulsory Explicit Consent in the Light of a Recent Decision

Kasım OCAK^(**)

Öz:

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 9. maddesinde düzenlenen yurt dışına kişisel veri aktarımı, Kanun'dan ve Kişisel Verileri Koruma Kurulu'ndan kaynaklanan bazı nedenlerle uygulamada önemli sorunlar doğurmaktadır. Yurt dışına kişisel veri aktarımı yapmak için Kanun'da sayılan bazı olanaklar uygulanamaz durumda, bazı seçeneklerin ise etkililiği oldukça tartışmalıdır. Bu nedenle uygulamada hukuka uygun bir açık rıza alınması dışında yurt dışına veri aktarım imkanı görülmemektedir. Ancak teknoloji ve dijitalleşmenin başat rol oynadığı nedenlerle birçok kuruluş Kanun'a aykırı şekilde yurt dışına veri aktarmaya devam etmektedir. Uygulamada ortaya çıkan bu sorunun farkında olan Kişisel Verileri Koruma Kurulu ("Kurul"), bazı yayın ve kararlarında zorunlu şekilde alınan açık rızalara hukuki geçerlilik tanımıştır. Ancak hangi hallerde zorunlu açık rızaya geçerlilik tanıdığına dair bir belirlilik bulunmadığı gibi Kurul'un Kanun'da açık rızanın zorunlu bir unsuru olarak sayılan özgür irade koşuluna idari bir işlem ile istisna getirilmesi mümkün değildir. Ayrıca Kurul'un kendisine yapılan taahhütname veya bağlayıcı şirket kuralları başvurularının bazılarında başvuru sonuçlanmadan yurt dışına veri aktarılamayacağına, bazı başvurularda ise başvuru incelenirken çeşitli şekillerde yurt dışına veri aktarılabileceğine karar verdiği görülmüştür. Kurul, vermiş olduğu çelişkili kararlar ile yurt dışına veri aktarımı konusunda oldukça yüksek olan belirsizliği giderek artırmıştır. Kurul'un yakın zamanda küresel bir otel zinciri hakkında vermiş olduğu karar, yurtdışına veri aktarımında idarenin ortaya çıkardığı belirsizliği ve Kurul'un zorunlu açık rızaya yaklaşımını anlamak bakımından iyi bir örnektir.

Anahtar Kelimeler:

Kişisel Veri, Yurt Dışına Aktarım, Açık Rıza, Zorunlu Açık Rıza, Kişisel Verileri Koruma Kurulu.

^(*) **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 03.02.2023

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 20.02.2023

DOI: 10.58733/imhfd.1267368

Bu makaleye atf için: OCAK, Kasım, "Güncel Bir Kararı Işığında Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun Yurt Dışına Veri Aktarımı ve Zorunlu Açık Rızaya Yaklaşımı Hakkında Gözlemler", **İMHD**, C. 8, S. 1, 2023, s. 161-178.

^(**) Arş. Gör., İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı / İstanbul - Türkiye

E-posta: kasimocak@gmail.com

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9826-8336>

Abstract:

The transfer of personal data abroad, regulated in Article 9 of the Law No. 6698, creates important problems in practice for some reasons arising from the Law and the Personal Data Protection Board. While some options listed in the Law for transferring personal data abroad are not applicable and also the effectiveness of some options is highly controversial. For this reason, in practice, there is no possibility of data transfer abroad, except for obtaining an explicit consent in accordance with the law. However, due to the fact that technology and digitalization play a dominant role, many companies continue to transfer data abroad in violation of the Law. Being aware of this problem that arises in practice, the Personal Data Protection Board ("Board") has given legal validity to the compulsory explicit consents in some of its documents and decisions. However, there is no certainty as to under which circumstances the mandatory express consent is valid, and it is not possible for the Board to make an exception to the free will condition, which is considered as a mandatory element of the explicit consent in the Law, by an administrative act. In addition, it has been observed that the Board has decided that in some of the applications for undertakings or binding company rules, data cannot be transferred abroad until the application is concluded, and in some applications, data can be transferred abroad in various ways while the application is being examined. With the conflicting decisions it has taken, the Board has gradually increased the high level of unpredictability in data transfer abroad. The Board's recent decision on a global hotel chain is a good example in terms of understanding the uncertainty created by the administration in data transfer abroad and the Board's approach to compulsory explicit consent.

Keywords:

Personal Data, Data Transfer Abroad, Explicit Consent, Compulsory Explicit Consent, Personal Data Protection Board.

GİRİŞ

Kişisel Verileri Koruma Kurulu, incelememize konu 08.09.2022 tarih ve 2022/924 sayılı Kararı ile küresel bir otel zincirine yurt dışına hukuka aykırı bir şekilde veri aktarması nedeniyle 1.800.000- TL idari para cezası uygulamıştır.

Kurul'un otel firması hakkında vermiş olduğu bu Karar'da yurt dışına veri aktarımı hakkında yaptığı değerlendirmeler, daha önce verilecek kararlar ile tutarlılığı ve hukuka uygunluğu bakımından bazı tartışmalı noktalar içermektedir. Bu bağlamda ilk olarak, Kurul kararına konu olay kısaca özetlenecek ve ardından Karar'da öne çıkan tartışmalı konular ortaya konulacaktır.

I. KURUL'UN 08.09.2022 TARİH VE 2022/924 SAYILI KARARI'

Karara konu olayda otel zinciri, Türkiye'ye hizmet sunan internet sitesinde kullanıcılardan rezervasyon yaptırabilmeleri için yurt dışına veri aktarımı hakkında açık rıza talep etmekte ve rıza vermeyen kullanıcıları rezervasyon işlemi-

¹ Bu makalenin yazıldığı tarih itibariyle incelemeye konu olan Karar, Kurul'un internet sitesinde yayımlanmamıştır.

ne devam ettirmemektedir. Rezervasyon yapmak isteyen bir ilgili kişi şikayeti üzerine konu Kurul önüne gelmiştir. Aslında burada yurt dışına veri aktarımı hizmetin kullanılabilmesinin gerektirdiği bir zorunluluktur. Yurt dışına veri aktarılmadan hizmetten yararlanmak imkansızdır. Veri sorumlusu, içinde bulunduğu şartlarda kullanıcılardan zorunlu açık rıza alınmasının Kanun'a aykırılık teşkil etmediği şeklinde savunma yapmıştır.

A. Veri Sorumlusunun Yurt Dışına Veri Aktarımında Alınan Zorunlu Açık Rızaya İlişkin Savunması

Şikayet üzerine başlatılan incelemede veri sorumlusu olan otel zinciri, Kurul'a sunduğu savunmasında şu argümanlara yer vermiştir:

- Türkiye'de yerleşik olan otel firması, küresel bir grup bünyesinde faaliyet göstermektedir.
- "...com.tr" uzantılı internet sitesinden elde edilen verilerin ABD'de bulunan Merkezi Rezervasyon Sistemi'ne aktarıldığı, bu sistemin envanter yönetimi ve fiyatlandırma için kullanılan tek kaynak olduğu, bu sisteme veri aktarılmasının zorunlu olduğuna ilişkin veri sorumlusunun internet sitesinde yer alan bir metinde detaylı açıklamalar yer almaktadır.
- Bu işlem bakımından eldeki tek yasal dayanak kişilerin vereceği açık rızadır.² Bu nedenle şirketin faaliyetlerine devam edebilmesinin tek yolunun bu olması ve bir mecburiyet bulunması nedeniyle zorunlu olarak alınan açık rıza, hizmetin açık rıza şartına bağlanması anlamına gelmemelidir.
- Kurul'un yeterli korumanın bulunduğu ülkeleri açıklamamasının yanı sıra taahhüname ve Bağlayıcı Şirket Kuralları (BCR) mekanizmaları uzun vadeli çözüm yöntemleridir. Bu yöntemlerden yararlanan veri sorumlusu sayısının az olması, bu yöntemler hakkında yapılacak başvuruların sonuçlanmasının bir yıldan fazla sürebilecek olması, Kurul'un onay vermeme ihtimali ve başvurunun incelenmesi esnasında otel firmasının hizmetlerini durdurmasının söz konusu olamayacağı gibi nedenlerle taahhüname ve BCR yöntemlerinin veri sorumlusu için etkili bir yöntem olduğu söylenemeyecektir.

² 6698 sayılı Kanun'da açık rızanın unsurları belirlenmişken açık rıza vermenin yöntemleri sınırlanmamıştır. Bu nedenle tüm unsurlarını sağlaması kaydıyla internet ortamında da açık rızanın verilmesi mümkündür. Bkz. AVCI BRAUN, Cihan, "Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza", **YÜHFD**, 2018/1, C. XV, s. 27; KÜZECİ, Elif, **Kişisel Verilerin Korunması**, Üçüncü Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 235-236.

- Türkiye Cumhuriyeti'nin de taraf olduğu 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 12. maddesine göre veri aktarımının sınır ötesi akışı yasaklanamayacak ve özel müsaadeye tabi tutulamayacaktır.
- 23.03.2021 tarihinde yayımlanan Ekonomi Reform Paketi'nde yurt dışına aktarım mekanizmalarının 31.03.2022 tarihine kadar GDPR (AB Genel Veri Koruma Tüzüğü) ile uyumlu hale getirileceği belirtildiğinden veri sorumlusu şirket Kurul'a taahhüt başvurusunda bulunmamıştır.
- Kurul da "Doğru Bilinen Yanlışlar-2" başlıklı rehberinde somut olayın niteliği gereği, işleme faaliyetinin yalnızca ilgili kişiden açık rıza alınması yoluyla gerçekleştirilebileceği durumlarda ilgili kişiden açık rıza alınmasının Kanuna aykırılık teşkil etmeyebileceğini belirtmiştir.

Kurul, veri sorumlusu tarafından yapılan bu savunmaları detaylı şekilde değerlendirerek karar vermiştir.

B. Kurul'un Veri Sorumlusunun Savunması Hakkında Değerlendirmeleri

Kurul, veri sorumlusu tarafından öne sürülen argümanları değerlendirmesinin ardından yeterli bulmamış ve veri sorumlusunun almış olduğu açık rızayı geçersiz kabul ederek yurt dışına yapılan veri aktarımını hukuka aykırı bulmuştur. Kurul'un değerlendirmeleri şu şekildedir:

- Öncelikle Kurul, veri sorumlusunun da belirttiği üzere "veri sorumlusu tarafından sunulan hizmetler kapsamında yürütülecek kişisel veri işleme faaliyetinin açık rıza şartına dayanılmaksızın gerçekleştirilemeyeceği zorunlu durumlarda" ilgili kişiden açık rıza alınmasının açık rızanın şartlarından olan özgür irade şartını sakatlamayacağını ve bu durumun "bir hizmetin sunulmasının açık rıza şartına bağlanması" anlamına gelmeyeceğini kabul etmiş ve bu hususun çeşitli Kurul kararları ve rehberlerinde yer aldığını ifade etmiştir.
- Bu kabule rağmen, taahhütname (02.04.2018) ve BCR (10.04.2020) yönetimleri hakkında yapılan Kurul duyurularının üzerinden oldukça uzun zaman geçmiştir. Veri sorumlusu bu zaman diliminde Kurul'a başvuru yapıp, Kurul'un başvuruları incelemesi sırasında müşterilerini bilgilendirerek geçici süre zorunlu açık rıza almaya devam etmek yerine Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından açıklanan Ekonomi Reform Paketi'nde Kanun'da yapılacağı belirtilen değişikliğin ümidiyle Kurul'a başvuruda bulunmamış ve zorunlu açık rıza almaya devam etmiştir. Kurul burada veri sorumlusunun yaklaşık 35 yıldır Türkiye'de faaliyet gösterdiğinin ve dolayısıyla mevzuata vakıf olduğunun altını çizmiştir.

- Veri sorumlusu yapılacak başvuruların uzun sürmesi ve Kanun'da değişiklik yapılacağı beklentisi ile mevcut mekanizmaları işletmemiş, istisnai olması gereken “yurt dışına veri aktarımı için başka bir yöntem olmadığında ilgili kişilerden zorunlu bir şekilde açık rıza temin etmenin hukuka uygun olabileceği” durumunu sürekli hale getirmiştir. Kurul'a göre veri sorumlusu istisnai olması gereken bu imkanı genelleştirerek dürüstlük kurallarına yani genel ilkelere de aykırı hareket etmiştir. Kurul, burada yurt dışına veri aktarımında açık rızanın istisnai bir yol olarak kullanılması gerektiğini tespit etmektedir.
- Kurul hukuka aykırılığı tespit ettikten sonra üç (3) ay içinde veri sorumlusunun taahhüt ya da BCR yöntemlerinden biri için Kurul'a başvurması yönünde talimatlandırma kararı almış ve gerek Kurul kararından veri sorumlusunun Kurul'a başvuru tarihine, gerekse Kurul'un bu başvuruyu değerlendirme süresince, veri sorumlusunun zorunlu açık rıza almaya devam edebileceğini belirtmiştir.

II. KURUL KARARI HAKKINDA BAZI DEĞERLENDİRMELER

İncelenen Kurul kararında tartışmaların odağında, yurt dışına veri aktarımında başka bir veri işleme şartının bulunmadığı hallerde alınan zorunlu açık rızanın geçerliliği ve Kurul'un öngördüğü izin yöntemlerinin açık rıza ile ilişkisi bulunmaktadır.

A. Zorunlu Açık Rıza: Bir Çelişkiye Geçerlilik Tanımının Temelleri

Yurt dışına veri aktarımının şartları 6698 sayılı Kanun'un 9. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin birinci fıkrasına göre, kişinin açık rızasının bulunması halinde yurt dışına veri aktarılabilecektir. Açık rıza dışında, 6698 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrası ile 6. maddesinin üçüncü fıkrasında bulunan şartlardan birinin varlığı ve verinin aktarılacağı ülkede yeterli korumanın bulunması³ ya da Türkiye'deki ve ilgili yabancı ülkedeki veri sorumlularının yeterli bir korumayı yazılı olarak taahhüt etmeleri ve Kurulun izninin bulunması halinde de yurt dışına veri aktarımı hukuka uygun olacaktır.

Kanun'un 9. maddesi özetlenecek olursa, hukuka uygun bir şekilde yurt dışına veri aktarımı için veri sorumlularının elinde 3 (üç) yöntem bulunmaktadır: 1) açık rıza 2) yeterli korumanın bulunduğu ülkelerde Kanun'da yer alan belirli

³ Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 2019/125 [02.05.2019], <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5470/Kisisel-Verileri-Koruma-Kurulu-nun-Yeni-Yayinlanan-Karari>.

koşulların gerçekleşmesi 3) yeterli korumanın bulunmadığı ülkelerde taahhüt başvurusu sonucu Kurul'un izin vermesi ve yine Kanun'da yer alan belirli koşulların gerçekleşmesi.⁴

Kurul tarafından 2020 yılında yapılan bir duyuruda⁵, kamuoyunda yurt dışına veri aktarımında Kurul'un onayının alınmasının bir sorun olarak görüldüğü ifade edilmiştir. Dolayısıyla uygulamada yurt dışına veri aktarımı için Kanun'un 9. maddesinde yer alan yöntemlerden her birinin kendi içinde problemler barındırdığının Kurul da farkındadır. Üstelik 2020 yılında yapılan duyuruda yeterli korumanın bulunduğu ülkelerin belirlenmesi çalışmalarının devam ettiği belirtilse de aradan geçen iki yılda henüz güvenli ülke listesi belirlenmemiştir.⁶ Bu bağlamda yeterli korumanın bulunduğu ülkelerin belirlenmesinin Kanun'un 9/3. maddesine göre Kurul'a verilmiş bir yetkiden ziyade bir yükümlülük olduğunun da altı çizilmelidir.⁷

Yeterli korumanın bulunduğu ülkelerin Kurul tarafından henüz ilan edilmediği dikkate alınır, veri sorumluları için esasında halihazırda yalnızca iki yöntemin bulunduğu sonucuna ulaşılabacaktır. Bunlardan biri olan taahhütname ve BCR yöntemleri Kurul tarafından Karar'da ifade edildiği gibi uzun süredir yürürlükte olsa dahi bu yöntemlerin etkililiği tartışmalıdır.⁸ Zira şimdye dek

⁴ İncelemeye konu Karar'da veri sorumlusu tarafından da 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'ne dayanarak yurt dışına veri aktarılabileceği savunulmuşsa da Kurul tarafından daha önce verilen 2020/559 sayılı Karar'da yalnızca 108 sayılı Sözleşme'ye dayanarak yurt dışına veri aktarılamayacağına, 6698 sayılı Kanun'un 9. maddesinde belirlenen şartların oluşmaması halinde veri aktarımının hukuka aykırı hale geleceğine karar vermiştir. Bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 2020/559 [22.07.2020], <https://kvkk.gov.tr/Icerik/6790/2020-559>.

⁵ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, "Yurtdışına Veri Aktarımı Kamuoyu Duyurusu", (Çevrimiçi) <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6828/YURTDISINA-VERI-AKTARIMI-KAMUOYU-DUYURUSU>, E.T. 15.10.2022.

⁶ Uygulamada ortaya çıkan yurt dışına veri aktarım ihtiyacı ile veri koruma otoritelerinin güvenli ülke belirlemelerindeki çekimserliğin ciddi biçimde çelişki oluşturduğuna dair görüş için bkz. ÇEKİN, Mesut Serdar, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, 2. Baskı, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 117.

⁷ Bilgi Information Technology Law Institute, "Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Düzenlemeler Çerçevesinde Uluslararası Veri Aktarımı Yeni Gelişmeler ve Uygulamaya İlişkin Hukuki Değerlendirmeler", (çevrimiçi) https://itlaw.bilgi.edu.tr/media/2020/3/30/Final%20Veri_Aktarimi_Raporu_30.03.2020.pdf, s. 14, E.T. 20.10.2022.

⁸ Bağlayıcı şirket kurallarına ilişkin başvuruların sonuçlanması için Kurul'un bir yıllık bir süre öngörmesinin ve gerekmesi halinde bu sürenin altı ay daha uzamasına imkan tanınmasının, şirketlerin bu başvuru için yapacakları hazırlık süreci de dikkate alındığında, bağlayıcı şirket kurallarının hedeflenen kolaylığı sağlamayacağı ve veri sorumlularını Kanun'un 9. maddesindeki belirsizliklerle karşı karşıya bıraktığı ifade edilmektedir. Bkz. TELSAC, Melisa, **Kişisel Verilerin Yurt Dışına Aktarılmasında Bağlayıcı Şirket Kuralları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2022, s. 73. Benzer görüş için bkz. ÜNSAL ÖZDEN, Sevgi / UZ, İdil / KARAMUSTAFAOĞLU, Mert, "Kişisel Veri Aktarımı ve Bankacılık Kanunu Madde 73 Değişikliği", **Kişisel Verileri Koruma Dergisi**, C. 3, S. 1, s. 24.

bağlayıcı şirket kuralları yöntemi ile izin alan veri sorumlusu⁹ olmamışken¹⁰ onaylanan taahhütname başvurusu sayısı beştir.¹¹ Uygulamada veri depolama merkezi yurt dışında bulunan büyük teknoloji şirketlerinin hayatın her alanında etkin olması¹², günlük hayatta sıklıkla kullanılan birçok mobil uygulama üreticisinin yurt dışında bulunan depolama merkezlerini tercih etmesi¹³ ve Karar'a konu olayda olduğu gibi merkezi yurt dışında bulunmakla birlikte Türkiye'de de faaliyet gösteren şirket sayısının fazlalığı birlikte değerlendirildiğinde Kurul'un 2018 yılında detaylarını duyurduğu¹⁴ taahhütname yönteminden 4 yılda yalnızca 5 veri sorumlusunun faydalanması bu yöntemin etkililiği ve veri sorumluları nezdinde tercih edilen bir yöntem olup olmadığına ilişkin ciddi kuşku uyandırmaktadır.¹⁵

⁹ Dülger, bağlayıcı şirket kurallarını belirleyebilecek şirket sayısının yurt dışına veri aktarımı yapan şirketlere oranla çok küçük olduğunu, bu nedenle bağlayıcı şirket kurallarının yurt dışına veri aktarımı sorununu çözmek bağlamında gerçek bir alternatif olmayacağını belirtmektedir. DÜLGER, Murat Volkan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, 3. Baskı, Hukuk Akademisi, İstanbul, 2020, s. 455.

¹⁰ Kurul, Bağlayıcı Şirket Kuralları Hakkında Duyuru metninde yer verdiği Veri Sorumluları İçin Bağlayıcı Şirket Kuralları Başvuru Formu'nda kendisine yapılan bir başvurunun onaylanması halinde kural olarak ilgili şirkete bilgi verileceğini, gerekmesi halinde Kurul'un bunu ilan edeceğini belirtmiştir. Dolayısıyla Kurul bu konuda bir başvuruyu onayladıysa dahi kamuoyuna yapmış olduğu bir duyuru bulunmamaktadır.

¹¹ Başvuruları onaylanan veri sorumluları şu şekildedir: Türkiye Futbol Federasyonu, TEB Arval Araç Filo Kiralama Anonim Şirketi, Amazon Turkey Perakende Hizmetleri Ltd. Şti., Amazon Turkey Yönetim Destek Hizmetleri Ltd. Şti., Turksport Spor Ürünleri San. Tic. Ltd. Şti. (Decathlon Türkiye).

¹² Yaygın olarak kullanılan teknoloji şirketlerinden bazıları Kurul'un kararına da konu olmuştur. Örneğin Kurul, pandemi döneminde sıkça kullanılan uzaktan eğitim platformlarının birçoğunun bulut hizmet sağlayıcılar aracılığıyla hizmet verdiği ve bu yazılımlara ait veri merkezlerinin çoğunlukla yurt dışında olduğu gözlemlenmiş ve yurt dışına veri aktarımı konusunda uyarıda bulunmuştur. Bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, "Uzaktan Eğitim Platformları Hakkında Kamuoyu Duyurusu", (Çevrimiçi) <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6723/Uzaktan-Egitim-Platformlari-Hakkinda-Kamuoyu-Duyurusu>, E.T. 15.10.2022. Kurul ayrıca, bir kararı ile sık kullanılan e-posta hizmet altyapılarından biri olan G-Mail'in kullanılması halinde yurt dışına veri aktarılmış olacağını tespit etmiştir. Bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 2019/157 [31.05.2019], <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5493/2019-157>. Son olarak Whatsapp hakkında yürütülen resen inceleme sonucunda "veri sorumlusu tarafından aktarım faaliyetleri için hiçbir şekilde açık rızaya başvurulmadığının beyan edildiği, bununla birlikte veri sorumlusunca Kurulumuza bir taahhütname başvurusunda da bulunulmadığı dikkate alındığında, veri sorumlusu tarafından Kanunun 9'uncu maddesine uygun hareket edilmediğine" karar vermiştir. Bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 2021/891 [03.09.2021], <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7045/WHATSAPP-UYGULAMASI-HAKKINDA-YURUTULEN-RESEN-INCELEMEYE-ILISKIN-KAMUOYU-DUYURUSU>.

¹³ AYDOĞDU, Yasin, "Mobil Uygulamalarda Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Yasal Olarak Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2022, C. XXVI, S. 1, s. 421.

¹⁴ Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 2018/33 [02.04.2018], <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4236/Yurtdisina-Veri-Aktariminda-Veri-Sorumlularinca-Hazirlanacak-Taahhutnamede-Yer-Alacak-Asgari-Unsurlar>.

¹⁵ ALTINDAĞ, Halil, **Kişisel Verileri Koruma Kurulu Tarafından Verilen İdari Para Cezaları**, Adalet Yayinevi, Ankara, 2021, s. 123; AŞIKOĞLU, Şehriban İpek / UZUN, Fatih Burak, "Kişisel Verilerin Yurt Dışına Aktarımının Açık Rızaya Dayandırılmasının Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri", **Prof. Dr. Türkan Rado'nun Anısına Armağan**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 928.

Yurt dışına veri aktarmak için Kurul'un öngördüğü izin yöntemlerinin uygulamada bu denli az kullanılmasının yarattığı soru işaretleri, 6698 sayılı Kanun'da yapılacağı belirtilen değişikliklerle birlikte değerlendirilmelidir. Kurul Kararı'na konu olayda veri sorumlusu Hazine ve Maliye Bakanlığı tarafından duyurulan Ekonomi Reformları Eylem Planı'na atıfta bulunmuştur.¹⁶ Bu plana göre 31 Mart 2022 tarihine kadar AB Genel Veri Koruması Tüzüğü'nün (GDPR) yurt dışına veri aktarılmasına yönelik hükümleri esas alınarak Kişisel Verilerin Korunması Kanununda gerekli değişiklikler yapılacaktır. Üstelik veri sorumlusu tarafından savunmada yer verilmesi de Kanun'da değişiklik yapılacağına dair idare tarafından yapılan tek açıklama bu eylem planı değildir. Nisan 2021 tarihinde duyurulan İnsan Hakları Eylem Planı Uygulama Takvimi'ne göre 1 yıl içinde yani 2022 Nisan'a kadar 6698 sayılı Kanun, Avrupa Birliği standartları ile uyumlu hale getirilmesi planlanmaktaydı.¹⁷

Uygulamada taahhüt yönteminden yararlanan veri sorumlusu sayısının oldukça az olması, BCR yönteminden yararlanan veri sorumlusu bulunmaması ve birden fazla Bakanlık tarafından eylem planları ile 6698 sayılı Kanun'un yurt dışına veri aktarımı hükümleri de dahil olmak üzere güncelleneceğinin bir takvim verilerek duyurulması birlikte değerlendirildiğinde yurt dışına veri aktarımı yapan veri sorumluları için belirsizliğin arttığı, öngörülebilirliğin azaldığı¹⁸ ve yurt dışına veri aktarımı için kullanılabilecek iki yöntemden Kurul'a izin başvurusu yerine açık rıza alma eğiliminin daha tercih edilebilir olduğu değerlendirilmektedir. Zira Kurul'un izin yöntemlerinin etkisizliği ve idarenin Kanun'un değişeceğine yönelik eylem planları göz önüne alındığında veri sorumlularının Kurul'a başvuru yönündeki kuşkuları anlaşılabilir görünmektedir. İncelemeye konu Karar'da, veri sorumlusu da Kurul'a başvurması halinde incelemenin uzun süreceğini, bu süreç zarfında faaliyetlerini durdurmasının mümkün olmayacağını düşünmekte ve kabul sayısı oldukça az olduğu için başvurusunun reddedil-

¹⁶ Ekonomi Reformları Eylem Planı Takvimi, s. 34. Bkz. (Çevrimiçi) <https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2021/03/Ekonomi-Reform-Takvimi.pdf>, E.T. 16.10.2022.

¹⁷ İnsan Hakları Uygulama Eylem Planı Uygulama Takvimi, s. 92. Bkz. (Çevrimiçi) <https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/3042021071917%C4%B0nsan%20Haklar%C4%B1%20Eylem%20Plan%C4%B1%20ve%20Uygulama%20Takvimi.pdf>, E.T. 16.10.2022.

¹⁸ Henüz 6698 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 2016 yılında yurt dışına veri aktarımı konusunda öngörülebilirliğin sağlanması ve Kanun'un 9. maddesinin etkin şekilde uygulanabilmesi için Kişisel Verileri Koruma Kurulu bünyesinde Avrupa Birliği'nde bulunan çalışma grubuna benzer çalışmaların yürütülmesi ve bu doğrultuda kamuoyunun aktif şekilde bilgilendirilmesi gerekliliği belirtilmiştir. Bkz. F. İtir Bingöl, Kutan Koruyan, "Kişisel Verilerin Yurtdışı Sunuculara Aktarılmasının Bilişim Sistemleri Çerçevesinde Türk ve Avrupa Hukuku Açısından İncelenmesi", 3rd International Management Information Systems Conference, 6-08 Ekim 2016, s. 71, Bkz. (Çevrimiçi) https://www.researchgate.net/publication/309243031_Kisisel_Verilerin_Yurt_Disi_Sunuculara_Aktarilmasinin_Bilim_Sistemleri_Cercevesinde_Turk_Ve_Avrupa_Hukuku_Acisindan_Incelenmesi, E.T. 16.10.2022.

mesi kaygısını taşımaktadır. Her ne kadar Kurul vermiş olduğu Karar'da, kendisine başvuru yapılması halinde başvurunun sonuçlanmasına kadar veri sorumlusunun zorunlu açık rıza almaya devam ederek yurt dışına veri aktarımına izin vereceğini belirtse de bu istisnai iznin 6698 sayılı Kanun'da bir dayanağı bulunmamaktadır. Kurul'un duyuru ve rehberlerinde de bu geçici izin müessesesi açıklanmadığı için Kurul'un bu yöneliminin veri sorumlusu tarafından bilinmesi ve öngörülmesi mümkün görünmemektedir.

Esasında Kurul'un bu şartlar altında zorunlu olarak alınan açık rızaya belli bir süre daha geçerlilik tanınması, açıklanmaya çalışılan bu problematik ve belirsizlik karşısında bulunan geçici bir çözüm gibi görünmektedir. Öyle ki zorunlu olarak alınan açık rıza, 6698 sayılı Kanun'un 3. maddesinde açık rızanın zorunlu ve en önemli¹⁹ unsuru olarak sayılan özgür irade koşulunu taşımamaktadır. Zorunlu açık rıza yalnızca Kanun'da düzenlenen özgür irade koşulunu sağlamamanın yanı sıra bazı durumlarda Kurul tarafından içtihatla geliştirilen "hizmetin açık rızaya bağlanamaması" ilkesine²⁰ de aykırılık teşkil edebilmektedir.²¹ Kanuna ve Kurul'un belirlediği ilkelere aykırılık içermesine rağmen Kurul, incelemeye konu Karar'da veri sorumlusunun da atıf yaptığı rehberinde "somut olayın niteliği gereği, işleme faaliyetinin yalnızca ilgili kişiden açık rıza alınması yoluyla gerçekleştirilebileceği durumlarda ilgili kişiden açık rıza alınmasının Kanuna aykırılık teşkil etmeyebileceğini" belirterek bazı durumlarda zorunlu açık rızaya kapı aralamıştır.²² Gerçekten de bir sigorta şirketinin sağlık poliçesi düzenleyebilmek adına ilgili kişinin özel nitelikli kişisel verilerini işleyebilmesi için zorunlu açık rıza talep etmesi hukuka uygun bulunmuştur.²³ Kurul yakın tarihli bir başka kararında doğrudan yurt dışına veri aktarımı bağlamında da zorunlu açık rızayı hukuka uygun bulmuştur.²⁴ Kararda Kurul'a göre, "ilgili kişinin yurt dışı menşeli veri sorumlusu bünyesinde çalışmak üzere iş akdi yaparken, veri sorumlusunun tabi olduğu yabancı mevzuat gereği kendisinden temin edilen bilgi ve belge mahiyetindeki kişisel verilerinin yurt dışın-

¹⁹ Özgür irade ile verilmesinin açık rızanın en önemli unsuru olduğuna dair görüş için bkz. ÇELİKEL Serdar, "Kişisel Verilerin İşlenmesinde, Açık Rıza Hukuka Uygunluk Nedeninin, 95/46 Sayılı Direktif ve GDPR'la Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 9, Sayı 17, s. 183.

²⁰ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 2018/19 [16.02.2018] <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5412/Acik-Rizanın-Hizmet-Sartina-Baglanmasi>. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 2020/335 [05.05.2022], <https://kvkk.gov.tr/Icerik/6909/2020-335>.

²¹ Hizmetin açık rızaya bağlanması yasağının yurt dışına kişisel veri aktarımında açık rızaya dayanılmasının önündeki en büyük engel olduğuna dair görüş için bkz. AŞIKOĞLU / UZUN, s. 960.

²² Kişisel Verileri Koruma Kurumu, "Doğru Bilinen Yanlılar-2", s. 20, (Çevrimiçi) <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7151/6698-Sayili-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Hakkinda-Dogru-Bilinen-Yanlislar-2>, E.T. 16.10.2022.

²³ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 2020/667 [03.09.2020], <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6878/2020-667>.

²⁴ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 2022/172 [24.02.2022], <https://kvkk.gov.tr/Icerik/7294/2022-172>.

da işleneceğini düşünmemesi mümkün [değildir]. Yine kararda bir akdin gereğinin yerine getirilmesi için ilgili kişiden açık rıza temin etmekten başka hiçbir yasal yol olmaması durumunda bu akit kurulurken taraflardan açık rıza istenmesinin açık rızanın yasal unsurlarını sakatlamayacağı, zira ilgili kişinin bu akit kurulurken kişisel verilerinin akıbetine dair farkındalık sahibi olduğu” tespit edilmiştir. Görüldüğü üzere Kurul söz konusu kararında bir akdin gereğinin yerine getirilmesi için açık rıza temin etmekten başka hiçbir yasal yol olmadığı durumlarda zorunlu açık rıza alınarak yurt dışına veri aktarımı yapılabilmesine imkan tanımıştır.

Kurul’un 2022/172 sayılı Kararı ile incelemeye konu Kararı arasında bir çelişki ya da belirsizlik bulunmaktadır. Zira Kurul, incelemeye konu edilen otel zinciri hakkındaki kararında taahhüt ve BCR yöntemleri için Kurul’a başvurulmasını yurt dışına veri aktarımı için esas yol kabul etmiş ve bu yollara başvurmadan zorunlu açık rıza alan veri sorumlusu hakkında idari para cezası uygulamıştır. 2022/172 sayılı Kararında ise merkezi yurt dışında bulunan veri sorumlusunun Türkiye’de yerleşik bir gerçek kişinin işe alım sürecinde kişisel verilerinin yurt dışına aktarılması bakımından Kurul’a izin başvuru yollarını tartışmadan başka bir yasal yol olmadığını belirtmiş ve zorunlu açık rıza ile yurt dışına yapılan veri aktarımının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.²⁵

Bu nedenle Kurul’a başvuru yapmamanın zorunlu açık rızanın geçerliliğine etkisi bakımından iki karar arasında bir çelişki olduğu söylenebilecektir. Başka bir açıdan değerlendirildiğinde ise Kurul’un bu kararlarında aktarımın sürekliliği ve veri sorumlusunun konumu gibi farklılıkları dikkate almış olabileceği ifade edilebilecektir. 2022/172 sayılı Karar’da veri sorumlusu yurt dışında mukimdir ve şikayete konu veri aktarımı yurt dışında mukim olan veri sorumlusunun Türkiye’de yerleşik bir gerçek kişinin işe alım sürecinde bazı kişisel verilerini talep etmesinden ibarettir.

İncelemeye konu olan ve otel zinciri hakkında verilen 2022/924 sayılı Karar’da ise küresel otel zincirinin Türkiye’de yerleşik bir şirketi bulunmakta, bu şirket yaklaşık 35 yıldır Türkiye’de faaliyet göstermekte ve her gün binlerce kişinin kişisel verisi yurt dışına aktarılabilmektedir. Bu farklılıklar dikkate alındığında, Kurul’un kararlara konu olaylarda aktarımın sürekliliği, Türkiye’de yerleşik bir veri sorumlusu olup olmaması ve mevzuatı tanımak bakımından bu

²⁵ Türk kişisel verilerin korunması mevzuatında GDPR’da yer alanın aksine kademeli bir yaklaşımın benimsenmediği ve istisnai hallerde kişisel verilerin ne şekilde aktarılabileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmadığı, bu nedenle tek seferlik aktarımlarda dahi ilgili kişilerin açık rızasının alınma zorunluluğunun doğduğu tespit edilmiştir. Bkz. ŞEN, Deniz, **Kişisel Verilerin Yurt dışına Aktarılmasına İlişkin Yöntemler ve Hukuki Sebepler**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2021, s. 83.

veri sorumlusunun Türkiye’de bulunma süresi gibi unsurları baz almış olabileceği de öne sürülebilir. Ancak Kurul doğrudan bu farklılıkları açıklamadığı için oluşan çelişkinin nedeni belirsizliğini korumaktadır. Bu belirsizliğin giderilebilmesi için Kurul’un yurt dışına veri aktarımı konusunda zorunlu açık rızanın geçerlilik şartlarına ilişkin net bir açıklama/duyuru yapması isabetli olacaktır.

Bu iki kararın da gösterdiği gibi yurt dışına veri aktarımı konusunda veri sorumluları için net bir hukuki belirlilik bulunmamaktadır. Kurul’un yurt dışına veri aktarımı bakımından önüne gelen bazı durumlarda, 2022/172 sayılı Karar’da olduğu gibi, açık rızanın en önemli unsuru olan özgür irade şartına istisna getirebildiği ve zorunlu açık rızaya geçerlilik tanıdığı anlaşılmaktadır. Ortaya çıkma nedeni bu şekilde olan zorunlu açık rızaya geçerlilik tanımının Kurul tarafından çeşitli şekillerde de kullanılabildiği görülmektedir. Örneğin Kurul, incelemeye konu edilen otel zinciri hakkındaki kararında, otel firmasına 3 ay içinde Kurul’a başvurma talimatı vermiş ve veri sorumlusunun gerek bu 3 ay içinde, gerekse Kurul’un başvuruyu inceleyip sonuçlandırma süresi boyunca, zorunlu açık rıza alarak yurt dışına veri aktarımı yapabileceğine karar vermiştir.²⁶ 6698 sayılı Kanun’un 9. maddesinde Kurul’a yapılan izin başvurusunun inceleme sürecinde yurt dışına veri aktarımının akıbeti hakkında bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Yalnızca yeterli korumanın bulunmadığı ülkelere yapılacak aktarımın “Kurul’un izninin bulunması kaydıyla” mümkün olduğu belirtilmiştir. Bu hükümden yola çıkarak, henüz Kurul’un kendisine yapılan taahhüt ya da BCR başvurularını sonuçlandırarak veri sorumlusuna izin vermediği dönemde yurt dışına veri aktarımı yapılmasının Kanun’un 9. maddesine aykırılık teşkil edeceği söylenebilecektir.²⁷ Ancak Kurul, yine Kanun ve uygulama arasındaki bu uyumsuzluğu zorunlu açık rızaya geçerlilik tanıyarak başka bir deyişle özgür irade unsuruna istisna getirerek gidermeye çalışmaktadır.

Yinelemek gerekirse, yurt içinde yapılan bazı veri işleme faaliyetlerinde, yurt dışına yapılan bazı veri aktarımlarında ve kendisine yapılan izin başvuru-

²⁶ Kurul, Amazon Turkey hakkında vermiş olduğu 2020/173 sayılı ve 27.02.2020 tarihli kararında Amazon Turkey’in Kurul’a taahhüt mektuplarını sunduğunu ancak Kurul’un henüz karar almadığını bu nedenle yurt dışına veri aktarımı için tek yolun açık rıza olduğunu belirtmiştir. Bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 2020/173 [27.02.2020], <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6739/2020-173>. Kurul’un otel zinciri hakkında verdiği kararda başvurunun incelenmesi sırasında veri sorumlusunun zorunlu açık rıza almaya devam ederek yurt dışına veri aktarımını sürdürebileceğinin belirtilmesi, Amazon Turkey hakkında verilen kararda başvuru yapılmasının yurt dışına veri aktarma imkanı tanımayacağı tespiti ile çelişki arz etmektedir.

²⁷ Benzer görüş için bkz. DÜLGER, Murat Volkan / KAHRAMAN, Cansu Ceren, “KVKK’dan Kişisel Verilerin Yurt Dışına Aktarımında Önemli Bir Adım: Bağlayıcı Şirket Kuralları”, (Çevrimiçi) <https://www.hukukihaber.net/kvkkdan-kisisel-verilerin-yurt-disina-aktariminda-onemli-bir-adim-baglayici-sirket-kurallari-makale,7685.html>, E.T. 16.10.2022.

sunun sonuçlanmasına kadar geçen sürede zorunlu olarak alınan açık rızaya geçerlilik tanınması, Kurul'un 6698 sayılı Kanun ile uygulama arasındaki bazı uyumsuzlukları gidermek için kullandığı bir çözüm yolu olarak görünmektedir. Ancak Kurul'un 6698 sayılı Kanun'un 3. maddesinde açıkça yer alan bu unsura dair istisna getirme yetkisi başlı başına tartışmalıdır. Zira açık rızanın özgür irade ile verilmesi zorunluluğu, doğrudan Kanunda düzenlenmişken, idari bir Kurul'un bu zorunluluğu idari bir işlem ile kaldırması mümkün olmamalıdır. Bazı durumlarda veri sorumlularının menfaatine olması ve Kanun ile uygulama arasındaki bazı uyumsuzlukları geçici olarak gidermesi, Kurul tarafından bulunan bu çözümün 6998 sayılı Kanun bakımından sorunlu olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir.²⁸ Ayrıca yukarıda da belirtildiği gibi Kurul tarafından çerçevesi netleştirilmedikçe Kurul'un zorunlu açık rızaya ilişkin yönetimindeki belirsizlik veri sorumluları için aynı zamanda bir risk anlamına gelecektir.

Kurul'u zorunlu açık rızaya geçerlilik tanımaya iten nedenler ve Kurul tarafından bu istisna yaratma yetkisinin kullanım biçimleri açıklandıktan sonra Kurul'un açık rıza ile izin yöntemleri arasında kurduğu ilişki belirlenmeye çalışacaktır.

B. Açık Rıza ile Kurul'un İzin Yöntemleri ile İlişkisi

Yeri geldikçe yurt dışına veri aktarımı bakımından Kurul'un açık rıza ve izin yöntemleri arasında kurduğu ilişkiye değinilmişti. Bu ilişkinin belirgin hale getirilmesi veri sorumlularının yurt dışına veri aktarımı yaparken hukuki bir belirliliğe sahip olmaları açısından önem taşımaktadır.

Yurt dışına veri aktarımı bakımından açık rıza ve diğer yasal imkanların birbirine karşı durumu incelenmeden önce Kanun'un 5. maddesinde yer verilen genel işleme şartları ve açık rıza arasındaki ilişki incelenmelidir. Öncelikle 6698 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 2. fıkrasında sayılan işleme temellerinden birinin bulunması halinde ayrıca açık rıza alınmasına gerek bulunmamaktadır.²⁹ Böyle

²⁸ GDPR'nin 49. maddesine göre söz konusu maddenin birinci fıkrasında düzenlenen bazı durumlarda yeterli güvenceler bulunmasa ya da BCR yöntemi ile izin alınmasa da üçüncü bir ülkeye ya da uluslararası bir kuruluşa veri aktarılabilir. Ancak bu maddenin uygulanabilmesi için aktarımın sınırlı sayıda kişiyi ilgilendirmesi, sürekli olmaması ve veri sorumlusunun zorlayıcı meşru menfaatinin bulunması gibi bazı koşullar aranmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. SERTÇE, Nadin, **Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) Kapsamında AB Dışına Kişisel Veri Aktarımı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2022, s. 95 vd.; ŞEN, s. 88-89. Kurul'un zorunlu açık rızaya geçerlilik tanıyarak yurt dışına veri aktarımını hukuka uygun bulduğu 2022/172 sayılı Kararına konu olayın şartları GDPR'nin 49. maddesinde düzenlenen koşullara benzemektedir. Ancak belirttiğimiz gibi yurt dışına veri aktarımına dair genel kural-lara bazı istisnalar getirilecekse bunun 2022/172 sayılı Karar'daki gibi idari bir işlem ile değil GDPR'nin 49. Maddesine benzer şekilde açık bir yasal düzenleme ile getirilmesi gerekmektedir.

²⁹ DOĞAN, Buse, **Kişisel Verilerin İşleme Şartları Bağlamında Açık Rıza**, İstanbul, 2019, s. 82.

bir gerekliliğin olmamasının yanı sıra Kurul, 6698 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan işleme temellerinden açık rıza ile diğer işleme temelleri arasında bir öncelik ilişkisi belirlemiştir. Buna göre, açık rıza dışında işleme nedenlerinin varlığı halinde açık rıza alınması yoluna gidilmesi dürüstlük kuralına aykırılık şeklinde yorumlanacaktır.³⁰ Dolayısıyla Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan işleme temelleri bulunmasına rağmen veri sorumlusu tarafından açık rıza alınması hukuka aykırı olacaktır. Kurul'un bu kararı ile Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan diğer veri işleme temellerine açık rıza karşısında bir öncelik tanıdığı, açık rızaya ancak bu işleme şartlarının bulunmaması halinde başvurulmasını hukuk kabul edeceği anlaşılmaktadır.

Yurt dışına veri aktarımı hakkındaki koşulların veri sorumluları için daha belirgin kılınabilmesi için; genel işleme temelleri/şartları arasında tespit edilene benzer bir öncelik ilişkisinin yurt dışına veri aktarım koşulları bakımından olup olmadığı, veri sorumlularının açık rıza ve Kurul'a izin başvurusu yapmak alternatiflerini serbest şekilde seçip seçemeyeceği gibi sorulara yanıt verilmesi gerekmektedir.

İncelemeye konu olan otel firması için verilen kararında Kurul, veri sorumlusunun Kurul'a izin başvurusu yapmak yerine zorunlu açık rıza almak yöntemini tercih etmesini hukuka aykırı bulmuştur. Zira Kurul'a göre taahhütname ve BCR gibi çeşitli yasal yollar varken zorunlu açık rıza alınması Kanun'a aykırıdır. Bu kararı ile Kurul'un yurtdışına aktarım için kendisinden izin alınmasını zorunlu açık rızaya göre öncelikli kıldığı görülmektedir. Esasında yukarıda da açıklandığı gibi açık rızanın en önemli unsurunu barındırmayan zorunlu açık rızaya kıyasla Kanun'da açıkça öngörülen izin yöntemlerinin kullanılması hukuka uygun olan seçenektir. Bununla birlikte Kurul'un bazı durumlarda, 2022/172 sayılı Karar'da olduğu gibi, Kurul'a başvuru yöntemlerinin denenmesini tartışmadan zorunlu açık rızaya geçerlilik tanınması, en azından belirli durumlarda Kanuna uygun olan bu seçenekten sapabildiğini göstermektedir.

Zorunlu tutulmayan yani özgür irade koşulunu da taşıyan açık rıza ile Kurul'a izin başvurusu yapılması arasında kanaatimizce bir öncelik ilişkisi bulunmamaktadır. Bu bakımdan veri sorumlularının ilgili kişilerden hukuka uygun açık rıza alma imkanına sahip olduğu durumlar için Kurul'a izin başvuru yolunu tüketmeleri zorunluluğundan bahsedilemeyecektir. Kurul'un Taahhütname başvurusunda dikkat edilecek hususlara yer verdiği duyurusunda yer verdiği "Açık

³⁰ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 2020/173 [27.02.2020], <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6739/2020-173>.

rıza şartına dayalı gerçekleştirilecek olan yurt dışı kişisel veri aktarımları Taahhütname konusu edilemeyecektir.” ilkesi de bu kanaatimizi desteklemektedir.³¹

SONUÇ

Kişisel Verileri Koruma Kurulu’nun yakın tarihte küresel bir otel firması hakkında vermiş olduğu 2022/924 sayılı Kararı, 6698 sayılı Kanun ve Kurul’un daha önceki kararları dikkate alındığında zorunlu açık rıza uygulaması ve Kurul’a yapılacak izin başvurularının açık rızaya etkisi gibi konular bakımından önemli tartışma noktaları içermektedir.

Güvenli ülke listesinin belirlenmemiş olması ve izin başvuru sürecinin etkililiğine ilişkin kuşklar göz önüne alındığında Kurul’un da yurt dışına veri aktarımı konusunda uygulamada karşılaşılan problemlerin farkında olduğu anlaşılmaktadır. Gerek Kanun’da yurt dışına veri aktarımı için belirlenen üç yöntemden birisinin doğrudan olanaksız (yeterli korumanın bulunduğu ülkelere aktarım) birinin ise uygulaması itibarıyla tercih edilmesinin güç hale gelmesi (Kurul’a taahhütname ya da BCR başvurusunda bulunulması) gerekse idare tarafından birden fazla eylem planı ile 6698 sayılı Kanun’un değişeceğinin belirtilmesi veri sorumluları açısından öngörülebilirliği azaltmaktadır.³² Uygulamada veri sorumluları, sınırlı şekilde oluşan hukuka uygun açık rıza imkanı dışında, bu belirsizliğin etkisi ile hangi sürede sonuçlanacağını bilmedikleri bir Kurul başvurusunda bulunmak, belirli durumlarda zorunlu açık rıza almak ya da bunların hiçbirini yapmadan yurt dışına hukuka aykırı şekilde veri aktarımı yapmaya devam etmek ihtimalleri arasında kalmaktadır.³³ Uygulama ile Kanun arasındaki bu uyumsuzlukta ve veri sorumlularının Kurul’a başvuru yerine zorunlu açık rıza gibi yöntemlere başvurusunda güvenli ülkeler listesini halen belirlemeyen Kurul³⁴ ve net bir tarih vererek Kanun’un değişeceğini belirten idarelerin kusurunun bulunmadığı söylenemeyecektir.

³¹ Kişisel Verileri Koruma Kurulu, “Yurt Dışına Kişisel Veri Aktarımında Hazırlanacak Taahhütnamelerde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlara İlişkin Duyuru”, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6741/YURT-DISINA-KISISEL-VERI-AKTARIMINDA-HAZIRLANACAK-TAAHHUTNAMELERDE-DIKKAT-EDILMESI-GEREKEN-HUSUSLARA-ILISKIN-DUYURU>, E.T. 16.10.2022.

³² DÜLGER, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, s. 450.

³³ Bu gibi nedenlerle uygulamada 6698 sayılı Kanun’un en fazla ihlal edilen maddesinin yurt dışına veri aktarımını düzenleyen 9. madde olduğuna dair tespit için bkz. ALTINDAĞ, Halil, *Kişisel Verileri Koruma Kurulu Tarafından Verilen İdari Para Cezaları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 125.

³⁴ Kurul’un güvenli ülke listesini halen ilan etmemiş olmasının yurt dışına veri aktaran şirketlerin bu aktarımı hukuka uygun gerçekleştirme imkanını kısıtladığına ve uygulamada birçok şirketin hukuka aykırı aktarım yapmak durumunda kaldığına ilişkin görüş için bkz. ERASLAN, Sevgi, “Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Yurt Dışına Aktarılması Sorunu: Açık Rıza Kapsamında Bir Değerlendirme”, *KHM*, 2021, C. 1, S. 1, s. 112.

Yurt dışına veri aktarımında yaşanan bu problemler nedeniyle Kurul'un 6698 sayılı Kanun'da açık rızanın zorunlu bir unsuru olarak belirlenen özgür iradenin bulunmadığı zorunlu açık rızalara bazı durumlarda geçerlilik tanıdığı tespit edilmiştir. Ancak bazı kararları arasındaki çelişkiler nedeniyle Kurul'un tam olarak hangi durum ve şartlarda zorunlu açık rızaya geçerlilik tanıdığı belirsizliğini korumaktadır. Kurul bir kere açık rızanın özgür iradeye dayanmasına istisna getirme yetkisini kendisinde gördüğünde bu yetkiyi genişletme eğilimine de girmektedir. Örneğin, incelemeye konu olan otel zinciri hakkındaki Karar'da Kurul, veri sorumlusunun kendisine başvuru yapmak için sahip olduğu 3 ay ve başvurunun inceleme süreci boyunca zorunlu açık rıza almasına izin vermiştir. Bu karardan anlaşılıyor ki Kurul, Kanun ve uygulama arasındaki bazı uyumsuzlukları gidermek için açık rızanın özgür irade unsuruna istisna getirebilmektedir. Ancak Kurul'un böyle bir yetki kullanmasının 6698 sayılı Kanuna ve idare hukukunun temel ilkelerine aykırı olduğu düşünülmektedir. Zira hem özgür irade 6698 sayılı Kanun'da açık rızanın zorunlu bir unsuru olarak sayılmış hem de Kanun'un yurt dışına veri aktarımını düzenleyen 9. maddesinde Kurul'a izin başvurularının incelenmesi süresi boyunca yurt dışına veri aktarımına izin verme yetkisi tanınmamıştır. Dolayısıyla hem Kanun'da yer verilen bir şartın Kurul'un idari işlemi ile kaldırılamayacağı hem de Kanun'da tanınmayan bir yetkinin kullanılamayacağı gerekçeleriyle herhangi bir ölçüte bağlı olmadan kullanıldığı anlaşılan açık rızanın özgür irade koşuluna istisna getirme yetkisinin hukuka aykırı olduğu değerlendirilmektedir.

Otel firması hakkında verilen 2022/924 sayılı Karar'da öne çıkan başka bir tartışma da yurt dışına veri aktarımı bakımından yöntemler arasında bir öncelik ilişkisinin bulunup bulunmadığıdır. Kurul, 2022/924 sayılı Karar'da veri sorumlusunun kendisine izin başvurusu yapmadan zorunlu açık rıza almasını hukuka aykırı bulmuştur. Bu karara göre, yukarıda hukuka aykırı bulduğumuz zorunlu açık rıza uygulamasına gitmek yerine Kurul'a izin başvurusu yapılmalıdır. Ancak veri sorumlusunun hukuka uygun açık rıza elde etme imkanına sahip olduğu durumlarda açık rıza ile aktarım yapmak yerine ilk olarak Kurul'dan izin alma yöntemlerini tercih etmesi şeklinde bir önceliğin bulunmadığı düşünülmektedir. Kanun'da bu yönde bir öncelik belirlenmediği gibi bu şekilde bir öncelik belirlenen Kurul kararına da rastlanmamıştır.

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde; yurt dışına veri aktarımı konusunda önemli problemlerin halen devam ettiği, bu problemlerin giderilebilmesi için 6698 sayılı Kanun'da yapılacak belirtilen değişikliklerin bir an önce

yapılması gerektiği³⁵, bu değişiklikler yapılan dek Kurul tarafından yurt dışına veri aktarımı konusunda daha aktif bir bilgilendirme yöntemi tercih edilerek veri sorumluları için hukuki belirlilik ve öngörülebilirliğin sağlanması gerektiği söylenebilecektir.

³⁵ Hukukun teknolojik alandaki gelişmeleri eş zamanlı olarak takip etmesi güç olsa da bir işlevselliği olmayan ve uygulamayı kaosa dönüştüren normları sürdürmek normal bir durum olarak nitelenemeyecektir. PELEN, Sevda, “AB’de Kişisel Verilerin Üçüncü Ülke ve Uluslararası Kuruluşlara Aktarılması”, **BUHFD**, C. 16, S. 205, s. 1742.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA / REFERENCES

ALTINDAĞ, Halil, **Kişisel Verileri Koruma Kurulu Tarafından Verilen İdari Para Cezaları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

AŞIKOĞLU, Şehriban İpek / UZUN, Fatih Burak, “Kişisel Verilerin Yurt Dışına Aktarımının Açık Rızaya Dayandırılmasının Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Prof. Dr. Türkan Rado'nun Anısına Armağan**, İstanbul: On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2020, s. 921-968.

AVCI BRAUN, Cihan, “Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza”, **YÜHFD**, 2018/1, C. XV, s. 13-33.

AYDOĞDU, Yasin, “Mobil Uygulamalarda Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Yasal Olarak Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2022, C. XXVI, S. 1, s. 399-425.

BİNGÖL, F. İtr / KORUYAN, Kutun, “Kişisel Verilerin Yurtdışı Sunuculara Aktarılmasının Bilişim Sistemleri Çerçevesinde Türk ve Avrupa Hukuku Açısından İncelenmesi”, 3rd International Management Information Systems Conference, 6-08 Ekim 2016, s. 71: E.T. 16.10.2022. https://www.researchgate.net/publication/309243031_Kisisel_Verilerin_Yurt_Disi_Sunuculara_Aktarilmasinin_Bilisim_Sistemleri_Cercevesinde_Turk_Ve_Avrupa_Hukuku_Acisindan_Incelenmesi.

ÇELİKEL, Serdar, “Kişisel Verilerin İşlenmesinde, Açık Rıza Hukuka Uygunluk Nedeninin, 95/46 Sayılı Direktif ve GDPR'la Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Yıl 9, Sayı 17, s. 161-190.

ÇEKİN, Mesut Serdar, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, 2. Baskı, 12 Levha Yayınları, İstanbul, 2019.

DOĞAN, Buse, **Kişisel Verilerin İşlenme Şartları Bağlamında Açık Rıza**, İstanbul, 2019, s. 82.

DÜLGER, Murat Volkan, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**, 3. Baskı, Hukuk Akademisi, İstanbul, 2020.

DÜLGER, Murat Volkan / KAHRAMAN, Cansu Ceren, “KVKK'dan Kişisel Verilerin Yurt Dışına Aktarımında Önemli Bir Adım: Bağlayıcı Şirket Kuralları”, (Çevrimiçi)

<https://www.hukukihaber.net/kvkkdan-kisisel-verilerin-yurt-disina-aktariminda-onemli-bir-adim-baglayici-sirket-kurallari-makale,7685.html>, E.T. 16.10.2022.

ERASLAN, Sevgi, “Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Yurt Dışına Aktarılması Sorunu: Açık Rıza Kapsamında Bir Değerlendirme”, **KHM**, 2021, C. 1, S. 1, s. 82-115.

KÜZECİ, Elif, **Kişisel Verilerin Korunması**, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.

ÜNSAL ÖZDEN, Sevgi / UZ, İdil / KARAMUSTAFAOĞLU, Mert, “Kişisel Veri Aktarımı ve Bankacılık Kanunu Madde 73 Değişikliği”, **Kişisel Verileri Koruma Dergisi**, C. 3, S. 1, s. 17-40.

PELEN, Sevda, “AB’de Kişisel Verilerin Üçüncü Ülke ve Uluslararası Kuruluşlara Aktarılması”, **BUHFD**, C. 16, S. 205, s. 1711-1748.

SERTÇE, Nadin, **Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) Kapsamında AB Dışına Kişisel Veri Aktarımı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2022.

ŞEN, Deniz, **Kişisel Verilerin Yurt dışına Aktarılmasına İlişkin Yöntemler ve Hukuki Sebepler**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2021.

TELSAÇ, Melisa, **Kişisel Verilerin Yurt Dışına Aktarılmasında Bağlayıcı Şirket Kuralları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2022.

Uluslararası Hukuk Perspektifinden Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Konusundaki Bölgesel ve Küresel Düzenlemeler ile Yeni Çareler^(*)

Regional and Global Regulations and New Remedies on the Prevention of Violence Against Women from the Perspective of International Law

Ahmet ULUTAŞ^(**)

Öz:

Bu çalışmada, esas itibarıyla kadına karşı şiddetin önlenmesi konusundaki, bölgesel ve küresel uluslararası hukuk düzenlemeleri ele alınarak incelenmiştir. Bu yapılırken mesele bölgesel ve küresel perspektiften değerlendirilmiştir. Bu kapsamda, esas itibarıyla “*Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Amerikalılararası Sözleşme*” ele alınmıştır. Söz konusu Sözleşme, Amerikan Devletler Örgütü (OAS) bünyesinde hazırlanarak 9 Haziran 1994 tarihinde imzaya açılmış, 3 Mayıs 1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir (m.21). Sözleşme, bölgesel düzeyde kadına karşı şiddet konusunda hazırlanmış ilk Sözleşme niteliği taşımaktadır. Aşağıda ana hatları ve maddeleri itibarıyla getirdiği hükümler incelenen Sözleşme, anılan Örgüte üye olmayan devletlerin de katılımına da açıktır (m.17). Sözleşme toplam 5 Bölüm ve 25 maddeden oluşmaktadır. Buna göre, Sözleşmenin 1’inci Bölümü’nde Tanım ve Kapsam’a, 2’nci Bölümü’nde korunan haklara, 3’üncü Bölümü’nde Taraf Devletlerin görev ve sorumluluklarına, 4’üncü Bölümü’nde Amerikan Devletleri Koruma Mekanizmalarına ve son olarak 5’inci Bölüm’de ise genel hükümlere yer verilmiştir. Çalışma kapsamında ayrıca Türkiye’nin kadına karşı şiddet konusundaki ulusal mevzuatı ve uluslararası hukuk bakımından taraf olduğu sözleşmeler ile tanıdığı bireysel başvuru yollarına da işaret edilerek önümüzdeki dönemde bu alanda küresel düzeyde yapılabilecekler konusunda öneriler ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler:

Kadına Karşı Şiddet, Haklar, Ödevler, Yeni Çareler, Amerikan Devletler Örgütü.

^(*) **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 12.01.2023

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 23.01.2023

DOI: 10.58733/imhfd.1267374

Bu makaleye atf için: ULUTAŞ, Ahmet, “*Uluslararası Hukuk Perspektifinden Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Konusundaki Bölgesel ve Küresel Düzenlemeler ile Yeni Çareler*”, **İMİHFD**, C. 8, S. 1, 2023, s. 179-207.

^(**) Hâkim, Dr., Adalet Bakanlığı, Dış İlişkiler ve Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü / Ankara - Türkiye

E-posta: ahmetulutas1@gmail.com

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5529-3048>

Abstract:

In this study, essentially regional and global international law regulations on the prevention of violence against women, have been examined. While doing this, the issue has been evaluated from a regional and global perspective. In this context, the “*Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women*” has been discussed. The Convention was prepared within the Organization of American States (OAS) and opened for signature on 9 June 1994. It entered into force on 3 May 1995 in accordance with Article 21 of the Convention. The Convention in question is the first Convention on violence against women at the regional level. The Convention, evaluated below, is open to the participation of States that are not members of the said Organization (Article 17). The Convention consists of a total of 5 Chapters and 25 Articles. Accordingly, the Definition and Scope of the Covenant in Chapter 1, the rights protected in Chapter 2, the duties and responsibilities of States Parties in Chapter 3, the American States protection mechanisms in Chapter 4, and finally General provisions are included in Chapter 5. Also, within the scope of the study, Turkey’s national legislation on violence against women and girls, the conventions to which it is a party in terms of international law, and the individual application remedies it recognizes have been pointed out, and suggestions have been put forward on what can be done at the global level in the coming period.

Keywords:

Violence Against Women, Rights, Duties, New Remedies, Organization of American States.

GİRİŞ

Kadına yönelik şiddet, son derece karmaşık ve ciddiyetle ele alınması gereken bir olgudur. Şiddetin çok sayıda amacı olabilmekle birlikte genellikle baskın amacının, genel olarak kadının davranışlarını korkuya dayalı olarak kontrol etmek olduğu belirtilmektedir. Esasen dar anlamıyla kadına yönelik şiddet, kadının fiziksel, cinsel veya psikolojik olarak zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması kuvvetle muhtemel olan hareketler olarak kendini göstermektedir. Kadına yönelik şiddet, kadınların yaşama, sağlık ve beslenme, eğitim, kendini geliştirme, toplumsal ve ekonomik yaşama etkin katılım gibi temel insan haklarını ve özgürlüklerini ihlal eden önemli bir toplumsal sorun olarak kabul edilmektedir.¹

Kadına yönelik şiddet kavramı, Dünya Sağlık Örgütü tarafından “kadının bedensel bütünlüğüne sırf kadın olduğu için yapılan her türlü fiziksel, cinsel veya psikolojik müdahaleler sonucunda kadının zarar görmesi ve toplum içinde veya özel yaşamında kadına baskı uygulanarak özgürlüklerinin keyfi olarak kısıtlanması” şeklinde tanımlanmıştır.²

¹ AKKAŞ, İbrahim / UYANIK, Zeki, “Kadına Yönelik Şiddet”, *Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi SBE Dergisi*, 6 (1), 2016, (ss. 32-42), s. 37.

² EDİZ, Ayşe / ALTAN, Şenol, “Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddet Üzerine Bir Alan Araştırması”, *TBB Dergisi*, 2017 (özel sayı), (ss. 397-410), s. 400.

Esasen şiddet kelimesi sözlük anlamı itibarıyla “*Bir hareketin, bir gücün derecesi, yeğinlik, sertlik, kaba güç, bir hareketten doğan güç, duygu veya davranışta aşırılık*” olarak tanımlanmıştır.³

Öte yandan, Aytaç ve diğerlerine göre Anayasanın 17’nci maddesinde “*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz*” hükmü yer almaktadır. Buradan yola çıkarak kadına yönelik şiddet, mevcut anayasal hakkın ihlal edilmesi anlamına gelmektedir.⁴

Bu çalışmada, küresel bir mesele olan kadına yönelik şiddetin önlenmesi konusundaki, ulusal ve uluslararası boyutlarıyla ahdi durum ele alınarak incelenmiştir. Bu yapılrken mesele bölgesel ve küresel perspektiften ele alınarak incelenmiştir.

Öte yandan, bilhassa Kovid 19 salgınıyla birlikte küresel düzeyde arttığı belirtilen kadına karşı şiddet olayları karşısında, bu konuda müstakil ve spesifik olarak kadına karşı şiddet konusundaki önlem ve yaptırımları içeren bir belgeye her zamankinden daha fazla ihtiyaç duyulduğu akla gelmektedir.⁵

Bu kapsamda, öncelikle aşağıda kadına karşı şiddetin önlenmesi konusundaki bölgesel ve küresel düzeyde bugüne kadar kabul ve ilan edilen belli başlı

³ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 17.04.2022.

⁴ AYTAÇ, Serpil / ETEMAN, Fatma Sert / AYDIN, Gülşen Çetin / REÇBER, Bircan / SEZEN, Hayrettin Kemal, “Kadına Yönelik Şiddetin Dünü, Bugünü, Yarını: Kestirim Tabanlı Bir Araştırma”, **Sosyoloji Konferansları**, No: 54 (2016-2), (ss. 275-297), s. 284; <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/267920>, E.T. 17.04.2022; Türk hukuku bakımından, Anayasanın 15’inci maddesinde yer alan “*Madde 15 - Savaş, seferberlik (...) veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.*” düzenlemesi uyarınca temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanmasında milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler atıf yapılmış ve milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanabileceği hususu açıkça belirtilmiştir. Diğer bir deyişle, hukukumuz bakımından temel hak ve hürriyetlere milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerle aykırı bir kısıtlama getirilemeyecektir. Milletlerarası hukukun ne olduğu/hukuktan ne anlaşılması gerektiği hususunda ise BM Şartına ekli Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 38’inci maddesi yol gösterici nitelik taşımaktadır. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 382, 384.

⁵ Bu konuda daha geniş bilgi için Dünya Sağlık Örgütü tarafından hazırlanan ve 9 Mart 2021 tarihinde açıklanan “*Violence Against Women Prevalence Estimates, 2018*” isimli rapor için bkz. <https://www.who.int/publications/i/item/9789240022256>, E.T. 17.08.2022; Keza konuyla ilgili Avrupa Parlamentosunun 5 Mayıs 2022 tarihli ve “*European Parliament resolution of 5 May 2022 on the impact of the war against Ukraine on women (2022/2633(RSP))*” başlıklı kararı için bkz. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0206_EN.html, E.T. 22.08.2022.

uluslararası standartlar ortaya konulmuştur. Diğer bir deyişle, bu konuda küresel ve bölgesel enstrümanlar sınıflaması yapılmıştır. Devamla, Türk hukuku bakımından kadına karşı şiddetin önlenmesi konusundaki iç hukuktaki düzenleme ve tedbirlerinin yanı sıra taraf olunan uluslararası sözleşmeler çerçevesinde ahdi durum kısaca ortaya konulmuştur.

Çalışmamız bakımından önem taşıyan ve bölgesel ve küresel düzeyde kayda değer bir belge niteliğine sahip olan “*Kadınlara Yönelik Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Amerikalıların Uluslararası Sözleşme*” ise geniş bir şekilde ele alınmış ve getirdiği hükümler bakımından ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Daha sonra, konuyla ilgili hukuki teşhis ve küresel düzeyde düzenleme boşluğu tespiti yapılmıştır. Bu noktada, çalışmamızda küresel düzeyde geçerli olan ve kadına karşı şiddetin önlenmesi konusunda ayrıntılı ve spesifik hükümler taşıyan müstakil bir sözleşmeye veya ek protokole ihtiyaç duyulduğu tezinden hareketle konuya ilişkin değerlendirme ve önerilere yer verilmiştir.

I. KÜRESEL DÜZEYDEKİ ULUSLARARASI STANDARTLAR

Kadına karşı şiddetin önlenmesi konusundaki uluslararası standartlardan söz edilirken küresel düzeyde ilk akla gelen mekanizma Birleşmiş Milletlerdir (BM). Gerçekten de kuruluşu itibarıyla başat amaç olarak insan haklarının korunması amacıyla kurulmamış olsa da BM, zaman içinde insan hakları konusunda standart belirleme ve belirlediği bu standartların küresel düzeyde uygulanmasını takip etme konusunda önemli belge ve mekanizmaları ortaya koymuştur. BM'nin ele aldığımız konu bakımından önemli yönü ise yetkisinin küresel düzeyde geçerli olmasıdır. Dolayısıyla, ortaya konulan standartlar, belgeler ve mekanizmaların etkisi belirli bir bölge ile sınırlı olmayıp evrensel nitelik ve geçerlilik taşımaktadır. Bu kapsamda mesele incelendiğinde, BM'nin bugüne kadar, kadına karşı şiddetin önlenmesi, gerçekleşmesi halinde ise etkin yaptırımlara bağlanması konusunda bağlayıcı nitelik taşıyan ve taşımayan çok sayıda belge ve kararı ortaya koyduğu görülmektedir. Aşağıdaki bilgiler, BM resmi sayfasından alınarak hazırlanmış olup söz konusu belgeler şunlardır:⁶

- 1) Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi (Universal Declaration of Human Rights);

⁶ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <https://www.ohchr.org/en/issues/women/srwomen/pages/srwomenindex.aspx#:~:text=Ms.,from%20the%20University%20of%20Zagreb,E.T.08.04.2021.>

- 2) Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (International Covenant on Civil and Political Rights);
- 3) Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights);
- 4) Evlilik Rızası, Asgari Evlilik Yaşı ve Evliliklerin Kaydı Hakkında Sözleşme (Convention on Consent to Marriage, Minimum Age for Marriage and Registration of Marriages);
- 5) Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (Convention on the Elimination of All forms of Discrimination against Women);
- 6) Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokol (Optional Protocol to the Convention on the Elimination of Discrimination against Women);
- 7) Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, Kadına Karşı Şiddet Hakkındaki 19 No.lu Genel Tavsiye (Committee for the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW), General recommendation No. 19 (1992) on violence against women);⁷
- 8) Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, çatışma önleme, çatışma ve çatışma sonrası durumlarda kadınlar Hakkındaki 30 No.lu (2013) Genel Tavsiye (Committee for the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW), General recommendation No. 30 (2013) on women in conflict prevention, conflict and post-conflict situations);

⁷ *Demir*'e göre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) dinamizm ve etkinliğinin korunarak sürdürülebilmesi için Sözleşmeyi diğer ilgili uluslararası insan hakları belgeleri ve içtihadı ışığında yorumlamaktadır. AİHM, Sözleşmeyi yaşayan bir enstrüman olarak değerlendirir ve Sözleşmeyi yorumlarken, ortak değerlere ve uluslararası hukukta ortaya çıkmakta olan oydışmaya büyük önem verir. Mahkemenin, *Opuz v. Türkiye* kararında (2009), Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin yanı sıra Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin Kadına Karşı Şiddet Hakkındaki 19 No.lu Genel Tavsiyesini de ilgili uluslararası hukuk olarak kabul etmesi, insan hakları hukuku bakımından bir dönüm noktası teşkil etmiş ve kadına karşı şiddet konusunda yeni ve derinlikli bir analizi ortaya koymuştur. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. DEMİR, Ebru, "The European Court of Human Rights' Engagement with International Human Rights Instruments: Looking at the Cases of Domestic Violence", *The Age of Human Rights Journal*, 17 (December, 2021) (ss. 79-96), s. 79, 84; Keza AİHM yine *Opuz v. Türkiye* kararında, CEDAW'ın yanı sıra Belém Do Pará Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşmeler ile uluslararası yargısal ve hukuksal kurumların bağlayıcı olmayan (soft law) kararlarını da göz önüne alarak devletin kadını şiddete karşı korumada yetersiz kalmasını, kadının kanun önünde eşit korunma hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Articles 2, 3 and 14, Equal Access to Justice in the Case-Law of the European Court of Human Rights on Violence against Women, Research Division, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2015, s. 16; https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_equal_access_justice_violence_women_ENG.PDF, E.T. 20.08.2022.

- 9) Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, 19 No.lu Genel Tavsiyeyi Güncelleyen, kadına karşı cinsiyet temelli şiddete ilişkin 35 No.lu (2017) Genel Tavsiye (Committee for the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW), General recommendation No. 35 (2017) on gender-based violence against women, updating general recommendation No. 19);
- 10) Acil Durumlarda ve Silahlı Çatışmalarda Kadın ve Çocukların Korunmasına Dair Bildiri (Declaration on the Protection of Women and Children in Emergency and Armed Conflict);
- 11) Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Sözleşme'nin İnsan Ticareti, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticareti Ek Protokolü (Trafficking in persons, especially women and children Protocol to the Convention against Transnational Organized Crime);
- 12) İnsan Hakları ve İnsan Ticaretine İlişkin Tavsiye Edilen İlkeler ve Rehberler: E/2002/68/Add.1 (Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking: E/2002/68/Add.1);
- 13) İnsan Ticaretinin ve Başkalarının Fuhuş Yoluyla Sömürülmesinin Cezalandırılmasına Dair Sözleşme (Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others);
- 14) Kadına Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Bildirge (Declaration on the Elimination of Violence against Women)⁸;
- 15) Savaş Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi (Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War);
- 16) 12 Ağustos 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol ve Uluslararası Olmayan Silahlı Çatışmaların Mağdurlarının Korunmasına İlişkin Protokol (Protokol II) (Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, Protocol II).⁹

⁸ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. GEMALMAZ, Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Legal, İstanbul, 2010, s. 655; Ayrıca bkz. AMIRTHALINGAM, Kumaralingam, "Women's Rights, International Norms, and Domestic Violence: Asian Perspectives", (in Dianne OTTO (Ed.), **Gender Issues and Human Rights**, Volume III, Elgar Research Collection, 2013, (ss. 580-605)), s. 601; BM İnsan Hakları Komitesinin kadın erkek eşitliği hakkındaki Genel Yorumu (General Comment 4 (1981); Article 3. Assurance of equal Rights for men and women) dâhil Komitenin ilgili diğer Genel Yorumları listesi için bkz. TYAGI, Yogesh, **The UN Human Rights Committee**, Cambridge, 2011, s. 286.

⁹ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur, **İnsancıl Hukuka Giriş**, Beta, İstanbul, 4. Bası, 2019, s. 63-64.

Yukarıda açıklanan belge, bildirge, sözleşme ve ek protokollerin yanı sıra 25 Eylül 1969 tarihinde kurulan ve hâlihazırda dünya çapında 57 üyesi bulunan İslâm İşbirliği Teşkilatı (İİT) bünyesinde hazırlanan ve 5 Ağustos 1990 tarihinde benimsenen Kahire Deklarasyonu'nun 5/c maddesindeki: “*Devlet ve toplum, ailenin ve üyelerinin haklarının korunmasını, aile bağlarının güçlendirilmesini ve üyeleri arasındaki ilişkilerde özellikle kadınlara, çocuklara, engellilere ve yaşlılara karşı her türlü şiddet ve istismarın yasaklanmasını sağlar.*” hükmüyle kadına karşı şiddeti yasaklayan düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Her ne kadar, söz konusu Deklarasyon, uluslararası hukuk bakımından bir sözleşme olarak kabul edilip bağlayıcı nitelik taşımasa da, kadına karşı şiddeti yasaklayan sarih düzenleme içermesi ve devlete ve topluma bu yönde bir koruma sağlama yükümlülüğü öngörmesi bakımından önem taşımaktadır.¹⁰

Ayrıca, İslâm İşbirliği Teşkilatı (İİT) bünyesinde bir organizasyon olan “*İİT Kadın Kalkınma Örgütü Statüsü*”nün daha başlangıcında (Statute of the OIC Women Development Organization) yer alan giriş kısmında “*İslâmın kadınlara yüksek değer verdiği ve onların refahı ve korunmasının amaçlarından biri olduğuna inanarak*” (Believing that Islam holds women in high esteem and makes their welfare and protection one of its goals, preamble, para.2)” ibaresine yer verilmesinin önem taşıdığı ve örgüt amaçları bakımından daha baştan kadının refahı ve korunmasının altının çizilmesinin Örgüt faaliyetleri bakımından önemli bir unsur olacağı ve diğer kuruluşlar bakımından emsal teşkil edebileceği akla gelmektedir.¹¹

II. BÖLGESEL DÜZEYDEKİ ULUSLARARASI STANDARTLAR

Yukarıda kadına karşı şiddetin önlenmesi konusundaki küresel standartları belirleyen belli başlı sözleşme, ek protokol, karar ve bildirgelere yer verilmiştir. Bu başlık altında ise bölgesel düzeyde kabul ve ilan edilmiş uluslararası standartlardan belli başlı olanlarına aşağıda yer verilmektedir. Elbette burada yer

¹⁰ The Cairo Declaration of the Organization of Islamic Cooperation on Human Rights, Article 5/c: “The State and society shall ensure the protection of the rights of the family and its members, strengthening of the family ties, and the prohibition of all forms of violence or abuse in the relations among its members, particularly against women, children, persons with disabilities and the elderly.”. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. https://www.oic-oci.org/upload/pages/conventions/en/CDHRI_2021_ENG.pdf, E.T. 20.03.2022; Ayrıca bkz. DOST, Süleyman, “Uluslararası Bir İnsan Hakları Belgesi Olarak Arap İnsan Hakları Sözleşmesi”, *TAAD*, Y. 9, S. 35 (Temmuz 2018), s. 88; Bu konuda farklı bir görüş için bkz. ARMAĞAN, Servet, *İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 6. Baskı, Ankara, 2006, s. 30-31.

¹¹ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. https://www1.oic-oci.org/english/convention/Statue_of_the_oic_women_development_org_en.pdf, E.T. 20.03.2022.

verilen belgeler tüketici bir sayımın ürünü olarak kabul edilmemelidir. Buna göre, belli başlı bölgesel düzenlemeler şunlardır:

- 1) Kadına Yönelik Şiddet ve Ev içi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (The Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence);
- 2) Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı (African Charter on Human and Peoples' Rights);
- 3) Afrika'da Kadın Haklarına İlişkin İnsan ve Halkların Haklarına Dair Afrika Şartı Ek Protokolü (Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa, Maputo, Mozambique, 11 July 2003);
- 4) "Kadınlara Yönelik Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Amerikalılararası Sözleşme "Belém Do Pará Sözleşmesi" (Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women "Convention of Belém Do Pará").

Yukarıda maruz bölgesel sözleşmeler içinde kapsamı ve mahiyeti itibarıyla çalışmamız bakımından önem taşıyan "Kadınlara Yönelik Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Amerikalılararası Sözleşme", diğer adıyla "Belém Do Pará Sözleşmesi" aşağıda daha geniş bir şekilde ele alınarak incelenecektir.

III. BM KADINA KARŞI ŞİDDET, BUNUN NEDENLERİ VE SONUÇLARI ÖZEL RAPORTÖRÜ

A. Özel Raportörlük Görevinin İhdası

BM İnsan Hakları Komisyonu, 4 Mart 1994'te (karar 1994/45) nedenleri ve sonuçları dâhil olmak üzere kadına yönelik şiddetle ilgili bir Özel Raportör atamıştır (United Nations Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences). Özel Raportör, İnsan Hakları Konseyi'nin 1/102 sayılı kararı uyarınca, Mart 2006'dan bu yana BM İnsan Hakları Konseyi'ne rapor vermektedir. Söz konusu özel raportörlük görevinin süresi en son 2019 yılında 41/17 sayılı kararla yenilenmiştir.¹²

¹² Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <https://www.ohchr.org/en/issues/women/srwomen/pages/srwomenindex.aspx>, E.T. 11.06.2021.

B. Özel Raportörlük Görevinin İhdas Amacı ve Özel Raportör

Kadına yönelik şiddet her yerde kadınların hayatını mahvetmeye devam ederken, kadına yönelik şiddetin ortadan kaldırılmasına yönelik ilk bağımsız insan hakları mekanizması olarak Kadına Yönelik Şiddet, Bunun Nedenleri ve Sonuçları Özel Raportörü'nün görevlendirilmesi, küresel kadın hakları hareketi içinde önemli bir mihenk taşı olarak kabul edilmektedir. Bu görevin ihdasıyla esasen BM, kadına yönelik şiddeti sadece bir insan hakları ihlali olarak kabul etmekle kalmamış, aynı zamanda Özel Raportör'ü kadına yönelik şiddetin BM insan hakları çerçevesine ve mekanizmalarına entegre edilmesini sağlamakla görevlendirmiştir.¹³

Özel Raportör, başta Kadına Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi olmak üzere bu alandaki bölgesel ve küresel mekanizmalar ve sivil toplum kuruluşları ile yakın diyalog halinde çalışır. Bu kapsamda, 8 Kasım 2018 tarihinde Cenevre'de Özel Raportör, "CEDAW Komitesi ile İşbirliği Çerçevesi"ni (Framework of Cooperation between the CEDAW Committee and the Special Rapporteur on Violence against Women) imzalamıştır. Bu İşbirliği Çerçevesi isimli belgenin başlıca amaçları, hâlihazırda var olan işbirliğini güçlendirmek, cinsiyet temelli şiddetle mücadele edilmesi ve önlenmesi yoluyla kadınların haklarını ilerletmek, CEDAW'ın ve Komitenin 35 No.lu Tavsiyenin uygulanmasını desteklemek şeklinde belirtilmiştir.¹⁴

Hâlihazırda bu görevde bulunan Ms. Reem Alsalem (Ürdün), Ağustos 2021'den beri Kadına Yönelik Şiddet, Nedenleri ve Sonuçları konusunda BM Özel Raportörüdür.¹⁵

Özel Raportör Ms. Reem Alsalem, 18-27 Temmuz 2022 tarihleri arasında Türkiye'yi ziyaret etmiştir. Özel Raportör tarafından yapılan açıklamada, söz konusu ziyarete ilişkin nihai raporun Haziran 2023 tarihinde BM İnsan Hakları Konseyine sunulacağı belirtilmiştir.¹⁶

¹³ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <https://www.ohchr.org/en/issues/women/srwomen/pages/srwomenindex.aspx>, E.T. 11.06.2021.

¹⁴ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Framework of Cooperation between the CEDAW Committee and the Special Rapporteur on Violence against Women; https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_SUS_8787_E.pdf, E.T. 05.06.2022.

¹⁵ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-violence-against-women>, E.T. 20.03.2022.

¹⁶ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. UN expert to visit Türkiye to assess violence against women; <https://www.ohchr.org/en/media-advisories/2022/07/un-expert-visit-turkiye-assess-violence-against-women>, E.T. 17.08.2022.

IV. KADINLARA YÖNELİK ŞİDDETİN ÖNLENMESİ, CEZALANDIRILMASI VE ORTADAN KALDIRILMASINA DAİR AMERİKALILARARASI SÖZLEŞME HÜKÜMLERİNİN İNCELENMESİ

Yukarıda belirtildiği gibi Amerikan Devletler Örgütü bünyesinde hazırlanarak 09.06.1994 tarihinde imzaya açılan ve bu alanda dünyada ilk bağlayıcı uluslararası Sözleşme niteliği taşıdığı kabul edilen “Kadınlara Yönelik Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılmasına Dair Amerikalılararası Sözleşme” toplam 25 maddeden oluşmaktadır. Hâlihazırda söz konusu Sözleşmeye 32 devlet taraf bulunmaktadır. Sözleşmeye ilişkin resmi internet sayfasının incelenmesinden, Sözleşmeye ABD ve Kanada’nın taraf olmadıkları anlaşılmıştır. Sözleşme, 21’inci maddesi uyarınca, ikinci onay belgesinin tevdiini takip eden 30’uncu gün olan 03.05.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir.¹⁷

- Kadınlara Yönelik Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılmasına Dair Amerikalı Devletler Sözleşmesi’nin (Belém do Pará Sözleşmesi) Başlangıç Bölümünde işbu Sözleşme’ye Taraf Devletlerin;
- İnsan haklarına tam saygının, Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde güvence altına alındığını ve diğer uluslararası ve bölgesel belgelerde yeniden tasdik edildiğini kabul ederek;
- Kadınlara yönelik şiddetin, kadınların insan hak ve temel özgürlüklerine karşı bir ihlâl teşkil ettiğini ve bu hak ve özgürlüklerin gözetilmesini, kullanımını ve bunlardan yararlanılmasını olumsuz etkilediğini veya geçersiz kıldığını ileri sürerek;
- Kadınlara yönelik şiddetin, insan onuruna karşı bir suç ve kadınlarla erkekler arasında tarih boyunca süregelen eşitsiz güç ilişkilerinin bir tezahürü olmasından endişe duyarak;
- Amerikalı Devletler Kadın Komisyonu’nun Yirmibeşinci Delegeler Kurulu’nca kabul edilen, Kadınlara Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılması Bildirgesi’ni hatırlatarak ve kadınlara yönelik şiddetin, sınıf, ırk veya etnik

¹⁷ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/a-61.html>, E.T. 20.03.2022; Ayrıca bkz. ÖNCÜ, Gülay ARSLAN, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Kadına Karşı Aile İçi Şiddet Olgusu ve Bununla Mücadele Araçları”, **Public and Private International Law Bulletin**, Vol. 32, Iss. 2, (ss. 1-37), s. 6-7; ÖZKAN, Gizem, “Kadına Yönelik Şiddet - Aile İçi Şiddet ve Konuya İlişkin Uluslararası Metinler Üzerine Bir İnceleme”, **Hacettepe HFD**, 7(1), 2017, (ss. 533-564), s. 558; RUBINSTEIN, Helen, *Time for a Change: The Need for a Binding International Treaty on Violence Against Women*, s. 34; https://globalrightsforwomen.org/wp-content/uploads/2018/11/Time_for_a_Change.pdf, E.T. 28.05.2022.

grup, gelir, kültür, eğitim seviyesi, yaş veya din gözetmeksizin toplumun her kesimine yayıldığını ve toplumu en temelinden sarstığını bildirerek;

- Kadınlara yönelik şiddetin ortadan kaldırılmasının, kadınların bireysel ve toplumsal gelişimleri ve toplumun her kesimine tam ve eşit katılımları açısından zarurî olduğuna inanarak; ve
- Amerikan Devletler Örgütü çerçevesinde kadınlara yönelik şiddetin tüm biçimlerinin önlenmesi, cezalandırılması ve ortadan kaldırılmasına dair bir sözleşme kabul edilmesinin, kadınların haklarının korunması ve onlara yönelik şiddetin ortadan kaldırılması hususunda olumlu bir katkı teşkil ettiğine kâni olarak; takip eden maddelerde mutabık kalmış oldukları belirtilmektedir.

Sözleşmenin “Tanım ve Uygulama Kapsamı” başlıklı 1’inci Bölümü’nde 2 madde yer almaktadır. Buna göre, Sözleşmenin 1’inci maddesinde, işbu Sözleşme’nin amaçlarına uygun olarak, kadınlara yönelik şiddet, ister kamusal isterse özel alanda olsun, kadınların ölmesine ya da fiziksel, cinsel veya psikolojik açıdan zarar görmesine ya da acı çekmesine sebebiyet veren, cinsiyete dayalı her tür eylem veya davranış olarak anlaşılacaktır.

Sözleşme’nin 2’nci maddesi uyarınca kadınlara yönelik şiddetin:

- a) fail kadınla aynı evi paylaşıyor veya paylaşmış olsun ya da olmasın, aile veya ailevi bir grup ya da kişilerarası diğer herhangi bir ilişki içerisinde vuku bulan ve diğerlerinin yanı sıra, tecavüz, darp ve cinsel istismar içeren;
- b) toplum içerisinde vuku bulan ve herhangi bir kişi tarafından işlenen, diğerlerinin yanı sıra, iş yerinde ve aynı zamanda eğitim kurumlarında, sağlık tesislerinde veya başka herhangi bir yerde tecavüz, cinsel istismar, işkence, insan kaçakçılığı, zorla fuhuş, adam kaçırma ve cinsel taciz içeren;
- c) vuku bulduğu yerin herhangi bir önemi olmaksızın, devlet veya devlet görevlilerince işlenen veya görmezden gelinen;

fiziksel, cinsel ve psikolojik şiddeti içerdiği kabul edilecektir.

Sözleşmenin “Korunan Haklar” başlıklı 2’nci Bölümü’nde ise toplam 4 madde yer almaktadır. Buna göre, Sözleşme’nin 3’üncü maddesi uyarınca, her kadın, gerek kamusal gerekse özel alanda şiddetten uzak olma hakkına sahiptir.

Sözleşmenin 4’üncü maddesi uyarınca, her kadın, insan haklarına ilişkin bölgesel ve uluslararası belgelerde somutlaştırılan (vücut bulan) tüm insan hak

ve özgürlüklerinin tanınması, bunlardan yararlanılması, kullanılması ve korunması hakkına sahiptir. Bu haklar, diğerlerinin yanı sıra şunları içerir:

- a) hayatına saygı gösterilmesi hakkı;
- b) fiziksel, ruhsal ve manevî bütünlüğüne saygı gösterilmesi hakkı;
- c) kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı;
- d) işkenceye maruz kalmama hakkı;
- e) kişinin doğuştan gelen onuruna saygı gösterilmesi ve ailesinin korunması hakkı;
- f) yasalar önünde ve yasalar tarafından eşit korunma hakkı;
- g) haklarını ihlâl eden eylemler karşısında koruma sağlanması amacıyla yetkili bir mahkemeye basit ve ivedi şekilde başvuru hakkı;
- h) serbestçe toplanma hakkı;
- i) yasalar çerçevesinde dinini ve inançlarını açıkça ifade etme hakkı; ve
- j) ülkesinde kamu hizmetine eşit erişim ve karar alma süreci dâhil olmak üzere kamu işlerinin yürütülmesinde yer alma hakkı.

Sözleşmenin 5'inci maddesi uyarınca, her kadın; medenî, siyasî, ekonomik, sosyal ve kültürel haklarını serbestçe ve tam olarak kullanma hakkına sahiptir ve insan haklarına ilişkin bölgesel ve uluslararası belgelerde somutlaştırılan bu hakların tam olarak korunduğuna istinat edebilir. Taraf Devletler, kadınlara yönelik şiddetin, bu hakların kullanımını engellediğini ve geçersiz kıldığını kabul eder.

Sözleşmenin 6'ncı maddesi uyarınca, her kadının şiddetten uzak olma hakkı, diğerlerinin yanı sıra şunları içerir:

- a) Kadınların, ayrımcılığın tüm biçimlerinden uzak olma hakkı; ve
- b) Kadınların, aşağılama veya boyun eğdirme düşüncesine dayalı basmakalıp davranış biçimlerinden ve sosyal ve kültürel uygulamalardan uzak şekilde değer ve eğitim görme hakkı.

Sözleşme'nin "Devletlerin Görevleri" başlıklı 3'üncü Bölümü'nde toplam 3 madde bulunmaktadır. Buna göre, Sözleşmenin 7'nci maddesi uyarınca, Taraf Devletler kadınlara yönelik şiddetin tüm biçimlerini kınar ve uygun olan tüm araçlarla ve gecikmeksizin, bu tür şiddeti önlemeye, cezalandırmaya ve ortadan

kaldırmaya yönelik politikalar izlemeyi kabul ve şunları gerçekleştirmeyi taahhüt eder:

- a) kadınlara yönelik herhangi bir şiddet eyleminde veya uygulamasında bulunmaktan kaçınmak ve makamlarının, yetkililerinin, personelinin, temsilcilerinin ve kurumlarının bu yükümlülüğe uygun şekilde hareket etmesini temin etmek;
- b) kadınlara yönelik şiddeti engellemek, soruşturmak ve cezalandırmak için gerekli özeni göstermek;
- c) iç mevzuatlarına, kadınlara yönelik şiddetin engellenmesi, cezalandırılması ve ortadan kaldırılması için gerek duyulabilecek cezaî, hukukî, idarî ve diğer her tür hükmü eklemek ve gereken hallerde uygun idarî tedbirleri almak;
- d) faili, söz konusu kadını taciz etmekten, sindirmekten veya tehdit etmekten, ya da kadının yaşamını veya bütünlüğünü zedeleyen veya tehlikeye atan veya malına zarar veren herhangi bir yönteme başvurmaktan kaçınmaya mecbur etmek üzere yasal tedbirler almak;
- e) mevcut yasa ve düzenlemeleri değiştirmek veya yürürlükten kaldırmak ya da kadınlara yönelik şiddetin devam etmesini ve hoşgörülmesini sağlayan yasal veya mutlak uygulamaları değiştirmek üzere, yasal tedbirler dâhil olmak üzere gerekli tüm tedbirleri almak;
- f) şiddete maruz kalmış kadınlara yönelik olarak, diğerlerinin yanı sıra, koruyucu tedbirler, zamanında duruşma yapılması ve bu tür işlemlere etkin erişim dâhil olmak üzere, adil ve etkin yasal usuller tesis etmek;
- g) şiddete maruz kalan kadınların iade, tazminat veya diğer adil ve etkin hukuk yollarına erişimi olmasını temin etmek üzere, gerekli hukukî ve idarî mekanizmaları tesis etmek;
- h) işbu Sözleşme'ye yürürlük kazandırmak için gerekli olabilecek bu tür yasal veya diğer tedbirleri almak.

Sözleşmenin 8'inci maddesi uyarınca, Taraf Devletler;

- a) kadınların şiddetten uzak olma hakkı ve kadınların insan haklarına saygı gösterilmesi ve bu haklarının korunması hakkı konusundaki farkındalığı ve bu hakların gözetilmesini teşvik etmeye;
- b) eğitim sürecinin her seviyesine uygun örgün ve yaygın eğitim programlarının geliştirilmesi dâhil olmak üzere, toplumsal ve kültürel kadın erkek dav-

ranış biçimlerini değiştirmeye; cinsiyetlerden birinin aşağı veya üstün olduğu düşüncesine veya kadınlara yönelik şiddeti meşru kılan veya arttıran basmakalıp kadın erkek rollerine dayalı önyargı, gelenek ve tüm diğer uygulamalara karşı mücadele vermeye;

- c) adalet yönetiminde yer alan tüm insanlar, polis ve diğer kolluk görevlileri ve bunun yanı sıra kadınlara yönelik şiddetin önlenmesi, cezalandırılması ve ortadan kaldırılmasına yönelik politikaları uygulamaktan sorumlu diğer personelin eğitim ve öğretimini ilerletmeye;
- d) kamu ve özel sektör kuruluşları aracılığıyla, sığınma evleri, uygun olan hallerde zorluk yaşayan aile fertlerine danışmanlık hizmetleri, etkilenen çocuklara bakım ve koruma dâhil olmak üzere, şiddete maruz kalan kadınlara yönelik uygun uzmanlık hizmetlerinin sağlanmasına;
- e) kadınlara yönelik şiddet sorunları ve bu sorunlara yönelik çözüm yolları ile ilgili olarak kamuoyunda farkındalık oluşturmak üzere tasarlanmış devlet ve özel sektör eğitimini arttırmaya ve desteklemeye;
- f) kamusal, özel ve toplumsal hayata tam katılımlarına imkân sağlamak için, şiddete maruz kalan kadınlara, etkili yeniden adaptasyon ve eğitim programlarına erişim olanağı sağlamaya;
- g) tüm biçimleriyle kadınlara yönelik şiddetin ortadan kaldırılmasına katkıda bulunmak ve kadın onuruna saygıyı arttırmak amacıyla, uygun medya ilkelerini geliştirmeleri konusunda iletişim araçlarını teşvik etmeye;
- h) kadınlara yönelik şiddeti önlemeye, cezalandırmaya ve ortadan kaldırmaya yönelik tedbirlerin etkinliğini değerlendirmek ve gerekli değişiklikleri hazırlamak ve uygulamak amacıyla, kadınlara yönelik şiddetin sebepleri, sonuçları ve sıklığı konusunda araştırma yapılmasını, istatistik ve ilgili diğer bilgilerin toplanmasını temin etmeye; ve
- i) bilgi ve deneyim alışverişinde bulunulması ve şiddete maruz kalan kadınları koruma amaçlı programlar yürütülmesi için, uluslararası işbirliğinin geliştirilmesine,

yönelik programlar dâhil olmak üzere, kademeli olarak özel tedbirler alınması kabul ederler.

Sözleşmenin 9'uncu maddesi uyarınca, işbu Bölüm'de yer alan tedbirlerin kabul edilmesi hususunda, Taraf Devletler, kadınların, diğerlerinin yanı sıra, ırkları veya etnik kökenleri veya göçmen, mülteci ya da yerinden edilmiş kişiler

olarak statüleri sebebiyle şiddete uğrama ihtimalini özel olarak dikkate alacaklardır. Benzer özen, gebeliği esnasında veya engelli, onsekiz yaşın altında, yaşlı, sosyoekonomik açıdan yoksun, silahlı çatışmadan etkilenmiş veya özgürlüğünden yoksun olup şiddete maruz kalan kadınlara da gösterilecektir.

Sözleşme'nin "Amerikalı Devletler Koruma Mekanizmaları" başlıklı 4'üncü Bölümü'nde toplam 3 madde bulunmaktadır.

Bu Bölümde yer alan ilk madde olan Sözleşmenin 10'uncu maddesi uyarınca, her kadının şiddetten uzak kalma hakkını korumak için, Taraf Devletler, Amerikalı Devletler Kadın Komisyonu'na verecekleri ülke raporlarına, kadınlara yönelik şiddeti önlemek ve yasaklamak ve de şiddetten etkilenen kadınlara destek olmak amacıyla kabul edilen tedbirler ve bunun yanı sıra bu tedbirlerin uygulanması sırasında gözlemledikleri her tür güçlük ve kadınlara yönelik şiddete sebep olan etkenler hakkında bilgi ekleyeceklerdir.

Sözleşmenin 11'inci maddesi uyarınca, işbu Sözleşme'ye Taraf Devletler ve Amerikalı Devletler Kadın Komisyonu¹⁸, Amerikalı Devletler İnsan Hakları Mahkemesi'nden işbu Sözleşme'nin yorumlanması konusunda istişarî görüş talep edebilirler. Gerçekten de, Amerikalı Devletler İnsan Hakları Mahkemesi'nin diğer sözleşmeleri yorumlama konusundaki yargı yetkisinin, Amerikan Devletler Örgütü bünyesinde akdedilen diğer insan hakları sözleşmelerini de kapsayabileceği belirtilmektedir. Esasen Sözleşmenin istişarî görüş talebine cevaz veren söz konusu hükmü de bu hususa işaret etmektedir.¹⁹

Sözleşmenin 12'nci maddesi uyarınca, Örgüt'ün üye devletlerinden bir veya daha fazlasında hukuken tanınmış herhangi bir kişi, kişi grubu veya sivil toplum kuruluşu, Amerikalı Devletler İnsan Hakları Komisyonu'na, işbu Sözleşme'nin 7'nci maddesinin bir Taraf Devlet tarafından ihlâl edildiğini bildiren ihbarlar veya şikâyetler içeren başvurularda bulunabilir; ve Komisyon, bu tür iddiaları, başvuruda bulunulması ve başvuruların değerlendirilmesi konusunda Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve Amerikalı Devletler İnsan Hakları Komisyonu Statüleri ve Tüzükleri ile belirlenen norm ve usuller doğrultusunda değerlendirecektir.

Sözleşme'nin "Genel Hükümler" başlıklı 5'inci ve son Bölümü'nde toplam 13 madde bulunmaktadır.

¹⁸ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <https://www.oas.org/en/CIM/about.asp>, E.T. 03.04.2022.

¹⁹ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. PASQUALUCCI, Jo M., **The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights**, Cambridge, 2013, s. 56; HENRIKSEN, Anders, **International Law**, Oxford, 2019, s. 179; BOZKURT, Enver / KANAT, Selim / BEKTAŞ, Sezercan, **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku**, Legem, Ankara, 2020, s. 148-149.

Buna göre, Sözleşmenin 13'üncü maddesi uyarınca, işbu Sözleşme'nin hiçbir kısmı, kadın hakları konusunda eşit veya daha fazla koruma ve teminat ve de kadınlara yönelik şiddeti önlemeye ve ortadan kaldırmaya yönelik uygun güvenceler sağlayan herhangi bir Taraf Devlet'in iç hukukunu kısıtladığı veya sınırladığı şeklinde anlaşılmayacaktır.

Sözleşmenin 14'üncü maddesi uyarınca, işbu Sözleşme'nin hiçbir kısmı, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'ni veya konuyla ilgili olarak bu alanda eşit veya daha fazla koruma sağlayan diğer herhangi bir uluslararası sözleşmeyi kısıtladığı veya sınırladığı şeklinde anlaşılmayacaktır.

Sözleşmenin 15'inci maddesi uyarınca, işbu Sözleşme, Amerikan Devletler Örgütü'nün tüm üye devletlerinin imzasına açıktır.

Sözleşmenin 16'ncı maddesi uyarınca, işbu Sözleşme, onaya tâbidir. Onay belgeleri, Amerikan Devletler Örgütü Genel Sekreterliği'ne tevdi edilecektir.

Sözleşmenin önem taşıyan ve burada zikredilmesi gereken maddelerinden birisi olan 17'nci maddesi uyarınca, işbu Sözleşme, tüm diğer devletlerin katılımına açıktır. Katılım belgeleri, Amerikan Devletler Örgütü Genel Sekreterliği'ne tevdi edilecektir.

Sözleşmenin 18'inci maddesi uyarınca, herhangi bir devlet, kabul, imza, onay veya katılım esnasında, söz konusu çekincelerin:

- a) Sözleşme'nin konu ve amacına aykırı olmaması ve
- b) genel nitelikte ve belli bir veya birden çok hükümle ilgili olmaması kaydıyla, işbu Sözleşme'ye çekinceler koyabilir.

Sözleşmenin 19'uncu maddesi uyarınca, herhangi bir Taraf Devlet, işbu Sözleşme'de değişiklik yapılması için, Amerikalı Devletler Kadın Komisyonu aracılığıyla Genel Kurul'a teklifler sunabilir. Değişiklikler, onaylayan devletler açısından, işbu Sözleşme'ye Taraf Devletlerin üçte ikisinin kendi onay belgelerini tevdi ettikleri tarihte yürürlüğe girecektir. Diğer Taraf Devletler ile ilgili olarak, değişiklikler bu devletlerin kendi onay belgelerini tevdi ettikleri tarihlerde yürürlüğe girecektir.

Sözleşmenin 20'nci maddesi uyarınca, bir Taraf Devlet'in, işbu Sözleşme'de ele alınan konuların farklı hukuk sistemleri ile düzenlendiği iki veya daha fazla bölge birimine sahip olması durumunda, söz konusu devlet, imza, onay veya katılım esnasında, işbu Sözleşme'nin tüm bölge birimlerini veya bölge birimlerinden yalnızca bir veya birkaçını kapsayacağını beyan edebilir.

Bu tür bir beyan, işbu Sözleşme'nin uygulandığı bölge birim veya birimlerini açıkça belirten müteakip beyanlar yoluyla, herhangi bir zamanda değiştirilebilir. Bu tür müteakip beyanlar, Amerikan Devletler Örgütü Genel Sekreterliği'ne iletilecek ve karşı tarafa ulaştığı tarihten otuz gün sonra yürürlüğe girecektir.

Sözleşmenin 21'inci maddesi uyarınca, işbu Sözleşme, ikinci onay belgesinin tevdi edildiği tarihi müteakip otuzuncu günde yürürlüğe girecektir. İkinci onay belgesinin tevdi edilmesinin ardından Sözleşme'yi onaylayan veya Sözleşme'ye katılan her devlet için, söz konusu devletin onay veya katılım belgesini tevdi ettiği tarihten otuz gün sonra yürürlüğe girecektir.

Sözleşmenin 22'nci maddesi uyarınca, Genel Sekreter, Amerikan Devletler Örgütü'nün tüm üye devletlerini, işbu Sözleşme'nin yürürlüğe girişi hususunda bilgilendirecektir.

Sözleşmenin 23'üncü maddesi uyarınca, Amerikan Devletler Örgütü Genel Sekreteri, Örgüt'ün üye devletlerine, işbu Sözleşme'nin statüsü ile ilgili olarak, imzaları, onay ve katılım belgelerinin tevdi, beyanları ve gerekirse beraberinde konuyla ilgili bir rapor ile birlikte Taraf Devletlerce sunulmuş olabilecek her tür çekinceyi içeren bir yıllık rapor sunacaktır.

Sözleşmenin 24'üncü maddesi uyarınca, işbu Sözleşme, süresiz olarak yürürlükte kalacaktır; ancak Taraf Devletlerden herhangi biri, Amerikan Devletler Örgütü Genel Sekreterliği'ne bu hususta bir belge tevdi etmek suretiyle Sözleşme'yi feshedebilir. Fesih belgesinin tevdi edildiği tarihten bir sene sonra, işbu Sözleşme fesheden devlet açısından yürürlükten kalkacak; ancak kalan Taraf Devletler açısından yürürlükte kalacaktır.

Sözleşmenin 25'inci maddesi uyarınca, İngilizce, Fransızca, Portekizce ve İspanyolca dillerindeki metinleri eşit derecede geçerli olan işbu Sözleşme'nin özgün belgesi, Amerikan Devletler Örgütü Genel Sekreterliği'ne tevdi edilecek; Genel Sekreterlik, tasdikli bir nüshayı Birleşmiş Milletler Şartı'nın 102'nci madde hükümleri uyarınca kütüğe işlenmesi ve yayımlanması için Birleşmiş Milletler Sekreterliği'ne gönderecektir.

Yukarıdaki hususlar muvacehesinde, bu hususta hükümetleri tarafından gerçekleştirilmiştir, aşağıda imzası bulunan Tam Yetkili Temsilciler, Kadınlara Yönelik Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılmasına Dair Amerikalı Devletler Sözleşmesi ("Belém do Pará Sözleşmesi") olarak adlandırılacak olan işbu Sözleşme'yi imzalamışlardır. Bin dokuz yüz doksan dört yılı Haziran ayının dokuzuncu gününde, Brezilya'nın Belem Do Para Şehrinde düzenlenmiştir.

Çalışmamızda bu başlık altında ele alınan madde içeriklerinden de anlaşıldığı üzere söz konusu Sözleşme getirdiği kapsamlı düzenlemelerle kadına karşı şiddetin tüm yönleriyle ele alınarak önlenmesi amacıyla taraf devletlere sarih yükümlülükler öngörmesi bakımından önem taşımaktadır. Söz konusu Sözleşme hükümlerinin taraf devletlerce iç hukuktaki uygulamalarını izleme görevi ise 2004 yılında oluşturulan mekanizmanın (Follow-up Mechanism to the Belém do Pará Convention (MESECVI) temeli olan Uzmanlar Komitesi tarafından yerine getirilmektedir.²⁰

Esasen Uzmanlar Komitesi, MESECVI'nin teknik kısmıdır. Uzmanlar Komitesi, Sözleşmenin uygulanmasının analizinden ve değerlendirilmesinden sorumludur. Taraf Devletlerin her biri tarafından atanan ve MESECVI'de kendi adlarına ve atayan taraf devletten müstakil olarak görev yapan bağımsız Uzmanlardan oluşur. Uzmanlar Komitesinin sorumlulukları şunları içerir:

- Belém do Pará Sözleşmesi'nin uygulanmasına ilişkin sualnamenin hazırlanması ve dağıtılması,
- Taraf Devletin yanıtlarını değerlendirmek ve Sözleşmenin uygulanmasını güçlendirmek için tavsiyeler oluşturmak,
- Ulusal ve yarı küresel raporların üretilmesi,

Belém do Pará Sözleşmesinin uygulanmasını ölçmek için göstergelerin belirlenmesi ve dağıtılması,

- Takip raporunun (follow-up report) üretilmesi.²¹

Ulusal raporların değerlendirilmesinde ve tavsiyelerin oluşturulmasında, Komite kendi bünyesinde oluşturduğu çalışma grupları halinde çalışır. Hiçbir Uzman kendi Taraf Devletinin değerlendirmesine katılmasa da, tüm Uzmanların anketlere verilen Devlet yanıtlarına erişimi vardır.²²

V. TÜRKİYE'NİN ULUSLARARASI TAAHHÜTLERİ VE ULUSLARARASI HUKUK BAKIMINDAN AHDİ DURUM

Türkiye, kadın hakları bakımından küresel düzeyde önem taşıyan “*Kadına Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi*” ve Eki Proto-

²⁰ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <https://www.oas.org/en/mesecevi/about.asp>, E.T. 03.04.2022.

²¹ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <https://www.oas.org/en/mesecevi/experts.asp>, E.T. 03.04.2022.

²² Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <https://www.oas.org/en/mesecevi/Experts.asp>, E.T. 20.03.2022.

kolüne taraf olup Sözleşmeye Ek Protokolün 8 ve 9’uncu maddelerinde düzenlenen “*soruşturma prosedürü*” konusunda Komitenin yetkisini kabul etmiştir.²³

Ayrıca Türkiye, Birleşmiş Milletlerin ikiz sözleşmeleri olarak bilinen “*Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme*” ile “*Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme*”ye taraftır. Anılan ve uluslararası hukuk bakımından bağlayıcı nitelik taşıdığı kabul edilen Sözleşmelerde yer alan ve insan onurunu koruma ve garanti altına almayı hedefleyen bilhassa eşit muamele emri ile ayrımcılık yasağını düzenleyen hükümler de konumuz bakımından önem taşımaktadır.²⁴

Türkiye, insan hakları konusunda ihdas edilmiş denetim mekanizmalarından olan 5 BM Komitesine (Kadına Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi dâhil) ülkesinden bireysel başvuru imkânını kabul etmiştir.²⁵

Keza iç hukukumuz bakımından önem taşıyan ve kapsamlı düzenlemeler içeren Kanun ise 08.03.2012 tarihinde kabul edilen ve Resmî Gazete’nin 20.03.2012 tarihli ve 28239 sayılı nüshasında yayınlanan 6284 sayılı “*Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun*”dur. Söz konusu Kanunun amacı, “*Amaç, kapsam ve temel ilkeler*” başlığını taşıyan 1’inci maddesinde “*Bu Kanunun amacı; şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocuklarının, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.*” şeklinde belirtilmiştir (6284, m.1/1).²⁶

²³ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=179&Lang=EN, E.T. 11.06.2021; Söz konusu Sözleşmenin getirdiği düzenlemelerin Türk hukuku bakımından kapsamlı değerlendirmesi için bkz. ÇELİKEL, Aysel, “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Hakkında Sözleşme ve Türkiye’nin Koyduğu Çekinceler”, *MHB*, Y. 10, S. 1-2, 1990, (ss. 59-64).

²⁴ *Öktem*’e göre 1966 tarihli Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin hazırlık çalışmaları, Sözleşmenin taraf olmayan devletleri de bağlaması yönünde taraf devletlerin bir niyeti bulunduğu dair bir husus içermektedir. Ancak, pek çok BM kararı, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesine, evrensel düzeyde geçerli insan hakları normlarının ifadesi olarak gönderme yapmış ve Sözleşmeye katılımı teşvik etmiştir. Bu itibarla, Sözleşmenin çok güçlü bir hukuki ikna edicilik taşıdığı noktasında şüphe yoktur. ABD Yüksek Mahkemesi, *Hamdan v. Rumsfeld* davasında, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesine, uluslararası teamül hukukunun ispat aracı olarak gönderme yapmıştır. *Filartiga Pena-Irala*’ya karşı davasında bir ABD mahkemesi, işkence yasağının uluslararası teamül hukuku niteliğinin delilleri arasında Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesini zikretmiştir. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. ÖKTEM, Emre, **Uluslararası Teamül Hukuku**, Beta, İstanbul, 2013, s. 286-287; Ayrıca ilave bilgi için bkz. KALABALIK, Halil, **İnsan Hakları Hukukuna Giriş**, Seçkin, Ankara, 2. Baskı, 2019, s. 154-155.

²⁵ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=179&Lang=EN, E.T. 11.06.2021.

²⁶ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6284.pdf>, E.T. 03.04.2022.

Türkiye’de son dönemde suç mağdurlarının bilhassa da kırılgan gruplarda yer alan suç mağdurlarının korunması konusundaki önlemler artırılmış ve Adalet Bakanlığı bünyesinde suç mağdurlarının korunması amacıyla “*Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı*” kurulmuş olup yurt dışında teşkilatlanmaktadır.²⁷

Adalet Bakanlığınca yayınlanan 17.12.2019 tarihli ve 154/1 sayılı Genelge ile Aile içi şiddet ve kadına yönelik şiddet suçlarının soruşturmaları ile 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun kapsamında verilen önleyici ve koruyucu tedbir kararlarının uygulanması sırasında ortaya çıkan sorunların giderilmesi ve yol gösterici olması amacıyla, 20/02/2015 tarihli ve 154 sayılı “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Uygulanması” konulu Genelge güncellenmiştir. Söz konusu Genelgeyle kadına karşı şiddet ile mücadelede daha etkili olunması amacıyla kanun uygulayıcılara yardımcı olunması amaçlanmış ve konuyla ilgili ayrıntılı açıklama ve bilgilere yer verilmiştir.²⁸

Bu konuda en son olarak Türkiye, 01.07.2021 tarihinde, şiddete sıfır tolerans ilkesiyle hazırlanan “*Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele IV. Ulusal Eylem Planı (2021-2025)*”nı kamuoyuna açıklamıştır. Kapsadığı 2021-2025 yılları için önemli bir makro politika belgesi ve gerçekleştirilecek çalışmalar bakımından adeta bir yol haritası niteliği taşıyan Eylem Planı, kadına karşı şiddetin küresel bir olgu olduğu tespitinden hareketle (s.12) kapsamlı amaç, hedef ve stratejiler içermektedir (5 Ana Hedef, 28 Strateji ve 227 Faaliyet).²⁹

Öte yandan, 210 sayılı “*Kadına yönelik şiddet ve ev içi şiddetin önlenmesi ve bunlarla mücadeleye ilişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi*” 11.05.2011 tarihinde imzaya açılmıştır. Söz konusu Sözleşme, 8’i üye devlet olmak üzere 10 onay koşulunun yerine getirilmesini müteakip 01.08.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Hâlihazırda Sözleşmeye 35 devlet taraf bulunmaktadır. Türkiye, söz konusu Sözleşmeyi 11.05.2011 tarihinde imzalamış ve 01.08.2014 tarihi itibarıyla taraf olmuş, 01.07.2021 tarihinden geçerli olmak üzere Sözleşmeden çekilmiştir.³⁰

²⁷ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <https://magdur.adalet.gov.tr/>, E.T. 11.06.2021.

²⁸ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <https://magdur.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/19102020111414154-1-NOLU-GENELGE.pdf>, E.T. 11.06.2021.

²⁹ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <https://www.aile.gov.tr/media/82082/kadina-yonelik-siddetle-mucadele-iv-ulusal-eylem-planı-2021-2025.pdf>, E.T. 03.04.2022.

³⁰ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=210>, E.T. 03.04.2022.

Konuyla ilgili olarak BM Genel Kurulunun 20 Aralık 1993 tarihli ve 48/104 sayılı kararıyla kabul ve ilan edilen “Declaration on the Elimination of Violence against Women” isimli belge bulunmaktadır. İncelendiğinde de görüleceği üzere söz konusu karar, içerdiği temel prensipler ve unsurlar itibarıyla halen geçerliliğini muhafaza etmektedir.³¹

Ayrıca, yukarıda ayrıntılı olarak incelenen ve Amerikan Devletler Örgütü bünyesinde hazırlanarak 1994 yılında imzaya açılan “Kadınlara Yönelik Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Amerikalılararası Sözleşme”, esasen bölgesel düzeyde hazırlanmış olmakla birlikte, kadına yönelik şiddet konusunda getirdiği kapsamlı düzenleme ve önlemler göz önüne alındığında, önem taşımaktadır. Söz konusu Sözleşme, anılan örgüte üye olmayan devletlerin de katılımına açıktır (m.17).³²

Dolayısıyla, Türkiye, diğer dünya ülkeleri gibi arzu edilmesi halinde ve bu yönde bir irade oluştuğu takdirde söz konusu Sözleşmeye taraf olabilecektir.

Öte yandan, BM bünyesinde hazırlanarak imzaya açılan “Kadına Karşı Her Tür Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi” (CEDAW) incelendiğinde, Sözleşme’nin kadına karşı şiddetin önlenmesi konusunda açık bir düzenleme içermediği görülmektedir. Bu konuda anılan Sözleşme’nin denetim organı olan Kadına Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi tarafından en son çıkarılan “General Recommendation No.35 on Gender Based Violence Against Women, Updating General Recommendation No.19” isimli Yorum Belgesi (Genel Tavsiye) konumuz bakımından önem taşımaktadır. Söz konusu Yorum Belgesi içeriğinden de anlaşılacağı üzere anılan Komite tarafından kadına yönelik şiddet konusu, Sözleşmenin ayrımcılık yapmama maddesi ve düzenlemeleri üzerinden değerlendirilmekte ve Taraf Devletçe şiddetin önlenmemesi hususu, ilgili devletin şiddeti önleme konusundaki pozitif yükümlülüğü bağlamında kadına karşı ayrımcılık olarak nitelenmekte ve Sözleşmeye aykırılık teşkil ettiği sonucuna varılmaktadır.³³

Diğer bir deyişle, Türkiye’nin de tarafı olduğu Kadına Karşı Her Tür Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesine (CEDAW) bakıldığında, Sözleş-

³¹ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx>, E.T. 11.06.2021.

³² Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. GEMALMAZ, Mehmet Semih, **Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, s. 1307.

³³ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/CEDAW_C_GC_35_8267_E.pdf, E.T. 11.06.2021.

menin ana metni ve Eki Protokolünde kadına yönelik şiddetin önlenmesi konusuna özgülünmüş müstakil bir düzenlemenin yer almadığı anlaşılmaktadır.³⁴

Öte yandan, kadına yönelik şiddet konusu Komite önüne bireysel başvuru yoluyla gelmiş ve Komite *Ms AT v. Macaristan* başvurusunda vermiş olduğu kararında, kadına yönelik şiddet konusunda devletin pozitif yükümlülüklerine atıfla, Sözleşmenin 16'ncı maddesiyle bağlantılı olarak 2(a), (b), (e) ve 5 (a) maddelerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Komite, aynı kararında Macar iç hukukundaki hukuk muhakemeleri usulünde yer alan hukuki başvuru yollarının mağdura etkin bir çare sunma olasılığı bulunmadığını, ceza kovuşturmasının şiddetin meydana gelmesinden itibaren üç yıldan fazla sürmesinin ise Ek Protokol madde 4 uyarınca makul olmayan gecikme teşkil ettiğini değerlendirmiştir.³⁵

Keza, *Lisa Baldez*'e göre “kadınlara karşı cinsiyete dayalı şiddetin yasaklanması, uluslararası bir teamül hukuku ilkesine dönüşmüştür”. Esasen yazara göre bu terim, Kadına Karşı Her Tür Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesine Taraf Devletler arasında yerleşik bir uygulamaya atıfta bulunmaktadır.³⁶

VI. ULUSLARARASI HUKUK BAKIMINDAN ÖNÜMÜZDEKİ DÖNEMDE YAPILABİLECEK İŞ VE İŞLEMLER

Yukarıda arz ve izah edildiği üzere kadına karşı şiddet konusunu müstakil olarak düzenleme altına alan ve küresel düzeyde geçerlilik taşıyan bir uluslararası sözleşme bulunmamaktadır. Her ne kadar CEDAW Komitesi ana sözleşmeye atfen ve ayrımcılık yasağını düzenleyen hükümlere dayanarak kadına karşı şiddetin önlenmesi konusunda devletlerin ahdi yükümlülüklerine işaret etse de bilhassa Kovid 19 salgınıyla birlikte, küresel düzeyde artan kadına yönelik şiddet olayları karşısında bu konuda spesifik olarak kadına yönelik şiddet konusundaki önlem ve yaptırımları içeren müstakil bir belgeye her zamankinden daha fazla ihtiyaç duyulduğu hususu akla gelmektedir.

Bu konuda, dünya çapında cinsiyet eşitliğinin gerçekleştirilmesi ve kadınların güçlendirilmesi amacıyla hareket eden bir BM kuruluşu olan UN Women isimli örgüt tarafından da aynı tespit yapılmaktadır. *UN Women*'a göre, Kovid-19

³⁴ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. ULUTAŞ, Ahmet, **Birleşmiş Milletlerde İnsan Hakları Mekanizmaları ve Bireysel Başvuru Yolları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 185 vd.

³⁵ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. FREEMAN, Marsha A. / CHINKIN, Christine / RUDOLF, Beate (Ed), **The UN Convention on the Elimination of All forms of Discrimination against Women**, Oxford, 2013, s. 456.

³⁶ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. BALDEZ, Lisa, **Why Not Amend CEDAW?** (28.11.2018); <https://genderpolicyreport.umn.edu/why-not-amend-cedaw/>, E.T. 17.04.2022.

krizinin ortasında büyüyen kadına karşı şiddet konusunda küresel düzeyde ortak bir çabaya ihtiyaç vardır. Kovid-19 vakaları sağlık hizmetlerini zorlamaya devam ederken, aile içi şiddet sığınakları ve yardım hatları gibi temel hizmetler doyum noktasına ve aşırı kapasiteye ulaşmıştır. Kovid-19'a müdahale ve iyileştirme çabalarında kadına yönelik şiddetin ele alınmasına öncelik vermek için daha fazlasının yapılması gerekmektedir. *UN Women*, Kovid-19 sırasında kadınlara yönelik şiddeti “*Gölge Salgın*” olarak nitelermekte ve bununla mücadele için güncel bilgiler sağlamak ve hayati programları desteklemektedir. Cinsiyet eşitliğine ve kadınların güçlendirilmesine adanmış bir BM kuruluşu olan *UN Women*, Kovid-19 sağlık krizi sırasında aile içi şiddette küresel artışa odaklanan “*Gölge Salgın*” isimli bir kamuoyu bilinçlendirme kampanyasını da başlatmıştır.³⁷

Dolayısıyla, anılan ve giderek akut hale gelen bu konuda küresel düzeyde ilave neler yapılabileceği sorusu akla gelmektedir. Bu amaçla, uluslararası düzeyde ahdi taahhütlerin güçlendirilmesi amacıyla yeniden harekete geçilebileceği düşünülmektedir.³⁸ Bu noktada en uygun uluslararası platform olarak Birleşmiş Milletler akla gelmektedir.

Diğer bir deyişle, bu konuda BM üyesi olan ve CEDAW’a taraf olan ülkelerde BM nezdinde bir girişim başlatılmasında fayda olduğu düşünülmektedir. Bu konuda yasal dayanak ve girişim başlatma usulü Kadına Karşı Her Tür Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesinin 26’ncı maddesinde;

“Madde 26. Sözleşmenin Gözden Geçirilmesi

1. Bu Sözleşmenin değiştirilmesine dair talepler, her hangi bir zamanda her hangi bir Taraf Devlet tarafından Birleşmiş Milletler Genel Sekreterine hitaben yazılı bir bildirim vasıtasıyla yapılabilir.

2. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, böyle bir talep karşısında yapılacak işlemler konusunda karar verir.”

şeklinde düzenlenmiştir.

Bize göre bu amaçla yapılabilecek iş ve işlemler şunlar olabilecektir:

BM nezdinde Kadına Karşı Her Tür Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi’ne Ek bir “*Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Protokolü*” hazırlanması

³⁷ Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <https://www.unwomen.org/en/news/in-focus/in-focus-gender-equality-in-covid-19-response/violence-against-women-during-covid-19>, E.T. 11.06.2021.

³⁸ Bu konuda benzer yönde bir görüş ve öneri için bkz. ÖNCÜ, Gülay ARSLAN, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Kadına Karşı Aile İçi Şiddet Olgusu ve Bununla Mücadele Araçları*, s. 31.

çağrısı yapılması ve bu yönde BM Genel Sekreterine hitaben yazılı bir bildirim vasıtasıyla bir girişim başlatılması, uluslararası hukuk bakımından ve yukarıda maruz Sözleşme hükmü göz önüne alındığında, mümkün gözükmektedir.³⁹

Söz konusu girişim, bu yönde yeni bir uluslararası konferans düzenlenmesi olabileceği gibi konunun bir BM Genel Kurulu kararıyla gündemi belirlenen ve ülkemizden de bir kadın üyenin bulunduğu “*BM Uluslararası Hukuk Komisyonu*” yıllık çalışma gündemine alınmasının istenmesi şeklinde de olabilecektir. BM Uluslararası Hukuk Komisyonu gündemi yıllık olarak alınan bir BM Genel Kurulu kararıyla belirlendiğinden, BM Genel Kurulu üyelerinin yapacakları ortak imzalı teklifle konu BM Genel Kurulu gündemine taşınabilecek ve alınacak bir BM Genel Kurulu kararıyla söz konusu ek protokol yazım işi BM Uluslararası Hukuk Komisyonuna bir görev olarak tevdi edilmiş olacaktır.⁴⁰

BM Uluslararası Hukuk Komisyonu gündemine alınması halinde burada bir CEDAW Ek Protokolü yazımı söz konusu olabilecektir. Bu konuda dünya çapında geçerli bir belgenin mevcut olmadığı, Kovid 19 pandemisi ile birlikte kadına karşı şiddetin dünya çapında arttığı gibi gerekçelerle ortaya çıkılabilecek ve bu şekilde Sözleşmeye Ek Protokol hazırlanması çağrısının haklılığı ve güncelliği vurgulanabilecektir.

Bu konuda BM Çocuk Hakları Sözleşmesi örneğinden de yararlanılabileceği akla gelmektedir. Şöyle ki, söz konusu ana Sözleşmenin, “*Silahlı Çatışmalara Çocukların Dâhil Edilmesine*”, “*Çocuk Satışı, Fahişeliği ve Pornografisine*” ve “*Bireysel Şikâyet Başvurularına*” ilişkin 3 Ek İhtiyari Protokolü bulunmaktadır.

³⁹ Benzer yöndeki görüş için bkz. Lisa BALDEZ, Why Not Amend CEDAW? (28.11.2018); <https://genderpolicyreport.umn.edu/why-not-amend-cedaw/>, E.T. 17.04.2022.

⁴⁰ Uluslararası Hukuk Komisyonu, BM Genel Kurulu tarafından 1947 yılında, uluslararası hukukun geliştirilmesi ve tedvini amacıyla kurulmuştur. Komisyon, Genel Kurul tarafından 5 yıllığına seçilen 34 üyeden oluşmakta ve her yıl iki oturum halinde (genellikle toplam 12 hafta) toplanmaktadır. Üyeler dünyanın başlıca yasal sistemlerini temsil etmekte ve kendi hükümetlerinin temsilcileri olarak değil; icra ettikleri görevin uzmanı olarak hizmet vermektedirler. Komisyonun çalışmalarının büyük bölümünü uluslararası hukukun veçheleri için tasakların hazırlanması oluşturmaktadır. Bazı konular Komisyon tarafından seçilir; diğerleri de BM Genel Kurulu tarafından gündeme getirilir. Bu çerçevede, BM Genel Kurulunun 76/111 sayılı ve 9 Aralık 2021 tarihli kararı uyarınca Komisyonun I. ve II. Oturumlarının toplam 12 hafta olacak şekilde mutad olduğu üzere Cenevre’de yapılması kararlaştırılmıştır. Komisyon tarafından ilan edilen takvime göre 2022 yılı 73. Oturum, I. Toplantısı; 18 Nisan-3 Haziran 2022 tarihleri arasında yapılmıştır. II. Toplantı ise 4 Temmuz-5 Ağustos 2022 tarihleri arasında gerçekleştirilmiştir. BM Genel Kurulunun 12 Ocak 2022 tarihli ve A/CN.4/745 sayılı kararıyla tespit edilen Komisyon gündemi uyarınca 73. Oturum kapsamında; “Devlet görevlilerinin Yabancı Ceza Yargısı Yetkisinden Bağışıklığı, Silahlı Çatışmalarda Çevrenin Korunması, Genel Uluslararası hukukun bağlayıcı kuralları (jus cogens), Devlet sorumluluğu bakımından devletlerin halefiyeti, hukukun genel ilkeleri, uluslararası hukuk bağlamında deniz seviyesinin yükselmesi, diğer organlarla işbirliği vs.” konu başlıklarının ele alınması öngörülmektedir. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. <https://legal.un.org/ilc/>, E.T. 03.04.2022.

Ek Protokol yazımında da yukarıda maddeleri ve getirdiği düzenlemeleri itibarıyla kapsamlı olarak incelenen “*Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence Against Women*” “*Convention of Belém Do Pará*” isimli Sözleşmeden, bölgesel düzeyde cari olan önemli bir uluslararası referans belge olarak yararlanılabilecektir.

Keza, Ülkemizde kadına yönelik şiddetin önlenmesi konusundaki ulusal ve uluslararası gelişmeler ve yeni dönemde yeni çareler, dijital çağın toplumsal gereklilikleri, zorluklar ve imkânlar temalı uluslararası katılımlı bir konferans düzenlenmesinin, bir düşünce ve öneri olarak, arzu edildiği takdirde bu konuda önderlik etme ve fikri birikimin ortaya çıkmasına vesile olunması bakımından önem taşıdığı akla gelmektedir.

Bu konferansa, BM Kadına Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi üyeleri, BM Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Özel Raportörü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nden (AİHM) temsilciler, İslâm İşbirliği Teşkilatı Bağımsız Daimi İnsan Hakları Komisyonu üyeleri gibi uluslararası isimler ve bu alanda çalışma yapan yerli/yabancı akademisyenler davet edilebilecektir.

Keza, Amerikan Devletler Örgütü’nden “*Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence Against Women*” isimli Sözleşme ve denetim mekanizmaları konusunda uzman isimler davet edilerek kendilerinin bu alandaki içtihat, yorum ve karar gibi birikimlerinden karşılaştırmalı bir perspektiften yararlanılması da bir imkân olarak değerlendirilebilecektir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Bu çalışmada, esas itibarıyla küresel düzeyde gündemde olan kadına karşı şiddetin önlenmesi konusundaki, bölgesel ve küresel ahdi durum ele alınarak incelenmiştir. Diğer bir deyişle, mesele bölgesel ve küresel perspektiften ele alınarak değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

Bu yapılırken de, etkilerini her alanda hissettiğimiz Kovid 19 salgını döneminde küresel düzeyde artan kadına karşı şiddet olayları karşısında, bu konuda müstakil ve spesifik olarak kadına karşı şiddet konusundaki önlem ve yaptırımları içeren küresel boyutta bir belgeye her zamankinden daha fazla ihtiyaç duyulduğuna işaret edilmiştir.

Bu kapsamda, öncelikle kadına karşı şiddetin önlenmesi konusundaki bölgesel ve küresel düzeyde bugüne kadar kabul ve ilan edilen belli başlı uluslararası standartlar sergilenmiştir. Devamla, Türk hukuku bakımından kadına karşı

şiddetin önlenmesi konusundaki iç hukuktaki belli başlı düzenleme ve tedbirlerinin yanı sıra taraf olunan uluslararası sözleşmeler çerçevesinde ahdi durum kısaca ortaya konulmuştur.

Çalışmamız bakımından önem taşıyan ve bölgesel ve küresel düzeyde kayda değer bir belge niteliğine sahip olan “Kadınlara Yönelik Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Amerikalılararası Sözleşme” ise getirdiği hükümler bakımından ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Daha sonra, konuyla ilgili hukuki teşhis ve küresel düzeyde bağlayıcı nitelik taşıyan düzenleme boşluğu tespiti yapılmıştır. Bu noktada, çalışmamızda yukarıda maruz akut ihtiyaç göz önüne alınarak ve küresel düzeyde geçerli olan ve kadına karşı şiddetin önlenmesi konusunda spesifik hükümler taşıyan müstakil bir uluslararası sözleşmeye ihtiyaç duyulduğu tezinden hareketle konuya ilişkin değerlendirme ve önerilere yer verilmiştir. Bu noktada, ideal bir platform niteliği taşıyan BM bünyesinde Ek bir Protokol hazırlanması usul ve yöntemleri konusunda değerlendirmede bulunulmuş, söz konusu Ek Protokolün yazımı konusunda en uygun mekanizma olarak BM Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun olabileceği hususu bir imkân olarak dile getirilmiştir.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA / REFERENCES

Kitap-Makale

EDİZ, Ayşe / ALTAN, Şenol, “Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddet Üzerine Bir Alan Araştırması”, **TBB Dergisi**, 2017 (özel sayı), (ss. 397-410).

AMIRTHALINGAM, Kumaralingam, “Women’s Rights, International Norms, and Domestic Violence: Asian Perspectives”, (in Dianne OTTO (Ed.), **Gender Issues and Human Rights**, Volume III, Elgar Research Collection, 2013, (ss. 580-605)).

ARMAĞAN, Servet, **İslâm Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler**, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 6. Baskı, Ankara, 2006.

BOZKURT, Enver / KANAT, Selim / BEKTAŞ, Sezercan, **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku**, Legem, Ankara, 2020.

ÇELİKEL, Aysel, “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Hakkında Sözleşme ve Türkiye’nin Koyduğu Çekinceler”, **MHB**, Y. 10, S. 1-2, 1990, (ss. 59-64).

DEMİR, Ebru, “The European Court of Human Rights’ Engagement with International Human Rights Instruments: Looking at the Cases of Domestic Violence”, **The Age of Human Rights Journal**, 17, (December, 2021), (ss. 79-96).

DOST, Süleyman, “Uluslararası Bir İnsan Hakları Belgesi Olarak Arap İnsan Hakları Sözleşmesi”, **TAAD**, Y. 9, S. 35, (Temmuz 2018), (ss. 81-110).

GEMALMAZ, Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Legal, İstanbul, 2010.

HENRIKSEN, Anders, **International Law**, Oxford, 2019.

KALABALIK, Halil, **İnsan Hakları Hukukuna Giriş**, Seçkin, Ankara, 2. Baskı, 2019.

ÖKTEM, Emre, **Uluslararası Teamül Hukuku**, Beta, İstanbul, 2013.

ÖNCÜ, Gülay Arslan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Sisteminde Kadına Karşı Aile İçi Şiddet Olgusu ve Bununla Mücadele Araçları”, **Public and Private International Law Bulletin**, Vol. 32, Iss. 2, (ss. 1-37).

ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

ÖZKAN, Gizem, “Kadına Yönelik Şiddet-Aile İçi Şiddet ve Konuya İlişkin Uluslararası Metinler Üzerine Bir İnceleme”, **Hacettepe HFD**, 7(1), 2017, (ss. 533-564).

PASQUALUCCI, Jo M., **The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights**, Cambridge, 2013.

FREEMAN, Marsha A. / CHINKIN, Christine / RUDOLF, Beate (Ed), **The UN Convention on the Elimination of All forms of Discrimination against Women**, Oxford, 2013.

TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur, **İnsancıl Hukuka Giriş**, Beta, 4. Bası, İstanbul, 2019.

TYAGI, Yogesh, **The UN Human Rights Committee**, Cambridge, 2011.

ULUTAŞ, Ahmet, **Birleşmiş Milletlerde İnsan Hakları Mekanizmaları ve Bireysel Başvuru Yolları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

AKKAŞ, İbrahim / UYANIK, Zeki, “Kadına Yönelik Şiddet”, **Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi SBE Dergisi**, 6 (1), 2016, (ss. 32-42).

Elektronik Kaynaklar

BALDEZ, Lisa, Why Not Amend CEDAW? (28.11.2018); <https://genderpolicyreport.umn.edu/why-not-amend-cedaw/>, E.T. 17.04.2022.

RUBINSTEIN, Helen, Time for a Change: The Need for a Binding International Treaty on Violence Against Women; https://globalrightsforwomen.org/wp-content/uploads/2018/11/Time_for_a_Change.pdf, E.T. 28.05.2022.

AYTAÇ, Serpil / ETEMAN, Fatma Sert / AYDIN, Gülşen Çetin / REÇBER, Bircan / SEZEN, Hayrettin Kemal, Kadına Yönelik Şiddetin Dünü, Bugünü, Yarını: Kestirim Tabanlı Bir Araştırma, Sosyoloji Konferansları, No: 54 (2016-2), (ss. 275-297); <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/267920>, E.T. 17.04.2022.

<https://www.ohchr.org/en/issues/women/srwomen/pages/srwomenindex.aspx#:~:text=Ms.,from%20the%20University%20of%20Zagreb.>, E.T. 08.04.2021.

https://www.oic-oci.org/upload/pages/conventions/en/CDHRI_2021_ENG.pdf, E.T. 20.03.2022.

https://ww1.oic-oci.org/english/convention/Statue_of_the_oic_women_development_org_en.pdf, E.T. 20.03.2022.

<https://www.ohchr.org/en/issues/women/srwomen/pages/srwomenindex.aspx>, E.T. 11.06.2021.

<https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-violence-against-women>, E.T. 20.03.2022.

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=179&Lang=EN, E.T. 11.06.2021.

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=179&Lang=EN, E.T. 11.06.2021.

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6284.pdf>, E.T. 03.04.2022.

<https://magdur.adalet.gov.tr/>, E.T. 11.06.2021.

<https://magdur.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/19102020111414154-1-NOLU-GENELGE.pdf>, E.T. 11.06.2021.

<https://www.aile.gov.tr/media/82082/kadina-yonelik-siddetle-mucadele-iv-ulusal-eylem-plani-2021-2025.pdf>, E.T. 03.04.2022.

<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatyenum=210>, E.T. 03.04.2022.

<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx>, E.T. 11.06.2021.

https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/CEDAW_C_GC_35_8267_E.pdf, E.T. 11.06.2021.

<http://www.oas.org/juridico/english/sigs/a-61.html>, E.T. 20.03.2022.

<https://www.oas.org/en/CIM/about.asp>, E.T. 03.04.2022.

<https://www.oas.org/en/mesecvi/about.asp>, E.T. 03.04.2022.

<https://www.oas.org/en/mesecvi/experts.asp>, E.T. 03.04.2022.

<https://www.oas.org/en/mesecvi/Experts.asp>, E.T. 20.03.2022.

<https://www.unwomen.org/en/news/in-focus/in-focus-gender-equality-in-covid-19-response/violence-against-women-during-covid-19>, E.T. 11.6.2021.

<https://legal.un.org/ilc/>, E.T. 03.04.2022.

<https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 17.04.2022.

Framework of Cooperation between the CEDAW Committee and the Special Rapporteur on Violence against Women; https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/1_Global/INT_CEDAW_SUS_8787_E.pdf, E.T. 05.06.2022.

“Violence Against Women Prevalence Estimates; <https://www.who.int/publications/item/9789240022256>, E.T. 17.08.2022.

UN expert to visit Türkiye to assess violence against women; <https://www.ohchr.org/en/media-advisories/2022/07/un-expert-visit-turkiye-assess-violence-against-women>, E.T. 17.08.2022.

Articles 2, 3 and 14, Equal Access to Justice in the Case-Law of the European Court of Human Rights on Violence against Women, Research Division, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2015; https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_equal_access_justice_violence_women_ENG.PDF, E.T. 20.08.2022.

European Parliament resolution of 5 May 2022 on the impact of the war against Ukraine on women (2022/2633(RSP)); https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0206_EN.html, E.T. 22.08.2022.

Özel Hukuk

Evlenmeden Önce Mirastan Feragat Sözleşmesi Yapılabilir mi?*

Is It Possible to Make an Inheritance Waiver Agreement Before Marriage?

Şirin AYDINCIK MİDYAT**

Öz:

Bilindiği üzere mirastan feragat sözleşmesi, mirasbırakan ile müstakbel ve muhtemel mirasçısı arasında yapılan ve bu mirasçının mirasbırakana karşı ileride doğabilecek olan miras hakkından vazgeçmesini konu alan bir sözleşmedir. Ülkemizde özellikle ikinci evliliklerini yapan kişilerin, müstakbel eşleri ile evlenmeden önce mal rejimi sözleşmesi ve bununla birlikte mirastan feragat sözleşmesi yapmak istedikleri görülmektedir. Böylelikle eşler evlilik ilişkisinde maddi meseleleri bir kenara bırakmak ve önceki evliliklerinden olan çocuklarını, ileride ortaya çıkabilecek miras uyuşmazlıklarına karşı ekonomik açıdan garanti altına almak istemektedir. Bununla birlikte son yıllarda, evlenmeden önce yapılmak istenen bu tarz mirastan feragat sözleşmelerinin geçerliliği tartışma konusu olmuştur. Uygulamada bazı noterler ileride bu sözleşmelerin geçersiz sayılma ihtimali karşısında kendi sorumluluklarının da doğabileceği kaygısıyla bunları düzenlemekten kaçınıırken diğer bir grup, bu tarz sözleşmeleri düzenlemeye devam etmiştir. Türk hukuk doktrininde ise genel olarak, müstakbel eşlerin de evlenme öncesinde evlenme sözleşmesiyle birlikte veya ondan bağımsız olarak mirastan feragat sözleşmesi yapabilecekleri kabul edilmektedir. Bununla birlikte doktrinde aksi yönde düşünceler de ileri sürülmüştür. Nitekim Yargıtay yakın tarihli bir kararında, evlenmeden önce yapılan bir mirastan feragat sözleşmesinin mirastan feragat eden müstakbel eşin feragat tarihi itibarıyla mirasçı sıfatının olmaması dolayısıyla TMK m.528 anlamında bir feragat sözleşmesi sayılamayacağını, doğmamış haktan feragat edilemeyeceğini, bu sebeple bu beyana hukuki sonuç bağlanamayacağını kabul etmiştir (Yarg. 1. HD. 15019/14670, 20.11.2018, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası). İşbu çalışmada doktrin ve uygulamadaki farklı görüşler ve Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu yakın tarihli kararı da dikkate alınarak evlilik öncesi müstakbel eşler arasında yapılan mirastan feragat sözleşmesinin geçerliliği meselesi ele alınacaktır.

(*) **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 31.01.2023

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 04.03.2023

DOI: 10.58733/imhfd.1267379

Bu makaleye atf için: AYDINCIK MİDYAT, Şirin, “Evlenmeden Önce Mirastan Feragat Sözleşmesi Yapılabilir mi?”, **İMİHFD**, C. 8, S. 1, 2023, s. 211-237.

(**) Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı / İstanbul - Türkiye

E-posta: aydincik@istanbul.edu.tr

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2180-5636>

Anahtar Kelimeler:

Mirastan Feragat Sözleşmesi, Doğmamış Haktan Feragat, Müstakbel Mirasçı, TMK m.23, Beklenen Hak, Beklenti.

Abstract:

As it is known, with the inheritance waiver agreement made between the inheritor and the future and probable heir, the heir renounces the right of inheritance that may arise in the future against the inheritor. In Turkey, those who enter into second marriages are especially likely to make a marital contract and an inheritance waiver contract before getting married. Such spouses seek to put aside financial issues in their new marriages and economically secure children born from their previous marriages against future inheritance disputes. However, in recent years, the validity of inheritance waiver agreements made before marriage has been discussed. In practice, notary publics are divided on this issue, some refuse to issue these contracts, fearing that they may be culpable in the event that such contracts are deemed invalid in the future, whilst others continue to issue them. In Turkish legal doctrine it is generally accepted that fiancées can make an inheritance waiver contract together with or independently of the marital contract before marriage. However, there are also opinions to the contrary. Finally in a recent decision, the Supreme Court accepted that an inheritance waiver agreement made before marriage cannot be considered a waiver agreement within the meaning of article 528 of TCC, since the future spouse who renounces the inheritance does not have the title of heir as of the waiver date, and the unborn right cannot be waived, therefore, this statement cannot be legally concluded (Decision of the 1st Civil Chamber dated 20.11.2018 and numbered 15019/14670). In this paper, the issue of the validity of such waiver agreements will be discussed, taking into account the different views in doctrine and practice and the recent decision of the Supreme Court on this issue.

Keywords:

Inheritance Waiver Contract, Waiver of Unborn Rights, Possible Heir, TCC art.23, Legal Expectancy.

I. GENEL OLARAK SORUNUN ORTAYA KONULMASI

Bilindiği üzere mirastan feragat sözleşmesi, mirasbırakan ile müstakbel ve muhtemel mirasçısı arasında yapılan ve bu mirasçının mirasbırakana karşı ileride doğabilecek olan miras hakkından vazgeçmesini konu alan bir sözleşmedir¹. Mirastan feragat sözleşmesi mirasbırakanın ölümüyle birlikte hükümlerini doğurur ve miras hakkından feragat eden mirasçı bakımından mirasçılık sıfatının kazanılmasına engel olur (MK 528/II)². Böylece mirastan feragat eden mirasçı

¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Miras Hukuku**, 3. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1987, s. 300 vd.; ANTALYA, O. Gökhan, **Mirastan Feragat Sözleşmesi**, Alkım Yayınevi, İstanbul 1999, s. 28 vd.; DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut, **Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku**, 18. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 197 N. 881.

² HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erb-recht, Art.457-640 ZGB**, Eds. BREITSCHMID, Peter / JUNGO, Alexandra, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, Art.495 ZGB N. 6. Mirasçılık sıfatının kaybının nihai ve kesin olmadığı yönünde bkz. STUDHALTER, Philipp, **ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar** (Navigator.ch), Eds. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser, 4. Aufl. Orell Füssli Verlag AG 2021, Art.495 ZGB N. 2.

tıpkı mirasbırakan tarafından mirasçılıktan çıkarılan, mirastan yoksun olan, mirasbırakandan önce ölen ya da mirası reddeden mirasçı gibi mirasçılık sıfatını ve buna bağlı olarak tereke üzerindeki tüm haklarını kaybeder, ancak aynı zamanda mirasbırakanın borçlarından da sorumlu olmaktan kurtulur³. Bununla birlikte bu durum sadece miras hakkının veya payının tamamından feragat halinde geçerlidir⁴. Mirastan feragat miras payının belirli bir bölümüne ilişkin de olabilir. Bu şekilde mirastan kısmi feragat halinde feragat eden mirasçılık sıfatını korur, ancak feragat sözleşmesinin konusuna göre ya miras payı azalır ya da saklı payın korumasından yararlanmaz⁵.

Mirastan feragat sözleşmesi, kapsamı, hükümden düşmesi ve sonuçları ile Türk Medeni Kanunu'nda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir (TMK 528 vd.). Türk İsviçre hukukunda mirastan feragat sözleşmesinin özellikle de Medeni Kanun'un sistematigi içindeki yeri dikkate alındığında bağlayıcı nitelikteki ölüme bağlı tasarrufların, yani miras sözleşmelerinin bir türü olduğu kabul edilmektedir⁶. Esasen bu sözleşme ile muhtemel ve müstakbel mirasçı ileride doğması muhtemel miras hakkından sağlığında vazgeçmiş olmaktadır. Bu açıdan bakıldığında feragat sözleşmesi sözleşmenin mirasçı tarafı bakımından sağlararası bir işlem niteliği taşır. Ancak doktrinde her ne kadar mirastan feragat sözleşmesinin bu sebeple dar anlamıyla bir ölüme bağlı tasarruf veya miras sözleşmesine benzemediği ifade edilse de⁷, yine de mirasbırakan bakımından geniş anlamda bir ölüme bağlı tasarruf niteliğini taşıdığı ittifakla kabul edilmektedir⁸. Zira mirasbırakan burada da

³ SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkay, **Miras Hukuku ve Tamamı Çözümlü Pratik Çalışmalar**, 8. Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara, 2022, s. 390 N. 200.

⁴ Bu konuda bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Miras Hukuku**, s. 301; İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan, **Miras Hukuku**, 14. Basım, DER Yayınları, İstanbul, 2022, s. 199; DURAL / ÖZ, s. 198 N. 885; WEIMAR Peter, **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Erbrecht, Die Erben: Die gesetzlichen Erben / Die Verfügung von Todes wegen, Art.457-516 ZGB**, Eds. HAUSHEER, Heinz / WALTER, Hans Peter Stämpfli Verlag AG, Bern, 2009, Art.495 ZGB N. Art.495 ZGB N. 5.

⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Miras Hukuku**, s. 301; DURAL / ÖZ, s. 198 N. 885; karşı. BK WEIMAR, Art.495 ZGB N. 5. Belirli bir maldan feragat ilişkin mirastan feragat sözleşmesi yapılıp yapılamayacağı tartışmalıdır. Bu konuda bkz. DURAL / ÖZ, s. 198 N. 886; SEROZAN / ENGİN, s. 388 N. 195; BK WEIMAR, Art.495 ZGB N. 5; BREITSCHMID, Peter / BORNHAUSER, Philip R., **Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art.457-977 ZGB, Art.1-61 SchT ZGB**, Thomas Geiser ve Stephan Wolf (Hrsg.), 6. Aufl., Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel, 2019, Art.495 ZGB N. 2.

⁶ DURAL, Mustafa, **Miras Sözleşmeleri (İsviçre, Alman ve Avusturya Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Olarak)**, Fakiiteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 43.

⁷ Bu yönde DURAL / ÖZ, s. 197 N. 881; SEROZAN / ENGİN, s. 390 N. 199; İMRE / ERMAN, s. 196.

⁸ CHK- HRUBESCH-MILLAUER, Art.495 ZGB N. 1; SEROZAN / ENGİN, s. 390 N. 199; İMRE / ERMAN, s. 196; ANTALYA, s. 61 vd.; DURAL / ÖZ, s. 197 N. 881 vd.; DURAL, s. 43-44. İsviçre Hukuku bakımından WEIMAR, ivazsız mirastan feragat sözleşmesinin saf ölüme bağlı tasarruf olduğunu kabul ederken, ivazlı feragat sözleşmesinin hem ölüme bağlı tasarruf hem de sağlararası işlemden oluşan ikili bir işlem niteliğinde olduğunu kabul etmektedir (BK WEIMAR, Art.495 ZGB N. 2 vd.). Alman hu-

tıpkı mirasçılıktan çıkarmada olduğu gibi ölüme bağlı olarak terekesini etkilemekte ve kanuni intikal esaslarını değiştirmektedir⁹. Bu husus tarafların ehliyeti, sözleşmenin şekli ve maddi anlamda kişiye sıkı surette bağlılık kuralları açısından pratik önem taşımaktadır. Bu sebeple ölüme bağlı tasarrufların nitelikli hükümleri mirasbırakan bakımından uygulama alanı bulur¹⁰. Yine 11.2.1959 tarih ve 16/14 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında mirastan feragat sözleşmesinin bütün miras sözleşmeleri gibi resmi vasiyet şeklinde yapılması gerektiği açıkça belirtilmiştir¹¹. Mirastan feragat sözleşmesi ivazlı veya ivazsız olacak şekilde yapılabilir¹². İvazsız feragat sözleşmesinde mirasçı mirasbırakanın sağlığında ondan hiçbir karşılık almadan muhtemel ve müstakbel miras payından vazgeçer. İvazlı feragat sözleşmesinde ise mirasbırakan feragat edene karşı sağlığında bir bedel ödeme borcu altına girer ve mirasçı da aldığı veya alacağı bu bedel karşılığında miras payından feragat eder¹³. Türk hukukunda feragatin ivazlı olup olmamasına göre feragat edenin altsoyuna etkileri değişmektedir¹⁴.

İleride ayrıntılı olarak ele alacağımız üzere, katıldığımız görüş çerçevesinde mirastan feragat sözleşmesi her türlü mirasçı ile yapılabilir. Bununla birlikte bu sözleşme asıl pratik önemini saklı paylı mirasçılar bakımından gösterir¹⁵. Zira mirasbırakan mirastan feragat sözleşmesiyle saklı paylı mirasçısını mirastan tamamen veya kısmen uzaklaştırarak tasarruf nisabını genişletebilecektir. Esasen mirasbırakanın aynı sonuca mirasçılıktan çıkarma yolu ile de ulaşması mümkündür. Ancak bir mirasçısını mirasından uzaklaştırmak isteyen mirasbırakan, onu mirasçılıktan çıkarmaya yetecek sebepleri her zaman bulamayabilir

kukundaki düzenleme biçimi ise farklıdır. Alman hukukunda mirastan feragat sözleşmesi miras hukukuna ilişkin bir sözleşme olarak kabul edilmesine rağmen mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruflarda bulunduğu kabul edilmemektedir. Bu konuda bkz. DURAL, s. 44; ANTALYA, s. 23 vd.

⁹ DURAL / ÖZ, s. 197 N. 881; SEROZAN / ENGİN, s. 390 N. 199.

¹⁰ DURAL / ÖZ, s. 197 N. 881; SEROZAN / ENGİN, s. 390 N. 199.

¹¹ DURAL, s. 74; İMRE / ERMAN, s. 196; DURAL / ÖZ, s. 197 N. 883.

¹² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Miras Hukuku*, s. 301 vd.; İMRE / ERMAN, s. 197 vd.; DURAL / ÖZ, s. 199 N. 890 vd.; BK WEIMAR, Art.495 ZGB N. 1.

¹³ DURAL / ÖZ, s. 199 N. 892. İsviçre Federal Mahkemesi bu ivazın bir ölüme bağlı kazandırma da olabileceği görüşündedir. Bu yönde bkz. BGE 5C.91/2000 E 2b, açıklama için bkz. CHK- HRUBESCH-MILLAUER, Art.495 ZGB N. 2; bu görüşün eleştirisi için bkz. BK WEIMAR, Art.495 ZGB N. 6.

¹⁴ İvazlı feragat taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça mirastan feragat edenin altsoyunun mirasçılığını da engeller (TMK 528/III). Buna karşılık ivazsız feragatin, feragat edenin altsoyuna hiçbir etkisi bulunmaz. Bazı hallerde bu ayrım mirasbırakanın borçlarından sorumluluğu bakımından da önem taşır. Bu konularda ayrıntılı bilgi için bkz. DURAL / ÖZ, s. 200 vd. N. 895 vd.; SEROZAN / ENGİN, s. 392 N. 203 vd. Mirastan feragat sözleşmesinin altsoya etkisi bakımından İsviçre Hukukundaki farklı durum için bkz. CHK- HRUBESCH-MILLAUER, Art.495 ZGB N. 6; BSK ZGB II-BREITSCHMID / BORNHAUSER, Art.495 ZGB N. 11.

¹⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Miras Hukuku*, s. 301; İMRE / ERMAN, s. 198; DURAL / ÖZ, s. 199 N. 888.

veya bunun ileride geçerli sayılmama ihtimali karşısında böyle riskli bir yola başvurmak istemeyebilir¹⁶. Bu bakımdan tarafların anlaşmasına dayalı bir nevi mirasçılıktan çıkarma sözleşmesi gibi düşünülebilecek olan mirastan feragat sözleşmesi çok daha güvenilir bir yoldur. Nitekim özellikle ivazlı mirastan feragat sözleşmesi, gelecekteki miras payından kendisine düşecek paraya ve malvarlığına hemen ihtiyaç duyan ve bunu bir an önce elde etmek isteyen muhtemel ve müstakbel mirasçı bakımından da avantajlı olabilir¹⁷. Mirasbırakan saklı payı bulunmayan yasal mirasçıları ile de mirastan feragat sözleşmesi yapılabilir, buradaki amaç ise mirasçının mirastan pay almayacağını garanti altına almak ve ilerisi için güvenilir, sağlam planlar yapılabilir¹⁸.

Ülkemizde özellikle ikinci ve daha sonraki evliliklerini yapan kişilerin, müstakbel eşleri ile evlenmeden önce mirastan feragat sözleşmesi yapmak istedikleri görülmektedir. Böylelikle eşler evlilik ilişkisinde maddi meseleleri bir kenara bırakıp önceki evliliklerinden olan çocuklarını da ileride ortaya çıkabilecek miras uyuşmazlıklarına karşı ekonomik açıdan garanti altına almak istemektedir. Bununla birlikte son yıllarda, uygulamada bazı noterler ileride bu sözleşmelerin geçersiz sayılma ihtimali karşısında kendi sorumluluklarının da doğabileceği kaygısıyla bunları düzenlemekten kaçınmaya başlamıştır. Nitekim Yargıtay da son olarak yakın tarihli bir kararında, müstakbel eşin feragat tarihi itibarıyla mirasçı sıfatının olmadığı ve doğmamış haktan feragat edilemeyeceği gerekçesiyle evlenmeden önce yapılan bir mirastan feragat sözleşmesinin hüküm ifade etmeyeceğini kabul etmiştir¹⁹.

Dolayısıyla doktrin ve uygulamadaki farklı görüşler ve Yargıtay'ın bu konuda vermiş olduğu yakın tarihli kararı da dikkate alınarak evlilik öncesi müstakbel eşler arasında yapılan mirastan feragat sözleşmesinin geçerliliği meselesini ele almak ihtiyacı doğmuştur. Bu çerçevede çalışmada öncelikle genel olarak doğmamış haktan feragatin mümkün olup olmayacağı ve bu tartışmanın evlenmeden önce müstakbel eşler arasında yapılan mirastan feragat sözleşmesine etkisi ile bu sözleşmelerin TMK 528/I hükmü kapsamına girip girmeyeceği konusunun üzerinde durulacaktır. Daha sonra ise müstakbel eşler arasında yapılan mirastan feragat sözleşmesinin somut olayın şartları çerçevesinde başkaca bir geçersizlik sebebi taşıyıp taşımadığı ve son olarak bu konuya ilişkin kanaatimiz ele alınacaktır.

¹⁶ SEROZAN / ENGİN, s. 387 N. 194.

¹⁷ SEROZAN / ENGİN, s. 387 N. 194.

¹⁸ SEROZAN / ENGİN, s. 388 N. 194.

¹⁹ Yarg. 1. HD. 15019/14670, 20.11.2018, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

II. KONUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Evlenmeden önce yapılan mirastan feragat sözleşmelerinin geçerliliği meselesine gelmeden önce belirtmek gerekir ki, yukarıda da değindiğimiz üzere bazı noterlerin kendi sorumluluklarının doğacağı kaygısıyla bu tarz sözleşmeleri düzenlemekten kaçınmasına ve doktrinde de bu konunun tartışmalı olmasına rağmen uygulamada bahsi geçen sözleşmelere yönelik büyük bir talep bulunmaktadır. Özellikle boşanmaların ve yeniden evlenmelerin arttığı günümüzde ikinci ve daha sonraki evliliklerini yapan kimseler, önceki evliliklerinden olan çocuklarının miras menfaatlerini korumak istemektedir. Hatta birazdan üzerinde duracağımız Yargıtay kararına konu olan olaydaki gibi ilk evlilikten olan çocuklar genellikle mirasa yeni bir ortak getirecek ikinci bir evliliğe sıcak bakmayacaklarından bahsi geçen sözleşmeler onların endişelerini giderecek ve evliliği mümkün kılacaktır²⁰. Nitekim uygulamacılar da bu tarz bir sözleşmenin evlilik öncesinde yapılabilmesinin gerekliliğinin evlilik öncesi yapılabilen mal rejimi sözleşmesi (MK 203) ile benzer olduğunu, bu anlamda mirastan feragat sözleşmesinin evlilik sözleşmesini tamamlayıcı nitelikte olduğunu, iki sözleşmenin evlilikten önce birlikte yapılabilmesiyle karşılıklı olarak sağlanan bir güven duygusunun ortaya çıkacağını, bu sayede tarafların kendilerine ait birtakım ekonomik değerleri koruma kaygılarının önüne geçilebileceğini ifade etmektedir.

Gerçekten de mirastan feragat sözleşmesi, mirasının ileride nasıl dağıtılacağını planlamakta olan mirasbırakanın başvurabileceği önemli bir araçtır²¹. Bu sebeple mirasbırakanı evlenmeden önce böyle bir sözleşme yapma imkanından mahrum bırakmak önemli sakıncalara yol açabilecektir. Bu imkanın bulunmaması bazı durumlarda planlanan evliliklerin birtakım ekonomik kaygılar sebebiyle yapılamaması, yine bugüne dek geçerli olduğu düşüncesiyle yapılmış olan mirastan feragat sözleşmelerinin, mirasbırakanın iradesi hilafına geçersiz sayılması gibi sonuçlar doğurabilecektir. Nitekim buradan hareketle Türk hukuk doktrininde yazarların büyük çoğunluğu, sözleşmenin kurulması esnasında miras bırakana kanuni mirasçı olma olasılığı nispeten düşük olsa da nişanlıların da

²⁰ ERTAŞ, Şeref, “Mirastan Feragat”, **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, Y. 2019, C. 21, Özel S., s. 2897.

²¹ ENGİN, Baki İlkay, “Zümrede Halefiyet İlkesi Işığında Mirastan Feragatin Altsoya Etkisi (TMK 528 III Kuralının Anlamı)”, **Prof. Dr. Sermet AKMAN’a Armağan**, Eds. Saibe Oktay Özdemir, Azra Arkan Serim, Atilla Altop, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020, s. 350; MK 565 b.2’deki “miras haklarının ölümden önce tasfiyesi” yönündeki ifadenin mirastan feragat sözleşmelerinin genel olarak amacını belirlediği yönünde bkz. ALBAŞ, Hakan, “Mirastan Feragat Sözleşmesi ve Hükümlerine İlişkin Bazı Sorunlar”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2007, C. 9, Özel Sayı, s. 543.

feragat sözleşmesinin feragat eden tarafı olabileceğini, çiftlerin evlenme öncesinde evlenme sözleşmesi ile birlikte veya ondan bağımsız olarak mirastan feragat sözleşmesi yapabileceklerini kabul etmektedir²².

Bununla birlikte doktrinde aksi yönde düşünceler de ileri sürülmüştür. Örneğin Berki, mirastan feragatin ancak mirasçılık için hak sahibi olunabilecek duruma eriştikten sonra mümkün olabileceğini, bu itibarla mirastan feragat şartıyla evlenmenin veya evlenme akdinden önce mirastan feragat etmenin geçerli olmayacağını belirtmektedir²³. Bu görüşe göre evlenmeden önce yapılacak bir mirastan feragat sözleşmesi geçersiz olacağından, taraflar evlenmeden önce eş sıfatıyla mirastan pay almayacaklarına ilişkin olarak resmi şekilde bir sözleşme yapmış olsalar dahi, evlenmeden sonra ölüm gerçekleştiğinde sağ kalan taraf, eşin mirasçılığı hükümleri çerçevesinde terekeye yine de katılacaktır. Nitekim Yargıtay da bahsi geçen kararında, evlenmeden önce yapılan bir mirastan feragat sözleşmesinin, mirastan feragat eden müstakbel eşin feragat tarihi itibarıyla mirasçı sıfatının olmaması dolayısıyla TMK 528 anlamında bir feragat sözleşmesi sayılmayacağını, doğmamış haktan feragat edilemeyeceğini ve bu sebeple bu beyana hukuki sonuç bağlanamayacağını kabul etmiştir. Bu yönde bkz. Yarg. 1. HD, E. 2015/15019, K. 2018/14670, 20.11.2018 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası):

“Somut olaya gelince, her ne kadar davacı 27.02.2007 tarih ve ... yevmiye no.lu ... 24. Noterliği’nde düzenlenen mirastan feragat sözleşmesi ile miras hakkından feragat etmiş ise de feragat tarihi itibarı ile mirasçı sıfatının olmadığı sabittir. O halde, noterde düzenlenen feragat sözleşmesi TMK m.528 anlamında bir feragat sözleşmesi olmadığı gibi doğmamış haktan feragat edilemeyeceği, bu beyana hukuki sonuç bağlanamayacağı açıktır. ...”

Görüldüğü üzere doktrinde bu tür sözleşmelerin geçerli olmayacağını ifade eden yazarlar ve Yargıtay, bu görüşlerine dayanak olarak özellikle iki hususu belirtmektedir. Bunlardan birincisi mirastan feragat sözleşmesinin yapıldığı anda feragat beyanında bulunan tarafın mirasçı sıfatını taşıması sebebiyle

²² ANTALYA, s. 35, 165; SEROZAN / ENGİN, s. 389 N. 196; ENGİN, **Mirastan Feragat**, s. 349; ER-TAŞ, s. 2897; DEMİRSATAN, Barış, “Miras Sözleşmelerinde Aşırı Yararlanmanın Uygulanabilirliği”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2020, C. 22, S. 2, s. 1074 dn. 72; genel olarak miras sözleşmeleri bakımından bu yönde bkz. DURAL, s. 97 vd.

²³ BERKİ, Şakir, “Türk Medenî Kanununda Karı Kocanın (Eşin) Mirasçılığı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1964, C. 21, S. 1-4, s. 329; benzer görüş için bkz. ÖZUĞUR, Ali İhsan, **Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku**, 4. Baskı, C. 1, Seçkin Hukuk, Ankara 2016, s. 234. Yazar MK 23/1 uyarınca kimsenin hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceğini, bu sebeple mirasçının miras hakkından hak doğmadan önce feragat edemeyeceğini ve evlenmeden önce eş adaylarının mirastan feragat sözleşmesi yapamayacağını ifade etmektedir.

henüz evlenmeden önce yapılan mirastan feragat sözleşmesinin TMK 528 anlamında feragat sözleşmesi sayılamayacağı, ikincisi de böyle bir feragat sözleşmesi doğmamış haktan feragat niteliğinde sayılacağından bunun geçerli olmayacağıdır. Bu bakımdan konunun açıklığa kavuşturulabilmesi için öncelikle bu iki hususu değerlendirmek yerinde olacaktır.

B. Genel Olarak Doğmamış Haktan Feragatin Mümkün Olup Olmayacağı

Feragat, hak sahibinin hakkını bir başkasına devretmeden ve yeni bir hak meydana getirmeden hakkından vazgeçmesidir²⁴. Bu açıdan feragat, feragat konusu hakka doğrudan etki eden ve bu hakkı ortadan kaldıran bir tasarruf işlemidir. Katıldığımız görüş çerçevesinde Türk hukukunda kural olarak her türlü haktan feragat mümkündür²⁵. Ancak bu genel kuralın birtakım istisnaları da bulunmaktadır. Kanun koyucu bazen açıkça belirli haklardan feragat edilmesini yasaklamış²⁶; bazı durumlarda ise feragati belirli şartlarla kabul etmiştir²⁷. Bazı hakların kanunda açık bir yasak olmamasına rağmen niteliği gereği feragat konu edilemeyeceği kabul edilmektedir²⁸. Buna karşılık bazı haklardan feragat edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Henüz doğmamış haklardan feragat edilip edilemeyeceği de bu şekilde tartışma konusudur. Esasen bu tartışma konumuz

²⁴ AYİTER, Kudret, **Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri**, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Kollektif Ortaklığı, Ankara 1953, s. 25; PAKSOY, Meliha Sermin, **Zamanaşımından Feragat (TBK 160)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 5 vd. Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun birçok hükmünde feragat terimi kullanılmış olmasına rağmen bu kanunlarda feragatin genel bir tanımı yapılmamıştır. Feragat hakkında Kanunda yer alan en ayrıntılı düzenlemenin mirastan feragat hakkında olduğu, bununla birlikte mirastan feragat istisnai bir düzenleme olduğundan buradan hareketle feragat işlemi hakkında genelleme yapılamayacağı yönünde bkz. PAKSOY, s. 4 dn. 3.

²⁵ Bu yönde bkz. AYİTER, s. 26; BUZ, Vedat, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 414; PAKSOY, s. 21.

²⁶ Örneğin TBK 425/II uyarınca; “İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, işverenden alacağı para ve başka menfaatler karşılığında yıllık ücretli izin hakkından feragat edemez.”

²⁷ TBK 363 uyarınca; “Tarımsal bir taşınmazın her zamanki verimi, olağanüstü felaket veya doğal olaylar yüzünden önemli ölçüde azalırsa kiracı, kira bedelinden orantılı bir miktarın indirilmesini isteyebilir. Bu haktan başlangıçta feragat, ancak kira bedelinin belirlenmesi sırasında bu gibi durumların meydana gelmesi olasılığı göz önünde tutulmuş veya doğan zarar bir sigorta ile karşılanmış ise, geçerli olur.”

²⁸ Özellikle kamu yararının söz konusu olduğu velayete ve vesayete ilişkin hakların feragat edilemez nitelikte olduğu kabul edilir. Bu yönde bkz. VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, **Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 101. Yine örneğin kişiye sıkı surette bağlı haklardan ve bu kapsamda henüz doğmamış nafaka alacağından önceden feragat MK 23/I hükmü kapsamında mümkün görülmemektedir (OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 20. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2021, s. 219; KARABAĞ BULUT, Nil, **Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 106; karşı. SEROZAN, Rona, **Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku**, 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, İkinci Başlık I § 3 N. 6f, s. 465). Kanuni bir yasak olmamasına rağmen, doktrinde sürekli borç ilişkisinin feshi imkanından önceden tamamen feragatin de mümkün olmayacağı ifade edilmektedir (BUZ, s. 418).

bakımından da önem taşımaktadır. Zira mirastan feragat sözleşmesi de adından anlaşılacağı üzere miras hukuku karakterli bir feragat sözleşmesidir²⁹.

Yargıtay birçok kararında doğmamış haktan önceden feragat edilemeyeceğini ifade etmektedir³⁰. Nitekim yukarıda bahsi geçen kararında evlenmeden önce yapılan mirastan feragat sözleşmesinin geçersizliğini de bu gerekçeye dayandırmıştır³¹. Türk hukukunda kanun koyucu, henüz doğmamış haklardan feragat edilmesinin veya bu hakları konu alan diğer tasarruf işlemlerinin yapılmasının mümkün olup olmadığını açıkça düzenlememiştir. Ancak bazı hükümlerde bir haktan önceden feragat edilmesi açıkça yasaklanmıştır. Örneğin temsil olunanın temsil yetkisini sınırlama ve geri alma hakkından önceden feragat etmesi (TBK 42/II), alacaklıların tescile tabi kanuni ipotek haklarından önceden feragat etmeleri (MK 893/II), zamaşımından önceden feragat edilmesi (TBK 160/I), taksitle satışta alıcının yedi gün içinde irade açıklamasını geri alma hakkından, takas hakkından, yerleşim yeri mahkemesinin yetkisinden önceden feragat etmesi (TBK 255/I; TBK 257/I; TBK 262), kiraya veren ve kiracının takas haklarından önceden feragat etmeleri (TBK 326), kefilin kefalet sözleşmesi hükümleri uyarınca kendisine tanınan haklardan önceden feragat etmesi (TBK 582/III) kanun koyucu tarafından mümkün görülmemiştir³². Kanaatimizce sadece bu hükümlerden hareketle doğmamış haktan feragatin bizim hukukumuzda kural olarak mümkün olmadığı sonucuna varmak doğru olmayacaktır. Bahsi geçen hükümlerle kanun koyucu sadece bazı müstakbel haklardan feragat etmeyi özellikle hak sahibini korumak amacıyla yasaklamıştır³³.

Doğmamış haklar, henüz hukuken varlık kazanmamış haklardır. Doktrinde genel olarak bir kimsenin henüz doğmamış bir haktan feragatine yönelik en bü-

²⁹ BÜTTIKER, Arnold, *Der Erbverzicht nach schweizerischem ZGB - mit besonderer Berücksichtigung des relativen Erbverzichts*, Diss. Stämpfli & Cie, Bern, 1942, s. 29. Burada tasarrufta bulunan taraf mirastan feragat eden müstakbel mirasçıdır. Bu konuda bkz. ANTALYA, s. 75; SEROZAN / ENGİN, s. 390 N. 199. Bunun tipik anlamda feragat işlemi olmadığı yönünde bkz. PAKSOY, s. 4 dn. 3; yazara göre mirastan feragat söz konusu olduğunda muhtemel mirasçı, sadece ileride edineceği haklardan vazgeçmeyip, aynı zamanda murisin borçlarından sorumlu olmaktan da kurtulmaktadır. Teknik anlamda feragatin konusu sadece haklar olup yükümlülükler bu kapsama girmeyeceğinden mirastan feragat istisnai bir düzenlemedir.

³⁰ Bu kararların bir kısmı için bkz. NOMER, Haluk N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 18. Bası, Beta, İstanbul 2021, N. 205.3 dn. 1744.

³¹ Yarg. 1. HD, E. 2015/15019, K. 2018/14670, 20.11.2018 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

³² PAKSOY, s. 27 dn. 121.

³³ Kaldı ki doğmamış haktan feragatin yasaklandığı birçok durumda bu düzenlemelerin de yerinde olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bu yönde örneğin temsil olunanın temsil yetkisini sınırlama ve geri alma hakkından önceden feragat etme yasağına ilişkin (TBK 42/II) tartışmalar hakkında bkz. İNCEOĞLU, M. Murat, *Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 278 vd.; zamaşımından önceden feragatin yasaklanması (TBK 160/I) hakkında tartışmalar için bkz. PAKSOY, s. 71 vd.

yük engelin, tasarruf işleminin yapıldığı anda üzerinde tasarruf edilebilecek bir hakkın mevcut olmamasından kaynaklandığı ifade edilmektedir³⁴. Zira bir tasarruf işleminin geçerli olabilmesi için ilk olarak üzerinde tasarruf edilebilecek bir hakkın mevcut olması, ikinci olarak da tasarrufta bulunan kimsenin o hak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması gerekir³⁵. Daha önce de belirttiğimiz üzere, feragat bir hakkın kural olarak başkasına geçmemek üzere sonlandırılmasıdır ve bir tasarruf işlemidir. Henüz doğmamış bir haktan feragat ise bu hakkı konu alan bir tasarruf işlemi yapmak anlamına gelmektedir. Bu nedenle öğretilerdeki bazı yazarlar, henüz doğmamış haklar üzerindeki tasarruf işlemlerinin tasarruf yetkisi eksikliği nedeni ile mümkün olmayacağı görüşündedirler³⁶. Dolayısıyla bu görüş kabul edildiği taktirde feragat bakımından da aynı durum geçerli olacaktır³⁷. Buna karşılık bizim de katıldığımız hakim görüş, temel bir hukuki ilişki mevcut olmasa veya kazanılması güvence altında olan bir hak beklentisi söz konusu olmasa dahi her türlü müstakbel hak üzerinde tasarrufta bulunulabileceği yönündedir³⁸. Tasarrufa konu olan hakkın henüz doğmadığı hallerde tasarrufta bulunan kimsenin sonradan tasarruf yetkisini kazanması yapılan tasarruf işlemine geçerlilik kazandıracaktır³⁹. Diğer bir ifadeyle tasarruf işlemine konu olan hakkın doğumu ile birlikte önceden yapılmış olan tasarruf işlemi de hükümlerini doğurur. Belirlilik prensibi bakımın-

³⁴ OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 2, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, N. 1703; PAKSOY, s. 24.

³⁵ NOMER, Haluk N., **Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları**, Beta, İstanbul 2002, s. 107.

³⁶ OĞUZMAN / ÖZ, C. 2, N. 1699 vd. Esasen yazarlar burada ikili bir ayrıma gitmekte, mevcut temel bir hukuki ilişkiye dayanan gelecekte kazanılması muhtemel haklar üzerinde “beklenen hak” olarak tasarrufta bulunulabileceğini, buna karşılık her türlü hukuki temelden yoksun gelecekteki muhtemel haklar üzerinde tasarrufta bulunulamayacağını ifade etmektedirler.

³⁷ Uygulamada, ileride doğması muhtemel mirasçılık sıfatı üzerinde evlenmeden önce tasarrufta bulunmanın tasarruf yetkisi eksikliği sebebiyle mümkün olmaması durumunda bunun evlenme geciktirici şartına bağlı olarak bir feragat sözleşmesi veya feragat sözleşmesi yapma borcu doğuran bir ön sözleşme yapılması yoluyla aşılabileceği ifade edilmektedir. Bununla birlikte tasarruf yetkisi eksikliğinin geçersizliğe yol açtığı kabul edilirse, kanaatimizce tarafların evlenme geciktirici şartına bağlı olarak feragat sözleşmesi yaptıkları öne sürülerek de bunun geçerliliğini sağlamak mümkün olmaz. Zira bu durumda devre engel olan husus tasarruf işleminin yapıldığı anda konusunun bulunmaması olacağından, feragatin geciktirici koşula bağlı olarak yapılabilmesi bu engeli aşmaya yetmeyecektir. Karş. OĞUZMAN / ÖZ, C. 2, N. 1703. Böyle bir durumda evlilikten sonra mirastan feragat sözleşmesi yapmayı konu alan bir sözleşme yapmak suretiyle bu sorunu aşmak imkanı bulunup bulunmadığına bakılacak olursa, öncelikle belirtmek gerekir ki, feragat bir tasarruf işlemi olduğundan mirastan feragat sözleşmesi yapma borcu doğuran bir sözleşme değil başlı başına bir sözleşme olurdu. Ancak mirastan feragat işlemi bakımından, özellikle miras hukukundaki tip ve şekil zorunluluğu dikkate alındığında böyle bir mirastan feragat sözleşmesi yapma vaadi sözleşmesi yapmanın mümkün olmayacağı düşüncesindeyiz. Bu yönde bkz. ANTALYA, s. 64; aksi görüş için bkz. KURŞUN, Ali Suphi, “Eşler Arasında Yapılan Mirastan Feragat Sözleşmesi”, **Legal Hukuk Dergisi**, Y. 2017, S. 173, s. 2367.

³⁸ Bu yönde bkz. NOMER, **Beklenen Haklar**, s. 109 vd.; AYİTER, s. 119 vd.

³⁹ Bu konuda bkz. NOMER, **Beklenen Haklar**, s. 107 vd.; PAKSOY, s. 25 vd.; AKMAN, Galip Sermet, **Sorumsuzluk Anlaşması**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976, s. 13.

dan ise, tasarruf işleminin yapıldığı an itibariyle değil de hakkın doğacağı an itibariyle belirli olması yeterli görülmelidir⁴⁰.

Katıldığımız görüş çerçevesinde kural olarak henüz doğmamış haklar üzerinde önceden tasarruf işlemi yapmak mümkün olduğundan, bu haklardan feragat de edilebilir⁴¹. Nitekim kanunda yer alan diğer bazı hükümlerden bu tür işlemlerin mümkün görüldüğü kanaatine varmak mümkündür. Örneğin TBK 285/II'ye göre “*Henüz edinilmemiş bir haktan feragat etmek veya bir mirası reddetmek, bağışlama değildir.*” Hükümün lafzına göre henüz iktisap edilmemiş bir haktan feragat mümkündür; ama bu bağışlama olarak nitelendirilemeyecektir. Yine Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nun bazı hükümlerinde, henüz doğmamış haklardan feragat edilmesine açıkça izin verilmiştir. Örneğin konumuzu teşkil eden mirastan feragat sözleşmesi (TMK 528) veya sorumsuzluk anlaşmaları (TBK 115 ve 116) ile kişilerin henüz doğmamış muhtemel haklarından feragat edebilecekleri açıkça düzenlenmiştir⁴².

Gerçekten de kanun koyucu mirastan feragat sözleşmesi ile henüz doğmamış, ancak ileride doğması muhtemel olan mirasçılık hakkından feragat edilebileceğini kanunda açıkça düzenlemiştir. TMK 528/I uyarınca, “*Mirasbırakan, bir mirasçısı ile karşılıksız veya bir karşılık sağlanarak mirastan feragat sözleşmesi yapabilir.*” Dolayısıyla yukarıdaki tartışmalar mirastan feragat bakımından artık önem taşımamaktadır⁴³. Böyle bir açık düzenleme olmasaydı henüz doğmamış bir hak üzerinde tasarrufta bulunmanın ve bu çerçevede haktan feragatin mümkün olup olmayacağına ilişkin tartışmalar konumuzu doğrudan ilgilendirebilirdi. Zira daha önce de belirttiğimiz üzere mirastan feragat sözleşmesi her ne kadar mirasbırakan bakımından bir ölüme bağlı tasarruf ise de feragat eden bakımından sağlararası bir tasarruf işlemi niteliğindedir⁴⁴ ve bu sözleşmeyle mirastan feragat eden taraf

⁴⁰ NOMER, **Beklenen Haklar**, s. 109.

⁴¹ AYİTER, s. 27, 119; AKMAN, s. 13; NOMER, **Borçlar Hukuku**, N. 205.3; NOMER, **Beklenen Haklar**, s. 107 vd.; PAKSOY, s. 27; VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 103. Bununla birlikte taşınmazlarda mülkiyetin kazanılması için tapu siciline tescil, taşınırlarda ise zilyetliğin devri gerektiğinden bunlara ilişkin tasarruf işlemlerinin henüz hak doğmadan yapılması mümkün değildir. Bu yönde bkz. AYİTER, s. 18 ve 120; PAKSOY, s. 25 vd. özellikle dn. 109; karş. VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 93.

⁴² Sorumsuzluk anlaşmasıyla bir kimse ileride doğacak olan alacak hakkı üzerinde bir tasarrufta bulunmaktadır. Bunun da feragat niteliğinde olduğu yönünde bkz. BAŞALP, Nilgün, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 38; PAKSOY, s. 7 vd.; ileride doğacak hak üzerinde bir tasarruf işlemi olduğu yönünde bkz. TEKİNAY, S. Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 879; AKMAN, s. 12.

⁴³ Benzer görüş için bkz. KURŞUN, **Mirastan Feragat**, s. 2365 vd.

⁴⁴ ANTALYA, s. 75; ANTALYA, O. Gökhan / SAĞLAM, İpek, **Miras Hukuku**, C. III, 5. Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara 2021, s. 283 vd. N. 1085 vd. Ancak işlemin tasarruf işlemi niteliğini kabul etmeyen yazarlar da bulunmaktadır.

gelecekte doğması muhtemel miras hakkı üzerinde tasarrufta bulunmaktadır⁴⁵. Bu sözleşmeyle birlikte feragat eden, ileride doğabilecek olan miras hakkını kaybetmekte, bu sebeple mirasbırakanın ölümünde onun mirasçılık sıfatı doğmamaktadır. Bu anlamda mirastan feragat sözleşmesi bir muhtemel ve müstakbel mirasçıya gelecekte doğması beklenen miras hakkı üzerinde aynı etkili şekilde tasarrufta bulunma imkanı veren kanun tarafından izin verilmiş tek hukuki işlemidir. Tasarruf işlemi olması itibariyle mirasbırakanın sağlığında muhtemel mirasçıların ileride doğması muhtemel miras hakkı üzerinde yapabileceği diğer borçlandırıcı işlem niteliğindeki sözleşmelerden de ayrılmaktadır⁴⁶. Yine burada şunu da ifade edelim ki, Kanunun bu açık hükmü karşısında bugün artık bir mirasçının muhtemel ve müstakbel miras hakkından vazgeçmesi ancak mirastan feragat sözleşmesi ile mümkün olabilecektir. Bunun dışında herhangi bir şekilde (örneğin tek taraflı bir feragatname ile) aynı sonuca ulaşması mümkün değildir.

Son olarak burada beklenti (Anwartschaft) kavramı üzerinde de durmak gerekir⁴⁷. Beklenti (Anwartschaft) kavramı, hak sahibi olmayı bekleyen kimsenin söz konusu hakka ilişkin büyük oranda belirlilik kazanmış ve hukuken korunan bekleme durumunu ifade eder⁴⁸. Bu kavram esas itibariyle şarta bağlı işlemlerde şarta bağlı hak sahibinin hukuki durumunu açıklamak üzere kullanılmaktaysa da geniş anlamıyla vadeye bağlı işlemler ile kanuni şarta bağlı işlemlerde ve bunun dışında hukuki işleme dayanmayan iktisaplarda da kanunun aradığı şartlardan birinin eksikliği halinde söz konusu olur⁴⁹. Doğmamış haktan feragat meselesi tartışmalı olmasına rağmen, beklenti ileride kazanılacak beklenen haktan bağımsız, mevcut bir hak olarak kabul edildiği için kural olarak beklenti üzerinde sahibinin tasarruf edebileceği ve bu çerçevede beklentiden feragat de edebileceği

⁴⁵ Bununla birlikte mirastan feragat sözleşmesiyle üzerinde tasarrufta bulunulanan ne olduğu konusunda doktrinde birçok farklı görüş de mevcuttur. Burada feragat edilenin miras hakkı değil, gelecekteki hakka ilişkin bekleme durumu olduğu yönünde bkz. ANTALYA, s. 43 vd. Ancak yazar bu bekleme durumunun hukuken korunan beklenti olmadığını da ifade etmektedir. Miras hukukundaki bekleme durumu hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. ANTALYA / SAĞLAM, s. 83 vd. N. 123 vd. Yine SEROZAN / ENGİN'e göre mirastan feragat sözleşmesi ile gelecekte varlığı ve kapsamı henüz belli olmayan bir mirası kazanma umudu üzerinde tasarrufta bulunmaktadır (SEROZAN / ENGİN, s. 388 N. 194). Mirastan feragat edenin ölüm anına kadar bir miras hakkının değil beklenen hakkının bulunduğu yönünde bkz. DURAL / ÖZ, s. 197 N. 880; karşı İMRE / ERMAN, s. 197.

⁴⁶ Karşı WEGERHOFF, Stefan, **Münchener Kommentar zum BGB, Abschnitt 7. Erbverzicht (§ 2346 - § 2352)**, 9. Auflage 2022, BGB § 2346 Rn. 2.

⁴⁷ Doktrinde bazı yazarlar ise aynı kavram için beklenti yerine beklenen hak ifadesini kullanmaktadır. Bu yönde bkz. OĞUZMAN / ÖZ, C. 2, N. 1519 vd.; ANTALYA, s. 40 vd.; SIRMEN, Lale, **Türk Özel Hukukunda Şart**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası Vakfı, Ankara, 1992, s. 131.

⁴⁸ Kavramın açıklaması için bkz. NOMER, **Beklenen Haklar**, s. 2 vd.; PAKSOY, s. 23; SIRMEN, s. 131.

⁴⁹ NOMER, **Beklenen Haklar**, s. 85 vd.

kabul edilmektedir⁵⁰. Dolayısıyla eğer henüz miras açılıncaya kadar miras hakkı beklenti niteliğinde bağımsız ve mevcut bir hak olarak kabul edilirse, bu durumda muhtemel ve müstakbel mirasçının onun üzerinde tasarrufta bulunmasını, bu çerçevede beklentiden feragat edebilmesini açıklamak kolaylaşacaktır. Ancak miras hakkının beklenti niteliğinde olduğu kabul edilirse, bu aynı zamanda konumuz bakımından da önem arz edecektir. Zira bu durumda henüz evlenmemiş nişanlılar ve evli çiftlerin hukuki durumu arasında bir farklılık söz konusu olurdu. Evlilikten sonra eşin miras hakkı üzerinde hukuki anlamda beklentisinin bulunduğu kabul edilecek olursa, eşler henüz doğmamış miras haklarından değil mevcut olan beklentiden feragat etmiş olacaklardır. Bu durumda evlenmeden önce bir beklentinin varlığı kabul edilemeyeceğinden nişanlılar bu haktan feragat edemeyeceklerdir⁵¹. Bununla birlikte konumuzu teşkil eden miras hakkının bu anlamda bir beklenti yaratmadığı doktrinde genel olarak kabul edilmektedir⁵². Zira, muhtemel mirasçıların mirasbırakanın ölümünden önce mirasçı olmaya yönelik beklentilerinin, teknik anlamda beklenti sayılmak için yeterli bir güvenceye sahip olmadığı ifade edilmektedir⁵³. Dolayısıyla bu durumda nişanlılar ve evli çiftler bakımından bu şekilde bir ayrıma gitmeye de gerek olmayacaktır.

Esasen mirastan feragat sözleşmesinin geçerli kabul edilerek kanunlarda benimsenmesi süreci özellikle de yukarıda açıkladığımız sebeplerle oldukça tartışmalı olmuştur. Roma hukukunda bir kimsenin vasiyetname yapma serbestisi mutlak olarak kabul edildiğinden, bu serbestiyi sınırlandıran miras sözleşmeleri ve bu kapsamda mirastan feragat sözleşmesi kabul görmemişti⁵⁴. Ancak Roma hukukunda özellikle mirastan feragat sözleşmesinin reddinde henüz doğmamış mirasçılık sıfatından vazgeçmenin mümkün olmadığı düşüncesinin de rol oynadığı

⁵⁰ OĞUZMAN / ÖZ, C. 2, N. 1521; PAKSOY, s. 23.

⁵¹ Karş. BÜTTIKER, s. 35 vd. Ancak yazar burada da nişanlılar bakımından istisnai bir durumun söz konusu olduğunu, miras hakkı beklenti niteliğinde sayılsa da onların doğmamış haklarından feragatinin her durumda mümkün olduğunu ileri sürmektedir (BÜTTIKER, s. 30).

⁵² NOMER, **Beklenen Haklar**, s. 130 vd.; ENGİN, **Mirastan Feragat**, s. 347 vd.; ANTALYA, s. 44 vd.; yazara göre burada sadece hukuk düzeni tarafından kurulan bir bekleme durumu söz konusudur ve mirastan feragat sözleşmesinin konusu da bu bekleme durumudur. Ancak bu bir beklenti veya beklenen hak niteliğinde değildir (ANTALYA, s. 42 vd.). Beklenen hakkın bulunduğu yönünde bkz. DURAL / ÖZ, s. 197 N. 880; karş. İMRE / ERMAN, s. 197. Yarg. 14. HD., E. 2016/404, K. 2016/5691, 10.5.2016, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası): “*Mirastan feragat sözleşmesi miras bırakan ile gelecekteki muhtemel mirasçısı arasında düzenlenen, ileride doğacak miras hakkına dair beklentiden karşılık alınarak veya bir karşılık alınmadan kısmen veya tamamen vazgeçmeye dair iki taraflı bir sözleşmedir. Mirastan feragat sözleşmesinin konusunu murisin halen hayatta bulunması sebebiyle miras geçmediğinden miras hakkı değil buna dair beklenti oluşturmaktadır.*”

⁵³ Tenkis davası ile muhtemel mirasçılara sağlanan sınırlı koruma da bunu beklenti saymak için yeterli görülmez (NOMER, **Beklenen Haklar**, s. 132).

⁵⁴ Ayrıntılı açıklama için bkz. ANTALYA, s. 17 vd.; ayrıca bkz. BÜTTIKER, s. 2 vd.

kabul edilmektedir⁵⁵. Nitekim bugün hala Roma hukukunun etkili olduğu Fransa, İtalya gibi birçok ülke hukuklarında henüz intikal etmemiş tereke üzerinde anlaşma veya bir haktan feragat etmeye yönelik hukuki işlemler ya geçersiz kabul edilmekte ya da çok sınırlı olarak kabul edilmektedir⁵⁶. Yine İslam hukukunda da Roma hukukunda olduğu gibi geçerli bir şekilde mirastan feragat sözleşmesi yapmak mümkün değildi. Bunun sebebi İslam hukukunun henüz doğmamış bir haktan feragati mümkün ve mantıklı görmemesiydi⁵⁷. Ancak Türk-İsviçre Medeni Kanunlarında kanun koyucunun iradesinin bu yönde olmadığına ve mirastan feragat sözleşmesini açıkça geçerli saydığına dikkat etmek gerekir. Dolayısıyla burada feragat işlemi Kanunun verdiği yetkiye dayanmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun bu açık düzenlemesi karşısında Yargıtay'ın doğmamış haktan feragatin mümkün olmayacağı gerekçesiyle evlenmeden önce yapılan mirastan feragat sözleşmelerini geçersiz sayması yerinde olmamıştır⁵⁸. Son olarak belirtelim ki, doğmamış haktan feragat bakımından, nişanlılar ve evli çiftler arasında herhangi bir fark da söz konusu olmayacaktır. Zira her iki grup bakımından da ileride doğması muhtemel bir miras hakkından feragat söz konusu olmaktadır. Bu sebeple olsa olsa nişanlılar arasında yapılan bu tarz sözleşmelerin TMK 528/I hükmünün kapsamında olup olmadığı veya aşağıda ele alacağımız üzere başkaca bir geçersizlik sebebini bünyesinde barındırıp barındırmadığı değerlendirilebilir.

⁵⁵ BÜTTIKER, s. 3.

⁵⁶ Bu konuda bkz. BÜTTIKER, s. 13; ANTALYA, s. 18 vd.; Levent BIÇAKÇI, **Mirastan Feragat Sözleşmesi**, İstanbul, 1999, s. 6 vd.; MüKoBGB / WEGERHOFF BGB § 2346 Rn. 45; HOEREN, Thomas, **Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar**, 11. Auflage, Buch 5, Erbrecht Nomos, Baden Baden 2022, BGB Vorb. §§ 2346-2352 N. 10.

⁵⁷ Bu yönde bkz. İMRE / ERMAN, s. 196 dn. 2; ANTALYA, s. 25; BIÇAKÇI, s. 5. Bu düşünceye dayanan BERKİ, mirastan feragat sözleşmesinin hukuk mantığına uygun olmadığını ileri sürmüştür. Bu konuda bkz. BERKİ, Şakir, "Türk Medeni Kanununda Mirastan Feragat", **Prof. Dr. Mahmut KOLOĞLU'na Armağan**, Ankara, 1975, s. 390 vd.

⁵⁸ Yargıtay benzer bir yorumu mirasbırakanın henüz hayatta olduğu dönemde mirasçılar tarafından düzenlenen tek taraflı feragatnameler ile sadece mirasçılar arasında düzenlenen ve mirasbırakanın izni olmadığı için geçersiz olan miras payının devri sözleşmeleri (TMK 678) bakımından da yapmaktadır. Esasen Kanunda aranan geçerlilik şartlarına uygun olmadığı için geçersiz sayılması gereken bu tarz hukuki işlemler bakımından da Yargıtay yapılan hukuki işlemin geçersiz olacağını belirtirken bunun gerekçesini "doğmamış haktan feragat olmaz" şeklinde açıklamaktadır. Oysa bizim hukukumuzda mirastan feragat sözleşmeleri gibi mirasın açılmasından önce yapılan diğer sözleşmeler de Kanunda belirlenen sınırlar çerçevesinde geçerli sayılmıştır. Burada tartışılması gereken husus doğmamış haktan feragatin mümkün olup olmayacağı değil yapılan hukuki işlemlerin kanunda yer alan bu düzenlemelerin kapsamına girip girmeyeceğidir. Bu yönde bkz. Yarg. 14. HD., E. 2015/1922, K. 2015/6116, 4.6.2015 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası). Karardan: "TMK'nın "mirasın açılmasından önce yapılan sözleşmeler" başlıklı 678. maddesinin "Mirasbırakanın katılması veya izni olmaksızın bir mirasçının henüz açılmamış bir miras hakkında diğer mirasçılar veya üçüncü bir kişi ile yapacağı sözleşmeler geçerli değildir. Böyle bir sözleşme gereğince yerine getirilmiş olan edimlerin geri verilmesi istenebilir." hükmü gereğince henüz doğmamış bir haktan önceden feragat mümkün olmadığından tek taraflı olarak düzenlenen taahhütnameler haktan feragat niteliğinde kabul edilemez ve hukuken geçerli değildir."

C. TMK 528 Hükümünün Kapsamı

TMK 528/I uyarınca, “*Mirasbırakan, bir mirasçısı ile karşılıksız veya bir karşılık sağlanarak mirastan feragat sözleşmesi yapabilir.*” Öncelikle belirtmek gerekir ki, hükümde her ne kadar mirasçı ifadesi kullanılmışsa da mirastan feragat sözleşmesinin kurulduğu anda feragat eden kimsenin miras hakkından veya mirasçı sıfatından bahsedilemeyeceğinden, burada kastedilen muhtemel ve müstakbel mirasçısıdır⁵⁹. Bu anlamda mirastan feragat sözleşmesinin kural olarak her tür müstakbel mirasçı ile yapılabileceği kabul edilmektedir. Kanuni mirasçılar, atanmış mirasçılar ve hatta vasiyet alacaklılarıyla dahi mirastan feragat sözleşmesi yapılması mümkündür⁶⁰. Ayrıca mirastan feragat edecek kanuni mirasçının saklı paylı olması şartı da aranmamaktadır⁶¹. Feragat eden kanuni mirasçının en yakın sırada veya ilk derecede olması da gerekli değildir; mirasbırakan daha uzak derecedeki bir mirasçıyla da mirastan feragat sözleşmesi yapılabilir. Örneğin hasta oğlu bulunan mirasbırakanın kardeşiyle mirastan feragat sözleşmesi yapabileceği kabul edilmektedir⁶². Nitekim burada mirasçı olarak anılan kişiler, en yakın sırada ve ilk derecede olsa dahi esasen mirasbırakanın sağlığında teknik anlamda mirasçı sıfatını taşımazlar ve bu kişilerin henüz bu aşamada ileride muhtemel terekeyi oluşturacak mirasbırakanın malvarlığında da hak sahiplikleri söz konusu değildir. Kanuni ve iradi mirasçılık sıfatı ancak mirasbırakanın ölümünde Kanunda aranan birtakım şartların gerçekleşmesiyle söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla kanun koyucunun TMK 528’de mirasçı olarak bahsettiği kişilerin tamamı ister kanuni ister iradi mirasçılar olsun, sadece muhtemel ve müstakbel mirasçılardır. Bu açıdan bakıldığında gelecekte miras bırakana kanuni mirasçı olması kuvvetle muhtemel olan mirasçıların yanında,

⁵⁹ ANTALYA, s. 30 vd.; DURAL / ÖZ, s. 197 N. 880; BK WEIMAR, Art.495 ZGB N. 3; bu dönemde sadece mirasçı olma şansı ya da umudundan söz edilebileceği yönünde bkz. ENGİN, **Mirastan Feragat**, s. 347 vd.; bu ifadelerle kastedilen ileride doğabilecek, muhtemel miras hakkından feragat eden kimsenin mirasın açılması anında mirasta hak sahibi olabilmeye ilişkin diğer şartları taşısa bile mirasçılık sıfatını kazanamayacağı olduğu yönünde bkz. SEROZAN / ENGİN, s. 389 N. 196.

⁶⁰ BK WEIMAR, Art.495 ZGB N. 4; ANTALYA, s. 30 vd.; BIÇAKÇI, s. 44 vd.; SEROZAN / ENGİN, s. 388 N. 194; ÖZTAN, Bilge, **Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle)**, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 254.

⁶¹ BK WEIMAR, Art.495 ZGB N. 4; SEROZAN / ENGİN, s. 388 N. 194; İMRE / ERMAN, s. 198. Ancak her ne kadar mirastan feragat sözleşmesinin her mirasçı ile yapılması mümkünse de sözleşmenin işlevinin mirasbırakanın tasarruf nisabını genişletmek olduğu dikkate alındığında bu sözleşmenin asıl önemini saklı paylı mirasçılar yönünden göstereceği kabul edilmektedir. Zira eğer bir mirasçı saklı paylı değilse mirasbırakan onun payı üzerinde serbestçe tasarruf edebileceğinden ayrıca mirastan feragat sözleşmesi yapmasına gerek olmayacaktır. Bu yönde bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Miras Hukuku**, s. 301; İMRE / ERMAN, s. 198; DURAL / ÖZ, s. 199 N. 888. Yine de saklı paylı olmayan mirasçı bakımından da mirastan feragat sözleşmesi onun alacağı ivazın tespiti ve sağlığında bu ivazı elde edebilme imkanı bakımından önem taşıyabilir (ANTALYA, s. 31).

⁶² ANTALYA, s. 30 vd.

mirasçı olma olasılığı nispeten düşük olan mirasçılarının ve bu kapsamda nişanlıların da hüküm kapsamında değerlendirilebileceğinde tereddüt etmemek gerekir. Zira bu iki grup arasında muhtemel ve müstakbel mirasçılık sıfatı bakımından hukuken bir fark bulunmamaktadır. Nitekim doktrinde de bu konuyu ele alan yazarların çoğunluğu nişanlıların veya çiftlerin evlenmeden ve henüz muhtemel mirasçı sıfatını kazanmadan önce mirasbırakanla mirastan feragat sözleşmesi yapabileceğini kabul etmektedirler⁶³. Yine benzer şekilde evlatlık adayının da evlat edinme öncesinde mirastan feragat edebileceği kabul edilmektedir⁶⁴.

Tarihsel açıdan bakıldığında da mirastan feragat sözleşmesinin kabulünde nişanlıların bu sözleşmeyi yapabilmesi gerekliliği önemli rol oynamış ve birçok ülke hukukunda bu husus açıkça kabul edilmiştir⁶⁵. Örneğin Alman Hukukunda, mirastan feragat sözleşmesinin esas öneminin mirasçılık düzeninin önceden belirlenmesi ve bu çerçevede eşlerin ve gelecekteki eşlerin mirasçılığına son verilmesi olduğu açıkça ifade edilmektedir⁶⁶. Mirastan feragat sözleşmesini

⁶³ BÜTTIKER, s. 9; ANTALYA, s. 35; s. 155 vd.; SEROZAN / ENGİN, s. 389 N. 196; ENGİN, **Mirastan Feragat**, s. 348 vd.; DURAL, s. 97 vd.; ERTAŞ, s. 2897; KURŞUN, **Mirastan Feragat**, s. 2366; DEMİRSATAN, s. 1074 dn. 72. DEMİRSATAN'a göre mirasçı sıfatının kazanılması böyle bir sözleşmenin hüküm ifade etmesi için kanuni şart teşkil eder. Miras açıldığında feragat eden, feragat gerçekleşmemiş olsaydı mirasçı sıfatını kazanacak idiyse, sözleşme hükümlerini doğurur (DEMİRSATAN, s. 1074 dn. 72; benzer bir görüş için bkz. ÇABRİ, Sezer, **Miras Hukuku Şerhi (TMK m.495-574)**, C. 1, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 473). Kanaatimizce mirastan feragat sözleşmesiyle feragat işlemini ayrı değerlendirmek gerekir. Mirastan feragat eden kimsenin daha sonra herhangi bir sebeple mirasçı olamaması halinde feragat tasarruf işlemi hüküm doğurmaz, ancak mirastan feragat sözleşmesinin geçerliliği bundan etkilenmeyecektir. Feragat sözleşmesi bünyesi gereği riskli bir işlem (muhataralı akti) olduğundan taraflar bu tür riskleri baştan göze almış sayılırlar. Bu yönde bkz. SEROZAN / ENGİN, s. 391 vd. N. 202; ENGİN, Baki İlkay, **Mirastan Yoksunluk**, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 176; ayrıca bkz. BSK ZGB II-BREITSCHMID / BORNHAUSER, Art.495 ZGB N. 4. Sadece mirastan feragat edenin sonradan mirastan yoksun olması gibi olağüstü bir gelişmenin söz konusu olduğu hallerde mirastan feragat sözleşmesinin işlem temelinin çıktığı gerekçesiyle hüküm ifade etmeyeceği, bu durumda feragat edenin aldığı ivazı iade etmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. ENGİN, **Mirastan Yoksunluk**, s. 177; ÖZTAN, s. 347; ayrıca bkz. BSK ZGB II-BREITSCHMID / BORNHAUSER, Art.495 ZGB N. 4. Dolayısıyla taraflar evlenmeden önce mirastan feragat sözleşmesi yapmış ve daha sonra evlilik gerçekleşmemiş olsa dahi, sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmeleri mümkün değildir. Hatta ivazlı feragat sözleşmesi yapılmış olup feragat eden taraf feragat bedelini önceden almış olsa bile diğer taraf bunun iadesini talep edemez. Bununla birlikte feragat sözleşmesinin şarta bağlı olarak yapılması mümkün olduğundan (Bu konuda bkz. BK WEIMAR, Art.495 ZGB N. 9), taraflar evlenmeyi sözleşmenin hüküm ifade etmesi bakımından bir geciktirici koşul olarak kararlaştırabilirler. Böyle bir durumda evlenme gerçekleşmediği sürece mirastan feragat sözleşmesi hüküm ifade etmeyecektir. Aynı şekilde mirastan feragat sözleşmesi evlenmenin ölümden önce gerçekleşmemesi bozucu şartına da bağlanabilir. Bu açıdan karşı. KURŞUN, **Mirastan Feragat**, s. 2370.

⁶⁴ SEROZAN / ENGİN, s. 392; ANTALYA, s. 35.

⁶⁵ BÜTTIKER, s. 9; ANTALYA, s. 19 vd.; BİÇAKÇI, s. 9.

⁶⁶ MüKoBGB / WEGERHOFF § 2346 Rn. 1 ve 7; STÜRNER Rolf, **Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch**, 18. Aufl., C.H. BECK, 2021, BGB § 2346 Rn. 1; HK-BGB / Thomas HOEREN BGB Vorb. §§ 2346-2352 N. 5; Nitekim mirastan feragat sözleşmesi yapma ehliyetine ilişkin BGB § 2347/1 hükmünün 21.07.2017 tarihine kadar yürürlükte olan versiyonunda nişanlıların mirastan feragat sözleşmesi yapma ehliyetine ilişkin hususlar açıkça düzenlenmişti. Bu hüküm her ne kadar 17.7.2017 Çocuk Evlilikleriyle

geçerli kabul eden diğer ülke hukuklarında da bu sözleşmelerin nişanlılar arasında yapılabileceği kabul görmektedir. Nitekim Türk Hukukunda da mirastan feragat sözleşmesi kabul edilirken, sözleşmenin tarafı olabilecek kişilere ilişkin herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Dolayısıyla kanunkoyucunun bu düzenlemesi ile bağlı kalması gereken Yargıtay'ın feragat beyanında bulunan tarafın mirasçı sıfatını taşımaması sebebiyle henüz evlenmeden önce yapılan mirastan feragat sözleşmesinin TMK 528 anlamında feragat sözleşmesi sayılmayacağı yönündeki içtihadı yerinde değildir, nişanlıların da bahsi geçen hüküm kapsamında olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Buna rağmen Yargıtay evlenmeden önce ve evlendikten sonra yapılan mirastan feragat sözleşmelerinin geçerliliği açısından önemli bir farklılık yaratmış, evlendikten sonra eşler arasında yapılan mirastan feragat sözleşmelerini geçerli sayarken, evlenmeden önce yapılanları tümden geçersiz kabul etmiştir. Bu sebeple burada evliliğin gerçekleşmesinin bu sözleşmelerin geçerliliği bakımından neden bu kadar önem taşıdığı hususunun da üzerinde durulması gerekir.

D. Somut Olayın Şartları Çerçevesinde Mirastan Feragat Sözleşmesinin Geçersizliği

Daha önce de belirttiğimiz üzere katıldığımız görüş çerçevesinde kanun tarafından aksi öngörülmedikçe kural olarak her haktan feragat edilebilir. Bununla birlikte kanun koyucunun açık bir yasağı olmasa bile belirli bir haktan feragat edilmesi emredici hükümlere, kişilik haklarına, ahlaka veya kamu düzenine aykırılık teşkil ediyorsa, bu haktan feragat edilmesi geçerli olmayacaktır⁶⁷. Bu bağlamda belirli bir haktan feragat, kişinin kendisini aşırı bağlaması veya korumasız bırakması anlamına geliyorsa, TMK 23/II'deki sınırlama nedeni ile hukuka aykırı olacaktır⁶⁸. Özellikle henüz doğmamış haklardan feragat edilmesi söz konusu olduğunda, kişinin geleceğini ve kendini aşırı derecede sınırlaması riskinin yüksek olduğu haklı olarak ifade edilmektedir⁶⁹. Nitekim kanun koyucu da bazı hallerde bu gerekçeyle doğmamış haktan feragati

Mücadele Kanunu uyarınca yürürlükten kaldırılmışsa da bu sadece çocuk yaştaki kişilerin nişanlanmaları ve evlenmelerine engel olmak maksadıyla yapılmış bir düzenleme olduğundan, ergin nişanlıların mirastan feragat sözleşmesi yapabileceklerinde bir tereddüt bulunmamaktadır. Konu hakkında açıklama için bkz. MüKoBGB / WEGERHOFF BGB § 2347 Rn. 5; Jauernig / STÜRNER BGB § 2347 Rn. 4. Ayrıca bkz. § 2276 Abs. 2 BGB.

⁶⁷ PAKSOY, s. 27 vd.

⁶⁸ PAKSOY, s. 28. MK 23'ün kapsamı hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 216 vd.; KARABAĞ BULUT, s. 88 vd.; SEROZAN, **Kişiler**, İkinci Başlık I § 3 N. 6 vd., s. 461 vd.

⁶⁹ PAKSOY, s. 28.

yasaklamıştır⁷⁰. Dolayısıyla burada evlenmeden önce yapılan mirastan feragat sözleşmesinin TMK 23/II'deki sınırı aşmış olmadığına da tespit edilmesi gerekir.

Kanaatimizce evlendikten sonra eşler arasında yapılması mümkün görülen mirastan feragat sözleşmesinin Yargıtay tarafından evlenmeden önce geçersiz sayılmasının altında yatan esas sebep tasarruf yetkisi eksikliği değil, bu sözleşmelerin TMK 23/II hükmüne aykırı görülmesidir. Böylece Yargıtay müstakbel eşin, ileride evlendikten sonra dilerse kanunun verdiği yetki çerçevesinde serbestçe feragat edebileceği müstakbel mirasçılık sıfatından ve ileride doğması muhtemel miras hakkından evliliği gerçekleştirme kaygısıyla ve diğer eşin veya ailesinin baskısıyla önceden feragat etmesini TMK 23 hükmüne aykırı görmekte ve kendisini geleceğe yönelik olarak aşırı derecede sınırlamasını engellemek istemektedir. Nitekim bahsi geçen Yargıtay kararına konu olan olayda da; “*Davacı, miras bırakan ... ile 21.04.2007 tarihinde evlendiğini, ancak davalıların baskıları sonucu evlenmeden önce miras bırakan ile arasında ... 24. Noterliğin-de 27.02.2007 tarihinde mirastan feragat sözleşmesi düzenlendiğini, doğmamış bir haktan feragat edilmesinin hukuken mümkün olmaması sebebiyle sözleşmenin geçersiz olduğunu, ...*” ileri sürmüştür.

Yargıtay’ın nişanlılar arasında yapılan sözleşmelerin geçersiz olmasının sebebi olarak gösterdiği “doğmamış haktan feragatin mümkün olmayacağı” yönündeki ifadeyi de bu şekilde yorumlamak mümkündür. Yoksa eğer buradaki sorun tasarruf yetkisi eksikliği olsaydı, daha önce de açıkladığımız üzere evlenmeden önce veya evlendikten sonra yapılacak mirastan feragat sözleşmeleri arasında bu açıdan herhangi bir fark bulunmamaktadır. Zira her iki durumda da henüz mirasçılık sıfatı kazanılmamış olduğundan ve ancak mirasın açılmasıyla kazanılacağından doğmamış haktan feragat söz konusu olacak ve tasarruf yetkisi eksikliği sorunu karşımıza çıkacaktır. Kaldı ki kanunkoyucu kendisi Kanunda açıkça düzenleyerek mirastan feragat sözleşmesi kapsamında muhtemel ve müstakbel mirasçının henüz doğmamış hakkından feragatine izin vermiştir (TMK 528). Bu sebeple en azından mirastan feragat sözleşmesi bakımından doğmamış haktan feragatin mümkün olup olmadığının tartışılması anlamsızdır. Bununla

⁷⁰ Örneğin TBK 42/II uyarınca temsil yetkisini geri almak hakkından feragatin yasak olmasının temelinde yatan düşünce, bunun MK 23 ile bağdaşmıyor olmasıdır. Bu yönde bkz. BUZ, s. 416. Yine zamanaşımından önceden feragat edilmesini, zamanaşımına tabi alacağın doğduğu anda veya bu anın öncesinde zamanaşımından feragat edilmesi olarak anlayan görüşe göre TBK 160/1’in amacı henüz alacağın doğacağı aşamada zamanaşımının kendisi için faydasını tam olarak kavrayamayan borçluların kendilerini geleceğe yönelik olarak aşırı derecede sınırlamalarının engellenmesidir. Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. PAKSOY, s. 71 vd.

birlikte kanaatimizce nasıl ki doğmamış haklardan feragatin her durumda TMK 23/II hükmüne aykırı olduğundan bahisle geçersiz sayılması mümkün değilse, ileride doğması muhtemel mirasçılık sıfatından evlenmeden önce feragat etmenin de her zaman TMK 23/II hükmü kapsamında kendiliğinden geçersiz sayılması mümkün değildir⁷¹. Evlenmeden önce yapılacak mirastan feragat sözleşmelerini bu şekilde tamamen yasaklamak, kişilik haklarını sınırlamayan ve genellikle her iki tarafın da menfaatine olan mirastan feragat sözleşmelerine de engel olmak anlamına gelecektir. Buna karşılık kişinin özgürlüğünü kabul edilemez derecede sınırlayan ve TMK 23/II ile garanti altına alınan hareket serbesliğine aykırı olan feragatlerin zaten geçersiz olacağı açıktır.

Bilindiği üzere miras hukukunda ölüme bağlı tasarruflar bakımından bir kimsenin evlenip evlenmemesine yönelik olarak kişi üzerinde baskı kuran kayıtların geçerliliği sıkça tartışılmaktadır⁷². Türk/İsviçre hukukunda bu tarz kayıtlar kanuna veya ahlaka aykırı ya da kişilik hakkına (TMK 23) müdahale olarak görülmekte ve kural olarak geçersiz kabul edilmektedir⁷³. Gerçekten de TMK 23 hükmü esas itibariyle kişinin özgürlüklerinden vazgeçmesi ile özgürlüklerini hukuka ve ahlaka aykırı şekilde sınırlamasına karşı kişiyi korumak amacıyla getirilmiş bir hükümdür. Bu hüküm kapsamında evlenme veya ölüme bağlı tasarrufta bulunma gibi kişiye sıkı surette bağlı manevi haklardan feragat mümkün değildir. Bu sebeple örneğin bir kimsenin, belirli bir kişi ile evlenmeyi taahhüt etmesi, asla evlenmeyeceğini taahhüt etmesi veya ölüme bağlı tasarruf yapmayı ya da yapmamayı taahhüt etmesi gibi haller TMK 23/I hükmü kapsamında ele alınacak ve bu taahhütlere geçerlilik tanınmayacaktır⁷⁴. Ancak evlenmeden önce yapılan mirastan feragat sözleşmesi bakımından böyle bir durum söz konusu değildir. Evlenmeden önce yapılan feragat sözleşmesiyle feragat eden ne evlenip evlenmeme konusunda ne de ölüme bağlı tasarruf yapıp yapmama konusunda bir taahhütte bulunmaktadır. Burada ölüme bağlı bir tasarrufun geçerliliğinin evlenme şartına bağlanması değil, tam aksine evlenmenin

⁷¹ Bu konuda genel olarak mirastan feragat bakımından bkz. BSK ZGB II-BREITSCHMID / BORNHAUSER, Art.495 ZGB N. 5; yazarlar her ne kadar mirastan feragat sözleşmesiyle tam olarak belirlenmemiş gelecekteki haklardan feragat ediliyorsa da bunun kişilik hakları bakımından bir sakıncası olmadığını, zira bu durumda genel bir haktan feragatin değil, sadece somut bir tereke üzerindeki haktan feragatin söz konusu olduğunu belirtmektedir. Aksi görüş için bkz. ÖZÜĞÜR, s. 234.

⁷² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Miras Hukuku**, s. 275 vd.; DURAL / ÖZ, s. 159; HATEMİ, Hüseyin, **Miras Hukuku**, 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, § 6 N. 31 vd.

⁷³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Miras Hukuku**, s. 275 vd.; DURAL / ÖZ, s. 159.

⁷⁴ Bu yönde bkz. SEROZAN, **Kişiler**, İkinci Başlık I § 3 N. 6f, s. 464 vd.; KARABAĞ BULUT, s. 103 vd. Yargıtay'ın kişinin evleneceği kimseyi seçebilme özgürlüğünün kişilik hakkı kapsamında korunacağına ilişkin kararları için bkz. a.y. dn. 48.

mirastan feragat etme şartına bağlanması durumu söz konusudur, ki bu da feragat eden açısından sağlararası bir işlemdir. Dolayısıyla böyle bir sözleşmenin geçerliliği, miras hukukunda tartışılan evlenme özgürlüğünün kısıtlanmasına ilişkin şartların geçerliliği meselesinden farklı değerlendirilmelidir.

Doktrinde BERKİ mirastan feragat şartıyla evlenmenin veya evlenme akdinden önce mirastan feragat etmenin geçerli olmayacağını belirtmiştir⁷⁵. Esasen burada öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, evlilik sözleşmesinin kamu düzeniyle arasındaki sıkı ilişki, sıkı şekil şartlarına tabi olması ve bu alanda ahlaki ilkelerin egemen olması sebebiyle şarta bağlanması mümkün değildir⁷⁶. Dolayısıyla mirastan feragat şartıyla evlenme zaten söz konusu olamayacaktır. Burada kastedilen evlenme arzusundaki bir kimsenin evliliğin gerçekleşebilmesi için mirastan feragat etmeye zorlanmasıdır. Bu çerçevede bir kimsenin evlendikten sonra mirastan feragat sözleşmesi yapmayı taahhüt etmesi veya bir kimsenin evlenmeden önce mirastan feragat etmediği takdirde evliliğin gerçekleşmeyeceği tehdidiyle mirastan feragat etmeye zorlanması, TMK 23 hükmüne aykırılık teşkil edecek midir? Kanaatimizce buna yönelik baştan ve kesin bir cevap vermek mümkün değildir, bu hususun somut olayın şartları çerçevesinde değerlendirmesi gerekir⁷⁷. Bununla birlikte mirastan feragat sözleşmesi yapan bir kimse esas itibariyle Kanunun cevaz verdiği ve açıkça düzenlediği, kendisi bakımından sağlararası tasarruf niteliği taşıyan bir sözleşmeyle ileride doğacak olan muhtemel miras hakkından feragat etmektedir. Bunun evlenmeden önce yapılması ve diğer eşin ancak bu sözleşmenin yapılması şartıyla kendisiyle evleneceğini ifade etmesi kural olarak onun herhangi bir özgürlüğüne müdahale sayılmaz. Zira mirastan feragat sözleşmesi yapmaya bu şekilde zorlanan kimse, bu durumda sözleşmeyi yapmak veya kendisini buna zorlayan kişiyle evlenmemek arasında serbest iradesiyle bir tercihte bulunabilir. Mirastan feragat sözleşmesini yaptıktan sonra evlenip arkasından bu sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek, eğer sözleşme bakımından başkaca bir geçersizlik sebebi söz konusu değilse kanaatimizce mümkün olmamalıdır.

⁷⁵ BERKİ, **Eşin Mirasçılığı**, s. 329.

⁷⁶ SİRMEN, s. 100 vd.

⁷⁷ Burada şunu da belirtmemiz gerekir ki, evlenmeden önce yapılan mirastan feragat sözleşmesinin MK 23 hükmüne aykırılık sebebiyle geçersiz sayılacağı kabul edilirse, bu geçersizliğin mirastan feragat sözleşmesi yapma taahhüdüyle de aşılması mümkün olmayacaktır. Zira tasarruf işlemi niteliğindeki mirastan feragat sözleşmesinin kişilik hakkını aşırı sınırlandırdığı kabul ediliyorsa buna ilişkin borçlandırıcı işlemin de aynı sebeple geçersiz olacağını kabul etmek gerekecektir. Karş. BUZ, s. 416; PAKSOY, s. 112 vd. Kaldı ki, yine daha önce de belirttiğimiz üzere katıldığımız görüş çerçevesinde miras hukukundaki tip ve şekil zorunluluğu karşısında evlenmeden önce bir mirastan feragat sözleşmesi yapma vaadi sözleşmesi yapmanın mümkün olamayacağı düşüncesindeyiz. Bu yönde bkz. ANTALYA, s. 64; aksi görüşte KURŞUN, **Mirastan Feragat**, s. 2367.

Bununla birlikte evlenmeden önce yapılan mirastan feragat sözleşmelerinin geçerliliği de evlendikten sonra yapılanlardan farklı değerlendirmek gerekir. Bu sebeple genel olarak mirastan feragat sözleşmesi bakımından söz konusu olabilecek geçersizlik sebeplerinin evlenmeden önce yapılan sözleşmeler bakımından da aynı şekilde dikkate alınması gerekecektir. Her somut olayda feragat eden bakımından irade sakatlıklarından birinin veya aşırı yararlanmanın söz konusu olup olmadığı değerlendirilmelidir. Mirastan feragat sözleşmesi mirastan feragat eden bakımından ölüme bağlı bir tasarruf olmayıp sağlararası bir işlem olduğundan onun iradesindeki sakatlıklar bakımından Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulanacaktır⁷⁸. Dolayısıyla mirastan feragat eden veya onun mirasçıları şartları gerçekleştiği takdirde TBK 30 vd. hükümleri çerçevesinde mirastan feragat sözleşmesini iptal ettirebilirler⁷⁹. Yine ivazlı feragat sözleşmeleri bakımından doktrinde genel olarak aşırı yararlanma hükümlerinin de uygulanabileceği kabul edilmektedir⁸⁰. Buna karşılık ileri sürülen diğer bir görüşe göre, miras payı üzerindeki olası hakka ilişkin belirsizlik aşırı yararlanmada kazandırmalar arasındaki oran bakımından değerlendirme yapılmasını imkansız hale getirmekte, bu durum mirastan feragat sözleşmelerinde aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmektedir⁸¹. Buna göre aşırı yararlanmanın şartlarının gerçekleştiği izlenimi uyandıran bu gibi hallerde somut olayın şartlarına göre hukuki işlem ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz sayılabilir⁸². Özellikle sözleşme kurulurken bir tarafın bulunduğu üstün konumundan yararlanarak daha zayıf konumda olan karşı tarafa açıkça onun menfaatlerine ölçüsüz derecede aykırı hükümler kabul ettirmesi ve bu suretle aşırı bir men-

⁷⁸ ANTALYA, s. 229.

⁷⁹ ANTALYA, s. 235. Feragat edenin iptal yönündeki irade açıklamasının ne şekilde gerçekleşeceği doktrinde tartışmalıdır. Farklı görüşler hakkında bkz. ANTALYA, s. 235; ayrıca bkz. BK WEIMAR, Art.495 ZGB N. 10.

⁸⁰ ANTALYA, s. 231; BIÇAKÇI, s. 109; HATEMİ, Hüseyin, "Miras Sözleşmelerinde Gabin Söz Konusu Olabilir mi?", Prof. Dr. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU İçin Armağan, Seçkin Hukuk, Ankara, 2004, s. 192 vd., KURŞUN, *Mirastan Feragat*, s. 2378 vd.; SEROZAN / ENGİN, s. 393 N. 205; yazarlar özellikle ivazsız feragat sözleşmeleri bakımından bu olasılığı değerlendirmektedir. Karş. CHK- HRU-BESCH-MILLAUER, Art.495 ZGB N. 2. Yazara göre ivazlı mirastan feragat sözleşmelerinde mirasın açılmasına kadar gerçekleşebilecek değişiklikler sebebiyle tarafların edimleri arasında objektif bir denge aranmasa da taraf iradeleri doğrultusunda sübjektif bir dengenin bulunması gereklidir. Ancak baştan var olan bu dengenin sonradan bozulması halinde feragat sözleşmesinin özü itibarıyla riskli bir işlem olması sebebiyle TMK 557 vd. hükümleri ile TMK 547'ye gidilemez. Ayrıca bkz. BSK ZGB II-BREITSCHMID / BORNHAUSER, Art.495 ZGB N. 4.

⁸¹ DEMİRSATAN, s. 1076.

⁸² DEMİRSATAN, s. 1076. Nitekim yazara göre yukarıda bahsi geçen Yargıtay kararına konu olan vakıalara benzer hallerde de işlemin geçerliliğini, aşırı yararlanma hükümleri çerçevesinde değil de irade bozuklukları ve ahlaka aykırılık açısından değerlendirmek daha yerinde olacaktır (DEMİRSATAN, s. 1074 dn. 72).

faat elde etmesi durumunda ahlaka aykırılığın söz konusu olacağı ifade edilmektedir⁸³. Haklı olarak doktrinde SEROZAN/ENGİN tarafından haksız dayatma olasılığının özellikle ivazsız mirastan feragat sözleşmelerinde dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir. Böyle bir durumda hukuka ve ahlaka aykırılık ya da irade bozukluğu kurallarının uygulanması söz konusu olabilir⁸⁴. Feragat sözleşmesinin ahlaka aykırılık veya irade sakatlığı sebebiyle iptal edildiği hallerde feragat eden mirasçı sıfatını tekrar kazanır⁸⁵.

III. SONUÇ VE KANAATİMİZ

Esasen mirastan feragat sözleşmesinin birçok zaman saklı paylı mirasçılarla yapılması ve saklı paylı müstakbel mirasçıların saklı paylarından vazgeçmesi sonucunu doğuracak şekilde etki etmesi vicdani bakımdan rahatsız edici olabilir. Nitekim birçok ülke özellikle bu sebeple mirastan feragat sözleşmesini geçerli kabul etmekten çekinmiş ve bu sebeple kanunlarında ya hiç düzenlememiş ya da bu sözleşmeyi çok sıkı birtakım şartlar altında geçerli kabul etmiştir. Buna karşılık Türk Hukukunda kanunkoyucu mirastan feragat sözleşmesini açıkça geçerli saymış ve Medeni Kanun'da (TMK 528 vd.) hüküm altına almıştır. Yine kanunkoyucu söz konusu hükmü düzenlerken mirastan feragat edenler bakımından herhangi bir sınırlama da öngörmemiştir. Bunun karşısında birtakım gerekçelerle ve özellikle sözleşmenin zayıf tarafını baştan korumak maksadıyla adı geçen sözleşmelerin geçersizliğini ileri sürmek kanunkoyucunun iradesiyle çelişkili olacaktır. Bu çerçevede yukarıda da açıkladığımız üzere TMK 528/I'de sözleşmenin tarafı olarak belirtilen mirasçı ile kastedilen teknik anlamda mirasçı değil, muhtemel ve müstakbel mirasçısıdır. Muhtemel ve müstakbel mirasçılık açısından ise kanaatimizce müstakbel eş ile mevcut eş arasında hukuken her-

⁸³ Haksız etkileme - haksız dayatma konusunda bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Cilt I, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, § 42 N. 47 vd.; SEROZAN, Rona, "Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarılma Yoluna Düzeltilmesi", **Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN'ın Anısına Armağan**, Beta, İstanbul, 2000, s. 1016 vd.; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 401 vd.; KURŞUN, Ali Suphi, Aşırı Yararlanma ve Ahlaka Aykırılıkta Taleplerin Yarışması", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2016, C. 15, S. 2-2, s. 192 vd.; ayrıca bkz. BAŞOĞLU, Başak, "Miras Hukuku Özelinde Haksız Etkileme Kavramı ve Buna Bağlanabilecek Sonuçlar", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2018, C. 17, S. 1, s. 388 vd.

⁸⁴ SEROZAN / ENGİN, s. 390 N. 198 ve s. 393 N. 205.

⁸⁵ DURAL / ÖZ, s. 203 N. 905. TMK 557 b. 3 bir ölüme bağlı tasarrufun içeriğinin, bağlandığı koşullar veya yüklemelerin hukuka veya ahlaka aykırı olmasını iptal sebebi olarak saymıştır. Buna karşılık doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre bu durumda da TBK 27'deki ana kuraldan ayrılmayı gerektirecek bir durum olmadıgından, kanuna ve ahlaka aykırı bir ölüme bağlı tasarrufun kesin hükümsüz sayılması gerekir. Bu yönde bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Miras Hukuku**, s. 336 vd.; DURAL, s. 292; ANTALYA, s. 235 vd.

hangi bir farklılık söz konusu değildir. Bu durumda somut olayın şartları çerçevesinde başkaca özel bir geçersizlik sebebi (örn. kişilik haklarının aşırı sınırlandırılması gibi) söz konusu olmadığı müddetçe hakimler kanunkoyucunun mirastan feragat sözleşmesini geçerli kabul eden iradesiyle bağlı olacaklarından buna göre bir değerlendirme yapılması uygun olacaktır⁸⁶. Geçersizlik şartları bakımından somut olayda yapılacak değerlendirmede ise evlenmeden önce veya evlilikten sonra yapılacak mirastan feragat sözleşmeleri arasında herhangi bir farklılık gözetmek doğru olmayacaktır.

⁸⁶ Benzer yönde bkz. İsviçre Federal Mahkemesinin 5C.91/2000 sayılı kararı (yayınlanmamış).

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA / REFERENCES

- AKMAN, Galip Sermet, **Sorumsuzluk Anlaşması**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976.
- ALBAŞ, Hakan, “Mirastan Feragat Sözleşmesi ve Hükümlerine İlişkin Bazı Sorunlar”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2007, C. 9, Özel Sayı, s. 535-552.
- ANTALYA, O. Gökhan / SAĞLAM, İpek, **Miras Hukuku**, C. III, 5. Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara 2021.
- ANTALYA, O. Gökhan, **Mirastan Feragat Sözleşmesi**, Alkım Yayınevi, İstanbul 1999.
- AYİTER, Kudret, **Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri**, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Kollektif Ortaklığı, Ankara 1953.
- BAŞALP, Nilgün, **Sorumsuzluk Anlaşmaları**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2011.
- BAŞOĞLU, Başak, “Miras Hukuku Özelinde Haksız Etkileme Kavramı ve Buna Bağlanabilecek Sonuçlar”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2018, C. 17, S. 1, s. 387-419.
- BERKİ, Şakir, “Türk Medeni Kanununda Mirastan Feragat”, **Prof. Dr. Mahmut KOLOĞLU’na Armağan**, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s. 389-409 (Feragat).
- BERKİ, Şakir, “Türk Medenî Kanununda Karı Kocanın (Eşin) Mirasçılığı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1964, C. 21, S. 1-4, s. 309-343 (Eşin Mirasçılığı).
- BIÇAKÇI, Levent, **Mirastan Feragat Sözleşmesi**, İstanbul, 1999.
- BREITSCHMID, Peter / BORNHAUSER, Philip R., **Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art.457-977 ZGB, Art.1-61 SchIT ZGB**, Thomas Geiser ve Stephan Wolf (Hrsg.), 6. Aufl., Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel, 2019 (BSK ZGB II-BREITSCHMID/BORNHAUSER, Art.495).
- BUZ, Vedat, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

- BÜTTIKER, Arnold, **Der Erbverzicht nach schweizerischem ZGB - mit besonderer Berücksichtigung des relativen Erbverzichtes**, Diss. Stämpfli & Cie, Bern, 1942.
- ÇABRİ, Sezer, **Miras Hukuku Şerhi (TMK m.495-574), C. I**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- DEMİRSATAN, Barış, “Miras Sözleşmelerinde Aşırı Yararlanmanın Uygulanabilirliği”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2020, C. 22, S. 2, s. 1053-1088.
- DURAL, Mustafa, **Miras Sözleşmeleri (İsviçre, Alman ve Avusturya Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Olarak)**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.
- DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut, **Türk Özel Hukuku C. IV Miras Hukuku**, 18. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- ENGİN, Baki İlkey, **Mirastan Yoksunluk**, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2010 (Mirastan-Yoksunluk).
- ENGİN, Baki İlkey, “Zümrede Halefiyet İlkesi Işığında Mirastan Feragatin Altsoya Etkisi (TMK 528 III Kuralının Anlamı)”, **Prof. Dr. Sermet AKMAN’a Armağan**, Eds. Saibe Oktay Özdemir, Azra Arkan Serim, Atilla Altop, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020, s. 379-403 (Mirastan Feragat).
- ERTAŞ, Şeref, “Mirastan Feragat”, **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, Y. 2019, C. 21, Özel S., s. 2893-2909.
- HATEMİ, Hüseyin, **Miras Hukuku**, 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- HATEMİ, Hüseyin, “Miras Sözleşmelerinde Gabin Söz Konusu Olabilir mi?”, **Prof. Dr. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU İçin Armağan**, Seçkin Hukuk, Ankara, 2004, s. 189-193 (Gabin).
- HOEREN, Thomas, **Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar 11. Auflage, Buch 5, Erbrecht**, Nomos, Baden Baden 2022 (HK-BGB/Thomas HOEREN BGB).
- HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Erbrecht, Art.457-640 ZGB**, Eds. BREITSCHMID, Peter / JUNGO, Alexandra, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, (CHK- HRUBESCH-MILLAUER).
- İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan, **Miras Hukuku**, 14. Basım, DER Yayınları, İstanbul, 2022.
- İNCEOĞLU, M. Murat, **Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- KARABAĞ BULUT, Nil, **Medeni Kanununun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017 (Borçlar Hukuku).

- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, **Miras Hukuku**, 3. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1987 (Miras Hukuku).
- KURŞUN, Ali Suphi, “Aşırı Yararlanma ve Ahlaka Aykırılıkta Taleplerin Yarışması”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2016, C. 15, S. 2-2, s. 189-213 (Aşırı Yararlanma).
- KURŞUN, Ali Suphi, “Eşler Arasında Yapılan Mirastan Feragat Sözleşmesi”, **Legal Hukuk Dergisi**, Y. 2017, S. 173, s. 2361-2388 (Mirastan Feragat).
- NOMER, Haluk N., **Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları**, Beta, İstanbul, 2002 (Beklenen Haklar).
- NOMER, Haluk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 18. Bası, Beta, İstanbul, 2021 (Borçlar Hukuku).
- OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 20. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. 2, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- ÖZTAN, Bilge, **Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle)**, 11. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ÖZUĞUR, Ali İhsan, **Türk Medeni Kanunundan Önce ve Sonra Miras Hukuku**, 4. Baskı, C. 1, Seçkin Hukuk, Ankara, 2016.
- PAKSOY, Meliha Sermin, **Zamanaşımından Feragat (TBK 160)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkay, **Miras Hukuku ve Tamamı Çözümlü Pratik Çalışmalar**, 8. Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara, 2022.
- SEROZAN, Rona, **Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku**, 9. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022 (Kişiler).
- SEROZAN, Rona, “Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarılma Yoluyla Düzeltilmesi”, **Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN’ın Anısına Armağan**, Beta, İstanbul, 2000, s. 1013-1030 (Edimler Arası Dengesizlik).
- SİRMEN, Lale, **Türk Özel Hukukunda Şart**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası Vakfı, Ankara, 1992.
- STUDHALTER, Philipp, **ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Orell Füssli Kommentar** (Navigator.ch), Eds. Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser, 4. Aufl. Orell Füssli Verlag AG 2021 (OFK ZGB- STUDHALTER).
- STÜRNER, Rolf, **Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch**, 18. Aufl., C.H. BECK, 2021 (Jauernig/STÜRNER BGB).

- TEKİNAY, S. Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, **Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- WEGERHOFF, Stefan, **Münchener Kommentar zum BGB**, Abschnitt 7. Erbverzicht (§ 2346 - § 2352), 9. Auflage 2022.
- WEIMAR, Peter, **Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Erbrecht, Die Erben: Die gesetzlichen Erben / Die Verfügung von Todes wegen, Art.457-516 ZGB**, Eds. HAUSHEER, Heinz / WALTER, Hans Peter Stämpfli Verlag AG, Bern, 2009 (BK WEIMAR).

Platform Çalışması: Çalışan Statüsünün Belirlenmesi Sorunu^(*)

Platform Work:
The Question of Determining the Status of Employee

Erbil BEYTAR^(**)

Öz:

Gelişen teknoloji ile beraber zaman içerisinde çalışma hayatı da dijitalleşmektedir. Dijital dönüşüm önce ekonomiyi daha sonra çalışma ilişkilerini ve toplumu etkilemekte ve değiştirmektedir. Çalışma hayatındaki dijitalleşme de yeni çalışma türlerinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Yeni çalışma türleri, klasik çalışma türlerinden zaman, mekan ve kişi kavramlarının nitelendirilmesi bakımından ayrılmaktadır. Platform çalışmaları da bu yeni çalışma türlerindedir. İşgücü istem ve sunumunun dijital çalışma platformları aracılığıyla eşleştirilmesine dayanan platform çalışma biçiminin çalışma yaşamının geleceğinde önemli bir yere sahip olması beklenmektedir. Platform çalışması, online ortamda iletişimin sağlandığı, esnek ve genelde sürekliliği olmayan işlerin yapıldığı çalışma olarak tanımlanabilir. Atipik istihdam biçimlerinin ve bu bağlamda platform temelli çalışmaların sanayileşmiş ve gelişmekte olan ülkelerde giderek yaygınlaşması, çalışanların iş hukukuna ilişkin temel haklardan yararlanmaları konusunda bazı zorluklara yol açmaktadır. Gig ekonomisinde meydana gelen iş ilişkisinin eşit sonuçlar doğurmadığı bilinmektedir. Platformların kendilerini arz ile talebi buluşturan aracı, işçileri bağımsız yükleniciler olarak sınıflandırması pek çok sorunun ortaya çıkmasında başlıca nedeni oluşturmaktadır. Platform çalışması, klasik çalışma türlerinden farklı bir çalışma olduğu için tarafların statüsünün belirlenmesi noktasında sorunlar yaşanmaktadır. Çalışmamızda, platform çalışanlarının iş ve sosyal güvenlik hukukundaki koruyucu normlardan yararlanabilmeleri için statülerinin daha net belirlenmesi konusunu ele almaya çalışacağız. Ayrıca platform çalışanlarının işçi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği, bu konuda doktrinde ileri sürülen çözüm önerileri ve bunların değerlendirmesi incelenecektir.

Anahtar Kelimeler:

Platform Çalışması, Crowdfunding, Konum Tabanlı Çalışma, Çalışma Şartları, Çalışan Statüsü.

^(*) **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 31.10.2022

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 10.12.2022

DOI: 10.58733/imhfd.1267384

Bu makaleye atf için: BEYTAR, Erbil, "Platform Çalışması: Çalışan Statüsünün Belirlenmesi Sorunu", **İMİHFD**, C. 8, S. 1, 2023, s. 239-266.

^(**) Dr., Kocaeli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü / Kocaeli - Türkiye

E-posta: erbilbeytar@hotmail.com

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3436-8500>

Abstract:

With the growing technology, the working life is becoming digitalized too. The digital transformation first impacts and transforms the economies, then work relations and society. Digitalization in working life has led to new ways of working. The new working type differs from the classical working types in the way of describing the concepts of time, place, and person. Platform works are also in this category of working type. The platform work style, depending on the matching of demand and supply of labour through digital labour platforms, is expected to have an important place in the future of working life. Platform work can be defined as a working type in which communication is provided in the online environment, flexible and generally non-permanent work is done. It is known that the employment relationship that occurs in the gig economy does not produce equal results. The main reason of many problems is that the platforms classify themselves as intermediaries that bring supply and demand together, and workers as independent contractors. Since the platform work differs from the classical working type, there are problems with regard to determining the status of the parties. In our study, we will try to address the issue of determining the status of platform employees clearly thus and so they can benefit from the protective norms in labour and social security law. Moreover, whether the platform employees can be described as workers, the solution offers put forward in the doctrine regarding this issue and their evaluation will be examined.

Keywords:

Platform Work, Crowdfunding, Location-Based Study, Working Conditions, Employee Status.

GİRİŞ

Geçtiğimiz son otuz yılda teknolojik gelişmelerin hızla artması, internetin hayatımıza girmesi ve yaygınlaşması sosyal hayatı etkilediği gibi çalışma yaşamını da etkiledi. Yaşanan dijital dönüşüm zamanla fordist sisteme dayalı iş hukukunun temel kavramlarının sorgulanmasına neden olmuştur. Yirminci yüzyılın iş hukuku kavramları olan işçi, iş sözleşmesi gibi kavramlar, yirmi birinci yüzyılda gelişen teknoloji ile eski anlamlarında aşınmalar yaşamıştır. Özellikle internetin gelişmesi ile ortaya çıkan yeni çalışma türlerinde, iş hukukunun klasik kavramları yetersiz kalmaktadır. İnternetin ilk aşamada bilgi ve iletişim için kullanılması daha sonra çevrimiçi alışveriş için kullanılması son olarak da hizmet sağlanması veya eser alımı gibi konularda kullanılması çalışma hayatında birçok yeniliğe de sebep olmuştur. Ortaya çıkan yeni çalışma türleri, çalışmayı zaman, mekan ve kişi bakımından farklılaşmasına neden olmuştur. Platform çalışmaları da bu dönemde ortaya çıkan çalışma türlerindedir. Başta Avrupa ve Amerika'da olmak üzere hızla yayılan bu çalışma türünün klasik çalışmadan farklı yapısı, çalışma yaşamında ve işçi hakları alanında sorunlara neden olmuştur. Platform çalışmasında, tarafların geleneksel iş hukuku kavramları ile tanımlanmasında yaşanan zorluklar, çalışan haklarının korunması noktasında da kendini göstermektedir. Platform çalışmasında tarafların işçi veya işveren olarak tanımlanması konusundaki sorunlar yaşanmaktadır. Bu da özellikle çalışanların iş

ve sosyal güvenlik hukuku mevzuatı korumasından çıkmasına neden olmaktadır. Bu çalışmamızda, platform çalışması ve özellikle platform çalışanlarının statüsünün belirlenmesindeki sorunlar ve çözüm olabilecek hususlar ele alınmaya çalışılacak, değerlendirmemiz ise sonuç kısmında yer alacaktır.

I. PLATFORM ÇALIŞMASI KAVRAMI

Platformlar; mal ve hizmet sağlanması gibi ticari işlemlerin, gönüllü faaliyetlerin veya sosyal medya gibi ticari olmayan işlemlerin koordinesinde kullanılan dijital ağlar olarak ifade edilir¹. Mal veya hizmetlerin özel şahıslar tarafından ücret karşılığı veya ücretsiz olarak internet aracılığıyla paylaşılmasına paylaşım ekonomisi denilmektedir. “Paylaşım”, “işbirlikçi” veya “gig” ekonomi olarak da adlandırılan platform çalışması, her geçen gün ilginin arttığı büyük bir ekonomik hacme sahiptir. Paylaşım ekonomisi diğer ifade ile yeni nesil esnek ekonomi, platformlar vasıtasıyla yapılmaktadır. Paylaşım ekonomisi ifade edildiği gibi sadece malların paylaşılması değil aynı zamanda birçok farklı alandaki dijital platformlarda özel kişilerce sunulan hizmetlerin koordinasyonunun gerçekleşmesini de sağlar. Dolayısıyla platform çalışması; dijital platformlar aracılığıyla arz ve talebin birleştirilmesini sağlayan oldukça geniş bir sanal dünyayı ifade eder².

Platform çalışmaları genel olarak iki sınıfa ayrılır. Bunlar; konum tabanlı platform çalışma (gig work) ve web tabanlı platform çalışma (crowdwork)dır. Konum tabanlı platform çalışmasında konaklama, taşıma, temizlik, tamirat gibi hizmetler sunulmaktadır. Konum tabanlı platform çalışması tarafların internet üzerinden bir uygulama vasıtasıyla buluşabildiği, burada hizmet sunan firmaların sunulan hizmete ilişkin asgari standartlar belirleyebildiği ve çalışanlara seçme hakkının da verilebildiği bir çalışma sürecini ifade etmektedir³.

Web tabanlı platform çalışmaları (crowdwork), tamamlanması istenilen bir işin firmalar veya müşteriler tarafından, büyük bir çalışan kitlesinin olduğu bir platforma online olarak sunulması ile başlar. Söz konusu iş platform tarafından

¹ BELGİN BOYACI, Nil, **Dijital Emek Platformları ve Sendikalar**, Türk Metal Yayınları, Ankara, 2020, s. 5.

² ALPAGUT, Gülsevil, “Dijitalleşen Çalışma Yaşamında İş Sözleşmesinin Unsurları”, **Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri**, Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı, Ed. Kübra Doğan YENİSEY, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2021, s. 90; UÇKAN HEKİMLER, Banu / KAĞNICIOĞLU, Deniz / BELGİN BOYACI Nil, “Dijital Platform Çalışanları ve Sendikalar”, **Karatahta İş Yazıları Dergisi**, Aralık 2019, S. 15, s. 61, 62.

³ RULAND, Franz, “Beschäftigungsverhältnis oder „Neue Selbständigkeit“?”, **NZS (Neue Zeitschrift für Sozialrecht)**, 2019, s. 682; DE STEFANO, Valerio, “The Rise of the Just-in-Time Workforce: On-demand Work, Crowd Work and Labor Protection in the ‘Gig-Economy’”, **37 Comp. Lab. L. & Pol’y J.**471, 2016, s. 471; ALPAGUT, s. 93.

dünyanın her yerinden internet aracılığıyla çalışanlara sunulur ve bu çalışanlar tarafından işin görülmesi sağlanır. Bu şekilde platform çok fazla sayıda müşteri veya firma ile çalışanları buluşturur ve bu durumu organize eder⁴. Web tabanlı platform çalışmasında işin sadece internet üzerinden görülmesi söz konusudur. Bu çalışma yöntemiyle basit ve niteliksiz ev hizmetleri ile kişisel nitelikteki işler yapılmakla birlikte, programlama, web tasarımı, tıp gibi uzmanlık gerektiren nitelikli hizmetlerin yerine getirilmesi de mümkündür⁵.

Konum tabanlı platform çalışması (gig work) ve web tabanlı platform çalışması arasındaki en önemli ayırım gerçekleştirilen işin niteliğinden kaynaklanmaktadır⁶. Web tabanlı platform çalışmasında yapılan iş, dünyanın her yerinde internet aracılığıyla global ölçekte yapılabilen bir iştir. Konum tabanlı platform çalışmasında ise yapılan iş için ilk aşamada taraflar internet aracılığıyla bağlantı kursalar da daha sonra iş sanal bir ortamda değil fiziksel bir ortamda genellikle müşterinin evinde veya iş yerinde yerine getirilir⁷.

Web tabanlı platform çalışmalarında diğer adıyla crowdwork olarak adlandırılan bu sistemde işler bazen çok küçük parçalara ayrılabilir. Yapılan her küçük parça iş için işle orantılı küçük bir ücret ödenir. Bu mikro görevlendirme şeklinde yapılan işe crowdwork (kalabalık çalışma, kitle çalışması) denilmektedir⁸. Kalabalık çalışmada mikro çalışmalar standartlaştırılmamıştır. Bundan dolayı talebin daha çok olduğu makro çalışmalar da bu şekilde yapılabilmektedir. Buna yazılım ürünlerini hatalara karşı test etmek şeklindeki çalışmalar örnek verilebilir⁹. Fakat burada belirtmek gerekir ki yapılan iş sanal ortamda gerçekleşse de, bilgisayarlar tarafından yapılmamakta bir insan emeği sonucu ortaya çıkmaktadır¹⁰.

⁴ RULAND, s. 682, 683; BOURAZERİ, Konstantina, “Neue Beschäftigungsformen in der digitalen Wirtschaft am Beispiel solosebstständiger Crowdworker”, *NZA (Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht)*, 2019, s. 742; AYKAÇ, Hande Bahar, “Platform Ekonomisi Çalışması: İş Hukukunda Yarattığı Sorunlar Üzerine Bir Değerlendirme”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2020, S. 44, s. 71.

⁵ DÄUBLER, Wolfgang / KLEBE, Thomas, “Crowdwork: Die neue form der Arbeit - Arbeitgeber auf der Flucht?”, *NZA (Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht)*, 2015, s. 1033; KOCHER, Eva / HENSEL, Isabell, “Herausforderungen des Arbeitsrechts durch digitale Plattformen - ein neuer Koordinationsmodus von Erwerbsarbeit” *NZA (Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht)*, 2016, s. 984; SCHUBERT, Claudia, “Neue Beschäftigungsformen in der digitalen Wirtschaft - Rückzug des Arbeitsrechts?”, *RdA (Recht der Arbeit)*, 2018, s. 201; YAYVAK NAMLI, İrem, “Dijital Çağ’da Yeni Bir Çalışma İlişkisi Modeli: “Crowdworking””, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2019, S. 42, s. 129.

⁶ AYKAÇ, *Platform Çalışması*, s. 71.

⁷ DE STEFANO, s. 474.

⁸ ALPAGUT, s. 94; BOURAZERİ, s. 743.

⁹ BOURAZERİ, s. 743.

¹⁰ AYKAÇ, *Platform Çalışması*, s. 72.

Web tabanlı platformlar arz ve talebi buluşturmada teorik düzeyde de olsa bir aracılık işlevi üstlenmektedir. Dolayısıyla belli bir iş gücüne ihtiyaç duyan işletmeler de platformlar aracılığıyla büyük ve aynı zamanda esnek bir iş gücüne sahip olabilmektedir. Böylece işletmeler tam ihtiyaç duydukları anda çalışana sahip olabilmekte ve çalışanlara sadece çalıştıkları süre veya yaptıkları iş nispetinde ücret vermektedir¹¹.

Web tabanlı platform çalışmasında temel olarak üçlü bir ilişki söz konusudur. İlk olarak müşteri veya işletme yani işi veren, ikinci olarak çalışan ve üçüncü olarak da işletme ve çalışanın kayıt olduğu ağın alt yapısını kuran ve yöneten platform bu ilişkinin parçalarıdır¹². Platformlar sadece taraflar arasında iletişim sağlayarak ve işletmeler arasındaki koordinasyonu sağlayarak çalışmaz. Bunun yanında bazı platformlar işi tanımlayarak ve bu iş üzerinde denetimin sağlayarak bir koordinasyon da gerçekleştirebilirler. Hatta platformlar, çalışanlara doğrudan talimatlar vererek denetimi sağlamanın yanında platforma kayıtlı çalışanlarla ilgili puanlama sistemi üzerinden geri bildirim alarak da denetim sağlayabilirler¹³. Üçlü bir ilişki kurulması yanında web tabanlı platform çalışmasının özellikleri şu şekilde ifade edilebilir; yapılan iş bilgisayar veya akıllı telefon vasıtasıyla internet üzerinden gerçekleştirebilen bir iştir, ayrıca müşteri veya işletme arasındaki iletişim ve yapılan işin teslimi platform aracılığıyla yapılır. Platform çalışmasında işletmelerin çalışanları değerlendirdiği ve dolaylı bir denetim sağlayan bir puanlama sistemi olabilir. Çalışan genel olarak kendilerine ait veya kiraladıkları bilgisayar, akıllı telefon gibi araçları kullanırlar. Platformlar, kendilerini çalışmaya aracılık eden bir teknoloji şirketi ve çalışanları da bağımsız çalışan olarak tanımlayarak muhtemel sorumluluklarını en aza indirirler. Platform çalışanları, platform aracılığıyla bireysel bir hizmet sunarlar¹⁴. Çalışanların çalışma saatlerini kendisinin serbestçe belirleme ve platform sistemine kayıtlı olsa da verilen işi alıp almamakta özgür olması web tabanlı platform çalışmasının özellikleri arasında sayılabilir. Platformların çalışanları-

¹¹ DE STEFANO, s. 476; RULAND, s. 683; AYKAÇ, **Platform Çalışması**, s. 72. Kitle çalışması alanında faaliyet gösteren bir şirket olan CrowFlower'ın CEO'sunun sözleri, bu çalışmadaki çalışanların durumunu daha iyi ifade etmektedir. CEO, "İnternette daha önceleri birini bulup oturup on dakika sizin için çalıştırıp on dakika sonra işte atmamak gerçekten zor olurdu. Ancak teknoloji ile onları gerçekten bulabilir, onlara küçük bir miktar ücret ödeyebilir ve artık ihtiyacınız olmadığında onlardan kurtulabilirsiniz." diyerek çalışan hakları bakımından sorunlu bir çalışma olduğunu dolaylı da olsa ifade etmiştir. DE STEFANO, s. 476.

¹² YAYVAK NAMLI, s. 130; BELGİN BOYACI, s. 6; UÇKAN HEKİMLER / KAĞNICIOĞLU / BELGİN BOYACI, s. 62.

¹³ KOCHER / HENSEL, s. 984; UÇKAN HEKİMLER / KAĞNICIOĞLU / BELGİN BOYACI, s. 67; YAYVAK NAMLI, s. 130.

¹⁴ AYKAÇ, **Platform Çalışması**, s. 73; UÇKAN HEKİMLER / KAĞNICIOĞLU / BELGİN BOYACI, s. 62; ALPAGUT, s. 95.

nın çalışma zamanını belirleme ve iş seçme bakımından özgür olmaları, bağımsız çalışan olarak tanımlamaları sonucunu doğurmaktadır¹⁵.

Web tabanlı platform çalışması olan crowdwork, saydığımız özelliklerin yanında her platformda farklılık gösterebilmekte hatta platformlar içinde taraflar arasındaki ilişkilerde dahi farklılık gösterebilmektedir¹⁶. Örneğin; rekabete dayalı bir crowdwork de genellikle küçük parçalara ayrılamayan işler gerçekleşir ve platformda sunulan işi birçok çalışan yerine getirir fakat işletme veya müşteri bunlardan sadece birisini, daha önceden belirlediği hızlı olma veya diğerlerinden daha iyi olma kriterine göre seçer ve o kişiye ücret ödenir. Bu durum daha çok özel yetenek gerektiren, fikir ve tasarım içeren alanlar için söz konusudur¹⁷. Bazı platformlarda ise ilk gelene ilk hizmet esasına dayalı bir çalışma usulü uygulanmaktadır. Bazı platformlarda ise işletme veya müşteri ile çalışan arasında hiçbir ilişki kurulmaz, çalışan verilen işi yapar karşılığında ücreti de platform tarafından ödenir, son olarak da platform yapılan işi işletmeye veya müşteriye teslim eder. Bu durum hariç diğer hallerde, platform taraflar arasında iletişim sağlayan ve işi kolaylaştıran bir rol üstlenmektedir¹⁸. Web tabanlı çalışmada iç crowdwork ve dış crowdwork olarak bir ayırım yapmak da mümkündür. Dış crowdwork yukarıda değindiğimiz ve tarafların statülerinin belirlenmesinde sorunlar yaşanan yöntemdir. İç crowdwork ise bir işyerine ait bir platformda küçük bir topluluğun iş görmesidir. İşyeri içinde özel bir yapılanma sonucu oluşturan bu model ile yapılacak iş, işyerine iş sözleşmesi ile bağlı işçiler tarafından belirli gruplar halinde görülür. Burada taraflar arasında iş ilişkisi olup olmadığı konusunda bir belirsizlikten bahsedilemeyecektir¹⁹.

Web tabanlı platformların en bilinenleri arasında Amazon Mechanical Turk ve Crowd Flower gibi platformlar yer almaktadır. Bu platformlar milyar dolarla ölçülen bir ekonomik hacme sahiptir²⁰. Bu platformların yanında ülkemizde de Armut gibi konum tabanlı platformlar ile Cambly gibi İngilizce öğrenme ve pratik yapma uygulaması olan Türkiye'deki kullanıcılarına anadili İngilizce olan dünyanın her yerinden kişilerle buluşturan bir uygulama da vardır²¹.

¹⁵ RULAND, s. 683; YAYVAK NAMLI, s. 133; AYKAÇ, **Platform Çalışması**, s. 73.

¹⁶ BOURAZERİ, s. 741; DE STEFANO, s. 474.

¹⁷ BOURAZERİ, s. 743; YAYVAK NAMLI, s. 131; RULAND, s. 683; ALPAGUT, s. 94.

¹⁸ DE STEFANO, s. 474, 475; ayrıntılı bilgi için bkz. YAYVAK NAMLI, s. 131-132.

¹⁹ DÄUBLER / KLEBE, s. 1033; SCHUBERT, **2018**, s. 202; BOURAZERİ, s. 742.

²⁰ AYKAÇ, **Platform Çalışması**, s. 73.

²¹ BELGİN BOYACI, s. 6, 7.

Platform tabanlı çalışma 2005 yılından itibaren hızla genişlemiştir. Zaman içerisinde de birçok yararı olduğu gibi yıkıcı olabilecek zararlarının olduğu görülmüştür. Bu çalışma yönteminin yaygınlaşması mevcut işletmelerin yanında sosyal devlet anlayışına da zarar getirmeye başlamıştır. Platform çalışmaları tüketicinin korunması, çalışan hakları ve dolayısıyla asgari ücret, çalışma süreleri, iş sağlığı güvenliği, sosyal sigortalar gibi yasal düzenlemelerin dışlanması veya atlatılmasına sebebiyet verebilmektedir²². Platform çalışması yöntemiyle çalışan ve işlerini gördüren işletmeler geleneksel yöntemler kullanan işletmelere göre daha avantajlı hale gelmektedir. Ayrıca platform çalışması fordist çalışma sistemine dayanan, çalışanları koruyucu kurallara uyulmamasını, çalışanların haklarının işlevsizleştirilmesini sağlamaktadır. Tüm bunlar hükümetler, yerleşik sanayi işletmeleri, çalışma yaşamının diğer aktörlerince ve özellikle sendikalar tarafından güvencesiz çalıştırılma oluşturması nedeniyle eleştirilmektedir²³. Platform çalışmasına yönelik bu eleştirilerle birlikte çalışma konumuz; platform aracılığıyla yapılan çalışmaların iş hukuku kapsamına girip girmediği ve platform çalışanların iş ve sosyal güvenlik mevzuatı koruyucu hükümlerinin kapsamında olup olmadığı ile sınırlı olacaktır²⁴.

II. PLATFORM ÇALIŞMASINDA İŞ İLİŞKİSİ VE ÇALIŞAN STATÜSÜNÜN BELİRLENMESİ

Bilişim teknolojilerinin iş hayatına girmesi ile iş hukukundaki birçok temel kavram klasik tanımlarının ötesinde bir anlamlandırmaya ihtiyaç duymaktadır. Platform çalışması ile bağımlı ve bağımsız çalışan kavramlarındaki netlik azalmış ve ikisi arasındaki sınır bulanıklaşmıştır. Dolayısıyla bu durum yeni tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Ayrıca işçi ve işveren arasındaki sıkı ilişkinin de çözülmesi sonucunu doğurmuştur. Söz konusu çözülme çalışan ve işveren arasındaki ilişkiyi, bununla bağlantılı olarak da iş sözleşmesinin ayırt edici unsuru olan bağımlılık unsurunun varlığını tespit etmek güçleşmiştir²⁵. Platform çalışmalarının genel olarak; geçici nitelik taşıması, iş görenlerin çalışma saatlerini belirlemede ve platforma yüklenen işleri alıp almamakta serbest olması gibi özellikleri mevcuttur. Bu özellikleri nedeniyle platform çalışmasında, iş sözleş-

²² SCHMIDT, Florian A., **Digital Labour Markets in the Platform Economy**, Mapping the Political Challenges of Crowd Work and Gig Work, Division for Economic and Social Policy, 2017, s. 9; UÇKAN HEKİMLER / KAĞNICIOĞLU / BELGİN BOYACI, s. 66, 67.

²³ DE STEFANO, Valerio / ALOISI, Antonio, **Europe- an Legal Framework for “Digital Labour Platforms”**, European Union, 2018, s. 12; ALPAGUT, s. 96, 97.

²⁴ SCHMIDT, s. 8; YAYVAK NAMLI, s. 132; BELGİN BOYACI, s. 5.

²⁵ ALPAGUT, s. 88, 89; DE STEFANO, s. 478.

mesinin ayırıcı unsuru olarak kabul edilen, kişisel/hukuki bağımlılık unsurunu tespit etmek oldukça güçtür²⁶.

A. Çalışanların Statüsünün Bağımlılık Unsuru Bağlamında Tespiti

Platform çalışması gibi atipik çalışma biçimleri, üretim ve iş organizasyonu konusunda da yeni usullerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu durum işin görülmesinde yer ve zaman bakımından değişikliklere neden olmuştur. Yeni çalışma usullerinde çalışanlar sınırlı ölçüde işverenin gözetimi ve denetimi altındadır. Bu durum çalışanların işverene karşı olan bağımlılığının zayıflamasına neden olmaktadır²⁷. Bağımlılık ilişkisinin zayıfladığı böyle durumlarda, taraflar arasındaki sözleşmenin iş sözleşmesi olup olmadığı dolayısıyla çalışanların işverene karşı bağımlılık ilişkisi içinde çalışıp çalışmadıklarının tespit edilmesi için başka ölçütlerin de göz önünde bulundurulması gerekecektir²⁸. Platform çalışanlarının statüsünün belirlenmesi ve iş ve sosyal güvenlik hukuku mevzuatındaki koruyucu hükümlerden yararlanmaları, bir iş sözleşmesi ile çalışmalarını halinde mümkün olacaktır. Çalışanların iş sözleşmesi ile çalıştığının tespiti de için de bağımlılık unsurunun varlığı aranacaktır. Dolayısıyla platform çalışanlarının statüsünün belirlenmesi, çalışanların bağımlılık unsuru içinde çalışıp çalışmadıklarının tespiti ile mümkün olabilecektir.

1. İş Organizasyonu Kriteri

İşçinin işverenin iş organizasyonunda çalışması, doktrinde²⁹ ve Yargıtay kararlarında³⁰ bağımlılığın tespiti için yardımcı bir ölçüt olarak kabul edilmektedir.

²⁶ AYKAÇ, Platform Çalışması, s. 75.

²⁷ SÜZEK, Sarper, *İş Hukuku*, Yenilenmiş 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 227; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş, *İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku*, 5. Baskı, Lykeion Yayıncılık, Ankara, 2021 s. 83, 84; KANDEMİR, Murat, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 69, 70; DULAY, Dilek, *Türk İş Hukukunda Evde Çalışma*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 94; CIVAN, Orhan Ersun, “İş Hukukunda Uzaktan Çalışma (Evde Çalışma-Tele Çalışma)” *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2010, C. 7, S. 26, s. 545.

²⁸ KANDEMİR, s. 64.

²⁹ GÜZEL, Ali, “Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, *Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Haziran 1997, C. 4, S. 2, s. 109-112; SÜZEK, s. 227, 228; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 85; ALP, Mustafa, “Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)”, *Prof. Dr. Sarper. Süzek’e Armağan*, Ed: Süleyman BAŞTERZİ, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011, s. 807; SÜMER, Haluk Hadi, “İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 2010, S. 19, s. 72; KANDEMİR, s. 70 vd.; DULAY, *Evde Çalışma*, s. 95-97.

³⁰ “... işçinin, işverenin kapsam ve sınırlarını belirlemiş olduğu iş organizasyonu içerisinde işverene bağımlılığına zarar vermeyecek oranda ve yükümlü olduğu iş görme ediminin ifası uğruna karar alma yetkisiyle işveren yararına iş sözleşmesiyle bağlı olarak çalışması bağımlılık unsurunu ortadan kaldırmamaktadır.

Bu bağlamda platform çalışmasında da çalışanların statüsünün belirlenmesi için işçinin işverenin iş organizasyonu içinde çalışıp çalışmadığının tespiti, işçinin statüsünün belirlenmesi bakımından yol gösterici olacaktır. İşverenin sınırlarını belirlediği ve organizasyonunu yaptığı bir işte, işverenin talimatları doğrultusunda çalışmak bağımlılık unsurunun varlığını gösteren bir durumdur. İşverenin iş organizasyonu içinde çalışma, gelişen teknoloji ile beraber ilerleyen zaman içerisinde de kullanılabilir bir kriter olabilecektir. İşverenin iş organizasyonu içinde çalışma kriterinin esnek bir yapıda olması gelecekteki yeni çalışma yöntemleri bakımından da kullanılabilir bir ölçüt olduğunu gösterir³¹. Platform çalışanlarının da işverenin iş organizasyonu içinde çalışması halinde, bağımlılık unsurunun tespiti bakımından değerlendirilme yapılabilecektir. Ancak platform çalışması her platforma ve işe göre değiştiği için her birinin ayrı ele alınması yerinde olacaktır.

Platform çalışması gibi teknolojinin yoğun olarak kullanıldığı çalışmalarda, işyeri kavramı ve işçinin çalışma yeri kavramı birbirinden ayrı kavramlar olmuştur. Platform çalışmasında çalışma saatleri ve şartlarını çalışanın belirlemesi esnek bir çalışma sonucunu doğurmaktadır. Fakat bu durumda da çalışanın başkasının iş organizasyonunda yer alması, çalışmanın sonuçlarının raporlanması ve puanlama sistemi ile doğrudan veya dolaylı bir denetimin yapılması bağımlılığın varlığını gösteren hususlar olabilecektir³².

Bağımlılıktan bahsedebilmek için işverenin emir ve talimat verme, denetim ve gözetimi yerine getirebilme gibi yetkilerinin az da olsa bulunması gerekir. Aksi halde bağımlı ve bağımsız çalışmayı ayırmak pek mümkün olmayacaktır. Organizasyon kavramının genişliği ve sınırlarının belirlenmesinin zorluğu bizi böyle bir sonuca götürmektedir. Dolayısıyla iş organizasyonunun içinde yer alma tek başına bağımlılık unsurunun varlığına bir gösterge olmadığı gibi gerçekten

Zira genel nitelikte de olsa işveren tarafından çerçevesi çizilen ve organize edilen bir iş görme ediminin ifası, işverenin yönetim ve talimatı altında gerçekleşen bir bağımlılık ilişkisinin varlığını ortaya koymakta olup bu tür bir iş ilişkisinde bağımlılık unsuru görece zayıf olsa da varlığını korur. İşçinin, işverenin belirlediği koşullarda çalışırken kendi üretici gücünü kullanması ve işverenin isteği doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesi işverenle arasındaki bağımlılık unsuruna zarar veren bir olgu olarak değerlendirilemez. ...” Yar. HGK., E. 2017/2408, K. 2021/998, 14.09.2021, (karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 22.03.2022); “... Bazı durumlarda, taraflar arasında sıkı bir bağımlılık ilişkisi bulunmasa da, işverenin iş organizasyonu içerisinde yer almakta ise bu unsurun varlığının kabulü gerekecektir. Önemli yön, işverenin her an denetim ve buyurma yetkisini kullanabilecek olması, çalışanın, edimi ile ilgili buyruklara uyma dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte teknik ve hukuki bağımlılığın bulunmasıdır.” Yargıtay HGK, E. 2004/10-737, K. 2005/26, 02.02.2005, (karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 22.03.2022).

³¹ SÜZEK, s. 228; GÜZEL, s. 111; AYDINÖZ, Gonca, **İş Hukukunda Tele (Uzaktan) Çalışma**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014, s. 37.

³² VOGELSANG, Hinrich in Schaub, Günter, **Arbeitsrechts-Handbuch**, 19. Auflage, 2021, § 8 Rn. 28; AYDINÖZ, s. 38; DULAY, **Evde Çalışma**, s. 96.

bağımsız çalışanların da statüsünün belirlenmesinde sorunlara neden olabilecektir³³. Platform çalışmasında, işverenin emir ve talimat verme ile denetim ve gözetim yetkilerinin genel olarak çok az olması ya da olmaması işçinin de kendisini organizasyonun bir parçası hissetmemesi bağımlılık unsurunun varlığı konusunda bir netliğin oluşmasına engel olmaktadır³⁴.

2. Çalışanlara Eğitim Verilmesi veya İş İçin Gerekli Cihazları Temin Edilmesi Kriteri

Teknolojinin yoğun olarak kullanıldığı çalışmalarda çalışanların işin gereğine göre eğitim almaları gerebilecektir. Her ne kadar uygulamada bu eğitimlere sahip kişiler aranıyor olsa da şirketler bazen uzun vadeli çalışanları için bu eğitimlerin alınmasını sağlayabileceklerdir. Bir işletmenin bir çalışana eğitim vermesi de bağımlılığın varlığını gösteren yardımcı bir ölçüt olabilecektir. Tabii alınan eğitimin ücretinin işçi tarafından ödenmesi durumunda bağımlılıktan bahsetmek mümkün olmayacaktır³⁵. Platform çalışmasında çalışan kişilere işlemlerin veya platformların eğitim vermesi çok karşılaşılabilen bir durum olmasa da az sayıda kişinin yapabildiği ve nadir olarak çalışanların bulunduğu bir alanda iş devamlılığı için eğitim verilmesi mümkün olabilecektir.

Platform çalışmalarında iş için kullanılan cihazların çalışanlara işveren tarafından verilmesi de bağımlılık unsurunun varlığını gösterebilecek bir husustur³⁶. Bu durum daha çok konum tabanlı platform çalışmaları için geçerli olabilecektir. Web tabanlı platform çalışmasının yapısı bakımından böyle bir durumun gerçekleşmesi genel olarak mümkün değildir.

3. İşin Denetiminin ve Çalışma Düzeninin Kimin Tarafından Sağlandığı Kriteri

İşin denetimi ve gözetimi konusunda yetkilinin kim olduğu bağımlılık unsuru bakımından yol gösterici olabilecektir. Çalışanlar tarafından sanal ortamda yürütülen bir faaliyet işveren tarafından denetlenebiliyorsa ve çalışanlar işlerini yapmadığında işveren bir yaptırım uygulayabiliyorsa bağımlılık unsurunun

³³ ALPAGUT, s. 104; KANDEMİR, s. 72.

³⁴ DULAY YANGIN, Dilek, "Endüstri 4.0, Dijitalleşme ve İş Hukukunun Geleceği-Dijital Platformların Ortaya Çıkardığı Hukuki İlişkiler Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2020, C. 78, S. 3, s. 1223.

³⁵ EROL, Abdullah, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukuku'nda İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 184.

³⁶ VOGELANG, § 8, Rn. 24; DOĞAN, Sevil, *İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 308; EROL, s. 188; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 86.

varlığı kabul edilebilir³⁷. Çalışanlar bakımından çalışma düzeninin kim tarafından sağlandığı da bağımlılık unsuru varlığı bakımından yol gösterici olacaktır³⁸. Platform çalışanları oldukça esnek bir çalışma düzenine sahip oldukları için çalışma düzeninin çalışan veya işletme tarafından belirlenmesinden ziyade işletmenin istediği zaman çalışma düzenine müdahale edebilmesi veya istediğinde istediği değişikliği uygulatabilmesi bağımlılık tespiti bakımından önemli bir kriter olacaktır³⁹.

Konum tabanlı platform çalışmalarında işin denetiminin ve çalışma düzeninin sağlanması kriterine göre taraflar arasında bir bağımlılık ilişkisinin olduğundan bahsetmek mümkün olabilecektir. Çünkü Armut gibi uygulamalarda platformlar yapılan hizmet karşılığı çalışanları denetleyebilmekte, çalışma saatlerine müdahale edebilmektedir. Yine Uber uygulaması⁴⁰ gibi belli bir çalışana belli bir rota izleme zorunluluğu içeren, gerektiğinde çalışana disiplin cezası vererek belli bir süre yolcu almasını yasaklayan bir platformda da bağımlılık unsurunun varlığından söz edilebilecektir.

Web tabanlı platform çalışmalarında yani kalabalık çalışmalarda ise platformda sunulan işler mikro işlerdir. Bu işler normal çalışma ilişkilerinde, çalışanların devamsızlık yapacağı bir iştir. Fakat kalabalık çalışmada başarıya odaklı bir ücret sistemi olduğu için bu durum mümkün olmamaktadır⁴¹. Dolaylı bir denetim sağlayan bu tür sistemlerin yanında çalışanların denetimi ve takibi için çeşitli yazılımlar da kullanılabilir. Platform üzerinden platformla ve işi sağlayanla, çalışanın görüşmesinin çok sınırlı olduğu bu sistemde, tek taraflı dolaylı bir denetimin yapıldığı gözükmektedir⁴². Kalabalık çalışma uygulamalarında önemli bir denetim mekanizması da yapılan işin değerlendirilmesidir. Çalışanlar istedikleri yerde ve istedikleri saatte çalışma özgürlüğüne sahip olsalar da puanlama sistemi ile ya da iş sağlayan kişilerden geri bildirim olarak bir denetim sağlanmaktadır⁴³.

³⁷ DOĞAN, s. 308.

³⁸ VOGELSSANG, § 8, Rn. 29.

³⁹ EROL, s. 187.

⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. AYKAÇ, Hande Bahar, “Çevrimiçi Uygulamalar Aracılığı ile Talep Üzerine Çalışma İş Modelinde İşçi Kavramının Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi: Uber Şoförleri Örneği”, **Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri**, Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı, Ed. Kübra Doğan Yenisey, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2021, s. 210-223.

⁴¹ YAYVAK NAMLI, s. 34.

⁴² DÄUBLER / KLEBE, s. 1034.

⁴³ YAYVAK NAMLI, s. 34.

B. Çalışanların Statüsünün Çalışma Koşulları Bağlamında Tespiti

Platform çalışanlarının statüsü ile ilgili yukarıda bahsettiğimiz yardımcı ölçütler genel olarak net sonuçlar verememektedir. Gelişen teknoloji ile beraber dünya genelindeki iş stratejisinin değişmesi, işsizlik sorunun olması ve esnek çalışmanın yaygınlaşması gibi nedenlerden dolayı geleneksel iş hukuku yaklaşımları her zaman sonuç vermemektedir. Teknolojik gelişmeler büyük yenilikler getirirse de bağımlı çalışan ve bağımsız çalışan arasındaki çizgiyi bulanıklaştıran bu gelişmeler platform çalışmasında bir adım öteye taşınmış durumdadır.

Platformlar, çalışanlarla ilişkilerinde ve yapılan sözleşmelerde, taraflar arasında iş ilişkisi ihtimaline yer vermeyecek şekilde tanımlamalar yapmakta ve buna göre bir dil kullanmayı tercih etmektedirler. İlgili tüm belgelerde ve açıklamalarda çalışanları “işçi” olarak tanımlamamakta çoğunlukla “bağımsız çalışan”, “ortak”, “yüklenici” gibi sıfatlarla nitelendirmektedirler⁴⁴. Bunun yanında platform sadece kendisi ile çalışan arasında değil; çalışanlarla işletme veya müşteri arasındaki ilişkide de iş ilişkisi ihtimalini kaldıran bir dil kullanmaktadır⁴⁵. Dijital platformlar çalışma pazarında kendilerini işlem kolaylığı sağlayan, işlem ücretlerini düşüren bir hizmet aracı olarak nitelendirmektedir. Platform üzerinden iş gören işletme veya müşteriler de kendilerini yenilikçi teknolojinin kullanıcısı olarak ifade etmektedir. Çalışanlar da bağımsız çalıştıklarını, sigorta ve sosyal koruma ile ilgili yükümlülüklerin kendilerine ait olduğunun düşünmektedir⁴⁶. Görüldüğü üzere çalışanlar da iş ve sosyal güvenlik hukukunun sağlayacağı koruma hakkında genel olarak habersiz gözükmektedirler⁴⁷.

Platformlar tek taraflı hazırladıkları çalışma koşullarını içeren sözleşmeyi dijital ortamda çalışanlara sunmakta ve sisteme katılabilmek için bu sözleşmeyi çalışanların kabul etmeleri beklenmektedir. Sözleşmede; çalışanların statüsü, uyumsuzluğun çözüm yolları, sorumluluğun sınırları gibi konular tek taraflı ola-

⁴⁴ Yargıtay iş ilişkisinin tespitinde bazı ölçütlere yer vermiştir; “İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcı tarafından kontrol edilmesi, bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır.”. Yargıtay bu ölçütlerin tek başına iş ilişkisinin tespitinde kesin ölçüt olamayacağını belirtmiştir fakat “... Çalışanın işyerinde kullanılan üretim araçlarına sahip olup olmaması, kar ve zarara katılıp katılmaması, girişimcinin sahip olduğu karar verme özgürlüğüne sahip olup olmaması ...” gibi hususlarında tespit bakımından önemli olduğunu ifade etmiştir. Yargıtay 9. HD., T: 13.07.2009, E: 2008/876 K: 2009/20602, **LegalBank** Elektronik Hukuk Bankası, E.T. 05.12.2022.

⁴⁵ AYKAÇ, **Platform Çalışması**, s. 75, 76; DE STEFANO, s. 486.

⁴⁶ KOCHER / HENSEL, s. 985; YAYVAK NAMLI, s. 133; DULAY YANGIN, **Dijitalleşme**, s. 1223.

⁴⁷ SCHUBERT, Claudia, “Crowdworker - Arbeitnehmer, arbeitnehmerähnliche Person oder Selbständiger”, **RdA** (Recht der Arbeit), 2020, s. 253.

rak düzenlenmektedir. Çalışanlar bu şartlarda platformda çalışmayı kabul etmek ya da çalışmaktan vazgeçmek zorunda bırakıldığı, kapalı bir sisteme mahkum edilmektedirler⁴⁸. Platform çalışanları, belli çalışma saatlerinde çalışıp çalışmama konusunda özgür olsalar da çalışma ve dinlenme süreleri arasındaki çizgi net değildir. Ayrıca bahsedilen özgürlüğün sözde kaldığı, uluslararası bir rekabet ortamının olması ve düşük ücret politikası nedeniyle çalışanların uzun mesailer yapmak durumunda kaldığı belirtilmektedir⁴⁹.

Platformlar aracılığıyla iş gören işletme veya müşteriler platform aracılığıyla doğrudan çalışana ulaşabilmektedir. Başka bir ifade ile platformlar iş gücünü her zaman müşterilerine karşı hazır tutmaktadırlar. Fakat platform aracılığıyla iş görenler çoğu zaman diğer tarafta bir insan olduğunun bilinciyle hareket etmezler. Müşteri veya işletmeler sadece işi sunar ve sonuca odaklanırlar, işin kimin tarafından yapıldığını önemsemezler. Bu durum kendilerini işveren değil yenilikçi teknolojinin kullanıcıları olarak gören platformun müşterilerinin, işçi olarak görmedikleri çalışanların çalışma şartlarına da ilgisiz kalmasına sebep olmaktadır. Platformların çalışanları sistem içinde görünmez kılması, çoğu zaman sistem içinde bir kişi yerine bir numaradan ibaret olarak görülmesi bu durumu ortaya çıkaran sebeplerdendir⁵⁰.

Gelişen teknoloji ve yeni çalışma usulleri bağımsız çalışan sayısının artmasına neden olmuştur. Fakat bağımsızlığı konusunda tereddütlerin olduğu çalışanlar için yeni bir kavram olan “bağımlı serbest çalışan (dependent self-employment)” ifadesi kullanılmaya başlanmıştır. Kendisini girişimci olarak nitelendiremeyen bu grup, çalışma koşulları ve sosyal güvenlik gibi nedenlerden dolayı çalışan olarak da nitelendirememektedir⁵¹. ILO’nun 2017 yılında yayınladığı 228 sayılı raporunda “bağımlı serbest çalışan” kavramı kullanılmıştır. Söz konusu raporda⁵² bu kavram birden çok müşterisinin olması, işe alma yetkisi, işin yürütülmesi yetkisinin olması hallerinden birine veya birkaçına sahip olan kişileri tanımlamak için kullanılmıştır⁵³. Bağımsız çalışanlar, bağımlı olarak iş görmedikleri için aralarında bir hiyerarşi olmadan çalışırlar. Bağımlı serbest çalışanlar olarak nitelendirenlerin ise genel olarak iki ihtimalde çalıştıkları gö-

⁴⁸ AYKAÇ, **Platform Çalışması**, s. 77.

⁴⁹ DE STEFANO, s. 479, 480; AYKAÇ, **Platform Çalışması**, s. 77.

⁵⁰ YAYVAK NAMLI, s. 133.

⁵¹ ALPAGUT, s. 89.

⁵² ILO’nun 228 sayılı raporunun İngilizce metni için bkz. (Çevrimiçi) https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/documents/publication/wcms_614176.pdf E.T. 23.03.2022.

⁵³ DULAY YANGIN, **Dijitalleşme**, s. 1225.

rılmektedirler. İlk ihtimalde bağımlı serbest çalışanlar tek bir hizmet alana karşı çalıştıkları için taraflar arasında hukuki/kişisel bağımlılık olmasa da ekonomik olarak bağımlılık oluşmaktadır. İkinci ihtimalde ise taraflar arasında hukuki/kişisel bağımlılık olsa dahi çalışan görünüşte bağımsız çalışan gibi çalışmaktadır⁵⁴. Bu iki ihtimalde de platform çalışmasındaki taraflar kendilerini farklı şekilde adlandırsalar da çalışan statülerinin belirlenmesi için yapılan çalışmaların nitelendirilmesi yararlı olacaktır⁵⁵. İlk ihtimalde; ekonomik bağımlı olan kişiler gerçek anlamda bağımsız bir çalışan olmadıkları için kendilerini başka şekilde isimlendirseler de işçi gibi konumlandırılıp işçi haklarından yararlandırılması yerinde olacaktır. İkinci ihtimalde ise şekli olarak bağımsız çalışan olarak gözüken fakat birçok bakımdan da bağımlı çalışana benzeyen gri bölgede kalan kişilerin ise yaptıkları işe göre nitelendirilip sonuca gidilmesi yerinde olacaktır⁵⁶. Bu kitlenin bağımsız çalışan olarak nitelendirilmesi iş gücü piyasalarında güvencesiz kalacakları için zaman içerisinde dijital köleye dönüşmelerine neden olabilecektir.

Platform çalışanları ile platform arasında sürekli bir ilişkinin olduğu, işin görüldüğü sürenin belli yazılımlarla ölçülebildiği, platform müşterilerinin geri bildirimleri doğrultusunda işin yürütümü ile ilgili tespitlerin yapılabildiği durumlarda, platformlar bir istihdam bürosu gibi işlev görebilecektir. Bunun sonucu olarak da taraflar arasında bağımlılığın olduğu ve iş ilişkisinin varlığına kanaat getirilebilecektir⁵⁷. Aksi halde çalışanların istediği zaman çalıştığı ve istediğinde işi kabul ettiği ve platformla geçici bir ilişkisinin bulunduğu durumlarda taraflar arasında bir bağımlılık ilişkisinin varlığından bahsetmek mümkün olmayacaktır⁵⁸.

İş sözleşmesinin temel özelliklerinden biri de “sürekli borç ilişkisi yaratan sözleşme olması”dır. Bu durum platform çalışanları bakımından iş ilişkisinin varlığını mümkün kılmamaktadır⁵⁹. Dolayısıyla platform çalışanlarının işçi kategorisinde kabul edilmesi de çözüm için yeterli olmamaktadır. Platform çalışanlarının işleri geçicidir ve sadece çalışılan süreye veya yapılan işe göre ücret belirlenir. Bu nedenle platform çalışanları işçi olarak kabul edilse dahi iş mev-

⁵⁴ ALPAGUT, s. 89, 90.

⁵⁵ KOCHER / HENSEL, s. 985.

⁵⁶ ALPAGUT, s. 90.

⁵⁷ KLEBE, Thomas, “Arbeitsrecht 4.0: Faire Bedingungen für Plattformarbeit”, **Friedrich Ebert Stiftung: Wirtschafts- und Sozialpolitik**, 2017, s. 2.

⁵⁸ DULAY YANGIN, **Dijitalleşme**, s. 1223; KLEBE, s. 2.

⁵⁹ SÜZEK, s. 232; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 88.

zuatında yer alan yıllık izin, prim, emeklilik gibi birçok haktan mahrum kalacaktır. Ayrıca platform çalışanlarının birden fazla platformda çalışmalarından kaynaklanan muhatap işverenin kim olduğu sorunu ortaya çıkmaktadır⁶⁰. Platform çalışanları çalışırken birçok noktada platformdan da yararlandıkları için yapılan işi platformla birlikte ortaya koymaları gibi bir sonuç ortaya çıktığından uyumsuzluk durumunda sorumluluğun kime ait olacağı da çözülmesi gereken bir başka sorun olarak görülmektedir⁶¹.

C. Avrupa Komisyonunun Platform Çalışanları Hakkındaki Taslak Direktif Önerisi

Avrupa Komisyonuna 9 Aralık 2021'de platform çalışması ile ilgili bir taslak direktif önerisi sunuldu⁶². Bu öneri üç bölümde düzenleme yapma amacı taşımaktadır. Bunlar; platform çalışanlarının istihdam durumunun uygun şekilde sınıflandırılması yani statüsünün belirlenmesi, platform çalışanları hakkında algoritmik yönetim önerileri ve platform çalışmaları hakkında şeffaflığın sağlanması önerileridir.

Avrupa Komisyonunun Taslak Direktif Önerisinin platform çalışmalarının istihdam durumu ile ilgili olan bölümünde; platform çalışanlarının bağımsız çalışan veya işçi olarak kategorize edilmesinin yaşanacak hak kayıpları nedeniyle mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Bununla birlikte üçüncü bir kategorinin oluşturulması fikri yerine söz konusu ikili ayrımın yapılmasına devam edilmesi gerektiği önerilmektedir. Diğer ifade ile geleneksel ayrıma devam edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Avrupa Komisyonunun Taslak Direktif Önerisine göre çalışanlar ve platform arasındaki ilişkinin doğru tespit edilmesi gerektiği ifade edilmiş ve taraflar arasındaki sözleşmeye göre değil fiili uygulamaya göre hareket edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Avrupa Komisyonunun Taslak Direktif Önerisine göre platform, çalışanların performansını kontrol ederse çalışanların platformun işçisi olduğu karine olarak kabul edilecektir. Fakat taraflardan birisi bu duruma itiraz edip aksini ispatlayabilecektir. Bu durumda çalışanların platformda işçi statüsünde çalıştığını ispat yükümlülüğü yer değiştirecek bunun yerine ispat yükümlülüğü platformda olacaktır.

⁶⁰ DE STEFANO, s. 483, 484; AYKAÇ, **Platform Çalışması**, s. 78; ALPAGUT, s. 97.

⁶¹ DE STEFANO, s. 483, 484.

⁶² Direktif öneri metninin İngilizce metni için bkz. (Çevrimiçi) <https://www.google.com/url?sa=t&rc=t=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj2kNGF5972AhX8QvEDHajRANgQFnoECAYQAQ&url=https%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fsocial%2FblobServlet%3FdocId%3D24992%26langId%3Den&usg=AOvVaw2ewwr4ulQJfQGSVCzS0PtU> E. T. 24.03.2022.

Avrupa Komisyonunun Taslak Direktif Önerisine göre şu beş kriterden ikisi bulunursa platformun çalışanın performansını kontrol ettiği (denetlediği) var sayılacaktır;

- Ücret düzeyinin etkin şekilde platform tarafından belirlenmesi veya bir üst sınırın belirlenmesi halinde,
- Platform çalışanından görünümü, hizmetin alıcısına karşı davranışı veya işin performansı ile ilgili belli bağlayıcı kurallara uyulmasının talep edilmesi halinde,
- Elektronik araçlar da dahil olmak üzere yapılan işin performansının denetlenmesi veya işin sonuçları ile ilgili kalite kontrolünün yapılması,
- Yaptırım yolunu kullanmak da dahil olmak üzere, çalışanlardan birinin çalışma özgürlüğünü, özellikle çalışma saatlerini ve devamsızlık dönemlerini seçme, verilen görevleri kabul etme, reddetme, araçları veya yedekleri kullanma hakkını etkili şekilde kısıtlanması halinde,
- Çalışanların bir müşteri portföyü veya herhangi bir üçüncü taraf için çalışma yapma olasılığını etkin bir şekilde kısıtlanması halinde.

Bu beş halden birinin bulunması halinde Avrupa Komisyonunun taslak direktife göre çalışanların platformun işçisi olduğu karine olarak kabul edilmesi gerekecektir. Böyle bir durumda işçi olarak kabul edilen çalışan için; çalışma süresi, yıllık ücretsiz izin hakkı, iş sağlığı güvenliği, sosyal sigorta, asgari ücret gibi haklar söz konusu olabilecektir. Fakat belirtmek gerekir ki kriterler şu anki haliyle çok ayırt edici değildir. Özellikle üçüncü bir taraf için çalışma yapma olasılığının etkin şekilde kısıtlamasının daha somut düzenlenmesi gerekmektedir. Ulusal normlarda daha net ve anlaşılır ifadelerin yer aldığı bir düzenleme yapılması halinde uygulamadaki belirsizliğin önüne geçilebileceği düşüncesindeyiz.

Avrupa Komisyonu taslak direktif önerisinin ikinci bölümünde ise genel olarak platformların kullandığı algoritmik sistemler hakkında öneriler yer almaktadır. Platformların birçoğu çalışanları uzaktan yönetmek için algoritmik sistemler kullanmaktadır. Platformlar, çalışan profili ve yetenekleri hakkında, çalışanlar için platform müşterileri tarafından yapılan geri dönüşler veya müşterilerin yaptığı puanlamalar üzerinden bilgi toplarlar. Platformlar kullandığı algoritmik sistemlere bu verilerin işlenmesi ile birlikte sistem çalışanlar hakkında otomatik kararlar verir. Ancak bu kararlar işlenen veriler doğrultusunda otomatik olarak verildiği için bazen haksız sonuçların ortaya çıkmasına sebep ola-

bilmektedir. Çünkü çalışanlar hakkında verilen kararlar müşteri yorumlarına dayanmaktadır ve bunun sonucunda çalışanlar hakkında potansiyel bir ön yargı oluşabilmektedir. Algoritmik sistemin verdiği kararları çalışanların her zaman anlaması mümkün olmadığı gibi şeffaf bir sistemin olmaması ve itiraz etme olanağının da çoğu zaman olmaması da çalışanlar için olumsuz sonuçlar ortaya çıkmaktadır.

Avrupa Komisyonu taslak direktif önerisinin ikinci kısmında, işçi statüsünde kabul edilecekler için değil tüm platform çalışanları için çalışma koşullarının iyileştirilmesine yönelik düzenlemeler mevcuttur. Öneri, otomatik izleme ve karar verme sistemlerinin kullanımı ile ilgili şeffaflaşma getirmeyi amaçlanmaktadır. Taslak direktif önerisine göre; platformlar, çalışanların performanslarını izleyen, denetleyen ve değerlendiren bir otomatik sistem kullandığında bunun hakkında çalışanlara bilgi vermesi gerekecektir. Platformların çalışanları bilgilendirmesi sadece işçinin performansı ile ilgili otomatik karar veren sistemlerle sınırlı kalmamalıdır bunun yanında çalışma koşulları, verilen işlerin atamaları, kazançları, iş sağlığı ve güvenliği, çalışma süreleri, hesapların askıya alınması veya feshedilmesi, terfi ve işçi statüsü kazanmalarını önemli ölçüde etkileyen kararları almak ve desteklemek için kullanılan otomatik sistemlerde de geçerli olmalıdır. Çalışanlara verilecek bilgiler kullanımda olan veya tanıtılma aşamasında olan sistemler olacaktır. Otomatik karar vermede ilgili parametreler ve bunların görece önemi ve alınan kararların kategorisi hakkında bilgi vermeli- dir. Ayrıca hesapları kısıtlama, askıya alma veya sonlandırma kararları ve yapılan iş için ücret almayı reddetme gerekçeleri hakkında da çalışanlara bilgi verilmesi gerekecektir. Platformlar sanal bir işyeri gibi düşünülmesi nedeniyle platform işçi temsilcisi kavramı, bir platformun işyeri sendika temsilcisi gibi düşünülmektedir. Platform çalışanlarının sendikalaşması halinde platform işçi temsilcisi hakkında da Avrupa Komisyonu taslak önerisinde düzenleme yapılmıştır. Buna göre; yapılan bilgilendirmenin talep edilmesi halinde platform işçi temsilcilerine de yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Fakat sendikasız çalışanlar için nasıl bir uygulamaya olacağı veya platform çalışanlarının sendikalaşması hakkında bir öneride bulunulmamıştır. Avrupa Komisyonu taslak önerisinde platform çalışanlarının platform tarafından yapılan işin gereği ve sözleşmeden kaynaklanan bir neden olmadıkça kişisel verilerinin kesinlikle işlenmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Platformların otomatik sistemler tarafından alınan veya bu sistemler tarafından desteklenen kararların etkisinin izlenmesi ve değerlendirilmesi istenilmektedir. Bunun için de platformların bu iş için yeterli olacak kadar bünyelerinde insan kaynağı bulunduğundan emin olması gerekir. Avrupa Komisyonu taslak önerisinde platform çalışanlarının çalışma koşullarını

önemli ölçüde etkileyen kararlar için çalışanlara bir açıklama yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca platform tarafından çalışanın irtibat kuracağı bu iş için yetkin bir kişinin de bulunması gerekir. Platform tarafından alınan çalışanların hesaplara erişiminin reddedilmesi veya ücret verilmemesi gibi önemli kararlar çalışanlara yazılı olarak beyan edilmesi gerekir. Ayrıca çalışanların, haklarının ihlal edildiğini düşündükleri kararları platform tarafından gözden geçirilmesini isteme hakkının bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Avrupa Komisyonu taslak önerisi, platform tarafından kullanılan sistemlerde önemli bir değişiklik yapılmasının düşünülmesi halinde çalışanlara da bunun danışılması gerektiği belirtilmiştir.

Avrupa Komisyonu taslak direktif önerisinin üçüncü bölümünde ise; platformların şeffaf ve denetlenebilir olması, yaptırım uygulanabilmesi için yetkili makamlarca denetlenmesi gerektiği önerilmiştir. Platformların ilgili makamlara, platform çalışanları tarafından yapılan işler hakkında bilgi sunmaları zorunlu kılınmış ve belirtilen kural ve prosedüre göre bilgilerin sunulması gerektiği ifade edilmiştir. Bu düzenleme, özellikle sosyal güvenlik alanında çalışanların korunması ve bu durumun denetlenmesi için uygulamada olumlu bir yaklaşım olabilecektir.

Bu metin bir taslak direktif önerisi olduğu için henüz net yorumlar yapmak mümkün olmasa da şu anki haliyle ulusal devletler tarafından kabul edildiğinde; bağımsız çalışan olarak görülen birçok kişi işçi statüsüne kavuşmuş olacaktır. Ayrıca bağımsız çalışan statüsünde yer alanların da haklarını koruyucu bir düzenleme olacağı açıktır. Fakat platform çalışanlarının statüsünün belirlenmesi oldukça karışık ve günümüz iş hukuku temel kavramları ile çözüme varılması zor bir durumdur. Avrupa Komisyonu taslak direktif önerisinde üçüncü bir çalışan kategorisinin belirlenmesine karşı çıkmıştır. Bu halde iki kategoride yani bağımlı ve bağımsız çalışan kategorisinde durumu ele almak ve bir çözüm getirmek için tipik iş hukuku kuralları kapsamının dışında yenilikçi ve farklı bir yaklaşım gerekeceği düşüncesindeyiz.

D. Sorunun Çözümüne Yönelik Öneriler

Platform çalışanlarının hem bağımlı hem de bağımsız çalışanların özelliklerini içerisinde bulundurması ve bağımlılık unsurunun bulunup bulunmadığı konusunda tereddütlerin olması nedeniyle bir kısım çalışanlar gri bölgede kalmaktadır. Dolayısıyla bu çalışanlar iş ve sosyal güvenlik hukukunun koruyucu hükümlerinin kapsamı dışında kalmaktadırlar. Platform çalışması her geçen gün artan bir ivmeye sahip olduğu için gelecekte büyük bir kitlenin mağdur olması söz konusu

olabilecektir. İşverenin iş organizasyonu içinde bulunup bulunmadığı net şekilde ortaya konulamayan bu kitle için doktrinde bazı önerilerde bulunulmuştur.

1. İşçi Olarak Kabul Edilmesi

Dijital platform çalışanları için işçi kavramının kapsamının genişletilmesi ve iş sözleşmesinin unsurların esnetilmesi suretiyle işçi kavramının içine dahil edilebileceği görüşü önerilmiştir⁶³. Bu şekilde platform çalışanlarının da haklarının daha kolay korunabileceği düşünülmüştür⁶⁴. Normal şartlarda işçiden bahsedebilmek için taraflar arasında bir iş ilişkisinden ve bağımlılık unsurunun varlığından bahsetmek gerekecektir. Geleneksel iş hukuku bakış açısıyla değerlendirildiğinde; platform ile platform çalışanları arasındaki hukuki ilişkisinin iş ilişkisi olduğunun kabul edilmesi için öncelikle çalışanın platformun emir ve talimatları doğrultusunda iş görme edimini yerine getiriyor olması ayrıca platform çalışanlarının kendilerini platformun iş organizasyonunun bir parçası olarak kabul edecek kadar aralarında yoğun bir ilişkinin olması gerekir. Ayrıca platformların her birinin kendi içinde kuralları olduğu düşünüldüğünde, çalışanların sisteme dahil olması bu kuralların kabulüne bağlı olacaktır. Çalışanların sunulan işi kabul edip etmeme konusunda serbest olduğu ve taraflar arasındaki sürekli bir ilişkinin olmadığı da düşünüldüğünde, bir hukuki/kişisel bağımlılığın varlığından bahsetmek mümkün olmayacaktır⁶⁵.

Platform çalışmasında işçi ve işveren kavramlarını, platform çalışmanın yapısı gereği klasik tanımların dışında düşünmek gerektirmektedir. Hukuki/kişisel bağımlılığın varlığı için işçinin işverenin emir ve talimatları doğrultusunda hareket etmesi gerektiği açıktır. Talimatların ise işin icrası, işin ne zaman ve nerede yapılacağı konusunda olması beklenir. Fakat tarafların sözleşmeyi bunların dışında başka kurallar çerçevesinde nitelendirmesi sözleşmenin, iş sözleşmesi olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir⁶⁶. Bunun yanında hukuki/kişisel bağımlılığı, teknolojinin gelişmesi ile ortaya çıkan atipik çalışma yöntemlerini kapsamına alamayacak kadar dar yorumlamamak gerekir. Çünkü bağımlılık varlığı için işverenin her türlü detaya hakim olması ve kontrol etmesi gerekli değildir, işverenin işin yürütümü için gerekli olacak kadar bir kontrol sağlaması

⁶³ DE STEFANO, s. 497, 498; AYKAÇ, **Platform Çalışması**, s. 80; YAYVAK NAMLI, s. 136.

⁶⁴ KLEBE, s. 2; Klebe'ye göre bir hukuk politikası benimsenerek hem ülkelerin ulusal olarak hem de AB çapında işçi kavramının kapsamının genişletilmesinin isabetli olacağı ifade etmiştir. Böylece platform çalışanlarının işçi olarak vasıflandırılması kolay olacağı için hukuki korumanın sağlanmasının da mümkün olacağını belirtmiştir.

⁶⁵ DULAY YANGIN, **Dijitalleşme**, s. 1223.

⁶⁶ DÄUBLER / KLEBE, s. 1035; KLEBE, s. 2.

yeterlidir⁶⁷. Platform çalışmasında, bağımlılığın ilişkisinin şekil değiştirerek, fiziki mekanı temel alan bir bağımlılık ilişkisi yerine teknoloji ile algoritmik sistemlerin yardımıyla kurulan bir bağımlılık ilişkisinin ortaya çıktığının kabul edilmesi gerekir⁶⁸.

Platform çalışmalarında, çalışanın tipik çalışmaya göre daha seyrek ve dağınık bir düzenle işleyen bir çalışma programının olması, iş ilişkisinin varlığına engel teşkil etmez⁶⁹. Platform çalışması tek bir çalışma modeline sahip olmadığı için doğrudan bir çalışma türü altında değerlendirmek de uygun olmayacaktır. Bazı platformlarda çalışanlar bağımsızdır ve platform ile aralarında emir talimat ilişkisi yoktur. Fakat bazılarında denetleme sürekli ve daha etkin olabilir veya doğrudan talimatlar da verilebilir. Dolayısıyla müşterilerden gelen geri bildirim yoluyla, puanlama sistemiyle ya da daha önce yaptığı işlerin değerlendirilmesi yoluyla işverenlerin çalışanlar hakkında tespitte bulunması mümkündür. Böyle bir bu durumda çalışanın, işveren tarafından platformdaki kariyeri nedeniyle daha iyi ücret ödenen işleri almasına da imkan sağlar⁷⁰. Bu şekilde platformun, işin nasıl icra edileceği veya çalışma süresinin ne zaman olacağı gibi çalışanın bağımsızlığını kısıtlayan talimatlar vermesi taraflar arasında iş ilişkisi olduğunun bir göstergesi olarak kabul edilebilecektir⁷¹. Yukarıda bahsedilen Avrupa Komisyonunun platform çalışanları hakkındaki direktif önerisinde yer alan ve platform çalışanlarının işçi olarak kabul edilmesi için dayanak kabul edilecek beş husus burada yol gösterici olabilecektir.

Platform çalışmasında işçi kavramının kapsamı genişletilerek çalışanların işçi olarak kabul edilmesi halinde bu durumda üçlü bir ilişki olan platform çalışmasında işverenin kim olacağı konusunda tereddüt yaşanabilecektir. Bu durumda işverenin platform mu yoksa platforma iş sunan işletme veya müşterinin mi olduğu tereddüt oluşturabilecektir. Ayrıca bu ikisi arasında birlikte istihdam ilişkisinin olduğu dahi söylenebilecektir. Burada çalışan ile sözleşmenin diğer tarafının kim olduğu ve sözleşmenin yanında emir ve talimat verme yetkisi ile denetim yetkisinin kimde olduğunun tespit edilmesi işverenin belirlenmesi bakımından yol gösterici olacaktır⁷².

⁶⁷ DE STEFANO, s. 498.

⁶⁸ ALP, s. 808.

⁶⁹ DE STEFANO, s. 498, AYKAÇ, **Platform Çalışması**, s. 81.

⁷⁰ KLEBE, s. 2. Algoritmik sistem de denilen bu yöntemle çalışmaların yürütümüne ilişkin işler çok daha etkin ve hızlı şekilde gerçekleştirilmektedir.

⁷¹ SCHUBERT, **2018**, s. 203.

⁷² YAYVAK NAMLI, s. 137.

2. Üçüncü Bir Kategori Olarak Kabul Edilmesi

Bağımlı ve bağımsız serbest çalışan arasında kalan ve daha çok ekonomik bağımlılıktan söz edilebilecek gri bölgede kalan çalışanlar için bağımlılık noktasında tereddütler bulunması nedeniyle doktrinde üçüncü bir kategori olarak “işçi benzeri (arbeitnehmerähnliche personen)” kavramı kullanılmıştır. Bu kitle iş ve sosyal güvenlik hukukunun sağladığı güvencelerden yararlanması amacıyla bu şekilde nitelendirilmiştir⁷³. Almanya, Fransa ve Kanada gibi ülkelerde üçüncü kategoriyi yasal olarak tanımışlardır⁷⁴. Üçüncü bir kategori oluşturmanın ana özelliklerinden birisi taraflar arasında ekonomik bağımlılığın bulunduğu düşüncesidir. Ayrıca çalışanların işçi olarak kabul edilmeyip iş ve sosyal güvenlik mevzuatının sağladığı haklardan mahrum kalması yerine, ara bir kategori oluşturarak çalışanların belli haklardan yararlanılması amaçlanmaktadır⁷⁵.

İşçi benzeri kavramı ülkemizde yasal bir düzenleme olmadığı için genel olarak yabancı bir kavram olarak kabul edilse de Alman hukuku gibi hukuk sistemlerinde bir süredir kullanılmaktadır⁷⁶. İşçi benzeri kavramı; işyeri organizasyonunda yer almayan, ekonomik bağımlılığı ön planda olan ve dolayısıyla bir başkası için iş gören, bunun sonucu olarak bazı iş yasalarındaki güvencelere sahip olan bir kitle olarak ifade edilir⁷⁷. İşverenin işçi benzeri kişilere talimat verme hakkı işçiye göre daha sınırlıdır⁷⁸. Alman hukukunda, işçi benzeri kişiler, İş Güvencesi Kanunu (ArbSchG §2, II, Nr.3), Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (TVG §12a), Federal Tatil Kanunu (BUrlG §2, S.2) ve Genel Eşitlik Kanunu (AGG §6, S.1, N.3) hükümlerinden bazıları ile koruma altına alınmıştır⁷⁹.

İşçi benzeri kavramının kabul edilmesinin bazı olumlu sonuçları olduğu gibi olumsuz yönleri de bulunmaktadır. Örneğin; Alman hukukunda platform çalışmasında kural olarak bir iş sözleşmesi imzalanmadığı dolayısıyla bazı du-

⁷³ DÄUBLER / KLEBE, s. 1035; DULAY YANGIN, *Dijitalleşme*, s. 1225; YAYVAK NAMLI, s. 137; AYKAÇ, *Platform Çalışması*, s. 83; CIVAN, s. 544; KOCH Ulrich in MÜLLER-GLÖGE, Rudi / PREIS, Ulrich / SCHMIDT, Ingrid, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 22. neu bearbeitete Auflage, München, 2022, 60 ArbGG § 5, Rn. 5; SPINNER, Günter in SACKER, Franz Jürgen ve diğerleri, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. Auflage, 2020, BGB § 611a, Rn. 130; SCHUBERT, 2020, s. 253.

⁷⁴ DE STEFANO, s. 494.

⁷⁵ AYKAÇ, *Platform Çalışması*, s. 83; MüKoBGB / SPINNER BGB § 611a Rn. 131; CIVAN, s. 544.

⁷⁶ TEMMING, Felipe in Kiel, Heinrich ve diğerleri, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, 5. Auflage 2021, § 21, Rn. 6.

⁷⁷ MHdB ArbR / TEMMING §21, Rn. 4; SCHUBERT, 2018, s. 203.

⁷⁸ KLEBE, s. 2; KOCHER / HENSEL, s. 985.

⁷⁹ SCHUBERT, 2018, s. 204; MüKoBGB / SPINNER BGB § 611a Rn. 135; ayrıntılı bilgi için bkz. MHdB ArbR / TEMMING §21, Rn. 6-20.

rumlarda eser sözleşmesinin bulunabileceği de ileri sürülmüştür⁸⁰. Ayrıca üçüncü kategori oluşumunun sorunu çözmek yerine daha da karmaşık hale getirme ihtimalinin olduğu ifade edilmiştir⁸¹. Üçüncü kategorinin diğer çalışanlardan ayırt edilmesi için uygulanacak kıstasların, işçi kategorisi için uygulananlardan bile daha karmaşık ve zor olabileceği belirtilmiştir. Üçüncü kategori çalışan grubunu kabul eden Almanya, İspanya gibi ülkelerde çalışanların gelirlerinin yarısından fazlasını aynı platformdan elde ediyor olması gibi şartların bulunması ya da çalışanın söz konusu geliri platformdan mı müşteriden mi elde ettiğinin tespiti gibi hususlar oldukça büyük sorunlara neden olabilecektir⁸². Bu durumda, Avrupa Komisyonunun platform çalışanları hakkındaki taslak direktif önerisinde yer aldığı şekilde geleneksel ikili ayrıma devam edilmesinin daha yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Çünkü işçi ile ara kategoride yer alanlar ve bağımsız çalışanlarla ara kategoride yer alanların ayrımı konusunda da güçlük yaşanacağı açıktır. Ayrıca işverenlerin bu durumu suiistimal edip işçi olarak çalışabilecek kişileri de işçi benzeri kategorisinde çalıştırmaları iş hukukunun işçiyi koruyucu yapısına zarar verebilecektir⁸³.

Nihayet işçi benzeri olarak ifade edilen kategoride kalanların, birden çok dijital platformda ekonomik bağımlı olarak çalışması ve elde edilen gelirin tespitinin güçlüğü gibi nedenler bu çalışanların işçi benzeri olarak nitelendirilmesini uygulamada genel olarak güçleştirmektedir⁸⁴. Platform çalışanlarının, işçi benzeri kategorisinde kabul edilmesi, işçi benzeri kavramını kabul eden ülkele-
rin kanunlarındaki şartlar dahilinde dahi düşük ihtimaldir. Bu sebeple Avrupa Komisyonunun platform çalışanları hakkındaki taslak direktif önerisinde yer alan şartlar gibi nispeten daha basit ama daha net kuralların olması ve her çalışan için somut durumuna göre değerlendirme yapılması yerinde olacaktır⁸⁵.

3. Bağımsız Çalışan Olarak Kabulü

Platform çalışmasında çalışanlara verilen talimatların çok sınırlı olması veya hiç olmaması, işin nerede ve ne zaman yapılacağı ile ilgili bir kısıtlamanın olmaması ve birden çok platformda aynı anda çalışılabilmesi taraflar arasındaki ilişkinin iş ilişkisi olarak kabul edilmesini zorlaştırmaktadır. Yine çalışanların

⁸⁰ SCHUBERT, 2018, s. 203.

⁸¹ DE STEFANO, s. 498.

⁸² DE STEFANO, s. 495; SCHUBERT, 2020, s. 253; BOURAZERİ, s. 744, 745.

⁸³ AYKAÇ, Platform Çalışması, s. 86.

⁸⁴ SCHUBERT, 2018, s. 204, 205.

⁸⁵ DÄUBLER / KLEBE, s. 1036-1037.

işi kabul edip etmemekte serbest olması da bir başka husustur. Özellikle rekabete dayalı platform çalışmalarında işi gören sadece bir kişinin ücreti alınması diğerlerinin alınmaması gibi durumlar platform çalışmasının işçi olma vasfını kazanmasını güçleştirmekte ve bağımsız çalışan olarak kabul edilmesine yol açmaktadır⁸⁶. Fakat platform çalışanlarının bağımsız çalışan olarak kabulü onları işçilere göre oldukça korumaz kılacak ve çalışma süreleri, sosyal güvenlik hakları, iş sağlığı güvenliği, asgari ücret, feshe karşı koruyucu hükümler gibi temel koruyucu normların korunmasından da yararlanamayacaklardır. Bu durum tabii olarak işverenlerin daha çok platform çalışmasını tercih etmelerine neden olabilecektir.

Alman hukukunda bir görüşe göre bağımsız çalışanların tamamen hukuki korumanın dışında kaldıklarının kabul edilmesi mümkün değildir. Eşitlik ilkesi ve genel işlem koşulları hükümlerinin hatta bazı platform çalışmalarında fikri haklara ilişkin hükümlerin platform çalışmasına uygulanabileceği ifade edilmiştir⁸⁷. Türk Hukukunda Borçlar Kanunu m.27 ve Alman Medeni Kanunu (BGB) 134 ve 138 maddelerinde kanuna ve ahlaka aykırı hukuki işlemlerin geçersiz olduğu yönündeki düzenlemeler de platform çalışanlarına belirli bir koruma sağlayacaktır.

SONUÇ

Teknoloji alanındaki gelişmeler hayatın her alanında olduğu gibi çalışma yaşamını da etkilemektedir. Hızlı bir dijitalleşmenin yaşandığı günümüzde her geçen gün çalışma yaşamının sürdürülmesini sağlayan kurullar yetersiz kalmaktadır. İş hayatındaki kuralların dijitalleşmeye uyum sağlayamaması nedeniyle mukayeseli hukukta bazı düzenlemeler yapılmakta ulusal ve uluslararası kuruluşlarda da bu konularda bazı çalışmalar yapılmaktadır.

Hukuk sistemimiz de ise bu yönde henüz dikkate değer bir çalışma yapılmamıştır. Ülkemizde daha çok platform ekonomisi, online gig ekonomisi, platform çalışması gibi kavramlar anlaşılmaya çalışılmaktadır. Uzaktan çalışma konusundaki birikimin yol göstericiliği ile bu konuda çalışmalar yapılabilecektir. Fakat küreselleşen dünyada diğer ülkeler hızla bu konuda düzenlemeler yapmakta iken ülkemiz hukuk sisteminde bu konudaki gelişmeler yavaş ilerlemektedir. Bu konudaki uyuşmazlıkların mahkemelerin önüne yoğun bir şekilde gelmeden birtakım çalışmaların yapılması mağduriyetlerin giderilmesi bakımından da yerinde olacaktır.

⁸⁶ YAYVAK NAMLI, s. 139; SCHUBERT, 2018, s. 204.

⁸⁷ DÄUBLER / KLEBE, s. 1032.

Platform çalışmasındaki çalışan statüsünün belirlenmesi ve diğer sorunlardaki odak noktası, üçlü bir ilişki olan platform çalışmasındaki tarafların hukuki nitelendirmesinin yapılamaması sorunudur. Bu sorunun şu anki düzenlemelerle ve güncel kavramlarla çözüme ulaştırılması mümkün gözükmemektedir. Yeni çalışma biçimlerinin ortaya çıkması ile doğacak ihtiyaçlar doğrultusunda hukuki/kişisel bağımlılık unsurunun varlığının belirlenmesindeki ölçütler arasında algoritmik yönetim, dijital kontrol gibi ifadelerin de eklenmesi ileride doğacak sorunlar için şimdiden belli oranda çözüm oluşturabilecektir⁸⁸. Bunun yanında platform çalışanlarının statüsünün tespitinde ve haklarının korunması noktasında çalışmanın diğer tarafı olan platformların da ellerindeki ekonomik güç düşüldüğünde, sorunların çözümü için iyiniyetli bir yaklaşım göstermelerine ihtiyaç vardır.

Platform çalışanlarının statüsünün belirlenmesi ve dolayısıyla haklarının korunması için işçi kavramının genişletilmesi gerekmektedir. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'ndaki işçi kavramı hakkındaki düzenleme veya 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'ndaki sağlık hizmetlerinde yararlanma hakkının çalışan statüsünden bağımsız olarak düzenlemesi gibi bu konuda da bir düzenlemeye gidilebilir.

Platform çalışmasında çok farklı çalışma yöntemleri ve kuralları olduğu için çalışan kişilerin işçi mi bağımsız çalışan mı olduklarının tespiti zordur. Bu durumla ilgili düzenlemeler yapılsa dahi her somut olaya çözüm getirmek mümkün olmayabilir. Dolayısıyla olayın özelliklerine göre yorum yapılması ve mevzuattaki hükümler elverdiği ölçüde ve kıyas yoluyla bir sonuca gidilmeye çalışılmalıdır. Bunun yanında makro düzeydeki işlerde genel, kapsayıcı ve ileride de çözüm oluşturulabilecek düzenlemelerin yapılması yerinde olacaktır.

Platform çalışmasına çok farklı yönleri olması nedeniyle tek bir kuralla çözüm getirmek mümkün gözükmemektedir. Bunun için Avrupa Komisyonu direktif önerisi taslağında olduğu gibi belli kriterler getirilerek, taraflar arasındaki ilişki bu kriterlerden bir kısmına dahi uyuyorsa iş ilişkisi olarak nitelendirilebileceği düşüncesindeyiz. Burada dikkat edilmesi gereken, getirilen kıstasların daha büyük sorunlara neden olmaması için uygulamada net karşılığının olması ve kapsayıcı nitelikte olması gerekmektedir.

Platform çalışanlarının statüsünün belirlenmesindeki amaç zayıf taraf olan çalışanları korumak olduğu için mümkün olan en fazla çalışanın işçi olarak

⁸⁸ AYKAÇ, Platform Çalışması, s. 90.

nitelendirilmesi yerinde olacaktır. Hukuk sistemimizde; mukayeseli hukukta da ifade edildiği üzere⁸⁹ platform çalışanlarının işçi kavramının kapsamı içinde yer almasının sosyal olarak korunmaları için kabul edilmesi gerektiği ve yasal statüleri iyileştirilerek en azından asgari ücretle ilgili hükümlerin uygulanabileceği şeklindeki görüşün benimsenmesi yerinde olacaktır. Bu nedenle platform çalışanlarının statüsünün tespitinin zor olduğu hallerde; asgari ücret, çalışma süreleri gibi konularda düzenlemeler yapılarak çalışanların asgari düzeyde sosyal olarak korunduğu düzenlemeler yapılabilir.

⁸⁹ DÄUBLER / KLEBE, s. 1041; SCHUBERT, 2018, s. 206.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA / REFERENCES

- ALP, Mustafa, “Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)”, **Prof. Dr. Sarper. Süzek’e Armağan**, Ed: Süleyman BAŞTERZİ, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2011.
- ALPAGUT, Gülsevil, “Dijitalleşen Çalışma Yaşamında İş Sözleşmesinin Unsurları”, **Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri**, **Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı**, Ed. Kübra Doğan YENİSEY, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2021.
- AYDINÖZ, Gonca, **İş Hukukunda Tele (Uzaktan) Çalışma**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2014.
- AYKAÇ, Hande Bahar, “Çevrimiçi Uygulamalar Aracılığı ile Talep Üzerine Çalışma İş Modelinde İşçi Kavramının Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi: Uber Şoförleri Örneği”, **Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri**, **Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı**, Ed. Kübra Doğan Yenisey, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2021.
- AYKAÇ, Hande Bahar, “Platform Ekonomisi Çalışması: İş Hukukunda Yarattığı Sorunlar Üzerine Bir Değerlendirme”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, 2020, S. 44.
- BELGİN BOYACI, Nil, **Dijital Emek Platformları ve Sendikalar**, Türk Metal Yayınları, Ankara, 2020.
- BOURAZERİ, Konstantina, “Neue Beschäftigungsformen in der digitalen Wirtschaft am Beispiel soloeselbstständiger Crowdworker”, **NZA (Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht)**, 2019.
- CİVAN, Orhan Ersun, “İş Hukukunda Uzaktan Çalışma (Evde Çalışma-Tele Çalışma)” **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2010, C. 7, S. 26.
- DÄUBLER, Wolfgang / KLEBE, Thomas, “Crowdwork: Die neue form der Arbeit - Arbeitgeber auf der Flucht?”, **NZA (Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht)**, 2015.
- DE STEFANO, Valerio, “The Rise of the Just-in- Time Workforce: On-demand Work, Crowd Work and Labor Protection in the ‘Gig-Economy’”, **37 Comp. Lab. L. & Pol’y J.471**, 2016.

- DE STEFANO, Valerio / ALOISI, Antonio, **Europe- an Legal Framework for “Digital Labour Platforms”**, European Union, 2018.
- DOĞAN, Sevil, **İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- DULAY YANGIN, Dilek, “Endüstri 4.0, Dijitalleşme ve İş Hukukunun Geleceği- Dijital Platformların Ortaya Çıkardığı Hukuki İlişkiler Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, 2020, C. 78, S. 3.
- DULAY, Dilek, **Türk İş Hukukunda Evde Çalışma**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- EROL, Abdullah, **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukuku’nda İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- GÜZEL, Ali, “Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Haziran 1997, C. 4, S. 2.
- KANDEMİR, Murat, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- KLEBE, Thomas, “Arbeitsrecht 4.0: Faire Bedingungen für Plattformarbeit”, **Friedrich Ebert Stiftung: Wirtschafts- und Sozialpolitik**, 2017.
- KOCH Ulrich in MÜLLER-GLÖGE, Rudi / PREIS, Ulrich / SCHMIDT, Ingrid, **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, 22. neu bearbeitete Auflage, München, 2022.
- KOCHER, Eva / HENSEL, Isabell, “Herausforderungen des Arbeitsrechts durch digitale Plattformen - ein neuer Koordinationsmodus von Erwerbsarbeit” **NZA** (Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht), 2016.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş, **İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku**, 5. Baskı, Lykeion Yayıncılık, Ankara, 2021.
- RULAND, Franz, “Beschäftigungsverhältnis oder „Neue Selbständigkeit“?”, **NZS** (Neue Zeitschrift für Sozialrecht), 2019.
- SCHMIDT, Florian A., **Digital Labour Markets in the Platform Economy**, Mapping the Political Challenges of Crowd Work and Gig Work, Division for Economic and Social Policy, 2017.
- SCHUBERT, Claudia, “Crowdworker - Arbeitnehmer, arbeitnehmerähnliche Person oder Selbständiger”, **RdA** (Recht der Arbeit), 2020.
- SCHUBERT, Claudia, “Neue Beschäftigungsformen in der digitalen Wirtschaft - Rückzug des Arbeitsrechts?”, **RdA** (Recht der Arbeit), 2018.
- SPINNER, Günter in SACKER, Franz Jürgen ve diğerleri, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, 8. Auflage, 2020.

- SÜMER, Haluk Hadi, “İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, 2010, S. 19.
- SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku**, Yenilenmiş 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- TEMMING, Felipe in Kiel, Heinrich ve diğerleri, **Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht**, 5. Auflage 2021.
- UÇKAN HEKİMLER, Banu / KAĞNİCİOĞLU, Deniz / BELGİN BOYACI Nil, “Dijital Platform Çalışanları ve Sendikalar”, **Karatahta İş Yazıları Dergisi**, Aralık 2019, S. 15.
- VOGELSANG, Hinrich in Schaub, Günter, **Arbeitsrechhts-Handbuch**, 19. Auflage, 2021.
- YAYVAK NAMLI, İrem, “Dijital Çağ’da Yeni Bir Çalışma İlişkisi Modeli: “Crowdworking””, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, 2019, S. 42.

Milletlerarası Tahkimde Hakem Kararlarının Konu Bakımından Yetki Çerçevesinde Değerlendirilmesi^(*)

Evaluation of Arbitral Tribunal's Decisions with Regard to Subject Matter Jurisdiction

Ahmet DÜLGER^(**)

Öz:

Milletlerarası tahkimde hakem kararlarının, hakemlerin yetkileri dahilinde verilmiş olup olmadığı iptal ve tenfiz davalarında itiraz konusu olabilir. Yetki aşımı veya yetkinin bulunmadığı şeklindeki iptal ve tenfizi ret sebepleri ulusal ve uluslararası mevzuatta düzenlenmiştir. Bu sebeplerin varlığının mahkemeler tarafından kabul edilmesi halinde, hakem kararlarının iptal edilmesi veya tenfiz edilmemesi gibi önemli sonuçlar ortaya çıkabilir. Hakemlerin kararlarının bu sonuçlarla karşılaşmaması için dikkat edilmesi gereken hususlardan biri, hakemlerin konu bakımından yetkinin söz konusu kararlarda mevcut olması gerekliliğidir. Hakemlerin, yalnızca tarafların iradeleleriyle tahkime getirilen uyuşmazlık konuları hakkında karar alabilmesi, konu bakımından yetkinin bir yönünü oluşturmaktadır. Buna göre, bir hukuki ilişki veya sözleşme tarafların tahkim iradesinin kapsamında değilse hakemlerin bu konularda karar alması mümkün olmayacaktır. Tarafların iradesinde tahkime getirilmesi konusunda anlaşma bulunsa dahi devletlerin kanuni düzenlemeleri gereği tahkimde görülmesi mümkün kabul edilmeyen uyuşmazlık türleri bakımından ise tahkime elverişlilik sorunu gündeme gelecektir. Bu kapsamda, tahkime elverişlilik de geçerli bir hakem kararının varlığı için gereklidir. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda yer aldığı üzere, Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda tahkim yargılaması gerçekleştirilemeyecek ve hakem kararı alınmayacaktır. Konu bakımından yetkinin diğer yönü ise, hakemlerin hem ara kararlarının hem nihai kararlarının kendilerine verilen yetki dahilindeki konular hakkında olmasıdır. Dilekçe ve delillerin sunulması ile bunların değerlendirilme usulleri, tahkim masrafları, faiz veya geçici hukuki koruma tedbirleri dahil çeşitli hususlarla ilgili olarak hakemlerin karar alabilmesi, bu konularda yetkilendirilmiş olmalarına bağlıdır. Yargıtay uygulamasında ve mukayeseli hukuktaki mahkeme kararlarında da hakemlerin yalnızca yetkilendirildikleri konularda karar alabileceği belirtilmiştir.

^(*) **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 07.08.2022

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 10.10.2022

DOI: 10.58733/imhfd.1267387

Bu makaleye atf için: DÜLGER, Ahmet, "Milletlerarası Tahkimde Hakem Kararlarının Konu Bakımından Yetki Çerçevesinde Değerlendirilmesi", **İMHD**, C. 8, S. 1, 2023, s. 267-290.

^(**) Dr., Arş. Gör. İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı / İstanbul - Türkiye

E-posta: ahmetdulger3@gmail.com

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2527-2099>

Anahtar Kelimeler:

Milletlerarası Tahkim, Hakem Kararı, Konu Bakımından Yetki, Uyuşmazlık Konusu, Tahkime Elverişlilik, Taraf İradesi.

Abstract:

Arbitral awards can be examined from many different aspects including whether the decisions were made within the jurisdiction of the arbitrators or not may be the subject of objection in annulment and enforcement cases. The reasons for annulment and refusal of enforcement in the form of excess of authority or lack of authority are regulated in national and international legislation. In order to prevent these consequences, the subject matter jurisdiction of the arbitrators should be present in the said decisions of arbitral tribunals. The fact that arbitrators can only decide on disputed matters which are brought to arbitration by the will of the parties constitutes one aspect of the subject matter jurisdiction. If a legal relationship or contract is not within the scope of the parties' will to arbitrate, it will not be possible for the arbitrators to decide on these matters. Arbitrability is also necessary element for the existence of a valid arbitral award. According to the International Arbitration Law of Türkiye, arbitration proceedings cannot be carried out and an arbitral decision cannot be made in disputes which are not arbitrable. Other aspect of the subject matter jurisdiction is that both the interim decisions and the final decisions of the arbitrators are required to fall within the jurisdiction of arbitrators which are granted to them. The arbitrators' ability to decide on various matters, including the submission of petitions and evidence and the procedures for their evaluation, arbitration costs, interest or interim measures, depends on their jurisdiction in these matters.

Keywords:

International Arbitration, Arbitral Decision, Subject Matter Jurisdiction, Dispute Subject, Arbitrability, Party Consent.

I. GİRİŞ

Bir tahkim yargılamasını gerçekleştirmek üzere yetkilendirilen hakemlerin uyuşmazlığı sona erdiren nihai hakem kararından ayrı olarak çeşitli kararlar almaları da mümkündür. Nihai hakem kararının içerisinde de içerik ve şekil itibariyle farklı kararlar bulunabilir. Bu türden kararlar, yargılama devam ederken tarafların duruşmaya katılmaları, taraflarca sunulan belgelerin değerlendirilme usulleri veya tahkim süresiyle ilgili düzenleyici kararlar olabileceği gibi nihai hakem kararının verilmesinden sonra tamamlayıcı veya ek kararlar verilmesi ya da hakem kararının uygulanmasıyla ilgili konular hakkında verilenler olmak üzere yargılamanın sonunda da alınabilir¹.

Hakem heyetince alınacak tüm bu kararların hakemlerin yetkileri dahilinde olması gerekir. Bunun milletlerarası tahkim hukukundaki karşılığı ise hakemlerin konu bakımından yetkileri dahilinde kararlar almalarıdır. Konu bakımından

¹ YEŞİLIRMAK, Ali, *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2011, s. 116; KAFALI, Ömer Faruk, *Tahkim Yargılamasında Ara ve Nihai Hakem Kararları*, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2022, s. 21-24.

yetkinin birinci anlamı tahkimde çözülebilecek uyuşmazlığın, taraflarca tahkime getirilmesi kararlaştırılan uyuşmazlık olması gerekliliğidir. Hakemlere yetki verilmeyen bir uyuşmazlık konusu hakkında tahkim yargılaması yapılamaz ve hakem kararı alınamaz. Tahkime elverişlilik hususu da bu açıdan konu bakımından yetkinin kapsamındadır. Tahkime elverişli kabul edilmeyen konularda hakemlerin yargılama yaparak karar alması mümkün değildir. Konu bakımından yetkinin ikinci anlamı ise, hakemlerin aldıkları her bir kararın kendilerine verilen yetkiler kapsamında mümkün olabilmesidir. Alınan kararların içeriğinin ve konusunun hakemlerin yetkileriyle uyumlu olması gerekir. Aksi takdirde, inceleme konumuz olan milletlerarası tahkim bakımından, yetki aşımı veya yetkilendirilmedikleri konularda karar alındığı gerekçesiyle nihai hakem kararının iptal edilmesi veya tenfiz edilmemesi riskiyle karşılaşılabılır.

İlgili hakem kararının içeriğine bağlı olarak, hakemlerin söz konusu yetkisi tahkim anlaşmasıyla oluşturulabileceği gibi kurumsal tahkim merkezinin tahkim kuralları veya tahkim kanunları da hakemlerin alacakları bu kararlar hakkındaki yetkilerini oluşturabilir. Özellikle, tarafların iradeleri hakemlerin alabilecekleri kararların içeriklerinin belirlenmesinde önemli bir yere sahiptir. Tahkimin dili, yeri ve uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk dahil çeşitli özellikleri, geçici hukuki koruma tedbirleri veya yargılama usulüne dair çeşitli konular hakkında hakemlerin alabilecekleri veya alamayacakları kararlar tarafların anlaşmalarıyla belirlenebilir².

Çalışmamızda, öncelikle hakemlerin konu bakımından yetkisi kavramına istinaden milletlerarası tahkim bakımından neyin kastedildiği ve bu kavramın detayları incelenecektir. Hakemlerin konu bakımından yetkisinin tüm yönleriyle birlikte, hakemlerin farklı konularda alabilecekleri kararlara imkan sağlayan özelliklerinin neler olduğu bu başlık altında cevabı aranan sorudur. Çeşitli mevzuattan örnekler de bu başlıkta değerlendirilecektir. Taraf iradelerinin hakemlerin konu bakımından yetkisini tespit etmede sahip olduğu önem ise bir sonraki başlıkta incelenecektir. Burada, mukayeseli hukuktaki içtihatlar milletlerarası tahkimde taraf iradesinin hakemlerin alabilecekleri kararlarda nasıl bir etki oluşturduğu bakımından değerlendirme konusu yapılacaktır. Bir sonraki başlık altında ise, hakemlerce geçerli bir yetkiye dayanarak alınabilen farklı kararların

² AKINCI, Ziya, **Milletlerarası Tahkim**, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2021, s. 485; YEŞİLİRMAK, **Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, s. 77, 104; ÖZEL, Sibel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2008, s. 82, 89; ESEN, Emre, **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, İstanbul, Beta, 2008, s. 9; ERKAN, Mustafa, **Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 39.

neler olduğu, esas ve usule dair konularda hakemlerin yargılamayı şekillendirmesi imkanları incelenecektir. Çalışmamızın sonuç bölümünde milletlerarası tahkimde hakemlerin alabilecekleri çeşitli kararların neler olduğu ve özellikle taraf iradeleriyle konu bakımından hakemlerin yetkisinin nasıl şekillendirilebileceği hakkındaki bulgularımız değerlendirilecektir. Bu çalışmanın amacı ve konusu, yukarıdaki sorulara, milletlerarası tahkimdeki düzenleme ve uygulamaları da göz önüne alarak, cevaplar bulabilmektir.

II. KONU BAKIMINDAN YETKİ

Hakemlerin, bir yargılamayı gerçekleştirirken alınacak kararlar bakımından yetkilerinin hangi temellerden dayanak aldığı öncelikle incelenmesi gereken husustur. Bu kapsamda, hakemlerin yalnızca yetkili oldukları durumlarda karar alması halinde geçerli ve icra edilebilir hakem kararlarından bahsedilebilir. Hakemlerin yetkilerinin kişi ve konu bakımından olmak üzere iki yönü olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Geçerli ve icra edilebilir hakem kararından bahsedebilmek için hakemlerin hem kişi hem de konu bakımından yetkiye sahip olmaları gerekir.

Bu iki yetki çeşidinin temelinde de aynı prensip, yani taraf iradesi yatmaktadır. Bu, şaşırtıcı bir özellik değildir. Zira, bir bütün olarak tahkim yargılamasının temelinde taraf iradesi bulunmaktadır. Bu prensibin ilk yönü, tarafların, aralarındaki uyuşmazlığı tahkime götürebilmeleri için taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının bulunması gerekliliğidir³. Bu sayede, davalı olarak gösterilen taraf tahkim yargılamasına dahil edilebilecektir. Bu, hakemlerin kişi bakımından yetkiye sahip olması şeklinde özetlenebilir. Diğer yönü ise, yalnızca tahkim anlaşmasıyla belirlenen uyuşmazlıkların tahkime götürülebilmesi ve tahkime elverişli kabul edilen uyuşmazlıklar hakkında yargılama yapılabilmesidir. Bu durum da, tahkim anlaşmasında belirtilmeyen hukuki olay ve uyuşmazlıkların söz konusu tahkimde yargılamasının yapılamayacağını, yani konu bakımından yetkinin gerçekleşmesi gerektiğini, belirtir. Bu iki değerlendirmenin geçerli olarak varlığı halinde hakemlerin tahkim yargılamasını gerçekleştirerek nihai karar dahil çeşitli kararlar alma yetkisinin bulunduğu kabul edilir.

Bir başka ifadeyle, bu değerlendirmeler, kişi bakımından ve konu bakımından olmak üzere hakemlerin yetkili olup olmadığının incelenmesini içerir⁴. Uy-

³ NOMER, Ergin / EKŞİ, Nuray / ÖZTEKİN GELGEL, Günseli, **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, Cilt 1, 5. Basım, Beta Yayınları, 2016, s. 22, 23; AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, s. 152; ESEN, **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, s. 6.

⁴ Kişi ve konu bakımından yetkinin değerlendirilmesinin haricinde zaman bakımından da hakemlerin yetkisinin değerlendirilmesi söz konusudur. Bu kavramın Latince karşılığı *ratione temporis*'tir. Tahkim alanındaki literatürde diğer iki ayrım kadar hakkında yazılmasa da hakemlerin zaman bakımından yetkisi

gulanacak hukuk kurallarına göre hakem heyeti, bu hususlarda yetkisinin varlığını denetler⁵. Tahkim yargılamasını gerçekleştirmek üzere uyuşmazlığın önüne getirildiği hakemlerin bu yargılamayı yapabilmesi için kişi ve konu bakımından yetkiye sahip olmaları gerekir. Bu durum, büyük oranda, tahkimin tarafların iradesine bağlı olmasının sonucudur. Kısaca ifade etmek gerekirse, yalnızca uyuşmazlığı tahkime götürmeyi kabul eden taraflar bakımından ve yalnızca tahkime götürmek istedikleri konularda tahkim yargılamasının gerçekleşmesi mümkündür⁶.

Hakemlerin konu bakımından yetkisi, tahkimde hakemlerin verebilecekleri kararlar ile ilgilidir. Bu durum, *ratione materiae*, olarak da adlandırılır. Konu bakımından yetkinin birbirini tamamlayan iki yönü vardır. Bunlardan ilki, hangi konulardaki uyuşmazlıklarda tahkim yargılamasının yapılabileceğiyle ilgiliyken ikincisi, hakemlerin alacakları kararların içeriğinin hangi konularda olabileceğiyle ilgilidir.

A. Uyuşmazlık Konusu ve Tahkime Elverişlilik

Tahkimde yargılama, yalnızca tahkim anlaşmasında belirlenen uyuşmazlıklara ilişkin yapılabilir⁷. Bir başka deyişle, hakemler yalnızca taraflarca kararlaştırılmış uyuşmazlığı çözümlmek için yargılama yapabilirler. Uyuşmazlığın kendisinin söz konusu tahkim yargılamasında çözümlenemeyeceği sorunu konu bakımından yetkinin bu yönüyle incelenir. Zira, tarafları bağlayıcı ve ge-

de aslında tüm tahkim davalarında değerlendirilmek zorundadır. *Ratione temporis*, aslında tahkim önüne getirilen uyuşmazlığın tahkim anlaşmasının yürürlük tarihi kapsamında olup olmadığıyla ilgilidir. Mesela, devletler arasındaki karşılıklı yatırım anlaşmasının hangi tarihten itibaren olmuş olaylara uygulanacağı genellikle anlaşma metninde belirlenir. Bu tarihten önce olan olaylara veya uyuşmazlıklara bu anlaşma hükümleri uygulanmayacaktır. Ticari tahkimde de taraflar arasındaki tahkim anlaşmasıyla yalnızca anlaşmanın imza tarihinden sonra ortaya çıkacak belirli uyuşmazlıkların ilgili tahkim anlaşması kapsamına gireceği belirlenmiş olabilir. Bu tarihten önce taraflar arasında ortaya çıkmış uyuşmazlıklar bu tahkim anlaşması sayesinde tahkime götürülemeyebilir. Zaman bakımından değerlendirmenin haricinde yer bakımından yetki, *ratione loci*, değerlendirmesinin yapılması gerektiği de ifade edilebilir.

⁵ *Kompetenz-kompetenz* olarak adlandırılan hakemlerin kendi yetkisi hakkında kendisinin karar verebileceği genel olarak kabul edilmekle birlikte bazı ülkelerde ve kurallarda, tahkim alanındaki daha eski bir uygulama olarak, hakemlerin yetkilerinin varlığı hakkında kararı da mahkemenin vermesi kabul edilebilmektedir.

⁶ GAILLARD, Emmanuel / SAVAGE, John, **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, Hague, Kluwer Law International, 1999, s. 312 para. 532.

⁷ MITCHELL, Andrew D. / HEATON, David, "The Inherent Jurisdiction of WTO Tribunals: The Select Application of Public International Law Required by the Judicial Function", **Michigan Journal of International Law**, C. 31, S. 3, 2010, s. 562; PAPARELLA, Chris / ENGELS, Andrea / JERNUDD, Sigrid, "USA", Ed. Joe Tirado, **International Arbitration**, 2. Bs., Global Legal Group, 2016, 303-315, s. 309; ÇALIŞKAN, Yusuf, "Dispute Settlement in International Investment Law", **Implementing International Economic Law: Through Dispute Settlement Mechanisms**, ed. Yusuf Aksar, Nijhoff International Trade Law Series, Vol. 6, 2011, s. 36 vd.

çerli bir tahkim anlaşmasının mevcudiyeti, hakemlerin önüne getirilen her uyuşmazlığın bu tahkim anlaşması kapsamında olduğu anlamına gelmez. Öncelikle, tahkimdeki uyuşmazlığın ilgili tahkim anlaşması ile belirlenmiş uyuşmazlık konusu ile aynı olduğunun tespit edilmesi gerekir. Bunun nedeni, bir tahkim anlaşmasının genellikle yalnızca “tanımlanmış bir yasal ilişki” için geçerli olmasıdır⁸. Yani, hakemlerin önünde yargılamaya getirilmiş konunun, tarafların tahkim anlaşmasında tahkime götüreceklerini kabul ettikleri hukuki ilişki veya uyuşmazlığa dair olması gerekir.

Bu sorunun olumlu olarak çözümlenmesinden sonra tahkime elverişlilik değerlendirmesi yapılır⁹. Uyuşmazlığı oluşturan ilişki, işlem veya talebin ilgili olduğu hukuk alanı, uygulanacak hukuka göre tahkimde yargılamaya konu olabilen bir uyuşmazlık olmalıdır.¹⁰ Uyuşmazlık, bir hizmetin verilmesi ve buna ilişkin ücretin ödenmesi, sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle zararın tazmin edilmesi veya eksik bırakılan bir inşaatın tamamlanmaması nedeniyle fazladan ödenen hak edişlerin geri verilmesi ile ilgiliyse de alacağın tazmini konusunda bir tahkim talebinden bahsedebiliriz. Özellikle ticari tahkimde tahkime elverişlilik olarak adlandırılan bu kavram sayesinde tarafların tahkimde çözümlenmesini istedikleri uyuşmazlığın konusunun, ilgili olduğu hukuk alanı bakımından hakemlerin yetki alanında olup olmadığı belirlenmiş olur¹¹.

Birçok devlet hukukunda, bazı uyuşmazlık konularının tahkim yargılamasında görülmesinin mümkün olmadığına dair düzenlemeler yer almaktadır¹². Bu

⁸ MILLS, Alex, “Arbitral Jurisdiction”, *Oxford Handbook on International Arbitration*, Ed: Thomas Schultz, Federico Ortino, Oxford Handbooks, 2020, s. 12. UNCITRAL Model Kanunu m.7(1) de tahkim anlaşmasının taraflar arasındaki belirlenmiş bir hukuki ilişkiden meydana gelen uyuşmazlıkların çözülmesini amaçladığını kabul etmiştir.

⁹ BORN, Gary, *International Arbitration: Law and Practice*, Wolters Kluwer International, 2012, s. 82 vd.; HUYSAL, Burak, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, Vedat Kitap, 2010, İstanbul, s. 200.

¹⁰ GAILLARD / SAVAGE, *International Commercial Arbitration*, para. 533, s. 313; United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *the Arbitration Agreement*, United Nations, 2005, s. 22.

¹¹ KJOS, Hege Elisabeth, *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law*, Oxford University Press, 2013, s. 105, 134; MILLS, *Arbitral Jurisdiction*, s. 15, 16; KALPSÜZ, Turgut, *Türkiye’de Milletlerarası Tahkim*, 2. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 30.

¹² MCCLENDON, Stewart, “Subject-Matter Arbitrability in International Cases: Mitsubishi Motors Closes the Circle”, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, C. 11, S. 1, 1986, 81-100, s. 83; HUYSAL, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, s. 11-13; TIRYAKIOĞLU, Bilgin, “Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Hakem Kararlarının İptali”, *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu*, ed. Bilgin Tiryakioğlu ve diğerleri., Yetkin Yayınları, 2016, s. 301-321, s. 314; SARIALIOĞLU, Simel, “Tahkim Sözleşmesi Hazırlanırken Dikkate Alınması Gerekenler”, *Tahkim Anlaşması Tahkim Okulu Paneller Serisi*, Ed. Mustafa Erkan, Candan Yasan Tepetaş, Cilt: 1, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2020, s. 145, 147.

düzenlemelerde, yalnızca devlet mahkemelerinin yargılama yapabileceği konular belirlenmiş olabileceği gibi uyuşmazlık konularının bazı yönlerinin tahkimde görülmesine sınırlamalar da getirilmiş olabilir. Türk hukukunda milletlerarası ticari tahkim bakımından, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) ve mehzaz kanun olan Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) Uluslararası Ticari Tahkimde Model Kanun'daki (Model Kanun) düzenlemeler hakemlerin konu bakımından yetkisini tahkime elverişlilik kapsamında belirlemiştir. Bu düzenlemelerin tahkim yoluyla çözümüne izin verdiği konularda tahkim yargılaması icra edilebilir. MTK, hangi uyuşmazlıkların tahkimde görülemeyeceğini tespit etmiştir. MTK m.1(4) uyarınca, “(b)u Kanun, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz.” Dolayısıyla MTK kapsamına giren tahkimlerde taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet, irtifak, intifa ve haciz konuları çözülemeyecektir.

Milletlerarası tahkim kapsamında olmasa da aynı kanuni düzenlemeye sahip olması bakımından 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda (HMK) da tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıkların tespit edildiğini belirtmek gerekir. HMK m.408 uyarınca da taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkimde çözülemeyecektir. HMK’nın tahkim ile ilgili düzenlemelerine tabi olan yerel bir tahkim davasıyla ilgili Yargıtay, taşınmaz kira değeri tespit davaları ve tahliye davalarına ilişkin olarak, bunların tahkime elverişli olmadığını belirten kararlar vermiştir¹³. Ancak yine de Türk hukuku bakımından tahkime elverişli olan ve olmayan uyuşmazlıkların hangilerinin olduğunu kesin olarak listelemek, mevzuat ve içtihatlarda çok açık belirlemeler olmadığı için, mümkün değildir¹⁴.

Milletlerarası yatırım tahkiminde ise, özel bir konu olarak yalnızca yatırımdan doğan uyuşmazlıklarda hakem heyetinin yargı yetkisi vardır. Hakem heyetlerinin konu bakımından yargı yetkisine sahip olabilmesi için bir yatırım olması gerekir. Yatırım tahkiminde yatırımın varlığı ve hukukiliği incelemesi bu kapsamda, yani konu bakımından yetki değerlendirmesi ile yapılır. Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (ICSID) nezdinde gerçekleşen yatırım tahkiminde, yargılamanın yapılabilmesi için uyuşmazlığın uluslararası bir yatırımdan kaynaklanması ve ICSID Sözleşmesi m.25(1)’de sayılan yetki

¹³ Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E. 2004/13018, K. 2004/13409, T. 02.12.2004 (www.kazanci.com).

¹⁴ EKŞİ, Nuray, “Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. 67, S. 1, 2009, s. 54-74, s. 64; SARIALIOĞLU, *Tahkim Sözleşmesi Hazırlanırken Dikkate Alınması Gerekenler*, s. 145.

şartlarının yerine getirilmiş olması gereklidir¹⁵. Birçok ICSID kararında, uyuşmazlığın temelindeki yatırımın hukuka aykırılığı nedeniyle ve genellikle karşılıklı yatırım anlaşmasındaki yatırımın ev sahibi devletin yasalarına uygun olarak yapılması gerekliliği nedeniyle, konu bakımından yargı yetkisi reddedilmiştir. Bu bağlamda, hakemlerin yetkisini ilgilendiren yasallık analizi ilgili karşılıklı yatırım anlaşmasındaki yatırım tanımına göre yapılmaktadır. *Fraport v Filipinler* davasında, hakem heyeti “yatırım, hukuka uygun olmadığı” için, hakem heyetinin konu bakımından yargı yetkisinden yoksun olduğuna karar vermiştir¹⁶. Aynı şekilde *Inceysa Vallisoletana S.L. v. El Salvador Cumhuriyeti* davasında, yatırım El Salvador yasalarına göre açıkça yasadışı olan hileli bir şekilde yapıldığından yargı yetkisi hakem heyetince reddedilmiştir¹⁷. Benzer şekilde, *Ioannis Kardassopoulos v. Gürcistan Cumhuriyeti* davasındaki hakem heyeti de, konu bakımından yetki alanını analiz etmek için yatırımın yasallığına değinmiştir¹⁸.

Tüm bu açıklamalar kapsamında ilk yönüyle, *ratione materiae*, hakem heyetinin yargı yetkisine giren bir uyuşmazlığın konusunu ifade eder. Bunlar, konu bakımından yetki açısından ilk hususa karşılık gelmektedir. Tahkime elverişlilik kavramını da içinde barındıran konu bakımından yetki, bu yönüyle, uyuşmazlığın konusunu ifade etmektedir. Yalnızca tahkim anlaşmasıyla belirlenen konularda yargılama yapılabilecektir. Hakemlerin genel yargı yetkisi bulunmadığından konu bakımından hakemlerin yetkisinin sınırlarına uygun hareket edilmesi gerekir. Tahkime elverişlilik kapsamında da, uyuşmazlığın, taşınmazın aynına ilişkin bir konu, kira sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, boşanmada mal paylaşımı, velayet¹⁹ veya rekabet hukukunda yerel veya uluslararası uyuşmazlıkları ilgilendiren rekabet ihlalleri, işçilik alacakları, tüketici davaları, eser sözleşmesinden kaynaklı alacak gibi konulardan hangisiyle ilgili olduğu ve bu konularda tahkimin gerçekleşmesine devlet kanunları tara-

¹⁵ ICSID Anlaşması m.1 ve 25. Aynı yönde açıklamalar için bkz. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), **Requirements Ratione Materiae**, United Nations Yayınları, 2003, s. 5; ŞANLI, Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, Beta Yayınları, 7. Bası, İstanbul, 2019, s. 578; ÇALIŞKAN, **Dispute Settlement in International Investment Law**, 131.

¹⁶ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Filipin Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/03/25, Karar, 16/08/2007, s. 192.

¹⁷ *Inceysa Vallisoletana S.L. v. El Salvador Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/03/26, Karar, 02/08/2006, s. 77.

¹⁸ *Ioannis Kardassopoulos v. Gürcistan Cumhuriyeti*, ICSID Dava No. ARB/05/18, Karar, 03/03/2010, s. 89.

¹⁹ Boşanma ve velayet uyuşmazlıkları tahkime elverişli olmayan uyuşmazlıklardan sayılmaktadır. Bkz. GAILLARD / SAVAGE, **International Commercial Arbitration**, s. 331 para. 561.

findan izin verilip verilmediği incelenmektedir²⁰. Bu konularda tahkime elverişlilik incelemesi yapılması gerekir. Ancak tahkime elverişli kabul edilen konularda hakemlerce yargılama yapılabilir.

B. Hakem Kararlarının Konusu

Konu bakımından yetkinin ikinci yönü ise hakemlerin hem ara kararlarının hem nihai kararlarının yalnızca izin verilmiş, bir başka ifadeyle, tahkim anlaşması veya uygulanacak hukuk ile yasaklanmamış, konularda olabilmesidir. Hakemlerin konu bakımından yetkisinin bir parçası olan bu husus, tahkime elverişlilikte olduğu üzere uyuşmazlığın konusunu değil, hakemlerce alınacak kararların içeriği ve kapsamını ifade eder. Hakem heyetinin dilekçelerin verilme süreleri, duruşma tarihleri, tanık beyanlarının hükme esas alınıp alınmayacağı, yargılamada uygulanacak hukukun tespiti gibi hususlarda verdikleri kararlar dahil tüm kararlarının hakemlerin konu bakımından yetkili oldukları hususlarda olması gerekir. Bu durum da tahkimin doğası gereği tahkim anlaşmasıyla belirlenir. Ancak, konu bakımından yetkinin diğer görünümünden farklı olarak, burada, uyuşmazlığın kendisiyle ilgili değil hakemlerin verecekleri kararlarla ilgilendirilir. Başka bir ifadeyle, tahkim anlaşmasıyla, hakemlerin hangi konularda kararlar alabileceğinin belirlenmesi yapılabilir ve bu durum da hakemlerin konu bakımından yetkisini oluşturur.

Bu açıdan, hakemlerin konu bakımından yetkisinin hangi hukuki işlem, araç veya belge ile oluşturulacağını veya tespit edileceğinin belirlenmesi de önem arz etmektedir. Aşağıdaki başlıkta detaylı olarak inceleneceği üzere, tahkim, temelde tarafların arasındaki bir anlaşmaya dayandığı için, kanunlarda belirlenen tüm konularda karar alabilen devlet mahkemelerinin aksine, hakemler yalnızca tahkim anlaşmasında yer verilen konularda karar alabilir. Hakemlerin konu bakımından yetkisinin (*ratione materiae*) sınırlarının belirlenmesinde tahkim anlaşmasının belirleyici olduğu açıktır. Bunun yanında, esasa ve usule uygulanan hukuk kuralları da hakemlerin konu bakımından yetkilerinin tespitinde çok önemlidir. Taraflarca esasa veya usule uygulanmak üzere seçilen hukuk, kurumsal tahkim kuralları, tahkim anlaşması veya hakem sözleşmesi hakemlerin açıkça yetkilendirildikleri konuları tespit edebilir.

Tarafların tahkimde çözülmesini istedikleri uyuşmazlıklardan asıl alacak miktarı, buna bağlı ferî haklar, masraflar veya ilgili diğer hususlar da hakemle-

²⁰ HUYSAL, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik*, s. 15; TİRYAKIOĞLU, *Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Hakem Kararlarının İptali*, s. 314; NOMER, EKŞİ, ÖZTEKİN-GELGEL, *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, 49 vd.

rin konu bakımından yetkisinin bu anlamdaki görünümünü oluşturur²¹. Hakem heyetinin yargılamanın herhangi bir safhasında vereceği kararın da hem uygulayacak hukuk hem de tarafların anlaşmasıyla izin verilen bir konuda olması gerekir. Bu nedenle, uyuşmazlığın ilgilendiği hukuk alanının haricinde hakemlerin verecekleri kararların çeşitleri ve kapsamı da hakemlerin konu bakımından yetkisi başlığı altında değerlendirilmelidir. Diğer bir ifadeyle, nasıl ki tahkime elverişlilik kapsamında uyuşmazlığın ilgili hukuk düzeni tarafından tahkimde görülmesine izin verilen bir konu olması gerekmekte ise, hakemlerin yargılama esnasında verecekleri kararların da bu düzenlemeler bakımından izin verilen hususlarda ve kapsamda olması gerekir. Zira, tahkim anlaşması ya da uygulanacak hukuk ile hakemlerin hangi konularda karar alabileceği belirlenmektedir. Uyuşmazlığın nihai olarak sona erdirilmesi için tazminat miktarının, faizin, mahkeme ve diğer yargılama masraflarının, aynen ifanın, manevi tazminatın hakemlerce kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı bu anlamda hakemlerin konu bakımından yetkisi altında değerlendirilmelidir. Ayrıca, hakemlerin yargılamayı gerçekleştirmek üzere alacağı usuli kararlar da konu bakımından yetkilerinin kapsamına girmektedir.

III. TARAFLARIN İRADELERİNİN ÖNEMİ

Tahkimi en temel özelliğiyle birlikte kısaca tanımlamak gerekirse, uyuşmazlığın tarafların rızasına, yani iradesine, dayanarak çözülmesini sağlayan ve devlet yargısının dışında olan özel bir yargı metodu olduğunu belirtmek yeterli olacaktır²². Tarafların tahkime gidilmesine rıza vermiş olması tahkim yargılama-

²¹ KJOS, *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law*, s. 105.

²² ŞANLI, Cemal, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1986, s. 1, 17, 19; NÖMER, Ergin, *Devletler Hususî Hukuku*, 22. Bası, Beta, İstanbul, 2017, s. 554; ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 9. Baskı, Beta, İstanbul, 2021, s. 758; ŞANLI, *Uluslararası Ticari Aktlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, s. 320, 481; AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 5; YEŞİLİRMAK, *Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, s. 58; ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 17. Baskı, Beta, İstanbul, 2021, s. 844; REDFERN, Alan ve diğerleri, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6. bs., Oxford University Press, 2015, s. 2; LEW, Julian D. M./ MİSTELİS, Loukas A./ KRÖLL, Stefan M., *Comparative International Commercial Arbitration*, Hague / New York, Kluwer Law International, 2003, s. 1-6; HACİBEKİROĞLU, Ekin, *Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul, On İki Levha, 2012, s. 28, 30; ERKAN, *Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları*, Ankara, s. 40.

Tahkimin tanımı bakımından yapılmış değerlendirmelerde ortak noktanın uyuşmazlığın taraflarının uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmaları olduğu ifade edilebilir. Bkz. POSTACIOĞLU, İlhan, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, İstanbul, 2015, s. 1026; KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, İstanbul, 2001, C. VI, s. 5875.

sının gerçekleştirilebilmesi için en temel ve ilk şarttır. Tarafların tahkime rızası, yaptığımız tahkim tanımında yer alan tarafların iradesi kavramının ilk unsurudur. İkinci unsur ise tarafların tahkim yargılamasının usulünü belirleme özgürlüklerini ifade eden iradeleridir. Tahkimin usulünde yapılacak tüm belirlemeler, kural olarak, tarafların rızasına dayanmalıdır. Uygulanacak hukuk, tahkim yeri hukuku veya hakemlerin yetkileri yalnızca belirli durumlarda tarafların iradesinin önüne geçecektir.

Tahkim anlaşmasının ikinci boyutu ise, hakemlerin kendilerine havale edilmiş olan uyuşmazlıkları ancak tahkim anlaşmasında taraflarca öngörülen yetkiler çerçevesinde gerçekleştirebilmeleridir²³. Uyuşmazlığın taraflarının iradeleri, kural olarak, hakemlerin yargılamayı gerçekleştirirken hangi yetkileri kullanabileceklerini, hangi usul ve esaslara göre kararlar alacaklarını tespit edecektir²⁴. Hakemlerin kendilerine tanınmayan bir yetkiyi kullanmaları, tahkim anlaşmasında yer almayan bir konu üzerinde karar almaları yetkilerini aşmaları durumunu ortaya çıkarabilir. Bu da, tahkimin temelinin tarafların rızası olduğu durumu²⁵ göz önüne alındığında, istenmeyen bir durumdur.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 28.01.1994 tarihli kararına²⁶ göre hakemler yalnızca yetkili kılındıkları hususlarda ve yetki verilen hukuk kurallarına göre karar verebilirler. Karara konu farklı Yargıtay daireleri kararlarında hakemlerin maddi hukuka göre karar vermesi taraflarca istenmiş olmasına rağmen hakemlerin hakkaniyete göre karar verip vermeyecekleri tartışma konusu olmuştur. Buna karşılık, Hukuk Genel Kurulu hakemlerin tahkim anlaşmasında belirtilen yetki sınırlarıyla bağlı olduğunu ve böyle bir durumda ancak belirlenen maddi hukuk kurallarına göre karar verebileceğini hükme bağlamıştır. Bu değerlendirme şu şekilde ifade edilmiştir:

Tahkim müessesesi taraflarca veya onlar adına önceden belirlenmiş muayyen kurallara göre veya bir kanun hükmü gereğince seçilmiş bir veya daha fazla şahıslar vasıtasıyla taraflar arasındaki ihtilafı bir meselenin devlet mahkemeleri haricinde çözümlenmesi olarak da tanımlanmıştır. Benzer tanımlar Webster's International Dictionary adıyla çokça bilinen ve kullanılan ansiklopedi-sözlükte yer almaktadır. bkz. Webster's International Dictionary adıyla çokça bilinen ve kullanılan ansiklopedi-sözlük, E.T. <https://www.merriam-webster.com/dictionary/arbitration>; BLACK, Henry Campbell, **Black's Law Dictionary**, 4. bs., West Publishing, 1968, s. 134.

²³ ŞANLI, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, s. 481.

²⁴ AKINCI, **Milletlerarası Tahkim**, s. 584.

²⁵ ESEN, **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, s. 9.

²⁶ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, E. 1993/4, K. 1994/1, T. 28/01/1994 (www.lexpera.com).

“Taraflar, uyuşmazlığın çözümü için ‘Maddi hukuk kuralları’ koşulu üzerinde anlaşmaya varmakla, hakemlerin karar verme yetkilerini sınırlamış olmaktadır. Bunun olağan sonucu olarak, hakemlerin maddi hukuk kuralları dışına çıkmak suretiyle karar vermeleri halini yetkilerinin aşılması saymak gerekir.”

Kararda belirtildiği üzere, uyuşmazlıkta uygulanması öngörülen maddi hukuk kuralları dikkate alınmadan karar verilmesi veya tahkim anlaşmasına aykırı karar oluşturulması hakemlerin kendilerine verilen yetkilerini aşma durumunu teşkil eder.

Tarafların, uyuşmazlıklarını tahkimde çözme iradelerini ortaya koydukları belge olan tahkim anlaşması ile taraflar yargılamayı gerçekleştirecek özel kişiler olan hakemlere yargı yetkisi vermektedirler. Yargı yetkisi ile hakemlerin uyuşmazlık konusunda tarafları yargılama yetkisi ifade edilmektedir. Ayrıca, yargı yetkisi hakemlerin uyuşmazlık konularını bağlayıcı bir karar vererek çözmelerini sağlayan yetkilerine de karşılık gelmektedir²⁷. Hakemlerin bu şekilde karar verebilmeleri ancak özel olarak yetkilendirilmeleri sayesinde mümkündür. Zira, tahkimin özel bir yargılama usulü olmasının sonucu olarak, devlet mahkemelelerinin aksine, hakemlerin çeşitli uyuşmazlıkları genel yetkili olarak yargılamaları mümkün değildir²⁸. Taraflarca özel olarak yetkilendirilmenin doğal sonucu olarak hakemler yalnızca yetkilendirildikleri konuda yargılama yapma yetkisine sahiptirler. Tahkim anlaşmasının taraf iradelerini yansıtmamasının bir sonucu olarak ifade edilebilecek bu özelliğe göre, hakemler yalnızca tahkim anlaşmasına konu olan uyuşmazlık hakkında karar verebilirler²⁹. Bu kararlar da hakemlerin konu bakımından yetkisine karşılık gelmektedir.

²⁷ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), **The Arbitration Agreement**, United Nations, 2005, s. 4; **Jurisdictional Challenges**, International Arbitration Practice Guideline, Chartered Institute of Arbitrators, Londra, 2015, s. 3.

²⁸ Burada belirtilen tahkimin, ihtiyari tahkim olduğunu belirtmek gerekmektedir. Zira, zorunlu tahkim uygulamasında tarafların tahkime rızası olmasa dahi uyuşmazlığın hakemlerce yargılamasının yapılması gerekecektir. İhtiyari tahkim açısından bu durum, uyuşmazlıkların olağan ve asıl çözüm yerinin devlet mahkemeleri olduğu ve tahkimin bu bakımdan istisnai nitelik taşıması şeklinde ifade edilebilir. Bkz. NOMER / EKŞİ / ÖZTEKİN GELGEL, **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, s. 38 vd.; ESEN, **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, s. 16-17; ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, “Tahkim Anlaşmasının Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Üçüncü Kişilere Teşmili”, **Tahkim Anlaşması**, Ed. Hatice Özdemir Kocasakal, Süheyla Balkar, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2020, s. 26; DEMİRKOL, Berk, “Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili”, **Tahkim Anlaşması**, Ed. Mustafa Erkan, Candan Yasan Tepetaş, On İki Levha, 2020, s. 280 vd.; YILDIRIM DEVELİOĞLU, Burçin, “Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmilinde Uygulanacak Hukuk ve Bu Kapsamda İradenin Tespiti”, **Tahkim Anlaşması**, Ed. Mustafa Erkan, Candan Yasan Tepetaş, On İki Levha, 2020, s. 316; ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci, “Devletlerarası Sözleşmelerde Yer Alan Tahkim Klotzlarının Yatırımcılara Yapılmış Tahkim Anlaşması Akdetme Önerisi Olarak Kabulünün Ev Sahibi Devletler Bakımından Doğurduğu Olumsuz Sonuçlar”, **Tahkim Anlaşması**, Ed. Hatice Özdemir Kocasakal, Süheyla Balkar, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2020, s. 103 vd.

²⁹ ŞANLI, **Uluslararası Ticari Aktillerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, s. 481.

Bu nedenle belirtmek gerekir ki, tahkimde tarafların iradesinin sahip olduğu önem hakemlerin konu bakımından yetkisinin değerlendirilmesinde de kendini göstermektedir. Uygulanacak hukukun yapabileceği sınırlamalar göz ardı edilmekle kaydıyla, tahkim anlaşmasında hakemlerin konu olarak alabilecekleri kararların zikredilmesiyle hakemlerin yetkisi belirlenir³⁰. *Fiona trust v. Privalov* davasında³¹ İngiltere Yüksek Mahkemesi, taraflar arasındaki tahkim anlaşması nedeniyle davanın mahkemede görülemeyeceğini belirtmiştir. Kararda tahkim anlaşması ile hakemlerin yetkisi arasındaki ilişkiyi açıklamak için şu ifadeler kullanılmıştır:

*“Bir hakem kararının, âkit tarafların müşterek iradelerinden doğmuş olmasının dışında bağlayıcı bir gücü yoktur. Her şey onların sözleşmesine bağlıdır ve tahkime gitmek için bir sözleşme yoksa, bir hakem kararının hiçbir geçerliliği olamaz.”*³²

İngiltere Yüksek Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere, hakemlere, tarafları bağlayıcı karar alabilme yetkisini veren tarafların tahkim anlaşmasıdır. Tarafların iradelerinin tezahür ettiği bu metin sayesinde hakemler söz konusu uyuşmazlığı çözümlmek için gerekli tüm kararları alabilecektir. Bu durumun diğer bir sonucu ise, herhangi bir hakem kararının tarafların anlaşmasından ve ilgili olduğu oranda, diğer hukuk kaynaklarından temel almadığının ispat edilmesi halinde geçerli ve icra edilebilir bir hakem kararının varlığından söz edilemeyecektir.

Tarafların iradesine dayanmayan bir hakem kararı olduğu iddiası, Yargıtay'ın bir kararına konu olarak mahkeme tarafından incelenmiştir. Yargıtay 19. Hukuk Dairesinin 18.12.2003 tarihli kararına³³ konu olayda aynı taraflar arasında yapılmış olan üç sözleşmeden iki tanesinde tahkim şartı bulunmaktayken bir sözleşmede tahkim şartı bulunmamaktadır. Buna karşılık, yapılan tahkim yargılamasında tahkim şartı içeren iki sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların yanında tahkim şartı içermeyen üçüncü sözleşmeden doğan uyuşmazlık hakkında da karar verilmiştir. Yargıtay, tahkim şartı içermeyen sözleşmeden doğan uyuş-

³⁰ Hakem heyetinin yetkisinin tahkim anlaşmasına bağlı olduğu ve bu anlaşmadan dayanak aldığı genel olarak söylenebilir. Çeşitli uyuşmazlık konularının yargılamasını yapan tahkim merkezlerinin kuralları ve hukuk sistemleri de bu durumu doğrulamaktadır. Bkz. MILLS, *Arbitral Jurisdiction*, s. 2. Tahkimin temelinde tarafların iradesi yatmaktadır, bu nedenle hakemler yalnızca taraflarca önlerine getirilen konularda karar alabilir. Aynı yönde açıklamalar için bkz. GAILLARD / SAVAGE, *International Commercial Arbitration*, s. 298.

³¹ İngiltere Lordlar Kamarası Kararı, Premium Nafta Products Limited ve diğerleri v. Fili Shipping Company Limited ve diğerleri, T. 2007, No. UKHL 40 (<https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2007/40.html>).

³² İngiltere Lordlar Kamarası Kararı, Premium Nafta Products Limited ve diğerleri v. Fili Shipping Company Limited ve diğerleri, paragraf 34.

³³ Yargıtay 19. Hukuk Dairesi, E. 2003/7270, K. 2003/12888, T. 18.12.2003 (*Yargıtay Kararlar Dergisi* 30, sy. 5, Mayıs-2004, 747 vd.).

mazlık hakkında hakemlerin yargılama yapma yetkisi bulunmadığından, hakemlerin yetkilerini aştıklarına hükmetmiştir. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir:

“Sözleşmede hakem şartı mevcut olmadığından bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesi mümkün değildir. (...) Hakem kararı hakem sözleşmesinde veya şartında yer almayan bir hususa ilişkin ise veya sözleşme veya şartın sınırlarını aşıyor ise (bu kısım hakkında) yabancı hakem kararının tenfizi istemi reddedilecektir. (...) Mahkemece bu yönler gözetilerek kısmen tenfizi mümkün olmayan hakem kararının tenfizi talebini reddetmesi isabetlidir.”

Yabancı hakem kararında hakemlerin yetkili olmadıkları bir uyuşmazlık hakkında karar verilmesi yerel mahkeme tarafından haklı olarak bir tenfiz engeli olarak görülmüştür. Yargıtay da, hakemlerin konu bakımından yetkili olmamasını dikkate alarak ilgili hakem kararının tenfizinin reddedilmesini doğru bulmuştur. Bu durum tahkimde taraf rızasına, iradesine uygun davranılmaması nedeniyle hakemlerin yetkilerini aşmalarının ilk halini ifade etmektedir.

Hakemlerin yetkisinin tarafların anlaşmasına bağlı olması, aynı zamanda, tahkimde hakemlerin genel bir yetkiye sahip olmamasının da sonucudur³⁴. Bu durum UNCITRAL Model Kanunun tahkim sözleşmesi tanımından da anlaşılacaktır. Model Kanun m.7(1) uyarınca, *“(t)arafların, sözleşmeye dayalı olsun ya da olmasın, aralarındaki belirli bir hukuki ilişkiden doğan veya doğabilecek ihtilafların tamamını veya bir kısmını tahkime götürmek üzere yaptıkları anlaşma”* tahkim anlaşmasıdır. New York Sözleşmesi m.II(1)’de aynı prensibi ifade ederek uyuşmazlık konusunun tahkim anlaşmasıyla belirlenmiş olmasını şart koşmuştur. Yalnızca belirlenmiş hukuki uyuşmazlıkların tahkime götürülebilmesi, taraflar arasındaki *“tüm uyuşmazlıkların”* tahkime götürüleceğine dair anlaşma yapılamıyor olması da bu durumu göstermektedir³⁵. Bir başka ifadeyle, hakem heyetlerinin genel yargı yetkisi yoktur, aksine yalnızca tarafların rızasından meydana gelen özel bir yargı yetkisi ile uyuşmazlığın çözülmesini sağlarlar³⁶. Bu nedenle, hakemler konu bakımından yargı yetkisinin dayanağı olan

³⁴ Hakem heyetinin geleneksel manada, mahkemeler gibi genel bir yetkisi bulunmamaktadır. Bkz. MILLS, *Arbitral Jurisdiction*, s. 1.

³⁵ Tahkim sözleşmesinde, hangi uyuşmazlığın tahkim konusu yapıldığının belirtilmiş olması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir. Aynı yönde bkz. EYUBOĞLU, Ceren, “Türk Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2017, S. 3, 229-241, s. 237; SARISÖZEN, M. Serhat, *Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 2005, s. 10; AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 192-193.

³⁶ Tahkimin özel bir yargı yetkisi olduğu hk. bkz. MILLS, *Arbitral Jurisdiction*, s. 12.

tahkim anlaşmasının sınırları içinde hareket etmelidir³⁷. Aksi takdirde, verilen karar tahkim anlaşması kapsamı dışında kalan bir konuda verildiğinden dolayı iptal edilme veya icra edilmeme riski ile karşılaşacaktır³⁸. Zira, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verilmesi iptal sebebidir. Bu nedenle, hakemlerin ara kararları ve nihai kararlarının içeriğinin de tahkim anlaşmasına uygun olması gerekir. Böyle bir yaptırımın söz konusu olması da tahkimin rızaya dayalı doğası ile de uyumludur³⁹.

Tarafların iradesi hangi yönde ise hakemler de tahkim yargılamasını o yönde gerçekleştirecektir. Tahkime götürülecek hukuki ilişki veya sözleşme taraflarca tespit edildiğinde hakemlerin konu bakımından yetkisi de o ilişki veya sözleşme üzerinde gerçekleşir⁴⁰. Aynı şekilde, uyumsuzluğun hangi yönlerinin tahkimde çözüleceğini de taraflar tespit etmiş olabilir. Bir satım sözleşmesinden doğan tahkimde hakemlerin ayıptan doğan sorumluluk, zamanında ifa edilmeme veya karşılıklı edimlerin takası gibi konulardan hepsi veya birkaçı hakkında karar vereceği belirlenebilir. Tahkimin dili, yeri veya hakemlerin yetkili olup olmadıklarına kendilerinin karar verebileceklerine dair belirlemeler de önceden tahkim anlaşmasıyla yapılabilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, örnek kabilinden sayılan ve tahkimin hem esası hem usulünü ilgilendiren bu hususlar yalnızca tahkim anlaşmasıyla değil tahkim kanunları veya kurallarıyla da belirlenebilir. Hakemlerin hangi konularda karar alabilecekleri veya alamayacakları çeşitli hukuk kurallarıyla tespit edilebilir. Sonuç olarak ifade etmek gerekir ki, hakemlerin konu bakımından yetkisini oluşturan veya oluşturmayan hususlar taraf iradeleriyle birlikte uygulanacak hukuk kurallarıyla tespit edilebilir.

IV. HAKEM KARARLARININ İÇERİĞİ

Tarafların iradesinin hakemlerin konu bakımından yetkisini oluşturmalarının en belirgin karşılığı tarafların kendi kelimeleriyle hakemlerin yetkilendirilmesidir. Tahkim anlaşmasında taraflar açıkça hakemlerin yetkilerini belirleyebilirler.

³⁷ AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 482.

³⁸ ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, "Tahkim Şartı ile İlgili İptal Sebepleri," *ICC XI. Milletlerarası Tahkim Semineri*, Ankara, 14.04.2014, 37-84, s. 71, 76.

³⁹ Aynı yönde bkz. KJOS, *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law*, s. 105; AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 482.

⁴⁰ GAILLARD / SAVAGE, *International Commercial Arbitration*, s. 381; EYUBOĞLU, *Türk Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği*, s. 237; AKINCI, *Milletlerarası Tahkim*, s. 193; *Jurisdictional Challenges*, International Arbitration Practice Guideline, Chartered Institute of Arbitrators, Londra, 2015, s. 3, s. 1. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *The Arbitration Agreement*, United Nations, 2005, s. 22.

Aynı şekilde, tahkim kuralları veya kanunlarında da hakemlere açıkça bazı yetkiler verilebilir⁴¹. Hakemlerin konu bakımından yetkisini oluşturan hususların tahkim anlaşması veya diğer uygulanacak hukuk kurallarıyla açıkça belirlenmesi durumunda hakemlerin açıkça yetkilendirildikleri bu konularda karar almaları mümkün hale gelir. Bu belirlemenin tereddüde yer bırakmayacak şekilde anılan düzenlemelerle yapılması halinde hakemlerin bu konularda yetkili olup olmadıkları tartışması gündeme gelmez.

Taraflar, tahkim anlaşmasını istedikleri içeriğe sahip olacak şekilde formüle edebilirler⁴². Hakem heyetinin hangi uyuşmazlıkları çözmeye yetkili olduğunu belirleyebilirler. Aynı zamanda ve bununla bağlantılı olarak, hakem heyetinin hangi kararları, bir başka ifadeyle hangi konularda kararlar alabileceğini de belirleyebilirler. “*İşbu sözleşmeden kaynaklanan veya bu sözleşmeyle ilişkili olan tüm uyuşmazlıklar, Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları uyarınca nihai olarak tahkim yoluyla çözümlenecektir*” şeklindeki standart tahkim şartına⁴³ taraflar çeşitli eklemeler yapabilir. Tahkim yargılamasının ilk muhatap olduğu sorulardan tahkimin nerede ve hangi dilde yapılacağı da tahkim şartında veya tahkim kurallarında düzenlenebilir. Özellikle tahkim yeri belirlemesi kararın iptal bakımından tabi olduğu hukuk rejimini de belirlemesi bakımından önemlidir. Yargılamanın dili de tarafların hukuki dinlenilme hakkı kapsamında birçok etki oluşturacaktır. Bu hususlarda karar verme yetkisinin hakemlere bırakılması durumunda da hakem heyeti tarafların ve uyuşmazlığın özelliklerine göre karar vermelidir.

Bir başka önemli husus olarak, hakem kararlarının konusu başlığı altında da ifade edildiği üzere, tahkimde uyuşmazlığın esasına hangi hukukun uygulanacağı da taraflarca belirlenebilir. Hakem heyetinin tanık, uzman görüşü veya belgeyi hangi ispat derecesine kadar delil olarak kabul edebileceği de tarafların belirleme-

⁴¹ Açık yetki olarak adlandırılan bu yetkilerin haricinde milletlerarası tahkimde hakemlerin zimni yetkileri, usuli konulardaki takdir yetkileri ve doğal yetkileri de bulunmaktadır. Hakemlerin zimni yetkileri, hakemlerin yetkilerini oluşturan hukuki kaynaklarda açıkça belirtilmeyen, fakat, bu kaynaklarca zimnen hakemlere verilen yetkileri ifade etmektedir. Usuli konulardaki takdir yetkileri ise, bu kaynaklarda hüküm bulunmayan hallerde hakemlerin değerlendirme yaparak belirli konularda karar alabilmelerini sağlamaktadır. Son olarak, hakemlerin doğal yetkileri ise, herhangi bir kaynak metinde açıkça veya zimnen yer almasa da hakemlerin, tahkim yargılamasını gerçekleştirebilmek için doğal olarak, kendiliğinden sahip oldukları kabul edilen yetkileri ifade etmektedir. bkz. BJORKLUND, Andrea K./ BROSSEAU, Jonathan, “Sources of Inherent Powers”, **Inherent Powers of Arbitrators**, Ed. by. Franco Ferrari, Friedrich Rosenfeld, New York, JurisNet, 2019, 1-58, s. 1-4; BROWN, Chester, “Inherent Powers in International Adjudication”, **The Oxford Handbook of International Adjudication**, Ed. Cesare P. R. Romano, Karen J. Alter, Yuval Shany, Oxford, Oxford University Press, 2013, 829-848, s. 832.

⁴² GAILLARD / SAVAGE, **International Commercial Arbitration**, s. 298.

⁴³ Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) tarafından oluşturulan örnek tahkim şartı için bkz. “Standart ICC Tahkim Maddesi”, ICC, <https://iccwbo.org/publication/standard-icc-arbitration-clauses-turkish-version/>, E.T. 4 Ağustos 2022.

sine açık bir konudur. Burada önemli olan husus, tarafların ne kadar detaylandırma yapacağıdır. Tahkim yargılaması esnasında hakemlerin alacağı kararlarla ilgili herhangi bir hususta taraflar önceden bu şekilde belirleme yapabilir. Hakem heyetinin nihai kararında yapacağı tespitlerden hangilerininin kapsam dışında bırakılacağı da tarafların iradelerine tabidir. Birçok hakem kararında yer alan asıl alacağın yanında faizin de bu şekilde kapsam içinde veya dışında tutulması mümkündür. Uyuşmazlık konusu asıl parasal değer yanında faize de hükmedilebileceği veya hükmedilmeyeceği taraflarca önceden kararlaştırılabilir⁴⁴.

Tahkimde nihai karar ile veya daha sonra ek karar ile değerlendirmesi yapılan bir diğer husus ise tahkim masraflarıdır. Zira, tarafların tahkimdeki taleplerinden biri, genellikle, tahkimde yapılan masrafların karşı tarafça ödenmesidir. Uygulanacak hukuk kurallarında bu konuda bir hüküm varsa hakemlerin işi nispeten daha kolaydır. MTK m.16(D) uyarınca, “*taraflar aksini kararlaştırmadıkça yargılama giderleri haksız çıkan tarafa yüklenir[,] [d]avada her iki taraf da kısmen haklı çıkarsa, yargılama giderleri haklılık durumuna göre taraflar arasında paylaşılır.*” UNCITRAL Tahkim Kuralları da 42. maddesinde tahkim masraflarının kural olarak tahkimi kaybeden tarafça ödeneceğini ancak tahkimin özellikleri ve olayın şartlarına bağlı olarak hakem heyetince masrafların farklı bir şekilde paylaşılabilmesi ifade etmiştir. Birçok tahkim kanunu ve kuralında ise tahkimde masrafların nasıl paylaşılacağıyla ilgili önceden belirlenmiş bir kural yoktur⁴⁵. Sonuç olarak, emredici hukuk kurallarında aksine bir düzenleme olmadığı durumlarda, tahkim yargılaması sırasında oluşacak masrafların taraflarca eşit olarak paylaşılacağı veya her bir tarafın yaptığı masrafın kendi üzerinde bırakılacağına kararlaştırılması da mümkündür.

⁴⁴ LEW, MISTELIS, KRÖLL, **Comparative International Commercial Arbitration**, s. 656; BORN, Gary, **International Commercial Arbitration**, Cilt: 3, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer International, 2014, s. 3113; BORN, **International Arbitration: Law and Practice**, s. 297; WILIŃSKI, Piotr, **Excess of Powers in International Commercial Arbitration: Compliance with the Arbitral Tribunal’s Mandate in a Comparative Perspective**, Eleven International Publishing, Hague, 2020, s. 139; International Law Association Reports of Conferences, Washington Conference (International Commercial Arbitration), **Report for the Biennial Conference in Washington D.C. April 2014**, Ed. Filip De Ly, Luca G. Radicati di Brozolo, Mark Friedman, 2016, s. 2, 10; GİRAY, Faruk Kerem, **Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler**, İstanbul, Beta, 2. Bası, 2013, s. 183.

⁴⁵ SIAC 2016 Tahkim Kuralları, UNCITRAL Model Kanunu, ICC Tahkim Kuralları bu konuda düzenleme yapmayan hukuk kurallarına örnek olarak sayılabilir. Aksine bir düzenleme bulunmadığı durumlarda tahkimdeki masrafların hakemlerce nasıl ve hangi tarafa yönelik kararlaştırılacağı hakkında hakemlerin ayrıca değerlendirme yapması gerekir. Bkz. BORN, **International Arbitration: Law and Practice**, s. 176; WAINCYMER, Jeffrey, **Procedure and Evidence in International Arbitration**, Wolters Kluwer Law International, 2012, s. 1209; MOSES, Margaret L., “Inherent and Implied Powers of Arbitrators”, **Loyola University Chicago School of Law**, Public Law & Legal Theory Research Paper No. 2014-015, s. 12 vd.; YEŞİLIRMAK, Ali, **ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s. 129-131.

Hakem heyetlerinin geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verip veremeyeceği de dikkate değer bir konudur. Mesela, MTK'ya tabi tahkimlerde hakemlerin ihtiyati tedbir kararı verebileceği kanunda düzenlenmiştir⁴⁶. Tahkim kanununda veya kurallarda hüküm olmasa dahi, aleyhe emredici bir düzenleme bulunmadığı takdirde, hakemlerin ihtiyati tedbire karar verebileceği tahkim anlaşması ile de kararlaştırılabilir. Bu durumlarda hakemler, tahkim yargılamasıyla bağlantılı olarak taraflara veya, mümkünse, diğer ilgililere yönelik geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verebilir.

Yukarıda örnek olarak sayılan çeşitli hususlarda taraflarca veya hukuki düzenlemelerle hakemlerin açıkça yetkilendirilmesi mümkündür. Bu durumda hakemlerce verilecek kararların yetki açısından değerlendirilmesi gerekmeyebilir. Zira, zaten açık düzenlemelerle tereddüde yer bırakmayacak şekilde yetkilendirme yapılmıştır. Burada önemli olan, hakemlerin açıkça yetkilendirilmiş oldukları durumlarda dahi belirli sınırlamalara tabi olabilmeleridir. Mesela, bir sözleşmenin ifa edilip edilmemiş olduğuyla ilgili bir uyuşmazlıkta hakemlerin sözleşmenin yorumunu yapması gerekebilir. Söz konusu sözleşmeyi yorumlarken hem tahkim anlaşmasından hem de uygulanacak hukuk kurallarından alınan açık yetkilere riayet edilmesi gerekir⁴⁷. Aşırı yetki kullanımı veya yetki aşımı gibi durumlara sebep olmamak için hakemlerin alacakları kararlarda açıkça yetkilendirilmenin sınırlarına dikkat etmeleri yerinde olacaktır.

V. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Bir tahkim yargılamasının başlamasından sona ermesine kadar geçen süreçte hakemlerin birçok karar alması mümkündür. Yargılamanın yürütülmesi kapsamında usuli düzenlemeler yapılması gerekliliği bu kararların başlıca sebeplerindendir. Mesela, taraflarca sunulacak bilgi ve belgelerin hangi sırada, hangi süreler içerisinde ve hangi iletişim araçlarıyla hakem heyetine sunulacağı hakemlerce karar alınmasını gerektiren durumlardandır. Bunun yanında, esasa dair konular hakkında da hakem kararı alınması gerekebilir. Nihai kararın haricinde ayrı bir karar olarak verilebilen tahkim masrafları, geçici hukuki koruma tedbirleri veya faiz ile ilgili verilen hakem kararları bunlardandır.

Sayılan tüm bu hakem kararlarının geçerli ve icra edilebilir olarak hukuk aleminde sonuç doğurabilmesi için, bu kararların ilgili kararları almaya yetkili hakemlerce verilmiş olmaları gerekir. Hakemlerin yetkisi genel başlığı altında

⁴⁶ MTK m.6 uyarınca hakemler ihtiyati tedbire veya ihtiyati hacze karar verebilir.

⁴⁷ GAILLARD / SAVAGE, *International Commercial Arbitration*, s. 298.

incelenen bu durum hakemlerin kişi bakımından yetkisi ve konu bakımından yetkisi olarak iki unsuru içinde barındırır. Çalışmamızda incelediğimiz hakemlerin konu bakımından yetkisinin iki yönü vardır. Birincisi, tahkimde hakemlerce yargılaması yapılabilecek uyuşmazlık konularıyla ilgilidir. Buna göre, hakemlerin bir uyuşmazlık hakkında yargılama yapabilmesi bu konuda tarafların tahkim anlaşmasıyla hakemlere yetki verilmesine bağlıdır. Bir uyuşmazlık konusunun tahkime elverişlilik yönünden değerlendirmesi de bu kapsamda yapılabilir. Tahkim kanunlarıyla, tahkimde çözümlenmesi yasaklanmış konularda hakemlerin konu bakımından yetkisi bulunmayacaktır. Konu bakımından yetkinin ikinci yönü ise, hakem kararlarının konusuyla ilgilidir. Yukarıda örnek olarak sayılan hakem kararlarında olduğu gibi tahkimin çeşitli yönleriyle idaresi amacıyla alınabilecek hakem kararlarının hakemlere verilen yetkiler dahilinde olması gerekir. Taraflarca yasaklanmış konularda hakemler karar alamayacaktır. Mesela, hakemlerin ihtiyati tedbire karar veremeyeceğinin taraflarca kararlaştırılmış olması durumunda hakemlerin bu konuda yetkisinin olmadığı söylenebilir. Bunun aksine, hakemlerin bilirkişi, belgeler veya tanıklar için çeşitli delillerin taraflarca sunulması ve hakemlerce değerlendirilmesi hakkında hakemlerce karar alınabileceğinin taraflarca kararlaştırılması mümkündür. Hakem kararlarının içeriği başlığı altında incelenen bu husus uyarınca tahkim yeri, dili ve esasa uygulanacak hukuk ile hakem heyetinin değerlendirme yaparken alabileceği kararlar taraflarca belirlenebilir. Asıl alacak yanında faize karar verilip verilemeyeceği, tahkim masraflarının nasıl ve hangi oranda taraflar arasında paylaşılacağı hakemlerce yetkileri dahilinde alınacak kararlarla tespit edilebilir.

Milletlerarası tahkimde hakemlerin konu bakımından yetkili olmadıkları halde karar almaları durumunda, ilgili hakem kararlarının yetki aşımı yapılarak verildiği veya yetkili olmadıkları halde karar verdikleri itirazıyla iptal veya tenfiz davalarında bunlara karşı çıkılması söz konusu olabilir. Bu itirazların mahkemelerce kabul edilmesi de hakem kararının iptal edilmesi veya tenfiz edilmemesi sonucunu ortaya çıkarabilir.

Söz konusu itiraz ve mahkemelerce yapılacak değerlendirme tahkimde taraf iradesinin sahip olduğu önemden kaynaklanmaktadır. Tahkimin temelini oluşturan taraf iradesi tahkimin her aşamasında olduğu gibi hakemlerin alacakları kararlarda da etkiye sahiptir. Aynı şekilde, tahkim kanunları ve kuralları da tahkim iradesine önem vermekte, örnek olarak, MTK ve UNCITRAL Model Kanunu taraf iradelerinin bir yansıması olan tahkim anlaşmasına uygun hakem kararları alınması gerekliliğini düzenleme altına almıştır. İngiltere Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bir kararda da görüleceği üzere, hakemlerce alınacak tüm kararların taraflarca kendilerine verilen yetkiler dahilinde olması

gerekir. Zira, özel bir yargılama usulü olarak tahkimde tarafları bağlayıcı şekilde verilecek kararların taraf iradelerine bağlı olması esastır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, hakemlerin konu bakımından yetkisinin özel bir görünümü olarak, uyuşmazlıkta uygulanması kabul edilen maddi hukuk kurallarının dikkate alınmadan karar verilmesinin tahkim anlaşmasına aykırılık ve yetki aşımı olduğuna karar vermiştir. Yargıtay'ın çeşitli kararlarında da taraf iradesine dayanmayan bir hakem kararının varlığı halinde iptal veya tenfiz edilmeme sonuçlarının ortaya çıkacağı kabul edilmiştir.

Sonuç itibariyle, uygulanacak hukuktan kaynaklı sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla, tarafların iradeleriyle hakemlerin alabilecekleri kararların konuları tespit edildiğinde hakemlerin konu bakımından yetkisi de bu hususlar hakkında gerçekleşmiş olur. Tahkimde yargılama yapılması kararlaştırılan hukuki ilişki veya sözleşme üzerinde hakemlerin karar alabilmesini sağlayan konu bakımından yetkileri vardır. Aynı şekilde, söz konusu uyuşmazlık ve yargılama hakkında alınacak kararlar hakkındaki belirlemeler de hakemlerin konu bakımından yetkilerini oluşturur. Uyuşmazlığın nasıl ve hangi kararlarla çözümleneceği bu yetki sayesinde belirlenmiştir.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA / REFERENCES

AKINCI, Ziya, **Milletlerarası Tahkim**, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2021.

ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci, “Devletlerarası Sözleşmelerde Yer Alan Tahkim Klotzlarının Yatırımcılara Yapılmış Tahkim Anlaşması Akdetme Önerisi Olarak Kabulünün Ev Sahibi Devletler Bakımından Doğurduğu Olumsuz Sonuçlar”, **Tahkim Anlaşması**, Ed. Hatice Özdemir Kocasakal, Süheyla Balkar, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2020.

BJORKLUND, Andrea K. / BROSSEAU, Jonathan, “Sources of Inherent Powers”, **Inherent Powers of Arbitrators**, Ed. by. Franco Ferrari, Friedrich Rosenfeld, New York, JurisNet, 2019, 1-58.

BLACK, Henry Campbell, **Black’s Law Dictionary**, 4. bs., West Publishing, 1968.

BORN, Gary, **International Arbitration: Law and Practice**, Wolters Kluwer International, 2012.

BORN, Gary, **International Commercial Arbitration**, Cilt: 3, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer International, 2014.

BROWN, Chester, “Inherent Powers in International Adjudication”, **The Oxford Handbook of International Adjudication**, Ed. Cesare P. R. Romano, Karen J. Alter, Yuval Shany, Oxford, Oxford University Press, 2013, 829-848.

ÇALIŞKAN, Yusuf, “Dispute Settlement in International Investment Law”, **Implementing International Economic Law: Through Dispute Settlement Mechanisms**, ed. Yusuf Aksar, Nijhoff International Trade Law Series, Vol. 6, 2011.

ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 17. Baskı, Beta, İstanbul, 2021.

DEMİRKOL, Berk, “Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili”, **Tahkim Anlaşması**, Ed. Mustafa Erkan, Candan Yasan Tepetaş, On İki Levha, 2020.

EKŞİ, Nuray, “Yargıtay Kararları Işığında ICC Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi”, **Ankara Barosu Dergisi**, C. 67, S. 1, 2009, s. 54-74.

ERKAN, Mustafa, **Milletlerarası Tahkimde Yetki Sorunları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.

- ESEN, Emre, **Uluslararası Ticari Tahkimde Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmili**, İstanbul, Beta, 2008.
- EYUBOĞLU, Ceren, “Türk Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2017, S. 3, 229-241.
- GAILLARD, Emmanuel / SAVAGE, John, **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, Hague, Kluwer Law International, 1999.
- GİRAY, Faruk Kerem, **Milletlerarası Yatırım Tahkiminde Kamulaştırmadan Doğan Tazminat ve Tazminatın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler**, İstanbul, Beta, 2. Bası, 2013.
- HACİBEKİROĞLU, Ekin, **Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul, On İki Levha, 2012.
- HUYSAL, Burak, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik**, Vedat Kitap, 2010, İstanbul.
- KAFALI, Ömer Faruk, **Tahkim Yargılamasında Ara ve Nihai Hakem Kararları**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2022.
- KALPSÜZ, Turgut, **Türkiye’de Milletlerarası Tahkim**, 2. Bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- KJOS, Hege Elisabeth, **Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law**, Oxford University Press, 2013.
- KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, İstanbul, 2001, C. VI.
- LEW, Julian D. M. / MİSTELİS, Loukas A. / KRÖLL, Stefan M., **Comparative International Commercial Arbitration**, Hague / New York, Kluwer Law International, 2003.
- MCCLENDON, Stewart, “Subject-Matter Arbitrability in International Cases: Mitsubishi Motors Closes the Circle”, **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, C. 11, S. 1, 1986, 81-100.
- MILLS, Alex, “Arbitral Jurisdiction”, **Oxford Handbook on International Arbitration**, Ed: Thomas Schultz, Federico Ortino, Oxford Handbooks, 2020.
- MITCHELL, Andrew D. / HEATON, David, “The Inherent Jurisdiction of WTO Tribunals: The Select Application of Public International Law Required by the Judicial Function”, **Michigan Journal of International Law**, C. 31, S. 3, 2010.
- MOSES, Margaret L., “Inherent and Implied Powers of Arbitrators”, **Loyola University Chicago School of Law**, Public Law & Legal Theory Research Paper No. 2014-015.
- NOMER, Ergin / EKŞİ, Nuray / ÖZTEKİN GELGEL, Günseli, **Milletlerarası Tahkim Hukuku**, Cilt 1, 5. Basım, Beta Yayınları, 2016.

- NOMER, Ergin, **Devletler Hususî Hukuku**, 22. Bası, Beta, İstanbul, 2017.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, “Tahkim Anlaşmasının Dürüstlük Kuralı Çerçevesinde Üçüncü Kişilere Teşmili”, **Tahkim Anlaşması**, Ed. Hatice Özdemir Kocasal, Süheyla Balkar, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2020.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, “Tahkim Şartı ile İlgili İptal Sebepleri,” **ICC XI. Milletlerarası Tahkim Semineri**, Ankara, 14.04.2014, 37-84.
- ÖZEL, Sibel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2008.
- PAPARELLA, Chris / ENGELS, Andrea / JERNUDD, Sigrid, “USA”, Ed. Joe Tirado, **International Arbitration**, 2. Bs., Global Legal Group, 2016, 303-315.
- POSTACIOĞLU, İlhan, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, İstanbul, 2015.
- REDFERN, Alan ve diğerleri, **Redfern and Hunter on International Arbitration**, 6. bs., Oxford University Press, 2015.
- SARIALİOĞLU, Simel, “Tahkim Sözleşmesi Hazırlanırken Dikkate Alınması Gerekenler”, **Tahkim Anlaşması Tahkim Okulu Paneller Serisi**, Ed. Mustafa Erkan, Candan Yasan Tepetaş, Cilt: 1, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2020.
- SARISÖZEN, M. Serhat, **Medeni Usul Hukukunda Hakem Yargılaması**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 2005.
- ŞANLI, Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, Beta Yayınları, 7. Bası, İstanbul, 2019.
- ŞANLI, Cemal, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1986.
- ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 9. Baskı, Beta, İstanbul, 2021.
- TİRYAKIOĞLU, Bilgin, “Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre Hakem Kararlarının İptali”, **Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu**, ed. Bilgin Tiryakioğlu ve diğerleri., Yetkin Yayınları, 2016, 301-321.
- WAINCYMER, Jeffrey, **Procedure and Evidence in International Arbitration**, Wolters Kluwer Law International, 2012.
- WILIŃSKI, Piotr, **Excess of Powers in International Commercial Arbitration: Compliance with the Arbitral Tribunal’s Mandate in a Comparative Perspective**, Eleven International Publishing, Hague, 2020.
- YEŞİLIRMAK, Ali, **Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2011.

YEŞİLİRMAK, Ali, **ICC Tahkim Kuralları ve Uygulaması**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018.

YILDIRIM DEVELİOĞLU, Burçin, “Tahkim Anlaşmasının Üçüncü Kişilere Teşmilinde Uygulanacak Hukuk ve Bu Kapsamda İradenin Tespiti”, **Tahkim Anlaşması**, Ed. Mustafa Erkan, Candan Yasan Tepetaş, On İki Levha, 2020.

Tahkim Müessesesinin Roma, İslâm ve Günümüz Türk Hukuklarındaki Görünümü^(*)

The Appearance of the Institution of Arbitration in Roman,
Islamic and Today's Turkish Law

Emrah GÖKMEN^(**)

Öz:

Tahkim, tarafların aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü hakeme tevdi ettikleri bir sözleşmedir. Uyuşmazlığın güvenilir üçüncü bir kişiye tevdi edilmesine ilişkin uygulamalar tahkimin kurumsal olmayan ilk örneklerini teşkil eder. Roma hukukunda ve İslâm hukukunda da tahkim, bu örnekler üzerinden ele alınmıştır. Bilhassa İslâm hukukunun klasik doktrininde tahkime ilişkin dönemin koşulları çerçevesinde bir teori oluşmuştur. Günümüzde ise tahkim, kurumsal ve uluslararası boyutlarda ele alınmakta ve giderek yaygınlaşmaktadır. Tarihsel süreçte tahkimin bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak taşıdığı değer giderek artmıştır. Günümüzde tahkim pek çok açıdan tasnif edilmektedir. Bu çalışmada ihtiyarî ve iç tahkime odaklanılmıştır. Tarafların aralarındaki uyuşmazlığı hakeme tevdi, genel olarak tahkim sözleşmesi ve hakem sözleşmesi üzerinden ele alınmaktadır. İslâm hukukunda hakem sözleşmesi müstakil bir sözleşme olarak ele alınmadığı için İslâm hukuku açısından konu, hakeme ilişkin özellikler şeklinde incelenmektedir. Tahkim sözleşmesinin hukukî niteliği, tahkime elverişlilik, şart ve süre, sona erme hâlleri ve kanun yolları tahkim sözleşmesi açısından öne çıkan başlıklardır. Hakemlere ilişkin özellikler bağlamında da hakemlerin nitelikleri ve sayıları ile kararlarının niteliğinin incelenmesi gerekmektedir. Bu çalışmada esas itibarıyla Roma, İslâm ve günümüz Türk hukuku benzerlikler ve farklılıklar yönüyle mukayese edilirken; diğer yandan da Roma hukukunun günümüz Türk hukukuna etkisi, İslâm hukuk sistemi ile günümüz Türk hukuku üzerinden Kıta Avrupası hukuk sisteminin mukayesesi, İslâm hukukunda tahkim teorisinin geliştirilmesi hususlarına ilişkin çeşitli çıkarımlar elde edilmiştir.

Anahtar Kelimeler:

Roma Hukuku, İslâm Hukuku, Türk Hukuku, Tahkim, Mukayese.

^(*) **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 08.12.2022

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 17.01.2023

DOI: 10.58733/imhfd.1267393

Bu makaleye atf için; GÖKMEN, Emrah, “*Tahkim Müessesesinin Roma, İslâm ve Günümüz Türk Hukuklarındaki Görünümü*”, **İMİHFD**, C. 8, S. 1, 2023, s. 291-330.

^(**) Arş. Gör., İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı / İstanbul - Türkiye

E-posta: emrahgokmeen@gmail.com

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5470-2716>

Abstract:

Arbitration is an contract in which the parties entrust their dispute's resolution to the arbitrator. Practices regarding the dispute's transfer to a trusted third party constitute the arbitration's first non-institutional examples. Arbitration in Roman law and Islamic law is also discussed through these examples. Especially in the classical doctrine of Islamic law, a theory regarding arbitration was formed within the framework of the period's conditions. Today, arbitration is handled in institutional and international dimensions, is becoming increasingly common. In the historical process, the value of arbitration as a dispute resolution method has gradually increased. Today, arbitration is classified in many ways. This study focuses on discretionary and internal arbitration. The dispute that is submitted to arbitrator, is generally handled through arbitration and arbitrator contracts. The subject of arbitrator contract is examined in terms of features related to the arbitrator in Islamic law. Arbitration contract's legal nature, its arbitrability, terms and duration, conditions of termination and remedies are prominent headings of the arbitration contract. In the context of characteristics of the arbitrators, it is necessary to examine the qualifications and numbers of the arbitrators and their decisions' quality. In this study, while comparing Roman, Islamic and contemporary Turkish law in terms of similarities and differences; on the other hand, various inferences were obtained about the effects of Roman law on today's Turkish law, the comparison of the Islamic legal system and the Continental European legal system through today's Turkish law, and development of the arbitration theory in Islamic law.

Keywords:

Roman Law, Islamic Law, Turkish Law, Arbitration, Comparison.

GİRİŞ

İnsanlar arasındaki uyuşmazlıkların Habil ile Kabil'e kadar uzanan uzun bir geçmişi vardır. Topluluk hâlinde bir arada yaşayan insanların aralarındaki uyuşmazlıkları kaba kuvvete dönüştürmeden hukukî çerçevede çözüme kavuşturmaları toplumsal sürekliliğin ve güvenliğin sağlanması açısından oldukça önemlidir. Tahkim, devlet yargısı dışında, tarafların anlaşmaya dayalı olarak aralarındaki uyuşmazlığı çözüme yöntemidir. Uyuşmazlıkların çözümünde tahkimin mi yoksa mahkemenin mi daha önce ortaya çıktığı tartışması bir yana, tahkim, basit ve resmî olmayan uygulamalarıyla hemen hemen her dönemde var olmuştur. Taraflar, çoğu kere aralarındaki uyuşmazlığı görüşüne itimat ettikleri objektif karar veren üçüncü bir kişiye açarak ondan uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasını istemişlerdir. Tahkimin bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak uygulanması hem Roma hukukunda hem de İslâm hukukunda mevcuttur.

Tahkim benzeri ilk uygulamaların görülmeye başlanmasıyla birlikte tahkim, giderek kurumsal bir yapıya kavuşmuştur. Günümüzde ulusal ve uluslararası boyutlarda uygulama alanı bulmaktadır. Hakemin uyuşmazlık konusu hakkında uzman olması, tahkimin gizli yürütülmesi, masrafların düşük olması, hızlı karar alınabilmesi gibi sebepler tahkimin giderek yaygınlaşmasını sağlamaktadır.

Bu çalışmada tahkim müessesesi, Roma, İslâm ve günümüz Türk hukukları üzerinden mukayeseli olarak ele alınmaktadır. Üç hukuku mukayese eden bu çalışma

ile Roma hukukunun günümüz Türk hukukuna etkileri, İslâm hukuk sisteminin Kıta Avrupası hukuk sistemiyle mukayesesi ve İslâm hukukunda tahkimin ele alınması ve geliştirilmesi hususları hedeflenmektedir. Ayrıca her üç hukuk arasındaki benzerlikler ve farklılıkların ortaya konulması ile mukayeseli hukuk düşüncesine mütevazı bir katkı sağlanması hedeflenmektedir. Çalışma planında; sırasıyla Roma, İslâm ve Türk hukuklarında tarafların aralarındaki uyuşmazlığı üçüncü kişiye tevdi etmesini konu edinen tahkim anlaşması ve taraflar ile hakem arasındaki ilişki ele alınmış, sonraki bölüm ise her üç hukukun mukayesesine ayrılmıştır.

I. ROMA HUKUKUNDA TAHKİM

A. Genel Olarak

Roma hukukunda tahkime ilişkin genel olarak üç farklı uygulamanın olduğu görülmektedir. Bunlar; tahkimin en eski uygulaması olan “bonus vir” tahkimi, daha sonraları ortaya çıkan “hususî hâkim” uygulaması ve tahkimin bir sözleşme olarak ele alındığı “compromissum”dur.

Roma hukukunda tahkimin en basit, şekilsiz ve gayri resmî hâli *bonus vir* (dürüst insan) tahkimidir. Bu tahkimde taraflar, aralarında çözemedikleri bir uyuşmazlığı, güvendikleri üçüncü bir kişiye arz ederek uyuşmazlığı çözüme kavuşturmasını ondan talep etmekteydi. *Bonus vir* tahkiminde; tarımsal faaliyet, sınır uyuşmazlıkları, ailevî uyuşmazlıklar ve ticarî faaliyetlerden doğan uyuşmazlıklar çözüme kavuşturulurdu. *Bonus vir*'in verdiği karara “*arbitrium boni viri*” denilmekte ve bu karara itiraz edilememekte, ancak verilen karar açıkça adaletsiz ise *bonus vir*'in kendisine karşı dava açılabilirdi. *Bonus vir* tarafından verilen kararların tenfizi noktasında devlet gücü bulunmazdı. Bu kararların tenfizi tarafların karara uyma konusundaki isteklerine bağlıdır.¹

Roma hukukunda uygulanan bir diğer yöntem, hususî hâkim (*iudex* veya *arbiter*) yöntemidir. Bu yöntemde taraflar praetorun² önüne gelir ve praetor tarafından benimsenen isim, davanın hâkimi olarak atanırdı.³

Roma hukukunda tahkimin gelişmesiyle birlikte ihtiyarî bir tahkim olarak taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın çözümünde *compromissum* denilen anlaşmayla hakemi yetkili kılmaktaydı. Bundan sonra hakem ile taraflar arasında

¹ SÖĞÜT, İpek Sevdâ, **Roma Hukukunda Tahkim**, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 22-33.

² Praetor ismi ordunun önünde giden kumandan (*praeire*) kökünden gelmektedir. Praetor, *imperium*'a (devlet iktidarını fiilen kullanabilme yetkisi) sahip bir magistra (yüksek işler gören bir grup insanı temsil eden veya idare eden kimse) olarak tanımlanabilir. (UMUR, Ziya, **Roma Hukuku Lügati**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, s. 84, 130, 168).

³ SÖĞÜT, s. 42.

uyuşmazlığın hakeme tevdi edilmesini konu edinen *receptum arbitri* anlaşması yapılır; bu anlaşmanın icrası da *stipulatio* ile gerçekleştirilirdi.⁴

B. Compromissum (Tahkim Anlaşması)

1. Tanımı, Unsurları, Şekli

Roma hukukunda *compromissum*, hukukî bir uyuşmazlığın devlet yargısı dışında özel bir kişi (hakem) tarafından çözülmesi ve verilecek karara uyulması üzerine yapılan bir sözleşmedir.⁵ *Compromissum* köken itibariyle *compromittere*'den (karşılıklı söz verme) gelir. Böylece sanki iki taraf hakeme başvurmak hususunda birbirlerine söz vermişlerdir.⁶

Compromissum, imparatorluğun kendisine yaptırım tanıdığı anlaşmalar (*pacta legitima*) arasına girerek *actio in factum* ile takip edilebilinceye kadar *stipulatio* yöntemiyle yapılmıştır.⁷ Burada tarafların karara uymalarını sağlamak üzere, bir yaptırım (cezaî şart) olarak para cezasının (*poena*) belirlenebildiği görülmektedir.⁸ Hakemin verdiği kararın uygulanmasının takibi mümkün olmasa da karara uymayan tarafın ödemekle yükümlü olduğu para cezası *actio ex stipulatu* ile takip edilebilmekteydi.⁹ Taraflar mahkemede dava açarlarsa veya hakemin verdiği karara uymazlarsa *stipulatio poenae* muaccel hâle gelirdi.¹⁰

Tahkim anlaşması için hukukî işlem ehliyetine sahip olmak gerekmektedir.¹¹ Ayrıca doktrindeki hâkim görüşe göre *compromissum*'daki ceza şartı *stipulatio*'su anlaşmanın kurucu bir unsurudur.¹²

⁴ SÖĞÜT, s. 6, 8, 76.

⁵ KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, "Roma Hukukunda Tahkim (Compromissum)", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Y. 1998, C. 19, S. 3, s. 138; SÖĞÜT, s. 73-74; GÜNAL, A. Nadi, **Roma Medenî Usûl Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 64; AKINCI, Şahin, **Roma Borçlar Hukuku**, 10.Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2019, s. 181; TAHİROĞLU, Bülent, **Roma Borçlar Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2016, s. 273; OĞUZOĞLU, H. Cahit, **Roma Hukuku**, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1952, s. 261; SAYIN, Bengi Sermet, "Roma Hukuku'nda Pactum'lar (Anlaşmalar)", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2008, s. 64.

⁶ KORAL, Rabi, **Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1947, s. 8.

⁷ SÖĞÜT, s. 107; GÜNAL, s. 64.

⁸ SÖĞÜT, s. 106-107; KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 138; UMUR, Ziya, **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. Basım, Beta Batım A.Ş., İstanbul, 2010, s. 379.

⁹ SÖĞÜT, s. 120; ARAZ DİNÇER, Nilgün, **Roma Hukukunda Ceza Koşulu (Stipulatio Poenae)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 133; KAYAK, Sevgi, "Roma Hukukunda Cezai Şart", **İÜHF**, Y. 2006, C. 64, S. 1, s. 248.

¹⁰ ARAZ, s. 135; UMUR, **Ders Notları**, s. 379.

¹¹ SÖĞÜT, s. 79.

¹² KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 139; ARAZ, s. 133; GÜNAL, s. 64; SAYIN, s. 64; *Stipulatio poenae*'ya sık başvurulması cezaî şartsız bir *compromissum*'un olamayacağı fikrinin benimsenmesine neden olmuştur (KAYAK, s. 249).

Tarafların, aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için tahkim yolunu izlemele-ri, aynı uyuşmazlığın mahkemeye götürülmesine engel teşkil etmemiştir.¹³

2. Hukukî Niteliği

Roma hukukunda sözleşme (*concractus*) ile sadece *ius civile* tarafından borç doğurucu olarak kabul edilen anlaşmalar anlaşılmaktaydı.¹⁴ Günümüzdeki sözleşme serbestisi ilkesinden farklı olarak Roma hukukunda “sözleşmeler sistemi” olduğundan söz edilmektedir.¹⁵ Roma hukukunda sözleşmeler, oluşmaları açısından aynı sözleşmeler, sözlü sözleşmeler, yazılı sözleşmeler ve rızâ sözleşmeler olarak dörde ayrılmaktadır.¹⁶ Sözlü sözleşmeler de kendi içerisinde *stipulatio*, *dictio dotis* (cihaz vaadi) ve *jus jurandum liberti* (azatlıların efendilerine karşı hizmet edeceklerine dair yemin) olarak üçe ayrılmaktadır.¹⁷ Roma hukukunda genel şekil sözlü olup sözleşmelerde *stipulatio* hâkimdi.¹⁸ *Stipulatio*, tarafların sözlü soru ve cevabı ile birlikte gerçekleşir.¹⁹

Roma hukukunda sözleşme sisteminde tipe bağlılık esas olmakla birlikte zaman içerisinde sözleşme türleri çeşitli *pactum*'lar²⁰ aracılığıyla praetorlar veya imparatorlar tarafından genişletilmiştir.²¹ *Pactum*'ların dava güvencesi olabileceği gibi, bundan yoksun olması da mümkündür. Dava hakkı tanınan *pactum*'lar kendisine uyulmaması hâlinde yaptırım uygulanan gerçek sözleşmelere denk hâle gelmiştir.²²

Bu genel açıklamalardan sonra Roma hukukunda tahkim anlaşması (*compromissum*)'nın hukukî niteliği incelenebilir. Roma hukukunda tahkim anlaşması için tarafların öncelikle bir *stipulatio* yapmaları gerekiyordu. Buna göre bir taraf (*stipulator*) diğer tarafa, aralarındaki uyuşmazlığın üçüncü bir kişi tarafından çözülmesi teklifini iletirdi. Bunun üzerine *promissor*, bu soruyu derhal cevaplandırır ve kabul ettiğini belirtmesiyle birlikte *compromissum* anlaşması kurulmuş olurdu. Dolayısıyla *compromissum* bir sözlü sözleşmedir. Bunun dışında

¹³ KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 144; SÖĞÜT, s. 120; GÜNAL, s. 65.

¹⁴ RADO, Türkân, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 42.

¹⁵ TAHİROĞLU, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 127; AKINCI, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 177.

¹⁶ RADO, s. 44; UMUR, **Ders Notları**, s. 336-337.

¹⁷ BERKİ, Şakir, **Roma Hukuku**, y.y., Ankara, 1949, s. 274; AKINCI, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 111.

¹⁸ AKINCI, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 111; UMUR, **Ders Notları**, s. 337; RADO, s. 45.

¹⁹ BERKİ, **Roma Hukuku**, s. 274; RADO, s. 67; TAHİROĞLU, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 133.

²⁰ Roma hukukunda sözleşme tiplerine girmeyen tüm anlaşmalar *pactum* olarak isimlendirilmekteydi. (UMUR, **Lügat**, s. 149-150).

²¹ RADO, s. 42-43; UMUR, **Ders Notları**, s. 337; TAHİROĞLU, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 268.

²² UMUR, **Ders Notları**, s. 378; TAHİROĞLU, **Roma Borçlar Hukuku**, s. 269.

compromissum, klasik sözleşme tiplerinden biri olmayıp imparatorluk hukuku *pactum*'ları (*pacta legitima*) ile para cezası (*poena*) öngörülme suretiyle günümüz sözleşme anlayışındaki gibi sözleşmelere uyulmadığında bir yaptırımla karşılaşıldığı gerçek sözleşmelere eşit bir sözleşme seviyesine yükseltilmiştir.

3. Tahkime Elverişlilik

Tahkime elverişlilik, bir uyuşmazlığın tahkime götürölüp götürölemeyeceği ile ilgilidir. Taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı yaptıkları sözleşmeye dayalı olarak tahkime götürebiliyorlarsa söz konusu uyuşmazlık tahkime elverişlidir. Aksi hâlde uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığından söz edilir. Roma hukukunda tahkim sözleşmesinde, taraflar arasındaki birden çok uyuşmazlığın yanı sıra, mevcut tüm uyuşmazlıklar da hakeme tevdi edilebilirdi.²³

Compromissum'da; *causa liberalis* (bir kimsenin özgürlük durumuna ilişkin uyuşmazlıklar), vesayet, *iudicium publicum* (bir kamu davasına konu olması gereken uyuşmazlıklar) ve *delictum famosum* (mahkumiyet halinde şerefsizlik/infamia ile sonuçlanan haksız fiiller)²⁴ kapsamına giren fiillerden kaynaklanan ile *actiones praetoriae*²⁵ kapsamına giren uyuşmazlıklar ve herkes tarafından açılabilen *actio popularis* (herkes tarafından açılacak nitelikteki davalar) davaları görölememekteydi.²⁶ Buna rağmen bunlardan biri için tahkim anlaşması yapılırsa bu anlaşma geçersizdir.²⁷

4. şart ve Süre

Taraflar hâlihazırda doğmuş uyuşmazlıklar için tahkim anlaşması yapabilmekteydi. İleride doğacak uyuşmazlıklar için ise önceden bu anlaşma yapılamazdı.²⁸ Buna rağmen Cicero'nun metinlerinde Cumhuriyet döneminin sonlarında gelecekte doğacak bazı uyuşmazlıklar bakımından tahkim anlaşmasının belirlenen hakeme bırakılabildiğine dair kanıtlar bulunduğu belirtilmektedir.²⁹

²³ KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 141; GÜNAL, s. 64. Bu durum Günümüz Türk hukukunda aranan uyuşmazlık konusunun belirliliğinden farklılık arz etmektedir.

²⁴ SÖĞÜT, s. 96.

²⁵ *Actiones Honorariae* kapsamında en önemli kısmı teşkil eden *praetor* davalarıdır. Yargı işleriyle görevli, *imperium*'a sahip en büyük *magistra* olması itibariyle *praetor*'un tanımış olduğu davalarıdır. Genellikle *ius civile* tarafından tanınmamış ilişkileri yaptırıma tabi tutmak için, her sene iş başına gelen *praetor*, hangi hukuki ilişkilere dava hakkı tanıyacağını, daimî beyannamesinde (*edictum perpetuum*) ilan ederdi. (UMUR, Lügat, s. 16).

²⁶ KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 141; Detaylı bilgi için bkz. SÖĞÜT, s. 91-98; GÜNAL, s. 65.

²⁷ KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 141; GÜNAL, s. 65.

²⁸ KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 140; SÖĞÜT, s. 98.

²⁹ SÖĞÜT, s. 119.

Tahkim sözleşmesi için bir süre öngörülebilirdi.³⁰ Sözleşmede öngörülen sürede verilmeyen bir hakem kararı taraflar bakımından geçersizdi.³¹

5. Sona Erme Nedenleri

Tahkim anlaşması; sürenin dolması, ölüm, ibra (*acceptilatio*), tarafların anlaşması (*pactum*), hâkimin kararı (*iudicium*), iflas, ifa (*solutio*) nedenlerinden birinin varlığı hâlinde sona ermekteydi.³²

C. Receptum Arbitri (Hakeme Tevdi Anlaşması)

1. Genel Olarak

Aralarında uyuşmazlık yaşayan kişilerin uyuşmazlık konusunu çözmek üzere hakeme (*arbiter*) başvurması ve hakemin bunu kabul etmesi *receptum arbitri*'yi oluşturmaktadır.³³ Bu anlaşma, tarafların kendi aralarında yaptığı tahkim sözleşmesinden farklıdır.³⁴ *Receptum arbitri* ile hakem olan taraf, tarafların *compromissum* ile üzerinde çözülmek üzere anlaştığı uyuşmazlığın kendisine tevdiini kabul etmektedir.³⁵ Hakem, görevi kabul edip etmemekte serbest olmakla birlikte, bir defa kabul etmişse *praetor* tarafından para cezası yoluyla edimini ifaya zorlanmaktaydı.³⁶ Hakem tevdiini içeren *pactum*'lar günümüz hakem sözleşmesinin temelini oluşturmaktadır.³⁷

Hakem anlaşması; anlaşma, ifa, ölüm ve imkânsızlık, sürenin dolması ve azletme³⁸ nedenlerinden birinin varlığı hâlinde sona ererdi.³⁹

³⁰ KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 140; SAYIN, s. 64-65.

³¹ SÖĞÜT, s. 145.

³² Detaylı bilgi için bkz. SÖĞÜT, s. 122-126; KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 148-149.

³³ SÖĞÜT, s. 127; AKINCI, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 180; TAHİROĞLU, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 271; OĞUZOĞLU, s. 260; KOSCHAKER, Paul ve AYİTER Kudret, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları*, 7. Baskı, Oğaç Matbaası, Ankara, 1983, s. 247; UMUR, *Ders Notları*, s. 378; RADO, s. 129; SAYIN, s. 52.

³⁴ KOSCHAKER ve AYİTER, s. 247.

³⁵ AKINCI, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 180.

³⁶ SÖĞÜT, s. 127-128; KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 145; TAHİROĞLU, Bülent ve ERDOĞMUŞ, Belgin, *Roma Usul Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985, s. 36; TAHİROĞLU, Bülent ve ERDOĞMUŞ, Belgin, *Roma Hukuku Dersleri*, 15. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2021, s. 266; AKINCI, Şahin, *Roma Hukuku Dersleri*, 12. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2020, s. 349; AKINCI, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 180; Dİ MARZO, Salvatore, *Roma Hukuku*, çev. Ziya Umur, 2. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959, s. 459; TAHİROĞLU, *Roma Borçlar Hukuku*, s. 271; RADO, s. 129; OĞUZOĞLU, s. 260.

³⁷ SAYIN, s. 54.

³⁸ Sözlükte “ayırarak, uzaklaştırmak” anlamındaki azil, İslâm hukuk terminolojisinde tek taraflı irade beyanı ile bir vekil veya temsilcinin yetkisinin kaldırılmasını ifade eder. (ATAR, Fahrettin, “Azil”, C. IV, *TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, 1991, s. 326).

³⁹ Detaylı bilgi için bkz. SÖĞÜT, s. 139-140.

Roma hukukunda hakem anlaşmasının hukukî niteliği ile ilgili olarak, tahkim anlaşmasının hukukî niteliğinde yapmış olduğumuz açıklamalara binaen, burada bir stipulatio şart koşulmadığı ve başkaca bir şeklî şart da belirtilmediği için bunun bir rızaî sözleşme türü olabileceği söylenebilir. Bir başka yönden hakem anlaşması, praetor pactum'ları (*pacta praetoria*) ile tanınmış ve hakeme uyumsuzluğu çözmemesi hâlinde para cezası öngörülmüştür. Böylelikle bu anlaşma, kendisine uyulmaması hâli için yaptırımlar öngörülen gerçek sözleşme seviyesine yükseltilmiştir.⁴⁰

2. Hakemlerin Nitelikleri ve Sayıları

Roma hukukunda hakemlerin nitelikleri bakımından genel olarak hâkimlerin niteliklerine ilişkin esaslar uygulanıyordu. Her şeyden önce hakemin ehliyet sahibi bir kimse olması gerekirdi. Kadınlar, köleler, küçükler, hakemliğin icrasına engel nitelikteki akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik gibi hastalığı olan kimseler ve hâkim, hakem olamamaktaydı.⁴¹ Öte yandan azat edilmiş köleler, aile evladı (*filius familias*) ve infamis⁴² ilan edilmiş kişiler hakem olabilirdi.⁴³

Taraflar, istedikleri sayıda hakem atayabilirdi. Praetor'un buna ilişkin herhangi bir müdahalesi söz konusu değildir. Tahkim sözleşmesi, birden fazla hakem tayin edilip aralarından birinin karar vermesi şartıyla da yapılabilmekteydi.⁴⁴ Çift sayıda hakem tayini hâlinde çoğunluk sağlanamazsa, hakemler aralarından birini uyumsuzluk hakkında karar vermek için seçmek durumundaydılar.⁴⁵

3. Hakemlerin Kararları

Tahkim sözleşmesinde hakem, tarafların sözleşmede öngördüğü uyumsuzluk konusuyla sınırlı olarak karar verebilmekteydi.⁴⁶ Öyleyse hakem, tahkim anlaşmasıyla bağlıdır. Hakem uyumsuzluk hakkında karar verirken tahkim sözleşmesinde aksi öngörülmediği takdirde pozitif hukuk kurallarıyla da bağlıydı.⁴⁷ Ayrıca hakem, kararını bir kez açıkladıktan sonra bunu değiştiremezdi.⁴⁸

⁴⁰ UMUR, **Ders Notları**, s. 378.

⁴¹ SÖĞÜT, s. 130-131, 133, 134, 135.

⁴² Roma hukukunda infamis ilan edilmek bir toplumsal statü kaybetmek anlamındadır. (UMUR, **Lügat**, s. 86).

⁴³ SÖĞÜT, s. 132, 134, 135.

⁴⁴ SÖĞÜT, s. 115-117.

⁴⁵ KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 146.

⁴⁶ KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 140; SÖĞÜT, s. 118.

⁴⁷ KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 147; GÜNAL, s. 66.

⁴⁸ KÜÇÜKGÜNGÖR, s. 147; GÜNAL, s. 67.

II. İSLÂM HUKUKUNDA TAHKİM

A. Genel Olarak

İslâm hukukunda uyuşmazlığın güvenilir üçüncü bir kişi tarafından çözüme kavuşturulması uygulamaları oldukça yaygındır. Buna ilişkin örneklerden biri de Muaviye ile Hz. Ali arasındaki tahkim anlaşmasıdır.⁴⁹ İslâm hukukunun ana kaynaklarında tahkime dair taraflar arasında hakem belirlenmesi öngörülmüştür. Kur'an'da tahkim, Nisa Suresi, 35'inci ayette⁵⁰ eşler arasındaki uyuşmazlığın çözümünde her bir eş tarafından birer hakemin belirlenmesi şeklinde geçmektedir. Sünnette tahkim, Medine Vesikası'nın 23'üncü maddesinde “*Üzerinde ihtilafa düştüğünüz herhangi bir şey, Allah'a ve Muhammed'e götürülecektir.*” şeklindeki düzenlemede, Hz. Peygamber'in hakem ve kadılık yapanlara yönelik öğütlerinde ve yine Hz. Peygamber'in gerek kendisinin bizzat uyuşmazlıkları çözmesinde gerekse de sahâbeleri bu konuma görevli tayin etmesinde görülmektedir.⁵¹ Bir örnek vermek gerekirse Hz. Peygamber, Şurayh b. Hani'yi kavmi içinde yürüttüğü hakemlik dolayısıyla “Ne kadar güzel!”⁵² sözüyle takdir etmiştir.⁵³ Sahâbe tarafından da tahkimin caiz olduğuna dair bir icmâ oluşmuştur. Örneğin, Hz. Ömer ile Übey b. Ka'b arasındaki uyuşmazlığın çözümü için Zeyd b. Sâbit hakem kılınmıştır.⁵⁴ Böylelikle sınırları belirlenen çerçevede içerisinde olmak üzere boşlukların doldurulması, fukahânın içtihadına bırakılmıştır.⁵⁵

İslâm hukukunda taraflar, tahkimle aralarındaki uyuşmazlığın, İslâm hukukunun genel prensipleri içerisinde kalarak çözülmesini kararlaştırabilmektedir.⁵⁶

⁴⁹ KALKAN, Onur, **İslâmi Bankacılık ve Finans Uyuşmazlıklarında Hukuk Yargılaması ve Tahkim**, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 37; ATAR, Fahrettin, **İslâm Yargılama Hukukunun Esasları**, 3. Baskı, MÜ İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul, 2019, s. 284; YÜCEL, Ensari, “İslam Hukukunda Tahkim ve Katılım Bankalarında Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü”, **İslam Ekonomisi ve Finansı Dergisi**, Y. 2017, C. 3, S. 2, s. 144; Bu olayın ayrıntılı tahlili için ayrıca bkz. CÜHENLİ, Müs'ad Avvad Hamdân el-Berkani, **et-Tahkîm fi's-şer'iatü'l-İslâmiyye ve'n-nüzûmü'l-vaz'iyye**, Dârü'l-İman, Medine, 1994, s. 287-303.

⁵⁰ “*Eğer karı kocanın aralarının açılmasından korkarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin. Düzeltilmek isterlense Allah aralarını bulur; şüphesiz Allah her şeyi bilen, her şeyden haberdar olanıdır.*” <https://kuran.diyanet.gov.tr>, E.T. 6.1.2023.

⁵¹ YILMAZ, İbrahim, “Hasımlıktan Hısnımlığa Tahkîm”, **Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 20, S. 2, 2021, s. 378.

⁵² Ebû Dâvûd, “Edeb”, 62; Tirmizi, “Deavât”, 82; Nesai, “Kudat”, 7.

⁵³ AÇIK, Fatma, “İslam Aile Hukukunda Tahkim Müessesesi ve Hakemin Boşama Yetkisi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2006, s. 28.

⁵⁴ SERAHSÎ, Muhammed b. Ahmed b. Ebi Sehl Şemsü'l-'Eimme, **el-Mebsûf**, C. XXI, y.y., Beyrût, 1993, s. 62; YILMAZ, s. 379.

⁵⁵ KALKAN, s. 37.

⁵⁶ KALKAN, s. 195.

İslâm hukukunun klasik doktrininde tahkim, nikâh ve talâk bahislerinde ailede meydana gelen uyuşmazlıkların çözümünde ve genel olarak “Kitâbu’l-Kadâ” ve “Edebu’l-Kâdî” başlıkları altında incelenmiştir.⁵⁷ İslâm hukukunda tahkim kazânın (yargı) bir şubesi olarak görülmüşse de kazâ ile tahkimin çeşitli açılardan farklı olduğu da belirtilmiştir.⁵⁸ İslâm hukukunda tahkimi farklı açılardan ele alan çalışmalar vasıtasıyla tahkim geliştirilmeye devam edilmektedir.

Burada değinilebilecek bir diğer durum, bugün için de Türk hukukunda tahkimde İslâm hukukunun uygulanmasının mümkün olmasıdır. Ülker’in bizim de katıldığımız görüşüne göre, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) on birinci bölümündeki emredici kurallara aykırı olmamak kaydıyla usul kuralları bakımından ve esas kuralları bakımından uyuşmazlığın İslâm hukuku hükümlerine göre çözüme kavuşturulacağı taraflarca tahkim sözleşmesinde kararlaştırılabilir. Örneğin taraflar, “Aramızdaki uyuşmazlığın çözümünde Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye hükümleri uygulansın.” derlerse hakemler bunu dikkate almak zorundadırlar. Bu şekildeki bir uygulama Türk hukukuna da uygun olacak ve İcra İflas hukuku hükümlerine göre bu kararın tenfizi mümkün olacaktır.⁵⁹

İslâm hukukunda tahkim, “ihtiyarî tahkim” ve “icbarî tahkim” olarak ikiye ayrılmaktadır.⁶⁰ İhtiyarî tahkim, taraf iradeleri sonucunda uyuşmazlığın bir hakeme tevdi edilmesidir. İcbarî tahkim, bir hakeme başvurmanın zorunlu kılındığı hâllerde gündeme gelir. Çalışmamızda, ihtiyarî tahkim incelenmekte olup bu kapsamda Hanefî mezhebinin görüşleri esas alınmıştır.⁶¹

B. Tahkim Sözleşmesi

1. Tanımı, Unsurları, Şekli

Tahkîm (تحكيم), Arapça “h-k-m” harflerinden türetilmiştir. Terminolojik bağ itibarıyla hüküm, hakem ve hâkim aynı kökten gelir. Bu bağlamda tahkim, hakemin bir konuda hüküm vermesi olarak tanımlanabilir.⁶²

⁵⁷ YILDIRIM, Mustafa, *İslâm ve Medenî Yargılama Hukukunda Tahkim*, Şafak Basım Yayın, İzmir, 2000, s. 22-23; BÂBERTÎ, Ebû ‘Abdullâh Muhammed b. Muhammed b. Maḥmûd, *el-‘İnâye fi Şerhi’l-Hidâye*, C. VII, Dâru’l-Fikr, y.y., t.y., s. 315.

⁵⁸ Detaylı bilgi için bkz. CÜHENİ, s. 40-43. Örneğin, kazânın genele yönelik bir faaliyetken tahkim tarafların haklarına dairdir. Kazâda taraf iradelerine gerek yokken tahkimde vardır. ALANGOYA, Yavuz, *Medenî Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1973, s. 15.

⁵⁹ ÜLKER, İbrahim, “Türkiye’de Tahkimde İslam Hukuku Kuralları Uygulanabilir mi?”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2020, C. 28, S. 3, s. 1100, 1103, 1105.

⁶⁰ SÂBÎT EL-CEBELÎ, Necib Ahmed Abdullah, *en-Nazariyyetü’l-âmme li’t-tahkîm: dirâse mukârene bi’l-fikhi’l-İslâmî ve’l-enzmeti’l-vaz’iyye*, Mektebetü’l-Vefâi’l-Kanuniyye, İskenderiye, 2016, s. 24.

⁶¹ Bununla birlikte kimi yerlerde diğer mezhep görüşlerinden istifade edilmiştir.

⁶² AKGÜNDÜZ, Ahmet, “Hakem”, *TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, 1997, C. XV, s. 171.

İslâm hukukunda tahkim, aralarında uyuşmazlık bulunan iki tarafın, aralarındaki mâlî haklara ilişkin uyuşmazlığı çözmek üzere bir veya daha fazla kişiyi hakem tayin etmeleridir.⁶³ Mecelle’de tahkim, “*hasmeynin (tarafaların) husûmet ve da`vâlarını fasl için rızâlarıyla âhar (başka) kimseyi hâkim ittihâz etmelerinden ibârettir.*”⁶⁴ şeklinde tanımlanmıştır. Uyuşmazlığın çözümü kendisine bırakılana “hakem veya muhakem”, iki taraftan her birine “muhakkim veya muhtekim” denilmektedir.⁶⁵

İslâm hukukunun klasik doktrininde akdin unsurları⁶⁶ açısından hukukçular arasında şekle ilişkin bir farklılık mevcuttur. Buna göre Hanefîler akdin unsurlarını tarafların irade beyanı olan icap ve kabulden ibaret görmektedirler. Ancak onlara göre icap ve kabul, zorunlu olarak akdin taraflarını ve konusunu da içermektedir.⁶⁷ Bu nedenle bunları ayrı birer unsur olarak ele almamışlardır. Diğer mezheplere göre akdin unsurları; taraflar, irade beyanı ve akdin konusu olmak üzere üçtür.⁶⁸ Burada konuyu daha açık bir şekilde inceleme imkânı tanınması bakımından bu üçlü unsur anlayışı tercih edilmektedir. Bu açıklamalara dayalı olarak tahkim sözleşmesinin unsurları; icap-kabul ve buna dayalı olarak taraflar ve sözleşmenin konusundan oluşmaktadır.⁶⁹

Aralarında uyuşmazlık bulunan taraflardan gelen icap ile hakemden gelen kabulde birlikte tahkim sözleşmesi kurulur.⁷⁰ Tarafların sözleşme ehliyetine sahip olmaları aranır. Uyuşmazlığın tarafları, temyiz gücüne sahip, tahkim söz-

⁶³ YILDIRIM, s. 19; KELEŞ, Ekrem, “İslam Hukuku’na Göre Anlaşmazlıkların Çözümünde Hakem Usulü -Tahkim-”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 1987, s. 3; CÜHENİ, s. 33; İBN FERHÛN, İbrâhîm b. ‘Alî b. Muhammed b. Ferhûn el-Ya’merî, **Tabîratu’l-Hukûm fî Uşûli’l-Akdiye Menâhici’l-Ahkâm**, C. I, Mektebetü’l-Kulliyât el-Ezheriyye, Mısır, 1986, s. 62; ATAR, s. 283; ÇEKER, Orhan, **İslâm Hukukunda Akidler**, 1. Baskı, Tekin Kitabevi, Konya, 2014, s. 227; ERDOĞAN, Mehmet, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü**, 7. Baskı, Ensar Yayınları, İstanbul, 2019, s. 535-536; KORAL, **Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim**, s. 1; ÖZDİREK, Recep, **İslâm Hukukunda Akdin Sınırları**, Yedirenk, İstanbul, 2010, s. 251; EKİNCİ, Ekrem Buğra, **İslâm Hukuku Umûmî ve Husûsî Hükümler**, 3. Basım, Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 351; BERKİ, Ali Himmet, **İslâm Şeriatinde Kaza (Hüküm ve Hâkimlik) Tarihi ve İftâ Müessesesi**, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1962, s. 77.

⁶⁴ Mecelle, m.1790. (Ali Haydar Efendi, s. 3232; İLHAN, Cengiz, **Günümüz Türkçe’siyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 567).

⁶⁵ KELEŞ, s. 6; ATAR, s. 283; BERKİ, **İslâm Şeriatinde Kaza**, s. 77.

⁶⁶ Akdin unsurları ile bir akdin kurulması için zarurî olan birtakım parçalar kastedilmektedir. Bkz. ÇEKER, s. 6; Burada akdin unsurları ifadesi klasik doktrinde “rükun-şart” ayrımında “rükuna” tekabül etmektedir. Detaylı bilgi için bkz. KARAMAN, Hayreddin: “Akid”, C. II, **TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi**, İstanbul, 1989.

⁶⁷ Bununla birlikte Hanefîler, taraflar ve akdin konusu sıhhat şartı olarak değerlendirmişlerdir. KARAMAN, C. II, s. 253.

⁶⁸ AYDIN, M. Âkif, **Türk Hukuk Tarihi**, 16. Baskı., Beta Basım Yayım Dağıtım, 2019, s. 381.

⁶⁹ KAHTÂN ABDURRAHMAN, Dûrî **Akdü’t-tahkîm fi’l-fihî’l-İslâmî ve’l-kânûnî’l-vaz’î**, 1. Baskı, İhyâü’t-Türâsî’l-İslâmî, Bağdat, 1985, s. 112.

⁷⁰ KAHTÂN ABDURRAHMAN, s. 113.

leşmesinin sonuçlarını algılayabilen kimseler olmalıdır. Tahkim sözleşmesinin hakem tarafında aranan şartlar “hakemlerin nitelikleri” başlığında ele alınmaktadır. Sözleşmenin konusu da genel prensiplerle örtüşmelidir. Tahkim sözleşmesinin konusu “tahkime elverişlilik” olarak incelenmektedir.

İslâm hukukunda tahkim sözleşmesinde şekil şartı aranmamıştır; tahkim sözleşmesi yazılı veya sözlü şekillerde yapılabilir.⁷¹

2. Hukukî Niteliği

İslâm hukuk doktrininde tahkimin mahiyeti üzerinde farklı görüşler mevcuttur. Tahkimin hukukî niteliğiyle ilgili olarak doktrinde sözleşme, kazâi nitelik ve vekâlet olmak üzere üç farklı görüş ileri sürülmüştür.⁷²

Bir görüşe göre tahkim sulh manasındadır ve bir sözleşmedir.⁷³ Türk hukukçusu Yavuz Alangoza, Mecelle’yi esas alarak, İslâm hukukunda hakem faaliyetinin yargı niteliği taşıdığını düşünmektedir.⁷⁴ Diğer bir görüş de kazâya ilişkin hükümlerin tahkim sözleşmesine kıyasen uygulanacağını ve bunun bir vekâlet niteliğinde olduğunu savunmaktadır.⁷⁵

Bizim de katıldığımız görüşe göre İslâm hukukunda tahkim, bir sözleşme olarak görülmüş, hakem kararlarına yargısal bir nitelik atfedilmiştir.⁷⁶ İslâm hukukçularının hakeme başvurularak uyuşmazlığın çözülmesi şeklindeki yolu sulhe benzetmek suretiyle sulhe ilişkin hükümlerden yararlandıkları, tahkimin kazâi yönü⁷⁷ olduğunu kabul etmekle birlikte bunun esas olarak taraflar arasında kurulan bir sözleşme olduğu sonucuna vardıkları ifade edilebilir.⁷⁸ Öyle ki tahkim, iki tarafın aralarındaki uyuşmazlığı üçüncü bir kişiye (hakem/muhakkem)

⁷¹ KORAL, *Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim*, s. 20-21; ŞEHÂTE, Muhammed Ahmed, *et-Tahkîm fi'l-fıkh ve'l-kânûni'l-mukâren*, el-Mektebü'l-câmi'il-hadis, İskenderiye, 2010, s. 17.

⁷² SÂBÎT EL-CEBELÎ, s. 63.

⁷³ BEDRUDDÎN EL-'AYNÎ, Ebû Muhammed Maḥmûd b. Aḥmed, *el-Binâye Şerḥu'l-Hidâye*, C. IX, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut, 2000, s. 59; ZEYLA'Î, 'Osmân b. 'Alî b. Meḥcen el-Bâri'î Faḥruddîn el-Ḥanefî, *Tebyînu'l-Ḥaḳâik Şerḥu Kenzi'd-Daḳâik ve Ḥâşiyeti's-Şelebî*, el-Matba'atu'l-Kubre'l-Emîriyye, Kahire, 1895, s. 132.

⁷⁴ ALANGOZA, s. 16.

⁷⁵ KORAL, *Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim*, s. 13; YEĞENGİL, Rasih, *Tahkim (L'arbitrage)*, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1974, s. 68.

⁷⁶ KORAL, *Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim*, s. 14; YEĞENGİL, s. 68.

⁷⁷ Örneğin İbn Mâze, hakemin hükmünün bir yönüyle sulh, diğer yönüyle de tefvîz (bir şeyi/bir işi başkasına tevdi etmek) olduğunu ifade etmektedir. Bkz. İBN MÂZE, Ebu'l-Me'âlî Maḥmûd b. Aḥmed b. Abdülazîz b. 'Omar b. Mâze el-Ḥanefî, *el-Muḥîṭu'l-Burhânî fi'l-Fıḳhi'n-Nu'mânî*, C. VIII, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrût, 2004, s. 123.

⁷⁸ SADRÜ'Ş-ŞEHÎD, *Şerḥu Edebi'l-Ḳaḍî li'l-Ḥaşşâf*, C. IV, y.y., Bağdat, 1977, s. 63; ATAR, s. 285.

tevdi etmeyi kararlaştırdıkları bir anlaşma olması bakımından her sözleşme gibi karşılıklı icap ve kabulle birlikte meydana gelir. Tahkimin kazâî yönü ise ona uygulanacak hükümlerde kendisini gösterir. Zira tahkime ilişkin hüküm bulunmayan hâllerde kazâya ilişkin hükümler kıyasen burada uygulanmaktadır.

İslâm hukukunda tahkim sözleşmesi, hakemler tayin edildikten sonra dahi bağlayıcı olmayan (gayri lâzım) sözleşmelerdendir.⁷⁹ İslâm hukukunda akitlere ilişkin kısımlardan biri de akitlerin bağlayıcı olup olmamasına göre lâzım-gayri lâzım ayrımıdır. Tarafları bağlayan yani, tek veya iki tarafın rızasıyla bozulamayan akitler lâzım, taraflardan biri veya her ikisi için de bağlayıcı olmayan yani, akdi bozma hakkının bulunduğu akitler gayri lâzımdır.⁸⁰ Tahkim sözleşmesinin sona erme nedenlerinde de ele alınacağı üzere tahkim sözleşmesi, taraflardan birinin veya her ikisinin hakemi azlederek sona erdirebildiği bir sözleşme olduğu için bağlayıcı değildir.

3. Tahkime Elverişlilik

İslâm hukukçularının tahkimi sulhe benzetmeleri nedeniyle sulhe konu edilemeyen hususlar tahkime de konu edilemezler.⁸¹ Bunlar da tarafların, üzerinde serbestçe tasarruf edemediği, bazı konular dışında⁸² üzerinde af ve ibrâ gerçekleş-tirebildiği şeylerdir.⁸³ Bir diğer deyişle İslâm hukukunda hukûkullah⁸⁴ kapsamında olan konularda tahkim caiz değildir.⁸⁵ Bunun bir yansıması olarak Hanefîlere göre had ve kıyaslar haricinde her konu tahkime götürülebilmektedir.⁸⁶ Merğînânî, söz konusu ifadeyi, kişilerin kanları üzerinde bir velâyetlerinin (tasarruf yetkisi) ol-

⁷⁹ KORAL, *Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim*, s. 12, 16; ÖZDİREK, s. 252.

⁸⁰ AYDIN, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 380.

⁸¹ KELEŞ, s. 21; CÜHENİ, s. 213; BERKİ, *İslâm Şeriatinde Kaza*, s. 78; ZAHRAA, Mahdi ve HAK, Nora A., "Tahkim (Arbitration) in Islamic Law within the Context of Family Disputes", *Arab Law Quarterly* 2, Y. 2006, C. 20, S. 1, s. 28; YILMAZ, s. 379.

⁸² Bu kayıt ile örneğin alacaklının borçluyu ibra edebildiği bir bey' (satış) sözleşmesinin kapsam dışı olduğuna işaret etmek istiyoruz.

⁸³ YILDIRIM, s. 58; CÜHENİ, s. 213; MÂVERDÎ, s. 326.

⁸⁴ İslâm hukukunda Allah hakkı-kul hakkı ayrımı yapılmakta, bunların iç içe geçtiği alanı ifade etmek üzere üçüncü bir kategori olarak da karma haklar söz konusu olmak üzere üç grupta haklar tasnif edilmektedir. Hakkın bu şekildeki ayrımı esas olarak hakkın mahiyeti ve sağladığı faydanın genel veya özel oluşuna göre yapılmıştır. Allah hakları kategorisi modern hukuktaki kamu düzeni kavramıyla paralellik arz etmektedir. Detaylı bilgi için bkz. BARDAKOĞLU, Ali, "Hak", C. XV, TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi, İstanbul, 1997, s. 142.

⁸⁵ İBN FERHÛN, C. I, s. 62; CÜHENİ, s. 214.

⁸⁶ SADRÛ'Ş-ŞEHÎD, C. IV, s. 63; MERĞİNÂNÎ, Ebu'l-Hasen 'Alî b. Ebûbekr el-Ferğânî, *el-Hidâye fi Şerhi Bidâyeti'l-Mubtedî*, C. III, Dâru İhyâ'î't-Turâsî'l-'Arabî, Beyrut, t.y., s. 108; BÂBERTÎ, C. VII, s. 318; YÜCEL, s. 145; ATAR, s. 285; EKİNCİ, *İslâm Hukuku*, s. 352; ANSAY, Sabri Şakir, *Hukuk Tarhinde İslam Hukuku*, 3. Bası, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara, 1958, s. 306; İslâm hukukunun klasik doktrininde Hanbeliler had ve kıyaslar da dahil olmak üzere bütün hükümlerde tahkimin caiz olduğu görüşündedir. Bkz. KAHTÂN ABDURRAHMAN, s. 243.

maması ile açıklar.⁸⁷ Meydânî de meselenin hadler ve kıyaslar ile kayıtlanmasının, diğer içtihat mahalli konularda tahkimin caiz olduğu anlamına geldiğini belirtir.⁸⁸ Bu konu Mecelle'nin 1841'inci maddesinde de “*Hukûk-ı nâsa müte`allik mâl da`vâlarında tahkîm câizdir.*”⁸⁹ şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre insan haklarını ilgilendiren malvarlığına ilişkin davalarda tahkim caizdir.⁹⁰ Bunlara örnek olarak nafaka, talak, borçlar, şuf’a, kefalet verilebilir.⁹¹

4. Şart ve Süre

İslâm hukukunda tahkim sözleşmesi gayri lâzım niteliğinden dolayı tarafları bağlayan bir şartın pek bir önemi yoktur. Bununla birlikte geleceğe yönelik bir şart yapılabilir. Bu şartta da muhakkemin belirli olması gerekir.⁹²

Tahkim sözleşmesi vakitle sınırlandırılabilir.⁹³ Bu müddetin geçmesi hâlinde hakemin hüküm verme yetkisi de ortadan kalkar.⁹⁴ Nitekim Mecelle'nin 1846'ncı maddesinde “*Tahkîm, bir vakit ile takyîd olundukda, ol vaktin mürûruyla zâil olur.*”⁹⁵ denilmektedir. Örneğin bir aya kadar hükmetmesi üzerine görevlendirilen hakem, bu bir aylık sürenin dolmasından sonra karar verse bu karar geçerli olmaz.

5. Sona Erme Nedenleri

Hakem kararlarında ittifak sağlanamaz ve hakemlerin başka bir hakem tayinine yetkileri de bulunmazsa tahkim sözleşmesi münfesihtir.⁹⁶ Tarafların birlikte veya taraflardan birinin tek başına hakemi azletmesi de mümkündür.⁹⁷

⁸⁷ MERĠNÂNÎ, C. III, s. 108. Buradaki ifade günümüz terminolojisinde kişilik haklarını çağrıştırmaktadır.

⁸⁸ MEYDÂNÎ, s. 687.

⁸⁹ Ali Haydar Efendi, s. 3358.

⁹⁰ KARÂFÎ, Ebu'l-Abbâs Ahmed b. İdrîs, *el-İhkâm fi Temyîzi'l-Fetâvâ 'ani'l-Ahkâm ve Taşarrufâtî'l-Kâdi ve'l-İmâm*, Beyrut, y.y., 1995, s. 172; İBN FERHÛN, C. I, s. 20; ŞİRBİNÎ, Şemsü'd-Dîn Muhammed b. Ahmed eş-Şâfi'î el-Hatîb, *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Me'âni'l-İlmîye*, C. VI, y.y., Dâru'l-Kutubi'l-İlmîyye, 1994, s. 268.

⁹¹ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, Çev. Raşit Gündoğdu / Osman Erdem, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, İstanbul, 2020, s. 3358; Günümüz Türk hukukunda talak kamu düzeninden sayıldığı için İslâm hukukundan farklı olarak tahkime elverişli değildir. (ANSAY, *İslam Hukuku*, s. 306). Bunlar hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. KELEŞ, s. 17-20.

⁹² KORAL, *Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim*, s. 17.

⁹³ KAHTÂN ABDURRAHMAN, s. 157; ÇEKER, s. 227; BERKİ, *İslâm Şeriatinde Kaza*, s. 79.

⁹⁴ ATAR, s. 285.

⁹⁵ Ali Haydar Efendi, s. 3363.

⁹⁶ KORAL, *Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim*, s. 18-19.

⁹⁷ SADRÛ'Ş-ŞEHÎD, C. IV, s. 59 Müellif bunu ifade ettikten sonra, “tahkim tarafların iradeleriyle kurulmuştur” denirse o zaman sona erdirmenin (azil) ancak tarafların iradesiyle mümkün olacağını ifade etmektedir. Buradan hareketle hâkim kanaatin tek taraflı azli kabul ettiği sonucuna varmak mümkündür. Tahkim sözleşmesi gayri lâzım sözleşmelerden olduğu için caiz tasarruflardır. Bkz. ZEYLA'Î, s. 193; ALANGOYA, s. 15.

Azil, hakemin hükmünü vermesine kadar olan zaman diliminde yapılabilir.⁹⁸ Bu imkân nedeniyle İslâm hukukunda hakemin reddi müessesesine ihtiyaç duyulmamıştır.⁹⁹ Mecelle'nin 1847'nci maddesi “*Muhakkemin hükmünden evvel taraftaydan (tarafardan) her biri onu azl edebilir.*”¹⁰⁰ şeklinde bu husus düzenlenmiştir. Tahkim sözleşmesinde bir süre öngörülmüşse bu sürenin geçmesiyle birlikte tahkim sözleşmesi sona erer.¹⁰¹ Hakemin hakem olmak için gerekli niteliklerini kaybetmesi de tahkim sözleşmesini sona erdirir.¹⁰²

6. Kanun Yolları

İslâm hukukunun klasik doktrininde “hakem kararlarına karşı kanun yolları” müstakil bir başlık olarak ele alınmamıştır. İslâm hukukçularının hakem kararları ile hâkim kararları ve hakem yargılaması ile kazâ faaliyeti arasında kurdukları irtibatı dikkate alarak burada bir teori geliştirilmesinin mümkün olduğunu düşünmekteyiz. Buna dayalı olarak hakem yargılamasının kendine özgü özelliklerini gözden kaçırmaksızın genel olarak hâkim kararlarının kontrolü için düzenlenen müesseseler burada ele alınmaktadır.

Yetkili bir merci tarafından verilen bir hükmün öylece bırakılması, söz gelimi doğruluğu ve yanlışlığı bakımından herhangi bir denetimden geçirilmemesi düşünülemez. Bu nedenle İslâm hukukunda da bu tipteki kararların gözden geçirilmesi, yanlışsa düzeltilmesi ve bu fonksiyonların yerine getirilmesi için bazı müesseseler bulunmaktadır. Bunlar içerisinde yargılamanın iadesi (*iâde-i nazar*) en başta geleni ve tartışmasız olanıdır.¹⁰³ İslâm hukukunda genel olarak hükmün kontrolü (*iâde-i nazar*) için başvuru merciler; hükmü veren mahkeme, eşit derecede başka bir mahkeme ve devlet başkanı olabilmektedir.¹⁰⁴

⁹⁸ AVVA, Fatma Muhammed, **Akdü't-tahkîm fi's-şerîa ve'l-kânûn**, el-Mektebü'l-İslâmî, Beyrut, 2002, s. 264; MEYDÂNÎ, s. 686-687.

⁹⁹ BALCI, Muharrem, **İhtilâfların Çözüm Yolları ve Tahkim**, 1. Baskı, Danışman Yayınları, İstanbul, 1999, s. 77.

¹⁰⁰ Ali Haydar Efendi, s. 3363; İLHAN, **Mecelle**, s. 583.

¹⁰¹ KAHTÂN ABDURRAHMAN, s. 158; AVVA, s. 265.

¹⁰² BİLEVÎ, Nidâl Cebr, **et-Tahkîm fi's-şerîati'l-İslâmiyye**, Dârü's-Sekâfe, Amman, 2012, s. 173.

¹⁰³ EKİNCİ, Ekrem Buğra, “İslâm Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2001, C. 9, S. 1-2, s. 103; 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na (HUMK) dahil edilen karar düzeltme, İslâm hukuku kökenlidir. Öyle ki karar düzeltme yolu, Basra Kadısı Ebu Musa El Eşari'ye Halife Hz. Ömer'in gönderdiği rivayet edilen bir mektuba dayandırılır. Bu mektubun konumuzu ilgilendiren pasajında şöyle denilmektedir: “*Bir mesele hakkında hükmettikten sonra o hükmün yanlışlığı tebeyyün ederse, hakka rücu et. Hakka dönmek, bâtilda ısrardan hayırlıdır.*” İstinaf kanun yolunun HMK'da düzenlenmesi ile birlikte karar düzeltme kurumuna yer verilmemiştir. (ÖZTEK, Selçuk, “Temyiz Kanun Yolunun Tarihçesine İlişkin Bazı Tespitler”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 21, S. 2, 2015, s. 122).

¹⁰⁴ EKİNCİ, “Mahkeme Kararlarının Kontrolü”, s. 151-153.

İstinaf kanun yolu İslâm hukukunda kabul görmemiştir. Çünkü bir içtihat ile diğer bir içtihat nakzedilemez. Bir hüküm verildiği anda kesin hüküm teşkil eder ve hatalıysa baştan itibaren hükümsüzdür. Bunun tespiti başka bir mahkeme aracılığıyla yapılabilir.¹⁰⁵ Bir hâkimin kararını başka bir hâkim kontrol edebildiği gibi, bir hakemin verdiği hükmü de başka bir hâkim kontrol edebilir.¹⁰⁶

İslâm hukukunda hakemin verdiği hüküm usûl ve kanuna (şer'î ahkâm) uygunluk bakımından sıkı bir denetime tâbi tutulmaktadır.¹⁰⁷ Denetleme işlevini tarihsel süreçte Divân-ı Mezâlim¹⁰⁸ de görmüştür.¹⁰⁹ Hakemler, hükümlerini şer'î ahkâma uygun olarak vermekle yükümlüdürler.¹¹⁰ Aksi hâlde hakemin verdiği hüküm, hâkim tarafından bozulur.¹¹¹ Bu durum Mecelle'nin 1849'uncu maddesinde şöyle düzenlenmiştir: “*Muhakkemin hükmü taraf-ı sultâniden mansûb hâkime arz olundukda, muvâfık-ı usûl ise kabûl ve tasdik eder. Değil ise nakzeyler.*”¹¹² Burada buna ek olarak, îade-i nazarın gerçekleştirildiği makamlardan biri olarak görülen devlet başkanına da hakem kararlarının kontrolünü sağlamak amacıyla başvurulabileceği söylenebilir.

Sonuç itibariyle İslâm hukukunun klasik doktrininde, hakem kararlarının denetimi için yargılamanın iadesi kapsamında hâkimin, hakem kararlarını usûl ve şer'î ahkâma uygunluk yönlerinden denetlemesi bulunmaktadır. Bu kanunî yolda hükmün denetiminin hâkimin yanı sıra, bazı durumlarda devlet başkanından ve Divân-ı Mezâlim'den istenmesi gündeme gelebilir.

C. Hakemlere İlişkin Bazı Meseleler

1. Genel Olarak

İslâm hukukunda tahkim sözleşmesi mevcutken, ayrı bir hakem sözleşmesinin bulunmadığı görülmektedir. Ancak taraflar hakem sözleşmesiyle yapacak-

¹⁰⁵ ANSAY, **İslam Hukuku**, s. 306; ATAR, s. 286.

¹⁰⁶ İBN MÂZE, C. VIII, s. 126; SERAHSÎ, C. XXI, s. 63.

¹⁰⁷ KORAL, **Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim**, s. 12-13; YEĞENGİL, s. 71-72.

¹⁰⁸ Mezâlim, “normal mahkemelerin karara bağlamakta zorlanacağı ceza ve hukuk davalarını karara bağlamak ve uygulamak, idarî şikâyetleri dinlemek üzere oluşturulmuş yüksek kurul” olarak tanımlanabilir. (YENİÇERİ, Celal, “Mezâlim”, C. XXIX, **TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi**, Ankara, 2004) Mezâlim, günümüz çalışmalarında gördüğü işlev itibariyle Yargıtay'a benzetilmiştir. (YENİÇERİ, s. 517).

¹⁰⁹ EKİNCİ, “Mahkeme Kararlarının Kontrolü”, s. 126; Açık'a göre de hakem kararları kesin ve bağlayıcı olmakla birlikte, bunlara karşı temyiz yolunun açık tutulması ve bunların şeklen denetlenmesi hakkın tam manasıyla yerini bulması bakımından daha isabetlidir. Bkz. AÇIK, s. 46.

¹¹⁰ KELEŞ, s. 15; CÜHENİ, s. 180; AKGÜNDÜZ, C. XV, s. 173.

¹¹¹ MERĞİNÂNÎ, C. III, s. 108.

¹¹² Ali Haydar Efendi, s. 3365.

larını tahkim sözleşmesine eklemek suretiyle yaptıkları için hakem sözleşmesinin eksikliği hissedilmemiştir. Çalışma sistematüğını muhafaza etmek amacıyla, Roma ve Türk hukukundaki gibi bir sözleşme niteliğinde olmasa dahi, burada “hakemlere ilişkin bazı meseleler” başlığı açılarak hakemlere özgü özelliklerin ele alınması tercih edilmiştir.

2. Hakemlerin Nitelikleri ve Sayıları

İslâm hukukundaki bir tahkim yargılamasında hakemler her şeyden önce kazâ ehliyetine sahip olmalıdır.¹¹³ Kazâ ehliyetinin aranması İslâm hukukunda hakemin hâkime benzetilmesiyle yakından ilgili görünmektedir.¹¹⁴ Çünkü hakem, taraf iradeleriyle hâkime dönüşmüştür; verdiği hüküm hâkimin hükmünde olduğu gibi tarafları bağlamaktadır.¹¹⁵ Buradan hareketle hakemlerin şartları ile hâkimin şartları aynıdır.¹¹⁶

Kazâ ehliyetinin aranması nedeniyle örneğin küçükler, Müslüman olmayanlar, zimmiler hakem olamazlar.¹¹⁷ Bunun dışında hakemlerin; uzman,¹¹⁸ hür, Müslüman,¹¹⁹ adaletli, belirli ve görme yeteneğine sahip bir kimse olması aranmıştır.¹²⁰ Doktrinde hakemlerin cinsiyet itibarıyla erkek olması gerektiği görüşü de mevcuttur.¹²¹ Ancak Hanefîlere göre kadınlar da hakem olabi-

¹¹³ MERĞİNÂNÎ, C. III, s. 108; BÂBERTÎ, C. VII, s. 316; BEDRUDDÎN EL-‘AYNÎ, C. IX, s. 59.

¹¹⁴ SADRÛŞ-ŞEHÎD, C. IV, s. 59; MERĞİNÂNÎ, C. III, s. 108; EZ-ZEYLA‘Î, s. 193; KORAL, **Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim**, s. 15; BÂBERTÎ, C. VII, s. 316; CÜHENÎ, s. 258; ANSAY, **İslam Hukuku**, s. 306.

¹¹⁵ KAHTÂN ABDURRAHMAN, s. 183.

¹¹⁶ MEYDÂNÎ, Abdülganî b. Tâlib, **el-Lübâb fi şerhi'l-Kitâb**, Dâru'l-Kutubi'l-‘İlmiyye, Beyrut, 2015, s. 686; YEĞENGİL, s. 69; YILMAZ, 384; Doktrindeki diğer görüş şahitte aranan şartların aranacağı yönündedir. Bkz. ATAR, s. 285.

¹¹⁷ ANSAY, **İslam Hukuku**, s. 306.

¹¹⁸ Eğer hakem uzman bir kişi değilse ittifakla bu caiz değildir. Örneğin taraflar, ilk mescide giren hakem olsun derse bu caiz olmaz. (KAHTÂN ABDURRAHMAN, s. 235) Nitekim bu durum hakemin belirliliğiyle de bağdaşmaz. Öyleyse hem belirlilik hem de uzman olmak bakımından eksiklik söz konusudur. Belirliliği gerekir ki “uzman” ifadesi ile o dönemde “müçtehit” olmak kastedilmektedir. Bununla ilgili olarak ayrıca bkz. MÂVERDÎ, Ebû'l-Hasen ‘Alî b. Muhammed el-Basrî, **el-Hâvî'l-Kebîr fi Fıkhi Mezhebi'l-İmâmî-ş-Şâfi‘î**, C. XVI, Dâru'l-Kutubi'l-‘İlmiyye, Beyrut, 1999, s. 325.

¹¹⁹ İslâm hukukunda gayrimüslim (Müslüman olmayan) bir kimsenin Müslüman üzerinde velayet hakkı yoktur. Tahkim de bir yönüyle velâyet-i şer‘iyye olarak nitelendirildiğinden ve burada hakem taraflar üzerinde karar verme mercii olarak görev yaptığından Müslüman olmayan bir kimsenin Müslüman üzerinde hüküm vermesi uygun görülmemiştir. BERKÎ, **İslâm Şeriatinde Kaza**, s. 19.

¹²⁰ KALKAN, s. 228-233; KELEŞ, s. 11-12; YÜCEL, s. 147-150; EKİNCİ, **İslâm Hukuku**, s. 351; İBN FERĞÛN, C. I, s. 63; KAHTÂN ABDURRAHMAN, s. 184; CÜHENÎ, s. 133-143; BALCI, s. 77; BİLEVLİ, s. 136; BERKÎ, **İslâm Şeriatinde Kaza**, s. 78-79; AÇIK, s. 34-39.

¹²¹ Doktrindeki İbn Cerîr et-Taberî, İbn Hazm ez-Zâhirî gibilerine göreysen kadınlar her konuda hakem olabilirler. Konuyla ilgili olarak bkz. BİLEVLİ, s. 140; Aynı yönde bkz. BERKÎ, **İslâm Şeriatinde Kaza**, s. 20.

lirler.¹²² Bunlara ek olarak hakemin, taraflar haricinde üçüncü bir kişi olması gerekir.¹²³

İslâm hukukunda hakemlerin sayısına ilişkin bir sınırlandırmaya rastlanmaz.¹²⁴ Bir başka deyişle heyet olarak hakem belirlemesi yapılabilir.¹²⁵ Nitekim Mecelle'nin 1843'üncü maddesine göre “*Muhakkemin te'addüdü câizdir.*” Maddenin devamında, “*Müdde`i ve müdde`â-aleyh taraflarından birer hakem nasbetseler câiz olur.*”¹²⁶ denilmektedir. Buna göre davacı ve davalı tarafların birer adet hakem seçmeleri de mümkündür. Örneğin aile uyuşmazlıklarında Nisa suresinin 35'inci ayetinde,¹²⁷ bir tanesi koca tarafından diğeri kadın tarafından olmak üzere,¹²⁸ iki hakemin belirleneceği belirtilmektedir. Kur'an'ın bu hükmü iki hakem belirlenmesi yönündeyken, bir hakemin belirlenip belirlenemeyeceği doktrinde tartışılmıştır. Hâkim görüş, Kur'an'daki hükmün açık olduğu ve bir hakem belirlenmesi hâlinde diğer tarafça haksızlık ile itham edilebileceği, bu da bir iş birliğine engel olacağı gerekçeleriyle iki hakem belirlenmesinin zorunlu olduğunu ifade etmektedir.¹²⁹ Malikîler ise hakemin tek görüşündedirler.¹³⁰ Kanaatimizce buradaki hüküm, iki taraftan birinin diğerinin ailesinden hakem tayin edilmesi hâlinde çıkarabileceği muhtemel uyuşmazlığın önüne geçmek ve daha sağlıklı bir zeminde ve eşit düzlemde problemin çözülmesini sağlamaya matuftur. Hal böyle olunca iki tarafın anlaşması hâlinde bir hakemin de belirlenebileceği söylenebilir.

3. Hakemlerin Kararları

İslâm hukukunda hakemin usûlüne uygun olarak verdiği kararlar tarafları bağlar.¹³¹ Bu durum, Mecelle'nin 1848'inci maddesinde şöyle düzenlenmiştir:

¹²² Ebû Hanîfe'ye göre kaza ehliyeti şahitlik ehliyetine benzer. Bu nedenle kadınlar da şahitlik yapabildiği konularda hakem olabilirler. (TAHÂVÎ, Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed el-Mısrî, **Muhtaşaru İhtilâfî'l-Ulemâ'**, C. IV, Beyrut, t.y., s. 204).

¹²³ ATAR, s. 285.

¹²⁴ KELEŞ, s. 13; ATAR, s. 283; KALKAN, s. 224; ÇEKER, s. 227; KAHTÂN ABDURRAHMAN, s. 171; ANSAY, **İslam Hukuku**, s. 306.

¹²⁵ CÜHENİ, s. 202.

¹²⁶ Ali Haydar Efendi, s. 3362.

¹²⁷ “*Eğer karı kocanın aralarının açılmasından korkarsanız, erkeğin ailesinden bir hakem ve kadının ailesinden bir hakem gönderin. Düzeltmek isterlerse Allah aralarını bulur; şüphesiz Allah her şeyi bilen, her şeyden haberdar olandır.*” <https://kuran.diyaret.gov.tr>, E.T. 6.1.2023.

¹²⁸ Hakemlerin, aile içerisinden seçilmesinin avantajları hakkında ayrıca bkz. YILMAZ, s. 384; AÇIK s. 56.

¹²⁹ ZAHRAA ve HAK, s. 26-27.

¹³⁰ İBN RUŞD, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Ahmed b. Ruşd el-Kurtubî, **Bidâyetu'l-Muctehid ve Nihâyetu'l-Muktesid**, C. III, Dâru'l-İlmiyye, Kahire, 2004, s. 117; AÇIK, s. 59.

¹³¹ YILDIRIM, s. 190; EZ-ZEYLA'Î, s. 193; ATAR, s. 286; EKİNCİ, **İslâm Hukuku**, s. 352; ERDOĞAN, s. 536; YÜCEL, s. 139; ÖZDİREK, s. 252; BÂBERTİ, C. VII, s. 316; KAHTÂN ABDURRAHMAN, s. 630; BERKİ, **İslâm Şeriatinde Kaza**, s. 80; ÖZBAY, İbrahim, **Hakem Kararlarının Temyizi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 77.

“*Hâkimlerin kazâları dâhilindeki ahâlînin cümlesi hakkında hükümleri nasıl ki, lâzımı’l-icrâ ise muhakkemlerin dahi onları tahkîm edenler hakkında ve muhakkem oldukları husûsta hükümleri ol vechile lâzım olur.*”¹³² Bununla birlikte tarafların önceden akdettikleri tahkim sözleşmesinin İslâm hukuk düzeninde herhangi bir bağlayıcılığı yoktur (=gayri lâzım).¹³³

İslâm hukukunda tahkimin münhasıran tahkim sözleşmesine dayanması ve bu sözleşmenin de bir vekâleti içermesi nedeniyle hakem kararlarında ittifak aranmaktadır.¹³⁴ Mecelle’nin 1844’üncü maddesi “*Ber-vech-i bâlâ muhakkemler müte`addid oldukları sûrette, hepsinin re’yi müttefik olmak lâzımdır. Yalnız birisi hükmedemez.*”¹³⁵ Şeklindedir. Mecelle şârihi Ali Haydar Efendi, bu maddenin şerhinde, tarafların, hakemlerin çoğunluğu tarafından karar vermesini kabul edeceklerini belirtmeleri ihtimali üzerinde durur. Ona göre hakemlerin belirli olması gerekliliği, çoğunluğu kimlerin teşkil edeceğinin belirli olmadığı böyle bir hâlde mevcut değildir. Bu nedenle de böyle bir sözleşme sahih olmaz.¹³⁶

İslâm hukukunda hakem, hâkim ile benzer özelliklere sahip olmalarına rağmen aralarındaki farklardan en önemlisi, hakemin yetki sınırlarını tarafların aralarındaki sözleşmede kararlaştırdıkları hususların oluşturmasıdır.¹³⁷ Bir diğer deyişle velâyet-i şer’iyye’nin sınırı tahkim sözleşmesidir.¹³⁸ Bu yüzden tahkim sözleşmesiyle verilen yetkiler dışında hakemin verdiği hüküm nâfiz (yürürlükte) değildir. Hâkim ise velâyet-i âmmeyi haizdir.¹³⁹

Hakemler, yalnızca taraflarca kendilerine izin verilmesi hâlinde bir başkasını tahkim edebilmektedirler.¹⁴⁰ Bu husus Mecelle’nin 1845’inci maddesinde şöyle düzenlenmiştir: “*Hakemler, tarafeynden tahkime mezûn iseler diğer bir kimseyi tahkîm edebilirler. Değil iseler edemezler.*”¹⁴¹ Ancak hakemler tarafların

¹³² Ali Haydar Efendi, s. 3364.

¹³³ KALKAN, s. 39.

¹³⁴ SADRÜ’Ş-ŞEHÎD, C. IV, s. 68; KORAL, *Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim*, s. 18; YEĞENGİL, s. 71; AKGÜNDÜZ, C. XV, s. 173; BALCI, s. 78; BERKİ, *İslâm Şeriatinde Kaza*, s. 79.

¹³⁵ Ali Haydar Efendi, s. 3362.

¹³⁶ Ali Haydar Efendi, s. 3362.

¹³⁷ KELEŞ, s. 12; Diğer farklar hakkında ayrıca bkz. YILDIRIM, Mustafa, “Tahkîm”, *TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, 2010, C. XXXIX, s. 412; AKGÜNDÜZ, C. XV, s. 172; ATAR, s. 286-287.

¹³⁸ ZEYLA’Î, s. 193.

¹³⁹ KORAL, *Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim*, s. 16, 29-30.

¹⁴⁰ KELEŞ, s. 14-15; CÜHENİ, s. 188; KAHTÂN ABDURRAHMAN, s. 239; KORAL, *Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim*, s. 11; AVVA, s. 264; BERKİ, *İslâm Şeriatinde Kaza*, s. 79-80.

¹⁴¹ Ali Haydar Efendi, s. 3362.

izni olmaksızın tevkil işlemini gerçekleştirdikten sonra taraflarca kendilerine icazet verilse, bu işlem de geçerlidir.¹⁴²

Hakem kararları coğrafi anlamda bir yerle sınırlandırılmaz; hakem, her mekânda hüküm verebilme imkanına sahiptir.¹⁴³ Ayrıca şer'î ahkâma uygun hakem kararları, kanun yollarında yaptığımız açıklamalardaki hakem kararının hâkim denetimine tâbi tutulmasının bir sonucu olarak, -usûle ve şer'î ahkâma uygun olması şartıyla- hâkim tarafından tenfiz edilir.¹⁴⁴

4. Hakemlerin Hukukî Sorumluluğu

İslâm hukukunda her ne kadar açıkça “hakemlerin sorumluluğu” şeklinde bir başlık yer almasa da, kaynaklarda hakemlerin faaliyetinin bir kazâ faaliyeti olarak hâkimlere benzetildiği (örneğin hakemlerin niteliklerine, verdiği kararların bağlayıcılığına dair hâkime ilişkin hükümlere müracaat edildiği) göz önüne alındığında, hakemlerin sorumluluğunun hâkimlerin sorumluluğuna tâbi olduğu söylenebilir. Bu gerekçelere dayalı olarak, burada İslâm hukukunda hakemlerin sorumluluğu, hâkimlerin sorumluluğuna ilişkin hükümler dikkate alınarak açıklanmaktadır.

Yargılama faaliyeti insanların mallarına, haklarına ve hatta canlara ilişkin olabildiği için sağlıklı bir şekilde yürütülmesi ve isabetli kararlar verilmesi oldukça önem arz etmektedir. İslâm hukukunda da bu husus gözetilerek hâkimlere yüklenen misyonun önemi farklı vesilelerle ifade edilmiştir. Bunların sonucunda hâkim, kendi kusuru sonucu eksik veya adaletli olmayan bir karar verirse bu karardan zarar görenlere karşı sorumludur.¹⁴⁵ Öte yandan hâkimliğin gerektirdiği ehliyet ve nitelikteki bir kimse kusurlu olmaksızın hatalı olarak verdiği karar sebebiyle sorumlu değildir.¹⁴⁶ Hâkimin hatalı karar vermesi nedeniyle zarara uğrayanların zararını tazmin yükümlülüğü, hâkimin kasten böyle bir hüküm vermesi hâlinde kendisinin malvarlığından karşılanırken, diğer hâllerde devlet hazinesinden karşılanmaktadır.¹⁴⁷

¹⁴² Ali Haydar Efendi, s. 3362.

¹⁴³ KAHTÂN ABDURRAHMAN, s. 237.

¹⁴⁴ BÂBERTÎ, C. VII, s. 318; ATAR, s. 286.

¹⁴⁵ AYDIN, Melikşah, “Hâkimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2017, C. 25, S. 2, 2017, s. 135.

¹⁴⁶ AYDIN, “Hâkimlerin Sorumluluğu”, s. 138.

¹⁴⁷ AYDIN, “Hâkimlerin Sorumluluğu”, s. 140.

III. GÜNÜMÜZ TÜRK HUKUKUNDA TAHKİM

A. Genel Olarak

Tahkim, bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşen tarafların aralarında anlaşarak bu uyuşmazlığın çözümünü özel kişilere bırakmalarıdır.¹⁴⁸ Uyuşmazlığın çözümü kendilerine bırakılan bu özel kişiler hakem olarak adlandırılır.¹⁴⁹ Tahkim, sözleşme özgürlüğünün bir görünümüdür; kanunun emredici hükümleri, kamu düzeni, genel ahlâk ve şahsî haklara aykırı olmadıkça taraflar kendi iradeleriyle aralarındaki uyuşmazlığı üçüncü bir kişinin halletmesi üzerine bir sözleşme yapabilirler.¹⁵⁰

Tahkim, farklı ölçütlere göre farklı ayrımlara tâbi tutulmaktadır. “Kurumsal tahkim-ad hoc tahkim”, “iç (millî) tahkim-milletlerarası tahkim”, “ihtiyarî tahkim-zorunlu tahkim”, “âdi tahkim-ticarî tahkim”, “iki taraflı tahkim-çok taraflı tahkim” bunlardandır.¹⁵¹

Bu çalışmada daha ziyade *ihitiyarî-iç tahkim* ele alınmaktadır. İç tahkim, “yabancı unsur içermeyen; bir devletin toprakları içerisinde o ülkenin yargı yetkisi ve kanunlarına göre uyuşmazlıkların çözümlendiği tahkimdir.”¹⁵² Konumuz özelinde tahkimin ihtiyarî ve mecburi tahkim şeklindeki ayrımı önem arz eder.¹⁵³ Mecburi tahkim, istisnai nitelikte olduğu için ancak özel kanunlarda düzenlenen hâllerde söz konusu olur.¹⁵⁴ Bu çalışmada ihtiyarî tahkime odaklanıldığı için mecburi tahkime ilişkin ayrıca bir bilgi verilmeyecektir.¹⁵⁵ İhtiyarî tahkim kural olup burada tarafları tahkime gitmeye zorlayan bir şey bulunmamakta, taraflar kendi iradeleri doğrultusunda bir anlaşma yaparak aralarındaki uyuşmazlığı devlet mahkemeleri yerine bir hakeme tevdi etmektedirler.¹⁵⁶

¹⁴⁸ ONAR, Sıddık Sami ve BELGESAY, Mustafa Reşit, **Adliye Hukukunun Umumî Esasları**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1944, s. 142; KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. VI, 6. Baskı, Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 5874.

¹⁴⁹ KURU, C. VI, s. 5875.

¹⁵⁰ ONAR ve BELGESAY, s. 142-143.

¹⁵¹ YILMAZ, Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi 4. Cilt**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 5387.

¹⁵² YILMAZ, s. 5388.

¹⁵³ YEĞENGİL, s. 115; EKŞİ, Nuray, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim (6100 Sayılı HMK md.407-444)**, 2. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2019, s. 96.

¹⁵⁴ KURU, C. VI, s. 5876.

¹⁵⁵ Detaylı bilgi için bkz. KURU, C. VI, s. 5876-5918.

¹⁵⁶ KURU, C. VI, s. 5918.

B. Tahkim Sözleşmesi

1. Tanımı, Unsurları ve Şekli

Tahkim, tarafların doğmuş veya doğacak hukukî uyuşmazlıklarının çözümü için hakem olarak adlandırılan özel kişileri yetkili kıldıkları sözleşmedir.¹⁵⁷ 6100 sayılı HMK'nın "tahkim sözleşmesinin tanımı ve şekli" başlığını taşıyan 412'nci maddesinin 1'inci fıkrasına göre "*Tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşmeye veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır.*"

Tahkim sözleşmesinde, uyuşmazlık unsuru, tahkim unsuru ve tali şartlar yer alır.¹⁵⁸ Tahkim sözleşmesinde en az iki veya daha fazla taraf ve taraflar arasında doğmuş ya da doğacak bir uyuşmazlık bulunmalıdır. Tahkimde tarafların uyuşmazlığı tahkime götürmeye dair iradeleri açık olmalıdır. Tahkim sözleşmesinin geçerliliği için tarafların iradeleriyle etki edebilecekleri bir konuda anlaşma yapmış olmaları, anlaşmanın yazılı şekilde yapılması; sözleşme konusu doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlığın belirli olması, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı hakeme taşıma iradelerinin kesin şekilde ortaya konulması ve tahkim sözleşmesinin ahlâka aykırı olmaması gerekir.¹⁵⁹ Uyuşmazlığın belirli olması gerektiğinden, iki tarafın aralarında çıkacak uyuşmazlıkları hakeme götürebileceklerine dair kapsamı genel bir sözleşme geçersizdir.¹⁶⁰ Tahkim, kanunun yasaklamadığı konularda yapılabilir. Bu unsur, ilerleyen kısımda "tahkime elverişlilik" başlığı altında incelenecektir. Bu açıklamalara dayalı olarak tahkimin unsurları (geçerlilik şartları); konu, taraflar, uyuşmazlık, tahkim iradesi ve hakem tayini olmak üzere beştir.¹⁶¹

¹⁵⁷ TEKİNALP, Ünal, "Hakem Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti Konusunda Düşünceler", **Tahkim Ticaret ve Banka Hukuku Haftası Bildiriler - Tartışmalar**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1965, s. 15; ÖZBEK, Mustafa Serdar, **Tahkim Hukuku Cilt I**, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 395; DAYINLARLI, Kemal, **HMK'da Düzenlenen İhtiyarî İç Tahkim (m.516-536)**, 2. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2004, s. 14; KURU, C. VI, s. 5937; ULUKAPI, Ömer, **Medenî Usûl Hukuku**, 3. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2015, s. 534; ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, M. Kâmil / DEREN YILDIRIM, Nevhis, **Medenî Usul Hukuku Esasları**, 7. Baskı, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2009, s. 595; BALCI, s. 103, 118.

¹⁵⁸ YEĞENGİL, s. 136-140.

¹⁵⁹ ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN YILDIRIM, s. 599-605; ÖZBEK, s. 395; KURU, C. VI, s. 5953-5954; ÜSTÜNDAĞ, Saim, **Medeni Yargılama Hukuku Cilt I-II**, 6. Bası, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1997, s. 942.

¹⁶⁰ ONAR ve BELGESAY, s. 143.

¹⁶¹ BALCI, s. 104.

Geçerli bir tahkim sözleşmesinin kurulması neticesinde biri olumlu diğeri olumsuz iki sonuç ortaya çıkmaktadır. Buna göre tarafların bu sözleşmeyi kurarak aralarındaki uyuşmazlığı tahkim yargısı içerisinde çözmek istemeleri olumlu, bu sözleşmeyle adliye mahkemelerine gitme imkânını engellemeleri olumsuz bir sonuçtur.¹⁶²

Türk hukukunda tahkim sözleşmesinin yazılı bir şekilde yapılması gerekmektedir.¹⁶³

2. Hukukî Niteliği

Tahkim sözleşmesiyle birlikte taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın çözümünü üçüncü bir kişiye (hakeme) devretmekte, hakem de bu uyuşmazlığı alternatif bir çözüm yolu olarak yargısal bir faaliyet yürüterek çözmeye çalışmaktadır. Dolayısıyla tahkim sözleşmesinin, *sözleşme* niteliği ve *yargı* niteliği olmak üzere iki farklı görünümü vardır.¹⁶⁴

Hakem kararlarının bir sözleşme mi yoksa kazâ mahiyette mi oldukları hususu tartışmalıdır. Başka bir deyişle tahkim sözleşmesinin maddi hukuk ile usûl hukuku sözleşmelerinden hangisi kapsamında yer aldığı hususunda görüş ayrılığı bulunmaktadır. Hakem kararlarının bu ikisinden birine dâhil edilmesi; yabancı hakem kararlarının icrası, hakem kararlarının iptali, hakemlerin salahiyetlerinin genişliği ve hakemlerin sorumlulukları bakımlarından farklı hükümlere tâbi olmayı gerektirmektedir.¹⁶⁵ Hakem kararları kazâ mahiyette kabul edilirse; yabancı ülkelerde uygulanması mümkün olmaz, hakem kararlarının iptali istenemez, usûl kanunları ile bağlı olur ve hâkimlerin sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Hakem kararları sözleşme olarak kabul edilirse; yabancı ülkelerde uygulanması mümkün olur, Borçlar Kanunu'nun sözleşmelere ilişkin hükümlerine göre fesat sebebi varsa iptali istenebilir ve hakemlerin sorumlulukları Borçlar Kanunu'na göre belirlenir.¹⁶⁶

¹⁶² AYDEMİR, s. 303; ÖZBEK, s. 399-402; ALANGOYA, s. 81; ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin, *Medenî Usûl Hukuku*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 733.

¹⁶³ İLHAN, Hüseyin Afşın, *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 39; AYDEMİR, Fatih, *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017, s. 174; EKŞİ, s. 75; ÖZBEK, s. 436, 455; GÜRİZ, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2019, s. 166; KURU, C. VI, s. 5944; ÜSTÜNDAĞ, s. 938; DAYINLARLI, s. 33; KORAL, Rabi, *İç Hukukumuzda Tahkim*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1947, s. 36; ULUKAPI, s. 534; BALCI, s. 120; ANSAY, Sabri Şakir, *Hukuk Yargılama Usulleri*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Güneş Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1950, s. 338.

¹⁶⁴ AYDEMİR, s. 64.

¹⁶⁵ BELGESAY, Mustafa Reşit, "Hakem Kararlarının Hukuki Mahiyeti", *Tahkim Ticaret ve Banka Hukuku Haftası Bildiriler - Tartışmalar*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1965, s. 43-44.

¹⁶⁶ BELGESAY, s. 44.

Belgesay, tarafların hür iradeleri ile seçtikleri hakemlerin birer sözleşmeye dayandığını belirtmektedir.¹⁶⁷ Tekinalp'e göre de hakem sözleşmesi bir borçlar hukuku sözleşmesidir. Bu sözleşmenin usûl kanununda yer alması, burada sonuçlar doğurması ve hükümlerinin usûl kanununda düzenlenmesi bunu değiştirmez.¹⁶⁸ Yargıtay'ın 13.04.2018 tarihli İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu (İBHKG) kararında tahkim sözleşmesi bir usûl hukuku sözleşmesi olarak değerlendirilmiştir.¹⁶⁹ Doktrindeki hâkim kanaat, tahkim sözleşmesinin bir usûl hukuku sözleşmesi, hakem sözleşmesinin ise bir vekâlet sözleşmesi olduğu şeklindedir.¹⁷⁰

Tahkim sözleşmesinin hukukî niteliği uzunca bir süre tartışılmış olup henüz net bir sonuca varılmış değildir. Buradaki görüşlerden biri tahkimi sulh olarak görmekte, hukukî ilişki üzerinde bir tesirin hakem kararıyla birlikte gerçekleştiğini ileri sürmektedir. Alangoaya'ya göre, "tahkim sözleşmesinin sözleşme karakteri onun bir maddî hukuk sözleşmesi olmasını icap ettirmeyeceği gibi tahkimin bir yargılama olmasına da engel değildir." Ayrıca, "tahkim bir yargıdır ve tahkim sözleşmesi bir usûl hukuku sözleşmesidir."¹⁷¹

Türk medeni usûl hukukunda tahkim bir ilk itirazdır.¹⁷² Tahkim sözleşmesi uyuşmazlık çıkmazdan evvel yapılabileceği gibi, uyuşmazlık çıktıktan sonra hatta dava derdestken hüküm verilinceye kadar yapılabilir.¹⁷³ Tahkim sözleşmesi, taraflar arasında ayrı bir sözleşme olarak ya da bir sözleşmenin şartı olarak da yapılabilir.¹⁷⁴ Tarafların aralarındaki bir sözleşmeye koydukları bu şarta "tahkim şartı, tahkim kaydı, tahkim klozu" denilmektedir.¹⁷⁵

¹⁶⁷ BELGESAY, s. 54.

¹⁶⁸ TEKİNALP, s. 29.

¹⁶⁹ ÖZBEK, s. 411.

¹⁷⁰ ÖZBEK, s. 410; KURU, C. VI, s. 5937; TAŞKIN, Âlim, **Hakem Sözleşmesi**, 2. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005; ÜSTÜNDAĞ, s. 946; YILMAZ, s. 5389; DAYINLARLI, s. 52-53; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN YILDIRIM, s. 599; İLHAN, **Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği**, s. 10; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 736.

¹⁷¹ ALANGOYA, s. 42, 52, 63.

¹⁷² AYDEMİR, s. 311; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 734; ÖZBEK, s. 597; YILMAZ, s. 5431; ANSAY, **Yargılama Usulleri**, s. 339; Kuru, tahkimin teknik anlamda bir ilk itiraz olmadığını belirtir. Bkz. KURU, C. VI, s. 5968; ULUKAPI, s. 536.

¹⁷³ EKŞİ, s. 72; ÖZBEK, s. 591.

¹⁷⁴ EKŞİ, s. 74; KURU, C. VI, s. 5940-5941; YILMAZ, s. 5413; DAYINLARLI, s. 15; ONAR ve BELGESAY, s. 143; ANSAY, **Yargılama Usulleri**, s. 337-338; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 732.

¹⁷⁵ YILMAZ, s. 5414.

3. Tahkime Elverişlilik

Tahkim sözleşmesinin kanun tarafından yasaklanmamış bir konuda yapılması gerekmektedir.¹⁷⁶ Tahkim yalnızca medenî yargıya ilişkin çekişmeli hususlarda yapılabilir. Literatürde bu konu “tahkime elverişlilik” kavramıyla ifade edilir.¹⁷⁷ Tahkime elverişlilik, tarafların tahkim sözleşmesindeki irade serbestisinin sınırını çizer.¹⁷⁸ Bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı hususunda tarafların anlaşmazlığa düşmesi hâlinde bunu, hakem değil, mahkeme yani hâkim belirleyecektir.¹⁷⁹

Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemedikleri konularda tahkim caiz değildir.¹⁸⁰ Ceza yargısı ile çekişmesiz yargı işlerinde tahkim yapılması mümkün değildir.¹⁸¹ Kamu düzenine ilişkin konularda tahkim olmaz.¹⁸² Taşınmazların aynından, iki tarafın iradelerine tâbi olmayan işlerden ve taksitle satım sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar ile TTK'nın 1271(2). maddesi uyarınca deniz yoluyla taşıma sözleşmelerinde tazminat istemi doğmadan önce tahkim anlaşmasının yapılamaması durumu tahkime elverişli değildir.¹⁸³

4. Şart ve Süre

Taraflar sözleşmenin sonuçlarını doğurmasını veya ortadan kalkmasını bir şarta bağlayabilirler.¹⁸⁴ Türk hukukunda kural, şart özgürlüğü olup buna göre taraflar, açıkça yasaklanmadıkça, sözleşmeyi bir şarta bağlayıp bağlamamakta serbesttirler.¹⁸⁵ Buradan hareketle tahkim sözleşmesinde de kural olarak tarafların bir şart belirleyebilecekleri ifade edilebilir. Ancak “tahkime elverişlilik” kısmındaki bilgiler ile paralel bir biçimde konu ele alındığında, tahkime elverişli olmayan konularda şartın da belirlenemeyeceği sonucuna ulaşılır. Ayrıca burada tahkimin unsurlarından biri olan uyuşmazlığın belirli olması da tabii olarak gözetilecektir.

¹⁷⁶ ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 729; YEĞENGİL, s. 151.

¹⁷⁷ AYDEMİR, s. 218-219.

¹⁷⁸ İLHAN, *Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği*, s. 221.

¹⁷⁹ ANSAY, *Yargılama Usulleri*, s. 340-341.

¹⁸⁰ KURU, C. VI, s. 5951; YILMAZ, s. 5402; ANSAY, *Yargılama Usulleri*, s. 339.

¹⁸¹ KURU, C. VI, s. 5918.

¹⁸² YILMAZ, s. 5402.

¹⁸³ Detaylı bilgi için bkz. EKŞİ, s. 52-58.

¹⁸⁴ EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s. 1313.

¹⁸⁵ EREN, s. 1319.

Türk hukukunda tahkim süreye bağlanmıştır. Öncelikle taraflar istedikleri bir süreyi öngörebilirler.¹⁸⁶ Aksi hâlde hakemler, ilk toplanmalarından itibaren bir yıllık süre içerisinde karar vermek zorundadırlar.¹⁸⁷ HMK'nın 427'nci maddesinin ilk fıkrası şöyledir: “*Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, bir hakemin görev yapacağı davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemin görev yapacağı davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde, hakem veya hakem kurulunca esas hakkında karar verilir.*”

5. Sona Erme Nedenleri

Tahkim sözleşmesi hukuka, ahlâka ve adaba aykırılık ile hata, hile ve ikrah hâllerinden birinin varlığı hâlinde iptal yoluyla sona erdirilebilir. Tahkim sözleşmesinden doğan edimin imkânsızlaşmasıyla da sözleşme sona erer. Hakemlerin taraflarca azledilmesi tahkim sözleşmesini sona erdirir.¹⁸⁸ Ancak tarafların azil üzerinde birlikte hareket etmeleri gerekmektedir; taraflardan biri bu azil işlemini gerçekleştiremez.¹⁸⁹ Tahkim sözleşmesi hakemin istifasıyla, hakemin ölümüyle ve hakemin reddiyle de sona erer.¹⁹⁰

6. Kanun Yolları

HMK çerçevesinde hakem kararlarına karşı kanun yolları; iptal davası, temyiz ve yargılamanın iadesidir.¹⁹¹ Hakem kararlarına karşı doğrudan temyize gidilemez ve istinaf mahkemesi hakem kararının iptali davasını ilk derece mahkemesi sıfatıyla görür.¹⁹² İptal davası açma süresi bir aydır.¹⁹³

Taraflar hakem kararı verildikten sonra temyizden feragat edebilirler; bundan önce feragat geçersizdir.¹⁹⁴ Temyiz yoluna başvurulmuş olması kural olarak hakem kararlarının icrasını durdurmaz.¹⁹⁵ Hakem kararları; temyizi için tahkim süresi bittikten sonra, talep edilmemiş bir şey hakkında, hakemlerin yetkileri

¹⁸⁶ TAŞKIN, 53.

¹⁸⁷ YILMAZ, s. 5469; YEĞENGİL, s. 307; ÜSTÜNDAĞ, s. 960.

¹⁸⁸ KURU, C. VI, s. 6022.

¹⁸⁹ DAYINLARLI, s. 56; KURU, C. VI, s. 6022; KORAL, *İç Hukukumuzda Tahkim*, s. 47; BALCI, s. 137; ONAR ve BELGESAY, s. 144.

¹⁹⁰ DAYINLARLI, s. 53-54; KURU, C. VI, s. 6022-6023. Detaylı bilgi için bkz. TAŞKIN, s. 227-257.

¹⁹¹ YILMAZ, s. 5497; YEĞENGİL, s. 322.

¹⁹² YILMAZ, s. 5497.

¹⁹³ ULUKAPI, S. 549; YILMAZ, s. 5498.

¹⁹⁴ ÖZBAY, s. 289; KURU, C. VI, s. 6093.

¹⁹⁵ ÖZBAY, s. 342.

dahilinde olmayan bir mesele hakkında ve hakemlerin iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar verilmiş olması hâllerinden biri varsa temyiz edilebilmektedir. Bu sebepler sınırlı sayıdadır. Bir diğer kanunî yol, kesinleşmiş hakem kararlarına karşı gidilebilen yargılamanın iadesidir.¹⁹⁶

C. Hakem Sözleşmesi

1. Tanımı, Hukukî Niteliği

Literatürde hakem ve tahkim sözleşmelerinin eş anlamlı kullanımına rastlansa da hakem sözleşmesi, tahkim sözleşmesinden farklıdır.¹⁹⁷ Tahkim sözleşmesi taraflar arasında yapılırken, hakem sözleşmesi taraflar ile hakem arasında yapılmaktadır.¹⁹⁸ Hakem sözleşmesi, taraflar ile hakem veya hakemler arasında yapılan, usûl hukuku ve özel hukuk dikkate alınarak taraflar arasındaki hak ve borçları düzenleyen iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.¹⁹⁹ Hakem sözleşmesine ilişkin HMK'da açıkça bir hüküm yer almamaktadır. Hakem sözleşmesi açık veya zımnî bir şekilde yapılabilir.²⁰⁰

Doktrindeki hâkim görüşüne göre hakem sözleşmesinin hukukî niteliği vekâlet sözleşmesidir.²⁰¹ Baki Kuru, sözleşme bir ücret karşılığında yapıldıysa hizmet sözleşmesi, böyle değilse vekâlet sözleşmesinin bulunduğunu belirtmektedir.²⁰²

Hakem, kendisine yöneltilen hakemlik görevini kabul etmek zorunda değildir. Ancak kabul ettikten sonra bu görevi yerine getirmekle yükümlüdür.²⁰³

2. Hakemlerin Nitelikleri ve Sayısı

Kanunda kimlerin hakem olabileceğine dair herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Buna dayalı olarak medeni hakları kullanma ehliyetine (hak ehliyeti)

¹⁹⁶ KURU, C. VI, s. 6094-6102, 6102, 6122.

¹⁹⁷ EKŞİ, s. 139; KORAL, **İç Hukukumuzda Tahkim**, s. 31; Uygulamada tahkim ve hakem sözleşmeleri birbirinden ayrılmadan her ikisi için de hakem sözleşmesi tabiri kullanılmaktadır. Ancak bunları ayırmakta fayda vardır. Bkz. KURU, C. VI, s. 5919; KORAL, **İç Hukukumuzda Tahkim**, s. 28.

¹⁹⁸ EKŞİ, s. 139; KURU, C. VI, s. 5997.

¹⁹⁹ TAŞKIN, s. 8-9; ÖZBEK, s. 1071; ULUKAPI, s. 535.

²⁰⁰ ÜSTÜNDAĞ, s. 958.

²⁰¹ TAŞKIN, s. 40-42; ÖZBEK, s. 1072; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN YILDIRIM, s. 613; Doktrindeki diğer görüşler; hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi, iş görme sözleşmesi, kendine özgü sözleşme şeklindedir. Bunlar hakkında detaylı bilgi için bkz. TAŞKIN, s. 26-39; Korall, hakem sözleşmesini özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmektedir. KORAL, **İç Hukukumuzda Tahkim**, s. 49.

²⁰² KURU, C. VI, s. 5997.

²⁰³ DAYINLARLI, s. 43; KURU, C. VI, s. 5998.

sahip olan herkes hakem olabilir.²⁰⁴ Yabancılar da buraya dahildir.²⁰⁵ Kadınlar da hakem olabilirler.²⁰⁶ Hakemin bir tüzel kişi olması da mümkündür; bu hâlde kararı tüzel kişinin organı verir.²⁰⁷

Türk hukukunda taraflar, hakem sayısını belirlemekte serbesttir.²⁰⁸ Ancak bunun tek sınırlaması bu sayının eşitliğe engel olabilmek adına tek olmasıdır.²⁰⁹ Bu durum HMK'nın 415. maddesinin ilk fıkrasında şöyle düzenlenmiştir: “*Taraflar, hakemin sayısını belirlemekte serbesttir. Ancak bu sayı tek olmalıdır.*” Hakem sayısı taraflarca belirlenmediği takdirde HMK'nın 415. maddesinin 2. fıkrası hükmü uyarınca bu sayı üçtür. Ayrıca taraflarca hakem sayısının iki olarak belirlenmesi de mümkün olmakla birlikte, karar alınamaması hâlinde üçüncü bir hakemin seçileceğine ilişkin bir hükme yer verilmezse tahkim sözleşmesi geçersiz olacaktır.²¹⁰

3. Hakemlerin Kararları

Baskın görüşe göre hakem sözleşmesi bir vekâlet sözleşmesi olarak görüldüğü için, vekil konumundaki hakemler, müvekkillerinin iradesine uymakla yükümlüdürler. Bu nedenle verecekleri karar, tahkim sözleşmesinde kendilerine çizilen sınırla kayıtlanmıştır.²¹¹ Hakemler, oybirliğiyle veya oyçokluğuyla bir karar verebilirler.²¹²

4. Hakemlerin Hukukî Sorumluluğu

Hakemlerin hukukî sorumluluğu HMK'nın 419'uncu maddesinde düzenlenmiştir: “*Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, tahkim yargılamasında görevi kabul eden hakem, haklı bir neden olmaksızın görevini yerine getirmekten kaçındığı takdirde, tarafların bu nedenle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.*”

²⁰⁴ ONAR ve BELGESAY, s. 142; ANSAY, **Yargılama Usulleri**, s. 341.

²⁰⁵ ONAR ve BELGESAY, s. 142.

²⁰⁶ Burada özellikle belirtmemizin ilk sebebi İslâm hukukundaki genel görüşten farklı olduğuna işaret etmektir. Ancak bu husus, İslâm hukukunda Hanefîler ile uyumludur. Diğer sebep ise Alman usul hukukunda da kadınların hakemliğinin reddedileceğine ilişkin bir hükmün var olduğuna dair bilgidir. Bunun için bkz. ANSAY, **Yargılama Usulleri**, s. 341.

²⁰⁷ ANSAY, **Yargılama Usulleri**, s. 341.

²⁰⁸ ÖZBEK, s. 945; KURU, C. VI, s. 6019.

²⁰⁹ EKŞİ, s. 140.

²¹⁰ KURU, C. VI, s. 6019.

²¹¹ TAŞKIN, s. 175-177; DAYINLARLI, s. 49; ONAR ve BELGESAY, s. 145; ANSAY, **Yargılama Usulleri**, s. 340.

²¹² YEĞENGİL, s. 314, 316.

Doktrinde, hakemlerin sorumluluğunun hukukî niteliğinin netleştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre hakemlerin sorumluluğu kusurlu sorumluluk esasına göre kasıt veya ağır ihmal ile sınırlı bir sorumluluk olmalıdır.²¹³ Hakem kararları da mahkeme kararları gibi kesin hüküm teşkil eder.²¹⁴

IV. ROMA, İSLÂM VE GÜNÜMÜZ TÜRK HUKUKLARINDA TAHKİMİN MUKAYESESİ

A. Genel Olarak

Önceki bölümlerde tahkim müessesesini, Roma, İslâm ve günümüz Türk hukuklarında paralel başlıklar altında inceledik. Burada ise her üç hukuk arasında mukayese yapacağız. Bunu yaparken öncelikle meselelerin üst başlık itibarıyla toplandığı “tahkim sözleşmesi” ve “hakem sözleşmesi”ni alt başlık olarak belirledik.²¹⁵ Bu başlıklar altında yer almayan genel mukayeseleri burada yer vereceğiz.

Öncelikle her üç hukukta da tahkim, detaydaki farklılıklardan soyutlandığında bir sözleşme olarak kabul görmektedir. Ayrıca İslâm hukukunda tahkim, sözleşme suretinde karşımıza çıkarken, Türk hukukunda tahkimin hem bir sözleşme hem de herhangi bir sözleşmeye konulmuş bir şart olarak karşımıza çıkması mümkündür. Tahkim klozu şeklindeki bir nitelendirme günümüz tahkim uygulamalarında gelişmiş bir kurumdur. Bunun İslâm hukukundaki şart teorisi bağlamında ayrıca değerlendirilmesi gerektiği belirtilmelidir. Ancak bunun mümkün olduğu ifade edilebilir. İslâm hukukuna benzer biçimde Roma hukukunda da tahkimin bir sözleşme formunda uygulandığı görülmektedir. Bunlara ek olarak her üç hukukta da tarafların uyuşmazlığı tahkim yoluyla çözmek istemeleri daha sonra mahkemeye başvurmalarına bir engel teşkil etmemektedir.

Tahkim sözleşmesi-hakem sözleşmesi ayrımı ile ilgili mukayesenin de burada yapılması uygun düşer. Roma hukukunda tahkim sözleşmesi (*compromissum*) ile hakeme tevdi sözleşmesinin (*receptum arbitri*) ayrı iki sözleşme olarak ele alındığı görülmektedir. Türk hukukunda da tahkim sözleşmesi ile hakem sözleşmesi birbirinden ayrılmıştır. Bu iki sözleşmenin ayrı ele alınması bakımından Türk hukukundaki güncel durumun Roma hukukuna dayandığı ifade

²¹³ ÖZBEK, s. 1064.

²¹⁴ ÜSTÜNDAĞ, s. 935; YILMAZ, s. 5411; KORAL, **İç Hukukumuzda Tahkim**, s. 60.

²¹⁵ Buna dayalı olarak ikinci başlıkta “hakem sözleşmesi” başlığının açılmasına İslâm hukuku açısından bir kayıt düşmek gerekir. O başlık altında meselenin İslâm hukuku bakımından ele alınması, bir sözleşme olarak değil, hakemler özelinde düşünülmesi gerekir.

edilebilir. İslâm hukukunda ise hakem sözleşmesi müstakil bir sözleşme olarak değerlendirilmemiş, hakem sözleşmesinde öngörülecek hususların tahkim sözleşmesine yazılmasıyla bu durum çözüme kavuşturulmuştur. Hakeme ilişkin ehliyet, sayı gibi hususlar kendi içerisinde ayrıca incelenmiştir.

B. Tahkim Sözleşmesi

1. Tahkim Sözleşmesinin Hukukî Niteliği Açısından

Tahkim sözleşmesinin hukukî niteliğiyle ilgili olarak İslâm hukuk doktrininde kısmi bir tartışmanın mevcut olduğu ancak özellikle Türk hukukunda bu konunun uzun tartışmalara yol açtığı görülmektedir. Roma hukukunda açık bir şekilde hukukî niteliğinden bahsedilmemektedir. İslâm hukukunda ve Türk hukukunda tahkim sözleşmesinin kazâî (yargısal) yönü de olan bir sözleşme olması bakımından aralarında bir paralellik bulunmaktadır. Öte yandan Türk hukuku içerisinde mesele daha da derinleştirilmekte, bu sözleşmenin maddi hukuka mı yoksa usûl hukukuna mı ilişkin olduğu üzerinde durulmaktadır. Sonuç itibariyle Türk hukukundaki baskın görüş gereği bu bir usûl hukuku sözleşmesi niteliğindedir. Buna ek olarak İslâm hukuk doktrinindeki tahkimin, “kazânın bir şubesi” olduğu şeklindeki ifadelerden, onlara göre de bunun bir usûl hukuku sözleşmesi olduğu ifade edilebilir. Ancak Türk hukukundakine benzer biçimde her ne kadar bu bir usûl hukuku sözleşmesi olsa bile, sözleşme olması itibariyle borçlar hukuku esaslarının tatbik edileceğinin belirtilmesi gerekir.

2. Tahkim Sözleşmesinin Şekli Açısından

Tahkim sözleşmesinin şeklinde Roma hukukunda sözlü sözleşme (*stipulatio*), İslâm hukukunda sözlü veya yazılı sözleşme, Türk hukukunda yazılılığın bir şart olduğu görülmüştür. Tahkim sözleşmesinin şekli bakımından en fazla kolaylığın ve genişliğin İslâm hukukunda olduğu söylenebilir. Bu kolaylık, dolaylı yoldan, uyuşmazlıkların çözümünün teşviki olarak da görülebilir.

3. Tahkime Elverişlilik Açısından

Tahkime elverişlilik açısından bakıldığında her üç hukukta da genel olarak kamu düzenini ilgilendiren uyuşmazlıklar bakımından tahkime gidilemeyeceği yönünde bir sonuca varılabilmektedir. Ancak detaylarda bazı farklılıklar mevcuttur. Örneğin İslâm hukukunda nikah ve talak konularında da tahkim caizken, Türk hukukunda bu konular kamu düzenini ilgilendiren bir mesele olarak görüldüğünden bunlarda tahkime gidilememektedir.

4. Tahkim Sözleşmesinin Bir Şarta Bağlanıp Bağlanamayacağı Açısından

Tahkim sözleşmesinin bir şarta bağlanıp bağlanamayacağı bağlamında Roma hukukunda hakemin, İslâm hukukunda muhakkemin belirli olması hâllerinde bunun yapılabileceği öngörülmüştür. Bu yönüyle Roma ve İslâm hukukları tahkim sözleşmesinde şartın belirlenmesinde benzerlik göstermektedir. Türk hukukunda uyuşmazlığın belirli olması hâlinde şart serbestisi çerçevesinde tahkim sözleşmesi bir şarta bağlanabilir. Türk hukukunda, Roma ve İslâm hukuklarından ayrı olarak, hakemin değil, uyuşmazlık konusunun belirli olmasına öncelik tanınmıştır.

5. Tahkim Sözleşmesinin Süresi Açısından

Tahkim sözleşmesinin süreye bağlanmasında Roma ve İslâm hukuklarında bunun taraflarca kararlaştırılabileceği öngörülmektedir. Türk hukukunda da taraflarca kararlaştırılabilmekle birlikte, kararlaştırılmaması hâlinde bir yıllık kanunî süre devreye girmektedir ve bu yönüyle Roma ve İslâm hukuklarından ayrılmaktadır.

6. Tahkim Sözleşmesinin Sona Erme Nedenleri Açısından

Tahkim sözleşmesinin sona erme nedenlerinde her üç hukukta da hemen hemen benzer hükümler bulunmaktadır. Ancak İslâm hukukunda hakemlerin oybirliğinin aranmasının bir sonucu olarak eğer hakemler hükümde ittifak sağlayamazlarsa tahkim sözleşmesi sona ermektedir. Roma ve Türk hukuklarında ise çoğunluk tarafından da karar verilebilmesi mümkün olduğundan böyle bir sona erme nedeni bulunmamaktadır.

C. Hakem Sözleşmesi

1. Hakemlerin Nitelikleri Açısından

Hakemlerin niteliklerinde her üç hukukun kendine özgü bazı kriterleri gözetildiği görülmektedir. Örneğin Roma hukukunda hakemin Roma vatandaşı olması gerekmektedir. İslâm hukukunda hakem Müslüman olmalıdır. Türk hukukunda, Roma ve İslâm hukukuna nazaran daha objektif kriterlerin gözetildiği görülmektedir. Hakemlerin nitelikleriyle ilgili olarak her üç hukukta ortak nokta hak ehliyetidir. Ancak Türk hukukunda yabancıların da hakem olabileceğinin kabul edilmesinin karşısında Roma hukukunda yalnızca Roma vatandaşı hakem olabilmekteydi. İslâm hukukunda ise bu noktada din merkezli bir kıstas getirilmiştir. Türk hukukunda ve İslâm hukukunda Hanefîlerin görüşüne göre kadınlar hakem olabilirken, İslâm hukuk doktrinindeki diğer görüşe göre erkekler hakem

olabilir. Roma hukuku ile İslâm hukuk doktrinindeki diğer görüş kadınların hakem olamayacağı noktasında birleşmektedir.

2. Hakemlerin Sayıları ve Karar Nisabı Açısından

Hakemlerin sayılarına ilişkin olarak Roma, İslâm ve Türk hukuklarında genel olarak bir sınırlama bulunmamaktadır. Yalnızca Türk hukukunda çoğunluk olarak karar verilebilmesi adına hakem sayısının tek sayıda olması aranmıştır. Yine de tarafların iki hakem seçmeleri mümkündür. Ancak hakemlerin bir karara varamamaları hâlinde üçüncü bir hakemin devreye gireceğine dair bir hüküm sözleşmede yer alması gerekmektedir.

Hakemlerin kararları verirken aranan nisap bakımından İslâm hukukunda oybirliği gerekirken, Türk hukukunda oyçokluğuyla karar alınması da mümkündür. İslâm hukukunda oybirliği şart olduğu için oybirliğinin bulunmaması aynı zamanda tahkim sözleşmesinin sona erme nedenlerinden birini oluşturmaktadır.

3. Hakemlerin Yetkileri Açısından

Her üç hukukta da hakemlerin hüküm verirken tahkim sözleşmesiyle bağlı oldukları ve hüküm verme yetkilerinin sınırlarını tahkim sözleşmesinin çizdiği öngörülmektedir.

4. Hakem Sözleşmesinin Sona Ermesi Açısından

İslâm hukukunda hâkim görüşe göre hakemin azlini taraflardan biri dahi yapabilirken, Türk hukukunda her iki tarafın da bu konuda muvafakati gerekmektedir. Roma hukukunda tahkim sözleşmesinin sona erme nedenlerinde yalnızca tarafların anlaşması (*pactum*)'nın zikredilmesi karşısında burada da Türk hukukundaki gibi ancak tarafların anlaşmasıyla hakemin azledilebileceğini belirtmek mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla hakemin azlinde Roma ve Türk hukukları benzer anlayışlara sahiptir.

5. Hakemlerin Hukukî Sorumluluğu Açısından

Hakemlerin hukukî sorumluluğu Roma hukukunda açıkça düzenlenmemiştir. Türk hukukunda ise bu konu kanunî düzenlemeye kavuşmuştur. İslâm hukukunda da Roma hukukundaki gibi açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, kaynaklarda hakem faaliyeti ile hâkim faaliyeti arasında sıklıkla kurulan benzerlikten hareketle hâkimin sorumluluğuna ilişkin hükümlere müracaat edilmesinin mümkün olduğu sonucuna varılmıştır.

6. Hakem Kararlarına Karşı Kanun Yolları Açısından

Roma hukukunda, -mevcut kaynaklar dikkate alındığında- hakem kararlarına karşı kanun yolları anlayışının ve teorik çerçevesinin oluşup gelişmediği görülmüştür. İslâm hukukunda hakem kararları usûl ve şer'î ahkâma uygunluk yönlerinden hâkim tarafından denetlenmektedir. Yargılamanın iadesi yolunda başvurulacak merciler hâkimin yanı sıra, devlet başkanı ve bazı durumlarda da Divân-ı Mezâlîm olabilmektedir. Türk hukukunda HMK çerçevesinde hakem kararlarına karşı kanun yolları; iptal davası, temyiz ve yargılamanın iadesidir. Yargılamanın iadesi yolu İslâm hukuku ile günümüz Türk hukukunda ortak kanunî yoldur.

SONUÇ

Uyuşmazlıkların sonunun olmaması, bunları çözmeye ilişkin çabaların ve yöntemlerin de gelişerek çeşitlenmesine yol açmıştır. Tahkim bu bağlamda devlet yargısı haricinde tarafların iradelerine dayalı bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Tahkim, en basit ve gayri resmî şekillerinden günümüz kurumsal ve resmî yapısına kavuşuncaya kadar birçok aşamadan geçmiştir. Günümüzde de çeşitli alanlarda uygulanarak gelişmeye devam etmektedir. Bu çalışmada bir uyuşmazlık çözüm yolu olarak tahkim, Roma, İslâm ve günümüz Türk hukukları üzerinden mukayeseli olarak ele alınmıştır.

Bu mukayese sonucunda, tahkim müessesesi özelinde Roma hukukunun günümüz Türk hukukunu bazı yönlerden etkilediği görülmüştür. Öyle ki Roma hukukunda taraflar arasındaki sözleşme (*compromissum*) ile taraflar ile hakem arasındaki sözleşmenin (*receptum arbitri*) ayrı olarak ele alınması, Türk hukukundaki tahkim sözleşmesi-hakem sözleşmesi ayrımında yansımaları göstermektedir. Nitekim hakem tevdiini üstlenen *pactum*'lar günümüz hakem sözleşmesinin temelini oluşturmaktadır.

Başka bir yönden, İslâm hukuk sistemi ile Kıta Avrupası hukuk sistemini mukayese eden bu çalışmada, İslâm hukukunun bazı noktalarda kendine özgü bir anlayış barındırdığı görülmüştür. Hakem sözleşmesinin ayrı bir sözleşme olarak ele alınmaması, tahkim sözleşmesinde şekil şartının aranmaması ve tahkim sözleşmesinin gayri lâzım (bağlayıcı olmayan) nitelikte görülmesi nedeniyle tek tarafın veya her iki tarafın hakemi azledebilmesi hususları bu yargıyı somutlaştırmaktadır. İslâm hukukunda şekil şartının genel olarak aranmaması tahkim müessesesi özelinde uyuşmazlıkların daha kolay şekilde bir hakeme götürülmesini sağlayarak tarafları bu yola teşvik edebilir.

Bu mukayese sonucunda İslâm hukukunda tahkimin ele alınması ve geliştirilmesine ilişkin hakem kararlarına karşı kanun yolu ve hakemlerin hukukî sorumluluğu olmak üzere iki farklı hukukî müessese üzerinde durulması gerektiği kanaatine varılmıştır. İslâm hukukundaki kanun yollarına ilişkin genel çerçevenin, hakem kararları ile hâkim kararları ve hakem yargılaması ile kazâ yargılaması arasındaki bağlantılar göz önünde bulundurularak yorumlanmasının mümkün olduğu düşünülmüştür. Sonuç olarak İslâm hukukunda hakem kararlarının denetimi iâde-i nazar yöntemi ile hâkimin, hakem kararlarını usûl ve şer'î ahkâma uygunluk yönlerinden denetlemesi yolu ile gerçekleştirilebilir. Bu denetimi, hâkim ve bazı durumlarda devlet başkanı ile Divân-ı Mezâlim de yapabilir.

Yine kazâ faaliyeti ile hakem faaliyeti ve hâkim ile hakem arasında kurulan benzerlikler dikkate alınarak kazâ faaliyetinde hâkimin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyasen hakemin sorumluluğunda da uygulanabileceği sonucuna varılmıştır. Buna göre hakem, kendi kusuru ile eksik ve adaletli olmayan bir karar vermesi nedeniyle zarar görenlere karşı şahsen sorumludur. Hâkimliğin gerektirdiği ehliyet ve niteliğe sahip olmasına rağmen hatalı karar veren hakem ise sorumlu olmaz. Meydana gelen zarar, hakemin hatalı hüküm vermesi halinde devlet hazinesinden, kasıtlı olarak eksik veya adaletli olmayan bir hüküm vermesi halinde ise kendinin malvarlığından tazmin edilebilir.

Sonuç olarak İslâm hukuku ile diğer hukukların mukayesesinin İslâm hukukunda bu konuların ele alınışına çeşitli açılardan katkı sağlayabileceği görülmüştür. Buna dayalı olarak farklı konularda mukayeseli hukuk çalışmalarının yapılmasına ihtiyaç olduğunu belirtmemiz gerekir. Bu bağlamda yargılama hukukuna ilişkin olarak, kanun yolları, deliller, uyuşmazlıkların çözümünde başvurulan yollar gibi konuların müstakil mukayeseli çalışmalarına konu edilmesi faydalı olabilecektir.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA / REFERENCES

- AÇIK, Fatma, “İslam Aile Hukukunda Tahkim Müessesesi ve Hakemin Boşama Yetkisi”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2006.
- AKGÜNDÜZ, Ahmet, “Hakem”, C. XV, **TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi**, İstanbul, 1997.
- AKINCI, Şahin, **Roma Borçlar Hukuku**, 10. Baskı., Sayram Yayınları, Konya, 2019.
- AKINCI, Şahin, **Roma Hukuku Dersleri**, 12. Baskı., Sayram Yayınları, Konya, 2020.
- ALANGOYA, H. Yavuz / YILDIRIM, M. Kâmil / DEREN YILDIRIM, Nevhis, **Medenî Usul Hukuku Esasları**, 7. Baskı., Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2009.
- ALANGOYA, Yavuz, **Medenî Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1973.
- Ali Haydar Efendi, **Dürerü’l-Hükkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm**, Çev. Raşit Gündoğdu / Osman Erdem, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, İstanbul, 2020.
- ANSAY, Sabri Şakir, **Hukuk Tarihinde İslam Hukuku**, 3. Bası., Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara, 1958.
- ANSAY, Sabri Şakir, **Hukuk Yargılama Usulleri**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Bası., Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1950.
- ARAZ DİNÇER, Nilgün, **Roma Hukukunda Ceza Koşulu (Stipulatio Poenae)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin, **Medenî Usûl Hukuku**, 2. Baskı., Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ATAR, Fahrettin, **İslâm Yargılama Hukukunun Esasları**, 3. Baskı., MÜ İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul, 2019.
- ATAR, Fahrettin, “Azil”, C. IV, **TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi**, İstanbul, 1991.
- AVVA, Fatıma Muhammed, **Akdü’t-tahkîm fi’ş-şerîa ve’l-kânûn**, el-Mektebü’l-İslâmî, Beyrut, 2002.

- AYDEMİR, Fatih, **Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi**, 1. Baskı., On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- AYDIN, Melikşah, “Hâkimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2017, C. 25, S. 2, s. 133-162 (“Hâkimlerin Sorumluluğu”).
- AYDIN, M. Âkif, **Türk Hukuk Tarihi**, 16. Baskı., Beta Basım Yayım Dağıtım, 2019 (Türk Hukuk Tarihi).
- BÂBERTÎ, Ebû ‘Abdullâh Muḥammed b. Muḥammed b. Maḥmûd, **el-‘Înâye fi şerḥi’l-Hidâye**, I-X cilt, C. VII, Dâru’l-Fikr, y.y., t.y.
- BALCI, Muharrem, **İhtilâfların Çözüm Yolları ve Tahkim**, 1. Baskı., Danışman Yayınları, İstanbul, 1999.
- BARDAKOĞLU, Ali, “Hak”, C. XV, **TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi**, İstanbul, 1997.
- BEDRUDDÎN EL-‘AYNÎ, Ebû Muḥammed Maḥmûd b. Aḥmed, **el-Binâye şerḥu’l-Hidâye**, I-XIII cilt, C. IX, Dâru’l-Kütübü’l-İlmiyye, Beyrut, 2000.
- BELGESAY, Mustafa Reşit, “Hakem Kararlarının Hukuki Mahiyeti”, **Tahkim Ticaret ve Banka Hukuku Haftası Bildiriler - Tartışmalar**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1965.
- BERKÎ, Ali Himmet, **İslâm Şeriatinde Kaza (Hüküm ve Hâkimlik) Tarihi ve İftâ Müessesesi**, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1962.
- BERKÎ, Şakir, **Roma Hukuku**, y.y., Ankara, 1949.
- BİLEVÎ, Nidâl Cebr, **et-Tahkîm fi’ş-şerîati’l-İslâmiyye**, Dâru’s-Sekâfe, Amman, 2012.
- CÜHENÎ, Mûs’ad Avvad Hamdân el-Berkani, **et-Tahkîm fi’ş-şerîati’l-İslâmiyye ve’n-nüzûmü’l-vaz’iyye**, Dâru’l-İman, Medine, 1994.
- ÇEKER, Orhan, **İslâm Hukukunda Akidler**, 1. Baskı., Tekin Kitabevi, Konya, 2014.
- DAYINLARLI, Kemal, **HMK’da Düzenlenen İhtiyarî İç Tahkim (m.516-536)**, 2. Baskı., Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2004.
- Dİ MARZO, Salvatore, **Roma Hukuku**, çev. Ziya Umur, 2. Baskı., Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959.
- EKİNCİ, Ekrem Buğra, **İslâm Hukuku Umûmî ve Husûsî Hükümler**, 3. Basım., Arı Sanat Yayınevi, İstanbul, 2018.
- EKİNCİ, Ekrem Buğra, “İslâm Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2001, C. 9, S. 1-2, s. 65-157.

- EKŞİ, Nuray, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim (6100 Sayılı HMK md.407-444)**, 2. Bası., Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2019.
- ERDOĞAN, Mehmet, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü**, 7. Baskı., Ensar Yayınları, İstanbul, 2019.
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 26. Baskı., Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- GÜNAL, A. Nadi, **Roma Medenî Usûl Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- GÜRİZ, Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2019.
- İBN FERHÛN, İbrâhîm b. 'Alî b. Muḥammed b. Ferhûn el-Ya'merî, **Tabşıratu'l-ḥukkâm fi usûli'l-aḥḍıye menâhici'l-aḥkâm**, I-II cilt, C. I, Mektebetu'l-Kullıyyât el-Ezheriyye, Mısır, 1986.
- İBN MÂZE, Ebu'l-Me'âlî Maḥmûd b. Aḥmed b. Abdulaziz b. 'Omar b. Mâze el-Hanefî, **el-Muḥîṭu'l-Burhânî fi'l-fıḫhi'n-Nu'mânî**, I-IX cilt, C. VIII, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrût, 2004.
- İBN RUŞD, Ebu'l-Velîd Muḥammed b. Aḥmed b. Muḥammed b. Aḥmed b. Ruşd el-Ḳurtubî, **Bidâyetu'l-muctehid ve nihâyetu'l-muḳteşid**, I-IV cilt, C. III, Dâru'l-Ḥadış, Ḳahire, 2004.
- İLHAN, Cengiz, **Günümüz Türkçe'siyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011 (Mecelle).
- İLHAN, Hüseyin Afşın, **Tahkim Sözleşmesinin Geçerliliği**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- KAHTÂN ABDURRAHMAN, Dürî, **Akdü't-tahkîm fi'l-fıḫhi'l-İslâmî ve'l-kânûni'l-vaz'î**, 1. Baskı., İhyâü't-Türâsi'l-İslâmî, Bağdat, 1985.
- KALKAN, Onur, **İslâmî Bankacılık ve Finans Uyuşmazlıklarında Hukuk Yargılaması ve Tahkim**, 1. Baskı., On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.
- ḲARÂFÎ, Ebu'l-'Abbâs Aḥmed b. İdrîs, **el-İḥkâm fi temyîzi'l-fetâvâ 'ani'l-aḥkâm ve taşarrufâti'l-ḳâḍî ve'l-imâm**, y.y., Beyrut, 1995.
- KARAMAN, Hayreddin, "Akid", C. II, **TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi**, İstanbul, 1989.
- KAYAK, Sevgi, "Roma Hukukunda Cezai Şart", **İÜHF**, Y. 2006, C. 64, S. 1, s. 237-258.
- KELEŞ, Ekrem, "İslam Hukuku'na Göre Anlaşmazlıkların Çözümünde Hakem Usulü - Tahkim-", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 1987.
- KORAL, Rabi, **İç Hukukumuzda Tahkim**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1947.

- KORAL, Rabi, **Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1947.
- KOSCHAKER, Paul / AYİTER, Kudret, **Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları**, 7. Bası., Olgaç Matbaası, Ankara, 1983.
- KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. VI, 6. Baskı., Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık, İstanbul, 2001.
- KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan, “Roma Hukukunda Tahkim (Compromissum)”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Y. 1998, C. 19, S. 3, s. 137-150.
- MÂVERDÎ, Ebû'l-Hasen 'Alî b. Muḥammed el-Baṣrî, **el-Ḥâvî'l-kebîr fî fıḫhi mezhebi'l-İmâmî's-Şâfi'î**, I-XIX cilt, C. XVI, Dâru'l-Kutubil-İlmiyye, Beyrut, 1999.
- MERĠNÂNÎ, Ebu'l-Hasen 'Alî b. Ebûbekr el-Fergânî, **el-Hidâye fî şerḫi Bidâyeti'l-Mubtedî**, I-IV cilt, C. III, Dâru İhyâ'î't-Turâsî'l-'Arabî, Beyrut, t.y.
- MEYDÂNÎ, Abdülganî b. Tâlib, **el-Lübâb fî şerḫi'l-Kitâb**, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrut, 2015.
- OĞUZOĞLU, H. Cahit, **Roma Hukuku**, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara, 1952.
- ONAR, Sıddık Sami / BELGESAY Mustafa Reşit, **Adliye Hukukunun Umumî Esasları**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1944.
- ÖZBAY, İbrahim, **Hakem Kararlarının Temyizi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar, **Tahkim Hukuku Cilt I**, 1. Baskı., Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- ÖZDİREK, Recep, **İslâm Hukukunda Akdin Sınırları**, Yedirenk, İstanbul, 2010.
- ÖZTEK, Selçuk, “Temyiz Kanun Yolunun Tarihçesine İlişkin Bazı Tespitler”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 21, S. 2, 2015, s. 135-144.
- RADO, Türkân, **Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku**, 16. Bası., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- SÂBİT EL-CEBELÎ, Necib Ahmed Abdullah, **en-Nazariyyetü'l-âmmè li't-tahkîm: dirâse mukârene bi'l-fıḫi'l-İslâmî ve'l-enzîmeti'l-vaz'îyye**, Mektebetü'l-Vefai'l-Kanuniyye, İskenderiye, 2016.
- SADRÜ'Ş-ŞEHÎD, **Şerḫu Edebi'l-Ḳaḏî li'l-Ḥaṣṣâf**, I-IV cilt, C. IV, y.y., Bağdat, 1977.
- SAYIN, Bengi Sermet, “Roma Hukuku'nda Pactum'lar (Anlaşmalar)”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2008.
- SÖĞÜT, İpek Sevda, **Roma Hukukunda Tahkim**, 1. Baskı., On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2011.

- ŞEHÂTE, Muhammed Ahmed, **et-Tahkîm fi'l-fıkh ve'l-kânûni'l-mukâren**, el-Mektebû'l-câmi'il-hadîs, İskenderiye, 2010.
- SERAHSÎ, Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl Şemsü'l-'Eimme, **el-Mebsût**, I-XXX cilt, C. XXI, y.y., Beyrût, 1993.
- ŞİRBÎNÎ, Şemsü'd-Dîn Muhammed b. Ahmed eş-Şâfi'î El-Haţib, **Muğnî'l-muhtâc ilâ ma'rifeti me'ânî elfâzi'l-Minhâc**, I-VI cilt, C. VI, Dâru'l-Kutubi'l-'İlmiyye, y.y., 1994.
- TAHÂVÎ, Ebû Ca'fer Ahmed b. Muhammed el-Mısrî, **Muhtaşaru İhtilâfi'l-'Ulemâ'**, I-V cilt, C. IV, Beyrut, t.y.
- TAHİROĞLU, Bülent, **Roma Borçlar Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2016.
- TAHİROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ Belgin, **Roma Hukuku Dersleri**, 15. Basım., Der Yayınları, İstanbul, 2021.
- TAHİROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ Belgin, **Roma Usul Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1985.
- TAŞKIN, Âlim, **Hakem Sözleşmesi**, 2. Bası., Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005.
- TEKİNALP, Ünal, "Hakem Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti Konusunda Düşünceler", **Tahkim Ticaret ve Banka Hukuku Haftası Bildiriler - Tartışmalar**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1965.
- ULUKAPI, Ömer, **Medenî Usûl Hukuku**, 3. Baskı., Mimoza Yayınları, Konya, 2015.
- UMUR, Ziya, **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. Basım., Beta Batım A.Ş., İstanbul, 2010 (Ders Notları).
- UMUR, Ziya, **Roma Hukuku Lügatı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983 (Lügat).
- ÜLKER, İbrahim, "Türkiye'de Tahkimde İslam Hukuku Kuralları Uygulanabilir mi?", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2020, C. 28, No: 3, s. 1083-1110.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, **Medeni Yargılama Hukuku Cilt I-II**, 6. Bası., Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1997.
- YEĞENGİL, Rasih, **Tahkim (L'arbitrage)**, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1974.
- YENİÇERİ, Celal, "Mezâlim", C. XXIX, **TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi**, Ankara, 2004.
- YILDIRIM, Mustafa, **İslâm ve Medenî Yargılama Hukukunda Tahkim**, Şafak Basım Yayın, İzmir, 2000.
- YILDIRIM, Mustafa, "Tahkîm", C. XXXIX, **TDV Diyanet İslam Ansiklopedisi**, İstanbul, 2010, s. 412.
- YILMAZ, Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi 4. Cilt**, 4. Baskı., Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

- YILMAZ, İbrahim, “Hasımlıktan Hısımlığa Tahkîm”, **Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 20, S. 2, 2021, s. 372-392.
- YÜCEL, Ensari, “İslam Hukukunda Tahkim ve Katılım Bankalarında Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü”, **İslam Ekonomisi ve Finansı Dergisi**, Y. 2017, C. 3, S. 2, s. 137-160.
- ZAHRAA, Mahdi / HAK, Nora A., “Tahkim (Arbitration) in Islamic Law within the Context of Family Disputes”, **Arab Law Quarterly** 2, Y. 2006, C. 20, S. 1, s. 2-42.
- ZEYLA'Î, 'Osmân b. 'Alî b. Mehcen el-Bâri'î Faḥruddîn el-Ḥanefî, **Tebyînu'l-ḥaḳâîḳ şerḥu Kenzi'd-Deḳâîḳ ve ḥâşiyeti'ş-Şelebî**, el-Maṭba'atu'l-Kubre'l-'Emîriyye, Kahire, 1895.

Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler ile Bunlar İçin Öngörülen Cezai Yaptırımların Hukuki Niteliği - II^(*)

The Legal Characteristics of the Crimes and Misdemeanours and Penal Sanctions Envisaged for them in the Turkish Commercial Code

Emrullah KERVANKIRAN^(**)

Öz:

Ekonomi ceza hukukunun kapsamı içinde değerlendirilen şirketler ceza hukuku, şirketler hukuku ile ceza hukukunun kesiştiği bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır. Türk hukukunda sermaye şirketlerinin amacının iktisadi olması ve bunların ekonomik hayat içinde vazgeçilmez bir yere sahip olmaları, şirketler hukuku bağlamında ceza yaptırımına tabi tutulan fiillerin ekonomik suçlar kategorisi içinde nitelendirilmelerine neden olmuştur. Türk ceza hukukunda tüzel kişilere cezai sorumluluk tanımadığı için, tüzel kişiliğe sahip olan sermaye şirketleri bünyesinde ya da bu şirketler vasıtasıyla ilenebilen ekonomik suçlar şirketler ceza hukuku kapsamında değerlendirilmiştir. TTK m.562'de düzenlenmiş olan şirket suçları suçların en önemli karakteristik özelliği, bu suçların, şirket bünyesinde, şirketlerin kurucuları, yönetim kurulu üyeleri ile diğer karar verme aşamalarında olanlar tarafından işlenmelerinde kendini göstermektedir. Bununla birlikte bu suçların, şirketle ilişkisi olan bağımsız denetim şirketleri çalışanları, yeminli mali müşavirler, serbest muhasebeci mali müşavirler, özel denetçiler, bilirkişiler ve noterler gibi şirket dışı kişilerde bu suçun faili olabilmektedir. Bu suçların ihdası ile kanun koyucunun, kamunun aydınlatılmasını, azami ölçüde şeffaflığın sağlanmasını ve sermayenin korunması ilkesini hayata geçirmeyi amaçladığı söylenebilir. TTK m.562 kapsamında düzenlenen şirket suçları soyut tehlike suçlarıdır; suçun oluşabilmesi için bir zarar neticesinin meydana gelmiş olması aranmamaktadır. Bu suçların başka bir özelliği de çoğunlukla ihmali hareketle işlenebilen suçlar olup, işlenebilmesi failin belli

^(*) **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 31.01.2023
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 02.03.2023

DOI: 10.58733/imhfd.1267396

Bu makaleye atıf için: KERVANKIRAN, Emrah, “Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler ile Bunlar İçin Öngörülen Cezai Yaptırımların Hukuki Niteliği - I”, **İMİHFD**, C. 8, S. 1, 2023, s. 331-390.

Bu makale, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin 2021 yılının C. 6, S. 10 numaralı sayısında yayınlanan “Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar ve Kabahatler ile Bunlar İçin Öngörülen Cezai Yaptırımların Hukuki Niteliği - I” başlıklı makalenin devamı niteliğindedir.

^(**) Doç. Dr., İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Fikri Mülkiyet Hukuku Anabilim Dalı / İstanbul - Türkiye

E-posta: emrullah.kervankiran@medeniyet.edu.tr

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3704-7887>

bir konumda olmasını gerektiren özgü failli suçlardır. Bu makalede, TTK m.562’de şirketler hukuku alanında suç olarak düzenlenmiş olan fiil ve işlemler incelenerek, bu suçların ihdas edilmesinin amaç, kapsam ve şartları ile bunlar için öngörülüş olan cezai yaptırımlar ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler:

Hapis Cezası, Adli Para Cezası, Şirket Suçları, Ticaret Şirketlerinin Cezai Sorumluluğu, Ticaret Kanunu’nda Cezai Sorumluluk.

Abstract:

Corporate criminal law, which is considered within the scope of economic criminal law, is an area where corporate law and criminal law intersect. The fact that the purpose of capital companies in Turkish law is economic and that they have an indispensable place in economic life has caused the crimes in the context of corporate law to be described within the category of economic crimes. Since Turkish criminal law does not recognise criminal liability for legal entities, economic crimes that can be committed within or through capital companies with legal personality are evaluated within the scope of corporate criminal law. The most important characteristic feature of the corporate crimes regulated under Article 562 of the TCC is that these crimes are committed within the company by the founders, members of the board of directors and other decision-makers. In addition, these crimes may also be committed by persons outside the company, such as employees of independent audit companies, certified public accountants, independent accountants, special auditors, experts and notaries having a connection to the company. By introducing these offences, it can be said that the legislator aims to provide public disclosure, to ensure maximum transparency and to strengthen the principle of capital protection. The corporate crimes regulated under Article 562 of the TCC are abstract danger crimes; the occurrence of an actual damage is not required for the crime to occur. Another characteristic of these offences is that they are crimes that can be committed by negligent acts, and their commission requires the perpetrator to be in a certain position. In this article, the acts regulated as crimes under Article 562 of the TCC in the field of corporate law will be analysed. In addition, the purpose, scope and conditions of these crimes and the criminal sanctions provided for these crimes will be discussed.

Keywords:

Imprisonment, Judicial Fine, Corporate Crimes, Criminal Liability of Commercial Companies, Criminal Liability Under the Commercial Code.

I. GENEL OLARAK TÜRK TİCARET KANUNUNDA DÜZENLENEN ŞİRKET SUÇLARI

6102 sayılı TTK’nin şirketler hukuku alanında getirmiş olduğu yeniliklerden birisi de sermaye şirketlerinde söz konusu olabilecek yolsuzlukları cezai yaptırıma tabi tutan düzenlemeler içeriyor olmasıdır. İşte TTK m.562’de düzenlenmiş olan şirketlere ilişkin ceza normları, sözü edilen bu şirket suçlarına ilişkindir. Öte yandan, TTK’nin genel gerekçesinde, hukuki sorumlulukla yetinilmeyerek, neden ayrıca cezai yaptırıma ihtiyaç duyulmuş olduğuna ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bu durum öğretilerde eleştiri konusu yapılmıştır¹.

¹ ODMAN BOZTOSUN, Ayşe, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Şirketlerde Yolsuzluğa Karşı Düzenlemelerin Eleştirel Gözle Değerlendirilmesi, <https://docplayer.biz.tr/15117259-Yeni-turk-ticaret-kanunu-nda-sirketlerde-yolsuzluga-karsi-duzenlemelerin-elistirel-gozle-degerlendirilmesi.html>, E.T. 15.02.2023.

Şahıslardan ziyade sermayenin öne çıktığı sermaye şirketlerinde, bazı hükümlerle cezai yaptırım getirilmesinin en önemli nedeni, bu şirketlerin yolsuzluğa konu olabilecek derecede sermaye ve mal varlığına sahip olmalarından dolayı, şirketin, pay sahiplerinin ve alacaklıların korunması ihtiyacıdır².

TTK'da düzenlenen şirket suçları bir sınıflandırmaya tabi tutulacak olursa, bunların esas itibarıyla süreli hapis cezası, hapis cezasına ilaveten adli para cezası, hapis veya adli para cezası ile sadece adli para cezası öngörülen suçlardan oluştuğu görülecektir. TTK m.562 kapsamında işlenen şirket suçları daha ziyade anonim şirketlerle ilgili olup, bu hüküm kapsamında düzenlenen suçlardan sadece TTK m.644/1 (a ve d) bendinde sayılan hallerde TTK m.562'de belirtilen cezai yaptırımlar limitet şirketlere de uygulanacaktır. Aşağıda sırayla bu tür suçlar incelenmektedir.

II. SADECE HAPİS CEZASI ÖNGÖRÜLEN SUÇLAR

A. Kanuna Aykırı Belge Düzenleyenlere ve Beyanlarda Bulunanlara İlişkin Cezai Sorumluluk (TTK m.562/8)

TTK m.562/8 hükmüne göre, 549. maddede belirtilen belgeleri sahte olarak düzenleyenler ile ticari defterlere kasıtlı olarak gerçeğe aykırı kayıt yapanlar bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılmaktadır. TTK'nin 549. maddesinde ise, şirketin kuruluşu, sermayesinin artırılması ve azaltılması ile birleşme, bölünme, tür değiştirme ve menkul kıymet çıkarma gibi işlemlerle ilgili belgelerin, izahnamelerin, taahhütlerin, beyanların ve garantilerin yanlış³, hileli, sahte, gerçeğe aykırı olmasından, gerçeğin saklanmış bulunmasından ve diğer kanuna aykırılıklardan doğan zararlardan, belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanlar ile kusurlarının varlığı hâlinde bunlara katılanların sorumlu tutulacağı hüküm altına alınmıştır.

TTK m.562/8'de iki ayrı suçun düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bunlardan ilki TTK m.549'da sayılan şirketin kuruluşu, sermayesinin artırılması ve azaltılması ile birleşme, bölünme ve tür değiştirme ve menkul kıymet çıkarma işlemleriyle ilgili belgelerin sahte olarak düzenlenmesi, diğeri ise ticari defterlere kasıtlı olarak gerçeğe aykırı kayıt yapılmasıdır. Birbirinden farklı konuları içe-

² KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür, **Ekonomik Suçlar Bağlamında Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar**, Ankara 2018, s. 408, 409.

³ Gerçek anlamda yapılan bir yanlışlık ceza sorumluluğu doğurmamaktadır, bu nedenle hükümdeki ifadeyi kasten yapılan yanlışlık olarak anlamak gerekmektedir, bkz. KATOĞLU, Tuğrul, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na göre, Anonim ve Limited Şirket Yöneticilerinin Ceza Sorumluluğu, **BATİDER**, C. XXIX, S. 1, 2013, s. 30.

ren iki ayrı suçun tek bir madde de düzenlenmesi, TTK m.549'da sayılan işlemlerle ilgili belgelerin aynı zamanda ticari defterlere de kaydedilmesi gereken belgeler olmasından kaynaklanmış olabilir.

1. TTK m.549'da Sayılan İşlemlere İlişkin Belgeleri Sahte Olarak Düzenleme Suçu

TTK m.549'daki düzenlemede, aslında sözü edilen aykırılıklardan dolayı hukuki sorumluluk düzenlenmiştir. Buna karşılık, TTK m.562/8 ile 549. maddeye aykırı hareket edilmesi suç olarak öngörülmüş ve bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmıştır. Böylece anılan hükmün ihlal edilmesi hem hukuki hem de cezai sorumluluğu doğurmaktadır.

TTK m.549'da belirtilen sorumluluğun doğabilmesi için, sözü edilen işlemlerle ilgili belgelerin ve beyanların hileli, sahte ve gerçeğe aykırı olması, bazı hususların gizlenmiş olması ve bundan bir zarar doğmuş olması gerekir. Kanun koyucu bu düzenlemeyle, şirketin kuruluşu, yapısal değişiklikleri, sermaye değişiklikleri ve menkul kıymet çıkarma işlemleri ile ilgili belgeleri koruyarak, sözü edilen belgelerin sahte olarak düzenlenmesi sonucu şirkete ve yatırımcılara verilecek zararın önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Dolayısı ile bu madde kapsamında korunmak istenen hukuki menfaat, hükümde sayılan belgelerin doğrudan doğruya hususunda beslenen kamu güvenidir⁴. Ancak bu suçla sadece kamu güveni değil, hükümde sözü edilen belgelerin doğru olarak düzenlenmiş olmasının garanti altına aldığı özel menfaatler de korunmaktadır⁵.

TTK m.549'da sayılan belgeler içinde hem özel hem de resmi belgeler bulunmaktadır. Bu ayırım önemini, resmi ve özel belgelerin koruduğu hukuki menfaatlerin farklı olmasında kendini göstermektedir. Resmi belgelerde sahtecilik suçları bakımından daha ağır cezai hükümler öngörülmüştür. Bunun nedenini, resmi belgelerde gerçekleştirilen sahteciliğin kamu güvenini daha ağır ihlal etmesinde ve korudukları özel menfaatin daha önemli olmasında aramak gerektiği belirtilmiştir⁶.

Öte yandan, TTK m.549'da ilgili birçok işlemler sayılmış ve benzer işlemlerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ifade edilerek, kanunun uygulama alanı genişletilmiştir. Ticaret hukuku bakımından normal bir düzenleme olan bu hükmün, ceza hukuku bakımından suçta ve cezada kanunilik ilkesine

⁴ TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Ankara 2005, s. 203; GÖKÇEN, Ahmet, **Belgede Sahtecilik Suçları**, 2. Baskı, Ankara 2010, s. 95.

⁵ TOROSLU, s. 205; KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 498; GÜNGÖR, Devrim, **Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu**, Ankara 2010, s. 21.

⁶ TOROSLU, s. 207; KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 498.

aykırılık teşkil ettiği belirtilmektedir⁷. Bu nedenle, TTK m.549'da belirtilen belgeler dışında, hükümdede sözü edilen "... gibi işlemlerle ilgili belgeler" i bu madde kapsamında değerlendirmek kanunilik ilkesi gereğince mümkün olamayacaktır. Düzenleme kapsamında açıkça sayılmayan bu türden belgeler söz konusu olduğunda Türk Ceza Kanunu hükümlerinin uygulanması gerekmektedir⁸.

TTK m.549 kapsamına çok sayıda belge girmektedir. Bu belgeler ana başlık olarak, şirketin kuruluşuna, şirket sermayesinin artırılmasına ve azaltılmasına, şirketin birleşmesine, bölünmesine ve tür değiştirmesine ve nihayet menkul kıymet çıkarılmasına ilişkin belgelerden meydana gelmekte olup, bunların bir kısmı resmi belgelerden⁹, bir kısmı da noter onayına bağlı¹⁰ özel belgelerden¹¹ oluşmaktadır. Sözü edilen belgeler TTK ve TSY'de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir¹².

TTK m.562/8 hükmü ile 549. madde de sayılan işlemlere ilişkin belgeleri sahte olarak düzenleyenler cezalandırılmaktadır. Dolayısı ile sözü edilen belgelerin kullanılması şart değildir. Zira TTK m.562/8 metninde açıkça belgelerin sahte olarak düzenlenmesinden söz edilmekte olup, özel belgede sahtecilik suçlarını düzenleyen TCK m.207'deki gibi bir kullanma aranmamıştır¹³. Bu durumda suç, düzenleme ile tamamlanmış olmaktadır¹⁴. Suçun oluşumu için ayrıca bir

⁷ MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, TCK'nın Genel Esasları Işığında Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Yer Alan Suçlarda Şirket Yöneticilerinin Cezai Sorumluluklarına İlişkin Genel Bakış, **Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun İş Dünyasına Etkileri**, Ankara 2014, s. 24; KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 496.

⁸ NUHOĞLU, Ayşe, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Suç ve Cezalar, **Ticaret Hukukuna Hukukun Diğer Alanlarıyla Birlikte Bakış Sempozyumu**, Gazimağusa 2015, s. 189; KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 500.

⁹ Konulan aynı sermaye üzerinde herhangi bir sınırlama olmadığına dair ilgili sicilden alınan yazı ile yine konulan aynı sermaye ile kuruluş sırasında devralınacak işletmeler ve aynı varlıkların değerinin tespitine ilişkin mahkemece atanan bilirkişi tarafından hazırlanmış değerlendirme raporları resmi belge niteliğindedir.

¹⁰ Yönetim kurulunda bir tüzel kişinin bulunması halinde, tüzel kişi ile birlikte, tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen bir gerçek kişinin adı ve soyadı ve belirlemeye ilişkin yetkili organ kararının noter onaylı örneği bu niteliktedir.

¹¹ Pay bedellerinin en az yüzde yirmi beşinin Kanuna uygun olarak bankaya yatırıldığını gösteren banka mektubu özel belge niteliğindedir.

¹² Şirketin kuruluşuna ilişkin belgeler TTK m.336'da sayılmıştır. Bunlar, esas sözleşme, değerlendirme raporları, ayın ve işletme devralınmasına ilişkin olanlar dâhil, şirket adına kurucular ve diğer kişilerce yapılan ve kuruluşla ilgili olan sözleşmelerdir. Kuruluş belgeleri daha ayrıntılı olarak Ticaret Sicil Yönetmeliğinin 69. maddesinde sayılmıştır. Sermaye artırımına ilişkin belgeler, TSY m.73, 75 ve 76'da, esas sermaye azaltımına ilişkin belgeler ise m.79'da düzenlenmiştir. Birleşmeye ilişkin belgeler TTK m.149 ve TSY m.126'da, bölünmeye ilişkin belgeler TTK m.149 ve TSY m.128'de, tür değiştirmeye ilişkin belgeler ise TSY m.130'da düzenlenmiştir. Menkul kıymet çıkarma ile ilgili belgeler konusunda TTK m.549'da sadece izahnamelerden bahsedilmekte ise de, hükmün gereğince, halka açılmaya ilgili her türlü belgenin bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir.

¹³ TCK m.207'ye göre, "Bir özel belgeyi sahte olarak düzenleyen veya gerçek bir özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren ve kullanan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır".

¹⁴ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 510; ÜNAL, Sedef, **6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Odağında Şirket Yetkilerinin Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Kabahat ve Suç Sorumlulukları**, İstanbul 2021, s. 208-209.

netice meydana gelmesine ihtiyaç yoktur. Ancak zarar vermeye elverişli olmayan sahtecilik cezalandırılmadığı için, en azından bir zarar doğması tehlikesinin bulunması gerekir. Burada zarar doğma ihtimali sahte belgenin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Başka bir anlatımla, bu suçta sahteliğe konu belgeler, şirketin kuruluşu ve işleyişi bakımından büyük öneme sahip olduğu için, bu belgelerdeki sahtecilik, bizzatı zarar doğurma ihtimalini de içinde barındırmaktadır¹⁵. Açıklanan nedenlerle, bu suçun, bir tehlike suçu olduğu belirtilmektedir¹⁶.

Bir belgenin sahte olması, hukuken önemli bir beyan içeren belgenin gerçek düzenleyicisi ile görünürdeki düzenleyicisinin aynı olmadığı anlamına gelmektedir¹⁷. Sahteliğin söz konusu olduğu hallerde, belge yetkili kişi veya kişilerce düzenlenmiş gibi gösterilmekte ya da düzenlenmiş bir belgeye sonradan gerçeğe aykırı ve başkalarını aldatmaya elverişli hususlar eklenmektedir¹⁸. Belgede sahtecilik suçunun oluşması için, belgenin tamamen sahte olarak düzenlenmesi şart değildir, daha önce düzenlenmiş geçerli bir belge üzerinde kısmen sahtecilik yapılması da bu suçun oluşması açısından yeterli görülmektedir¹⁹.

Bu suçu işleyebilecek olanlar, somut olaya göre, kurucular, yönetim kurulu üyeleri, şirket müdürleri, avukatlar, noterler, aracı kurum uzmanları, bilirkişiler gibi uzmanlar olabileceği gibi, diğer şirket çalışanları da olabilir. Suçun faili, TTK m.549'da sayılan belgeleri görevi olmamasına rağmen sahte olarak düzenleyen kişiler de olabilir²⁰. Diğer taraftan, limited şirketlere de uygulanacak olan anonim şirketlere ilişkin hükümlerin sayıldığı TTK m.644'de TTK m.549'a aykırı hareket edenlerin TTK m.562/8'e göre cezalandırılacağı hüküm altına alındığı için, bu suç kapsamına limited şirketlere ilişkin belge ve beyanların da dâhil olduğunun burada belirtilmesi gerekir.

2. Ticari Defterlere Gerçeğe Aykırı Kayıt Yapılması Suçu

TTK m.562/8'de düzenlenen diğer bir suç ise ticari defterlere kasıtlı olarak gerçeğe aykırı kayıt yapılmasıdır. Bu suç hem özel hem de kamu menfaatini ko-

¹⁵ ÜNAL, s. 214.

¹⁶ ÜNAL, s. 214.

¹⁷ PANCAROĞLU, Başar, Sahte ve Gerçeğe Aykırı Belge Kavramlarının Ceza Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi ve Sonuçları, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 28, S. 2, Aralık 2022, s. 818.

¹⁸ GÜNGÖR, s. 83; KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 509; ÜNAL, s. 209.

¹⁹ ARTUK, Mehmet Emin / GÖKÇEN, Ahmet / YENİDÜNYA / A. Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 15. Bası, Ankara 2015, s. 612; GÜNGÖR, s. 83; ÜNAL, s. 210.

²⁰ AYAN, Özge, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları*, Ankara 2021, s. 187.

rumaktadır. Kanun koyucu bu konuyu suç olarak düzenlemekle, bir taraftan ticari defterlerin içeriğinde bulunan bilgilerin gerçekliğine duyulan kamu güvenini, diğer taraftan da defterlere gerçeğe aykırı kayıtlar girilmesinden zarar görecektir olan başta şirket olmak üzere, pay sahipleri ve alacaklıları korumaktadır. Mağdur şirket olup, pay sahipleri ve alacaklılar suçtan zarar gören konumundadırlar²¹.

Hükümde sözü edilen suçun konusu, tutulması zorunlu olan ticari defterlerdir. TTK m.64/1'e göre her tacir ticari defterleri tutmak zorundadır. Defter tutma yükümlüsü olan tacir TTK m.12-16 arası hükümlere göre belirlenmektedir²². Buna göre, bir ticari işletmeyi kısmen bile olsa işletenler yanında, tacir sayılanlar²³ ve tacir gibi sorumlu olanlar²⁴ da ticari defterleri tutmakla yükümlüdürler. Tüzel kişi tacirlerde defter tutma sorumluluğu yöneticilere ve yönetim kuruluna aittir. Anonim şirketlerde bu yükümlülük TTK m.375'de yönetim kurulunun devredilmez yetkileri arasında sayılmaktadır. Bu defterlerin hangileri olduğu TTK m.64/3 ve 4. bentlerde sayılmıştır. Bunlar, işletmenin muhasebesiyle ilgili olan yevmiye defteri, envanter defteri ve defteri kebir yanında doğrudan muhasebeyle ilgili olmayan pay defteri, genel kurul toplantı ve müzakere defteri ve yönetim kurulu karar defterinden oluşmaktadır. Ticari defterler Türk Ceza Kanunu'nun resmi belgeleri düzenleyen 210. maddesinde sayılmamış olmalarından dolayı özel belge niteliğindedirler²⁵.

Ticari defter tutulmasının amacı, tacirin, ticari işletmesinin iktisadi ve mali durumunu borç ve alacak ilişkilerini ve her hesap dönemi içinde elde edilen sonuçları, açıkça görülebilir şekilde ortaya konması gereğidir (TTK m.64/1). Bunun ölçütü ise ticari defterlerin, tacirden bağımsız üçüncü kişi uzmanların, makul bir süre içinde yapacakları inceleme neticesinde, işletmenin faaliyetleri, gelişimi ve finansal durumu hakkında fikir sahibi olabilecekleri şekilde tutulmasıdır (TTK m.64/1). Bu ölçü aynı zamanda, ticari defterlerin usulüne uygun bir şekilde, yani Kanun'da belirtilen ilke ve esaslara göre tutulması gerektiğini ifade etmektedir²⁶. Bu ilkeler TTK m.65 ve 88'in birlikte değerlendirilmesinden

²¹ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 514, ÜNAL, s. 238.

²² Gerekçe, TTK m.64.

²³ TTK m.12/2'ye göre, "Bir ticari işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olan kimse, fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılır".

²⁴ TTK m.12/3'e göre, "Bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimse, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur".

²⁵ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 514.

²⁶ Gerekçe, TTK m.64.

ortaya çıkmaktadır. Bunlar, defterlere yazılacak kayıtların, eksiksiz, doğru, zamanında ve düzenli olarak yapılması (m.65/2)²⁷, defterlerdeki kayıtların, önceki içeriği belirlenemeyecek şekilde çizilmemesi ve değiştirilmemesi, defter kayıtlarının Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu tarafından yayımlanan, Türkiye Muhasebe Standartlarına, kavramsal çerçevede yer alan muhasebe ilkelerine ve bunların ayrılmaz parçası olan yorumlara aynen uyularak yapılması (TTK m.88/1) gibi ilkelerden oluşmaktadır²⁸.

TTK m.562/8 hükmünde düzenlenmiş olan husus, ticari defterlerin hiç tutulmaması ya da kanunda belirtilen şekillerde saklanmamış olması değil, sadece mevcut ticari defterlere kasıtlı olarak gerçeğe aykırı kayıt yapılmasıdır. Bu nedenle, sahit bir belge olarak mevcut olan ticari defterlerin içeriğinin gerçeğe aykırı hale getirilmesinden dolayı, burada bir tür içerik sahteciliği olduğu belirtilmektedir²⁹. Bu hükümle yaptırım altına alınan defterlere gerçeğe aykırı kaydın yapılması ile suç tamamlanır. Suçun oluşması için yapılan kaydın kullanılması gerekmediği gibi, buna bağlı olarak bir zararın meydana gelmiş olması şartı da söz konusu değildir³⁰. Bu nedenle, bu suç soyut tehlike suçu olarak nitelendirilmektedir³¹. Hükümde geçen, “ticari defterlere kasıtlı olarak gerçeğe aykırı kayıt yapanlar” ibaresinden suçun oluşabilmesi için failin kasten hareket etmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu durumda bu suçun meydana gelmesi bakımından “hukuka özel aykırılık” halinin varlığı aranmaktadır³².

Bu suç, ticari defterleri tutma yükümlülüğü altında olan kişilerin, gerçeğe aykırı olarak bu defterlere kayıt yapmaları halini düzenlediği için, özgü suçtur. Bu nedenle, herkes bu suçun faili olamaz³³. Fail, ancak kendisine defter tutma yetkisi verilmiş olan kişiler olabilir. Defter tutma yetkisi, daha doğrusu bunları da kapsayan

²⁷ Bu kavramların ne anlama geldikleri hükmün gerekçesinde açıklanmıştır: kayıtların eksiksiz olması, iş ve işlemlerin eksiksiz olarak, yani herhangi bir boşluk yaratmadan muhasebeleştirilmesi, kaydı gereken bir iş ve işlemin kayıt dışı bırakılmaması; kayıtların doğru olması, kaydın gerçeğe uygun ve sadık bir biçimde iş ve işlemi yansıtması, işlemi inceleyen yanlış yorumlara yöneltilmeden aktarılması anlamlarına gelmektedir. Zamanında kayıt ise, muhasebe kaydının zamanında yapılması, sonraya bırakılmaması gereğini ifade etmektedir, zamanında ibaresi, hemen veya derhal anlamına gelmediği gibi, haftalara da izin vermemekte, muhasebeleştirilmenin olağan süresine işaret etmektedir. (TTK m.64 Gerekçesi).

²⁸ Bu konudaki geniş açıklamalar için bkz. TAŞDELEN, Nihat, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticari Defterler, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 1, 2012, s. 268 vd.

²⁹ GÜNGÖR, s. 75; KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 515.

³⁰ ÜNAL, s. 236.

³¹ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 515.

³² GÜLŞEN, Recep, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen Suçlar, **Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2, Eylül 2013, s. 16.

³³ ÜNAL, s. 236; Aksi görüş için bkz. KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 513.

şirketin muhasebe sistemini oluşturma görev ve yetkisi yönetim kuruluna verilmiştir (TTK m.375/1-c). Ancak fiilen defterlerin tutulması kişiye bağlı bir görev ve yetki olmadığı için, kayıtları bizzat tutacak olan kişilerin gerekli bilgiyi haiz uzman kişiler arasından seçilmesi zorunluluğu, yönetim kurulunun sorumluluğundadır³⁴. Ticari defterleri fiilen tutan muhasebeci konumundaki kişiler, bu yükümlülüğü yönetim kurulu adına yerine getirmekte olup, özel fail niteliğine sahiptirler³⁵.

B. Halktan Para Toplanması Yasağına Aykırılıktan Kaynaklanan Cezai Sorumluluk (TTK m.562/11)

TTK m.562/11 hükmüne göre, 552. maddeye aykırı hareket edenler altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılmaktadır. TTK m.552'de ise, Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri saklı tutularak, bir şirket kurmak veya şirketin sermayesini artırmak amacıyla yahut vaadiyle halka her türlü yoldan çağrıda bulunularak para toplanması yasaklamıştır.

Kanun'da kurulacak şirketin türü konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Hükmün 6335 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önceki lafzında, "*Bir anonim veya başka bir şirket kurmak, şirketin sermayesini artırmak amacıyla...*" ibaresine yer verilmişti. Yeni metinde ise "*bir şirket kurmak veya şirketin sermayesini artırmak amacıyla...*" halktan para toplanmasından bahsedilmektedir. Yeni ve eski metin birlikte ele alındığında, TTK m.552'nin 6335 sayılı Kanunla getirilen yeni düzenlemesinde kanun koyucunun bilinçli olarak anonim şirket ibaresine yer vermediği anlaşılmaktadır. Bu durumda TTK m.552 kapsamına, anonim şirket yanında limitet, paylı komandit, kollektif ve komandit şirketler de girebilir³⁶. Anonim şirketin söz konusu olduğu hallerde, sadece Sermaye Piyasası Kanununa tabi halka açık şirketler dışında kalanlar hükmün kapsamına dâhildir. Hükmün lafzından anlaşıldığı gibi, sözü edilen şirketler, yurt içinde ya da yurt dışında kurulmuş ya da kurulacak şirketler olabilir. Para toplama çağrısının, yeni bir şirket kurulması veya kurulmuş bir şirketin sermayesinin artırılması vaadini içermesi gerekmektedir.

TTK m.552'de Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri saklı tutulmuştur³⁷. Zira Sermaye Piyasası Kanunu kapsamında halktan para toplanması, ancak Sermaye

³⁴ Gerekçe, TTK m.64.

³⁵ ÜNAL, s. 236.

³⁶ POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklıklar Hukuku - I**, İstanbul 2014, N. 596; YAVUZ, Mustafa, Türk Ticaret Kanununda Şirketlerin Halktan Para Toplamasının Yasaklanması, **Gümrük ve Ticaret Dergisi**, S. 3, Yıl: 2014, s. 68.

³⁷ 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun uygulama kapsamı 2. maddede de belirtilmiştir. Buna göre, sermaye piyasası araçları, bu araçların ihracı, ihraççılar, halka arz edenler, sermaye piyasası faaliyetleri,

Piyasası Kurulunun izni ile mümkündür. Bu amaca yönelik olarak Sermaye Piyasası Kanunu'nda iki farklı düzenleme mevcuttur. Bunlardan ilki bir menkul kıymet olan anonim şirket paylarının SerPK'da belirtilen usul ve esaslar dâhilinde halka arz edilmesi, diğeri de kitle fonlamasıdır. Halka arz teknik olarak TTK m.552'de sözü edilen bir halktan para toplama değildir³⁸. Halktan para toplayarak yeni girişimcilere destek olunması amacıyla, 7061 sayılı "Bazı Vergi Kanunları ile Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"³⁹ ile Sermaye Piyasası Kanunu'na Kitle Fonlama Platformu'na ilişkin hükümler eklenmiştir⁴⁰. Böylece Sermaye Piyasası Kanunu'nda belirtilen usul ve esaslar dışında halktan para toplanmasının önüne geçilerek, yatırımcıların korunması amaçlanmıştır.

TTK m.562/11'de, hareketli ve neticeli bir suçun düzenlenmiş olduğu belirtilmektedir⁴¹. Bu hareketlerden ilki, bir şirket kurmak veya şirketin sermayesini artırmak amacıyla yahut vaadiyle halka çağrıda bulunulması, ikincisi ise halktan para toplanmasıdır. Halktan para toplanması şirket kurulması veya mevcut bir şirketin sermayesinin artırılması amacıyla yapılmıyorsa, bu suçun oluşması söz konusu değildir. Zira suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği cezalandırılması gereken fiilin kanunda açıkça suç olarak belirtilmesi gerekmektedir. Bu anlamda TTK m.552 hükmünün eksik düzenlenmiş olduğu söylenebilir. Zira Ticaret Kanunu'na böyle bir hükmün konulması geçmiş yıllarda çok sayıda anonim ve limited şirketin yurt içinde ve yurt dışında yaşayan vatandaşlarımızdan kar payı vaadi altında para toplayarak büyük mağduriyetlere neden olmasından kaynaklanmıştır. Bu nedenle hükmün bu türden vaatleri de kapsayıcı şekilde düzenlenmesi yerinde olurdu⁴². TTK m.552'nin 6335 sayılı Kanun'dan önceki gerekçesinde, halktan para toplanmasına

sermaye piyasası kurumları, borsalar ile sermaye piyasası araçlarının işlem gördüğü diğer teşkilatlanmış piyasalar, piyasa işleticileri, merkezî takas kuruluşları ve merkezî saklama kuruluşları, bu SerPK hükümlerine tabi olup, halka açık olmayan anonim ortaklıkların halka arz edilmeyen pay ihraçları, SerPK kapsamı dışındadır.

³⁸ SerPK m.3/f hükmüne göre halka arz, "Sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan yapılan genel bir çağrıyı ve bu çağrı devamında gerçekleştirilen satışı" ifade etmektedir.

³⁹ RG, 05.12.2017, 30261.

⁴⁰ SerPK m.35/A'da düzenlenmiştir. Kitle fonlaması, Bir projenin veya girişim şirketinin ihtiyaç duyduğu fonu sağlamak amacıyla Sermaye Piyasası Kurulu tarafından belirlenen esaslar dâhilinde SerPK'nın yatırımcı tazminine ilişkin hükümlerine tabi olmaksızın kitle fonlama platformları aracılığıyla halktan para toplanmasını ifade etmektedir.

⁴¹ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 540.

⁴² Bu türden vaatlerle para toplanmasına ilişkin olarak uygulamada çok sayıda Yargıtay kararı bulunmaktadır. Yargıtay, bu gibi hallerde, yüksek kar vaadiyle halktan para toplayan şirketlerle mağdurlar arasında bir ortaklık ilişkisi kurulmadığını, dolayısı ile toplanan paraların faiziyle birlikte iade edilmesine karar vermiştir, bkz. Yargıtay 11. HD, 16.11.2017 tarih ve 2016-6075/6264; 11. HD, 21.11.2017 tarih ve 2016-6113/6372; 11. HD, 02.10.2017 tarih ve 2016-5978/6021; 11. HD, 24.10.2017 tarih ve 2016-5796/5634 sayılı kararları.

ilişkin sebeplerin sınırlı sayıda olmadığı, hükümde sayılan sebeplerin en çok rastlanılan örnekler olduğu belirtilmişti. Her ne kadar Ticaret Hukuku açısından bu görüş savunulabilirse de, belirtildiği gibi, kanunilik ilkesi gereği Ceza Hukuku açısından bu hükmün yorum yoluyla genişletilmesi mümkün değildir.

Sadece halktan para toplamak için çağrıda bulunulması bu suçun oluşması için yeterli değildir. Zira burada yasaklanan çağrıda bulunma değil, paranın toplanmasıdır. Bu suç bir tehlike suçu değildir⁴³. Bu nedenle, suçun meydana gelebilmesi için çağrıda bulunulan kişilerden paranın tahsil edilmiş olması gerekir. Ancak korunan menfaat göz önüne alındığında, kanun koyucunun suçun oluşması bakımından paranın toplanmış olmasını değil, salt para toplamak amacıyla çağrıda bulunulmuş olmasını yeterli görerek, bu suçu bir tehlike suçu olarak düzenlemesi daha yerinde olurdu. Zira böylece, daha halkın malvarlığından para çıkmadan zarar görmeleri engellenmiş olabilirdi.

Hüküm, yurt içinde ve yurt dışında bir anonim şirket kurmak veya sermaye artırmak amacıyla para toplanmasına engel olmak ve bu yolla halkın aldatılmasının yollarını kapamayı amaçladığı için, bu suçun koruduğu hukuki değer, ferdi-kamusal menfaatlerdir⁴⁴. Suçun maddi konusu halktan toplanan “para”dır. Diğer taraftan, hükümde her ne kadar “para”dan söz edilmekte ise de parasal değeri olan aynı malvarlığına ilişkin unsurların da bu hüküm kapsamına alınması amaca uygun olurdu. Bu doğrultuda örneğin altın, değerli taşlar, gayrimenkuller, tahviller, menkul değerler vb. şeylerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz⁴⁵. TCK m.198’in de bunu destekler şekilde düzenleme içerdiğini unutmamak gerekir. Buna göre, “Devlet tarafından ihraç edilip de hamiline yazılı bonolar, hisse senetleri, tahviller ve kuponlar, yetkili kurumlar tarafından çıkarılmış olup da kanunen tedavül eden senetler, tahviller ve evrak ile milli ziynet altınları, para hükmünde” sayılmaktadır.

Kanun’da halka her türlü yoldan çağrıda bulunularak para toplanmasından bahsedilmektedir. Halk ibaresini toplumda anlaşıldığı şekliyle anlamak gerekir. Yani “halk” failin yakın çevresi dışında kalan, belirsiz çok sayıda kişiyi ifade etmektedir. Para toplamaya ilişkin çağrıda bulunulması ise her türlü yoldan

⁴³ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 543; Tehlike suçu olduğu görüşü için bkz. GÜLŞEN, s. 18, aslında yazarın makalesinde, bir taraftan bu suçun oluşması bakımından halktan para toplanmasının yeterli olduğunu belirtmekte iken, diğer taraftan bu suçu tehlike suçu olarak nitelendirmesi bir çelişki oluşturmaktadır. Zira tehlike suçlarında suçun oluşması bakımından neticenin meydana gelmiş olması aranmaz. Bu durumda örneğin, halktan para toplanmamış olsa bile sadece para toplamak için halka çağrı yapılmasını suç olarak kabul etmek gerekecekti.

⁴⁴ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 539.

⁴⁵ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 540; Aksi görüş için bkz. YAVUZ, s. 68.

yapılabilir⁴⁶. Bu meyanda çağrıda bulunma, el ilanları dağıtılması, telefon numaralarına kısa mesajlar gönderilmesi, sosyal medya hesaplarından yazılı ya da görüntülü davetler yapılması ve basın yayın araçlarında ilanlar verilmesi gibi halka ulaşmaya elverişli her türlü araçla gerçekleştirilebilir.

Halktan para toplama suçunun işlenebilmesi için failin kasten hareket etmesi gerekir. Bu suçun oluşabilmesi için failin izinsiz olarak halktan para topladığını bilmesi ve bunun sonuçlarını istemesi gerekir. Suçun faili, bir şirket kurmak veya kurulu bir şirketin sermayesini artırmak amacıyla çağrı yoluyla halktan para toplayan herkes olabilir. Kanun, halktan para toplanmasını yasaklamış olduğu için, bu suç mağduru belirsiz bir suçtur. Mağdur halktan gerçek ya da tüzel kişiler olabilir.

III. HAPİS CEZASINA İLAVETEN ADLİ PARA CEZASI İLE SEÇİMLİK OLARAK HAPİS VEYA ADLİ PARA CEZASI ÖNGÖRÜLEN SUÇLAR

A. Şirket Sırlarının Saklanması Yükümlülüğüne Aykırılıktan Kaynaklanan Cezai Sorumluluk (TTK m.562/7)

1. Hükümün Amaç ve Kapsamı

TTK m.562/7 hükmüne göre, 527. maddeye aykırı hareket edenler, TCK'nin 239. maddesi hükümlerine göre cezalandırılır. TCK m.239, "Ticari Sır, Bankacılık Sırrı veya Müşteri Sırrı Niteliğindeki Bilgi ve Belgelerin Açıklanması" suçunu düzenlemekte olup, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası öngörmektedir. TTK m.527 ise sır saklama yükümlülüğünü düzenlemektedir. Buna göre, TTK m.404 hükmü saklı kalmak üzere, görevi dolayısıyla incelemesine sunulan defter ve belgeleri inceleyenlerin, elde ettikleri veya verilen bilgilerden öğrendikleri iş ve işletme sırlarını açıklaması yasaklanmakta, aksine hareket edenlerin maddi ve manevi zararları tazmin edecekleri belirtilmektedir. TTK m.562/7 hükmü ise, TTK m.527'de sözü edilen maddi ve manevi tazminata ilaveten, sır saklama yükümlülüğüne aykırı davrananlar için hapis ve adli para cezası da getirmektedir. TTK m.527'nin gerekçesinde, cezai yaptırım öngörülme sebebinin, şirket sırlarının açıklanmasının şirkete büyük zararlar verebileceği, dolayısı ile bunun ceza yaptırımına bağlanarak, olası ihlallerde caydırıcı rol oynamasının hedeflendiği belirtilmektedir⁴⁷.

⁴⁶ TTK m.552'nin 6335 sayılı Kanun değişikliğinden önceki gerekçesinde, halka çağrının, çok sayıda kişiye başvurulmasını veya el ilanı ve bunun gibi araçlar dağıtılmasını, ilan verilmesini, belirli veya belirsiz kişilerin bir yere çağrılmasını, başvuruda bulunulmasının istenmesini ifade ettiği belirtilmektedir.

⁴⁷ Gerekçe, TTK, m.527.

TTK m.562/7'nin gönderme yaptığı TCK'nın 239. maddesinde, sıfatı veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişinin, şikâyet edilmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

TTK'nın 527. maddesi esas itibariyle, şirkette kurucu, yönetici veya tasfiye memuru gibi bir sığata sahip olmayan, denetçiler dışında, görevi gereği şirket defter ve belgelerini incelemelerinden dolayı şirket sırlarına vakıf olan avukat, aracı kurum uzmanı, noter ve bilirkişi gibi uzman kişilerin hukuki sorumluluklarını düzenlemektedir. Burada belirtilen kişiler sınırlı olarak sayılmamıştır. Görevi gereği şirketle veya onun işletmeleriyle ilgili defter, belge ve bilgilere ulaşan herkes sır saklama yükümlülüğüne tabidir. Örneğin Rekabet Kurulu üyeleri⁴⁸ ve Sağlık Bakanlığı personeli⁴⁹ de görevleri ile ilgili konularda sır saklama yükümlülüğü altındadırlar. Hüküm gerekçesinde, hukuki sorumluluğa ilişkin böyle açık bir hüküm olmasaydı, kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurlarının sorumluluğunu düzenleyen TTK m.553 ve devamı maddelerinin kıyas yoluyla sözü edilen kişilere uygulanıp uygulanmayacağı konusunda tartışmaların ortaya çıkabileceği, bu hükümün ihdas edilmesiyle sözü edilen kişilerin sorumlulukları ile ilgili tartışmalara son verildiği ifade edilmiştir.⁵⁰

Öte yandan, TTK m.527 hükmü kapsamında iş veya işletme sırlarının, sır saklamakla yükümlü olan kişiler tarafından görevleri gereği hukuka uygun olarak elde edilmiş olması gerekmektedir. İş veya işletme sırlarının hukuka aykırı yollardan elde edilmesi bu düzenlemeye dâhil değildir. Her ne kadar TTK'nın 562. maddesinin yedinci fıkrası ile TCK m.239'ye bir bütün olarak atıf yapılmakta ise de, TTK m.527'ye aykırı hareket edenler için sadece TCK m.239'un ilk cümlesi uygulama bulacaktır⁵¹. Zira TCK m.239'un son cümlesi, sözü edilen bilgi veya belgelerin hukuka aykırı yollardan elde edilerek, yetkisiz kişilere verilmesi veya ifşa edilmesi halinde verilecek cezayı düzenlemektedir.

⁴⁸ 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 25. maddesine göre, kurul üyeleri ve personeli Kurumla ilgili gizlilik taşıyan bilgileri ve bu Kanunun uygulanması sırasında öğrendikleri teşebbüs ve teşebbüs birliklerinin ticari sırlarını görevlerinden ayrılmış olsalar bile ifşa edemeyecekleri gibi, kendilerinin ve başkalarının menfaatine de kullanamazlar.

⁴⁹ Beşeri ve Tıbbi Ruhsatlandırma Yönetmeliği'nin 40. maddesine göre, bir ürüne ruhsat almak için Bakanlığa sunulan bilgiler gizlidir. Bu gizlilik Bakanlıkça korunmaktadır.

⁵⁰ Gerekçe, TTK m.527.

⁵¹ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 448; Aksi kanaat için bkz. KATOĞLU, s. 28.

2. Suç Oluşturan Filler

TTK m.527 kapsamında yasaklanan husus iş ve işletme sırlarının açıklanmasıdır. Bu durumda hükmün hangi açıdan TCK m.239 kapsamına girdiğinin belirlenebilmesi için kanunda belirtilen iş ve işletme sırrından ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi gerekmektedir.

İş sırrının yürürlükteki düzenlemelerde herhangi bir tanımı yapılmamıştır. İş sırrı doktrinde, iş ve iş yeri ile ilgili olan, kamuya mal olmamış, üçüncü kişiler tarafından bilinmeyen, sadece iş yerinde çalışan kişilerce bilinen, saklı kalmasında işverenin menfaati bulunan, basitçe ve kolaylıkla öğrenilemeyecek bilgiler olarak tanımlanmaktadır⁵². Şirketler hukuku bağlamında iş sırrının ise, şirketin mali durumu, iş bağlantıları ve diğer ilişkileriyle ilgili sırları ifade ettiği belirtilmektedir⁵³. Aynı şekilde işletme sırrının da genel geçer bir tanımı bulunmamaktadır. Ticari işletmenin yapılanmasına, üretim yöntemlerine, teknik yeteneklerine ve dağıtım ağına ilişkin, gizli kalması gereken her türlü bilgiyi içerdiği kabul edilmektedir⁵⁴. TTK m.527’de iş ve işletme sırlarından söz edilmekte iken, gerekçede şirket sırlarının açıklanmasının şirkete büyük zararlar verebileceğinden bahsedilmektedir. Başka bir ifadeyle, iş ve işletme sırları yerine gerekçede şirket sırları ibaresi kullanılmaktadır. Gerekçedeki bu ifade yanlış değildir. Zira TTK’nin 527. maddesi, Kanunun anonim şirketlerin düzenlendiği dördüncü kısım dokuzuncu bölümde yer almaktadır. Bu bakımdan, hükümde sözü edilen iş ve işletme sırları anonim şirkete ilişkin olup, bunların şirket sırrı başlığı altında değerlendirilmesi isabetlidir⁵⁵.

Esasında iş sırrı, işletme sırrı, şirket sırrı gibi kavramlar çoğu zaman birbiri içine geçmiş olup, bunları da kapsayacak şekilde üst başlık olarak ticari sır kavramı kullanılması daha yerinde olacaktır⁵⁶. Zira ticari sır kavramı, genel olarak bir ticari işletmeye, işletme faaliyetine, işletmenin organizasyonuna, üretim ve üretim tekniklerine, araştırma ve geliştirme çalışmalarına, dağıtım ağına, işletmenin mali yapısına, kredibilitesine ve müşteri profiline ait olan ve gizli kalmasında tacirin menfaati

⁵² UŞAN, Fatih, **İş Hukukunda İş Sırrının Korunması**, Ankara 2003, s. 29; SULU, Muhammed, **Ticari Sırların Korunması**, İstanbul 2017, s. 22; BAĞRIAÇIK, Safiye Nur, **Üretim ve İş Sırlarının Korunması**, İstanbul 2017, s. 18; BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, **Ticari Sırların Dijital Ortamda Korunması**, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 33, (Ocak 2018), s. 151.

⁵³ TURANBOY, Asuman, **Ticari Sır**, **Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan**, Ankara 2006, s. 360.

⁵⁴ KAYA, Arslan, **Ticaret Hukukunda “Ticari Sır” ve 4982 Sayılı Kanun Kapsamında Bilgi Edinme Hakkı**, **Makalelerim-I**, İstanbul 2012, s. 34; KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 452.

⁵⁵ KAYA, s. 35; KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 452; Şirket sırrı kavramına ilişkin bkz. AYAN, s. 170.

⁵⁶ TURANBOY, s. 360, 368; SULU, s. 31.

bulunan işletmenin işleyişi ile ilgili her türlü bilgileri kapsamakta olup⁵⁷, iş ve işletme sırları da bu anlamda ticari sırların bir parçasını oluşturmaktadır.

Ticari sır kavramı ile ilgili olarak Türk Ticaret Kanunu'nda bir tanım yapılmamıştır. Sadece haksız rekabet oluşturan dürüstlük kuralına aykırı davranışlar ve ticari uygulamaların düzenlendiği m.55/1-d bendinde üretim ve iş sırlarının hukuka aykırı olarak ele geçirilmesinden ve ifşa edilmesinden bahsedilmektedir. Ticari sır kavramının ayrıntılı bir tanımına ilk defa “Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı’nda yer verilmiştir⁵⁸. Buna göre ticari sır; *“Bir ticari işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, özellikle rakipleri tarafından öğrenilmesi halinde zarar göre ihtimali bulunan ve üçüncü kişilere ve kamuya açıklanmaması gereken, işletme ve şirketin ekonomik hayat-taki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan; iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, mali, iktisadi, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, imalatının teknik özellikleri, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağırları, izne tabi veya tabi olmayan sözleşme bağlantılarına ilişkin veya bu gibi bilgi ve belgeleri”* ifade etmektedir. Tasarıda ayrıntılı bir tanım yapılmakla birlikte, madde metninden ticari sır örneklerinin bu maddede sayılanlardan ibaret olmadığı anlaşılmaktadır.

Diğer bir tanım ise Rekabet Kurumu Başkanlığı tarafından çıkarılan “Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ”⁵⁹ m.12/2’de yapılmaktadır. Buna göre ticari sır, *“teşebbüslerin faaliyet alanları ile ilgili olan ve gizli tutma iradesine sahip oldukları, yalnızca belirli ve kısıtlı bir kesim tarafından bilinen ve elde edilebilen, başta rakipleri olmak üzere üçüncü kişilere ve kamuya açıklanması halinde ilgili teşebbüsün ciddi zarar görme ihtimali bulunan her türlü bilgi ve belgedir”*.

Yargı kararlarında da ticari sırrın bir tanımı yapılmamış, ticari sırların ne olduğunun her somut olayda uzman bilirkişilerce incelenerek ortaya çıkacak sonuca göre değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmiştir⁶⁰.

⁵⁷ Benzer şekilde bkz. KAYA, s. 34; SULU, s. 12.

⁵⁸ Bu kanun tasarısı henüz yasalaşmamıştır.

⁵⁹ RG, 18.04.2010, 27556.

⁶⁰ “Suç tarihinde, katılan şirket bünyesinde mühendis olarak çalışmakta olan sanığın, şirketin ana bilgisayara güvenlik sistemini devre dışı bırakıp uzaktan girerek kendi bilgisayarına veri transferi yaptığı ve 2490 adet dosyayı şifreleyerek ZIP formatında harici belleğe kopyalayıp yeni işe başladığı firmanın ana bilgisayara aktardığı iddia edilen olayda sanık ve müdafin, kopyalandığı iddia edilen verilerin ticari sır veya

Sonuç itibariyle, doktrin görüşleri ve yargı kararları birlikte değerlendirildiğinde, genel ve bütün ticari sır ihlallerini kapsayıcı bir tanımın yapılmasının zor olduğu anlaşılmaktadır. Bu bakımdan genel ve ortalama bir tanım vermek gerekirse, ticari sır, gerçek veya tüzel kişi tacirlerin ticari faaliyetlerinde rekabet avantajı sağlayan, dar bir çevrede bilinen ve gizli kalmasında menfaatleri bulunan her türlü bilgidir⁶¹.

B. Şirket Sermayesi Hakkında Yanlış Beyanda Bulunma ve Sermaye Taahhüt Edenlerin Ödeme Yetersizliğini Bilerek Onaylama Suçları (TTK m.562/9)

1. Hükümün Amaç ve Kapsamı

TTK m.562/9 hükmüne göre, TTK'nin 550. maddesine aykırı hareket edenler, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır. TTK m.550'de ise, sermaye tamamıyla taahhüt olunmamış veya karşılığı kanun veya esas sözleşme hükümleri gereğince ödenmemişken, taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi gösterenler ile sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme yetersizliğini bildikleri halde buna onay verenlerin hukuki sorumluluğu düzenlenmektedir. Kanun koyucu hukuki sorumluluk ile yetinmeyerek, TTK m.562/9 ile buna bir de cezai sorumluluğu eklemiştir. Hükümde bu suç için seçimlik olarak üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası öngörülmüştür. Hangi tür cezayı uygulayacağına hâkim karar verecektir. Bu düzenleme TTK m.644/1 gereği limitet şirketler için de geçerlidir.

müşteri sırrı niteliğinde olmadığını beyan ederek atılı suçlamayı kabul etmedikleri, katılan tarafın ise söz konusu bilgilerin ticari sır niteliğinde olduğunu beyan ettikleri, dosya arasında mevcut kayıtların teknik bilgi ve tecrübeyi gerektiren konulara ilişkin olduğu nazara alınarak; kopyalanan kayıtlarda yer alan bilgilerin ticari sır veya müşteri sırrı niteliğinde olup olmadığı hususlarında konusunda uzman bilirkişilerden rapor alınması ve hâsıl olacak sonuca göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme ve yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı şekilde hüküm kurulması hukuka aykırıdır" (Yargıtay 5. Ceza Dairesi - E. 2014/7809, K. 2017/118, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

"Suç tarihinde, katılan şirket bünyesinde mühendis olarak çalışan ve şirketin işleyişi, işyerinin kurulması, işyerince üretilen malzemelerin ne şekilde üretildiğine ve kalitelerine ilişkin bilgileri Suriye'de faaliyet gösteren Nadafor isimli şirkete aktardığı gerekçesiyle mahkûmiyetine karar verilmiş ise de; sanık ve müdafinin, verilen bilgilerin ticari sır veya müşteri sırrı niteliğinde olmadığını beyan ederek atılı suçlamayı kabul etmedikleri, katılan tarafın ise söz konusu bilgilerin ticari sır niteliğinde olduğunu beyan ettikleri, mahkemece aldırılan bilirkişi raporunda ise katılan şirkete ait hangi nitelikteki bilgilerin ticari sır kapsamında değerlendirildiğinin somut verilerle açıklanmadığı gibi hangi bilgilerin paylaşıldığı hususunda da bir açıklık bulunmadığı nazara alındığında, sanığın mesleki tecrübe boyutunu aşan sıfat ve görevi gereği katılan şirkete koruma altında olan ticari sır kapsamında ne tür patent ve üretim bilgilerine sahip olduğu, özellikle şirketin faaliyetine konu malzemenin üretim reçetesi ile şirketin işleyişi ile ilgili bilgilerin ticari sır veya müşteri sırrı niteliğinde olup olmadığı hususlarında konusunda uzman 3 kişilik bilirkişi heyetinden rapor alınması ve hâsıl olacak sonuca göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme ve yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı şekilde hüküm kurulması..." (Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2016/4114, K. 2018/3922, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

⁶¹ BİLGE, Mehmet Emin, **Ticari Sırların Korunması**, Ankara 2005, s. 4; TURANBOY, s. 368; YASAMAN, Hamdi, Patent Hukukunda Ticari Sırların Korunması, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı**, İstanbul 2009, s. 369; SULU, s. 12.

Öte yandan, sermayenin taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi gösterilmesi belgede sahtecilik fiiliyle işlenebileceği için, bu belgelerin kullanılması durumunda TTK m.549 hükmü uygulanacaktır. TTK m.550'nin gerekçesinde, sermayenin korunması ilkesinin bir uygulaması olan bu hükmün TTK m.549'un tamamlayıcısı olduğu belirtilmiştir⁶². TTK m.549 hükmüne rağmen kanun koyucunun ayrıca TTK'nin 550. maddesini getirmesindeki amaç, kusurlu olan şirket yetkililerinin gerçekte ödenmemiş ama ödenmiş gibi gösterilen payları ve meydana gelen zararları üstlenmelerini sağlayarak, şirket sermayesinde oluşan açığın böylelikle kapatılmasıdır⁶³. Bu düzenleme bir bakıma kanun koyucunun sermayenin korunması ilkesi kapsamında, şirket sermayesinin eksiksiz olarak getirilmesine ve korunmasına ne denli önem verdiğini de ortaya koymaktadır⁶⁴. Zira sermaye şirketlerinde pay sahiplerinin sorumlulukları sınırlı olup, sadece taahhüt etmiş oldukları sermaye payını getirmekle yükümlüdürler. Bu sınırlı sorumluluk ayrıcalığı karşısında, alacaklıların ve şirket menfaatlerinin korunması⁶⁵, taahhüt edilen sermaye paylarının düzgün bir şekilde şirkete getirilmesi ve bunların iade edilmemesine bağlıdır⁶⁶.

Bu suç bir tehlike suçu olup, sermaye taahhüt edilmemişken, taahhüt edilmiş veya karşılığı ödenmiş gibi gösterilmesi suçun oluşumu açısından yeterlidir; ayrıca bir zararın meydana gelmiş olması aranmaz⁶⁷.

2. Suç Oluşturan Fiiller

a. Sermayenin Tamamı Taahhüt Edilmemiş veya Karşılığı Kanun veya Esas Sözleşme Hükümleri Gereğince Ödenmemişken, Taahhüt Edilmiş veya Ödenmiş Gibi Gösterilmesi

TTK m.550'nin birinci fıkrasındaki suçun oluşabilmesi için iki seçimlik hareket öngörülmüştür⁶⁸. Bunlardan birisi, şirketin sermayesi tamamen taahhüt

⁶² Gerekçe, TTK m.550.

⁶³ Gerekçe, TTK m.550; PULAŞLI, Hasan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre, Anonim Şirketlerde Yöneticilerin Hukuki Sorumluluğu, Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s. 576.

⁶⁴ SEVİ, Ali Murat, Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilme Yasası, Ankara 2013, s. 400.

⁶⁵ KOŞUT DOĞRUSÖZ, Hanife, Anonim Ortaklık Yöneticilerinin ve Denetçilerinin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 2, 2012, s. 685.

⁶⁶ Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. KERVANKIRAN, Emrullah, *Haftungsbeschränkung im türkischen Gesellschaftsrecht, Ein Rechtsvergleich*, Peter Lang, Frankfurt am Main 2007.

⁶⁷ GÜLŞEN, s. 17, 18.

⁶⁸ KATOĞLU, s. 31.

edilmemiş olduğu halde, taahhüt edilmiş gibi gösterilmesidir. Bu halde suç oluşturan hareket, şirketin kuruluşu aşamasında kurucular tarafından, sermaye artırımlarında ise yöneticiler tarafından işlenmektedir. Seçimlik hareketlerden ikincisi ise, pay bedellerinin peşin ödenmesi gereken tutarlarının kısmen veya tamamen ödenmemiş olmasına rağmen, tamamıyla ödenmiş gibi gösterilmesidir. Şirketin kuruluşunda, taahhüt edilen payların itibari değerlerinin en az yüzde yirmi beşinin tescilden önce, geri kalan kısmın ise şirketin tescilini izleyen 24 ay içinde ödenmesi gerekmektedir (TTK m.344/1). Dolayısı ile şirketin ticaret siciline tescil anına kadar kanunda belirtilen zorunlu miktarların, banka yetkilileri ya da kuruluşta görev alan diğer kişilerce ödenmiş olduğunun, tescilden sonra ise 24 ay içinde ödenmesi gereken sermayenin geri kalan kısmının kısmen veya tamamen ödendiğinin, başta yönetim kurulu üyeleri olmak üzere, banka yetkilileri, işleme onay veren noter ve aynı sermayede değerlendirme yapan bilirkişiler tarafından beyan edilmiş olması söz konusudur⁶⁹.

Sermayenin taahhüt edilmiş veya ödenmiş olarak gösterilmesi fiili kuruluş ve kuruluştan sonra olmak üzere iki safhada söz konusu olabileceği gibi, sermayenin aynı ya da nakdi olmasına göre bununla ilgili belgeler ve işlemler farklılık gösterebilir. Şirketin kuruluşunda taahhüt edilmemiş bir sermaye payı, taahhüt edilmiş gibi gösterilerek, şirket esas sermayesi gerçek durumundan farklı gösterilmiş ve böylece şirketin mal varlığı zarara uğratılmış olur. Bu durumda, ortada gerçek anlamda bir taahhüt bulunmadığı için, olmayan bir hukuki işlem varmış gibi gösterilerek, gerçeğe aykırı bir şekilde belge düzenlenmesi yoluyla belgede sahtecilik yapılmaktadır⁷⁰. Kuruluş aşamasından sonra da taahhüt edilmemiş bir sermayenin taahhüt edilmiş, ödenmemiş bir sermaye payının ödenmiş gibi gösterilmesi mümkündür. Söz gelimi, tescilden sonra yönetim kurulu tarafından, sermayenin geri kalan kısmının ödendiğine dair belge düzenlenmesi ya da buna benzer bir belgenin sermaye artırımını sırasında düzenlenmiş olması söz konusu olabilir. Yine örneğin şirketin kuruluş sürecinde veya sermaye artırımını sırasında taahhüt edilen pay bedelinin bankaya yatırılmamış olduğu halde, banka müdürü ile anlaşarak sanki para yatırılmış gibi belge alınması da TTK m.550/1 kapsamında değerlendirilebilir.

TTK m.550/1 hükmünün öncelikle gerçeğe aykırı olarak gösterilen taahhüt ve ödemeleri bilerek kabul eden kurucular ve diğer şirket yetkililerine uygulanması gerekir. Hükmün uygulanabileceği diğer bir alan ise TTK m.549'da belirti-

⁶⁹ SEVİ, s. 400; AYAN s. 191.

⁷⁰ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 521.

len ve başkaları tarafından sahte olarak düzenlenen belgelerin TTK m.550'de sözü edilen şirket yetkilileri tarafından kullanılması halidir. Bu son durumda, sahte belgeyi hazırlayan, hazırlanmasına yardım eden ve kullanan kişilerin aynı olması halinde, TTK m.562/8 ve m.562/9 hükümleri uyarınca ayrı ayrı cezai yaptırım uygulanacaktır⁷¹.

b. Ödeme Yeterliliği Bulunmayan Sermaye Taahhüdünde Bulunana Onay Vermek

TTK m.550/2'de hukuki sorumluluk olarak düzenlenen ve TTK m.562/9 uyarınca suç olarak öngörülen diğer bir husus ise, sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme yetersizliği bilindiği halde, bu taahhütlere onay verilmesidir. Bu ihtimalde gerçek bir sermaye taahhüdü yapılmış olmakla birlikte, bu kişilerin yeterli ödeme güçleri bulunmamakta ve buna rağmen taahhütleri kabul edilmektedir. Burada sözü edilen ödeme yetersizliğinden anlaşılması gereken, kişinin sermaye taahhüdünde bulunduğu sırada ödeme imkânının bulunmamasıdır. Hükümde geçen ödeme yetersizliğini, hem nakdi hem de aynı sermayede ödeme yetersizliği olarak anlamak gerekir⁷². Zira anonim şirkete aynı varlıklar da sermaye olarak getirilebileceğine göre, bunların getirilmesindeki ifa engellerinin de bu kapsamda değerlendirilmesini tabii karşılamak gerekir⁷³. Aynı sermaye taahhüdünün ifa edildiğinden bahsedilebilmesi için şirketin taahhüt konusu varlık üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir duruma gelmiş olması gerekmektedir⁷⁴. Dolayısı ile sorumluluğun doğabilmesi için aynı sermaye bakımından bir ifa engeli olmadığının da şirketin kuruluşunda kurucular, sermaye artırımında ise yönetim kurulu üyeleri tarafından bilinmesi gerekir. Bununla birlikte, kurucuların, pay taahhüt edenlerin mal varlıklarını araştırma gibi bir yükümlülükleri de bulunmamaktadır⁷⁵.

TTK m.550/2'ye dayanan sorumluluk kusur esasına dayanmakta olup, sorumluluğun doğumu için ödeme yeterliliğinin bulunmadığını bilmek şarttır⁷⁶. Başka bir anlatımla, kuruculardan ya da yönetim kurulu üyelerinden ödeme yetersizliğinin araştırılması değil, pay taahhüdünde bulunan ve ödeme yetersiz-

⁷¹ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 522.

⁷² SEVİ, s. 401.

⁷³ İfa engelleri konusunda geniş açıklamalar için bkz. ÇONKAR, Halil, **Anonim Ortaklıkta Aynı Sermaye**, İstanbul 2016, s. 547 vd.

⁷⁴ Aynı sermayede ifa kavramı için bkz. ÇONKAR, s. 458 vd.

⁷⁵ GİRAY, EDA, **Anonim Şirketlerde Kuruluşta Doğan Hukuki Sorumluluk**, **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 18, S. 2, Yıl: 2012, s. 435.

⁷⁶ KENDİGELEN, s. 456; AYAN, s. 192; DOĞRUSÖZ KOŞUT, s. 686; GİRAY, s. 435.

liği önceden bilinen kişilerin taahhütlerinin kabul edilmemesi istenmekte, aksi-ne işlem yapanlar cezalandırılmaktadır.

Ödeme yetersizliğinin bilinip bilinmemesi konusunda objektif özen ölçüsü olan tedbirli bir yönetici kriterinden hareket edilmesi gerekir⁷⁷. Bu durumda yönetim kurulunun kusurlu sayılabilmesi ve TTK m.562/9 kapsamında cezalandırılabilmesi için, taahhütte bulunan kişinin iflas etmiş ya da hakkında yapılan icra takiplerinin semeresiz kalmış olmasının bilinmesi ve buna rağmen onay verilmesi yeterlidir⁷⁸. Yine bu fiile gösterilebilecek başka bir örnek, kurucu ortakların, içlerinden birisinin ödeme yetersizliğini bildikleri halde, buna ses çıkarmayarak şirketi tescil ettirmeleridir⁷⁹. Bu örnekte ortakların ödeme yetersizliğini bilmelerine rağmen sessiz kalmaları aynı zamanda bunu onayladıkları anlamına da gelmekte ve bu hüküm kapsamında cezalandırılmaları bakımından yeterli olmaktadır.

3. Fail, Mağdur ve Hukuki Konu

TTK m.562/9 ile ihdas edilen suç genel failli bir suç olup, failler şirket içinden olabileceği gibi şirket dışından da olabilir. Şirket sermayesini taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi gösterenler, öncelikle şirket yetkilileri⁸⁰ olarak nitelendirilen kurucular ile sermaye artırımlarında yönetim kurulu üyeleridir⁸¹. Yine bu fiilin işlenmesine katılan mali müşavirler ve bilirkişiler de bu suçun faili olabilirler⁸². TTK m.550/2'ye göre, sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme yetersizliğini bilen ve buna rağmen onay verenler de yine kurucular⁸³, yönetim kurulu üyeleri⁸⁴ ile işleme onay veren noterler olabilir⁸⁵. Suçun mağduru, TTK m.550/1 ve 2. fıkralarda açıklanan fiillerden dolayı sermayesi gereği gibi teşekkül edemeyecek olan şirkettir. Pay sahipleri ve alacaklılar ise şirket sermayesinin tamamıyla ödenmemiş olmasından dolayı suçtan zarar gören kişilerdir⁸⁶.

⁷⁷ AYAN, s. 192.

⁷⁸ AYAN, s. 192.

⁷⁹ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 524.

⁸⁰ Gerekçe, TTK m.550.

⁸¹ ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP), *Ortaklıklar - I*, s. 392; DOĞRUSÖZ KOŞUT, s. 686; GİRAY, s. 434.

⁸² AYAN, s. 191.

⁸³ GİRAY, s. 434.

⁸⁴ ÇAMOĞLU (POROY / TEKİNALP), *Ortaklıklar - I*, s. 392; AYAN, s. 191.

⁸⁵ AYAN, s. 191.

⁸⁶ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 520.

Suçun hukuki konusu, şirket sermayesinin gerçeğe uygun olarak taahhüt edilmesi ve ödenmesine yönelik, ferdi kamusal menfaattir⁸⁷. Suç genel kastla işlenebilir. TTK m.550'de belirtilmiş olan hareketleri bilmesi ve istemesi failin kastını oluşturmaktadır.

IV. SADECE ADLİ PARA CEZASI ÖNGÖRÜLEN SUÇLAR

TTK'da düzenlenen suçlardan önemli bir kısmının cezai yaptırımı sadece adli para cezasından oluşmaktadır. Bunlar aşağıdaki gibidir:

A. Şirketler Topluluğunda Bağlı ve Hâkim Şirket Raporu Hazırlama Yükümlüğüne Aykırılıktan Kaynaklanan Cezai Sorumluluk (TTK m.562/3)

1. Hükümün Amaç ve Kapsamı

TTK m.199'da hâkim ve bağlı şirketlere, kendileri arasında ve şirketler topluluğuna dâhil diğer şirketler arasındaki ilişkiler hakkında rapor hazırlama yükümlülüğü getirilmiştir. Bu meyanda bağlı şirket yönetim kurulu, her yıl düzenli olarak şirketin topluluk içi ilişkileri hakkında bir rapor hazırlamakla yükümlüdür. Hâkim şirket yönetim kurulu ise her yıl düzenli olarak bir rapor hazırlama yükümlüğüne tabi değildir. Ancak yönetim kurulu üyelerinden birinin talebi üzerine böyle bir raporu hazırlaması gerekmektedir. Raporlara ilişkin düzenlemeler emredici niteliktedir⁸⁸. Her iki raporun da belirli kişilere, gruba, organ veya makama sunulması zorunluluğu bulunmadığı gibi, bunların yayınlanmasına da ihtiyaç yoktur. TTK m.199/3 ve 4. fıkralarda, raporların sadece sonuç kısımlarının yıllık faaliyet raporunda yer alacağı belirtilmiştir.

Sözü edilen raporların hazırlanması yükümlülüğünün getirilmesi ile pay sahiplerinin ya da diğer menfaat sahiplerinin bilgilendirilerek, bu yolla şeffaflığın sağlanması değil⁸⁹, bilakis bağlı ve hâkim ortaklıkların, bir faaliyet yılında topluluk içi ilişkilerinin muhasebesinin yapılarak sonuçlarının değerlendirilmesi amaçlanmıştır⁹⁰. Zira şirketler topluluğunda, tek tek şirketlerden ziyade toplulu-

⁸⁷ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 520.

⁸⁸ TEKİNALP, Ünal, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, İstanbul 2015, N. 23-81; TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), *Ortaklıklar Hukuku - II*, İstanbul 2017, N. 2110.

⁸⁹ Hâkim şirket raporunun şeffaflığın sağlanmasına yardımcı olacağı yönünde görüş için bkz. PULAŞLI, Hasan, *Şirketler Hukuku Şerhi*, 4. Baskı, Ankara 2022, § 20, N. 65; BORA, Sevda, *Şirketler Topluluğunda Bağlı ve Hâkim Şirket Raporları*, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ocak 2014, S. 9, s. 110.

⁹⁰ TEKİNALP, N. 23-82; TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), *Ortaklıklar Hukuku - II*, N. 2111.

ğün menfaatleri ön planda olduğu için, bazı hallerde bağlı şirketlerin menfaatlerine aykırı uygulamalar ortaya çıkabilmektedir. İşte bu raporlar, topluluk içi menfaatlerin açıklığa kavuşturulması açısından büyük öneme sahiptir⁹¹. Sözü edilen raporların hazırlanmasına oldukça önem veren kanun koyucu, bunu bir yükümlülük olarak düzenlemekle kalmamış, aynı zamanda bu yükümlülüğün ihlalini cezai yaptırıma bağlamıştır.

2. Bağlılık Raporu Hazırlama Yükümlülüğünün İhlali Suçu

Şirketler topluluğu içerisinde bağlı şirket yönetim kurulunun, bağlılık raporu hazırlama yükümlülüğünün ihlalinin cezai yaptırıma bağlanması TTK m.562/3 atfıyla düzenlenmiştir. Buna göre, 199. maddenin birinci fıkrasına aykırı hareket edenler iki yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılmaktadır. TTK m.199/1'e göre, bağlı şirketin yönetim kurulunun, her faaliyet yılının ilk üç ayı içinde, şirketin hâkim ve bağlı şirketlerle ilişkileri hakkında bir bağlılık raporu hazırlaması gerekmektedir.

Bağlılık raporu hazırlama yükümlülüğü her ne kadar yönetim kurulunun devredilmez görev ve yetkilerini düzenleyen TTK m.375'de belirtilmemiş olsa da, hükümde belirtilen raporu hazırlama yükümlülüğünü de yönetim kurulunun devredilmez görev ve yetkileri arasında saymak gerekir. Zira yönetim kurulunun devredilmez görev ve yetkileri anılan madde ile sınırlı değildir. TTK m.375 dışında kalan bazı yetki ve görevler de işin mahiyeti gereği yönetim kurulunun devredilmez yetkileri arasına girebilir. TTK m.199 hükmü de bunlardan birisidir. Bu nedenle de bu suç özgü failli bir suç olup, yönetim kurulu üyeleri suçun özgü failidirler⁹².

Hükümün gerekçesinde, bağlılık raporu hazırlanmasının amacının, bağlı şirketlerin kendileri ve hâkim şirketle aralarındaki ilişkilerin ve bu ilişkilerin kayıp/yarar olarak sonuçlarının açıklanması olduğu belirtilmiştir⁹³. Böylece pay sahiplerine, 202. madde ve devamında öngörülen kayıp ve denkleştirme davalarının açılmasını gerektirecek bir durum olup olmadığı konusunda bir değerlendirme sunulmuş olmaktadır⁹⁴. Bu nedenle de raporun, doğru ve dürüst hesap

⁹¹ SUSUZ, Kağan, Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı bakımından Hâkim Teşebbüs Kavramı, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 18, S. 2, 2012, s. 270.

⁹² KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 416.

⁹³ Gerekeç, m.199/1.

⁹⁴ Gerekeç, m.199/1; OKUTAN NİLSSON, Gül, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, İstanbul 2009, s. 531; PULAŞLI, § 20, N. 64.

verme ilkelerine göre hazırlanması gerekir (TTK m.199/2). Ancak, şirketin ticari sırlarının ifşasının önlenmesi amacıyla, bağlı şirket yönetim kurulunun hazırlayacağı bu raporun tamamının değil, şirketin yıllık faaliyet raporunda TTK m.199/4'de belirtilen kısmının açıklanması gerekmektedir. Buna göre, yönetim kurulu sadece şirketin, “hukuki işlemin yapıldığı veya önlemin alındığı veya alınmasından kaçınıldığı anda kendilerince bilinen hal ve şartlara göre, her bir hukuki işlemde uygun bir karşı edim sağlanıp sağlanmadığını ve alınan veya alınmasından kaçınılan önlemin şirketi zarara uğratarak uğratmadığını” açıklaması gerekmektedir.

Hazırlanması zorunlu tutulan rapor bağlamında bu suçun ihdas edilmesi ile korunan değer, şirketler topluluğunda, bir faaliyet yılı içinde, bağlı şirketler ile hâkim şirket arasındaki ilişkiler sonucunda oluşan kayıpların ortaya çıkartılarak, pay sahiplerinin TTK m.202 ve devamı maddelerinde düzenlenen haklarını kullanmalarına imkân sağlanması yoluyla kaybın denkleştirilmesine ve böylece hâkimiyetin kötüye kullanılmasının önlenmesine ilişkin kamusal menfaattir⁹⁵.

Bağlılık raporu hazırlama yükümlülüğünün ihlali suçu bir ihmal suçu olup, suç oluşturan fiil, raporun kanunda belirtilen şekilde hazırlanmamasıdır⁹⁶. TTK m.199/1'de sözü edilen raporun faaliyet yılının ilk üç ayı içinde hazırlanması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla faaliyet yılının ilk üç ayı içinde, Kanun'da belirtilen içerikte rapor hazırlanmaması halinde suç işlenmiş olacaktır. Burada soyut bir tehlike suçu söz konusu olduğu için⁹⁷, suçun oluşumu açısından bir zarar meydana gelmiş olması aranmaz. Raporun hiç ya da Kanunda belirtildiği şekilde hazırlanmaması bizzat tehlike teşkil etmektedir.

Bağlılık raporunun sonuç kısmının TTK m.199/3 gereğince yıllık faaliyet raporunda yer verilmesi⁹⁸, pay sahiplerinin yönetim kuruluna karşı ileri sürebileceği bir haktır⁹⁹. Böylece, pay sahiplerinin şirketin durumu hakkında bilgi sahibi olacağı, şirketin hâkim şirketle ilişkilerinde zarar edip etmediği ve bu zararın

⁹⁵ TTK m.199/1'de zarar ibaresi kullanılmakta ise de burada kastedilenin m.202 anlamında kayıp olması gerekmektedir. Zarar ve kayıp kavramları için bkz. OKUTAN NILSSON, s. 232; GÜRBÜZ USLUEL, Aslı, Şirketler Topluluğunda Denkleştirme, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 18, S. 2, 2012, s. 290 vd.

⁹⁶ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 418.

⁹⁷ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 419.

⁹⁸ Türk Ticaret Kanununun, bağlılık raporunun sadece sonuç kısmının yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporuna konulmasını emredici olarak düzenlemiş olduğu konusunda bkz. TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), **Ortaklıklar - II**, N. 2115.

⁹⁹ TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), **Ortaklıklar - II**, N. 2116.

denkleştirilip denkleştirilmediği konusunda bilgilendirilmiş olacağı açıktır¹⁰⁰. Raporun sonuç kısmında, kayıpların denkleştirilmemiş olduğunun anlaşılması halinde, bundan menfaati olan pay sahipleri ve alacaklılar, TTK m.202’de düzenlenmiş olan hâkimiyetin hukuka aykırı olarak kullanılmasına dayalı talepleri gündeme getirerek, hâkimiyetin şirketi zarara uğratacak şekilde kullanılmış olduğu gerekçesiyle, şirket malvarlığında meydana gelen kayıpların denkleştirilmesini isteyebileceklerdir. Açıklamalar ışığında suçun çok mağdurlu bir suç olduğu anlaşılmaktadır. Yıllık faaliyet raporunun hazırlanmasında menfaati olan herkes bu suçun mağdurdur. Buna göre, pay sahipleri, alacaklılar ve şirketin kendisi bu suçun mağdurdur.

TTK m.199/1’de bağlılık raporunun öngörülen süre ve içerikte hazırlanması gerektiği düzenlenmiştir. VUK m.174 uyarınca, şirketlerin faaliyet yılı/hesap dönemi ile takvim yılı aynı olduğu için, faaliyet yılının ilk üç ayı Mart ayının sonuna kadar olan süreyi ifade etmektedir. Ancak “Şirketlerin Yıllık Faaliyet Raporunun Asgari İçeriğinin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik”in 16. maddesinde, yıllık faaliyet raporunun hesap döneminin bitiminden itibaren iki ay içerisinde hazırlanması gerektiği düzenlenmiştir. Bağlılık raporunun sonuç kısmının faaliyet raporunda bulunması zorunlu olduğu hesaba katıldığında, bağlılık raporunun da iki ay içerisinde hazırlanması gerektiği ortaya çıkmaktadır¹⁰¹. Ancak anılan yönetmeliğin Kanunda belirtilen üç aylık süreyi dikkate almadan hazırlanması eleştiriyi açıktır.

Bağlılık raporunun içeriği ise şirketin, hâkim ve bağlı şirketlerle ilişkileri kapsamında, bir önceki faaliyet yılında hâkim şirketle, hâkim şirkete bağlı bir diğer şirketle, hâkim şirketin yönlendirmesiyle onun ya da ona bağlı bir şirketin yararına yaptığı tüm hukuki işlemlerin, alınan veya alınmasından kaçınılan diğer tüm önlemlerin açıklamasının yapılmasını kapsamaktadır. Raporda, edimler ve karşı edimlerin neler olduğu, bunların şirket açısından yarar ve zararları ortaya konur. Kayıplar denkleştirilmiş ise bunların nasıl ve ne şekilde gerçekleştirildiği açıkça belirtilir¹⁰². Böylece bağlı şirkette meydana gelecek zarar ve kayıp-

¹⁰⁰ ÖZDİN, Funda, Şirketler Topluluğu Hukukunda Bilgilendirme Amacına Yönelik Özel Düzenlemelerin Menfaatler Dengesinin Sağlanması Açısından Değerlendirilmesi, **BÜHFD**, C. 16, S. 197-198, Ocak-Şubat 2021, s. 328.

¹⁰¹ YILMAZ, Asuman, Türk Ticaret Kanunu’na Göre Bağlı Şirket Yönetim Kurulunun Bağlılık Raporu ve Bağlılık Raporunun Denetimi, **BATİDER**, C. XXXI, S. 2, 2015, s. 107.

¹⁰² Denkleştirme, şirketler topluluğu içinde hâkim şirketin yönlendirmesi sonucu, bağlı şirketin yapmaktan kaçındığı işlemler ya da almaktan kaçındığı önlemler nedeniyle ortaya çıkan kaybın giderilmesi olarak ifade edilebilir. Diğer taraftan, hâkim şirketin iş ve işlemleri nedeniyle bağlı şirkette meydana gelen kaybın denkleştirilerek hukuka aykırılığın giderilmesi, ancak kayba neden olan bu işlemlerin hâkim şirketin

lar telafi edilerek, salt bağlı şirket olmaktan kaynaklı konumunun kötüye kullanılması önlenmiş olacaktır¹⁰³.

Bir iç belge niteliğindeki bağlılık raporu denetlenemez; bu konu denetçinin denetleme yetkisi kapsamı dışındadır¹⁰⁴. Zira bağlılık raporu bağlı şirketlerin finansal durumunu yansıtan bir rapor değil, şirketler topluluğu içinde hâkim şirket uygulamalarının bağlı şirketler üzerinde ne gibi etkilere yol açtığını, olumsuz etkilerin denkleştirilip denkleştirilmediğini ortaya koyan bir rapordur. Buna mukabil, doktrinde Alman hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da bağlılık raporunun bağımsız denetime tabi olduğunu savunan bir görüş bulunmaktadır¹⁰⁵. Gerekçe olarak da TTK m.397/1 ve m.402/2 hükümleri ileri sürülmektedir. Bu hükümlerde, yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunun bağımsız denetim kapsamında olduğu belirtilmektedir. Bu görüşe katılmamaktayız, zira bir defa anılan hükümlerde faaliyet raporu içinde yer alan finansal bilgilerin denetleneceği özellikle vurgulanmaktadır; oysa bağlılık raporu finansal durumu yansıtmamaktadır. Üstelik bağlılık raporunun tamamına değil sadece sonuç kısmına yıllık faaliyet raporunda yer verilmektedir. Dolayısı ile yıllık faaliyet raporunun denetime tabi olması, sadece sonuç kısmı yıllık faaliyet raporunda bulunan bağlılık raporunun da denetlenmiş olacağı anlamına gelmediği gibi, tüm bunlardan bağlılık raporunun da denetim kapsamında olduğu sonucu çıkarılamaz.

Bağlılık raporunun hiç ya da Kanunda öngörülen süre ve içerikte hazırlanmaması suçu genel kastla işlenen bir suç olup, failin sözü edilen raporu Kanunda belirtilen şartlarda hazırlamayı ihmal ettiğini bilmesi ve istemesi yeterlidir¹⁰⁶.

3. Hâkim Şirketin Bağlılık Raporu Hazırlama Yükümlülüğünün İhlali Suçu

TTK'nin 199. maddesinin dördüncü fıkrası ile hâkim şirketin yönetim kurulu başkanına, hâkim şirket yönetim kurulu üyelerinin talep etmesi halinde, bağlı şirketlerin finansal ve malvarlığıyla ilgili durumları, hâkim şirketin bağlı

veya bir bağlı şirketin ya da topluluğun tamamının menfaatine olması halinde söz konusu olabilmektedir. Yoksa kayba sebep olan işlemlerin ortakların ya da üçüncü şahıslara menfaat sağlamak amacıyla yapılması mümkün değildir, bu durum doğrudan hâkimiyetin kötüye kullanılmış olması olup, doğrudan hâkim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna yol açar, bkz. OKUTAN NİLSSON, s. 232.

¹⁰³ GÜRBÜZ USLUEL, s. 283.

¹⁰⁴ TEKİNALP (POROY / ÇAMOĞLU), **Ortaklıklar - II**, N. 2112, 2117; Bağlılık raporunun denetlenmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. PULAŞLI, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 20, N. 71; BORA, s. 108.

¹⁰⁵ YILMAZ, s. 121.

¹⁰⁶ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 424.

şirketlerle, bağlı şirketlerin birbirleriyle ilişkileri, yaptıkları işlemler ve bunların sonuç ve etkileri hakkında, özenli, gerçeği aynen ve dürüstçe yansıtan hesap verme ilkelerine göre düzenlenmiş bir rapor hazırlattırıp yönetim kuruluna sunması yükümlülüğü getirilmiştir. TTK m.562/3 hükmü ile de bu yükümlülüğe uyulmaması cezai yaptırıma bağlanarak, iki yüz gündен az olmamak üzere adli para cezası öngörülmüştür.

TTK m.562/3'de hâkim şirketin yönetim kurulu üyelerinin, bağlı şirketler hakkındaki bazı ilişkileri sorgulama ve bilgi alma hakları düzenlenmektedir¹⁰⁷. Bu suçun ihdası ile korunan hukuki değer, şirketler topluluğunda hâkim şirket ile bağlı şirketler arasındaki ilişkilerin irdelenerek, hâkim şirketin bağlı şirketler üzerindeki denetimine işlerlik kazandırılması¹⁰⁸ ve böylece şirketin ve pay sahiplerinin haklarının korunmasına ilişkin menfaatlerdir¹⁰⁹. Bu raporun hazırlanmasıyla yönetim kurulu üyelerine, hâkim şirket ile bağlı şirketler arasındaki ilişkiler konusunda konsolide bir finansal ve mal varlıksal resim vererek, fikir edinme, onlara denetim ve gözetim yapma ve ortaya çıkan sonuca göre, gereğinde zamanında önlem almalarına imkân sağlanmış olmaktadır¹¹⁰. Hükmün gerekçesinde, rapor düzenlenmesi yoluyla hedeflenen bilgi alma hakkının, bağlı şirketlerin birbirleriyle, pay sahipleriyle ve onların yakınlarıyla olan ilişkilerini de kapsamından dolayı, bu hükmün şeffaflığın sağlanmasına da hizmet edeceği belirtilmiştir¹¹¹. Buna karşılık, TTK m.199/4'de raporun yönetim kurulu dışında başka bir organa sunulmasına izin verilmemiş olması ve sadece sonuç kısmının yıllık faaliyet raporunda yer alabileceğinin belirtilmiş olması karşısında, hükmün şeffaflığın sağlanmasına yardım edeceği görüşü açıkta kalmaktadır.

TTK m.199/4'de birden fazla suç fiilinin düzenlenmiş olduğu anlaşılmaktadır. Bunlar sırayla aşağıda incelenmektedir.

a. Hâkim Şirket Raporunun Hazırlanmaması ve Yönetim Kuruluna Sunulmaması

Hâkim şirketin her yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulu başkanından, Kanunda belirtilen şekilde bir rapor hazırlattırarak yönetim kuruluna sunmasını ve bunun sonuç kısmının yıllık faaliyet raporu ile denetleme raporuna eklenmesini isteyebilir. Burada öncelikle belirtilmesi gereken husus, bu raporun düzenlen-

¹⁰⁷ Gerekeçe, TTK m.199/4.

¹⁰⁸ AKIN, İrfan, **Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku**, Ankara 2014, s. 157; GÜLŞEN, s. 10.

¹⁰⁹ ÜNAL, s. 177, KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 426.

¹¹⁰ Gerekeçe, TTK m.199/4; AKIN, s. 158.

¹¹¹ Gerekeçe, TTK m.199/4; PULAŞLI, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 20, N. 65.

mesinin zorunlu olmadığı, ancak yönetim kurulu üyelerinden birinin talebi üzerine hazırlanması gerektiğidir. Raporun hazırlanması için başvurunun, hâkim şirketin yönetim kurulu üyelerinden biri tarafından yazılı olarak yönetim kurulu başkanına yapılması gerekmektedir. Bu talebin yerine getirilmemesi hükmün ihlali anlamına gelmekte olup, yönetim kurulu başkanının TTK m.553'e göre hukuki sorumluluğu yanında, cezai sorumluluğuna da yol açmaktadır. Dolayısı ile bu suçun bir yükümlülük suçu olduğu söylenebilir¹¹².

Bu suç seçimler hareketli bir suçtur¹¹³. Zira TTK m.199/4'de hangi hareketlerin yükümlülüğün ihmaline anlamına geleceği de açıklanmıştır. Buna göre, söz gelimi raporun üç aylık hesap sonuçlarını içermemesinden dolayı eksik hazırlanmış olması bu suçu oluşturabileceği gibi, gerçeği dürüstçe yansıtmayan, hesap verme ilkelerine göre düzenlenmemiş olması da bu suçu oluşturabilir.

Diğer taraftan, belirtilmiş olduğu gibi, sözü edilen raporun hazırlattırılması sadece hâkim şirket yönetim kurulu başkanından istenebileceğinden, bu suçu sadece yönetim kurulu başkanı işleyebilir. Bu nedenle bu suç, özgü faili bir suçtur. Suçun mağduru ise rapor hazırlanmasını talep eden yönetim kurulu üyeleri ve hâkim şirketin pay sahipleridir¹¹⁴. Zira böyle bir raporun hazırlanması, hâkim şirketle bağlı şirket arasında veya bağlı şirketlerin kendi aralarındaki ilişkileri ortaya çıkaracağından, raporun hiç ya da Kanunda belirtildiği şekilde hazırlanmaması halinde ortaya çıkan durum, sözü edilen menfaat sahiplerinin de ilgilendirmektedir.

Hâkim şirket tarafından hazırlattırılacak raporun, özenli, gerçeği aynen ve dürüstçe yansıtan, hesap verme ilkelerine göre düzenlenmesi gerekmekte olup, raporun niteliğine ilişkin bu ölçü emredicidir¹¹⁵. Hesap verme ilkelerine göre hazırlanmasından kasıt, raporun salt bilgi verme amacına yönelik değil de, denetlemeye olanak sağlayacak şekilde rakamlara ve açıklamalara yer verilerek hazırlanmasıdır¹¹⁶. Buna göre, raporda, bağlı şirketlerin üç aylık hesap sonuçlarına, hâkim şirketin, bağlı şirketlerle ve onların birbirleriyle yaptıkları her türlü işlemlere ve topluluktaki tüm ilişkilere anlaşılır bir şekilde yer verilerek, analiz ve değerlendirmeler yapılmalı ve ortaya çıkan durumlarla ilgili sonuçlara varılmalıdır¹¹⁷.

¹¹² KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 427.

¹¹³ ÜNAL, s. 182; KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 427.

¹¹⁴ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 426; ÜNAL, s. 187.

¹¹⁵ Gerekçe, TTK m.199/4.

¹¹⁶ Gerekçe, TTK m.199/4.

¹¹⁷ TEKİNALP, N. 23-85.

Hükümde, talepte bulunan yönetim kurulu üyesinin, hâkim şirket yönetim kurulu başkanından, hazırlattıracağı raporu yönetim kuruluna sunması yanında, bunun sonuç kısmının yıllık rapor ile denetleme raporuna eklemesini de isteyebileceği düzenlenmiştir. Dolayısı ile bu istemlerin yerine getirilmemesi de bu suçun işlenmesi bakımından yeterli olacaktır. Diğer taraftan, hükümde rapor hazırlattırma ile bunun sonuç kısmının faaliyet raporuna ve denetim raporuna eklenmesini isteme talepleri arasında “ve” ibaresinin bulunması, her ikisinin bir arada yapılması gerektiğine işaret etmektedir. Oysa “Şirketlerin Yıllık Faaliyet Raporunun Asgari İçeriğinin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik “in¹¹⁸ 15. maddesinin (ç) bendinde, bunun yönetim organı üyelerinden biri tarafından talep edilmesi gerektiğini düzenlemektedir. Bu durumda raporun sonuç kısmının faaliyet raporuna ve denetim raporuna eklenebilmesi için, aynı yönetim kurulu üyesi ya da farklı yönetim kurulu üyelerinden birisi tarafından ayrıca talep edilmesi gerekecektir. Hâkim şirket raporu hazırlattırıldıktan sonra sadece yönetim kurulunun incelemesine sunulur. Bunun dışında yayımlanamayacağı gibi, genel kurula sunulması ya da genel kurul tarafından talep edilmesi mümkün değildir.

Bu suç soyut tehlike suçudur. Suçun oluşabilmesi için TTK m.199/4’ün birinci cümlesinde sayılan fiillerin ihlali ile suç gerçekleşir. Ayrıca bundan bir zararın doğmasına ihtiyaç yoktur.

b. Hâkim Şirket Raporu Hazırlanabilmesi İçin Bağlı Şirket Yetkililerinin Gerekli Bilgi ve Belgeleri Vermemeleri

Bağlı şirketler, hâkim şirketin hükümde belirtilmiş olan nitelikte bir rapor hazırlayabilmesi için gerekli olan bilgi ve belgeleri hâkim şirketin bu işle görevlendirilen uzmanlarına vermekle yükümlüdürler (TTK m.194/4). Dolayısı ile hâkim şirket tarafından istendiği halde, hâkim şirket raporu hazırlanabilmesi için gerekli olan evrakın verilmemesi, bağlı şirketin bu işten sorumlu yöneticilerinin cezai sorumluluğunu gerektirecektir. Ancak, bağlı şirketler, ret için yorum yer bırakmayacak açıklıkta bir haklı sebebin varlığını ispat edebilirlerse, istenilen belge ve bilgileri vermekten kaçınabilirler. Hükümün gerekçesinde, istenilen bilginin, raporu hazırlama amacı dışında mesela bir haberde, davada, diğer bir raporda kullanılacak olması, rakibe, potansiyel rakibe veya yabancılara verilme tehlikesi taşıması haklı sebepler olarak sayılmıştır. Bilginin ayrıca amaca uygun olarak kullanılacak olması, bağlı şirketin yukarıda sayılan durumdaki haklılığını ortadan kaldırmayacaktır¹¹⁹.

¹¹⁸ RG, 28.08.2012, 28395.

¹¹⁹ Gerekçe, TTK m.199/4.

c. Rapor Hazırlanması İsteminde Bulunan Yönetim Kurulu Üyesinin Bunu Üçüncü Bir Kişinin Yararlanması Amacıyla Yapmış Olması

TTK m.199/4'nin son cümlesinde, rapor hazırlanması talebinin bir başkasının yararlanması amacıyla yapılmış olması halinde, istemde bulunan yönetim kurulu üyesinin bunun sonuçlarından sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle bu düzenlemenin, kanunilik ilkesi gereğince bir cezai hüküm değil de özel bir sorumluluk hali olarak değerlendirilmesi yanlış olmayacaktır. Hükümün lafzından, aslında üçüncü kişi için böyle bir talepte bulunulmasının yasaklanmış olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, kanun koyucunun, üçüncü kişi tarafından rapor kullanılarak şirket menfaatlerinin tehlikeye düşürülmesi ile ortaya çıkabilecek zarar veya zarar tehlikesini cezalandırmak istemiş olabileceği söylenebilir. Bu bakımdan, bu suç soyut tehlike suçu olup, TTK n. 199/4'de düzenlenen diğer suçlardan farklı olarak icra hareketiyle işlenebilmektedir.¹²⁰

B. Ticaret Şirketlerinin Ticaret Bakanlığı Tarafından Denetlenmesini Engelleme Suçu (TTK m.562/4)

1. Hükümün Amaç ve Kapsamı

TTK m.562/4 hükmü ile Ticaret Bakanlığı tarafından yapılacak denetimin engellenmesine ilişkin cezai sorumluluk düzenlenmiştir. Buna göre, bu Kanun hükümlerine göre tutulmakla veya muhafaza edilmekle yükümlü olunan defter, kayıt ve belgeler ile bunlara ilişkin bilgileri, 210. maddenin birinci fıkrasına göre denetime yetkili olanlarca istenmesine rağmen vermeyenler veya eksik verenler ya da denetim elemanlarının görevlerini yapmalarını engelleyenler, üçyüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılmaktadır.

TTK m.210/1'de ticaret şirketlerinin Ticaret Bakanlığı'nın denetimine tabi olduğu hüküm altına alınmıştır. Buna göre, Ticaret Bakanlığı bu Kanun'un ticaret şirketlerine ilişkin hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili olarak tebliğler yayınlamaya yetkili kılınmıştır. Ticaret şirketleri ile ticaret sicili müdürlükleri sözü edilen tebliğe uymakla yükümlüdürler. Ticaret şirketlerinin, bu Kanun kapsamındaki işlemleri, Ticaret Bakanlığı'nın denetim elemanları tarafından denetlenir. Bu denetimin ilke, usul ve esasları ile denetime tabi işlemler Bakanlıkça hazırlanan yönetmelikle düzenlenir.¹²¹

TTK'da üç ayrı denetim türü bulunmaktadır. Bunlar: bağımsız denetim (TTK m.397), bakanlık denetimi (TTK m.210) ve özel denetimdir (TTK m.438,

¹²⁰ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 431.

¹²¹ "Ticaret Şirketlerinin Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik". RG 28.08.2012, 28395.

635). Bu başlık altında incelenmekte olan suç, Ticaret Bakanlığı'nın ticaret şirketleri üzerinde gerçekleştirdiği kamu denetimidir¹²². Denetimin amacını, şirketlerin TTK'ya ve Kanuna dayanılarak çıkarılan düzenleyici işlemlere uygun olarak işlem yapıp yapmadıklarının incelenmesi oluşturmaktadır (GTB Yönetmelik, m.4). TTK m.210 kapsamında yapılacak denetim ticaret şirketlerinin kamu düzenine aykırılık halleridir. Oysa sözü edilen yönetmelik hükümleri incelendiğinde, Kanun'un vermediği yetkiler GTB denetimi kapsamına dâhil edilmiş, örneğin şirketlerin hesap denetimi ve genel kurulun yapacağı denetim ve düzeltmeler de denetim konusu içine alınmıştır¹²³.

TTK m.562/4'de iki ayrı suçun düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Bunlardan ilki denetim elemanlarınca istenilen belge ve bilgilerin verilmemesi ya da eksik verilmesi, ikincisi ise denetim elemanlarının görev yapmalarının engellenmesidir.

2. Yetkililerce İstenilen Defter, Kayıt ve Belgeler ile Bunlara İlişkin Bilgilerin Verilmemesi Suçu

TTK m.562/4 hükmü ve GTB Yönetmeliğinin 10. maddesine göre, şirketlerin yönetim organı üyeleri, yönetimle görevlendirilen kişiler, komiteler ve şirket çalışanları; gizli dahi olsa yazılı veya elektronik ortamda tutulan her türlü defter, kayıt, dosya, tutanak ve belgeleri Ticaret Bakanlığının denetim elemanlarının talebi üzerine uygun süre içinde vermek, incelemelerine hazır bulundurmak yükümlülüğü altındadırlar. Bu suç fiilinin oluşabilmesi için iki seçimli hareketin söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Bunlar, Kanun hükümlerine göre tutulmak ve muhafaza edilmekle yükümlü olunan defter, kayıt ve belgeler ile bunlara ilişkin bilgilerin, bakanlık yetkililerince istenmesine rağmen verilmemiş veya eksik verilmiş olmasıdır. Sözü edilen bilgi ve belgelerin verilmesinden kasıt, bunların denetim görevlilerine bizzat teslim edilmesi ya da görevlilerin bunlara ulaşmasını sağlamaya yönelik önlemlerin alınması anlamına gelmektedir¹²⁴. Şirket yetkilileri, istenilmiş olan tüm belge ve bilgileri vermekle yükümlüdürler. Belgelerin bazılarının verilmemesi, eksik verilmesi anlamına gelir.

İstenilen belge ve bilgilerin hangi süre içinde verilmesi gerektiği konusunda TTK'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda GTB Yönetmelik m.10/1'de istenilen belge ve bilgilerin uygun bir süre içinde verilmesinden bahse-

¹²² MEMİŞ, Tekin, Şirketler Hukukunda Denetim, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVI, S. 3-4, (2012), s. 158.

¹²³ MEMİŞ, s. 159; YILDIZ, Şükrü, Ticaret Şirketlerinin Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca Denetlenmesi, *Türk Ticaret Kanununa İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi*, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2014, s. 101.

¹²⁴ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 470.

dilmekte, m.10/2'de ise bu uygun sürenin iki iş gününden az on iş gününden fazla olamayacağı belirtilmektedir. Aynı maddede bu sürenin, şirketlerin işlem hacimleri, organizasyon yapıları ve denetimin kapsamı gibi hususlar göz önünde bulundurularak bakanlığın denetim elemanlarınca belirleneceği, haklı sebeplerin varlığı halinde bu sürenin yine onlar tarafından uzatılabileceği düzenlenmiştir. Öngörülen süre içinde talep edilen belge ve bilgilerin verilmemesi ya da eksik verilmesi, sözü edilen belgeleri vermektan kaçınma anlamına geleceği için, bu durum suç olarak düzenlenmiş olan belge ve bilgilerin verilmemesi fiilini oluşturacaktır.

Bu suçun oluşması bakımından defter, belge, kayıt ve bilgilerin verilmemesi ya da eksik verilmesi yeterli olduğu için, burada bir ihmali suç söz konusudur. Suç soyut tehlike suçu olup, suçun oluşması için bir zarar veya zarar tehlikesi aranmaz¹²⁵. Suçun işlenebilmesi için failin genel kastı yeterlidir. İstenilen belge, bilgi ve kayıtların bilerek ve isteyerek verilmemesi ya da eksik verilmesi failin kastını oluşturur.

3. Denetim Elemanlarının Görev Yapmalarını Engelleme Suçu

Kanun koyucu, belge ve bilgilerin verilmemesi ya da eksik verilmesi dışında, ayrıca denetim elemanlarının görev yapmalarının engellenmesini de suç olarak düzenlemiştir. Ancak hangi eylemlerin denetim elemanlarının görev yapmasının engellenmesi anlamına geleceği Kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bu bakımdan öncelikle denetim elemanlarının görev ve yetki sınırlarının tespit edilmesi, daha sonra ise denetlenen şirket yetkililerinin bu süreçteki yükümlülüklerinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu amaçla, denetim ilkeleri ile denetim elemanlarının görev ve yetkilerini düzenleyen GTB Yönetmeliği hükümlerine müracaat edilecektir.

Yönetmeliğin 10. maddesinin birinci fıkrasına göre, şirketlerin yöneticileri, komiteler ve şirket çalışanları; her türlü defter, kayıt, dosya, tutanak ve belgeleri denetim elemanlarının talebi üzerine uygun süre içinde verme, incelemelerine hazır bulundurma veya gösterecekleri yere getirip teslim etme, tüm bilgi işlem sistemini denetim amaçlarına uygun olarak açma, elektronik ortamda tutulan kayıtları okunabilir hale getirme, sözlü veya yazılı olarak sorulan hususlara ilişkin cevapları verme, denetimin gereği gibi yürütülebilmesi için denetim elemanlarına görevleri süresince uygun bir çalışma ortamı sağlama, gereken her türlü yardımı sağlama ve gerekli diğer önlemleri alma yükümlülüğü altındadırlar. Görüldüğü gibi, yönetmelik hükmünde, şirket yöneticilerinin denetim kap-

¹²⁵ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 471.

samındaki yükümlülükleri ayrıntılı bir şekilde sayılmış, belirtilen hususlar dışında kalan ve denetimi ilgilendiren diğer konular ise “diğer önlemler” ibaresi içine alınmıştır. Dolayısı ile ticaret şirketlerinin yöneticilerinin denetim kapsamında yükümlülüklerini yerine getirmemeleri, örneğin elektronik kaynaklara ulaşılması için şifreleri vermekten kaçınma, yöneltilen sorulara kaçamak cevaplar verme ya da uygun bir çalışma ortamı sağlanmaması gibi hususlar denetim elemanlarının görev yapmalarını engelleme suçunu oluşturabilecektir.

Bu suç hem icrai hem de ihmali hareketle işlenebilir. Suçun oluşması bakımından bir zarar meydana gelmiş olmasına ya da zarar tehlikesinin ortaya çıkmış olmasına gerek yoktur. Suç soyut tehlike suçudur¹²⁶. Denetim elemanlarının görev yapmalarını engelleme suçu genel kastla işlenebilen bir suç olup, kişinin bilerek ve isteyerek engelleme anlamına gelecek hareketlerde bulunması failin genel kastını oluşturur. Denetime engel olma fiilinin daha ağır cezayı gerektirecek bir suç oluşturması halinde, adli para cezası öngören TTK m.562/4 hükmü uygulanması söz konusu olmayacaktır.

4. Fail, Mağdur ve Hukuki Konu

Bu suç bakımından fail olabilecekler GTB Yönetmelik m.10’da belirtilmiştir. Bu kişiler, denetim görevlilerine tutulması ve saklanması zorunlu olan belgeleri, bilgileri ve kayıtları vermekle ve denetimin yapılmasını engelleyici hareketleri yapmamakla yükümlü tutulan şirketlerin yönetim organı üyeleri, yönetimle görevlendirilen kişiler, komiteler ve şirket çalışanlarıdır. Bu suçla korunan değer, ticaret şirketlerinin kuruluş, işleyiş, yapısal değişiklikler, şirketler topluluğu, şirket organları, denetim ve finansal tablolar ile diğer tüm faaliyet aşamalarına ilişkin işlemlerin denetlenmesinin sağlanmasına ilişkin kamusal menfaatlerdir¹²⁷. Suç çok mağdurlu bir suçtur. Bunlardan ilki, denetimi yapan kurum olan Ticaret Bakanlığı, ikincisi ise denetim görevini yapması engellenen denetim elemanlarıdır¹²⁸.

C. Şirkete Borçlanma Yasağının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk (TTK m.562/5-(b) ve (c))

Bir sermaye şirketi olan anonim şirketlere hâkim olan ilkelerden birisi de sermayenin korunması ilkesidir. Sermayenin korunması ilkesi, şirkete karşı taahhüt edilen sermayenin tam ve zamanında ifa edilmesini, sermayenin geri ödenmesinin veya geri ödeme anlamına gelecek işlemlerin önlenmesini ve şir-

¹²⁶ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 473.

¹²⁷ Denetim konusu işlemler anılan Yönetmeliğin 5. maddesinde ayrıntılı olarak sayılmıştır.

¹²⁸ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 468.

ketin acze düşmesi halinde alınması gereken tedbirleri ifade etmektedir¹²⁹. Sermayenin korunmasında, sadece pay sahiplerinin değil, şirketin, alacaklıların, şirket çalışanlarının ve genel olarak tüm ticari hayatın menfaati bulunmaktadır. Bu bağlamda, sermayenin korunmasına hizmet eden önlemlerden birisi de şirkete karşı borçlanma yasağının düzenlemeye kavuşturulması ve bu yasağın ihlalinin cezai müeyyideye bağlanmış olmasıdır¹³⁰. Bu doğrultuda, 6102 sayılı TTK'da şirkete borçlanma yasağı getiren iki önemli düzenleme öngörülmüştür. Bunlardan birisi TTK m.358'de düzenlenmiş olan pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı, diğeri ise TTK m.395/2'de hüküm altına alınmış olan pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan yakınlarının şirkete borçlanma yasağıdır.

TTK m.358 ile m.395/2 hükümleri, TTK m.644/1-b bendine göre limitet şirketlere de uygulanacaktır. Ancak bu yasağın ihlalinin suç oluşturacağına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığı için, kanunilik ilkesi gereği, bu fiili işleyen ortakların cezalandırılması söz konusu olamayacaktır¹³¹. Diğer taraftan kanun koyucu şirketler topluluğu bakımından bir istisna getirerek, TTK m.202 hükmü saklı kalmak şartıyla, şirketler topluluğuna dâhil şirketlerin birbirlerine kefil olmalarını ve garanti vermelerini borçlanma yasağı kapsamı dışında tutmuştur (TTK m.395/3).

1. Pay Sahiplerinin Şirkete Karşı Borçlanma Yasağının İhlali Suçu (TK m.562/5-b)

a. Borçlanma Yasağının Amaç ve Kapsamı

TTK m.562/5-(b) bendine göre, TTK'nin 358. maddesine aykırı olarak pay sahiplerine borç verenler, üç yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır. Gönderme yapılan TTK m.358'in iki farklı evresi bulunmakta olup, hüküm yürürlüğe girmeden önce 6335 sayılı Kanun ile önemli ölçüde değişikliğe uğramıştır¹³².

¹²⁹ Daha fazlası için bkz. TEKİNALP, Ünal, Anonim Ortaklıklarda Sermayenin Korunması İlkesi, **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, C. II, İstanbul 2010, s. 1683; TEKİNALP, N. 9-06c.

¹³⁰ HIZIR, Serdar, Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağını Düzenleyen TTK m.358 Üzerine Bazı Değerlendirmeler, **BATİDER**, C. XXIX, S. 2, 2013, s. 227, 228; TAMER, Ahmet, Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Getirilen Bir Yenilik: "Pay Sahiplerinin (Ortakların) Şirkete Borçlanma Yasağı" (TTK m.358), **TBB Dergisi**, 2012 (102), s. 93; YÜCE, Aydın Alber, Anonim ve Limited Şirketlerde Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanma Yasağı, **REGESTA**, C. 2, S. 2, 2012, s. 61; TORAMAN ÇOLGAR, Emek, **Şirkete Borçlanma Yasağı**, İstanbul 2019, s. 128.

¹³¹ GÜLŞEN, s. 12.

¹³² 6335 sayılı Kanun öncesi ve sonrası bakımından geniş açıklamalar için bkz. HIZIR, s. 230 vd.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanun'undan önceki dönemde, pay sahipleri şirket kasasından para çekerek, şirket malvarlığının boşaltılmasına ve böylece haksız bir şekilde şirketten yararlanmalarına, şirket malvarlığından hâkim çoğunluk gibi nemalanamayan küçük pay sahiplerinin mağduriyetine, dağıtılmayan kârın örtülü şekilde pay sahiplerine aktarılması nedeniyle vergi kaybına ve alacaklarını almak için şirkete başvurduğunda şirketin içinin boşaltılmış olması nedeniyle, alacağını alamayan alacaklıların mağduriyetine neden olmaktadır.¹³³ Bu mahzurların önüne geçebilmek için TTK m.358 ile pay sahiplerinin iştirak taahhüdü hariç şirkete borçlanmaları mutlak anlamda yasaklanmış, sadece bu borçlanmanın şirketle, şirketin işletme konusu ve pay sahibinin işletmesi gereği olarak yapılmış bulunan bir işlemde doğmuş olması ve emsalleriyle aynı veya benzer şartlara tabi tutulması halinde yasağa tabi olmayacağı hükme bağlanmıştı. Ancak TTK m.358'in ilk hali, ticari hayatın gerçekleriyle bağdaşmadığı yönündeki yoğun eleştiriler karşısında değiştirilmiş ve 6335 sayılı Kanunla da son şeklini almıştır. Böylece, önceki düzenlemede yasak kural, izin istisna iken; yeni metinde izin kural, yasak ise istisnai hale getirilmiş ve hüküm oldukça yumuşatılmıştır¹³⁴.

Bu düzenlemenin amacı, şirket ortaklarının ve yöneticilerinin acil ihtiyaçlarının makul bir vade içerisinde, şirkete zarar vermeyecek şekilde karşılanmasıdır¹³⁵. Buradaki makul süreden kasıt, ihtiyacın makul bir süre içinde karşılanması değil, şirketten borç alınan değer için makul bir süre içerisinde şirkete iadesinin sağlanmasıdır¹³⁶. Yine 6335 sayılı Kanun m.15'in gerekçesinde, şirket mal varlığının karşılıksız olarak kullanılmayacağı, karşılıksız olarak kullanılması halinde bazı cezai hükümlerin uygulanacağına yönelik ifadelerden, şirkete karşılıksız borçlanılamayacağı anlaşılmaktadır. Dolayısı ile sadece şirketten alınan borcun iadesi yeterli değildir; borcun vadesi de belirlenmeli ve borç alan pay sahibinin bunun için ayrıca faiz de ödemesi gerekir¹³⁷. Borcun vadesinin hiç belirlenmemiş ya da vadenin gereğinden fazla uzun tutulmuş olması ve piyasa düzeyinde faiz istenmemiş olması halinde¹³⁸, TCK m.155 uyarınca güveni kötü-

¹³³ KARAHAN, Sami, Anonim Şirkette Borçlanma Yasağı ve 6335 sayılı Kanun ile Getirilen Değişikliğin Sonuçları, <http://www.ticaretkanunu.net/makale-24/>, E.T. 01.02.2023.

¹³⁴ KARAHAN, age.

¹³⁵ TTK m.358 ile ilgili 6335 sayılı Kanun gerekçesi.

¹³⁶ HIZIR, s. 234; HIZIR, Serdar / MERKİ, Duygu, Anonim Şirketlerde Borçlanma Yasağına Aykırılık Teşkil Eden Fiillerin Cezai Sonuçları, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 63 (4) (2014), s. 784, dph. 11.

¹³⁷ POROY / TEKİNALP (ÇAMOĞLU), *Ortaklıklar - I*, N. 512e.

¹³⁸ Bu konuda bir çözüm olarak, şirketten alınan değerlerin hangi süre içinde ve hangi şartlarda ifa edileceğinin esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle belirlenebileceği konusunda açıklamalar için bkz. HIZIR, s. 237.

ye kullanma suçunun veya bu borçlanmadan kaynaklı şirketin iflası halinde TCK m.161'de düzenlenen hileli iflas suçunun oluşacağı belirtilmiştir¹³⁹.

Diğer taraftan, hükümdeki borçlanma yasağını sadece şirketten ödünç para alma ve diğer şahsi harcamaların şirket mal varlığından karşılanması ile sınırlandırmamak gerekir. Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerinin borçlanma yasağını düzenleyen TTK m.395/2'deki gibi, şirketin bu kişiler için vermiş olduğu teminat, kefalet ve garantiler ile bunların borçlarının şirket tarafından devralınmasını da borçlanma yasağı kapsamında değerlendirmek gerekir¹⁴⁰. Aksi takdirde hükmün kapsamı, düzenleniş amacına aykırı bir şekilde daraltılmış olacaktır. Yine aynı şekilde, sermaye borcu dışında kalan bir borcundan dolayı pay sahibinin şirket tarafından karşılıksız olarak ibra edilmesi, pay sahibinden emsallerinden açıkça farklı bir biçimde mal ya da hizmet tedarik edilmiş olunması da borçlanma yasağı kapsamında ele alınması gerekir¹⁴¹. Bununla birlikte, her türlü taahhüt işlemi TTK m.358'deki borçlanma yasağı kapsamında değerlendirilemez. Hükmün gerekçesinden, kanun koyucunun amacının şirket sermayesinin korunması olduğu anlaşılmaktadır. Bu noktada önemli olan şirket mal varlığından bir değer çıkmış olup olmadığı ya da şirketin borçlanması ile sonuçlanan bir taahhüt altına girip girmediğidir¹⁴². Dolayısı ile şirketin bir taşınmazının pay sahibi tarafından kiralanmasında olduğu gibi, şirketin tasarruf alanından çıkmayan değerler bakımından bu yasağın uygulanması söz konusu değildir¹⁴³.

TTK m.358'de düzenlenen borçlanma yasağının muhatabı olanlar şirketin pay sahipleridir. TTK m.562/5-b'de açıkça pay sahibine borç verilmesini cezalandırmaktadır. Bu itibarla, pay sahibi dışında kalan paydan yararlanan intifa hakkı sahipleri ile diğer hak sahipleri, kanunilik ilkesi gereği, hükmün kapsamına dâhil değildir¹⁴⁴. Burada önemli olan, borç doğuran işlemin tarafının pay sahibi olmasıdır. Bu husus gerçekleşikten sonra, borçlanma sonucunda elde edilen menfaatin kim tarafından kullanıldığının da bir önemi yoktur. Şu halde, söz

¹³⁹ Gerekçe, 6335 sayılı Kanun m.15.

¹⁴⁰ HIZIR, s. 235; TAMER, s. 104.

¹⁴¹ HIZIR, s. 235.

¹⁴² TAMER, s. 103; HIZIR, s. 236.

¹⁴³ TAMER, s. 103.

¹⁴⁴ TORAMAN ÇOLGAR, s. 144, Aksi görüş için bkz. YÜCE, s. 67, yazar, intifa hakkı sahibinin oy kullanma hakkına sahip olmasını gerekçe göstererek, hükmün kapsamına dâhil olması gerektiğini ileri sürmektedir; HIZIR ise TTK m.358'in istisnai bir hüküm olduğu, istisnai hükümlerin kapsamının genişletilmemesi gerektiği, bu nedenle, pay sahipleri dışında, hükümde sayılmayan diğer hak sahiplerinin TTK m.358 kapsamına dâhil olmadığını belirtmektedir, s. 238, dpn. 29.

gelimi, pay sahibinin şirket ile bir üçüncü kişi lehine sözleşme yapmış olduğu bir durumda yine TTK m.358'in uygulanması gerekmektedir¹⁴⁵.

b. Şirkete Borçlanabilmenin Şartları

TTK m.358'de pay sahiplerinin şirkete borçlanabilmeleri için iki şart öngörülmüştür. Bunlardan birisi, pay sahiplerinin, sermaye taahhütlerinden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmiş olmaları, diğeri ise şirketin serbest yedek akçelerle birlikte karının geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmasıdır. Görüldüğü gibi bu şartlardan birisi pay sahibinin şirkete karşı tek borcunun ifasına ilişkin subjektif bir şart oluşturmakta iken, diğeri şirketin içinde bulunduğu mali durumla ilgili objektif bir koşuldur¹⁴⁶. Bu şartlardan her ikisinin de bir arada gerçekleşmiş olması gerekli olup, birisinin olumsuz olması durumunda pay sahiplerinin şirketten borç alabilmesi mümkün olmayacaktır. Hükümde sözü edilen koşulların yokluğuna rağmen pay sahibine borç verilmesi TTK m.562/5-b'de düzenlenen suç oluşturacaktır. Ancak bu düzenleme yöneticilerin, kanunda belirtilen şartları yerine getirmekle sınırsız olarak şirketten borç para alabilecekleri anlamına gelmemektedir. Zira aksinin kabulü sermayenin korunması ilkesine aykırılık oluşturur¹⁴⁷.

TTK m.358'e göre pay sahiplerinin şirkete borçlanabilmelerinin ilk şartı, vadesi gelmiş olan sermaye borçlarını ifa etmiş olmalarıdır. Bir sermaye şirketi olan anonim şirkette pay sahibinin tek borcu, taahhüt etmiş olduğu sermaye payını ödemesidir. Tek borç ilkesi olarak adlandırılan ve TTK m.480/1'de düzenlenen bu ilkeye göre, Kanunda öngörülen istisnai haller dışında, pay sahiplerine esas sözleşmeyle, pay bedelini veya payın itibari değerini aşan primi ifa dışında herhangi bir borç yükletilemeyecektir¹⁴⁸. Kanun koyucu buna çok önem vermiş, öyle ki, oy hakkının doğumu dahi payın kanunen veya esas sözleşmeyle belirlenmiş bulunan en az miktarının ödenmesi koşuluna bağlanmıştır (TTK m.435). Ancak hüküm, vadeden bağımsız olarak sermaye borcunun tamamının ifasını zorunlu tutmadığı için, vadesi gelmeyen sermaye borcunun bulunmasına rağmen, pay sahibinin şirketten borçlanabilmesi söz konusu olabilecektir. Bu durumda pay sahiplerinin, şirketten borç alarak, yine şirkete karşı taahhüt etmiş oldukları sermaye borçlarını ödeyebilmeleri dahi mümkündür. Bu yönüyle TTK m.358 düzenlemesi eleştiriye açıktır¹⁴⁹.

¹⁴⁵ TAMER, s. 105; HIZIR, s. 239.

¹⁴⁶ TAMER, s. 109.

¹⁴⁷ Gerekçe, TTK m.358 (6335 sayılı Kanun).

¹⁴⁸ Tek borç ilkesine ilişkin bkz. POROY / TEKİNALP (ÇAMOĞLU), **Ortaklıklar - II**, N. 1019; PULAŞLI, **Şirketler Hukuku Şerhi**, § 43, N. 1 vd.

¹⁴⁹ KENDİGELEN, s. 244; POROY / TEKİNALP (ÇAMOĞLU), **Ortaklıklar - I**, N. 512e; TORAMAN ÇOLGAR, s. 214.

Pay sahiplerinin şirkete borçlanabilmesinin diğer bir şartı ise şirketin serbest yedek akçelerle birlikte karının geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmasıdır. Bu şartın getirilmesinin amacı, şirketin borç verebileceği kabul edilebilir mali seviyede olması aranarak, mali durumu zayıf olan şirketlerden borç alınmasının engellenmek istenmesidir¹⁵⁰. Hükümde, serbest yedek akçelerle birlikte karın geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olması arandığından, öncelikle bunun tespitinde hangi bilançonun esas alınacağı belirlenmelidir. Bu konuda Kanunda açık bir düzenleme bulunmadığı için, öğretide farklı görüşler ortaya çıkmıştır¹⁵¹. İlk önce yıllık bilanço akla gelse de, şirketin yıllık bilançosu bir önceki faaliyet yılının finansal verilerini içermesinden dolayı, şirkete borçlanma sırasında TTK m.358³'de aranan şartın mevcut olup olmadığı konusunda sağlıklı bir sonuca varılmasını sağlamayacaktır. Bu bakımdan, en doğrusu borçlanma işleminin gerçekleşmesinden önce bir ara bilançonun çıkarılarak, ilgili şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin buna göre belirlenmesidir¹⁵².

Bu noktada başka bir konu, pay sahiplerinin şirkete borçlanabilmesi için şirketin faaliyet dönemini kar ile kapatmış olması gerekip gerekmediği hususudur. Hükümün uygulanabilmesi için, şirketin son yıllık bilançosuna göre kar edilmiş olması şart değildir. Burada önemli olan, şirketin geçmiş yıl zararı bulunmaması, zarar bulursa bile yedek akçelerin zarardan fazla olmasıdır. Dolayısıyla ile geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde şirket kaynakları buldukça, kar edilmese bile borçlanmanın mümkün olması gerekir¹⁵³.

c. Suçun Faili ve Mağduru

TTK 358. maddenin ihlali halinde, şirkete borçlananların değil, şirket kasasından pay sahiplerine borç verenlerin cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Diğer bir ifadeyle, yasağın ihlali halinde, şirkete borçlanan kişilerin cezai sorumluluğu söz konusu değildir.¹⁵⁴ Bir anonim şirkette, şirket adına borç verebilecek

¹⁵⁰ Aynı yönde bkz. YÜCE, s. 77; TAMER, s. 111.

¹⁵¹ TTK m.509/3 uyarınca kar payı avansı dağıtılmasının mümkün olduğu bir durumda borçlanmanın da serbest olması gerektiği, kar payı avansı için çıkarılacak bir ara bilançonun pay sahibinin şirkete borçlanması bakımından da kullanılabilmesi yönünde bkz. KENDİGELEN, s. 244, dpn. 57; İç kaynaklardan yapılan sermaye artırım hakkındaki TTK m.462 ile bölünmeye ilişkin TTK m.165'in kıyasen uygulanarak, borçlanma işlemi ile son yıllık bilanço tarihi arasında altı aydan fazla bir süre geçmesi halinde ara bilanço çıkarılması gerektiği görüşü için bkz. TORAMAN ÇOLGAR, s. 234.

¹⁵² HIZIR, s. 280; TAMER, 112.

¹⁵³ ÖZKORKUT, Korkut, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Şirkete Borçlanma Yasağı, Finansal Raporlama ve Bağımsız Denetime İlişkin Değişiklikler, **BATİDER**, C. XXVIII, S. 3, 2012, s. 50 vd.; HIZIR, s. 270; TORAMAN ÇOLGAR, s. 230; Aksi görüş için bkz. YÜCE, s. 77.

¹⁵⁴ KARAHAN, age.

kimseler başta yönetim kurulu üyeleri, yönetimin devredilmesi halinde murahhas üye ya da murahhas müdürler ve borç verme yetkisine sahip diğer yetkililerdir. Bu bakımdan, borç verme yetkisine sahip olmayan kimseler bu suçun faili olmazlar. Bir şirkette tam olarak kimlerin borç verdiği ancak somut olaya göre belirlenebilir. Bu suçun faili olabilme belirli bir hukuki konumda bulunmayı gerektirdiği için burada özgü suç söz konusudur¹⁵⁵. TTK m.358'in şirket yöneticilerinin hükümde düzenlenmiş olan şartlara aykırı olarak pay sahibine borç vermesini yasaklayıcı özelliği de bulunduğu için, borçlanma işlemi neticesinde şirketin uğramış olduğu zarardan dolayı yönetim kurulu üyeleri sorumludur¹⁵⁶.

Yukarıda açıklandığı gibi, TTK m.358'de pay sahibinin şirkete borçlanabilmesi için iki şartın gerçekleşmesi aranmıştır. Bu şartlardan birisinin yokluğuna rağmen pay sahibine borç verilmesi bu suçu oluşturmaktadır. Dolayısı ile burada yasaklanan fiil borç ilişkisinin kendisi değil, bu şartlardan birisinin yokluğu bilinerek pay sahibi ile şirket arasında borç ilişkisinin kurulmasıdır. Suçun ihdası şirketin mal varlığının korunması amacına yönelik olduğu için, bu suçun mağduru şirket olabilir. Şirketin ortakları ile alacaklılarını ise suçtan zarar görenler olarak kabul etmek gerekir¹⁵⁷.

2. Pay Sahibi Olmayan Yönetim Kurulu Üyeleri ile Yakınlarının Şirkete Borçlanma Yasağının İhlali Suçu (TTK m.562/5-c)

a. Borçlanma Yasağının Amaç ve Kapsamı

TTK m.562/5-(c) bendinde öngörülen düzenlemeye göre, bu Kanun'un 395. maddesinin ikinci fıkrasının birinci veya ikinci cümlesi hükümlerine aykırı olarak hareket edenler, üç yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılmaktadır. TTK'nin 395. maddesinin ikinci fıkrasında ise, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393. maddede sayılan yakınlarının şirkete nakit borçlanamayacağı hüküm altına alınarak¹⁵⁸, şirketin bu kişiler için aynı zamanda kefalet, garanti ve teminat vermesi, sorumluluk yüklenmesi ve bunların borçlarını devralması yasaklanmıştır. Sadece hükümde belirtilen hususlarda borç verilmesi cezai yaptırıma tabi tutulmuş olup, yasağın kapsamını, nakit borçlanma ve şirketin mevcut bir borca katılarak sorumluluk yüklendiği haller oluşturmaktadır. Bununla birlikte, hükmün ikinci cümle-

¹⁵⁵ HIZIR / MERKİ, s. 784; KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 479.

¹⁵⁶ TORAMAN ÇOLGAR, s. 135.

¹⁵⁷ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 479.

¹⁵⁸ Bu durumda hükümde sayılan kişilerin şirkete aynı borçlanabileceği yönünde bkz. KARAHAN, age.; AYAN, s. 146.

sinde geçen garanti sözleşmeleri dar yorumlanmamalı, bir borç devri öngören veya sorumluluk yükleyen sözleşmeleri de borçlanma yasağı kapsamında değerlendirmek gerekir. Söz gelimi pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesi lehine aval verilmesi de borçlanma yasağının ihlali anlamına gelebilir¹⁵⁹.

TTK m.393/1'de işaret edilen yakınlar ise, yönetim kurulu üyesinin eşi, alt ve üst soyundan birisi ile üçüncü derece dâhil kan ve kayın hısımlarından oluşmaktadır.

İki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, yasağın ihlalinin, hem hukuki hem de cezai müeyyidesinin söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Hukuki müeyyide olarak, yasağın ihlali halinde; şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklılarının bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebileceği hükme bağlanırken; cezai müeyyide olarak, yasağı ihlal edenlerin üç yüz günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür.

TTK m.395/2'de düzenlenmiş olan borçlanma yasağı, pay sahibi olan yönetim kurulu üyelerinin TTK m.358'e tabi olması nedeniyle, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile onların pay sahibi olmayan yakınlarını kapsamaktadır. TTK m.562/5-(c) bendinin amacı, şirkete borçlanma yasağına tabi olan yönetim kurulu üyelerinin, gerçekte kendileri borçlandığı halde, kanunun hükmünü dolanmak amacıyla akrabalarını borçlanmış gibi gösterme ihtimalinin önüne geçmektir¹⁶⁰.

Suçun iki seçimlik hareketten oluştuğu belirtilmektedir. Bunlardan birincisi, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile onların Kanunda sayılan yakınlarının şirkete nakit olarak borçlanması, diğeri ise şirketin bu kişilerle hükümde belirtilen sözleşmelerden birini yapmasıdır. Her iki hareketin de suç oluşturabilmesi için bir zararın meydana gelmiş olması gerekmez, salt hareketin yapılması neticesiz suç oluşturmaktadır. Bu suç soyut tehlike suçudur, borçlanma yoluyla şirketin zarara uğramış olması şartı aranmaz¹⁶¹.

b. Fail, Mağdur, Kusurluluk ve Korunan Hukuki Menfaat

Bu suçun oluşabilmesi için, yönetim kurulu üyesi ve onların yakını olma sıfatlarının fiilin gerçekleştiği anda, yani şirketle borç ilişkisinin kurulduğu sırada, bulunması gerekir. Suçun faili, TTK m.395/2'nin birinci cümlesinin ihlalinde nakit borç veren yönetim kurulu üyeleri ile borç alan yönetim kurulu üyesi

¹⁵⁹ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 493.

¹⁶⁰ TAMER, s. 97.

¹⁶¹ GÜLŞEN, s. 13; KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 491.

ve onların sözü edilen yakınları; ikinci cümlenin ihlalinde ise bu kişilerle Kanunda yasaklanan sözleşmeleri yapan şirket yöneticileridir¹⁶². Bu hükümde, pay sahiplerinin borçlanma yasağından farklı olarak, şirket adına borç verenlerin yanı sıra şirkete borçlananlar da cezalandırılmaktadır.¹⁶³ Bu suçun ihdası ile korunan değer, hükümde sözü edilen kişilerin, şirketle borç ilişkisi kurarak, şirket mal varlığını zarara uğratmalarının önlenmesine yönelik ferdi kamusal menfaattir. Suçun mağduru ise malvarlığı zarar gören anonim şirkettir. Şirket ortakları ile alacaklılar suçtan zarar görenlerdir. Bu suç kasten işlenebilen bir suçtur. Failin kastı, kendisinin ya da yakınlarının kanunda belirtilen konumunun farkında olduğu halde borçlanmayı istemesidir. Öte yandan, hükümde borç verilmesi de yasaklandığı için, borç alanın kanunda belirtilen niteliklerini bildiği halde ona borç verdiğini bilmesi failin kastını oluşturur¹⁶⁴.

D. Ticari Defterlerin Tutulmaması veya Kanuna Uygun Olarak Saklanmamasına İlişkin Cezai Sorumluluk (TTK m.562/6)

1. Ticari Defter Tutma Zorunluluğu, Defter Tutmanın Amaç ve Yararları

TTK m.562/6'da, ticari defterlerin mevcut olmaması veya hiçbir kayıt içermemesi yahut bu kanuna uygun saklanmaması hallerinde, sorumluların üç yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Anılan hükümde, anonim şirkette ticari defterlerin hiç mevcut olmadığı durumlar yanında, mevcut olmakla beraber hiçbir kayıt içermediği ya da defterlerin mevcut olmasına rağmen TTK'ya uygun saklanmadığı hallerin cezai yaptırımı düzenlenmektedir.

Ticari defterler, ticari işletmenin hesaplarıyla, kanunlarda gösterilen diğer işlemlerin kaydedildiği defterler şeklinde tanımlanmaktadır¹⁶⁵. TTK m.18/1 ve m.64/1'e göre her tacir, TTK hükümleri uyarınca ticari defterlerini tutmakla yükümlüdür. Defter tutulmasının amacı işletmenin ticari işlemleriyle mali durumunun açıkça ortaya konmasıdır. Bu hususa ilişkin olarak TTK m.64/1 ve Ticari Defterlere İlişkin Tebliğ¹⁶⁶ m.4/1'e göre, ticari defterleri tutmak ve defterlerinde ticari işlemleriyle ticari işletmesinin iktisadi ve mali durumunu, borç

¹⁶² KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 490.

¹⁶³ KARAHAN, age.

¹⁶⁴ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 494.

¹⁶⁵ AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin, **Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar**, 11. Bası, Ankara 2018, s. 391; ŞENER, Oruç Hami, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 2016, s. 686.

¹⁶⁶ RG, 19.12.2012, 28502.

alacak ilişkilerini ve her hesap dönemi içinde elde edilen neticeleri bu Kanuna göre açıkça görülebilir şekilde ortaya koymak zorundadır. Böylelikle, işletme faaliyetlerinin oluşumu ve gelişmesi defterlerden izlenebilmelidir¹⁶⁷. Tutulacak defterler yoluyla, tacire işletmesinin mali durumu hakkında bilgi sahibi olma; devlete de vergi alacağının tespit ve tahsilinde kolaylık sağlanmış olmaktadır¹⁶⁸. Ayrıca tüzel kişiliğe sahip ticaret ortaklıklarında defterlere dayanılarak çıkarılan bilanço ortaklığın içinde bulunduğu durum hakkında ortakların bilgi edinmesini sağlamaktadır. Bütün bunlar yanında, ticari defterler, ticari uyumsuzlukların çözümünde ispat vasıtası olarak önemli bir fonksiyona sahiptir (HMK m.222).

2. Defter Tutma Yükümlülüğüne Tabi Olanlar

Ticari defterleri tutmakla yükümlü olanlar tacir sıfatına sahip olanlardır (TTK m.18/1, 64/1). Tacir, bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten kişidir (TTK m.12/1). Bunun yanında, fiilen ticari faaliyete başlamamış olsa da, bir ticari işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya ticari işletmesini ticaret siciline tescil ettirecek durumu ilan etmiş olan kimseler de tacir sayılırlar ve ticari defterleri tutmakla yükümlüdürler (TTK m.12/2). Her ne kadar tacir ya da tacir sayılan kişi olmasa da, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olanların da defter tutma yükümlüsü olduğu söylenebilir¹⁶⁹. Zira tacir gibi sorumlu olanların tacir olmanın nimetlerine değil, külfetlerine katlanması gerekmektedir. Ticari defterlerin tutulması yükümlülüğü tacirler için bir külfet olduğuna göre, tacir gibi sorumlu olanların da defter tutması gerekmektedir¹⁷⁰.

TTK m.17'ye göre, tacirlere ilişkin hükümler, donatma iştiraki hakkında da aynen uygulanacağından, donatma iştirakinin de ticari defterleri tutması gerekmektedir. Yine TTK m.195/5 hükmüne göre, tacir sayılan hâkim teşebbüsün de ticari defterleri tutması gerekecektir¹⁷¹. Bir ticari işletme işleten adi şirketin or-

¹⁶⁷ ARKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 28. Bası, Ankara 2022, s. 373.

¹⁶⁸ ARKAN, s. 373; TAŞDELEN, s. 259.

¹⁶⁹ BAHTİYAR, Mehmet / BİÇER, Levent, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticari Defter Tutma Yükümlülüğü ve Ticari Defterlerin İspat Gücü, KHÜHFD, C. 1, S. 1, Haziran 2013, s. 16; TAŞDELEN, s. 264; ARKAN, s. 375; AYHAN / ÇAĞLAR, s. 395; ŞENER, s. 688; SEZGİN HUYSAL, Ayşegül, Yeni TTK ve HMK Çerçevesinde Ticari Defterler, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 18, S. 2, Yıl. 2012, s. 196.

¹⁷⁰ Tacir gibi sorumlu olanların defter tutma yükümlülüğüne tabi olmadığı konusundaki görüş için bkz. BOZER, Ali / GÖLE, Celal, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 2021, s. 330.

¹⁷¹ KARAMAN COŞKUN, Özlem, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. XXI, S. 1, s. 154, 160; ARKAN, s. 375; BOZER / GÖLE, s. 330; AYHAN / ÇAĞLAR, s. 395; BAHTİYAR / BİÇER, s. 16.

takları tacir sıfatını haiz olduğu için, ortakların her birinin ayrı ayrı ticari defter tutması zorunludur¹⁷². Tacir birden fazla ticari işletme işletiyorsa, her bir işletme için ayrı ayrı ticari defterleri tutmakla yükümlüdür.

Ticari Defter Tebliği m.5/4'e göre, özel hukuk hükümlerine göre idare edilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan ve tüzel kişiliği bulunmayan ticari işletmeler ile kamu yararına çalışan dernekler ve vakıflar tarafından işletilen ticari işletmeler ve bunlara benzeyen ve tüzel kişiliği bulunmayan diğer ticari teşekküllerde yevmiye defteri, envanter defteri ve defteri kebir tutulması zorunludur.

TTK m.87'ye göre ticari defter tutma yükümlülüğü, tacirin ticari işletmesini ticaret siciline tescil ettirme yükümlülüğünün doğduğu andan itibaren başlamaktadır. Bununla birlikte, TTK m.87 hükmünün gerçek kişi tacirlere yönelik bir düzenleme olduğu, TTK'ya göre defter tutmakla yükümlü olan herkes bakımından belirleyici olmadığı belirtilmiştir. Zira ticaret şirketleri tacir sıfatını ticaret siciline tescille birlikte kazanırlar ve anonim ve limitet şirketler için teorik olarak ticari işletme işletilmesi zorunluğu da bulunmamaktadır. Yine tacir gibi sorumlu olanların, ticari işletmesi bulunmadığı gibi, bunlar bakımından tescil yükümlülüğü de söz konusu değildir¹⁷³. Bu bakımdan, gerçek kişi tacirlerin ticari işletmelerini kısmen de olsa kendi adlarına işletmeye başladıkları an, ticaret şirketlerinin ise ticaret siciline tescil edilerek tüzel kişilik kazandıkları, tacir sayılanlar ile tacir gibi sorumlu olanların bu konuma girdikleri; ticari işletme işleten dernek ve vakıfların ticari işletmeleri işletmeye başladıkları; donatma işbirliğinin ise müşterek donatanların tacir sıfatını kazandıkları an ticari defter tutma yükümlülükleri başlayacaktır. Defter tutma yükümlülüğünün sona ermesi tacir sıfatının, tacir gibi sayılma ve tacir gibi sorumlu olma konumunun son bulmasına kadar devam etmektedir. Diğer taraftan, tasfiye haline giren ticaret şirketlerinin tacir sıfatı, tasfiye sonunda ticaret sicilinden terkin edilinceye kadar devam ettiği için, bu şirketler tasfiye sürecinde de defterleri tutmakla yükümlüdürler (TTK m.542/1-f, m.287 vd.)¹⁷⁴.

¹⁷² ÜLGEN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet / KAYA, Arslan / NOMER ERTAN, Füsün, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2019, s. 637; ARKAN, s. 375.

¹⁷³ BAHTİYAR, Mehmet / AYLİ, Ali / ŞUA, Mehmet / KARAMANLIOĞLU, Argun, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2022, s. 231.

¹⁷⁴ ŞENER, s. 689; AYHAN / ÇAĞLAR, s. 395.

3. Suç Oluşturan Fiiller

TTK m.562/6'da ticari defterlerin mevcut olmaması veya hiçbir kayıt içermemesi yahut TCK'na uygun saklanmaması halleri yasaklanarak cezai yaptırıma bağlanmıştır. Burada seçimlik hareketli bir suç söz konusudur¹⁷⁵. Hükümde sözü edilen ihmali hareketlerden birinin meydana gelmesiyle suç işlenmiş olur. Kanunda bu suçun oluşması için bir zararın meydana gelmiş olması aranmadığından dolayı burada saf ihmali bir suç bulunmaktadır¹⁷⁶.

Ticari defterlerin mevcut olmamasından kasıt, ticari defterlerin içeriklerinde bulunan yanlışlık ve eksiklikler değil, bilakis tacirin TTK ve VUK¹⁷⁷ uyarınca tutmakla yükümlü olduğu ticari defterlerin hiçbir şekilde edinilmemiş olması, fiziki varlıklarının bulunmamasıdır. Ticari defterlerin hiçbir kayıt içermemesi ise, tutulması zorunlu olan defterlerin hukuken mevcut olmasına rağmen, bunlara gerekli kayıtların yapılmamış olmasıdır. Yani bu halde, ticari defter niteliğinde maddi varlığı olan, açılış onayları yapılmış ancak içlerine hiçbir kaydın girilmemiş olduğu boş defterler söz konusudur. Tek bir kaydın dahi defter içeriğinde bulunması bu suçun oluşmasını engelleyecektir. Hükümde hiçbir kayıt yapılmamasından bahsedildiği için, bu suç kesintisiz bir suçtur. Failin şirketin faaliyeti boyunca mevcut olan ticari defterlere kayıt yapmayı ihmal etmiş olmasını gerektirmektedir. Bu bakımdan suç, şirketin kayıt yapması gereken en son işlemin de deftere geçirilmemesiyle birlikte tamamlanır ve defterlere hiçbir kaydın yapılmamış olduğunun resmi mercilerce tespit edilmesiyle sona ermiş olur¹⁷⁸.

TTK'da tacire sadece defter tutması değil, tutmak zorunda olduğu ticari defterler ile defter kayıtlarına esas teşkil eden belgeleri on yıl süreyle saklama yükümlülüğü de getirilmiştir (TTK m.82/1 ve 5.f.)¹⁷⁹. Tacirler yanında, TTK m.12/2 gereğince tacir sayılanlar ile TTK m.12/3 uyarınca tacir gibi sorumlu tutulanlar da tutmakla zorunlu oldukları ticari defterleri saklama yükümlülüğü altındadırlar¹⁸⁰. Saklama süresi, ticari defterlere son kaydın yapıldığı, envanterin çıkarıldığı, ara bilançonun düzenlendiği, yılsonu finansal tabloların hazırlandığı

¹⁷⁵ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 438.

¹⁷⁶ GÜLŞEN; s. 15.

¹⁷⁷ TTK m.64/5 hükmünde defter tutma zorunluluğuna tabi olan kişilerin aynı zamanda 213 sayılı Vergi Usul Kanunu hükümlerine de uymaları gerektiği belirtilmiştir.

¹⁷⁸ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 442.

¹⁷⁹ Vergi Usul Kanunu m.253'de ise defter ve belgelerin, bunların ilgili buldukları yılı izleyen takvim yılından itibaren beş yıl süreyle saklanması zorunluğu getirilmiştir.

¹⁸⁰ ŞENER, s. 699.

ve konsolide finansal tabloların hazırlandığı, ticari yazışmaların yapıldığı veya muhasebe belgelerinin oluşturulduğu takvim yılının bitişiyile başlamaktadır (TTK m.82/6). Gerçek kişi tacirin ölümü halinde mirasçıları defter ve belgeleri saklama yükümlülüğüne tabi tutulmuştur (TTK m.82/8). Buna karşılık mirasın resmi tasfiyesi halinde veya tüzel kişi tacir sona ermişse defter ve belgeler on yıl süreyle sulh hukuk mahkemesince saklanır (TTK m.82/8).

Ticari defterler ile belgeler fiziki olarak saklanabileceği gibi, açılış ve ara bilançolar, finansal tablolar ve topluluk finansal tabloları hariç olmak üzere, görüntü veya veri taşıyıcılarda da saklanabilmektedir (TTK m.65/4, m.82/3). Ancak bunun için TTK m.82/3'de iki şart öngörülmüştür. Bunlardan ilki, okunur hale getirildiklerinde, alınmış bulunan ticari mektuplar ve defter dayanaklarıyla görsel ve diğer belgelerle içerik olarak örtüşmeleri, diğeri de, saklama süresi boyunca bu kayıtlara her an ulaşılabilmesi ve uygun bir süre içinde kayıtların okunabilir hale getirilebilmesidir. Defterlerin ve diğer kayıtların elektronik ortamda tutulması durumunda, bilgiler, bilgisayar yerine basılı olarak da saklanabilir (TTK m.82/4). Yer verilen hükümlerden de anlaşıldığı gibi kanun koyucu defter ve ilgili belgelerin saklanmasına oldukça önem vermiş ve bunu ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Dolayısıyla defter ve belgelerin belirtilen şartlara uyulmadan elektronik ortamda saklanması, TTK m.562/6'da düzenlenmiş olan suç oluşturacaktır.

4. Suçun Faili ve Mağduru

Ticari defter tutma ve saklama yükümlülüğünün muhatabı tacirdir (TTK m.18/1, m.64/1, 82/1). TTK m.12/2 gereğince tacir sayılanlar ile TTK m.12/3'e göre tacir gibi sorumlu olanlar da defter tutma ve saklama yükümlülüğüne tabidirler. Bu bakımdan bu suç, özgü failli bir suçtur¹⁸¹. Ticari defter ve belgelerin yukarıda açıklanan yasal düzenlemelere uygun olarak tutulması ve saklanması- nın ihmal edilmiş olması halinde TTK m.562/6'da ihdas edilmiş olan suç işlenmiş olur.

Ticari defter tutulması ve bunların belirli bir süreye kadar saklanması, gerçek ya da tüzel kişi tacirler için bir yükümlülüktür. Gerçek kişi tacirlerde sorumlu tacirin bizzat kendisidir. Anonim şirketlerde ise bundan yönetim kurulu sorumlu tutulmuştur. Pay defteri, yönetim kurulu karar ve genel kurul toplantı ve müzakere defterlerinin tutulması, yönetim kurulunun devredilmez yetkileri arasında sayılmıştır (TTK m.375/1-f). Aynı şekilde, hükümde sayılanlar dışında

¹⁸¹ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 434.

kalan diğer defterlerin tutulması da yönetim kurulunun devredilmez yetkileri arasındadır. Zira TTK m.375/1(c) bendinde şirket muhasebesinin bölüm olarak belirlenmesi, kanuna ve genel kabul gören muhasebe ilkelerine göre muhasebe örgütünün (bölümünün) kurulması, defter ve kayıtların tutulma kurallarının tespiti, yani bir anlamda muhasebe bölümünün örgütlenmesi de yönetim kurulu üyelerinin devredilmez yetkileri arasındadır.¹⁸² Defterlerin tutulması ile ilgili Kanun maddelerinde, defterleri tutmakla yükümlü olan kişilerin, defterlerin saklanması da sorumlu olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte, ticari defterlerin tutulması konusunda bir yetki devri yapılmış ise, bu görevi üstlenmiş olan kişiler suçun sorumlusu olabilecektir.

Bu suç genel kastla işlenebilen bir suç olup, failin kastını, tutmakla yükümlü olduğu ticari defterlere sahip olmadığını ya da mevcut ticari defterlere hiç kayıt yapılmadığını yahut da tutmuş olduğu ticari defterleri kanunda belirtilen şekillerde saklamadığını bilmesi ve istemesi oluşturmaktadır¹⁸³.

E. Ayni Sermaye veya Devralınacak İşletmelerin Değerlemesine İlişkin Cezai Sorumluluk (TTK m.562/10)

1. Düzenlemenin Amaç ve Kapsamı

TTK m.562/10 hükmüne göre, 551. maddeye aykırı hareket edenler doksan günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır. TTK m.551'de kanun koyucu, ayni sermayenin veya devralınacak işletme ile ayınların değerlemesinde emseline oranla yüksek fiyat biçenlerin, işletme ile ayının niteliğini veya durumunu farklı gösterenlerin ya da başka bir şekilde yolsuzluk yapanların, bundan doğan zarardan sorumlu olacaklarını hüküm altına almıştır. Bu düzenleme TTK m.644 yollaması sonucu limitet şirketler içinde geçerlidir.

TTK m.551'de kusur esasına dayalı hukuki sorumluluk kastedilmektedir.¹⁸⁴ Ancak TTK m.562/10'da bu durum ayrıca cezai yaptırıma bağlanmıştır. Bu düzenleme ile kanun koyucunun, sermayenin korunması ilkesine uygun olarak, ayni sermayenin veya devralınacak işletme ve ayınların değerlerinin gerçek fiyatı üzerinden tespit edilmesini ve böylelikle şirket malvarlığının gerçeğe uygun olarak teşekkülünü sağlayarak, başta şirket olmak üzere pay sahiplerinin ve alacaklıların menfaatlerini korumayı amaçladığı anlaşılmaktadır.

¹⁸² Gerekeçe, TTK m.375.

¹⁸³ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 444.

¹⁸⁴ Gerekeçe, TTK m.551.

TTK m.551'in uygulanabilmesi için hile yapılmış olmasına gerek yoktur. Aynı sermayeye emsaline nazaran yüksek fiyat biçilmiş olması veya işletme ya da aynın niteliğinin (Örn. arsa iken bina, mesken iken iş yeri gösterilmesi gibi) veya durumunun (Örn. İmar durumu yok iken varmış gibi gösterme) farklı gösterilmesi veya başka bir şekilde yolsuzluk yapılması (Mahkeme bilirkişisi yerine özel bilirkişiden rapor almak gibi) yeterlidir.¹⁸⁵ Diğer taraftan, her ne kadar TTK m.551'de yolsuzluk halleri teker teker belirtilmiş ise de, sayılanlar dışında başka bir şekilde yolsuzluk yapanların da hükmün kapsamında olduğu özellikle belirtilmiştir.

Hükümde geçen "ayni sermaye" ile "bir işletme veya aynın devralınması" farklı kavramları ifade etmektedir. Şöyle ki; her ne kadar bunların her ikisi de nitelik olarak ayni ise de, bir taşınmazın veya taşınmaz üzerindeki ayni hakkın bir ticaret ortaklığına ayni sermaye olarak konulması demek, onun şirket esas sözleşmesine yazılması yanında, taşınmazların kurulmakta olan bir anonim şirkete sermaye olarak konduklarının tapuya şerh verilmesi, fikri mülkiyet hakları ile diğer hakların ilgili sicillere bildirilmesi, taşınmazların ise güvenilir bir kişiye tevdi edilmelerini gerektirmektedir (TTK m.128/2). Aksi takdirde ayni sermaye olarak kabul edilmezler. Konulan ayni sermayeye TTK m.343 hükümlerine göre asliye ticaret mahkemesince atanacak bilirkişi tarafından değer biçilir ve bunun karşılığında ayni sermaye getirenlere şirketin paylarından verilir. Buna mukabil, bir işletme veya aynın devralınması, şirkete ayni sermaye olarak konulması anlamına gelmemekte, sözü edilen işletme ve aynılar şirkete satılmaktadır. Bunlar için de aynı yöntemle bilirkişi tarafından değer biçilmekte ise de, bunları satan kişilere aynın bedeli ödenmekte, şirketten pay verilmemektedir¹⁸⁶.

Bir işletme veya aynın satın alınması sadece kuruluşta veya sermaye artırımında değil, şirketin kuruluşundan sonra ihtiyaç duyduğu bir zamanda da söz konusu olabilir. Ancak kanun koyucu bu gibi durumlarda sermaye olarak getirilen aynaların ve devralınacak aynın ve işletmelerin değerinin tarafsız bilirkişilerce tespitinden kaçınılmasını önlemek ve böylece şirket sermayesini korumak amacıyla TTK m.356'de bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme veya aynın, sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin sözleşmeler, genel kurulca onaylanıp ticaret siciline tescil edilmedikçe geçerli olmayacaktır. Genel kurulun olumlu bir karar verebilmesi için ise, bu aynın ve işletmeler için de kuruluşta olduğu gibi asliye ticaret mahkemesinin atamış olduğu tarafsız bilirkişilerce değer biçilmesi gerekmektedir (TTK m.356/2).

¹⁸⁵ Gerekçe, TTK m.551.

¹⁸⁶ TEKİNALP, N. 10-64; ŞENER, s. 322.

2. Suç Oluşturan Fiiller

TTK m.562/10 hükmünün yollama yaptığı TTK m.551'de suç oluşturabilecek üç seçimlik hareketin bulunduğu anlaşılmaktadır¹⁸⁷. Bunlar, aynı sermayenin veya devralınacak işletme ile ayınların değerlendirilmesinde emsaline oranla yüksek fiyat biçilmesi, işletme ve aynı niteliğinin veya durumunun farklı gösterilmesi ya da başka bir şekilde yolsuzluk yapılmasıdır. Belirtilen hareketlerden birisinin gerçekleşmesi, TTK m.562/10'da ihdas edilmiş olan suçun oluşması için yeterlidir.

TTK m.343'e göre, konulan aynı sermaye ile kuruluş sırasında devralınacak işletmeler ve ayınların değeri, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanan bilirkişilerce tespit edilir. Bu durum bilirkişinin bir rapor hazırlamasını zorunlu kılmaktadır. Bilirkişi konunun uzmanı olup, mahkemece kendisinden bu yönde bir talepte bulunulduğunda objektif bir şekilde raporunu hazırlamakla yükümlüdür. Somut olayda getirilen aynı sermayenin ya da devralınan işletmelerin ve ayınların niteliğine göre, her bir aynı sermaye unsuru için konunun uzmanı ayrı ayrı bilirkişilerin seçilmesi gerekmektedir¹⁸⁸. TTK m.343 uyarınca bilirkişilere, uygulayacağı değerlendirme yöntemini belirleme serbestisi tanınmıştır¹⁸⁹. Ancak bilirkişi, düzenleyeceği raporda, uygulanan değerlendirme yönteminin somut olayın özelliklerine göre herkes için en adil ve uygun bir seçim olduğunu, aynı olarak konulan her varlık karşılığında ayrılması gereken pay miktarı ile Türk lirası karşılığını tatmin edici gerekçelerle açıklaması gerekmektedir (TTK m.343). Yine bilirkişi raporunda, konulan aynı sermaye üzerinde sınırlı bir aynı hak, haciz veya tedbir bulunmadığını¹⁹⁰, alacakların tahsil edilebilir olduğunu belirtmesi gerekmektedir¹⁹¹. Kurucular ve menfaat sahipleri bilirkişi raporuna itiraz edebilirler (TTK m.343). Belirlenen değer ve bunlara karşılık tahsis edilecek payların miktarı şirket esas sözleşmesinde yer alır (TTK m.339/2-e)¹⁹². Buna göre, açıklamalardan anlaşıldığı gibi, birinci hareket ile işlenen suç, özgü fail gerektirmekte olup, ancak mahkeme tarafından

¹⁸⁷ KATOĞLU; s. 31; KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 531.

¹⁸⁸ ÖZDAMAR, Mehmet, 6102 Sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Aynı Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar, **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, C. 1, S. 1, Yıl: 2015, s. 149.

¹⁸⁹ PASLI, Ali, Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (II) YTK Kitap 2-Kısım 4- Bölüm 1 "Kuruluşa İlişkin Sisteme Yönelik Temel Değişiklikler ve Kuruluş İşlemleri", **BATIDER**, C. XXVIII, S. 2, Haziran 2012s. 182; ÇONKAR, s. 325, 326.

¹⁹⁰ GİRAY, s. 435.

¹⁹¹ Kanun koyucunun aynı sermaye olarak konan alacaklar bakımından oldukça hassas davranmış olduğu konusunda bkz. ÇONKAR, s. 326.

¹⁹² Bu durumda, aynı sermayeye değer biçilmesi ve alınacak payların hesaplanması işlemlerinin şirket esas sözleşmesi hazırlanmadan önce yapılması gerekmektedir.

atanan bilirkişilerce işlenebilir¹⁹³. Burada salt hareket suçu söz konusudur; failin aynın değerini piyasadaki rayiç bedelinin üstünde hesaplaması ve bunu raporunda işlemesi ile tamamlanır, değeri tespit edilen aynı sermayenin esas sözleşmede yer alması ile de suç sona ermiş olur¹⁹⁴.

Değerleme konusu işletme ve aynın niteliğinin farklı gösterilmesinde, suçun işlenebilmesi için değerlendirme raporuna aynın farklı nitelikte geçmesi yeterlidir. Bu halde söz gelimi, manuel makinalar otomatik, binasız arsa binalı, eski bir daire yeni yapılmış gibi gösterilerek, değerlendirme yapılan aynalara yüksek fiyat biçilmiş olmaktadır¹⁹⁵. Değerleme konularının durumlarının farklı gösterilmesinde ise, değerlendirme konusunun konumu ve fiziki şartları farklı gösterilerek, yüksek fiyat biçilmesine neden olunmaktadır. Örneğin imar planına göre mesken yapılması yasak olmasına rağmen gerçek durumun saklanması, yapılacak binada belirli bir kata kadar izin verilmişken, kat sayısının daha fazla olduğu gibi gösterilmesi ya da eğlence mekânı veya turistik tesis yapılması imkânı olmayan bir yer için, gerçek durum saklanarak sanki bunlar mümkünmüş gibi değer biçilmesi, değerlendirme konusunun durumunda yolsuzluk yapılması anlamına gelmektedir¹⁹⁶.

İşletme veya aynın niteliğini veya durumunu farklı gösterme suçu, bilirkişi dışında, konu ile bağlantılı şahıslar tarafından da işlenebilir. Bu kişiler, aynı sermaye getirenler veya işletmeyi devredenler olabileceği gibi, bilirkişiyi yanıltan belediye'deki ya da imar dairesindeki yetkililer de olabilir.

TTK m.551'de başka bir şekilde yolsuzluk yapılması da yasaklanmakta ve TTK m.562/10 ile suç teşkil eden bir hareket olarak düzenlenmektedir. Bu hüküm, "başka bir şekilde yapılan yolsuzluk" ifadesinin, yasaklanan davranışın unsurlarının ve sınırlarının belirli olmamasından dolayı, suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle eleştirilmektedir¹⁹⁷. Buna mukabil, öğretide başka bir görüş, bu belirsizliğin yolsuzluk kavramının içeriğinin belirlenmesi yoluyla aşılabileceğini savunmaktadır. Buna göre, yolsuzluk, 04.01.1999 Avrupa Konseyi Yolsuzlukla Mücadele Özel Hukuk Sözleşmesinden hareketle, kişilerin üstlendikleri görev ve ödevlerini bilerek kanunlara uygun bir şekilde yerine getirmemesi, kötüye kullanması ve bunun için menfaat talep etmesi olarak tanımlanabilir¹⁹⁸. Bu durumda, yolsuzluk kavramına yüküm-

¹⁹³ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 531.

¹⁹⁴ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 532.

¹⁹⁵ TEKİNALP, N. 16-46.

¹⁹⁶ TEKİNALP, 16-47.

¹⁹⁷ KATOĞLU, s. 32.

¹⁹⁸ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 533.

lülüklerin ihmali ve hileli hareketler girebileceği gibi, hükümde sayılan hareketler dışında kalan, kuruluş ve esas sözleşme ile ilgili hükümlerin sermayenin değerini etkileyecek şekilde ihlal edilmesi, kuruculara TTK m.348'e aykırı olarak menfaat sağlanması, örtülü şekilde bedelsiz pay senedi verilmesi ve kurucuların elinde bulunan pay senetlerinin sermaye karşılığının bulunmaması bu kapsamda sayılacak yolsuzluklara örnek teşkil etmektedir¹⁹⁹.

3. Fail, Mağdur ve Hukuki Konu

Bu suçun işlenebilmesi belli bir hukuki konumda bulunmayı gerektirdiği için, suç özgülü failli bir suçtur. Bu nedenle, failin şirkete aynı sermaye getirilmesi ya da bir işletme veya aynı devralınması ile bunlara değer biçilmesinde görevi gereği yer alan kişiler olması gerekir. Buna göre, aynı sermaye olarak konulan varlıklara yolsuz değerlemeyi yapan bir kişiler ile onu yönlendiren kurucular, sermaye artırımında yönetim kurulu üyeleri, diğer yöneticiler, avukatlar suçun faili olabileceği gibi, belediye ve imar dairesinde çalışan resmi yetkililer de bu suçun faili olabilirler²⁰⁰. Suçun mağduru, aynı sermayeye veya devralınan işletme ve ayınlara gerçeğe uygun değer biçilmemesinden dolayı mal varlığında eksilme meydana gelen şirkettir. Bundan etkilenecek olan şirketin pay sahipleri ile alacaklıları ise suçtan zarar gören olarak nitelendirilebilir²⁰¹.

Suçun hukuki konusu, şirketin kuruluşunda ve sermaye artırımında getirilen aynı sermaye ile kuruluşta devralınacak işletme ve ayınlardır. Bu suçun ihdasıyla korunan hukuki değer, şirkete getirilecek aynı sermayenin ve devralınacak işletme ve ayınlara değerinin gerçeğe uygun olarak tespit edilmesine ilişkin ferdi kamusal menfaattir²⁰². Suçun işlenebilmesi, sözü edilen aynı sermaye unsurlarının değerlendirme süreçlerinde yolsuzluk yapılmasına bağlıdır. Aynı sermaye para dışındaki ekonomik değeri olan maddi varlıkları ve hakları kapsamaktadır. Bu bağlamda, taşınır ve taşınmazlar ile bunların faydalanma hakları, ticari işletmeler, devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler, fikri mülkiyet hakları, hisse senetleri ve tahviller ve devredilebilen ve ekonomik değeri olan her türlü varlık aynı sermaye olarak getirilebilir (TTK m.127). Ancak şirkete aynı sermaye olarak konacak varlıklar üzerinde sınırlı bir aynı hak, haciz veya tedbir bulunmaması gerekir (TTK m.342/1).

¹⁹⁹ TEKİNALP, N. 16-48.

²⁰⁰ TEKİNALP, N. 16-52; KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 528, 529.

²⁰¹ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 530.

²⁰² ÜNAL, s. 271; KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 271.

Bu suç, yukarıda belirtilen hangi seçimlik hareketle gerçekleşirse gerçekleşsin salt hareket ve tehlike suçudur, neticenin gerçekleşmesi aranmadığı gibi, şirketin bundan zarar görmesi de şart değildir²⁰³. Aynı sermayenin veya devralınacak işletme ve ayınların değerlemesinin emsaline oranla kasten rayiç bedelin üstünde yapılması ya da bunların değerlendirme raporuna farklı nitelik ve durumlarda geçmesi, suçun işlenmesi için yeterlidir. Bu suç genel kastla işlenebilir. Şirkete konulan aynı sermayeye gerçek bedelin üzerinde değer biçildiğinin, devralınacak işletme ve ayınların niteliğinin ve durumunun farklı gösterildiğinin bilinmesi ve istenmesi failin kastını oluşturur.

F. İnternet Sitesi Kurma Yükümlülüğüne Aykırılık (TTK m.562/12)

1. Hükmün Amaç ve Kapsamı

TTK m.562/12’de, bu Kanun’un 1524. maddesinde öngörülen internet sitesini oluşturmayan şirketlerin yönetim organı üyelerinin, yüz günden üç yüz güne kadar adli para cezasıyla, internet sitesine konulması gereken içeriklerin usulüne uygun bir şekilde konulmamasından dolayı da yüz güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

TTK m.1524/1 bendine göre, 397. maddenin dördüncü fıkrası uyarınca bağımsız denetime tabi olan sermaye şirketleri, kuruluşlarının ticaret siciline tescilinden itibaren üç ay içinde bir internet sitesi açmak ve bu sitenin belirli bir bölümünü şirketçe kanunen yapılması gereken ilanların yayımlanmasına özgülemek zorundadır. Hangi sermaye şirketlerinin bağımsız denetime tabi olacağını belirleme yetkisi ise Cumhurbaşkanıya verilmiştir (TTK m.397/4). Buna göre sadece Cumhurbaşkanı kararında belirtilen kriterlere sahip olan sermaye şirketleri, internet sitesi açmak ve bu sitenin belli bir bölümünü kanunen yapılması gereken ilanların yayınlanmasına özgülemek zorundadır. Kanun koyucu, TTK m.1524’de yapmış olduğu düzenleme ile önemli saydığı hususları bilgi toplumunun hizmetine sunarak, kamunun aydınlatılmasını amaçlamıştır²⁰⁴.

TTK m.1524 uyarınca internet sitesi kurulması ve belirli içeriklerin burada yayınlanmasının uygulanmasının usul ve esaslarını belirlemek amacıyla Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitelerine Dair Yönetmelik hazırlanarak

²⁰³ ERMAN, Sahir, **Şirketler Ceza Hukuku, Ticari Ceza Hukuku VII**, İstanbul 1993, s. 36 ÜNAL, s. 275; KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 532.

²⁰⁴ Öğretide Tekinalp, pay sahiplerinin doğru bilgiye istedikleri an ve istedikleri yerde ulaşabileceği üstünlüğü anlamına gelen şeffaflık ilkesinin, kamuyu aydınlatmadan daha ileri bir anlayış ve yaklaşımın ifadesi olarak TTK m.1524’de düzenlenmiş olduğunu belirtmektedir, bkz. POROY / TEKİNALP (ÇAMOĞLU), **Ortaklıklar - I**, N. 471b.

Resmi Gazete'de yayınlanmıştır²⁰⁵. Her ne kadar anılan yönetmeliğin başlığında “Sermaye Şirketleri” ifadesi yer almakta ise de, yönetmelik bütün sermaye şirketlerini değil, sadece TTK m.397 uyarınca bağımsız denetime tabi sermaye şirketlerini kapsamaktadır (Yönetmelik m.2). Dolayısı ile TTK m.1524 ile getirilen söz konusu yükümlülük, bağımsız denetime tabi olmayan şirketlere uygulanamaz. Ancak bu durum, bağımsız denetime tabi olmayan şirketlerin internet sitesi kurarak, bilgi toplumu hizmetlerine sunmalarına engel değildir.

TTK m.1524/1'de öngörülen yükümlülüklerle uyulmaması, ilgili kararların iptal edilmesi yanında, Kanuna aykırılığın tüm sonuçlarının doğmasına yol açar ve kusuru bulunan yöneticiler ile yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna neden olur. Hüküm, esasında kusura dayalı hukuki sorumluluğu düzenlemekle birlikte, cezai sorumluluğu da saklı tutmuştur (TTK m.1524/2). Çalışmamızın bu bölümünde TTK m.1524'de öngörülen yükümlülüğe uyulmamasının cezai yaptırımı incelenmektedir.

TTK m.1524'de getirilen internet sitesi açma yükümlülüğünden sorumlu olanlar bağımsız denetime tabi şirketlerin yönetim kurulu üyeleridir. Bununla birlikte, internet sitesi açtırılması, yönetim kurulunun devredilmez ve vazgeçilmez görevlerinden biri olmadığı için, yönetimin murahhaslara devredilmesi halinde, cezai sorumluluğun muhatabı da ilgili murahhas üye ya da murahhas müdür olacaktır.

2. Suç Oluşturan Fiiller

TTK m.562/12 hükmü ile iki ayrı yükümlülüğün ihlali, iki ayrı suç olarak düzenlenmiştir. Bu yükümlülüklerden birisi, TTK m.1524 uyarınca denetime tabi sermaye şirketlerinin kuruluşlarının ticaret siciline tescilinden itibaren üç ay içerisinde internet sitesini kurmak, diğeri ise yine aynı hükme göre, bu sitenin belirli bölümlerini şirketçe kanunen yapılması gereken ilanların yayımlanmasına özgülemektir. TTK m.562/12'de her iki suçun da cezai yaptırımı farklı öngörülmüştür.

a. İnternet Sitesinin Açılmaması

Kanunda internet sitesi açma zorunluğundan bahsedilmekte ise de bu kavramla ilgili olarak bir açıklama ya da tanımlamaya yer verilmemiştir. Teknolojik gelişmeler karşısında Kanunun uygulanabilirliğinin devam ettirilmesi bakımından bunun isabetli bir yaklaşım olduğu söylenebilir²⁰⁶. Aksi takdirde kanun metninin sadece

²⁰⁵ RG, 31.05.2013, 28663.

²⁰⁶ FALCIOĞLU, Özgür Mete, TTK'nın 1524. Maddesi ile Sermaye Şirketleri İçin Getirilen İnternet Sitesi Açma Zorunluluğu, Uygulama Alanı ve Yaptırımlar, Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan, İstanbul 2011, s. 657.

belirli bir zamanda geçerli olan teknolojilerle sınırlı kalması gibi bir sonucun ortaya çıkması kaçınılmaz olacaktır. Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitelerine Dair Yönetmeliğin “Tanımlar ve Kısaltmalar” başlığı altında bulunan m.4 (e) bendinde, internet sitesi, Kanun’un 1524. maddesinde belirtilen asgari içeriğe sahip bir elektronik platform olarak tanımlanmaktadır. Bu tanım ile sadece internet sitesinde yayınlanması gereken içeriklere yollama yapılmıştır²⁰⁷.

İnternet sitesi, dünya çapında bir ağ anlamına gelen “World Wide Web” kavramı ile (kısaca www ya da web olarak adlandırılmakta) ifade edilen bir teknik sistem bütünü olup, web sunucusuna yüklenmiş bir HTML (Hyper Text Markup Language) dokümanını ifade etmektedir. Bu dokümanların her birine Web sayfası adı verilmekte ve Web sayfalarına internet kullanıcısının bilgisayarında çalışan Web tarayıcısı adı verilen bilgisayar programları aracılığıyla erişilmektedir²⁰⁸. Kanunda “internet sitesi” terimi kullanılmış olmasına rağmen, hükmün gerekçesinde “web sitesi” terimi üzerinden açıklama yapılmıştır. Açıklandığı gibi her iki terim de teknik olarak aynı anlama gelmektedir.

Öte yandan, TTK m.1524 hükmü bakımından önemli olan husus, denetime tabi sermaye şirketlerinin, açıklanması istenilen bilgileri bir internet sitesi üzerinden duyurmalarıdır. Web sitesinin kullanım amaçları şirketlerin kendi takdirindedir. Dolayısıyla, şirketler bu amaca yönelik olarak ayrıca bir web sitesi kurabilecekleri gibi, zaten mevcut olan web sitelerinin bir bölümünü bu amaca özgüleyebilirler²⁰⁹.

b. İnternet Sitesine Konulması Gereken İçeriklerin Usulüne Uygun Bir Şekilde Konulmaması

Sermaye şirketlerinin, TTK m.1524 kapsamındaki yükümlülükleri sadece bir internet sitesi kurulması değildir. Buna ilaveten, hükümde öngörülen ve uyulmaması TTK m.562/12’e göre suç oluşturan diğer bir yükümlülük, kurulan internet sitesinin, açıklanması gereken bilgileri de usulüne uygun bir şekilde içermesi gerektiğidir. Bu bakımdan, öncelikle Kanun’da öngörülen içeriklerin neler olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

Sermaye şirketlerinin internet sitelerine koymakla yükümlü oldukları zorunlu içeriklerin neler olduğu Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitelerine Dair

²⁰⁷ FALCIOĞLU, Özgür Mete, Anonim Şirketlerin İnternet Sitesi Açma Yükümlülüğü ve Aykırılığın Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü Bakımından Etkisi, **Legal Hukuk Dergisi**, C. 14, S. 159, Yıl: 2016, s. 1308.

²⁰⁸ Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. https://tr.wikipedia.org/wiki/World_Wide_Web, E.T. 12.02.2023.

²⁰⁹ FALCIOĞLU, s. 658.

Yönetmelik'in 6. maddesinde 35 bent halinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir²¹⁰. Buna göre, yayımlanması gereken zorunlu içeriklerin bir kısmının sürekli olarak yayımda kalması gerekirken, diğer bir kısmının ise en az altı ay yayında kalması yeterli olmaktadır. İçeriklerin altı ay geçmeden kaldırılması konulmamış sayılmasına yol açmakta ve bu durum aynı zamanda bir suç olarak düzenlenmektedir.

Diğer taraftan, anılan Yönetmelikte ilan edilecek bilgiler arasında bulunmadığı halde, TTK m.154'de birleşme kararının, TTK m.189'da tür değiştirme kararının, TTK m.536/2'de tasfiye memurlarının, TTK m.547/2'de ek tasfiye halinde son tasfiye memurlarının ve nihayet TTK m.548/1'de tasfiyeden dönülmesi halinde buna ilişkin genel kurul kararının da ilan edilmesi gerekmektedir. TTK m.1524'de, "şirketçe kanunen yapılması gereken ilanlar" ifadesine yer verildiği için, bu durumda, ilgili Yönetmelikte düzenlenmiş olmasa bile, yapılacak ilanlarda internet sitesine konur ifadesi bulunsun bulunmasın şirketin yapmış olduğu tüm ilanların internet sitesinde yayınlanması gerekecektir.

İnternet sitesinde yayınlanacak içeriklerin tespiti yanında bunların belli usul ve esaslara göre yayımlanması da bir o kadar önem arz etmektedir. Bu bağlamda, yayınlanacak içeriklerin internet sitesine ne şekilde ve hangi süre içinde konacağı ve bunların ne kadar süreyle orada kalacağı gibi hususlar üzerinde durulması gerekmektedir.

Şirketlerin internet sitesi açma yükümlülüklerinin başlangıç süresine ilişkin olarak, Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitesine Dair Yönetmelik m.5/1 ve 2. fıkralara göre, yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten²¹¹ itibaren kurulan şirketlerin kuruluşlarının ticaret siciline tescil edildiği tarihten itibaren, yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten sonra kapsama dâhil olan sermaye şirketlerinin ise, kapsama girdikleri tarihten itibaren üç ay içinde internet sitesi açmaları ve bu sitenin belirli bir bölümünü şirketçe kanunen yapılması gereken ilanların yayımlanması için özgülemeleri gerekmektedir. Şirketler, internet sitesine ilişkin yükümlülüklerini doğrudan kendileri yerine getirebilecekleri gibi Merkezi Veri Taban Hizmet Sağlayıcılarından (MTHS)²¹² destek hizmeti almak suretiyle de yerine getirebilirler (İnternet Sitesine Dair Yönetmelik m.5/3).

²¹⁰ Yönetmelik düzenlemesinin TTK m.1524'de geçen kanunen yapılması gereken ilanlar kapsamını aştığı yönündeki görüş için bkz. FALCIOĞLU, Hükümsüzlük, s. 1314.

²¹¹ Sözü edilen Yönetmelik 13.07.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²¹² Merkezi Veri Tabanı Hizmet Sağlayıcı (MTHS), yönetmeliğin 4. Maddesinin (h) bendine göre, Kanunun 1524'üncü maddesi ve bu Yönetmelik uyarınca şirketlerin kendi internet sitelerinin özgülendiği kısımda erişime açılması gereken içeriği güvenli ortamda tutma, şirketin erişimine hazır bulundurma ve arşivleme dahil olmak üzere Bakanlıkça belirlenmiş diğer faaliyetleri yürüten özel hukuk tüzel kişisini ifade etmektedir.

İnternet sitesinde yayımlanacak içeriklerin konulma süresine ilişkin olarak TTK m.1524/1’de genel bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre, bu Kanunda belli bir sürenin belirtilmemiş olduğu hallerde, içeriğin dayandığı işlemin veya olgunun gerçekleştiği tarihten, tescil veya ilana bağlandığı durumlarda ise tescil veya ilanın yapıldığı tarihten itibaren en geç beş gün içinde, şirketin kuruluşundan internet sitesi açılıncaya kadar geçen sürede yayımlanması gereken içeriklerin ise bu sitenin açıldığı tarihte siteye konulması gerekmektedir. Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitesine Dair Yönetmelik m.6’da ise her içeriğin sonunda hangi süre içinde internet sitesine konması gerektiği belirtilmiştir.

Şirketin ticaret unvanı, MERSİS numarası, merkezi, taahhüt edilen ve ödenen sermaye miktarı, yöneticilerin kimlikleri ile denetçiye dair bilgiler, internet sitesinde sürekli olarak yayımlanır (Yönetmelik m.6/1). Birinci fıkra uyarınca yayımlanan içeriklerde değişiklik meydana gelmesi halinde, bunların da değişikliğin meydana geldiği tarihte internet sitesine konması gerekir (Yönetmelik m.6/2). En az altı ay süreyle yayımlanması gereken içeriklerde ise, her içerikten sonra internet sitesine konulması gereken süre ayrıca belirtilmiştir. Buna göre, içeriğin dayandığı olgunun veya işlemin gerçekleştiği tarihten, tescil veya ilan edilen hususlarda ise bunların yapıldığı tarihten itibaren, iki ay, otuz gün, üç iş günü, beş gün ve yayımlandığı tarih gibi farklı süreler öngörülmüştür (İnternet Sitesine Dair Yönetmelik m.6/3 a-z).

Şirketlerin internet sitesi açma ve burada yayımlamaları gereken bilgilerle ilgili olan önemli bir konu da TTK m.1524/4’de öngörülmüş olan yönlendirilmiş mesaj kavramıdır. Buna göre, internet sitesinin bu amaç için tahsis edilmiş olan kısmında yayımlanan içeriğin baş tarafına tarih ve parantez içerisinde “yönlendirilmiş mesaj” ibaresinin konulması gerekmektedir. Yönlendirilmiş mesaj ibaresinden, internet sitesini görüntüleyen üçüncü kişilere yönlendirilen iletilerin anlaşılması istenmektedir²¹³. Kanun koyucu, şirketin internet sitesine m.1524 kapsamında konulan açıklamaların yönlendirilmiş olmasına bazı sonuçlar bağlamıştır. Bunlardan birisi, üzerinde yönlendirilmiş mesaj etiketi bulunan iletiyi artık şirketin keyfi olarak değiştiremeyeceğidir²¹⁴. İkinci önemli sonuç, mesajın üçüncü kişiler tarafından yönlendirildiği şekliyle alınmış sayılacağı hususudur. Ancak hükmün gerekçesinde, alınmış sayılmanın, açıklanan hususların üçüncü kişiler tarafından biliniyor anlamına gelmeyeceği, zira kimsenin

²¹³ ALTAŞ, Soner, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre İnternet Sitesi Açma ve Yönlendirilmiş Mesaj Bulundurma Zorunluluğu, **Mali Çözüm Dergisi**, Ocak-Şubat 2011, s. 146; FALCIOĞLU, s. 663.

²¹⁴ ALTAŞ, s. 146.

web sitesine bakmaya ve ona ulaşma mecburiyetinde olmadığı belirtilmiştir²¹⁵. Kısaca yönlendirilmiş mesajın, internet sitesinin bu amaçlar için ayrılmış sayfalarında yayımlandığı, belirli bir zaman diliminde değiştirilmeden aynı kaldığı ve ilgili tüm taraflara yönlendirildiği karine olarak kabul edilmektedir (TTK m.1524/4, İnternet Sitesine Dair Yönetmelik m.4/1-m).

Şirketin internet sitesine yönlendirilmiş mesaj ibaresinin konulmaması ve Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitelerine Dair Yönetmelik hükümlerine göre değiştirilmemesi, TTK m.562/12 uyarınca internet sitesinde yayımlanması gereken içeriklerin usulüne göre konulmaması suçunu oluşturacaktır. Bu bağlamda, yönlendirilmiş mesaj ibaresinin zaman damgası ile oluşturulup kaldırılması, bu usule uymadan yönlendirilmiş mesajın içeriğinin değiştirilmesi bu suçu oluşturmaktadır. Açıklamalardan anlaşıldığı gibi, bu suç ihmali hareketle işlenebilen bir suçtur.

3. Fail, Mağdur ve Hukuki Konu

Bu suç özgü failli bir suçtur. Fail, internet sitesi açma yükümlülüğüne tabi olan bağımsız denetime tabi şirketlerin yönetim kurulu üyeleridir²¹⁶. İnternet sitesine konulan bilgiler kamuyu aydınlatma ve şeffaflığı sağlama amacına yönelik bir uygulama olduğu için, internet sitesinin hiç açılmaması ya da kurulmuş olan internet sitesinde yayımlanması gereken içeriklerin usulüne uygun olarak konulmaması halinde kamunun menfaatleri ihlal edilmektedir. Bu yönüyle gayrimuayyen mağdurlu bir suç olarak nitelendirilmektedir²¹⁷. Suçun hukuki konusu ise, kurulması istenen internet sitesi ve burada yayınlanması gereken içeriklerdir. Korunan hukuki değer, mevcut ve müstakbel menfaat sahiplerinin internet sitesinde yayımlana içerikler yoluyla bilgilendirilerek, kamunun aydınlatılmasına ilişkin kamusal menfaattir.

²¹⁵ Gerekçe, TTK m.1524.

²¹⁶ TEOMAN, Ömer, Sermaye Ortaklıklarının İnternet Sitesi Açma ve Burada Yasada Öngörülen İçerikleri Yayımlama Yükümlülüğüne Aykırı Davranmanın Yaptırımı Nedir? **BATİDER**, C. XXVII, S. 41, 2011, s. 5.

²¹⁷ KÜÇÜKTAŞDEMİR, s. 458.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA / REFERENCES

AKIN, İrfan, **Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku**, Ankara 2014.

ALTAŞ, Soner, Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre İnternet Sitesi Açma ve Yönlendirilmiş Mesaj Bulundurma Zorunluluğu, **Mali Çözüm Dergisi**, Ocak-Şubat 2011, (s. 143-150).

ARKAN, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 28. Bası, Ankara 2022.

ARTUK, Mehmet Emin / GÖKÇEN, Ahmet / YENİDÜNYA / A. Caner, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 15. Bası, Ankara 2015.

AYAN, Özge, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları**, Ankara 2021.

AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin, **Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar**, 11. Bası, Ankara 2018.

BAĞRIAÇIK, Safiye Nur, **Üretim ve İş Sırlarının Korunması**, İstanbul 2017.

BAHTİYAR, Mehmet / AYLİ, Ali / ŞUA, Mehmet / KARAMANLIOĞLU, Argun, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2022.

BAHTİYAR, Mehmet / BİÇER, Levent, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticari Defter Tutma Yükümlülüğü ve Ticari Defterlerin İspat Gücü, **KHÜHFD**, C. 1, S. 1, Haziran 2013, (s. 15-32).

BİLGE, Mehmet Emin, **Ticari Sırların Korunması**, Ankara 2005.

BORA, Sevda, Şirketler Topluluğunda Bağlı ve Hâkim Şirket Raporları, **Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ocak 2014, S. 9, (s. 93-113).

BOZER, Ali / GÖLE, Celal, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 2021.

BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru, Ticari Sırların Dijital Ortamda Korunması, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, S. 33, (Ocak 2018), (s. 143-192).

ÇONKAR, Halil, **Anonim Ortaklıkta Ayni Sermaye**, İstanbul 2016.

ERMAN, Sahir, **Şirketler Ceza Hukuku, Ticari Ceza Hukuku VII**, İstanbul 1993.

- FALCIOĞLU, Özgür Mete, TTK'nın 1524. Maddesi ile Sermaye Şirketleri İçin Getirilen İnternet Sitesi Açma Zorunluluğu, Uygulama Alanı ve Yaptırımlar, **Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan**, İstanbul 2011, (s. 653-669).
- FALCIOĞLU, Özgür Mete, Anonim Şirketlerin İnternet Sitesi Açma Yükümlülüğü ve Aykırılığın Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü Bakımından Etkisi, **Legal Hukuk Dergisi**, C. 14, S. 159, Yıl: 2016, (s. 1299-1330), (Hükümsüzlük).
- GÖKÇEN, Ahmet, **Belgede Sahtecilik Suçları**, 2. Baskı, Ankara 2010.
- GÜNGÖR, Devrim, **Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu**, Ankara 2010.
- GÜLŞEN, Recep, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen Suçlar, **Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 2, Eylül 2013, (s. 6-24).
- GÜRBÜZ USLU, Aslı, Şirketler Topluluğunda Denkleştirme, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 18, S. 2, 2012, (s. 281-307).
- HIZIR, Serdar / MERKİ, Duygu, Anonim Şirketlerde Borçlanma Yasağına Aykırılık Teşkil Eden Fiillerin Cezai Sonuçları, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 63 (4), 2014, (s. 779-812).
- HIZIR, Serdar, Anonim Şirkette Pay Sahibinin Şirkete Borçlanma Yasağını Düzenleyen TTK m.358 Üzerine Bazı Değerlendirmeler, **BATİDER**, C. XXIX, S. 2, 2013, (s. 227-289).
- KARAHAN, Sami, Anonim Şirkette Borçlanma Yasağı ve 6335 sayılı Kanun ile Getirilen Değişikliğin Sonuçları, <http://www.ticaretkanunu.net/makale-24/>, E.T. 01.02.2023.
- KARAMAN COŞKUN, Özlem, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. XXI, S. 1, 2015, (s. 107-166).
- KATOĞLU, Tuğrul, Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre, Anonim ve Limited Şirket Yöneticilerinin Ceza Sorumluluğu, **BATİDER**, C. XXIX, S. 1, 2013, (s. 5-41).
- KAYA, Arslan, Ticaret Hukukunda "Ticari Sır" ve 4982 Sayılı Kanun Kapsamında Bilgi Edinme Hakkı, **Makalelerim-I**, İstanbul 2012, (s. 27-42).
- KERVANKIRAN, Emrullah, **Haftungsbeschränkung im türkischen Gesellschaftsrecht, Ein Rechtsvergleich**, Peter Lang, Frankfurt am Main 2007.
- KOŞUT DOĞRUSÖZ, Hanife, Anonim Ortaklık Yöneticilerinin ve Denetçilerinin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 18, S. 2, 2012, (s. 683-697).
- KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür, **Ekonomik Suçlar Bağlamında Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar**, Ankara 2018.

- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, TCK'nın Genel Esasları Işığında Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Yer Alan Suçlarda Şirket Yöneticilerinin Cezai Sorumluluklarına İlişkin Genel Bakış, **Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun İş Dünyasına Etkileri**, Ankara 2014, (s. 86-122).
- MEMİŞ, Tekin, Şirketler Hukukunda Denetim, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVI, S. 3-4, (2012), (s. 151-186)
- NUHOĞLU, Ayşe, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Suç ve Cezalar, **Ticaret Hukukuna Hukukun Diğer Alanlarıyla Birlikte Bakış Sempozyumu**, Gazimağusa 2015, (s. 186-190).
- ODMAN BOZTOSUN, Ayşe, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Şirketlerde Yolsuzluğa Karşı Düzenlemelerin Eleştirel Gözle Değerlendirilmesi, <https://docplayer.biz.tr/15117259-Yeni-turk-ticaret-kanunu-nda-sirketlerde-yolsuzluga-karsi-duzenlemelerin-elistirel-gozle-degerlendirilmesi.html>.
- OKUTAN NİLSSON, Gül, **Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluğu Hukuku**, İstanbul 2009.
- ÖZDAMAR, Mehmet, 6102 Sayılı TTK Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlere Ayni Sermaye Konulmasına İlişkin Çeşitli Sorunlar, **Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi**, C. 1, S. 1, Yıl: 2015, (s. 243-155).
- ÖZDİN, Funda, Şirketler Topluluğu Hukukunda Bilgilendirme Amacına Yönelik Özel Düzenlemelerin Menfaatler Dengesinin Sağlanması Açısından Değerlendirilmesi, **BÜHFD**, C. 16, S. 197-198, Ocak-Şubat 2021.
- ÖZKORKUT, Korkut, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Şirkete Borçlanma Yasağı, Finansal Raporlama ve Bağımsız Denetime İlişkin Değişiklikler, **BATİDER**, C. XXVIII, S. 3, 2012, (s. 45-71).
- PANCAROĞLU, Başar, Sahte ve Gerçeğe Aykırı Belge Kavramlarının Ceza Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi ve Sonuçları, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 28, S. 2, Aralık 2022, (s. 806-847).
- PASLI, Ali, Yeni Türk Ticaret Kanunu Anonim Ortaklık Hükümlerinin Tanıtılması (II) YTK Kitap 2- Kısım 4- Bölüm 1 “Kuruluşa İlişkin Sisteme Yönelik Temel Değişiklikler ve Kuruluş İşlemleri”, **BATİDER**, C. XXVIII, S. 2, 2012, (s. 141-199).
- POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklıklar Hukuku - I**, İstanbul 2014.
- POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin, **Ortaklıklar Hukuku - II**, İstanbul 2017.
- PULAŞLI, Hasan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre, Anonim Şirketlerde Yöneticilerin Hukuki Sorumluluğu, **Ali Naim İnan'a Armağan**, Ankara 2009, (s. 571-590).
- PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi I**, 4. Baskı, Ankara 2022.

SEVİ, Ali Murat, **Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilme Yasağı**, Ankara 2013.

SEZGİN HUYSAL, Ayşegül, Yeni TTK ve HMK Çerçevesinde Ticari Defterler, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 18, S. 2, Yıl. 2012, (s. 191-204).

SULU, Muhammed, **Ticari Sırların Korunması**, İstanbul 2017.

SUSUZ, Kağan, Şirketler Topluluğuna İlişkin Hükümlerin Uygulama Alanı bakımından Hâkim Teşebbüs Kavramı, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 18, S. 2, 2012, (s. 269-279).

ŞENER, Oruç Hami, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 2016.

TAMER, Ahmet, Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Getirilen Bir Yenilik: “Pay Sahiplerinin (Ortakların) Şirkete Borçlanma Yasağı” (TTK m.358), **TBB Dergisi**, 2012 (102), (s. 93-114).

TAŞDELEN, Nihat, 602 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticari Defterler, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 1, 2012, (s. 257-295).

TEOMAN, Ömer, Sermaye Ortaklıklarının İnternet Sitesi Açma ve Burada Yasada Öngörülen İçerikleri Yayımlama Yükümlülüğüne Aykırı Davranmanın Yaptırımı Nedir? **BATİDER**, C. XXVII, S. 41, 2011, (s. 5-12).

TEKİNALP, Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, İstanbul 2015.

TEKİNALP, Ünal, Anonim Ortaklıklarda Sermayenin Korunması İlkesi, **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, C. II, İstanbul 2010, (s. 1681-1700).

TORAMAN ÇOLGAR, Emek, **Şirkete Borçlanma Yasağı**, İstanbul 2019.

TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Ankara 2005.

TURANBOY, Asuman, Ticari Sır, **Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan**, Ankara 2006, (s. 347-369).

UŞAN, Fatih, **İş Hukukunda İş Sırrının Korunması**, Ankara 2003.

ÜLGEN, Hüseyin / HELVACI, Mehmet / KAYA, Arslan / NOMER ERTAN, Füsün, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul 2019.

ÜNAL, Sedef, **6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Odağında Şirket Yetkililerinin Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Kabahat ve Suç Sorumlulukları**, İstanbul 2021.

YASAMAN, Hamdi, Patent Hukukunda Ticari Sırların Korunması, **Fikri Mülkiyet Hukuku Yılığ**, İstanbul 2009, (s. 367-387).

YAVUZ, Mustafa, Türk Ticaret Kanununda Şirketlerin Halktan Para Toplamasının Yasaklanması, **Gümrük ve Ticaret Dergisi**, S. 3, Y. 2014, (s. 66-71).

YILDIZ, Şükrü, Ticaret Şirketlerinin Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca Denetlenmesi, **Türk Ticaret Kanununa İlişkin İkincil Mevzuatın Değerlendirilmesi**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2014, (s. 99-109).

YILMAZ, Asuman, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bağlı Şirket Yönetim Kurulunun Bağlılık Raporu ve Bağlılık Raporunun Denetimi, **BATİDER**, C. XXXI, S. 2, 2015, (s. 99-128).

YÜCE, Aydın Alber, Anonim ve Limited Şirketlerde Pay Sahiplerinin Şirkete Borçlanma Yasağı, **REGESTA**, C. 2, S. 2, 2012, (s. 61-80).

TMK m.652 Uyarınca Birlikte Yaşanılan Konut ile Ev Eşyasının Miras Payına Mahsuben Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi^(*)

Pursuant to Article 652 of the Civil Code, The Allocation of the Cohabited Dwelling and Household Goods to the Surviving Spouse as Part of the Inheritance Share

M. Tolga ÖZER^(**)

Öz:

Kanun koyucu eşlerden birinin ölümü durumunda sağ kalan eşin eski hayatını sürdürebilmesini sağlamak amacıyla, TMK m.652’de eşlerin birlikte yaşadıkları konutun ve kullandıkları ev eşyasının talebi halinde miras payına mahsuben sağ kalan eşe özgülenmesine imkân tanımıştır. Bu çalışma kapsamında ilk olarak özgüleme talebinde bulunulabilmesi için gerekli şartların neler olduğu üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda, terekede ilgili konut ve eşyaya ilişkin tek kişi mülkiyeti yerine birlikte mülkiyet hakkının bulunduğu hallerde özgülemenin mümkün olup olmadığı, konutun bulunduğu taşınmazda birden fazla ailenin ikamet etmesi durumunda özgülemenin nasıl gerçekleşeceği vb. sorulara cevap aranmıştır. Çalışmanın devamında sağ kalan eşe tanınan hakkın içeriği ele alınmış ve birlikte konut ile ev eşyası kavramlarının kapsamı üzerinde durulmuştur. Devamında TMK m.652/2 uyarınca eşe mülkiyet yerine intifa ya da oturma hakkı tanınmasının hangi şartlarda mümkün olduğu hususu incelenmiştir. Bu kısımda ele alınan diğer bir konu da özgüleme tamamlanmadan önce eş tarafından birlikte yaşanılan konut ve ev eşyasının kullanılmasının mümkün olup olmadığıdır. Son olarak, TMK m.652/3’te yer alan özgüleme talebine ilişkin getirilen sınırlamalar ele alınmıştır. Bu bölümde mirasbırakan ile aynı meslek veya sanatı icra eden altsoyun hangi hallerde konutun bu meslek ve sanatın icra edildiği bölümlerinin sağ kalan eşe özgülenmesine itiraz edebileceği irdelenmiştir. Son olarak, birlikte yaşanılan konutun tarım arazisi üzerinde yer almasının sağ kalan eşin özgüleme hakkına olan etkisi üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler:

Özgüleme, Tahsis, Miras, Mirasın Taksimi, Mülkiyet, İntifa, Oturma Hakkı, Eş, Altsoy, Konut, Ev Eşyası.

^(*) **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 19.01.2023

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 24.02.2023

DOI: 10.58733/imhfd.1267398

Bu makaleye atf için: ÖZER, M. Tolga, “TMK m.652 Uyarınca Birlikte Yaşanılan Konut ile Ev Eşyasının Miras Payına Mahsuben Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi”, **İMHD**, C. 8, S. 1, 2023, s. 391-413.

^(**) Dr. Öğr. Üyesi, Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı / İstanbul - Türkiye

E-posta: ozer@tau.edu.tr

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4576-4699>

Abstract:

To ensure that the surviving spouse can continue his/her former life as much as possible in the event of the death of one of the spouses, the legislator, in Article 652 of the TCC, has provided the possibility to allocate the dwelling where the spouses live together and the household goods they use to the surviving spouse, upon his/her request, against his/her inheritance share. Within the scope of this study, firstly, the conditions required for the request for allocation are emphasised, and especially the question of whether it is possible to request allocation in cases where there is only a co-ownership right instead of a single person's ownership of the relevant dwelling and household goods in the inheritance is sought to be answered. In the following part of the study, the content of the right granted to the surviving spouse is examined and the conditions under which usufruct or residence right may be granted to the spouse instead of ownership pursuant to Article 652/2 of the TCC are examined. Another issue examined in this section is whether it is possible for the spouse to use the dwelling and the property before the completion of the assignment under the TCC. Finally, the limitations on the request for assignment under Article 652/3 of the TCC are analysed and it is tried to reveal in which cases the surviving spouse cannot request assignment.

Keywords:

Allocation, Inheritance, Property, Partition of Onheritance, Usufruct, Right of Residence, Spouse, Descendants, Residence, Household Goods.

I. GİRİŞ

Evlilik birliğinin ölüm ile sona ermesi halinde TMK m.652/1 uyarınca sağ kalan eş kendisine birlikte yaşanan konut¹ ve ev eşyası üzerinde miras payına mahsuben mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilmektedir. Bu düzenlemenin amacı sağ kalan eşin ölümden olabildiğince az etkilenmesini ve eski yaşantısını sürdürmesini sağlamaktır². TMK m.652 birlikte yaşanan konut ve ev eşyasının sağ kalan eşe

¹ TMK m.652'nin başlığı "*aile konutu ve ev eşyasının sağ kalan eşe özgülenmesi*"dir. Ancak madde metninde aile konutu değil, daha geniş bir kavram olan "*eşlerin birlikte yaşadıkları konut*" ifadesi kullanılmıştır. Bu durumda akla gelen soru TMK m.652'nin uygulama alanının sadece aile konutu ile mi sınırlı olduğu yoksa aile konutu niteliğine sahip olmasa da eşlerin birlikte yaşadıkları herhangi bir konut için de özgüleme talebinde bulunulup bulunulmayacağıdır. Bu soruya aşağıda "TMK m.652'den Doğan Hakkın İçeriği" başlığı altında cevap aranmıştır.

² WOLF, Stephan / EGGEL, Martin, **Berner Kommentar (Art.602-619 ZGB)**, Stämpfli Verlag, Bern, 2014, Art.612a, N. 3; SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkay, **Miras Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, § 7, N. 57; SCHAUFELBERGER, Peter C. / KELLER LÜSCHER, Katrin, **Basler Kommentar / Zivilgesetzbuch II**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2019, Art.612a, N. 2; ÇAKIR, Aytuğ Ceyhan, **Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 277 ve 284; ÇABRİ, Sezer, **Miras Hukuku Şerhi Cilt III (TMK m.640-682)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, m.652, N. 384; AVCI, Mehmet Özgür, **Mirasın Mahkeme Kararıyla Paylaşılması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 180; DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut, **Türk Özel Hukuku Cilt IV - Miras Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, N. 2081; ÖZDEMİR, Hayrunnisa, **Türk Medeni Kanununa Göre Miras Paylaşılması Şerhi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 107; ANTALYA, Gökhan / SAĞLAM, İpek, **Miras Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, N. 2264; ŞENOCAK, Zarife, "Miras Hukukunda Sağ Kalan Eşin Aile Konutunun ve Ev Eşyasının Özgülenmesini Talep Hakkı", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 2009/2, s. 99 ve 101; ŞEKER, Muzaffer, "Eşin Ölümü Halinde Malların Miras ve Yasal Mal Rejimi Kapsamında Birbirinden Bağımsız Olarak Tasfiye Edilmesi ve Özellikle Sağ Kalan Eşin Aile Konutu ve Ev Eşyası Üzerinde Miras ve Yasal Mal Rejiminden Kaynaklanan Hakları (MK md.240, 652)", **Maltepe**

özülenmesine dair kanundaki tek düzenleme değildir. Eşler arasındaki mal rejimini düzenleyen hükümler içerisinde yer alan TMK m.240, 254 ve 279'da da benzer bir kurala yer verilmiştir. Ancak TMK m.652 ve bu maddeler arasındaki en büyük fark ilkinde eşin özüleme talebinin miras hakkına, diğerlerinde ise mal rejiminin tasfiyesi sonucunda doğan alacak hakkına dayanmasıdır. Bu nedenle sağ kalan eşin mirastan feragat veya mirasın reddi vb. bir sebeple mirasçı olamaması durumunda, TMK m.652 uyarınca bir talep hakkı da söz konusu olamamaktadır.

Birlikte yaşanılan konut ve ev eşyasının mülkiyetinin sağ kalan eşe özülenmesine dair TMK m.652'de düzenlenen hak sınırsız değildir. Maddenin ikinci fıkrasında hakkaniyetin gerektirmesi ve talep edilmesi halinde sağ kalan eşe konut ve eşya üzerinde mülkiyet yerine, intifa veya oturma hakkının tanınacağı hüküm altına alınmıştır. Üçüncü fıkrada ise mirasın altsoyunun da kendisi ile benzer bir meslek veya sanat icra etmesi durumunda sağ kalan eşin, konutun bu meslek veya sanatın icra edildiği kısımlarına ilişkin talepte bulunamayacağı düzenlenmiş, buna ek olarak tarımsal taşınmazlara ilişkin miras hukuku hükümleri de saklı tutulmuştur.

Çalışmamız kapsamında TMK m.652'de birlikte yaşanılan konut ve ev eşyasına dair sağ kalan eşe tanınan özüleme hakkının şartları, içeriği ve sınırları aşağıda ayrıntılı olarak incelenmiştir.

II. TMK M.652 UYARINCA BİRLİKTE YAŞANILAN KONUT VE EV EŞYASININ SAĞ KALAN EŞE ÖZGÜLENMESİNİN ŞARTLARI

A. Eşin Mirasçı Olması

TMK m.652'de sağ kalan eşin birlikte yaşanılan konut ve ev eşyasına ilişkin talepte bulunabilmesi için aranan ilk şart eşin mirasçı sıfatına sahip olmasıdır. Bu şart madde metninde özülemenin "*miras hakkına mahsuben*" yapılacağı şeklinde ifade edilmiştir (bkz. TMK m.652/1).

Eşin mirasçı sıfatını elde edebilmesi için öncelikle evliliğin ölüm veya ölüm karinesi ile sona ermesi ve mirasın açılması gerekir. Her ne kadar evliliği ipso iure sona erdirmese bile³ mirasçılık açısından ölüm ve ölüm karinesi ile

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/1, s. 438 ve 446; AKIŞLA, H. Sena, "Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özülenmesi", *Kesit Akademi Dergisi*, Y. 4, S. 6, 2018, s. 467 ve 470; GEZDER, Ümit, "Mirasın Paylaşımında Aile Konutu ve Ev Eşyasının Sağ Kalan Eşe Özülenmesi (MK m.652)", *İÜHFMD*, C. 65, S. 2, s. 241; DOĞAN, Murat, "Mal Rejiminin Tasfiyesinde ve Mirasın Paylaşımında Aile Konutu ve Ev Eşyası", *AÜEHFD*, C. 7, S. 3-4, s. 652.

³ TMK m.131 uyarınca, eşlerden birinin gaipliğine karar verilmesi evliliği kendiliğinden sona erdirmemektedir. Bunun için sağ kalan eşin mahkemeden evliliğin feshini talep etmesi ve buna ilişkin karar verilmesi gerekir.

benzer sonuçlar doğuran gaiplik durumunda da TMK m.652 uygulama alanı bulabilecektir⁴. Ancak TMK m.584/1’de gaibin veya bir üstün hak sahibinin ileride ortaya çıkması ihtimaline karşı tereke mallarının mirasçılara teslimden önce güvence gösterilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Bu nedenle gaiplik durumunda birlikte yaşanan konut ve ev eşyasının sağ kalan eşe tesliminden önce bu güvencenin gösterilmesi gerekir⁵.

Evliliğin ölümden önce boşanma kararı ile sona ermesi halinde tarafların birbirlerine mirasçılığı sona ereceğinden TMK m.652 uygulama alanı bulamayacaktır. Bununla birlikte boşanma davası sürerken eşlerden birinin ölümü durumunda evlilik ölüm ile birlikte sona ermiş sayılacağından, sağ kalan eş ölenin mirasçısı olmaya devam edecek ve kendisi TMK m.652’ye dayanarak talepte bulunabilecektir⁶. Ancak TMK m.181/2’de ölen eşin mirasçılara davaya devam ederek, karşı tarafın kusurlu olduğu ispat etme ve bu sayede onun, ölen eş mirasçı olmasını engelleyebilme imkânı tanınmıştır. Bu ihtimalde artık sağ kalan eş mirasçı sıfatına sahip olmayacağından TMK m.652’ye başvuramayacaktır⁷. Benzer bir yorumun evliliğin butlanına dair davalara ilişkin olarak da yapılabilmesi mümkündür.

Evliliğin eşlerden birinin ölümü ile sona ermesine rağmen sağ kalan eşin feragat, ıskat, yoksunluk veya ret sebebiyle mirasçı olamaması halinde de TMK m.652 kapsamında herhangi bir talep hakkı doğmayacaktır. Bununla birlikte mirastan feragatin kısmi olması durumunda mirasçılık sıfatı tamamen kaybedilmediğinden, talepte bulunulabilmesi mümkündür⁸. Herhangi bir sebeple mirasçı olamayan eşin lehine belirli mal vasiyeti yapılması ise TMK m.652 uya-

⁴ ÇABRİ, m.652, N. 388; ÖZDEMİR, s. 113; KILIÇOĞLU, Ahmet M. **Miras Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 375; AKKIŞLA, s. 474; DOĞAN, s. 688; YAŞAR, Halis, “Mirasın Paylaşılmasında Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi”, **TBB Dergisi**, 2012 (100), s. 410; ÇAKIR, s. 287 (yazar, kendi fikrini açıkça belirtmemekte sadece öğretide bu hususun kabul edildiğini ifade etmekle yetinmektedir). TMK m.240’a ilişkin benzer bir tespit için bkz. ÜREM, Müge, “TMK m.240 Hükümü Uyarınca Sağ Kalan Eşin Konut ve Ev Eşyası Üzerindeki Hakkı”, **Hacettepe HFD**, 10(2) / 2020, s. 664; ÖZTAŞ, İlker, “MK m.240 Uyarınca Sağ Kalan Eşin Aile Konutu Üzerindeki Hakkı”, **EÜHFD**, C. 13, S. 3-4, 2009, s. 234-235 Gaiplik durumunda TMK m.240 uyarınca talepte bulunulabilmesi için evliliğin feshine de karar verilmesi gerektiği görüşünde bkz. NEBİOĞLU ÖNER, Şebnem, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 24, S. 1, 2020, s. 178; DURSUN KARAAHMETOĞLU, Şeyda, “Ölen Eşin Aile Konutuna İlişkin Ölüme Bağlı Tasarruflarının Sağ Kalan Eşin TMK m.240 Uyarınca Aile Konutunun Özgülenmesi Talebine Etkisi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 23, S. 1, 2021, s. 434, dn. 2.

⁵ ÇABRİ, m.652, N. 388; AKKIŞLA, s. 474-475; ÖZDEMİR, s. 114.

⁶ WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 13.

⁷ ÇAKIR, s. 288-289; ÖZDEMİR, s. 115-116; DOĞAN, s. 688; YAŞAR, s. 412.

⁸ ÇABRİ, m.652, N. 394.

rınca talepte bulunulabilmesi için yeterli değildir⁹. Zira bu ihtimalde eşe özgülenecek olan konut ve ev eşyasının mahsup edilebileceği herhangi bir miras payı bulunmamaktadır.

Sağ kalan eşin miras payını devri durumunda TMK m.652'nin uygulama alanı bulmasının mümkün olup olmadığı cevaplanması gereken bir diğer sorudur. Bizim de katıldığımız öğretilerdeki hâkim görüş, payın diğer mirasçılardan birine devri durumunda bunun aynı etki doğuracağını ve devredenin miras payının devir oranında azalırken, karşı tarafın payının aynı oranda artacağını kabul etmektedir. Bu hâkim görüşün kabulü halinde miras payının tamamını diğer mirasçılardan birine devreden eş, mirasçı sıfatını kaybedeceğinden artık TMK m.652'nin uygulama alanı bulabilmesi mümkün değildir¹⁰. Miras payının tamamının değil sadece bir kısmının devri halinde ise eşin mirasçılığı devam edeceğinden TMK m.652 kapsamında talepte bulunulabilmesi mümkündür.

Miras payının devrine ilişkin ikinci bir ihtimal ise devrin diğer mirasçılar dışında üçüncü bir kişiye yapılmasıdır. TMK m.677/2 uyarınca bu durumda devredenin mirasçılığı sona ermemekte, devralan sadece o kişiye karşı bir alacak hakkı elde etmektedir. Bu durumda sağ kalan eşin miras payını mirasçılar dışında üçüncü bir kişiye devretmesi onun mirasçılığını sona erdirmediğinden, TMK m.652'nin uygulama alanı bulabileceği akla gelebilecek olsa da bu yorum hükmün amacı ile bağdaşmamaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere birlikte yaşanılan konut ve ev eşyasının miras payına mahsuben sağ kalan eşe özgülenmesinin amacı onun, eşinin ölümünden önceki yaşamını sürdürebilmesine imkân tanımaktır. Bu sebeple madde metninde açıkça düzenlenmemiş olsa dahi bu özgüleme talebinin sadece sağ kalan eşin kendi ihtiyacı / kullanımı nedeniyle söz konusu olabileceği kabul edilmelidir¹¹. Miras payının üçüncü bir kişiye devri halinde ise artık eşin kendi kullanımı için talepte bulunduğu bahsedilemeyecektir¹².

⁹ WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 9.

¹⁰ ÇABRİ, m.652, N. 394.

¹¹ WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 20 ve 31; SCHAUFELBERGER / KELLER LÜSCHER, Art.612a, N. 11; DURAL / ÖZ, N. 2083; GEZDER, s. 246.

¹² Miras payının üçüncü bir kişiye devri durumunda TMK m.652'ye başvurulabilmesinin hükmün amacı ile uyumadığı, bu durumda diğer mirasçıların birlikte yaşanılan konut ve ev eşyasının sağ kalan eşe özgülenmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğini ileri sürebileceği yönünde bkz. ÇABRİ, m.652, N. 394.

B. Birlikte Yaşanılan Konut ve Ev Eşyasının Terekede Yer Alması

TMK m.652 temelde terekenin taksimine dair bir düzenlemedir¹³. Bu nedenle sağ kalan eşin birlikte yaşanılan konut ve ev eşyasına ilişkin TMK m.652 uyarınca özgüleme talebinde bulunabilmesi için bunların sağlığında ölen eşe ait olması ve onun terekesinde yer alması gerekir.

Burada akla gelen soru terekede yer alan mülkiyet hakkının tek kişi mülkiyeti değil de birlikte mülkiyet olması durumunda da özgüleme talebinde bulunup bulunamayacağıdır¹⁴. İlk olarak ifade edilmelidir ki, özgülenmesi talep edilen konut ve ev eşyasının sadece eşlerin paylı veya elbirliği mülkiyetinde olması halinde sağ kalan eşin TMK m.652'ye dayanarak talepte bulunabileceğine kuşku yoktur¹⁵. Çünkü bu ihtimalde terekede yer alan mülkiyet hakkının sağ kalan eşe özgülenmesi ile birlikte artık konut ve ev eşyası üzerinde talepte bulunan eş adına bir tek kişi mülkiyeti söz konusu olacaktır.

Ölen eşin üçüncü kişiler ile ortak (paylı veya elbirliği halinde) malik olduğu bir durumda ise fikrimizce temel alınması gereken husus, yapılan özgüleme sonucunda sağ kalan eşin konut ve ev eşyasını diğer maliklerin onayına ihtiyaç olmadan kullanabilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Miras payına mahsuben ortak mülkiyeti elde etse dahi sağ kalan eş birlikte yaşanılan konut ve ev eşyasına ilişkin kullanım hakkı elde edemeyecek ise TMK m.652 uyarınca talepte bulunulamayacağı kabul edilmelidir.

Paylı mülkiyet açısından konu ele alındığında, TMK m.693/1'de her bir paydaşın diğerlerinin hakları ile bağdaştığı ölçüde malı sınırsız olarak kullanma imkânına sahip olduğu hükme bağlanmıştır. Bu tür bir kullanım imkânının bulunmaması durumunda paydaşlar, oybirliği ile yapacakları anlaşma ile malın kullanım tarzını belirleyebilirler¹⁶. Paydaşlarca bir anlaşmaya varılamaması

¹³ WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 23; SCHAUFELBERGER / KELLER LÜSCHER, Art.612a, N. 3 ve 9; ÇAKIR, s. 284; ÇABRİ, M: 562, N. 397; KILIÇOĞLU, s. 374; Şenocak, s. 101; GEZDER, s. 243; DOĞAN, s. 694; ÖZTAN, Bilge, **Miras Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, 473. TMK m.652'nin kanun tarafından öngörülen bir taksim kuralı olduğu yönünde bir Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 2. HD, T. 01/07/2014, E. 2013/25172, K. 2014/15059. Benzer yönde bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 119 II 323 ilgili kısım için özellikle 324.

¹⁴ TMK m.640/2 uyarınca terekede yer alan malvarlığı değerleri üzerinde mirasçılar elbette ki elbirliği şeklinde hak sahibidirler. Burada kastedilen özgülenmesi talep edilen konut ve eşya üzerinde ölen eşin sağlığında tek kişi değil bir birlikte mülkiyet hakkına sahip olması ve bu hakkın terekede yer almasıdır.

¹⁵ ÇAKIR, s. 289; ÖZDEMİR, s. 118-119; DOĞAN, s. 690. TMK m.240'a ilişkin paylı mülkiyet açısından benzer bir tespit için bkz. ÜREM, s. 666; NEBİOĞLU ÖNER, s. 181 ve 183.

¹⁶ TMK m.695/1 uyarınca üzerinde paylı mülkiyet bulunan malın kullanıma dair bu anlaşmalar külli ve cüz'i halefleri de bağlamaktadır. Ancak TMK m.695/2'de taşınmazlara dair anlaşmaların sonradan paydaş olan veya aynı hak kazananları bağlayabilmesi için tapuya şerh verilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

ihtimalinde ise hâkim pay oranlarını da dikkate alarak, kullanım tarzını tayin eder (TMK m.693/2). Birlikte yaşanılan konut ve ev eşyası açısından bakıldığında her bir paydaşın birbirlerinin haklarına tecavüz etmeden sınırsız bir kullanımının söz konusu olması hemen hemen hiçbir olayda mümkün olmayacaktır. O hâlde birlikte yaşanılan konut ve/veya ev eşyası üzerinde üçüncü kişilerle paylı mülkiyet ilişkisinin olduğu bir olasılıkta sağ kalan eşin TMK m.652'ye dayanarak özgüleme talebinde bulunabilmesi için özgülenmesi talep edilen malların kullanılmasına imkân tanıyan bir kullanım anlaşmasının veya mahkeme kararının mevcut olması gerekir¹⁷. Örneğin; üzerinde paylı mülkiyet olan bir binada her paydaş tarafından bir kat ya da dairenin kullanılması konusunda paydaşlar anlaşmışsa veya bu yönde bir mahkeme kararı söz konusuysa, sağ kalan eşin (diğer şartların da mevcut olması halinde) TMK m.652 uyarınca talepte bulunabilmesi mümkündür. Buna karşılık, ölen eş zamanında gerçekleşen kullanımın bu tür bir anlaşma veya karara dayanmadığı ve diğer paydaşların hakları ile bağdaşmadığı bir ihtimalde, sağ kalan eş kanaatimizce özgüleme talebinde bulunamayacaktır. Zira payın özgülenmesi durumunda dahi söz konusu konut ve eşyanın kendisi tarafından kullanılabilmesi mümkün değildir.

Ölen eşin elbirliği şeklinde malik olduğu konut ve ev eşyasına dair de kural olarak TMK m.652 uygulama alanı bulamayacaktır. Zira elbirliği ortaklığına temel teşkil eden sözleşmede ve/veya kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, malın maliklerden biri tarafından kullanılabilmesi ancak diğerlerinin buna onay vermesi durumunda söz konusu olabilmektedir (bkz. TMK m.702). Sağ kalan eşin diğer maliklerin rızası olmadan konut veya ev eşyasını kullanmadığı bir ihtimalde ise TMK m.652 kapsamında özgüleme talebinde bulunabilmesi mümkün kabul edilmemelidir¹⁸.

C. Ölen Eşin Farklı Bir Ölümüne Bağlı Tasarrufta Bulunmamış Olması

Madde metninde yer alan “miras hakkına mahsuben” ifadesinden TMK m.652'nin terekenin taksimine dair bir düzenleme olduğu anlaşılmaktadır. Aranılan koşulların mevcut olması halinde sağ kalan eş taksim çerçevesinde birtakım

¹⁷ Benzer yönde bkz. ÇAKIR, s. 290. TMK m.240'a ilişkin paylı mülkiyet açısından benzer bir tespit için bkz. NEBİOĞLU ÖNER, s. 182.

¹⁸ Ölen eşin taşınmaz üzerinde üçüncü kişiler ile elbirliği mülkiyetinin bulunması durumunda sağ kalan eşin TMK m.652 uyarınca özgüleme talebinde bulunamayacağı görüşünde bkz. ÇAKIR, s. 290; DOĞAN, s. 690 (yazar, paylı mülkiyete ilişkin olarak da aynı görüşü benimsemektedir); ÖZDEMİR, s. 119. Benzer bir yorumu TMK m.240 açısından yapan yazarlar için bkz. GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 414; SARI, Suat, **Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi**, Beşir Kitabevi, 2007, s. 285; KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Medeni Kanun'unumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 93; ÖZTAŞ, s. 240; ŞEKER, s. 442; Ürem, s. 666 (yazar, ölen eşin üçüncü kişilerle paylı malik olduğu durumlar için de benzer bir tespit yapmaktadır).

malların kendi payına özgülenmesine ilişkin bir öncelik hakkına sahip olmaktadır¹⁹. Kanunda yer alan taksim hükümleri kural olarak emredici olmadığından, bu düzenlemenin de emredici nitelikte olmadığı haklı olarak kabul edilmektedir²⁰. Bu nedenle muris yani ölen eş TMK m.647/1 uyarınca yapacağı ölüme bağlı bir tasarruf ile TMK m.652'nin uygulanmasını engelleyebilir²¹. Muris bunu doğrudan yapabileceği gibi sağ kalan eşin miras payına düşecek olan malları belirleyerek dolaylı şekilde de gerçekleştirebilecektir²².

D. Sağ Kalan Eşin Talepte Bulunması

TMK m.652 kapsamında özgülemenin gerçekleştirilmesi için sağ kalan eşin en geç taksimin sona erdiği²³ (veya başka bir nedenle miras ortaklığının sona bulduğu) ana kadar talepte bulunması gereklidir²⁴. Sağ kalan eş birlikte yaşanan konut ve ev eşyasının kendi miras payına tahsisine ilişkin bu hakkı

¹⁹ WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 31.

²⁰ WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 5, 6 ve 35; SCHAUFELBERGER / KELLER LÜSCHER, Art.612a, N. 4; AEBI-MÜLLER, Regina Elisabeth, **Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten**, Stämpfli Verlag, Bern, 2000, N. 7. 70; SEROZAN / ENGİN, § 7, N. 58; ÇAKIR, s. 315; ÇABRI, M: 562, N. 400; ÖZDEMİR, s. 107, 111 ve 112-113; ŞENOCAK, s. 124; ANTALYA / SAĞLAM, N. 2263; GEZDER, s. 242; DOĞAN, s. 693. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında TMK m.652'nin mehaz hukuktaki karşılığı olan İMK m.612a'nın emredici nitelikte bir hüküm olmadığını karar bağlamıştır. Karar metni için bkz. BGE 119 II 323. Mirasbırakan tarafından sadece birinci fıkranın aksinin kararlaştırılabileceği, buna karşılık ikinci fıkranın ise emredici olduğu yönünde bkz. SEEBERGER, Lionel Harald, **Die Richterliche Erbteilung**, Freiburg, 1992, s. 156; Avcı, s. 191. Mirasbırakanın tek tarafı olarak sağ kalan eşin birlikte yaşanan konut ve ev eşyasının özgülenmesine ilişkin hakkını onun elinden alamayacağı görüşünde bkz. DRUEY, Jean Nicolas, "Art.612a ZGB - wirklich nur dispositiv?", **AJP**, 1993/2, s. 126 vd. özellikle s. 128.

²¹ Buna karşılık özgüleme talebinin mal rejimi hukukundan kaynaklandığı hallerde (bkz. TMK m.240, 254 ve 279) bu hak ancak eşler arasında buna ilişkin bir anlaşma varsa ortadan kaldırılabilecektir (WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 6; ÜREM, s. 681; NEBİOĞLU ÖNER, s. 198; ÖZTAŞ, s. 247; DURSUN KARAAHMETOĞLU, s. 438-439).

²² WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 6. Bu tür bir ölüme bağlı tasarrufun bulunmasına rağmen, mirasçılar oybirliği ile anlaşarak birlikte yaşanan konutun ve ev eşyasının sağ kalan eşe verilmesi konusunda anlaşabilirler. Zira mirasçıların aralarında anlaşarak, murisin öngördüğünden farklı bir taksim şeklinin kararlaştırılabilmeleri mümkündür. Mirasbırakanın tarafından belirlenen taksim kurallarının mirasçılar arasındaki anlaşmalar karşısındaki bağlayıcılığına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. OZANEMRE YAYLA, H. Tolunay, **Mirasın Paylaşılması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, 147 vd.

²³ TMK m.652 mirasın taksime ilişkin bir düzenleme olduğundan, taksimin sona ermesiyle birlikte artık talepte bulunulabilmesi mümkün olmayacaktır. Bkz. WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 22; ÇAKIR, s. 285; DURAL / ÖZ, N. 2078; ŞENOCAK, s. 111; AKKIŞLA, s. 479; AVCI, s. 199; DOĞAN, s. 695. Kendi fikrini açıkça ifade etmemekle birlikte, öğretilerde en geç taksim anına kadar TMK m.652'den doğan hakkın kullanılması gerektiğinin kabul edildiğini belirten bir yazar için bkz. ÖZTAN, s. 475.

²⁴ TMK m.652 kapsamındaki özgüleme talebi aslında mirasın taksimine ilişkin bir taleptir. Bu nedenle TMK m.642 uyarınca görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesidir. Bu yöndeki Yargıtay kararlarına örnekler için bkz. Yarg. 2. HD, T. 26/04/2011, E. 2010/11980, K. 2011/7046; Yarg. 2. HD, T. 20/06/2011, E. 2010/7967, K. 2011/10933. Bununla birlikte, öğretideki bir görüş mirasın taksimi davasından bağımsız olarak da özgüleme talebinde bulunulabileceğini ve bu ihtimalde görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olacağını kabul etmektedir (bkz. KILIÇOĞLU, Aile Konutu ve Ev Eşyası, s. 509; KILIÇOĞLU, s. 378).

kullanıp kullanmamakta ise serbesttir²⁵. Öğretide de isabetli şekilde belirtildiği üzere, burada yenilik doğurucu bir hak söz konusudur²⁶. Bu hakkın kullanılmasına yönelik beyanın tüm mirasçılara birden yapılması gerekmektedir²⁷. Hakkın kullanılması ile birlikte diğer mirasçıların konut ve ev eşyasının mülkiyetini miras payına mahsuben sağ kalan eşe devretme borcu doğmaktadır. Diğer mirasçıların mülkiyeti kendi iradeleri ile sağ kalan eşe devretmemeleri durumunda ise hâkim kararı ile bu devir gerçekleşecektir.

Diğer yenilik doğurucu haklarda olduğu gibi TMK m.652'den doğan hak da bir kere kullanılmasıyla birlikte artık geri alınamaz²⁸. Yenilik doğurucu hak olmasının bir diğer sonucu da şarta bağlanarak özgüleme talebinde bulunulamayacak olmasıdır. Bununla birlikte öğretide, yenilik doğurucu hakların kullanılmasının karşı taraf için belirsizlik oluşturmeyen bir şarta bağlanabileceği, söz konusu hakların özellikle terditli olarak ileri sürülmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir²⁹. Bu nedenle TMK m.652'den doğan özgüleme talebinin de bu tür bir şarta bağlanarak kullanılabilmesi fikrimizce mümkündür. Örneğin; sağ kalan eşin taksim sırasında terekede yer alan bir başka taşınmazın kendisine verilmemesi durumunda ölen eş ile birlikte yaşadıkları konuta ilişkin TMK m.652'den doğan hakkını kullandığını bildirmesi halinde, özgüleme talebinin bu tür bir şarta bağlanarak kullanıldığı söylenebilir.

Hükmün amacı dikkate alındığında TMK m.652'den doğan hakkın kişiye sıkı suretle bağlı bir hak olduğu ve devrinin ya da mirasçılara intikalinin mümkün olmadığı sonucuna varılmaktadır³⁰. Bu nedenle, sağ kalan eş dışındaki üçüncü kişilerin TMK m.652 kapsamında talepte bulunabilmeleri mümkün değildir.

²⁵ Sağ kalan eşe tanınan bu serbestlik nedeniyle TMK m.653'nin / İMK m.612a'nın kanundaki diğer taksim kurallarından ayrıldığı yönünde bkz. WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 31.

²⁶ WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 22 ve 32; KILIÇOĞLU, s. 376 (yazar TMK m.652'de sağ kalan eşe tanınan hakkı, bir yasal alım hakkı olarak nitelendirmektedir); Akkişla, s. 478; Doğan, s. 694. TMK m.240 açısından benzer bir tespit için bkz. ÖZTAŞ, s. 229.

²⁷ WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 22; ANTALYA / SAĞLAM, N. 2265. Yargıtay da konuya ilişkin bir kararında sağ kalan eşin özgüleme talebiyle açtığı davanın diğer mirasçılara tamamına yöneltmesi gerektiği belirlemiştir. Karar metni için bkz. Yarg. 8. HD, T. 04/04/2014, E. 2013/7517, K. 2014/6261.

²⁸ Benzer yönde bkz. WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 32.

²⁹ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BUZ, Vedat, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 258 vd.

³⁰ WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 34; SCHAUFELBERGER / KELLER LÜSCHER, Art.612a, N. 9; ÇAKIR, s. 284-285; DURAL / ÖZ, N. 2078; SEROZAN / ENGİN, § 7, N. 58; ÇABRİ, m.652, N. 397; ANTALYA / SAĞLAM, N. 2266, ÖZTAN, s. 474; AKKIŞLA, s. 478; AVCI, s. 190-191; ÖZDEMİR, s. 112; GEZDER, s. 247; DOĞAN, s. 694; ŞENOCAK, s. 104; YAŞAR, s. 411.

E. Özgüleme Talep Edilen Eşya ve Miras Payı Arasındaki Değer Farkının Sağ Kalan Eş Tarafından Ödenmesi

TMK m.652 kapsamında birlikte yaşanan konut ve ev eşyası miras payına mahsuben sağ kalan eşe özgülenmektedir. Burada özgüleme, eğer mirasbırakan tarafından farklı yönde bir ölüme bağlı tasarrufta bulunulmadiysa konut ve ev eşyasının özgüleme anındaki piyasa/rayıç değeri üzerinden yapılacaktır³¹. Bazı durumlarda bu değer in sağ kalan eş in miras payını aşabilmesi mümkündür. Her ne kadar madde metninde açıkça yer almasa da bu ihtimalde özgülemenin gerçekleşebilmesi için söz konusu fark in sağ kalan eş tarafından diğer mirasçılara ödenmesi gerekmektedir³². Değer farkının para yerine bir başka mal veya hakkın devri ile gerçekleşebilmesi ise ancak diğer mirasçılar in tamamının buna onay vermesi durumunda mümkündür.

III. TMK M.652'DEN DOĞAN HAKKIN İÇERİĞİ

A. Eşlerin Birlikte Yaşadıkları Konutun Mülkiyetinin Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi

TMK m.652/1'de sağ kalan eş in, muris ile "birlikte yaşadığı konutun" mülkiyetinin miras payına mahsuben kendisine verilmesini talep edebileceği hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte maddenin kenar başlığında eşlerin birlikte yaşadıkları konuttan daha dar bir kavram olan "aile konutu" ifadesinin tercih edildiği görülmektedir. Bu durumda açıklığa kavuşturulması gereken husus TMK m.652'nin kapsamının sadece aile konutu ile sınırlı olup olmadığıdır. Örneğin; aile konutları İstanbul'da bulunan bir çiftin yılın altı ayını aslen memleketleri olan Trabzon'da geçirdikleri bir ihtimalde sağ kalan eş in Trabzon'daki konuta ilişkin özgüleme talebinde bulunup bulunamayacağı bu soruya verilecek cevaba göre farklılık arz edecektir.

³¹ Mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu ile TMK m.652'nin konusunu teşkil eden konut ve eşyaların değerini önceden tespit ederek, özgüleme talebinde bulunulması durumunda bunların ne oranda miras payına mahsup edileceğini kararlaştırabilmesinin mümkün olduğu yönünde bkz. WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 24; DOĞAN, s. 691.

³² WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 25; SEROZAN / ENGİN, § 7, N. 58; ŞENOCAK, s. 116; ÇABRİ, m.652, N. 402; İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan, **Miras Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2022, s. 501; DOĞAN, s. 691; YAŞAR, s. 414. Yargıtay'ın, özgülemeye hükmedilebilmesi için önce değer farkının depo edilmesi gerektiği yönündeki kararları için bkz. Yarg. 14. HD, T. 17/09/2020, E. 2016/16377, K. 2020/5135; Yarg. 14. HD, T. 30/09/2020, E. 2016/17041, K. 2020/5645; Yarg. 14. HD, T. 08/02/2021, E. 2017/1210, K. 2021/673. Konutun değerinin eş in miras payından yüksek olması durumunda zorunlu olarak intifa veya oturma hakkının özgülenmesi gerektiği; burada TMK m.240'dan farklı olarak, bedelin denkleştirilmesinin mümkün olmadığı şeklinde farklı bir görüş için bkz. ŞEKER, s. 447.

Öğretideki bir görüş TMK m.652'nin uygulama alanının aile konutu ile sınırlı olduğu yönündedir³³. Biz ise bu görüşe katılmamaktayız. Zira Yargıtay'ın 1946 tarihli içtihadı birleştirme kararı uyarınca, aksi belirtilmediği sürece kenar başlıkları kanun metnine dâhil değildir³⁴. O hâlde kanaatimizce madde metnindeki ifadeye üstünlük tanınmalı ve aile konutu niteliğine sahip olmasa dahi eşlerin birlikte yaşadıkları farklı bir konuta ilişkin de özgüleme talebinde bulunulabileceği kabul edilmelidir³⁵. Ancak her ne kadar aile konutunun dışındaki konutlar için de talepte bulunulabilecek olsa da bu talebin tek konutla sınırlı olması gerektiği, birden fazla konutun özgülenmesinin istenemeyeceği düşüncesindeyiz³⁶. Zira mirasın taksimine hâkim olan ilkelerden biri de mirasçılar arasında eşitlik ilkesidir (bkz. TMK m.646/1)³⁷. TMK m.652 her ne kadar bu ilkeye istisna getirirse de bu istisnanın dar yorumlanması ve mirasçılar arasındaki eşitliğin olabildiğince korunması gerekmektedir.

Eşlerin, birlikte yaşama iradi olarak veya mahkemenin ayrılık kararı sonucunda bir süreliğine ara vermiş olmaları ve bu süre zarfında ortak bir konut kullanmamaları TMK m.652'nin uygulama alanı bulmasını etkilemeyecektir³⁸. Zira bu geçici durum konutun, "birlikte yaşanılan konut" olma niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Hatta ölümün boşanma davası sürecinde gerçekleşmesi halinde, eşler bu süreçte ayrı yaşıyor olsalar dahi sağ kalan eşin özgüleme talebinde bulunabileceği öğretide kabul edilmektedir³⁹. Bununla birlikte yukarıda da işaret ettiğimiz üzere, ölen eşin mirasçılarının TMK m.181/2 uyarınca davaya devam ederek, karşı tarafın kusurlu olduğunu ispat etmesi durumunda sağ kalan eş mirasçı sıfatı ile birlikte TMK m.652'den doğan hakkını da kaybedecektir.

³³ ÇABRİ, m.652, N. 391; GEZDER, s. 245; YAŞAR, s. 415. Yargıtay da bir kararında taşınmazın aile konutu olup olmadığına ilişkin davanın TMK m.652 açısından bekletici mesele yapılması gerektiğini hükme bağlayarak, TMK m.652'nin aile konutunun özgülenmesine dair bir düzenleme olduğu yönündeki fikrini ortaya koymuştur (bkz. Yarg. 14. HD, T. 15/03/2004, E. 2004/2338, K. 2004/3194). Yargıtay bir başka kararında da sağ kalan eşin TMK m.652'den doğan hakkını kullanabilmesi için taşınmazın aile konutu olduğunun tespitine ihtiyaç olduğu, bu nedenle evliliğin ölümle sona ermesi durumunun dahi aile konutunun tespitinde hukuki yarar bulunduğunu hükme bağlamıştır (bkz. Yarg. 14. HD, T. 29/03/2018, E. 2016/24601, K. 2018/4092).

³⁴ YİBK. T. 09/10/1946, E. 1946/6, K. 1946/12. Benzer şekilde TBMM'de 26/12/944 tarihli (yorum) kararında, kenar başlıklarının kural olarak madde metnini dâhil olmadığını belirtmiştir (bkz. 04/02/1944 tarihli ve 5621 sayılı Resmî Gazete).

³⁵ DURAL / ÖZ, N. 2072; ŞENOCAK, s. 107-108. TMK m.240'a ilişkin benzer bir tespit için bkz. ÜREM, s. 646; DURSUN KARAAHMETOĞLU, s. 436.

³⁶ Aksi görüşte bkz. AVCI, s. 187.

³⁷ Mirasın taksimine hâkim olan eşitlik ilkesine dair ayrıntılı bilgi için bkz. AVCI, s. 38 vd.

³⁸ WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 13; ŞEKER, s. 446; ŞENOCAK, s. 106-107; ÇABRİ, m.652, N. 391 (yazar bu durumda özgüleme talebinde bulunulabilmesi için mirasbırakanın konutu terk etmesi ve sağ kalan eşin konutta oturmaya devam etmesi gerektiğinin kabul etmektedir).

³⁹ WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 13.

Karşılaşılması muhtemel diğer bir durum ise terekede yer alan taşınmazda birden fazla ailenin birlikte yaşamasıdır. Örneğin; mirasbırakanın sahibi olduğu ve kat mülkiyetine tabi bağımsız bölümlerden oluşmayan binanın bir katında eşler birlikte otururken, diğerleri farklı ailelere kiralanmış olabilir. Bu ihtimalde özgüleme taşınmazın tamamı üzerinde değil sadece ilgili (eşlerin birlikte yaşadığı) kısım ile sınırlı olarak gerçekleştirilebilir. Kanaatimizce burada sağ kalan eş tarafından TMK m.652 kapsamında binanın tamamının mülkiyeti yerine sadece ilgili kısma dair bir intifa veya oturma hakkı talep edilebilir⁴⁰. Bununla birlikte öğretide bizim de katıldığımız bir görüş bu gibi durumlarda sağ kalan eşin, şartları varsa KMK m.10/7'den yararlanarak, taşınmazın kat mülkiyetine çevrilmesini ve birlikte oturlan konutun mülkiyetinin kendisine verilmesini talep edebileceğini kabul etmektedir⁴¹.

Birlikte yaşanan konutun büyük bir arazinin sadece bir parçasında yer alması halinde de özgüleme arazinin tamamı değil, sadece ilgili kısmı için talep edilebilir. Bu tür bir durumda taşınmazın hukuken bölünebilmesi mümkünse, ilgili kısım ayrılarak sağ kalan eşe özgülenebilir⁴². Bunun mümkün olmaması durumunda ise TMK m.652/2 uyarınca mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkının tanınması istenebilecektir⁴³.

Son olarak madde metninde açıkça belirtilmemiş olsa da hükmün amacı dikkate alındığında birlikte yaşanan konutun ancak sağ kalan eşin kendi ihtiyacı nedeniyle özgülenebilmesi mümkündür. Bu bağlamda bir kimsenin yaşamını özgülenmesini istediği konutun bulunduğu farklı bir şehre taşınmış olması⁴⁴ veya ikinci bir evlilik yaparak, yeni eşinin yanına taşınması gibi durumlarda artık TMK m.652 kapsamında bir özgülemenin mümkün olmadığı kabul edilmelidir.

B. Ev Eşyasının Mülkiyetinin Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi

TMK m.652 uyarınca, birlikte kullanılan konutun yanında burada kullanılan ev eşyasının da miras payına mahsuben özgülenmesi talep edilmektedir. Fikrimizce birlikte yaşanan konutta yer alan bütün ev eşyaları için özgüleme

⁴⁰ WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 14; SCHAUFELBERGER / KELLER LÜSCHER, Art.612a, N. 7; AVCI, s. 187.

⁴¹ ÇABRİ, m.652, N. 392; ÇAKIR, s. 297; DOĞAN, s. 692. Taşınmazın kat mülkiyeti çevrilerek, ilgili kısmın sağ kalan eşe özgülenmesinin mümkün olduğu yönünde bir Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 14. HD, T. 21/11/2018, E. 2016/3057, K. 2018/8028. Aksi görüşte bkz. DURAL / ÖZ, N. 2081.

⁴² ÇAKIR, s. 291.

⁴³ WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 30 (yazarlar, konutun kullanım açısından arazinin diğer kısımlarına baskın olması durumunda ise TMK m.652/1'den doğan talep hakkının genişleyeceğini ve taşınmazın tamamının mülkiyetinin sağ kalan eşe özgülenebileceğini kabul etmektedirler).

⁴⁴ TMK m.240 açısından benzer bir tespit için bkz. ÜREM, 670.

talebinde bulunulabilmesi mümkün değildir. Kapsam belirlenirken hüküm amacı dikkate alınmalı ve sadece sağ kalan eşin eski yaşamını sürdürebilmesine hizmet edecek olan eşyalar için özgüleme talebinde bulunulabileceği kabul edilmelidir. Bu bağlamda, sadece ölen eş tarafından kullanılan eşyalar özgülemenin kapsamı dışında kalacaktır⁴⁵.

Öğretideki bir görüş lüks / belli bir değer üstündeki eşyalara ilişkin TMK m.652'den doğan hakkın kullanılmayacağı yönündedir. Bu yazarlar maddi değeri yüksek (özellikle sanat eseri vb.) eşyaların sağ kalan eşin eski yaşamını sürdürmesine hizmet etmediğini, bunların terekede yer alan değerler olarak bütün mirasçılara ait olması gerektiğini savunmaktadır⁴⁶. Biz ise bu fikre katılmamaktayız. Çünkü muris ve sağ kalan eşin yaşam tarzının lüks / sosyo-ekonomik açıdan yüksek standarda sahip olabilmesi mümkündür. Bu gibi bir durumda terekede yer alan ve yüksek değere sahip eşyaların da sağ kalan eşin eski yaşamını devam ettirebilmesine hizmet ettiği söylenebilir⁴⁷. Ayrıca TMK m.652 uyarınca özgüleme işlemi miras payına mahsuben yapıldığından, yüksek değere sahip eşyaların sağ kalan eşe özgülenmesi diğer mirasçılara zarar vermemekte, onların paylarına yetecek kadar değer zaten terekede kalmaktadır⁴⁸.

C. İstisnai Olarak Mülkiyet Yerine İntifa veya Oturma Hakkının Özgülenmesi

TMK m.652/1'de talebi halinde birlikte yaşanılan konut ve ev eşyasının mülkiyetinin miras payına mahsuben sağ kalan eşe özgüleneceği hükme bağlanmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında ise haklı sebeplerin varlığı halinde, sağ kalan eş veya diğer yasal mirasçılarının talepte bulunması üzerine hâkimin mülkiyet yerine intifa ya da oturma hakkı tanınmasına karar verebileceği düzenlenmiştir.

Hükümden de anlaşıldığı üzere kural sağ kalan eşe mülkiyetin özgülenmesi olmakla birlikte, haklı bir sebebin varlığı ve ilgililerin talebi halinde istisnai olarak eşe, mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkının tanınması mümkündür.

⁴⁵ ÖZDEMİR, s. 112; GEZDER, s. 246; ŞENOCAK, s. 109. TMK m.240'a ilişkin benzer bir tespit için bkz. ÜREM, s. 648.

⁴⁶ ÇABRİ, m.652, N. 389; SEEBERGER, s. 151-152; AEBİ-MÜLLER, N. 04.31; SCHAUFELBERGER / KELLER LÜSCHER, Art.612a, N. 8; DURAL / ÖZ, N. 2082; ÖZDEMİR, s. 112; GEZDER, s. 245. Eşlerin kullandıkları otomobilin ev eşyası olarak nitelendirilemeyeceği ve özgülenmesinin talep edilemeyeceği yönünde bkz. SEEBERGER, s. 153; SCHAUFELBERGER / KELLER LÜSCHER, Art.612a, N. 8.

⁴⁷ WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 14; ŞENOCAK, s. 109; ÇAKIR, s. 283 (yazar, lüks eşyaların kural olarak TMK m.652'nin kapsamına girmemesi gerektiğini belirtmekle birlikte, eşlerin sosyal çevresinde bu türden eşyaların alışılmış ev eşyası olarak görülmesi durumunda sağ kalan eşin TMK m.652 uyarınca talepte bulunabileceği belirtmektedir).

⁴⁸ WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 14.

Oturma hakkı sadece taşınmazlar üzerinde kurulabilecek bir sınırlı aynî hak türü olduğundan hükmün ev eşyası üzerinde intifa, birlikte yaşanan konut üzerinde ise oturma veya intifa hakkı kurulabileceği şeklinde anlaşılması gerekmektedir⁴⁹. Her ne kadar madde metninde koşulların varlığı ve talep halinde intifa veya oturma hakkı tanınmasına “karar verilebileceği” ifade edilse de hâkimin takdir yetkisi sadece haklı bir sebebin bulunup bulunmadığına ilişkindir. Bu nedenle haklı sebebin varlığı ve ilgililerin talebi durumunda hâkim, mülkiyet yerine intifa / oturma hakkının özgülenmesine karar vermek zorundadır.

Mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkı tanınabilmesinin ilk şart haklı bir sebebin varlığıdır. Öğretide haklı sebebe örnek olarak verilen durumlardan biri konut ve/veya ev eşyasının mülkiyet değerinin sağ kalan eşin miras payından önemli ölçüde yüksek olmasıdır⁵⁰. Ancak özgülenmesi talep edilen konut ve eşyanın değerinin sağ kalan eşin miras payını aşması halinde özgülenmenin gerçekleşebilmesi için bu farkın ödenmesi gerektiğinden, fikrimizce verilen örnek sadece sağ kalan eş açısından haklı sebep teşkil edebilecektir⁵¹. Zira değer farkının yüksek olması ihtimalinde dahi sağ kalan eş tarafından gerçekleştirilen denkleştirici ödeme nedeniyle diğer mirasçıların zarara uğrama tehlikesi bulunmamaktadır.

Haklı sebebe ilişkin verilen diğer bir örnekte, mirasçıların özgülenmesi talep edilen konuta olan manevi bağlılıklarıdır⁵². Özellikle ikinci eş tarafından talepte bulunulduğu hallerde özgülenmesi istenen konutun mirasbırakanın önceki evliliğinden olan altsoyu açısından aile ocağı (Stamm-Familiensitz) niteliğine sahip olması durumunda bu tür bir haklı sebebin varlığından bahsedilebilir.

⁴⁹ Yargıtay konuya ilişkin bir kararında özgülenmenin ev eşyası üzerinde intifa, konut üzerinde ise oturma hakkı kurulması suretiyle gerçekleşeceğini ifade etmiştir. Karar metni için bkz. Yarg. 14. HD, T. 10/09/2015, E. 2015/9635, K. 2015/8116. Benzer yönde bir başka karar için bkz. Yarg. 14. HD, T. 10/12/2015, E. 2015/11495, K. 2015/11395. TMK m.652/2 uyarınca ev eşyası üzerinde intifa hakkının kurulmasının mümkün olmadığı, zira bu eşyaların genellikle kullanılmakla ömürleri tükenen malvarlığı değerleri olduğu, bu nedenle TMK m.652/2'nin sadece birlikte yaşanan konuta dair bir düzenleme olduğu şeklinde farklı bir görüş için bkz. Kılıçoğlu, s. 377; DOĞAN, s. 693.

⁵⁰ WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 28; SCHAUFELBERGER / KELLER LÜSCHER, Art.612a, N. 17; ÇABRİ, m.652, N. 405; AKKIŞLA, s. 481-482; ŞEKER, s. 447; DURAL / ÖZ, N. 2086. Bazı yazarlar tekere çok az değerde mal olmasını da haklı sebep olarak görmektedir. Bu yönde bkz. İMRE / ERMAN, s. 502; DOĞAN, s. 692.

⁵¹ Sağ kalan eşin, mülkiyet değeri ve miras payı arasındaki farkı ödeyecek gücünün bulunmaması durumunda intifa veya oturma hakkı talebinde bulunabileceği yönünde Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 14. HD, T. 08/02/2021, E. 2017/1210, K. 2021/673; Yarg. 14. HD, T. 19/04/2021, E. 2020/3509, K. 2021/2907; Yarg. 14. HD, T. 08/10/2015, E. 2015/9936, K. 2015/8699.

⁵² WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 28; SCHAUFELBERGER / KELLER LÜSCHER, Art.612a, N. 17; ÇAKIR, s. 296.

Mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkının tanınabilmesi için gerekli olan diğer şart, sağ kalan eş veya diğer yasal mirasçılar tarafından talepte bulunulmuş olmasıdır. Kanun koyucu talepte bulunma imkânını yasal mirasçılar ile sınırladığından, atanmış mirasçıların TMK m.652/2'ye başvurabilmeleri mümkün değildir⁵³. Yasal mirasçılar ise ancak sağ kalan eşin TMK m.652/1'ten doğan hakkını kullanması durumunda (buna karşılık olarak) talepte bulunabileceklerdir⁵⁴. Bütün mirasçıların birlikte hareket etmeleri ise şart değildir. Sadece tek bir mirasçı dahi (koşulları varsa) sağ kalan eşe mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkının tanınmasını isteyebilecektir⁵⁵. İlgilinin talebinde mülkiyet yerine intifa mı yoksa oturma hakkının mı kurulmasını istediğini açıkça belirtmesi gerekir. Bununla birlikte ev eşyası üzerinde oturma hakkının kurulması zaten söz konusu olmayacağından, bu husus asıl olarak birlikte yaşanılan konut açısından önemlidir. Kanaatimizce TMK m.652'nin birinci ve ikinci fıkrasının birlikte uygulama alanı bulması ve bazı mallar üzerinde mülkiyet diğerleri üzerinde ise intifa veya oturma hakkının kurulmasının talep edilebilmesi de mümkündür⁵⁶.

Haklı sebep nedeniyle mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkının tanınmasına karar verilmesi durumunda ilgili hakkın rayiç değeri tespit edilerek, sağ kalan eşin miras payına mahsup edilecektir. İntifa ve oturma hakları kişiye bağlı yani hak sahibinin ölümü ile sona eren sınırlı aynî haklar olduğundan, rayiç değerlerin tespitinde sağ kalan eşin yaşı ve tahmini yaşam süresi dikkate alınacaktır⁵⁷. Eşin miras payının bu değeri karşılamaması durumunda da aynen mülkiyetin özgülenmesinde olduğu gibi kendisi tarafından denkleştirici bir ödemenin yapılması gerekmektedir. Eşin, haklı sebep nedeniyle kendisine mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkının özgülenmesine razı olmaması durumunda ise özgüleme talebinden feragat edebilmesi mümkündür⁵⁸.

⁵³ WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 10; ÇAKIR, s. 297.

⁵⁴ SCHAUFELBERGER / KELLER LÜSCHER, Art.612a, N. 5; WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 28; DURAL / Öz, N. 2086.

⁵⁵ ÇAKIR, s. 297.

⁵⁶ WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 29.

⁵⁷ ŞENOCAK, s. 117. Yargıtay bu tespiti yer verdiği kararları için bkz. Yarg. 14. HD, T. 10/09/2015, E. 2015/9635, K. 2015/8116; Yarg. 14. HD, T. 10/12/2015, E. 2015/11495, K. 2015/11395; Yarg. 2. HD, T. 17/04/2013, E. 2012/16773, K. 2013/10896. Aynı yönde bir istinaf mahkemesi kararı için bkz. İzmir BAM, 22. HD, T. 19/10/2020, E. 2020/167, K. 2020/193.

⁵⁸ WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 28.

D. Özgüleme Tamamlanmadan Birlikte Yaşanılan Konut ve Ev Eşyasının Kullanımının Sağ Kalan Eşe Bırakılmasının Mümkün Olup Olmadığı Hususu

TMK m.652'ye dair aydınlatılması gereken diğer bir nokta özgüleme tamamlanmadan önce sağ kalan eşin birlikte yaşanılan konut ve ev eşyasını kullanmasının mümkün olup olmadığıdır.

Miras ortaklığı devam ettiği müddetçe, tereke mallarının kimler tarafından ne şekilde kullanılacağına ilişkin mirasçılardan oybirliği ile anlaşmaları gerekmektedir. Bu durumda akla gelen soru sağ kalan eş ve diğer mirasçılar arasında birlikte yaşanılan konut ve ev eşyasının özgülenmesine dair uyumsuzluk bulunması halinde, eşin uyumsuzluk çözülüp, mülkiyet (veya intifa ya da oturma) hakkı elde edene kadar söz konusu malları kullanmasının mümkün olup olmadığıdır. TMK m.652 incelendiğinde, sağ kalan eşe bu tür bir kullanım hakkının tanınmadığı görülmektedir. Bununla birlikte İsviçre öğretisinde hükmün amacı dikkate alınarak, mirasçılar arasında uyumsuzluk bulursa dahi bu çözüme kadar birlikte yaşanılan konut ve ev eşyasının zilyetliğinin / kullanımının sağ kalan eşe bırakılması gerektiği, yapılan yargılama sonucunda eşin özgüleme talebinde bulunmasının hukuken mümkün olmadığına ortaya çıkması halinde ise taraflar arasında bir fîli kira ilişkisinin (faktisches Mietverhältnis) mevcut olduğunun söylenebileceği ileri sürülmektedir. Buna göre, sağ kalan eş talebi kesinleşene kadar konutu ve eşyaları malik (veya intifa ya da oturma hakkı sahibi) sıfatıyla değil, bir kiracı gibi kısıtlı şekilde kullanabilecektir⁵⁹. Bu görüş doğrultusunda eşin, talebinin reddi durumunda diğer mirasçılara konut ve eşyanın kullanımı karşılığında uygun bir bedel ödemesi gerekecektir.

Özellikle ülkemizdeki uzun yargılama süreleri dikkate alındığında, pratik açıdan fayda sağlayacak olsa da bu görüşün hukuki temelden yoksun olduğu düşüncesindeyiz. Zira yukarıda belirttiğimiz (ve söz konusu görüşü savunan yazarların da aslında kabul ettikleri⁶⁰) üzere, TMK m.652'de sağ kalan eşe mirasın taksimi tamamlanıp, birlikte yaşanılan konut ve ev eşyası kendisine özgülenene kadar terekede yer alan mallar üzerinde herhangi bir kullanım hakkı tanınmamaktadır. TMK m.652 kapsamında sağ kalan eşin durumunun, terekede bulunan bir malın mirasbırakan tarafından vasiyetname ile mirasçılardan birine özgülenmesinden farkı yoktur. Bu durumda ise İsviçre Federal Mahkemesi'nin

⁵⁹ WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 26.

⁶⁰ Yazarlar, bu tür bir kullanım hakkının TMK m.652'de açık olarak tanınmadığını kabul etmektedir. Bkz. WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 26.

de bir kararında açıkça ifade etmiş olduğu üzere, söz konusu mirasçı ancak taksimden sonra söz konusu mal üzerinde tasarruf etme ve kullanma hakkına sahip olmaktadır⁶¹. Benzer şekilde birlikte yaşanılan konut ve ev eşyasının TMK m.652 uyarınca miras payına mahsuben kendisine tahsis edilmesini talep eden sağ kalan eşin de bu tahsis gerçekleşmeden söz konusu malları kullanmasının mümkün olmadığı kabul edilmelidir. Bu tür bir kullanım durumunda ise diğer mirasçılar tazminat talebinde bulunabileceklerdir.

Sonuç olarak, de lege feranda birlikte yaşanılan konutun ve ev eşyasının taksim sona ermeden de sağ kalan eş tarafından kullanılmasının TMK m.652'nin amacına uygun olduğunu düşünelim de lege lata bu tür bir kullanımının mevcut düzenlemenin kapsamını aştığı düşüncesindeyiz.

IV. TMK M.652/3 UYARINCA SAĞ KALAN EŞİN ÖZGÜLEME TALEBİNİN SINIRLANDIĞI HALLER

A. Mirasbırakan ile Aynı Meslek veya Sanatı İcra Eden Bir Altsoyun Bulunması

Kanun koyucu TMK m.652/3'te sağ kalan eşin özgüleme talebine ilişkin sınırlama getirmiş ve birlikte yaşanılan konutun mirasbırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği bölümleri varsa ve altsoydan biri de aynı meslek veya sanatı icra etmek için buraya gereksinim duyuyorsa, bu bölümlerin özgülenmesinin talep edilmeyeceğini hükme bağlamıştır. İlk olarak ifade edilmelidir ki TMK m.652 mirasın taksimine ilişkin bir düzenleme olduğundan, ilgili altsoyun mirasçı sıfatına sahip olması gerekir. Aksi halde bu durum sağ kalan eşin özgüleme hakkını kullanmasına engel teşkil etmeyecektir⁶². Bununla birlikte mirasbırakanın, kendisi ile aynı meslek veya sanatı icra eden ve mirasçısı olan bir altsoyu bulursa dahi yapacağı bir ölüme bağlı tasarruf ile bu sınırlamayı kaldırabilmesi de her zaman mümkündür⁶³.

TMK m.652/3'te yer alan sınırlamanın uygulama alanı bulabilmesi için somut olayda iki koşulun aynı anda mevcut olması gerekmektedir. Bunlardan ilki mirasbırakanın birlikte yaşanılan konutun bir kısmında sağlığında bir meslek veya sanat icra ediyor olmasıdır. Madde metninde "meslek veya sanat" kavramları ile kastedilen düzenli olarak gelir elde etmek amacıyla yapılan faaliyet-

⁶¹ BGE 100 II 440 ilgili kısım için özellikle 445. Benzer yönde bir başka karar için bkz. BGE 101 II 36.

⁶² ÇABRİ, m.562, N. 407.

⁶³ Bu yönde bkz. WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 41; SCHAUFELBERGER / KELLER LÜSCHER, Art.612a, N. 19; ÇAKIR, s. 306.

lerdir⁶⁴. Bu nedenle geçimini farklı bir alandan sağlayan mirasbırakanın hobi vb. bir amaçla konutta icra ettiği bir faaliyetin (örneğin; boş zamanın değerlendirilmesi amacıyla konutun bir bölümüne kurulan marangoz atölyesinde gerçekleştirilen faaliyetin) TMK m.652/3 kapsamında meslek veya sanat olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir⁶⁵.

Sağ kalan eşin özgüleme talebinin sınırlanabilmesi için gerekli olan diğer koşul ise altsoydan en az birinin muris ile aynı meslek veya sanatı icra edebilmek için onun sağlığında kullanmış olduğu kısma gereksinim duymasındır. Bu koşul kendi içerisinde iki alt unsur barındırmaktadır. Bunlardan ilki, ilgili altsoyun söz konusu meslek veya sanatı icra edebilmek için uygun niteliklere (örneğin; gerekli lisans veya ruhsatlara) sahip olması veya en azından makul süre içerisinde bu nitelikleri elde edebilecek olmasıdır⁶⁶. Sadece aynı meslek veya sanatın icra edilmesine yönelik bir isteğin bulunması tek başına yeterli değildir. Örneğin; mirasbırakanın birlikte yaşanan konutun bir bölümünü avukatlık ofisi olarak kullandığı bir olayda, altsoyundan herhangi birinin avukatlık ruhsatına sahip veya hukuk fakültesinde eğitim görüyor olmaması durumunda, TMK m.652/2’de yer alan sınırlamanın uygulama alanı bulacağı söylenemeyecektir.

Sınırlama için gerekli olan diğer alt unsur ise altsoyun meslek veya sanatı devam ettirebilmesi için birlikte yaşanan konuttaki ilgili kısma gereksinim duymasındır. Bir başka ifadeyle söz konusu faaliyet taşınmazdaki bu kısım olmadan sürdürülemeyecek veya ancak önemli derecede masraf yapılarak icra edilebilecek olmalıdır. Bu bağlamda özellikle ilgili meslek veya sanat için gerekli olan tesisatın taşınmaza kalıcı olarak bağlanmış olması veya söz konusu faaliyet açısından konumun önem arz etmesi (örneğin; taşınmazın ticari açıdan itibarlı bir yerde bulunması) halinde sınırlama için gerekli olan bu koşulun varlığından bahsedilebilecektir⁶⁷. Mirasbırakan ile aynı meslek veya sanatı icra eden altsoyun hâlihazırda başka bir taşınmazda faaliyet gösteriyor olması halinde ise artık faaliyetin devamı için birlikte yaşanan konuta ihtiyaç duyulduğunun söylenebilmesi fikrimizce mümkün değildir.

Açıklamış olduğumuz koşulların bulunması durumunda sağ kalan eşin özgüleme talebine karşı ilgili altsoy TMK m.652/3 uyarınca itirazda bulunabile-

⁶⁴ WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 37; ŞENOCAK, s. 119; ÖZDEMİR, s. 125. TMK m.240’a ilişkin benzer bir tespit için bkz. ÜREM, s. 680; ÖZTAŞ, s. 250.

⁶⁵ TMK m.652/3’ün mehz hukuktaki karşılığı olan İMK m.612a/3’ün amacının ticari işletmelerin altsoylar tarafından devam ettirilebilmesine kolaylık sağlamak olduğunun düzenleyeme dair İsviçre Federal Meclisi’nde yapılan müzakerelerden anlaşıldığı yönünde bkz. WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 37.

⁶⁶ WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 38. TMK m.240’a ilişkin benzer bir tespit için bkz. ÜREM, s. 679.

⁶⁷ WOLF / EGGEL, Art.612a, N. 40; SCHAUFELBERGER / KELLER LÜSCHER, Art.612a, N. 23.

cektir. Öğretide bu itirazın en geç özgüleme tamamlanmadan gerçekleştirilmesi gerektiği, aksi halde ilgililerin bu haklarını kaybedecekleri isabetli olarak kabul edilmektedir⁶⁸.

B. Tarımsal Taşınmazlara İlişkin Sınırlama

TMK m.652/3'te yer alan diğer bir düzenleme de tarımsal taşınmazlara ilişkin miras hukuku hükümlerinin saklı olduğudur. Bu hüküm uyarınca, birlikte yaşanılan konutun bir tarım arazisi üzerinde bulunması durumunda 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun miras hukukuna ilişkin hükümleri öncelikli olarak uygulama alanı bulacaktır. 5403 sayılı Kanun'un hükümleri incelendiğinde, kanun koyucunun tarım arazilerinin belli büyüklükten daha az parçalara bölünmesini engellemek (bkz. 8/A maddesi) ve bu arazilerin mülkiyetinin olabildiğince ehil mirasçılara geçmesini sağlamak amacıyla düzenlemeler getirdiği görülmektedir (bkz. 8/C maddesi). Tarımsal arazilere ilişkin miras hukuku hükümlerinin ayrıntılı olarak incelenmesi bu çalışmanın kapsamını aşacak olmakla birlikte, söz konusu düzenlemelerde terekede yer alan tarımsal arazilerinin "mülkiyetinin" ehil mirasçılara geçirilmesinden bahsedildiği görülmektedir (bkz. 8/B ve 8/C maddeleri). O hâlde birlikte yaşanılan konutun bir tarım arazisi üzerinde yer alması durumunda bunun mülkiyetinin (eğer kendisi 5403 sayılı Kanun kapsamında ehil mirasçı değilse) miras payına mahsuben sağ kalan eşe özgülenebilmesi mümkün değildir. Buna karşılık bizim de taraftarı olduğumuz görüş uyarınca, 5403 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeler birlikte yaşanılan konut üzerinde miras payına mahsuben sağ kalan eş lehine intifa veya oturma hakkı kurulmasına engel teşkil etmemektedir⁶⁹. Bu nedenle talep halinde tarım arazisi üzerinde olsa da TMK m.652 kapsamında birlikte yaşanılan konut üzerinde sağ kalan eş lehine intifa⁷⁰ veya oturma hakkının kurulabileceği kabul edilmelidir.

V. SONUÇ

TMK m.652/1'de mirasın taksimine ilişkin bir kural getirilmiş ve eşlerden birinin ölümü halinde tereke malları içerisinde yer alan ev eşyasının ve birlikte yaşanılan konutun mülkiyetinin talebi halinde miras payına mahsuben sağ kalan eşe özgüleneceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemenin amacı, sağ kalan eşin ölüm

⁶⁸ ÇAKIR, s. 306.

⁶⁹ ÇABRİ, m.652, N. 410.

⁷⁰ İsviçre Medeni Kanunu m.745/3'te taşınmazın belli bir kısmı üzerinde de intifa hakkı kurulabileceği hükme bağlanmıştır. Buna karşılık Türk Hukuku'nda konuya ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır.

olayından olabildiğince az etkilenmesinin sağlamak ve onun eski yaşamına devam edebilmesine imkân sağlamaktır. Hükmün amacı dikkate alındığında birlikte yaşanılan konut ve ev eşyasının doğrudan sağ kalan eş tarafından kullanılmayacağı hallerde TMK m.652 uyarınca talepte bulunulmasının mümkün olmadığı kabul edilmelidir. Özellikle eşin yaşamını birlikte yaşanılan konutun bulunduğu farklı bir şehir veya ülkeye sürekli olarak taşıdığı hallerde talepte bulunulamamalıdır.

Sağ kalan eşe yapılan özgüleme miras payına mahsuben yapıldığından, bunun gerçekleşebilmesi için eşin mirasçı olması ve ilgili konut ve eşyanın da tereke içerisinde yer alması gerekir. Bu bağlamda, terekede yer alan hakkın tek kişi değil bir birlikte mülkiyet hakkı olması durumunda dikkat edilmesi gereken husus söz konusu hakkın, konutun ve eşyanın sağ kalan eş tarafından kullanılmasına imkân verip vermediğidir. Özellikle ölen eş zamanında gerçekleşen kullanımın dahi diğer hak sahipleri ile varılan bir anlaşma veya mahkeme kararına dayanmadığı yani hukuka aykırı olduğu hallerde sağ kalan eşin özgüleme talebinde bulunabilmesi söz konusu değildir.

TMK m.652/2’de haklı bir sebebin varlığı ve sağ kalan eş ya da diğer mirasçıların talebi üzerine mülkiyet yerine konut ve ev eşyası üzerinde intifa veya oturma hakkı kurulmasına karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Öğretide haklı sebebe örnek olarak verilen durumlardan biri konut ve/veya ev eşyasının mülkiyet değerinin sağ kalan eşin miras payından önemli ölçüde yüksek olmasıdır. Ancak özgülenmesi talep edilen konut ve eşyanın değerinin sağ kalan eşin miras payını aşması halinde özgülemenin gerçekleşebilmesi için bu farkın ödenmesi gerektiğinden, fikrimizce verilen örnek sadece sağ kalan eş açısından haklı sebep teşkil edebilecektir. Diğer yasal mirasçılar açısından ise özgülenmesi talep edilen konut ile olan manevi bağları haklı sebep olarak görülebilir.

TMK m.652’ye dair tartışmalı olan bir husus da özgüleme tamamlanmadan birlikte yaşanılan konut ve ev eşyasının sağ kalan eş tarafından kullanılmasının mümkün olup olmadığıdır. Kanunda buna ilişkin bir düzenleme olmamasına rağmen öğretide bazı yazarlar hükmün amacından hareketle buna imkân tanınması gerektiğini kabul etmektedir. Biz ise de lege feranda bunun doğru olduğunu kabul etmekle birlikte, mevcut düzenleme imkân tanımadığından de lege lata bunun mümkün olmadığı düşüncesindeyiz.

TMK m.652/3’te sağ kalan eşin özgüleme talebine ilişkin sınırlamalara yer verilmiştir. Buna göre, birlikte yaşanılan konutun mirasbırakanın bir meslek veya sanat icra ettiği bölümleri varsa ve altsoyundan biri de aynı meslek veya sanatı icra etmek için buraya gereksinim duyuyorsa, bu bölümlerin özgülenmesi talep edilemeyecektir. Burada “meslek veya sanat” kavramları ile kastedilen

düzenli gelir elde etmek için yapılan faaliyetlerdir. Sadece boş zamanlarda hobi vb. amaçla icra edilen faaliyetler düzenlemenin kapsamı dışındadır. Buna ek olarak, sağ kalan eşin hakkını sınılabilmesi için ilgili altsoyun mirasbırakanın meslek veya sanatını devam ettirebilecek niteliklere sahip olması veya en azından makul süre içerisinde bu nitelikleri elde edebilecek durumda olması gerekmektedir. Ayrıca altsoyun ilgili meslek veya sanatı devam ettirebilmesi için birlikte yaşanılan konuta gereksinimini yoksa bu durumda da sağ kalan eşin özgüleme talebine itiraz edilebilmesi mümkün değildir.

TMK m.652/3'te tarımsal arazilere ilişkin miras hukuk hükümleri saklı tutularak, sağ kalan eşin özgüleme hakkına dair bir sınırlama daha getirilmiştir. İlgili hüküm uyarınca Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun miras hukukuna ilişkin düzenlemeleri sağ kalan eşin özgüleme hakkından önce gelmektedir. Bununla birlikte söz konusu düzenlemelerde terekede yer alan tarımsal arazilerin "mülkiyetinin" ehil mirasçılara geçirilmesinden bahsedildiğinden, fikrimizce tarım arazisi üzerinde yer alsa dahi talebi halinde birlikte yaşanılan konut üzerinde eş lehine intifa veya oturma hakkının kurulabilmesi mümkündür.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA / REFERENCES

AEBİ-MÜLLER, Regina Elisabeth, **Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatten**, Stämpfli Verlag, Bern, 2000.

AKKIŞLA, H. Sena, “Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi”, **Kesit Akademi Dergisi**, Y. 4, S. 6, 2018.

ANTALYA, Gökhan / SAĞLAM, İpek, **Miras Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

AVCI, Mehmet Özgür, **Mirasın Mahkeme Kararıyla Paylaşılması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

BUZ, Vedat, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

ÇABRİ, Sezer, **Miras Hukuku Şerhi Cilt III (TMK m.640-682)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

ÇAKIR, Ayтуğ Ceyhun, **Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

DOĞAN, Murat, “Mal Rejiminin Tasfiyesinde ve Mirasın Paylaşımında Aile Konutu ve Ev Eşyası”, **AÜEHFD**, C. 7, S. 3-4.

DRUEY, Jean Nicolas, “Art.612a ZGB - wirklich nur dispositiv?”, **AJP**, 1993/2.

DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut, **Türk Özel Hukuku Cilt IV - Miras Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.

DURSUN KARAAHMETOĞLU, Şeyda, “Ölen Eşin Aile Konutuna İlişkin Ölümüne Bağlı Tasarruflarının Sağ Kalan Eşin TMK m.240 Uyarınca Aile Konutunun Özgülenmesi Talebine Etkisi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 23, S. 1, 2021.

GEZDER, Ümit, “Mirasın Paylaşılmasında Aile Konutu ve Ev Eşyasının Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi (MK m.652)”, **İÜHFMD**, C. 65, S. 2.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.

- İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan, **Miras Hukuku**, Der Yayınları, İstanbul, 2022.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Miras Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Medeni Kanun'unumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014 (metin içerisinde "Aile Konutu ve Ev Eşyası" şeklinde kullanılmıştır).
- NEBİOĞLU ÖNER, Şebnem, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 24, S. 1, 2020.
- OZANEMRE YAYLA, H. Tolunay, **Mirasın Paylaşılması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa, **Türk Medeni Kanununa Göre Miras Paylaşılması Şerhi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ÖZTAN, Bilge, **Miras Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ÖZTAŞ, İlker, "MK m.240 Uyarınca Sağ Kalan Eşin Aile Konutu Üzerindeki Hakkı", **EÜHFD**, C. 13, S. 3-4.
- SARI, Suat, **Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi**, Beşir Kitabevi, 2007.
- SCHAUFELBERGER, Peter C. / KELLER LÜSCHER, Katrin, **Basler Kommentar / Zivilgesetzbuch II**, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2019.
- SEEBERGER, Lionel Harald, **Die Richterliche Erbteilung**, Freiburg, 1992.
- SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkay, **Miras Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ŞEKER, Muzaffer, "Eşin Ölümü Halinde Malların Miras ve Yasal Mal Rejimi Kapsamında Birbirinden Bağımsız Olarak Tasfiye Edilmesi ve Özellikle Sağ Kalan Eşin Aile Konutu ve Ev Eşyası Üzerinde Miras ve Yasal Mal Rejiminden Kaynaklanan Hakları (MK md.240, 652)", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2007/1.
- ŞENOCAK, Zarife, "Miras Hukukunda Sağ Kalan Eşin Aile Konutunun ve Ev Eşyasının Özgülenmesini Talep Hakkı", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 2009/2.
- ÜREM, Müge, "TMK m.240 Hükmü Uyarınca Sağ Kalan Eşin Konut ve Ev Eşyası Üzerindeki Hakkı", **Hacettepe HFD**, 10(2) / 2020.
- WOLF, Stephan / EGGEL, Martin, **Berner Kommentar (Art.602-619 ZGB)**, Stämpfli Verlag, Bern, 2014.
- YAŞAR, Halis, "Mirasın Paylaşılmasında Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi", **TBB Dergisi**, 2012 (100).

İşveren Vekilinin İş Kazasından Doğan Cezai Sorumluluğunun Şartları^(*)

Conditions of the Criminal Liability of the Employer's Representative Arising from the Work Accident

Eren YILDIZ^(**)

Öz:

Çalışma hayatının karmaşık yapısı nedeniyle işverenler, işyerinin sevk ve idaresinde kendilerini temsil edecek kimselere ihtiyaç duymuşlardır. Bu temsil ihtiyacı sonucunda çalışma hayatında işveren vekilliği kavramı ortaya çıkmıştır. İşveren vekilleri, işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin yönetiminde yer alan kişilerdir. İşverenler kendilerine yüklenen iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini işveren vekilleri aracılığıyla yerine getirebilirler. Cezai sorumluluğunun belirlenmesinde esas alınan ilkeler “*cezaların şahsiliği*” ve “*kusur*” ilkeleridir. Bu ilkeler gereği bir suçun failleri dışındaki kişilere doğrudan bir cezai sorumluluk yüklenilmesi ve suçun ortaya çıkmasında kusuru bulunmayan kişilerin cezalandırılması mümkün değildir. Dolayısıyla bir iş kazasından doğan cezai sorumluluğun tespiti yapılırken bu durumların ortaya çıkmasında kusuru bulunan kişiler belirlenerek cezai sorumluluk bakımından değerlendirilme yapılmalıdır. Bu bağlamda işveren vekillerinin yetkileri kapsamında yer alan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini yerine getirmemeleri cezai sorumluluklarının doğmasına neden olabilecektir. Ancak işverenlerin, birtakım kişileri görünüşte işveren vekili göstererek cezai sorumluluktan kurtulmalarının önüne geçmek adına öğretilen ve yargı kararları ışığında işveren vekilinin cezai sorumluluğunun doğabilmesi birtakım şartlara bağlanmıştır. Bunlar, işveren vekiline geçerli bir yetki devrinin yapılmış olması, yetki devri yapılan kişinin kendisine devredilen önlemleri alma konusunda gerekli ve yeterli vasıflara, yetki ve otoriteye sahip olması ve işveren vekilinin kastının veya suçun taksirle işlenebileceği kabul edildiği haller bakımından en azından taksirinin bulunması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler:

İşveren, İşveren Vekili, Cezai Sorumluluk, Cezaların Şahsiliği İlkesi, İş Kazası.

^(*) **Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 31.08.2022

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 09.01.2023

DOI: 10.58733/imhfd.1267402

Bu makaleye atf için: YILDIZ, Eren, “İşveren Vekilinin İş Kazasından Doğan Cezai Sorumluluğunun Şartları”, **İMİHFD**, C. 8, S. 1, 2023, s. 415-450.

^(**) Arş. Gör., İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı;

Doktora Öğrencisi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü / İstanbul - Türkiye

E-posta: eren.yildiz@istanbul.edu.tr

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1815-9736>

Abstract:

Due to complex structure of working life, employers have needed someone to represent them in management and administration of workplace. Employer representatives act on behalf of the employer and take part in management of work and workplace. Employers may fulfil their occupational health and safety obligations through employer representatives. The principles taken as basis in determining criminal liability are the principles of “individuality of punishment” and “fault”. Thereunder these principles, it is not possible to impose a criminal liability on persons other than the perpetrators of an offence and to punish persons who are not at fault in occurrence of the offence. Therefore, when determining the criminal liability arising from a work accident, individuals who are at fault in occurrence of these situations should be determined and evaluated in terms of criminal liability. Herein, the failure of the employer’s representatives to fulfil occupational health and safety measures within their authorities may lead to criminal liability. However, to prevent employers from avoiding criminal liability by showing someone as the employer’s representative, helped by doctrine and judicial decisions, criminal liability of the employer’s representative is subject to certain conditions. These conditions are valid delegation of authority has been made to the employer’s representative; the person to whom the delegation of authority has been made must have necessary and sufficient qualifications, authority, and authority to take measures delegated to individual; and the employer’s representative must have intent or at least negligence in cases where the offence is accepted to be committed by negligence.

Keywords:

Employer, Employer’s Representative, Criminal Liability, The Principle of individual Criminal Responsibility, Work Accident.

GİRİŞ

Günümüz çalışma hayatında işyerlerinde iş hacminin genişlemesi ve uzmanlaşma ihtiyacı işverenin işyerini tek başına sevk ve idare etmesini, mevzuattan, toplu iş sözleşmelerinden veya iş sözleşmelerinden doğan yükümlülükleri yerine getirmesini neredeyse imkânsız kılmaktadır. Aynı şekilde, işverenin tüzel kişi olduğu durumlarda, aralıklarla toplanarak yönetime ilişkin kararlar alan tüzel kişi organının sürekli işin başında durup bizzat işin yürütümüne katılması ve iş sürecini izlemesi gerçekçi bir beklenti olmamaktadır. Bu hususlar işyerlerinde yönetime yardımcı olacak işveren vekillerinin çalıştırılması zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır¹.

“Cezaların şahsiliği ilkesi” gereği, yaşanan iş kazalarının nedenleri ile bu nedenleri ortadan kaldırmakla görevli ve yetkili kişiler belirlenerek cezai anlamda

¹ SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku**, 21. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 189; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş, **İş Hukuku**, 7. Bası, Lykeion Yayınları, Ankara, 2022, s. 243; BIYIKLI, Hasan, **Sosyal Ceza Hukuku: İşçinin Ceza Yoluyla Korunması**, Gazi Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1983, s. 224, 235; ÖZDEMİR, Erdem, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 620; ERGÜNEŞ, Seda “İşveren Vekilinin İş Kazasından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu”, **Legal İSGHD**, Y. 2013, C. 10, S. 39, s. 138; ERTÜRK, Şükran / ŞAHİN EMİR, Asiye, “6331 Sayılı Kanun Açısından İşveren Vekili Kavramı ve İşveren Vekilinin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu”, **Legal İSGHD**, Özel Sayı: Prof. Dr. Fevzi Demir’e Armağan, Nisan 2016, s. 102.

sorumluluk tespit edilmeye çalışılmaktadır. Bu bağlamda işyerinin ve işin yönetiminde bulunan işveren vekillerinin, kendi görev ve yetki alanında yerine getirilmesi gereken iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine aykırı fiilleri sonucu yaşanan iş kazası veya meslek hastalığından kaynaklanan cezai sorumluluğu doğabilecektir. Ancak işverenlerin, bilerek veya gerekli özeni göstermeyerek gerekli niteliğe ve yetkiye sahip olmayan kişileri görünüşte işveren vekili olarak atayarak cezai sorumluluktan kurtulmalarını engellemek için öğretileri sürülen görüşler ve yargı uygulaması çerçevesinde işveren vekilinin cezai sorumluluğunun doğabilmesi belli şartların birlikte gerçekleşmesine bağlanmıştır.

Bu çalışmamızda ilk olarak işveren vekili kavramının tanımı ve kapsamı, iş sağlığı ve güvenliği profesyonellerinin bu sıfatı haiz olup olmadığı da ortaya konularak incelenmiştir. İkinci olarak ise, öğretileri sürülen görüşler ve yargı uygulaması doğrultusunda, işveren vekillerinin cezai sorumluluğunun şartları ortaya konulmuş ve özellikle olası kast ve bilinçli taksir ayrımı ile bunların iş kazalarındaki uygulamaları yargı kararlarıyla gösterilmiştir. Çalışmamızda son olarak ise TCK m.83 “kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesi” ve TCK m.88 “kasten yaralama suçunun ihmali davranışla işlenmesi” suçlarının iş kazaları bakımından uygulanabilir olup olmadığı değerlendirilmiştir.

I. İŞVEREN VEKİLİ KAVRAMI

A. Tanımı

İşveren vekili, İş Kanunu m.2/4’te “*işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kişiler*” olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere İş Kanunu bağlamında bir işveren vekilinden bahsedilebilmesi için iki unsurun bir arada bulunması gerekmektedir. Kanunda yer alan tanımda gösterilen ilk unsur olan “*işveren adına hareket etmesi*”, işveren ile işveren vekili arasında Türk Borçlar Kanunu m.40’ta düzenlenen doğrudan temsil ilişkisinin bulunduğunu göstermektedir². İşveren ile işveren vekili arasındaki temsil ilişkisinin kaynağını çoğu zaman iş sözleşmesi oluşturmaktadır. Ancak bu temsil ilişkisinin istisnai olarak vekâlet sözleşmesi, şirket sözleşmesi veya statü hukuku gibi başka durumlardan kaynaklanabileceği ifade edilmektedir³. İşveren vekili olabilmek için aranan bir diğer unsur ise, “*işin, işyerinin ve işletmenin*

² SÜZEK, s. 189; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 237; EKMEKÇİ, Ömer / YİĞİT, Esra, **Bireysel İş Hukuku Dersleri**, 3. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 85; ERTÜRK / ŞAHİN EMİR, s. 102; NARTER, Sami, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukunda İdari, Cezai ve Hukuki Sorumluluk**, s. 2. Bası, Ankara, 2018, s. 237 (Sorumluluk).

³ ÇELİK, Nuri / CANİKLİOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat / ÖZKARACA, Ercüment, **İş Hukuku Dersleri**, 34. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 107.

yönetiminde görev almak”tır. Görüldüğü üzere işveren vekili sayılabilmek için, temsil yetkisi tek başına yeterli olmayıp ayrıca işin, işyerinin ve işletmenin yönetimi bakımından temsil yetkisinin bulunması gerekmektedir⁴.

İş Kanunu anlamında işveren vekili sayılabilmek için belli bir düzeyde yönetim yetkisine sahip olma şartı aranmamıştır⁵. Dolayısıyla işletmenin bütününe yöneten genel müdür de işyerini yöneten müdür veya daha alt seviyede yönetimde yer alan ustabaşı ve postabaşı da bu kanun anlamında işveren vekilidir⁶. Her ne kadar İş Kanunu anlamında işveren vekili sayılabilmek için belli bir düzeyde yönetim yetkisine sahip olma şartı aranmamaktaysa da; işveren vekilinin yetkisi, yönetim konusunda kendisine verilen görev ve yetki alanı ile sınırlı olacaktır⁷. Bu yetkinin aşılması durumunda TBK m.46 vd. düzenlenen yetkisiz temsil söz konusu olacaktır. Buna göre işveren vekilinin, kendisine tanınan görev ve yetki alanının dışında kalan veya sınırını aşan hukuki işlemleri, ancak onayı halinde işvereni bağlayacaktır.

İş sağlığı ve güvenliği hukuku bakımından temel kanun olan 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.3/2’de “İşveren adına hareket eden, işin ve işyerinin yönetiminde görev alan işveren vekilleri, bu Kanunun uygulanması bakımından işveren sayılır” şeklinde bir ifadeye yer verilmiştir. Bu hükümde işletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ibaresine yer verilmemesi bunların İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu bakımından kapsam dışı bırakılıp bırakılmadığı konusunda belirsizliklere neden olmuştur⁸. Ancak kanaatimizce söz konusu tanım farklılığı

⁴ EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 85; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 238.

⁵ Ancak belirtmek gerekir ki 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.2/1-e’de işveren vekili; “işveren adına işletmenin bütününe yöneten” kişi olarak gösterilmiş olup bu kanun anlamında işveren vekili sayılabilmek için işletme düzeyinde bir yönetim yetkisine sahip olma şartı aranmıştır.

⁶ SÜZEK, s. 190; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 246-247; BAŞTERZİ, Süleyman, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2018**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 54; NARTER, Sami, “İş Kazaları ve Meslek Hastalıklarında Tüzel Kişi Organı Olarak Ortak İşverenin Cezai Sorumluluğu”, **Gazi İİBF Dergisi**, Y. 2015, C. 17, S. 2, s. 248 (Tüzel Kişi); ERDOĞAN, Çağla, **İşveren ve İşveren Vekilinin İş Kazasından Doğan Cezai Sorumluluğu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 26; AVCI, Mehmet Serhat, **İşverenin İş Kazasından Doğan Cezai Sorumluluğu**, Tekbel Yayınları, İstanbul, 2018, s. 22.

⁷ ÇELİK / CANİKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 106; SÜZEK, s. 189; SÜMER, Haluk Hadi, “İş Kazası Halinde İşveren Vekilinin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Bir Yargıtay Kararı Üzerine”, **Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 318-327, s. 324; ERTÜRK / ŞAHİN EMİR, s. 103; NARTER, **Sorumluluk**, s. 238; ERGÜNEŞ, s. 138. “Temsil yetkisinin dışı vurumu üstlenilen görevin sınırlarıyla ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla salt temsil yetkisinin verilmiş olması, ancak bu yetkinin kullanılmasını sağlayacak bir görev üstlenilmemesi bir başka deyişle soyut bir temsil yetkisinin verilmiş bulunması işveren vekili sıfatını kazanmayı sağlamayacaktır.” Yargıtay İBHGK, 09.06.2017, E. 2016/3, K. 2017/4, Lexpera Karar Arama Motoru, E.T. 11.08.2022.

⁸ Bu düzenleme nedeniyle işletmenin bütününe yöneten işveren vekillerinin İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamında sorumluluğun dışında bırakıldığı ve Kanunda gösterilen idari para cezalarının bunlara uygulanmayacağı yönünde bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 240.

“işletmenin bütününi yöneten işveren vekilini” İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu dışında bırakma amacını taşımamaktadır. Zira bu farklılık kanununun “işyeri” ve “iş” kavramı esas alınarak düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır. Nitekim İSGK m.1’de kanunun amacı “*işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki, sorumluluk, hak ve yükümlülüklerini düzenlemek*” olarak gösterilmiştir. Ayrıca İSGK m.2’de kanunun kapsamı düzenlenmiş olup “*kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerleri*” ve “*bunların işverenleri ile işveren vekilleri, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlar*” şeklinde kanunun kapsamına tüm çalışanlar dâhil edilmiştir. İşletme kavramına yalnızca İSGK m.26/1-ö hükmünde “*maden işletmeleri*” ve Geçici Madde 10’da “*Kanunun 30’uncu maddesinin birinci fıkrasının (ğ) bendinde halen faaliyette bulunan işletmeler*” şeklinde yer verilmesi de bu durumu desteklemektedir. Bu durumlar dikkate alındığında, işveren adına hareket eden ve işletmenin yönetiminde yer alan kişilerin de İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu bakımından işveren vekili olduğu kabul edilmelidir⁹.

B. İş Sağlığı ve Güvenliği Profesyonellerinin İşveren Vekili Sıfatı

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.6/1-a hükmünde işverene; iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve şartları bulunması halinde diğer sağlık personelini istihdam etme yükümlülüğü getirilmiştir.

İşyeri hekimi, İSGK m.3/1-1’de “*iş sağlığı ve güvenliği alanında görev yapmak üzere Bakanlıkça yetkilendirilmiş, işyeri hekimliği belgesine sahip hekim*” olarak tanımlanmıştır. İş güvenliği uzmanı ise aynı maddenin (f) bendinde, “*Usul ve esasları yönetmelikle belirlenen, iş sağlığı ve güvenliği alanında görev yapmak üzere Bakanlıkça yetkilendirilmiş, iş güvenliği uzmanlığı belgesine sahip, Bakanlık ve ilgili kuruluşlarında çalışma hayatını denetleyen müfettişler ile mühendislik veya mimarlık eğitimi veren fakültelerin mezunları ile teknik eleman*” tanımlanmıştır. Diğer sağlık personelinden ne anlaşılması gerektiği ise, İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik¹⁰ m.4/1-b’de, “*İş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinde görevlendirilmek üzere Bakanlıkça belgelendirilmiş hemşire, sağlık memuru, acil tıp teknisyeni ve çevre sağlığı teknisyeni diplomasına sahip olan kişiler ile Bakanlıkça verilen işyeri hemşireliği belgesine sahip kişiler*” olarak gösterilmiştir.

⁹ Benzer yönde EKMEKÇİ, Ömer / KÖME AKPULAT, Ayşe / AKDENİZ, Ayşe Ledün, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 248; SÜMER, İşveren Vekili, s. 319; ERDOĞAN, s. 32; ÇELİK / CANIKLIOĞLU / CANBOLAT / ÖZKARACA, s. 108.

¹⁰ R.G. 20.07.2013, S. 28713.

Kanunda sayılan bu iş sağlığı ve güvenliği profesyonellerinin işveren vekili olup olmadıkları öğretilerde tartışılmaktadır. Öğretilerdeki bir görüşe göre, iş sağlığı ve güvenliği profesyonelleri işveren adına hareket eden ve işyerinin yönetiminde görev yapan kişiler olduğundan işveren vekili sıfatına sahiptirler¹¹. Bu görüşe göre çalışanların, İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği¹² m.8/3 hükmü gereği işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanı tarafından verilen ve iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili mevzuata uygun olan talimatlara uymakla yükümlü olması bunların işin yönetiminde yer aldığı ve işveren vekili sıfatını haiz olduğunu göstermektedir¹³.

Öğretilerdeki diğer bir görüşe göre ise, iş güvenliği uzmanları ile işyeri hekimleri, işveren vekili değil, bağımsız danışman niteliği taşımaktadır¹⁴. Zira işveren vekilleri, işletme hiyerarşisi içinde yer almakta ve işverenin yönetim yetkisini kendilerine devredilen sınırlar içerisinde işçilere vereceği emir ve talimatlarla kullanılmaktadır. Bu bağlamda işveren vekili, hiyerarşik olarak işçilere emir ve talimat verme yetkisine hatta çoğu zaman disiplin cezası uygulama yetkisine sahiptir¹⁵. Ancak iş güvenliği uzmanları ve işyeri hekimleri bu sıfatları ile işletmenin hiyerarşisi içinde yer almamaktadır¹⁶. Zira işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının işçilere karşı emir ve talimat verme yetkisi mevcut değildir ve bunlar görevlerini daima işvereni muhatap alarak yerine getirirler¹⁷. Kanaatimizce de iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi işveren vekili sıfatına sahip olmayıp işverene danışmanlık ve rehberlik eden kişi konumundadır. Nitekim 6645 sayılı Kanunla değişik İSGK m.8/2’de işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının, “işverene iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda rehberlik ve danışmanlık yapmak üzere görevlendirileceği” ve “eksiklik ve aksaklıkların düzeltilmesinden, tedbir ve tavsiyelerin yerine getirilmesinden işverenin sorumlu olacağı”nın düzenlenmesi bu durumu açıkça göstermektedir. Bu nedenle bu kişilerin sahip oldukları işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanı sıfatları tek başına

¹¹ DEMİRCİOĞLU, A. Murat, **Ulusal ve Uluslararası Hukukta İş Güvenliği Uzmanlığı**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 12; AYDINLI, İbrahim, **İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuk ve Cezai Sorumluluk (Yargı Kararları ve İlgili Mevzuat)**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 188-189; ERTÜRK / ŞAHİN EMİR, s. 104-105; OCAK, Saim, **İş Güvenliği Uzmanlığı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 19.

¹² R.G. 29.12.2012, S. 28512.

¹³ DEMİRCİOĞLU, s. 12; AYDINLI, s. 188-189; ERTÜRK / ŞAHİN EMİR, s. 104-105; OCAK, s. 19.

¹⁴ SÜZEK, s. 929; ÖZDEMİR, Erdem, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 113 (Ders Kitabı); MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 1497; SÜMER, Haluk Hadi, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, 5. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 129; ERDOĞAN, s. 38.

¹⁵ ÖZDEMİR, **Ders Kitabı**, s. 114-120.

¹⁶ ÖZDEMİR, **Ders Kitabı**, s. 114-120; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 1498.

¹⁷ ÖZDEMİR, **Ders Kitabı**, s. 115.

onları işveren vekili yapmayacaktır. Ancak işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının ayrıca işyeri yönetiminde yer alması ve birtakım icrai yetkilerinin olması durumunda işveren vekili olarak değerlendirilmesi mümkündür¹⁸.

II. İŞVEREN VEKİLİNİN İŞ KAZASINDAN DOĞAN CEZAI SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri

İşçiyi gözetme borcunun gereği olarak işveren, işyerinde her türlü iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini sağlamak yükümlüdür. Bu borcun temel yasal dayanaklarını Türk Borçlar Kanunu m.417/2 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.4 oluşturmaktadır.

Türk Borçlar Kanunu m.417/2 hükmü genel bir düzenlemeye yer vererek işverenlerin işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmakla yükümlü olduğunu açıkça vurgulamıştır. İş sağlığı ve güvenliği alanındaki temel mevzuatımız olan İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.4'te ise, Türk Borçlar Kanunu m.417'de yer alan temel esas korunarak daha ayrıntılı bir hükme yer verilmiştir. Bu hüküm "(1) İşveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede; a) Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar. b) İşyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar. c) Risk değerlendirmesi yapar veya yaptırır. ç) Çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne alır. d) Yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alır. (2) İşyeri dışındaki uzman kişi ve kuruluşlardan hizmet alınması, işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz. (3) Çalışanların iş sağlığı ve güvenliği alanındaki yükümlülükleri, işverenin sorumluluklarını etkilemez. (4) İşveren, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin maliyetini çalışanlara yansıtamaz." şeklindedir.

Görüldüğü üzere İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.4 ve Türk Borçlar Kanunu m.417 hükümleri işverenin, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almakla yükümlü olduğu prensibini kabul etmektedir. Bu bağ-

¹⁸ SÜZEK, s. 929; ÖZDEMİR, *Ders Kitabı*, s. 119.

lamda gerek öğretide gerekse de yargı kararlarında “işverenlerin bilim, teknik ve tecrübenin o anda ulaştığı durum ve seviyeye göre belirlenecek her türlü önlemi almakla yükümlü olduğu” kabul edilmektedir.¹⁹ Bunun bir sonucu olarak işverenler, mevzuatta mevcut iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin yanı sıra mevzuatta öngörülmemiş olan ancak teknolojik ve bilimsel gelişmelerin gerekli kıldığı diğer iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini de almakla yükümlüdür²⁰.

Öte yandan İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda önem arz eden başlıca iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri ayrıca düzenlenmiştir. Bunlar iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve şartları varsa diğer sağlık personelini çalıştırma yükümlülüğü ve bunlara ilişkin şart ve esasları içeren iş sağlığı ve güvenliği hizmetleri (İSGK m.6 vd.), risk değerlendirmesi yapma yükümlülüğü (İSGK m.10), acil durum planları, yangınla mücadele, ilk yardım ile tahliye (İSGK m.11, m.12), iş kazası ve meslek hastalığını bildirim yükümlülüğü (İSGK m.14), sağlık gözetimi (İSGK m.15), çalışanların bilgilendirilmesi ve eğitimi (İSGK m.16, m.17), iş sağlığı ve güvenliği konularında çalışanların görüşlerini alma yükümlülüğü (İSGK m.18), çalışan temsilcisi görevlendirme yükümlülüğü (İSGK m.20), iş sağlığı ve güvenliği kurulu oluşturma yükümlülüğü (İSGK m.22), iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin koordinasyonun sağlanması yükümlülüğüdür (İSGK m.23).

İşverenler sahip oldukları bu iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini işveren vekilleri aracılığıyla da yerine getirebilirler. Bu durumda iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin sağlanması açısından işveren vekilleri, kendi görev ve yetki alanına giren konulardan sorumlu olacaktır²¹. Dolayısıyla işveren vekillerinin görev ve yetki alanlarının belirlenmesi büyük önem arz etmektedir.

B. İşveren Vekilinin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Genel Değerlendirilmesi

1. Hukuki Sorumluluk Bakımından

İş Kanunu m.2/4 hükmünde işveren vekilinin, bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işverenin sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bu durum işveren ile işveren vekili arasındaki doğrudan temsil ilişkisinin bir gereği olup söz

¹⁹ SÜZEK, s. 426; MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 1440.

²⁰ SÜZEK, s. 427; SARIBAY ÖZTÜRK, Gizem, **İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları**, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s. 19. Benzer yönde kararlar için bkz. Yargıtay HGK., 28.11.2019, E. 2016/1912, K. 2019/1235; Yargıtay 10. HD., 06.04.2021, E. 2020/7011, K. 2021/4792, Lexpera Karar Arama Motoru, E.T. 11.08.2022.

²¹ YILMAZ, Alper, **İşveren Vekilinin İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Bakımından Sorumluluğu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 43.

konusu hüküm, doğrudan temsil ilişkisinde yetkili bir temsilcinin, yaptığı işlemlerin doğrudan doğruya temsil olunanı bağlayacağını düzenleyen TBK m.40 hükmünün bir tekrarı niteliğindedir. Dolayısıyla işveren vekilinin, işveren adına hareket ederken yaptığı işlemlerden doğan hukuki sorumluluk işverene ait olacaktır. Bu durum adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenleyen TBK m.66 ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu düzenleyen TBK m.116 hükümlerinin bir gereğidir.

İşveren vekillerinin kendilerine devredilen iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine aykırılık nedeniyle iş kazasına uğrayan işçilerin, doğrudan işveren vekilinin hukuki sorumluluğuna gidip gidemeyeceği yönünde öğretide ve yargı kararlarında farklılıklar bulunmaktadır. Öğretideki bir görüşe göre, İş Kanunu m.2/4 hükmü karşısında iş kazasına uğrayan işçilerin, doğrudan işveren vekilinin haksız fiilden doğan sorumluluğuna gitmesi mümkün değildir²². Bu görüşe göre söz konusu düzenleme bir anlamda işveren vekili açısından getirilen özel bir koruma niteliğindedir²³. Bu görüşe göre ancak işveren vekilinin kendilerine tanınan temsil yetkisinin dışında haksız fiil sayılabilecek bir davranışının varlığı halinde doğrudan işveren vekiline başvuruda bulunulması mümkündür²⁴. Kanaatimizce de isabetli olan diğer bir görüşe göre ise, kazaya uğrayan işçilerin doğrudan işveren vekiline başvurabilmeleri mümkündür²⁵. Zira İş Kanunu m.2/4 hükmü işveren vekilinin eylem ve işlemlerinden zarar gören işçileri korumaya yönelik bir hüküm olup işveren vekilini hukuki sorumluluktan bağışık tutma amacı güden ve onu korumak amacıyla getirilen bir hüküm değildir²⁶. Bu hükümle amaçlanan işvereni TBK m.66 ve TBK m.116 hükümlerinin ötesinde sorumlu tutmaktır. Zira İş Kanunu m.2/4 hükmü olmasaydı işverenin, işveren vekilinin hukuka aykırı eylemlerinden sorumluluğu TBK m.66 veya TBK m.116 hükümleri kapsamında tespit edilecekti. Ancak bu durumda işverenin TBK m.66 hükmü gereğince kurtuluş kanıtı getirerek veya TBK m.116 hükmü gereğince de işveren vekili kullanmak yerine borcu kendisi ifa etseydi dahi aynı zararın ortaya çıkacağını ve kendisinin bundan sorumlu olmayacağını ispat ederek kurtulabilecekti. İş Kanunu m.2/4 hükmü ile işverenin bu şekilde sorumluluktan kurtulmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır²⁷. Dolayısıyla kazaya uğrayan işçilerin tazminat taleplerini kazanın gerçekleşmesinde kusuru bulunan işveren vekillerine doğrudan yöneltmesi mümkündür. Ayrıca kanaatimizce bu durum “birden çok kişi birlikte bir zarara se-

²² SÜMER, *İşveren Vekili*, s. 327.

²³ SÜMER, *İşveren Vekili*, s. 327.

²⁴ SÜMER, *İşveren Vekili*, s. 327, SÜZEK, s. 193.

²⁵ BAŞTERZİ, s. 57-58.

²⁶ BAŞTERZİ, s. 58.

²⁷ BAŞTERZİ, s. 58.

bebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanacağını” düzenleyen TBK m.61 hükmüne de uygun bir çözüm olacaktır. Burada işveren vekilinin sorumluluğu haksız fiil sorumluluğu olacaktır. Zira işçiler ile işveren vekili arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Yargıtay son dönemde istikrar kazanan uygulamasında herhangi bir hukuki değerlendirme yapmamakla birlikte iş kazasının meydana gelmesinde kusuru bulunan işveren vekilinin doğrudan hukuki sorumluluğuna gidilebileceği yönünde kararlar vermektedir²⁸.

2. İdari Sorumluluk Bakımından

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunumuzda düzenlenen idari yaptırımlar, idari para cezası, işin durdurulması ve kamu ihalesinden yasaklamadır.

Mevzuatımızda yer alan idari para cezası yaptırımlarına bakıldığında İş Kanunu m.98 vd. düzenlenen idari para cezaları bakımından işveren vekili de yaptırımın muhatabı olarak düzenlenmiştir. Ancak İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.26’da düzenlenen idari para cezaları bakımından işveren vekilinin bu yaptırımın muhatabı olacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durum İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu gereği uygulanan idari para cezalarından işveren vekilinin sorumlu olup olmayacağı konusunda öğretilerde görüş ayrılıklarına neden olmaktadır.

Öğretilerdeki bir görüşe göre işveren vekilleri, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda düzenlenen iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine aykırılıktan doğan idari para cezalarının muhatabı olabilir²⁹. Bu durum işveren vekillerini, kanunun uygulaması bakımından işveren kabul eden İSGK m.3/2 hükmünün gereğidir³⁰. Benzer yöndeki diğer bir görüşe göre ise işveren vekillerinin İSGK’da düzenlenen idari para cezalarından sorumlu tutulabilmesi, “*kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde bu kişilerin her biri hakkında, fail olarak idarî para cezası verileceğini*” düzenleyen Kabahatler Kanunu m.14 hükmü bağlamında da mümkündür. Dolayısıyla iş kazasının meydana gelmesinde kusurları bulunması halinde gerek işverene gerekse de işveren vekiline idari para cezası uygulanması mümkün olacaktır³¹. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe

²⁸ “Zira iş kazalarından kaynaklanan tazminat davalarında; iş kazasında kusuru olduğunun tespiti halinde, işveren vekili de, işveren yanında zarardan sorumlu olacaktır.” Yargıtay 21. HD., E. 2015/22399, K. 2016/7108, 21.4.2016; Aynı Daire, E. 2016/9910, K. 2017/3420, 24.4.2017, Aynı Daire, 8.10.2019, E. 2018/4794, K. 2019/5888, Lexpera Karar Arama Motoru, E.T. 09.08.2022.

²⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 240; AYDINLI, İSG, s. 442; SÜMER, İSG, s. 255; OCAK, s. 198-199; SARIBAY ÖZTÜRK, s. 329; ERGÜNEŞ, s. 138; YILMAZ, s. 110.

³⁰ SÜMER, İSG, s. 255; SARIBAY ÖZTÜRK, s. 329.

³¹ AYDINLI, İSG, s. 456.

göre ise, İSGK’da açıkça muhatap sayılmaması karşısında işveren vekillerine idari para cezalarının uygulanması mümkün değildir. Bu durum kanunilik ve cezaların şahsiliği ilkelerinin bir gereğidir³².

Diğer bir idari yaptırım ise İSGK m.25’te düzenlenen işin durdurulmasıdır. Bu yaptırım işyeri esas alınarak düzenlenmiş bir yaptırım olduğundan aykırılığa neden olan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğünün kim tarafından yerine getirileceğinin bir önemi yoktur. Zira bu durumda önem arz eden aykırılığın kim tarafından yapıldığı değil, işyerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.25’te sayılan hallerden birinin ortaya çıkıp çıkmadığıdır³³. Dolayısıyla işveren vekilinin kendi görev ve yetki sınırları içerisinde kalan bir iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde de işyerinde işin durdurulması kararı verilmesi mümkündür³⁴.

Kanunda düzenlenen bir diğer yaptırım ise 4/4/2015 tarih ve 6645 sayılı Kanunla eklenen İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.25/A hükmünde düzenlenen “*Kamu İhalesinden Yasaklama*”dır. Bu hükme göre, ölümlü iş kazası meydana gelen maden işyerlerinde kusuru yargı kararı ile tespit edilen işveren, mahkeme tarafından iki yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmaktadır. İSGK m.25/A hükmü gereği bir maden işyerinde işveren vekillerinin yetki alanında bulunan bir iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaması sonucunda bir ölümlü iş kazası meydana gelmişse de işverene kamu ihalesinden yasaklama yaptırımı uygulanabilecektir. Bu durum işveren vekili ile işveren arasında bulunan doğrudan temsil ilişkisinin gereğidir. Ancak bu durumda ölümlü iş kazasına kusuru ile neden olan işveren vekiline bizzat kamu ihalesinden yasaklama yaptırımının uygulanıp uygulanamayacağı değerlendirilmelidir. Öğretideki bir görüşe göre, İSGK m.3/2 hükmü gereği işveren vekilleri de kanunun uygulaması bakımından işveren sayılacağından bu yaptırım işveren vekillerine uygulanabilir³⁵. Kanaatimizce işveren vekiline bu yaptırımın uygulanması mümkün değildir. Öncelikle işveren vekili, işveren adına bir kamu ihalesine başvurmuşsa TBK m.40 gereği bu işlem işveren adına sonuç doğuracaktır. Dolayısıyla bu yaptırımın muhatabı yine işveren olacaktır. Bunun yanı sıra bir maden işyerinde yaşanan ölümlü iş kazasında kusuru olan işveren vekili, bu işyerinden ayrılarak kendisi adına kamu ihalesine başvurması durumunda da bu yaptırımın uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Zira İSGK m.25/A’da yaptırımın muhatapları “*işveren ile birlikte 4735 sayılı Kamu*

³² EKMEKÇİ / KÖME AKPULAT / AKDENİZ, s. 298; ÖZDEMİR, İSG, s. 637.

³³ YILMAZ, s. 109.

³⁴ Benzer yönde bkz. YILMAZ, s. 109.

³⁵ YILMAZ, s. 113-114.

İhale Sözleşmeleri Kanununun 26'ncı maddesinin ikinci fıkrasında sayılanlar” olarak gösterilmiştir. 4735 sayılı Kanun m.26'da ise, işveren yanında yaptırımın muhatapları “*Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar*” olarak tahdidi olarak sayılmış ve işveren vekiline hükümde yer verilmemiştir. Dolayısıyla kanunilik ve cezaların şahsiliği ilkeleri gereği, bir kimsenin maden işyerinde yaşanan ölümlü iş kazasında işveren vekili sıfatıyla kusurlu olmasının kendi adına katılacağı kamu ihalesini etkilemeyeceği kanaatindeyiz.

3. Cezai Sorumluluk Bakımından

İş kazası sonucunda bir suçun ortaya çıkması halinde cezai sorumluluğun tespiti ise aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere cezaların şahsiliği ve kusur ilkeleri esas alınarak bir belirlemeye gidilecektir. Başka bir ifade ile cezai sorumluluk belirlenirken işyeri organizasyonu çerçevesinde iş sağlığı ve güvenliği bakımından kimlerin hangi yetki ve görevlere sahip olduğu ve bu iş kazasının meydana gelmesinde kimlerin ne şekilde etkili olduğu tespit edilerek sonuca gidilmelidir.

C. Cezaların Şahsiliği ve İşveren Vekilinin Fail Sıfatı

Failin ancak fiili ona yüklenebilecekse cezalandırılmasını ifade eden *kusur ilkesi*, modern ceza hukukunda ceza sorumluluğunun temel taşlarından birini oluşturmaktadır³⁶. Bu ilke bir yandan kusursuz bir kimseye ceza verilmesinin önüne geçerken, diğer bir yandan da faile kusurundan daha ağır bir ceza uygulanmasını yasaklar³⁷.

“*Kusur ilkesi*”yle bağlantılı olan ceza hukukunun bir diğer temel ilkesi de “*cezaların şahsiliği ilkesi*”dir. Bu ilke, kanunda suç karşılığı olarak öngörölmüş bulunan cezanın yalnızca suçun failine verilmesini ve suçun failinin cezadan etkilenmesini ifade eder. Başka bir ifadeyle cezaların şahsiliği ilkesi gereği, suçun faili/failleri dışındaki kişilere doğrudan doğruya bir cezai sorumluluk yüklenilemez ve suçun ortaya çıkmasında kusuru bulunmayan kişiler cezalandırılmaz³⁸. “*Cezaların şahsiliği ilkesi*” Anayasa m.38/7’de “*Ceza sorumluluğu şahsidir.*” şeklinde açıkça düzenlenmiştir ve söz konusu hükmün gerekçesinde

³⁶ KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 51.

³⁷ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 52.

³⁸ BIYIKLI, s. 241-242; HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 36 (Ceza Genel).

“... ceza sorumluluğunun şahsî olduğu; yani failden gayri kişilerin bir suç sebebiyle cezalandırılmayacağı hükmünü getirmektedir. Bu ilke dahi ceza hukukuna yerleşmiş ve ‘kusura dayanan ceza sorumluluğu’ ilkesine dahil, terki mümkün olmayan bir temel kuraldır.” ifadelerine yer verilerek bu ilkenin terkedilmesi mümkün olmayan temel ilke niteliği taşıdığı vurgulanmıştır. Cezaların şahsiliği ilkesi, Anayasa m.38’de yer alan düzenlemeye özdeş bir biçimde Türk Ceza Kanunu m.20’de de “(1) Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz. (2) Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırım uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.” şeklinde açıkça düzenlenmiştir³⁹.

İşyerinde meydana gelen iş kazalarında cezai sorumluluğun tespiti yapılırken yukarıda açıklanan “cezaların şahsiliği” ve “kusur” ilkeleri ışığında bir sonuca gidilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda meydana gelen iş kazasına neden olan durumlar ile bu durumların ortaya çıkmasında kusuru bulunan kişiler belirlenerek cezai sorumluluk bakımından değerlendirilme yapılmalıdır⁴⁰.

Bir iş kazası sonucunda ortaya çıkan ölüm veya yaralanmalar bakımından suçun faili olarak akla ilk gelen işverendir. Ancak işverenin hukuka uygun bir şekilde yetkilendirmesi durumunda işveren vekilleri de kendi yetki ve görev alanları içerisinde gerçekleşen iş kazaları sonucunda ortaya çıkabilecek suçların faili sıfatını taşıyabilecektir. Ayrıca bunlar dışında yine danışman sıfatını taşıyan iş sağlığı ve güvenliği profesyonelleri de meydana gelen iş kazalarından dolayı görev ve sorumlulukları çerçevesinde fiillerine karşılık gelen suçlarla cezalandırılabilirler. Bu bağlamda iş sağlığı ve güvenliği aktörlerinin görev, yetki ve sorumluluklarının doğru bir şekilde ortaya konulmasının cezai sorumluluğun doğru bir şekilde belirlenmesi bakımından hayati önem taşıdığı söylenebilecektir⁴¹.

Ayrıca belirtmek gerekir ki yukarıda sayılanların dışında kazanın oluşumunda kusuru bulunan üçüncü kişilerin örneğin başka bir işçinin, bir ziyaretçinin veya teftişle görevli kamu görevlilerinin de meydana gelen iş kazasından cezai sorumluluğu söz konusu olabilecektir⁴².

³⁹ Hukukumuzda yalnızca gerçek kişiler suçun faili olabileceği kabul edilmiştir. Nitekim hükmün ikinci fıkrasında gösterildiği üzere hukukumuzda tüzel kişilere cezai yaptırım uygulanması mümkün değildir. Tüzel kişilerin cezai sorumluluğuna ilişkin öğretici görüşleri ve farklı ülke uygulamaları hakkında bkz. ERDOĞAN, s. 81-103.

⁴⁰ SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 195; EKMEKÇİ / KÖME AKPULAT / AKDENİZ, s. 14; ÖZDEMİR, *Ders Kitabı*, s. 327; AYDINLI, s. 461-462; SÜMER, *İSG*, s. 72; SARIBAY ÖZTÜRK, s. 349.

⁴¹ SÜZEK, *İş Hukuku*, s. 195; ÖZDEMİR, *İSG*, s. 617; ÖZKAN, Halid, “İş Kazalarından Doğan Ceza Sorumluluğunda Kusur Tespiti” *GÜHFD*, Y. 2016, C. 20, S. 15, s. 521.

⁴² ÖZKAN, s. 523; ERDOĞAN, s. 80.

D. İşveren Vekilinin Cezai Sorumluluğunun Şartları

İşveren tarafından hukuka uygun bir şekilde yetkilendirilen işveren vekilleri, kendi görev ve yetkileri içerisinde yer alan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini eksiksiz bir şekilde sağlamakla yükümlüdür. Yukarıda açıklandığı üzere “*cezaların şahsiliği ilkesi*” ve “*kusur ilkesi*” gereği bu yükümlülüklerine aykırı davranışları bir iş kazası yaşanmasında etkili olursa işveren vekillerinin cezai sorumluluğu ortaya çıkabilecektir⁴³.

İşveren vekilinin işyerinde meydana gelen iş kazasından sorumluluğunun doğabilmesi için her şeyden önce kişi, işveren vekili olarak yetkilendirilmiş olması gerekir. Bunun yanında iş kazasının meydana gelmesinde etkili olan aykırılığın işveren vekilinin yetki alanında meydana gelmiş olmalıdır. Zira işveren vekili, işveren adına sahip olduğu yönetim yetkisini ancak kendisine tanınan yetki alanı içerisinde kullanabilecektir. Ayrıca işveren vekilinin gerçek anlamda bir yönetim yetkisine sahip olması, başka bir ifade ile gerekli niteliklere ve otoriteye sahip olmayan yalnızca kâğıt üzerinde işveren vekili gösterilen kişi olmaması gerekmektedir⁴⁴. Nitekim gerek öğretilerde gerekse yargı kararlarında işverenlerin kâğıt üzerinde işveren vekili atayarak sorumluluktan kurtulamayacağı kabul edilmektedir. Bu bölümde öğreti ve yargı kararları ışığında söz konusu şartlar bakımından inceleme yapılacaktır.

1. Geçerli Bir Yetki Devri Olması ve İş Kazasının Yetki Alanı İçerisinde Gerçekleşmesi

İşveren vekili bu cezai sorumluluk yapısı içerisinde işverenin yönetim yetkisini tamamen veya kısmen kullanan kimsedir⁴⁵. Dolayısıyla işyerinde meydana gelen iş kazasından dolayı cezai sorumluluğundan bahsedilebilmesi için öncelikle işveren vekiline yapılan geçerli bir yetki devrinin varlığı gerekir⁴⁶. Kendisine iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin geçerli bir yetki devri yapılmayan işveren vekilinin, önlem alma yetkisinden ve bu önlemlere aykırılıktan kaynaklanan cezai sorumluluğundan söz edilmesi mümkün değildir⁴⁷. Yargıtay da önüne gelen bir uyuşmazlıkta iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri sağlama konusunda kendisine herhan-

⁴³ NARTER, *Sorumluluk*, s. 239; SARIBAY ÖZTÜRK, s. 350.

⁴⁴ ÖZEN, Muharrem / TOZMAN, Önder, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Işığında İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Ceza Sorumluluğu”, *Sicil İHD*, Y. 2008, S. 10, s. 231; ÖZDEMİR, *Ders Kitabı*, s. 333.

⁴⁵ ÖZDEMİR, *Ders Kitabı*, s. 332.

⁴⁶ ÖZDEMİR, *Ders Kitabı*, s. 332.

⁴⁷ ÖZDEMİR, *İSG*, s. 622; SÜMER, *İSG*, s. 72; ERTÜRK / ŞAHİN EMİR, s. 123; AVCI, s. 136.

gi bir yetki verilmeyen vasıfsız işçi hakkında verilen mahkûmiyet kararını yetki devri yapılmadığı gerekçesiyle bozarak bu durumu açıkça göstermiştir⁴⁸.

İşveren vekillerine yapılacak bu yetki devrinin belirli bir şekle bağlı olmadığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu yetki devrinin açık veya örtülü şekilde yapılması mümkündür⁴⁹. Bu bağlamda işveren vekilinin, iş kazası nedeniyle cezai sorumluluğuna gidilebilmesi için yönetim ve denetim yetkilerinin sözlü veya fiili olarak devrinin yeterli olacağı kabul edilmelidir⁵⁰. Nitekim Yargıtay da önüne gelen bir olayda, oğlunun resmi yetkilisi olduğu inşaat şirketinde; resmîyette bir görevi olmamasına rağmen işçi temini yapıp ücretlerini ödeyen ve işleyişi denetleyen babanın fiilen işveren vekili olduğu yönünde bir karar vermiştir⁵¹.

İşveren vekiline yapılan yetki devri, örtülü surette yapılsa dahi, içeriği ve sınırları hiçbir şekilde şüpheye mahal bırakmayacak kadar açık olmalıdır⁵². Zira işveren vekillerinin kendi görev ve yetki alanları dışında kalan aykırılıklar sonucu meydana gelen iş kazalarından dolayı bir cezai sorumlulukları bulunmamaktadır⁵³. Bu nedenle sorumluların belirlenmesi için işyeri organizasyon şema-

⁴⁸ "... Yukarıda izah edilen olayda, her ne kadar mahkemece, sanık hakkında, kullandığı makine ile ilgili alınabilecek tedbirleri ikinci dereceden almak ve tedbirlerin alınması konusunda işvereni uyarma zorunluluğuna aykırı hareketi nedeniyle tali kusurlu olduğu kabul edilerek mahkûmiyet hükmü kurulmuş ise de, tüm dosya kapsamından, sanık ...'in işyerinde, vasıfsız işçi konumunda çalışması, tedbir alma ve uyarıda bulunma hususlarında görev ve yetkisinin bulunmaması ile olayın oluşuna göre de sanık ...'in alabileceği tedbir ve önlemin bulunmadığı anlaşılmakla, sanık... hakkında beraat hükmü yerine, mahkûmiyet hükmü kurulması..." Yargıtay 12. CD., E. 2020/1194 K. 2021/7337, 27.10.2021, Lexpera Karar Arama Motoru, E.T. 10.08.2022.

⁴⁹ EKMEKÇİ / KÖME AKPULAT / AKDENİZ, s. 328; ÖZDEMİR, *Ders Kitabı*, s. 332; MEMİŞOĞLU, S. Özgür / ÇINAR, Çağatay, "İşverenin İş Kazasından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu", *Legal İSGHD*, Y. 2012, C. 9, S. 33, s. 52; DEMİREL, Muhammed, *Çifte Özen Anlayışı Çerçevesinde Taksirli Suçtan Doğan Ceza Sorumluluğu*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 318; MOLLAMAHMUTOĞLU / AS-TARLI / BAYSAL, s. 240.

⁵⁰ İspat sorunlarını önleme açısından bu devrin yazılı yapılmasının isabetli olacağı yönünde bkz. ÖZDEMİR, *İSG*, s. 626.

⁵¹ "... sanığın, resmi olarak oğlunun yetkilisi olduğu Forum İnşaat şirketinde herhangi bir görevi olmasa dahi işçileri temin edip, ücretlerini ödeyerek ve işleyişi denetleyerek fiilen işveren vekili gibi hareket ettiği anlaşıldığından, oluşa uygun düşen 21.01.2013 ve 13.11.2013 tarihli bilirkişi raporlarına itibarla sanığın asli kusurlu olduğunun kabulü ile mahkûmiyeti yerine beraatine karar verilmesi, ..." Yargıtay 12. CD., 18.12.2018, E. 2016/11688, K. 2018/12341, Lexpera Karar Arama Motoru, E.T. 10.08.2022.

⁵² BIYIKLI, s. 240-241; NARTER, *Sorumluluk*, s. 242.

⁵³ Aynı yönde "... aynı şirkette işçi olarak çalışmakta olan ustabaşı sanık ...'in işçi sağlığı ve iş güvenliği konusunda sorumluluğunun bulunmaması nedeni ile kusur yüklenemeyeceği gözetilmeden, beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi, Kanuna aykırı olup, hükmün ... bozulmasına, ... oybirliğiyle karar verildi." Yargıtay 12. CD, 17.03.2014, E. 2013/15044, K. 2014/6533; "... olayda; sanık ...'nin suç tarihi itibarı ile anılan şirkette işçi sıfatı ile ve bilgisayar destekli tasarımı teknikeri olarak çalıştığı, yapılacak iş ile ilgili proje çizdiği, işyerinde bulunan işçiler ve stajyerler üzerinde yada iş güvenliği ile ilgili herhangi bir yetki ve sorumluluğunun bulunmadığı, bu nedenle ...'in ölümü ile sonuçlanan olayda herhangi bir kusurunun olmadığı gözetilerek beraatine karar verilmesi gerekirken, sanık ...'nin alt düzeyde tali (kısmi) kusurlu olduğu yönündeki dosya kapsamı ile uyumsuz bilirkişi raporlarına itibarla cezalandırılmasına dair yazılı şekilde hüküm kurulması.. Kanuna aykırı olup, hükmün ... bozulmasına ... oybirliğiyle karar verildi." Yargıtay 12. CD, 19.10.2017, E. 2016/1750, K. 2017/7728, Lexpera Karar Arama Motoru, E.T. 10.08.2022.

ları ve iş bölümü ayrıntılı bir şekilde incelenmeli; işveren ve işveren vekillerinin görev ve yetki alanlarının doğru bir şekilde tespit edilerek iş kazasının kim/kimlerin yetki ve sorumluluk alanında gerçekleştiği açık bir şekilde belirle- nerek cezai sorumluluk bakımından sonuca gidilmesi gerekmektedir⁵⁴.

2. Yetki Devri Yapılan Kişinin Gerekli ve Yeterli Vasıflara Sahip Olması

İşverenlerin, görevlendirecekleri işveren vekillerini belirlerken işin gerek- tirdiği teknik, hukuki veya idari bilgi ve yeterliliği haiz kişileri seçmeleri gere- kir⁵⁵. İşveren vekilleri tarafından bilerek veya gerekli özeni göstermeyerek va- sıfsız bir kişinin işveren vekili olarak atanması halinde geçerli bir yetki devrin- den ve işveren vekili atamasından bahsetmek mümkün olmayacaktır. Aksinin kabulü, işverenlere vasıfsız işçilerini kâğıt üzerinde işveren vekili atayarak so- rumluluktan kurtulma imkânı getirilmiş olurdu⁵⁶.

Yargıtay da önüne gelen uyuşmazlıklarda yetkilerin devredildiği işveren vekil- lerinin gerekli ve yeterli vasıflara sahip olup olmadıklarını değerlendirme altına alarak işveren vekillerinin cezai sorumlulukları bakımından sonuca gitmektedir. Nitekim Yüksek Mahkeme ilkokul mezunu ve teknik donanıma sahip olmayan bir kişinin işveren vekili olarak atandığı bir olayda, bu kişinin işveren vekili sıfatıyla cezai sorumluluğunun tespiti için kazaya neden olan aracın nasıl çalışması gerektiği konusunda değerlendirme yapıp yapmayacağını belirlenerek sonuca gidilmesi yönünde karar vermiştir⁵⁷. Yargıtay benzer doğrultudaki başka bir kararında ise,

⁵⁴ Benzer yönde bkz. EKMEKÇİ / KÖME AKPULAT / AKDENİZ, s. 327; ARTUK, M. Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Bası, Adalet Yayı- nevi, Ankara, 2019, s. 442-444; ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bası, Seç- kin Yayınları, Ankara, 2021, s. 264; DEMİREL, s. 318. Bu doğrultuda, “Öncelikle söz konusu şirketler- den taşeron firmaya ait ticaret sicil gazetesi ve imza sirkülerinden şirket yetkilileri ve müdürlerinin araş- tırılması ile sanık ...'in vazifesinin var ise personel çizelgesi gibi belgelerin getirtilirilek net olarak tespit edilmesi, olaya konu işletmede değinilen işe ilişkin başkaca şantiye şefi, sorumlu mühendis ve benzeri so- rumlu bulunup bulunmadığı, iddia olunduğu gibi anılan şantiyede her bloğa ayrı bir yetkilinin atanıp atanmadığı, olaya konu işe ilişkin görev dağılımına dair herhangi bir düzenleme yapıp yapılmadığı araştırılarak, varsa bu hususlara ilişkin evrakın temininin sağlanması, ...” Yargıtay 12. CD., 19.01.2021, E. 2019/9094, K. 2021/357, Lexpera Karar Arama Motoru, E.T. 10.08.2022.

⁵⁵ SÜZEK, s. 194; EKMEKÇİ / KÖME AKPULAT / AKDENİZ, s. 298; BIYIKLI, s. 238; AKBULUT, Berrin, “İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülüğü Bulunan Kişiler ve Bu Kişilerin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Cezai Sorumlulukları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 2018, C. 13, S. 143, s. 14-30, s. 20; ÖZEN / TOZMAN, s. 231; SÜMER, **İşveren Vekili**, s. 324; MEMİŞOĞLU / ÇI- NAR, s. 52; ŞARIBAY ÖZTÜRK, s. 350; ERGÜNEŞ, s. 138; AVCI, s. 141; DEMİREL, s. 320; MOL- LAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 240.

⁵⁶ SÜZEK, s. 194; BIYIKLI, s. 238-239; NARTER, **Sorumluluk**, s. 240.

⁵⁷ “... Ekip başı olarak görev yapan sanığın saha formeni olarak görevlendirildiği ölenin kazıcı diye tabir edilen iş makinesi ile, ... öldüğü iş kazasında sanığın herhangi bir donanımı, teknik bilgisi olmayan ilko- kul mezunu niteliğinde olup dolgu zemin üzerinde çalışan aracın çalışması konusunda değerlendirme ya- pıp yapmayacağı konusunda şüphede olduğundan...” Yargıtay 12. CD, 12.09.2012, E. 2012/581, K. 2012/18256, ERDOĞAN, s. 122.

kendisine iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almak da dâhil olmak üzere birçok yetkiyi tek başına kullanma yetkisi verilen boyahane müdürünün eğitim durumu ve işin yer aldığı faaliyet konusu ile ilgili yeterli bilgi birikimi ve tecrübesi bulunup bulunmadığının belirlenerek cezai sorumluluk bakımından sonuca gidilmesi yönünde karara varmıştır⁵⁸. Yine Yüksek Mahkeme başka bir kararında, imalat müdürü ve yıkama müdürü olarak görevlendirilen işveren vekillerinin ilkokul mezunu olması ve hiçbir iş sağlığı ve güvenliği eğitiminden geçirilmemesini dikkate alarak yaşanan iş kazasından sorumlu olmadıkları yönünde karar vermiştir⁵⁹.

3. İşveren Vekilinin Gerekli Yetki ve Otoriteye Sahip Olması

İşveren tarafından teknik, hukuki veya idari bilgi ve yeterliliği haiz bir kişinin işveren vekili atanmış olması mümkündür. Ancak bu şekilde atanan kişilerin işveren vekili sıfatıyla cezai sorumluluğuna gidilebilmesi için kendilerine gerçek anlamda bir yetki ve otorite devri yapılmış olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle atanan işveren vekillerinin yetkileri ve otoriteleri iş kazasını engellemeye yetecek düzeyde olmalıdır⁶⁰. Bu bağlamda işveren vekilinin gerekli hukuki otorite

⁵⁸ “AŞ. yönetim kurulunun, 25.01.2011 tarihli kararı ile sanık ...'ın münferiden şirketi temsil ve ilzama yetkili boyahane müdürü olarak atandığı, söz konusu atama kararı kapsamında, sanık ...'ın boyahane bölümü ile ilgili olarak çalışacak işçilerin işe alınma, çalışan işçileri işten çıkarmaya, bu konuda karar verip iş sözleşmelerini imzalamaya, feshetmeye, işçilerin SGK ve tüm resmi kurumlara bildirimlerini yapmaya, iş yerinde işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili tüm tedbirleri almaya, bu konuda işletmede değişiklikler yapmaya, iş güvenliği ile ilgili şirket nam ve hesabına görüşme ve sözleşmeler yapmaya, resmi kurumlar önünde şirket temsil, yetkili kişi olarak ifade vermeye, iş kazası tutanaklarını imzaya, bu yetkilerin tamamının tek başına kullanmaya yetkili olduğunun, ayrıca diğer yönetim kurulu üyelerinin bu konularda şirketi temsil yetkisinin bulunmadığının anlaşıldığı; ancak; dosya içeriğinden fabrikanın boyahane bölümüne müdür olarak atanan ve bir anlamda görev alanı kapsamında kendisine işveren vekili sıfatı verilen ...'ın, eğitim durumuna, icra edeceği işin yer aldığı faaliyet konusu ile ilgili yeterli bilgi birikimi ve tecrübesi bulunup bulunmadığına ilişkin herhangi bir tespitin yer almadığının anlaşılması karşısında, ...'ın eğitim durumu ve mesleği ile ilgili ayrıntılı araştırma yapılarak, yönetim kurulu tarafından boyahane müdürü olarak atanan ...'ın yapacağı işte ehil olup olmadığının, işveren vekili sıfatıyla fabrikanın boyahane bölümünde iş güvenliğinin sağlanması bakımından gerekli niteliklere sahip olup olmadığının belirlenmesi suretiyle, sonucuna göre yönetim kurulu başkanı olan sanık ...'ın hukuki durumunun takdir ve tayin edilmesi gerektiğinin gözetilmemesi; ... Kanuna aykırı olup, ... hükmün ... bozulmasına, ... oybirliğiyle karar verildi.” Yargıtay 12. CD, E. 2016/2870, K. 2018/916, 25.1.2018, Lexpera Karar Arama Motoru, E.T. 10.08.2022.

⁵⁹ “... meydana gelen olayda; sanık ...'ın sözkonusu kot yıkama fabrikasında imalat müdürü, diğer sanık ...'ın yıkama müdürü olarak görevlendirildikleri, her iki sanığın ilkokul mezunu ve işçi statüsü ile 1000 TL ücretle fabrikada çalıştıkları, işçi sağlığı ve iş güvenliği hususunda herhangi bir eğitime tabi tutulmadıkları, maki-nede ki kilitleme kolunun mevcut olmamasından sorumlu tutulamayacakları, küçük bir işletme olan ve tekstil yıkama işi yapan bir fabrikada, işletme müdürü ve işletmenin sahibi sanık ...'ın makinelerdeki teknik arıza, bakım ve onarım işlerinden sorumlu olduğu; somut olay itibarıyla yıkama müdürlüğü ve imalat müdürlüğü sıfatları verilen sanıklara kusur izafe edilmesinin mümkün olamayacağı gözetilmeksizin, makine kilitleme kolundaki eksiklik yüzünden meydana gelen kazada sanıklara kusur yükleyen bilirkişi raporuna dayanılarak hatalı değerlendirme sonucu sanıkların beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi, ... Kanuna aykırı olup, ... hükmün ... bozulmasına, ... oybirliğiyle karar verildi.” Yargıtay 12. CD, 27.02.2014, E. 2013/10562, K. 2014/5032, Lexpera Karar Arama Motoru, E.T. 10.08.2022.

⁶⁰ SÜZEK, s. 194; BIYIKLI, s. 239; AKBULUT, s. 20; ERDOĞAN, s. 125.

teye ve yönetim yetkisine, başka bir ifadeyle emir ve talimat verme yetkisi ile bağımsız bir şekilde bunları denetleme yetkisine sahip olması gerekmektedir⁶¹. Nitekim Yargıtay da önüne gelen bir uyuşmazlıkta yaşı ve deneyimi nedeniyle saygınlığı olan işçiye, sözlü olarak işi gözetme yetkisi verilen olayda, verilen bu yetki ve otoritenin sembolik olduğundan hareketle işçiyi suçsuz bulmuştur⁶².

Ayrıca bu kapsamda işveren vekili olarak görevlendirilen kişinin gerekli araçlara sahip olma imkânı da bulunmalıdır. Özellikle iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için harcama ve yatırım yapılması gereken durumlarda, işveren vekilinin sorumlu tutulabilmesi için bu konuda kendisine harcama yetkisi ve bütçe verilmelidir⁶³. Nitekim Yargıtay bir kararında, işçinin güvenli olmayan makineyle çalışmaktayken elektrik akımına kapılıp öldüğü olayda, formen ve genel formen sanıkların işe uygun cihazları satın alma gibi bir sorumlulukları olmayacağından hareketle yaşanan iş kazasında sanıkların beraatının gerektiğine karar vermiştir⁶⁴. Ancak karara konu olayda uygun cihazları alma yetkisi bulunmayan formen ve genel formenin, satın alma yetkileri bulunmasa dahi bu eksiklikler hakkında işverene gerekli uyarı, denetim ve bildirim yapma yetkileri olsaydı da yine genel formen ve formenin cezai sorumlulukları söz konusu olabilecekti. Nitekim kararda, asıl mesleği gemi inşaat mühendisi olan ve gemi firmasının iş güvenliği açısından yanlış ve hatalı yapılan konularda gerekli uyarı, takip ve

⁶¹ BİYIKLI, s. 239; ÖZDEMİR, İSG, s. 623; SÜMER, İSG, s. 269; NARTER, Sorumluluk, s. 240-241; ERGÜNEŞ, s. 138; AVCI, s. 137.

⁶² "... işveren olan şirket sahibi sanık ... işçileri denetleyecek iş organizasyonunu kurmadığı ve görevlendirilmeleri yapmadığı ve gerekli güvenlik tedbirlerini almadığı, dosya kapsamındaki beyan ve delillere göre, sanıklardan ... diğer işçilerin yaş olarak büyüğü olması nedeniyle sembolik ve sözlü olarak ustabaşı olarak sanık ... tarafından görevlendirildiği, bu hususta yazılı bir görevlendirme ve sorumluluğunun hatırlatıldığına dair bir belgenin bulunmadığı, bu belirlemeler karşısında somut olayın meydana gelmesinde ... herhangi bir kusurunun bulunmadığı, kusurun ölen ile işveren olan ... ait olduğu gözetilmeden, iş veren tarafından sözlü olarak görevlendirilen sanık ... teknik bir vasfının bulunmaması, iş veren ve işçilerin denetim ve gözetiminden sorumlu olmaması, işçi konumunda olması, diğer çalışanlarla aynı işleri yapması nedeniyle kusursuz olduğu yönündeki 31.12.2012 tarihli bilirkişi raporuna niçin itibar edilmeyerek 08.05.2012 tarihli bilirkişi raporunun hükme esas alındığı açıklanmadan ve hükme esas alınan bu raporda sanık... asli ve sanık ... tali kusurlu olduğu belirtilmesine rağmen her iki sanığın da tali kusurlu olduğu kabul edilerek, sanık ... unsurları oluşmayan münsnet suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi, ... Kanuna aykırı olup, ... hükmün ... BOZULMASINA, ... oybirliğiyle karar verildi." Yargıtay 12. CD, 06.11.2015, E. 2015/1673, K. 2015/17151, Lexpera Karar Arama Motoru, E.T. 10.08.2022.

⁶³ EKMEKÇİ / KÖME AKPULAT / AKDENİZ, s. 328; SÜMER, İSG, s. 72; AKBULUT, s. 20 MOLLAMAHMUTOĞLU / ASTARLI / BAYSAL, s. 240.

⁶⁴ "Sanıklar ...'in formen, ...'in ise genel formen olarak çalıştıkları işe uygun cihazları satın alma gibi bir sorumlulukları olamayacağından kusursuz oldukları anlaşılma yapılan yargılama sonunda yüklenen suç açısından faillerinin taksirinin bulunmadığı gerekçeleri gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan, katılanlar vekilinin eksik incelemeye ilişkin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle beraate ilişkin hükmün isteme aykırı olarak onanmasına," Yargıtay 12. CD, 4.2.2015, E. 2013/30038, K. 2015/1987; benzer yönde bkz. Aynı Daire, 27.11.2013, E. 2013/4682, K. 2013/27075, Lexpera Karar Arama Motoru, E.T. 10.08.2022.

denetim yetkisi bulunan projenin şefinin mahkûmiyetine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir⁶⁵.

Bunların yanında işveren vekilinin işyerini tanıması, kendi yöntemi ile işle-yiş ve denetim biçimini kurabilmesi için asgari bir sürenin geçmesi gereklidir⁶⁶. Bu durum işveren vekilinin gerekli yetki ve otoriteye sahip olmasının ön şartı niteliğindedir. Nitekim Yargıtay'ın da önüne gelen bir uyuşmazlıkta yukarıdaki şartları haiz ancak işe yeni başlamış ve kazaya neden olan eksiklikten haberdar olması beklenmeyen başmühendis ve koordinatör mühendisi cezai anlamda sorumlu tutmaması bu durumu açıkça göstermektedir⁶⁷.

İşveren vekili, görev ve yetki alanı içerisinde yer alan iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini, işverenin kendisine yaptığı baskı ve ısrarları nedeniyle hiç yerine getirmemiş veya eksik getirmiş olabilir. Ancak işverenin bu ısrar veya baskısı, işveren vekilini cezai sorumluluktan kurtaramayacaktır⁶⁸. Ancak burada şunu vurgulamak gerekir ki, bu durum işveren vekilinin yukarıdaki şartları sağlamasına; başka bir deyişle, meydana gelen aykırılığı giderebilecek gerekli yetki ve otoriteye sahip olmasına rağmen kendisini işverenin sevk ve zorlaması hali için geçerlidir. İşveren vekilinin gerekli yetki ve otoriteye sahip olmaması haliyle karıştırılmaması gerekir.

4. İşveren Vekilinin Kast veya Taksirinin Bulunması (Suçun Manevi Unsuru)

Bir suçun cezalandırılabilmesi için suçun maddi unsura ek olarak manevi unsurun varlığı da gerekmektedir. Bu bağlamda suçun manevi unsurundan anlaşıl-

⁶⁵ “... Firmasının proje müdürü olup, asıl mesleği gemi inşaat mühendisi olan projenin şefi olarak görev yaptığı anlaşılan sanık ...'ün, ... gemi firmasında iş güvenliği açısından yanlış ve hatalı yapılan konularda gerekli uyarı, takip ve denetim yetkisi bulunmakla mahkûmiyetine karar verilmesinde isabetsizlik bulunmadığı,” Bir üst dipnotta gösterilen karar.

⁶⁶ BIYIKLI, s. 239-240; NARTER, **Tüzel Kişi**, s. 251; AVCI, s. 142. Öğretide kısa aralık verildikten sonra işe dönen işveren vekili bakımından bu asgari sürenin aranmayacağı ifade edilmektedir. BIYIKLI, s. 240; NARTER, **Tüzel Kişi**, s. 251.

⁶⁷ “... Çamlıbel Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi Genel Müdürlüğü'ne ait bakım yönetmeliğinin ilçe baş mühendisinin diğer görevleri bölümünün (ğ) maddesinde “ilçe işletme müdürlüğünün - başmühendisliği-şefliği sınırları içerisinde elektrik tesislerini işletmek, bakım ve onarımını yapmak, muhafazasını sağlamak” olduğu belirtilmiş ise de, işe yeni başlayan ve arızadan haberdar olmayan şüpheliler hakkında Divriği Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen 04/06/2014 tarihli ve 2012/606 soruşturma, 2014/191 sayılı kovuşturmaya yer olmadığına dair karara karşı yapılan itirazın reddine ilişkin Sivas Sulh Ceza Hakimliğiince verilen 18/09/2014 tarihli ve 2014/595 değişik iş sayılı kararında isabetsizlik görülmemiş...” Yargıtay 12. CD, 11.01.2016, E. 2015/14734 K. 2016/39, Lexpera Karar Arama Motoru, E.T. 11.08.2022. Benzer yönde bkz. “14.07.2014 tarihinden itibaren ... Şirket'inde vardiya mühendisi olarak görev yapan, üniversiteden mezun olup, olay tarihinden kısa bir süre önce işe başlayan, maden ocağının fiili işleyişi hakkında deneyime sahip olmayan ve daimi ya da teknik nezaretçi sıfatlarını taşımayan sanık ... (...) ...'ün olayın meydana gelmesinde kusurunun bulunmadığı” Yargıtay 12. CD., 20.6.2018, E. 2018/4573, K. 2018/6919, Lexpera Karar Arama Motoru, E.T. 10.08.2022.

⁶⁸ SÜZEK, s. 194; ÖZEN / TOZMAN, s. 231; ERTÜRK / ŞAHİN EMİR, s. 124.

ması gereken ise kişinin maddi unsurlar ile kurduğu manevi bağıdır⁶⁹. Suçun maddi unsurlarının gerçekleşmesi suçun ortaya çıkması bakımından tek başına yeterli olmayıp haksızlık teşkil eden fiil ile kişi arasında manevi bağın da kurulması gerekir⁷⁰. Bu bağ kurulmadan bir suçun varlığından söz edilmesi mümkün değildir⁷¹.

Suçun manevi unsurunun görünümleri kast ve taksirdir⁷². Dolayısıyla işyerinde meydana gelen bir iş kazasından dolayı işveren vekilinin cezai sorumluluğundan bahsedilebilmesi için kastın veya suçun taksirle işlenebileceği kabul edildiği haller bakımından en azından taksirinin bulunması gerekmektedir⁷³.

a. Taksir Kavramı ve İş Kazalarında Uygulanması

(a) Genel Olarak Taksir Kavramı ve Türleri

Taksir⁷⁴; bir kimsenin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir fiili gerçekleştirmesi suretiyle; öngörülebilir olan ancak istemediği bir neticeyi gerçekleştirmesi olarak ifade edilebilir⁷⁵. Taksirin esasını, hukuk normları veya ortak tecrübe tarafından kişilere yüklenen objektif özen yükümlülüğünün ihlali oluşturmaktadır⁷⁶.

Ceza hukukunda esas olarak kasten işlenen belirli haksızlıklar suç olarak tanımlanmıştır. Bu durum TCK m.21/1’de “suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır.” ifadesiyle açıkça gösterilmiştir. Taksirle işlenen fiillerin kanunda suç olarak tanımlanması ise istisnai niteliktedir⁷⁷. Bu nedenle kişiyi taksirli fiilinden dolayı cezalandırabilmek için kanunda bu konuda açık bir düzenlemenin varlığı gerekir. Nitekim bu durum TCK m.22/1’de “Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.” şeklinde gösterilmiştir.

Türk Ceza Kanunu taksiri, basit taksir ve bilinçli taksir olarak iki ayrı olarak düzenlemiştir. Türk Ceza Kanunu’nun 22. maddesinin ikinci fıkrasında basit taksir dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni

⁶⁹ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 344; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 385; ÖZGENÇ, *Ceza Genel*, s. 231.

⁷⁰ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 385.

⁷¹ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 344-345; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 385; ÖZGENÇ, *Ceza Genel*, s. 231.

⁷² KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 345; ÖZGENÇ, *Ceza Genel*, s. 231; HAKERİ, *Ceza Genel*, s. 220; ÖZKAN, s. 533.

⁷³ ÖZKAN, s. 518, s. 542.

⁷⁴ Taksir hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİREL, s. 33.

⁷⁵ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 184.

⁷⁶ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 184.

⁷⁷ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 184.

tanımından belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesi,” olarak tanımlanırken, bilinçli taksir 22. maddenin 3. fıkrasında “kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi hali” olarak tanımlanmıştır.

Yukarıda yer alan tanımlara bakıldığından her iki taksir bakımından da ortak olan esasların dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali ve bu ihlal sonucu oluşan neticenin istenmemesi olduğu görülmektedir⁷⁸. Ancak bilinçli taksiri basit taksirden ayıran unsur, istenmeyen neticenin suçun faili tarafından fiilen öngörülmesi noktasındadır⁷⁹. Zira basit taksirde fail, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışı sonucunda kanuni tanıma uygun bir neticenin gerçekleşebileceğini düşünmemekle birlikte bilinçli taksirde fail, suçun konusu bakımından somut bir tehlikenin varlığının farkında olmasına rağmen; bu tehlikenin derecesini azımsamasından, kendi yeteneğini abartmasından veya şansına güvenmesinden dolayı kanuni tanıma uygun bir fiilin gerçekleşmeyeceğine, sonucun ortaya çıkmayacağına güvenmektedir⁸⁰.

(b) Taksirin İş Kazasındaki Görünümü

Yukarıda açıklandığı üzere kişinin taksirle cezai sorumluluğunun doğabilmesi için öncelikle suçun taksirle işlenebilen bir suç olması gerekmektedir. İşyerinde meydana gelen iş kazalarının en çok karşılaşılan neticeleri ölüm ve yaralanmadır⁸¹. Türk Ceza Kanunu “taksirle öldürme” başlıklı m.85 ve “taksirle yaralama başlıklı” m.89 hükümlerinde söz konusu suçların taksirle işlenmesi halinde de cezai sorumluluğun doğacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla taksirli fiilleri sonucunda ölümlü veya yaralanmalı iş kazasına neden olan işveren vekilleri fiillerine uyan söz konusu suçlar bakımından cezalandırılabilirlerdir.

Taksirli sorumluluktan bahsedilebilmesi için dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı fiilin varlığı gerekmektedir⁸². Bu dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık ferdi veya sosyal bir faaliyeti düzene sokmak amacıyla konulmuş her türlü hukuki veya mesleki kurala veya yetkili mercii tarafından verilmiş emir ve talimatlara aykırılıktan kaynaklanmış olabilir⁸³. İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin gereği gibi alınmaması nedeniyle yaşanan iş kazalarında bunları yerine getirmekle yükümlü

⁷⁸ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 231.

⁷⁹ DEMİREL, s. 61.

⁸⁰ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 231; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 460.

⁸¹ EKMEKÇİ / YİĞİT, s. 88.

⁸² Konu hakkında bkz. DEMİREL, s. 171 vd.

⁸³ ERGÜNEŞ, s. 141; KOVANCI, Nuray, “İş Kazası Sonucu Ölüm Nedeniyle İşveren Cezai Sorumluluğunun Suçun Manevi Unsuru Bakımından Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Y. 2018, S. 11, s. 263-296, s. 274. Benzer yönde KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 203.

olan işveren ve/veya işveren vekillerinin dikkat ve özen yükümlülüklerini ihlal ettikleri açıktır. Zira işverenin işçiyi gözetme borcu bulunmaktadır⁸⁴. Bu borç gereğince işverenin iş sözleşmesi çerçevesinde çalıştırdığı işçisini koruması, işçinin menfaatleri doğrultusunda gördüğü iş dolayısıyla uğrayabileceği zararlara karşı gerekli önlemleri alması, işçinin menfaatlerini zedeleyebilecek nitelikte olan zarar verici davranışlardan kaçınması gerekmektedir⁸⁵. Yukarıda açıklandığı üzere işverenin işçiyi gözetme borcunun genel nitelikteki yasal dayanağını TBK m.417 hükmü ve iş sağlığı ve güvenliği önlemleri bakımından ayrıca İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.4 hükmü oluşturmaktadır. Ayrıca İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve ilgili mevzuatta konuya ilişkin birçok iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüğüne yer verilmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere söz konusu düzenlemeler ışığında gerek öğretilerde gerekse de yargı kararlarında işverenlerin “*mevzuatta öngörülen yükümlülüklerin yanı sıra mevzuatta öngörülmemiş, ancak bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kaldığı diğer iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almakla*” yükümlü oldukları açıkça düzenlenmiştir. İşverenlerin bu önlemleri, işveren vekilleri aracılığıyla yerine getirmeleri mümkündür. Hukuka uygun bir şekilde yetkilendirilen işveren vekilleri, işletme hiyerarşisi içinde yer almakta ve işverenin yönetim yetkisini kendilerine devredilen sınırlar içerisinde işçilere vereceği emir ve talimatlarla kullanmaktadır. Bu bağlamda kendi görev ve yetki sınırları içerisinde işveren vekilleri de işverenin işçilere karşı sahip olduğu gözetme borcunu yerine getirmekle; başka bir ifadeyle işçileri korumak ve bunun için yetkilendirildikleri iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almakla yükümlüdürler. Bu sayılan açıklamalar ışığında hukuka uygun olarak yetkilendirilen işveren vekilinin kendi yetki ve görev alanı içerisinde kalan iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine aykırı davranışının bir iş kazasının meydana gelmesinde etkisi olması halinde işveren vekilinin, objektif olarak öngörülen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışından söz edilmesi muhtemeldir⁸⁶.

Taksirin bir diğer unsuru ise dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı fiil sonucunda fail tarafından istenmeyen bir neticenin meydana gelmiş olmasıdır. İşyerlerinde meydana gelen iş kazaları bakımından işveren ve işveren vekilleri, bilerek ve isteyerek salt işçilere zarar vermek amacıyla iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine aykırı davranışlarını rastlanılması pek mümkün bir durum değildir. Bu durum işin “kaza” olma mahiyeti ile de pek bağdaşmamaktadır. Nitekim Yargıtay’ın da önüne gelen iş kazası dosyalarının neredeyse tamamında sanıkların taksirle sorum-

⁸⁴ Detaylı bilgi için bkz. ULUSAN, İlhan, Özellikle **Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1990, s. 1 vd.

⁸⁵ ULUSAN, s. 1.

⁸⁶ Benzer yönde KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 207.

luluğuna hükmetmesi ancak ağır ihmallerin ve aykırılıkların bulunduğu çok sınırlı dosyada olası kast değerlendirme yapması bu durumu desteklemektedir⁸⁷.

Taksirin bir diğer unsuru ise hareket ile sonuç arasında nedensellik bağının bulunmasıdır. Dolayısıyla işveren vekilinin kendi yetki ve görev alanına giren konulardaki aykırı davranışı ile işyerinde meydana gelen iş kazası arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir⁸⁸. Nitekim Yargıtay da işverenin, iş sağlığı ve güvenliğine aykırı davranışı ile iş kazası arasında nedensellik bağının bulunmaması halinde cezai sorumluluğun doğmayacağını kabul etmektedir⁸⁹.

Uygulamada sıklıkla karşılaşıldığı üzere çoğu zaman işyerinde bir iş kazasının meydana gelmesinde birden fazla kişinin taksirli, başka bir ifadeyle üzerlerine düşen iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine aykırı davranışı neden olmaktadır. TCK m.22/5 hükmü gereği birden fazla kişinin taksirli olarak işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olacak ve her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenecektir.

(c) İş Kazalarında Uygulanacak Taksirin Türü

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin gereği gibi alınmaması nedeniyle yaşanan iş kazalarında cezai sorumluluk değerlendirmesi yapılırken uygulanacak taksirin türünün belirlenmesi hususunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır.

Öğretideki bir görüşe göre iş kazalarının bilinçli taksirle gerçekleşebileceği kabul edilmekle birlikte bilinçli taksir uygulamasının sakınca doğurabileceği ifade edilmektedir⁹⁰. Bu görüşe göre, işyerlerinde gerçekleşen iş kazalarının büyük çoğunluğu işverenler tarafından öngörülebilecek düzeydeki basit iş kazalarıdır ve bu kazaların birçoğu birbirinin tekrarı niteliğindedir⁹¹. Bu nedenle bu

⁸⁷ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için 4, b, (b) *Kastın İş Kazasındaki Görünümü alt başlığı*.

⁸⁸ EKMEKÇİ / KÖME AKPULAT / AKDENİZ, s. 323; ÖZGENÇ, *Ceza Genel*, s. 262; ÖZDEMİR, *İSG*, s. 617; ERTÜRK / ŞAHİN EMİR, s. 122; ÖZKAN, s. 523.

⁸⁹ “çatıya branda sermesi ya da yapılan işi kontrol etmek üzere çatıya çıkması hususunda ölene herhangi bir talimat vermeyen ve çalışanları sürekli gözetlemelerine imkân bulunmayan fabrika sahibi ve işletme müdürünün iş güvenliği ve işçi sağlığı konusunda yeterli önlem alınıp alınmadığını denetlemedikleri, uyarı levhalarını gerekli yerlere astırmadıkları veya fabrikada merdiven ya da seyyar bir platform bulundurmadıkları kabul edilse bile, bu hareketleriyle meydana gelen zararlı netice arasında nedensellik bağı bulunmadığı, çatıyla ilgili doğrudan bir faaliyet göstermeyen fabrikada çatı merdiveni ya da platform bulundurulmamasının da sonuca doğrudan etkili olmadığı, meydana gelen zararlı neticeye ölenin kendi hareketiyle sebebiyet verdiği, sanıklara izafe edilebilecek herhangi bir kusur bulunmadığı,” Yargıtay CGK, 31.03.2015, E. 2013/12-654, K. 2015/75. Benzer yönde bkz. Yargıtay CGK, 18.11.2014, E. 2014/12-179, K. 2014/499, Lexpera Karar Arama Motoru, E.T. 11.08.2022.

⁹⁰ AKIN, Levent, “İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan İşveren ve İşveren Vekillerinin Cezai Sorumluluğu, s. 5 (Çevrimiçi) <https://www.slideshare.net/iGYZirve/veren-ve-veren-vekillerinin>, E.T. 24.07.2022 (İşveren Vekili).

⁹¹ AKIN, Levent, “İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenin Cezai Sorumluluğu”, *TİSK Akademi*, Y. 2008, C. 3, S. 5, s. 210-231, s. 218 (Cezai Sorumluluk).

tür olaylarda işveren veya işveren vekilinin ortaya çıkabilecek sonucu öngördükleri ancak gereken önlemleri almadıklarının kabulü uygulanabilecek cezaların sınırını aşırı şekilde artıracaktır. Zira TCK 22/3 hükmünde bilinçli taksirin varlığı halinde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine aykırılık halinde bilinçli taksirin uygulanabileceği kabul edilse de olması gerek hukuk açısından bilinçli taksirin uygulanabilirliği sınırlandırılmalıdır⁹².

Öğretideki diğer bir görüşe göre ise işverenin veya işveren vekilinin iş kazalarından doğan sorumluluğu bilinçli taksirden ziyade basit taksirden kaynaklanacaktır⁹³. Zira işverenin veya işveren vekillerinin iş kazalarından doğan sorumluluğu çoğunlukla zararlı sonuçları önlemeye yönelik kurallara uymamasından ileri gelmektedir. Ayrıca bu görüşe göre işverenin bu kuralların ihlali sonucunda bir iş kazasının meydana gelmesinde, *“işverenin bu kurallara uymamanın sonucunda bir iş kazası meydana gelebileceğini öngörmesi ancak yeteneğine güvenerek bunun olmayacağına inanması”* şeklinde bilinçli taksir yapısının uygulanması da mümkün görünmemektedir⁹⁴. Benzer yöndeki diğer bir görüşe göre ise, işverenin öngördüğü neticenin gerçekleşmeyeceği inancıyla veya neticeyi hafife almak suretiyle o işkolu ile ilgili herkesçe bilinen açık ve temel iş güvenliği tedbirlerini almayarak kazanın meydana geldiği hallerle sınırlı olarak bilinçli taksir, diğer hallerde ise basit taksir uygulanmalıdır⁹⁵.

Kanaatimizce iş kazasının meydana geldiği her durumda bilinçli taksirden bahsetmek yerinde olmayacaktır⁹⁶. Zira iş kazası sonucu ortaya çıkan her ölüm veya yaralanmada kategorik olarak bilinçli taksirin uygulanması; neticenin öngörülebilir olmasından hareketle somut durumu değerlendirmeksizin işveren veya yetkilendirilen işveren vekillerinin neticeyi öngördüğü sonucunu çıkaracaktır. Bu da gerçeğe aykırı bir cezai sorumluluk dağıtılmasına elverişli niteliktedir. Kaldı ki yukarıda açıklandığı üzere Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.4 hükümleri gereğince işverenler ve yetkilendirilen işveren vekilleri mevzuatta öngörülmemiş, ancak bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı diğer iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almakla da yükümlüdür. Ayrıca işyerlerinde yer alan iş sağlığı ve güvenliği gereklilikleri, organizasyonu ve bu konuda yetkilendirilen kişiler çoğu zaman

⁹² AKIN, *İşveren Vekili*, s. 5.

⁹³ ÖZEN / TOZMAN, s. 226.

⁹⁴ ÖZEN / TOZMAN, s. 226.

⁹⁵ MEMİŞOĞLU / ÇINAR, s. 50.

⁹⁶ ÖZDEMİR, *İSG*, s. 608.

karmaşık bir şekilde belirlenmiştir. Bu nedenlerle iş kazasının oluşumunda etkisi bulunan iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin neler olduğu ve kimler tarafından bunların yerine getirilmesi gerektiği çoğu zaman mahkemeler tarafından alınan bilirkişi raporları sonucunda belirlenmektedir. Dolayısıyla örneğin olayın gerçekleşmesinde çok küçük bir rolü olan işveren vekilinin kategorik olarak bilinçli taksirinin kabulü gerçeğe aykırı olarak işveren veya işveren vekillerinin çok daha ağır cezai yaptırımlarla karşı karşıya kalmasına neden olabilecektir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da kararlarında bilinçli taksirin sınırlı durumda uygulanması gerektiği ve genişletilmesinin sakıncalı olduğunu isabetli bir şekilde ifade etmektedir⁹⁷.

Ancak yine de ifade etmek gerekir ki, bu durum iş kazası sonucunda meydana gelen ölüm veya yaralamalarda bilinçli taksirin uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir. Zira iş kazaları bakımından bilinçli taksir uygulanmasını engelleyen bir durum da bulunmamaktadır. Bu bağlamda, işveren veya işveren vekilinin kendi üzerine düşen iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine aykırı davranışları sonucu yaşanan iş kazalarından kaynaklanan cezai sorumluluk bakımından basit taksir esas, bilinçli taksir istisna olarak kabul edilmelidir. Her somut olayda, objektif özen yükümlülüğü açısından öngörme ölçütleri iyi bir şekilde saptanarak, işveren veya işveren vekilinin aykırılık sonucu doğacak neticeyi öngörüp öngörmediği açık bir şekilde ortaya konulmalıdır⁹⁸.

Yargıtay da iş kazaları sonucunda oluşan taksirli suçlar bakımından gerek basit taksir gerekse de bilinçli taksirle failleri sorumlu tutmaktadır. Yargıtay'ın bu konuda verdiği kararlara örnek vermek gerekirse; Yüksek Mahkeme bir kararında teknik bilgi ve yeterli ekipman olmaksızın açılmış kaçak bir kömür ocağında, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin herhangi bir tedbir alınmadan ve eğitim ve kişisel koruyucu ekipman verilmeden çalıştırılan işçilerin yaşadığı iş kazasında sanıkların neticeyi öngördükleri hususunda bir tereddüt bulunmadığını ifade ederek bilinçli taksirden sorumlu tutulmaları yönünde karar vermiştir⁹⁹. Aynı şekilde Yargıtay bir başka kara-

⁹⁷ “Ancak, bilinçli taksiri geniş yorumlamak, cezanın bireyselleştirilmesi kapsamında alt sınır ve üst sınır arasında uygun bir ceza tayin etmek yerine koşulları oluşmayan durumlarda bile bu müesseseyi sanığın daha fazla ceza almasının bir aracı olarak kullanmak yasanın amacı ile bağdaşan bir durum değildir. Hangi eylemlerin objektif özen yükümlülüğüne aykırı olarak fail tarafından öngörülmesi gerektiğini tespitte oldukça hassas davranılması gerekmektedir. Aksi takdirde, birçok değişik olay üzerinden geliştirilen çeşitli içtihatlarla, zamanla tüm taksir hallerinin bilinçli taksir kapsamına sokulması sonucuna gidilir ki, bu da yasanın tanımına ve amacına aykırı hukuki değerlendirme ve sonuçların doğmasına, bu suretle ceza adaletinde eşgüdümün zedelenmesine neden olur. Bu nedenle, her somut olayda, objektif özen yükümlülüğü açısından öngörme ölçütlerinin iyi saptanması gerekir.” Yargıtay CGK, 03.07.2012, E. 2011/499, K. 2012/271, Lexpera Karar Arama Motoru, E.T. 11.08.2022.

⁹⁸ ÖZDEMİR, İSG, s. 609.

⁹⁹ Yargıtay 12.CD, 25.04.2016, E. 2016/4253, K. 2016/7101, Lexpera Karar Arama Motoru, E.T. 11.08.2022.

rında, çok tehlikeli iş sınıfında yer alan elektrik işi ile ilgili diploma ve mesleki eğitim belgesi bulunmayan işçiyi elektrik teknisyeni olarak çalıştıran sanık hakkında bilinçli taksir uygulanması gerektiği yönünde karar vermiştir¹⁰⁰. Yargıtay başka bir kararında işyerinde güvenli bir iş ortamı, çalışmaların mevzuata uygun yapılmasını sağlamaya yönelik etkin bir kontrol ve denetim mekanizması oluşturmayan ve yasak olmasına rağmen 12 yaşındaki çocuğu ağır ve tehlikeli sınıftaki işte, vasıfsız ve sigortasız olarak çalıştıran sanığın meydana gelen iş kazasından bilinçli taksir ile sorumlu olacağı yönünde karar vermiştir¹⁰¹. Ayrıca Yüksek Mahkeme 301 işçinin hayatını kaybettiği Soma Maden Kazasına ilişkin verdiği kararında şirket yönetim kurulu üyesi sanığı basit taksirle sorumlu tutan ilk derece mahkemesi ve BAM kararının “*her ne kadar Akhisar Ağır Ceza Mahkemesi ve İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 14. Ceza Dairesinin bilinçli taksir uygulamasına esas kabul ettiği “S panosunda ikinci hava yolu galerisi açılması projesinin hayata geçirilmeden S panosunda üretimin sürdürülmesi hususunda sanık ...’ın kusurlu bir eyleminin bulunduğu dair her hangi bir delile rastlanmadığı” gerekçesiyle sanık hakkında bilinçli taksir hükümleri uygulanmamış ise de; sanığın kusurlu eylemleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, devraldığı ocaktaki yangın riskinin yüksek olduğunu bildiği, buna rağmen ocaktaki üretim miktarına odaklanarak üretilen ... miktarını 2.5 katına çıkarılmasını sağladığı, ocaktaki riski bizzat artıran eylemlerine karşılık, iş güvenliği önlemleri ve ocağın alt yapısının iyileştirilmesine ilişkin herhangi bir girişimde bulunmadığı, bilinçli taksir uygulamasına konu edilen S panosunda ikinci hava galerisinin yapılması hususunun öngörülebilir neticeyi engelleyici tedbirlerden yalnızca biri olduğu ve suçun manevi unsurunun belirlenmesinde tek başına ele alınamayacağı, bunun dışında yukarıdaki bölümde aktarıldığı üzere, her biri ayrı ayrı öngörülen neticenin ortaya çıkmasını önleyici güce sahip tedbirlerin sanık tarafından bilinmesine rağmen bir yönetim politikası olarak gerçekleştirilmediği, böylelikle devraldığı ocaktaki yangın riskinin yüksek olduğunu bilerek ocakta havalandırmaya dair gerekli teknik alt yapıyı oluşturmadan, havalandırmaya hususunda yatırım yapmadan ve iş güvenliği önlemleri almadan, aynı havalandırma planı üzerinden salt mekanizasyona dayalı üretimde ısrar ederek üretimin arttırılmasını hedefleyen, üretim zorlaması olarak adlandırılan kusurlu hareketi; aldığı karar, verdiği talimat ve oluşturduğu işletme politikası ile bizzat ortaya çıkaran sanığın eyleminde bilinçli taksirin*

¹⁰⁰ “bu kapsamda dosya içeriğine göre öleni, çok tehlikeli iş sınıfında yer alan elektrik işi ile ilgili diploma ve mesleki eğitim belgesi bulunmamasına rağmen elektrik teknisyeni olarak çalıştıran sanık hakkında koşulları oluşması sebebiyle TCK’nın 22/3. maddesi gereğince bilinçli taksir hükümlerinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi;” Yargıtay 12. CD., 17.11.2021, E. 2020/1413 K. 2021/8051, Lexpera Karar Arama Motoru, E.T. 11.08.2022.

¹⁰¹ Yargıtay 12. CD, 27.04.2015, E. 2014/17398, K. 2015/6786, Lexpera Karar Arama Motoru, E.T. 11.08.2022.

koşullarının oluştuğunun gözetilmeksizin basit taksir hükümleri gereği mahkumiyetine karar verilmesi” bozma nedeni olarak kabul etmiştir¹⁰².

Yargıtay yukarıda gösterilen kararlarına bakıldığında, işletmenin tehlikeliği, iş kazasına neden olan aykırılığın türü, ağırlığı, niteliği ve önemi gibi konulardan hareketle sanığın istenmeyen neticeyi öngörüp öngörmediği yönünde değerlendirme yaptığı görülmektedir.

b. Kast Kavramı ve İş Kazalarında Uygulanması

(a) Kast Kavramı ve Türleri

Kast kavramı, Türk Ceza Kanunu m.21/1’de “*suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*” olarak tanımlanmıştır. Buna göre, kastın varlığı için “*suçu oluşturan fiilin kanunî tanımında yer alan unsurların bilinmesi*” (bilme unsuru) ve “*bunların istenmesi*” (isteme unsuru) unsurlarının bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir. Fail suçun kanunî tanımında yer alan maddi unsurları bilerek ve isteyerek hareket ediyorsa bu durumda failin doğrudan kastı söz konusudur¹⁰³. Ayrıca failin, gerçekleştirmek istediği neticeye zorunlu olarak bağlı neticeleri öngördüğü hallerde, bu zorunlu yan neticeler bakımından da yine doğrudan kastı bulunduğu ifade edilmektedir¹⁰⁴.

Olası kastın tanımına ise TCK m.21/2’de, “*kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi hali*” şeklinde yer verilmiştir. Doğrudan kast ile olası kast arasındaki en temel fark “isteme unsuru”dur. Failin suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, hareketine devam etmesi ve fiilin olası sonuçlarını göze alması/kabullenmesi halinde olası kastı söz konusudur¹⁰⁵. Buna göre, eğer fail hareketinin belirli bir neticeyi meydana getirebileceğini öngörmesine rağmen, bu hareketi yapmaktan kaçınmamışsa, “*olursa olsun*” kabul edilmesiyle hareket etmişse olası kasttan söz edilecektir¹⁰⁶.

Bilinçli taksirle olası kast birbirlerine çok yakındır. Bu ikisi arasındaki fark, olası kastta fail sonucu hedef almamakla birlikte sonucun meydana gelme tehlikesini göze almaktayken (kabullenmekteyken); bilinçli taksirde, öngördüğü ve mümkün gözükten sonucun gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket etmektedir¹⁰⁷.

¹⁰² Yargıtay 12. CD, 18.1.2021, E. 2021/744 K. 2021/307, Lexpera Karar Arama Motoru, E.T. 11.08.2022.

¹⁰³ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 399; ÖZGENÇ, *Ceza Genel*, s. 243.

¹⁰⁴ HAKERİ, *Ceza Genel*, s. 234; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 400-401; ÖZGENÇ, *Ceza Genel*, s. 243.

¹⁰⁵ ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 401; ÖZGENÇ, *Ceza Genel*, s. 244-245.

¹⁰⁶ HAKERİ, *Ceza Genel*, s. 235; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 401.

¹⁰⁷ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 178-179; AKIN, *İşveren Vekili*, s. 4-5.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında bu ayrımın ne şekilde yapılması gerektiğini kavramları da açıklayarak göstermiştir: “*Bilinçli taksir ile olası kast bir yere kadar aynı yolu izleyen ve bir noktadan sonra birbirlerinden ayrılan iki kavramdır. İki kavram da aslında aynıymış gibi gözükse de birbirinden tamamen farklı anlamlar taşımaktadır. Kastın kabulü için neticenin bilinmiş ve istenmiş olması gerekir. Bilinçli taksirde de fail, hareketinin hukuka aykırı bir netice meydana getirebileceğini ön görmektedir. Buraya kadar iki kavram birbirine benzemekte, ayrılık ise bu noktadan itibaren başlamaktadır. Bilinçli taksirde fail neticenin meydana gelmeyeceği kanısında olmakla beraber neticenin meydana gelmesini istemez ve bunun yanı sıra gerçekleşmemesi için elinden geleni yapar. Gerçekleşme imkanının ve ihtimalinin varlığını kabul durumunda ise hareketi yapmaktan kendiliğinden vazgeçer. Diğer bir ifade ile izah etmemiz gerekir ise fail, bilinçli taksirde neticenin gerçekleşmemesine gereken önemi verir ve bu hususu ciddiye alır. Neticenin gerçekleşmeyeceği arzusu, düşüncesi ve beklentisi içerisindedir. Olası kastta ise fail hareketinin hukuka aykırı netice meydana getirebileceğini öngörmekle beraber meydana gelmesi mümkün ve muhtemel netice onu hareketi yapmaktan alkoymaz. Başka bir ifade ile açıklamamız gerekir ise tasavvur edilen neticenin meydana gelmesi halinde fail bu neticeyi zaten kabullenmiş olmaktadır. Sonuç olarak failin, neticenin meydana gelebileceğini düşündüğü ve öngördüğü, bu neticenin gerçekleşme imkan ve ihtimalinin varlığı karşısında hareketinden vazgeçmemekte ise olası kastının var olduğu kabul edilmelidir. Buna karşılık neticenin meydana gelme ihtimaline karşılık fail hareketini yapmayacaktı diyebileceğimiz hallerde ise fail kasıtlı değil bilinçli taksirle hareket etmiştir diyebiliriz.*”¹⁰⁸

(b) Kastın İş Kazasındaki Görünümü

İşveren veya yetkilendirdiği işveren vekillerinin işyerinde çalışan işçilerin ölmesi veya yaralanması sonucunu yaratmak amacıyla iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almayarak iş kazasına neden olması şeklinde bir doğrudan kast görünümü iş kazaları bakımından neredeyse imkânsızdır. Nitekim Yargıtay kararları incelendiğinde doğrudan kast değerlendirilmesi yapılan bir karar ile karşılaşılmaması bu durumu gösterir niteliktedir.

Burada tartışılması gereken durum işveren veya yetkilendirdiği işveren vekillerinin yerine getirmekle yükümlü olduğu iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini yerine getirmemeleri sonucunda işyerinde bir iş kazası olabileceğini öngörmekle birlikte; bunların iş kazasının gerçekleşmesini göze alması/kabullenmesi şeklindeki olası kastın iş kazası bakımından uygulama bulup bulmayacağıdır. Öğretide bu şekilde

¹⁰⁸ Yargıtay CGK, 28.05.2019, E. 2018/451, K. 2019/456, Lexpera Karar Arama Motoru, E.T. 11.08.2022.

bir olası kast uygulamasının iş kazaları bakımından son derece istisnai olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁹. Zira hiçbir işveren veya işveren vekilinin, işçilerin karşı karşıya kaldıkları risk ve tehlikeleri öngördükten sonra bunlara kayıtsız kalarak iş kazasının gerçekleşmesini göze alacağı düşünülemez¹¹⁰. Ancak iş kazasının gerçekleşmeyeceğine inanarak hareket eden işveren ya da vekilinin bu şekilde inancını haklı gösterecek koşullar yoksa olası kasttan söz edilebileceği kabul edilebilecektir¹¹¹. Zira iş kazasının gerçekleşmeyeceğine inanarak hareket eden işveren ya da vekilinin haksızlığının bilinçli taksir düzeyinde kalabilmesi, ancak yetenek ve deneyim gibi bu inançlarını haklı gösterecek koşulların varlığı halinde mümkündür¹¹².

Yargıtay'ın da konuya ilişkin verdiği kararlara bakıldığında iş kazaları bakımından olası kast değerlendirmesinin çok sınırlı olayda yapıldığı görülmektedir¹¹³. Bu kararlara bakıldığında olayların birbirlerine oldukça benzediği görülmektedir. Kararlara konu işyerlerinin maden ocağı olduğu; bu maden ocaklarında grizu patlaması yaşandığı, yaşanan iş kazası sonucunda çok sayıda işçinin öldüğü veya yaralandığı; çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri olmalarına rağmen işyerlerinde bu iş kazasını ve ağır sonuçları ortadan kaldırmaya yönelik gerekli ve yeterli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmadığını ve bu konuda yapılan ikaz ve denetimlere rağmen gerekli önlemlerin alınmasına yönelik bir çalışma gösterilmediği görülmektedir. Bu nedenle Yargıtay'ın olası kast değerlendirmesi yaparken kaza yaşanan işyerinin ve kazanın niteliği, ihlallerin ağırlığı ve olayın toplum nezdindeki öneminden hareket ettiği söylenebilecektir¹¹⁴.

(c) Kasten Öldürme ve Yaralamanın İhmali Davranışla İşlenmesi Suçu ve İş Kazaları Bakımından Uygulanabilirliği

İhmali davranış, kaynağını davranış normlarından ve dolayısıyla, hukuk kurallarından alan belli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, hareketsiz kalınması şeklinde ortaya çıkmaktadır¹¹⁵. İhmali bir suçtan

¹⁰⁹ ÖZDEMİR, İSG, s. 615; AKIN, Cezai Sorumluluk, s. 219; ÖZKAN, s. 540; SARIBAY ÖZTÜRK, s. 358.

¹¹⁰ AKIN, Cezai Sorumluluk, s. 219.

¹¹¹ AKIN, Cezai Sorumluluk, s. 219; SARIBAY ÖZTÜRK, s. 358; AVCI, s. 153.

¹¹² AKIN, Cezai Sorumluluk, s. 219; SARIBAY ÖZTÜRK, s. 358; AVCI, s. 153.

¹¹³ Yargıtay 12. CD., 30.9.2020, E. 2020/200, K. 2020/4732; Yargıtay 12. CD., 24.01.2019, E. 2017/11896, K. 2019/1208; Aynı Daire, 14.11.2013, E. 2012/21104, K. 2013/25712, Lexpera Karar Arama Motoru, E.T. 11.08.2022.

¹¹⁴ Büyük ve sansasyonel olayların yargıyı etkilediğini ve kamu vicdanını tatmin etmek amacıyla hukuk sınırlarının aşıldığı yönündeki haklı eleştiri için bkz. ÖZDEMİR, İSG, s. 615.

¹¹⁵ ÖZGENÇ, İzzet, "İhmali Suç Teorisi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2021, C. 25, S. 4, s. 303-378, s. 305 (İhmali Suç); KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 391.

bahsedilebilmesi için sadece failin hareketsiz kalması değil, ayrıca bu hareket-sizliğin kanunda suç olarak yer alması gerekmektedir¹¹⁶.

Emredici norma aykırı davranılmasıyla işlenen ihmali suçlar¹¹⁷ öğretilerde gerçek ihmali suçlar ve görünüşte ihmali suçlar¹¹⁸ olarak iki kategoride değerlendirilmektedir¹¹⁹. Gerçek ihmali suçlar, kişinin kanunda tanımlanan icrai davranışı kasten yapmamasıyla ortaya çıkar ve bu suçlarda fail salt bu davranışı gerçekleştirmediği için cezalandırılmaktadır. Ayrıca suçun gerçekleşmesi için neticenin de gerçekleşmesi şartı aranmaz¹²⁰. Gerçek ihmali suçlara, TCK 257/2’de yer alan görevin ihmali suretiyle kötüye kullanılması suçu örnek olarak gösterilebilir¹²¹.

Görünüşte ihmali suçlar kişinin koruma ve gözetim yükümlülüğünü, belirli bir konuya ilişkin tehlikenin önlenmesi yükümlülüğünü kasten yerine getirmemesi sonucunda oluşan neticeden dolayı ceza hukuku anlamında sorumlu tutulduğu suçlardır¹²². Görünüşte ihmali suçlar, esasında icrai davranışla işlenebilen suçlardır; ancak kişi belli bir neticenin gerçekleşmesini önlemek hususunda özel bir yükümlülük altında bulunduğu hallerde bunun oluşumunu engellememiş olması durumunda ihmali davranışla bir suç işlemiş kabul edilmektedir¹²³. Bu bağlamda TCK m.83’te düzenlenen kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu, görünüşte ihmali suçlar arasındadır¹²⁴.

TCK m.83/1’de meydana gelen ölüm bakımından da vurgulandığı üzere, kişinin yerine getirmekle yükümlü olduğu, başka bir anlatımla garanti yükümlülüğü altında bulunan davranışı gerçekleştirmemesi nedeniyle meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilmesi için söz konusu yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması zorunludur. Kanunda TCK m.83 kapsamında ihmalin ne zaman icrai davranışa eşdeğer olacağı da gösterilmiştir. Buna göre ihmalin icrai davranışa eşde-

¹¹⁶ PALUT, Adem, **Kasten Adam Öldürme Suçu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 546.

¹¹⁷ İhmali suçlar teorisi hakkında ayrıntılı bilgi almak için bkz. ÖZGENÇ, **İhmali Suç**, s. 305 vd.

¹¹⁸ Öğretilerde görünüşteki ihmali suçlar yerine “garantörsel ihmali suçlar”, “gerçek olmayan icrai suçlar” gibi başka kavramlar da kullanılmaktadır. Bunlar hakkında bkz. HAKERİ, Hakan, **Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83**, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, (Kasten Öldürme), s. 76; ERBAŞ, Rahime, **Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 10-17.

¹¹⁹ PALUT, s. 549.

¹²⁰ KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 395; ARTUK / GÖKCEN / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 328; HAKERİ, **Kasten Öldürme**, s. 77; PALUT, s. 549.

¹²¹ HAKERİ, **Ceza Genel**, s. 166.

¹²² ÖZGENÇ, **Ceza Genel**, s. 395; KOCA / ÜZÜLMEZ, s. 397 vd.; PALUT, s. 550.

¹²³ ÖZGENÇ, **İhmali Suç**, s. 308.

¹²⁴ PALUT, s. 550. Bu yönde bkz. Yargıtay CGK, 09.12.2014, E. 2014/12-103, K. 2014/552, Lexpera Karar Arama Motoru, E.T. 11.08.2022.

ger olabilmesi için, “belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması” ve “önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturmaması” gerekir. Bu durum TCK m.88 “kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi” suçu bakımından da aynen kabul edilmiştir.

İşverenler veya işveren vekillerinin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaması ihmali şekilde gerçekleştirilmektedir. Ancak bu durumda TCK m.83 ve TCK m.88 hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Öğretideki bir görüşe göre bu hükümle amaçlanan öldürme kastının ihmali bir davranışla gerçekleştirilmesi olduğundan işveren veya işveren vekilinin belli bir işçiyi öldürmek amacıyla iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaması örneği dışında bu hükmün uygulanması mümkün değildir¹²⁵. Öğretideki diğer bir görüşe göre ise, işveren veya işveren vekilinin ihmali davranışının icrai nitelikteki bir davranışa eşdeğer olması halinde TCK m.83 ve TCK m.88 hükümlerinin uygulanması mümkündür¹²⁶.

Kanaatimizce her ne kadar olası kast iş kazaları bakımından istisnai durumlarda söz konusu olsa da işveren veya yetkilendirdiği işveren vekilinin, iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine aykırı davranışı sonucu ölümlü veya yaralanmalı iş kazası meydana gelirse TCK m.83 ve TCK m.88 hükümlerine göre sorumlu tutulması mümkündür. Zira gerek TBK m.417 gerekse de başta İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve ilgili mevzuat ile işveren ve işveren vekilinin kendi hâkimiyet ve yetki alanlarında bulunan risk ve tehlike kaynaklarına karşı önlem alma yükümlülüğü getirilmiştir¹²⁷. Bu bağlamda işveren ve yetkilendirdikleri işveren vekilleri iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak için her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri eksiksiz bir şekilde bulundurmakla yükümlüdürler. Bu nedenle işveren veya işveren vekillerinin garantör sıfatına sahip oldukları ve iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini yerine getirme yükümlülüklerine aykırı davranışları nedeniyle sorumlu olacakları kabul edilmelidir¹²⁸. Ayrıca bu kişilerin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine aykırı davranışları sonucunda iş kazasıyla karşı karşıya kalan işçilerin hayatlarıyla ilgili tehlikeli bir durum da oluşmaktadır. Dolayısıyla işveren

¹²⁵ AKIN, **Cezai Sorumluluk**, s. 220; SARIBAY ÖZTÜRK, s. 367; ERDOĞAN, s. 174-175. Bu görüşü savunan Akın'a göre işveren veya işveren vekilinin kazaya uğrayan işçiyi tedavi için sağlık kuruluşuna götürmemesi durumunda TCK m.83 kapsamında sorumluluk doğabilecektir. AKIN, **İşveren Vekili**, s. 7.

¹²⁶ HAKERİ, **Kasten Öldürme**, s. 98-99; PALUT, s. 583; AYDINLI, s. 464-465; ERTÜRK / ŞAHİN EMİR, s. 126; OCAK, s. 211; NARTER, **Sorumluluk**, s. 260; ERGÜNEŞ, s. 151; AKBULUT, s. 26-27.

¹²⁷ Egemenlik durumundan kaynaklanan önleme yükümlülüğü bulunan diğer haller için bkz. HAKERİ, **Kasten Öldürme**, s. 96-100; PALUT, s. 583-584.

¹²⁸ HAKERİ, **Kasten Öldürme**, s. 98-99; ERBAŞ, s. 400-401.

veya yetkilendirilen işveren vekillerinin üstlendikleri iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine aykırı davranışlarının iş kazasına sebebiyet vereceğini öngörmekle birlikte bunu göze alması/kabullenmesi sonucu işyerinde bir iş kazası ortaya çıkmışsa; burada kanundan doğan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüklerini yerine getirmeyen işveren veya işveren vekillerinin TCK m.83 hükmü gereği olası kastla kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçundan; ve TCK m.88 hükmü gereği olası kastla kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçundan cezalandırılabilmesi kanaatindeyiz.

SONUÇ

Cezaların şahsiliği ilkesi gereği, işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin, işletmenin yönetiminde görev alan işveren vekilleri, görev ve yetki alanları kapsamında kalan iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine aykırı davranışlarından kaynaklanan iş kazası veya meslek hastalığından dolayı cezai anlamda sorumlu olabileceklerdir.

Bu durumun işverenler tarafından kötüye kullanılarak gerekli niteliğe ve yetkiye sahip olmayan kişilerin görünüşte işveren vekili olarak atanmasının işverenin cezai sorumluluğunu bertaraf etmek amacıyla kullanılmasının engellenmesi adına öğretici görüşleri doğrultusunda ve yargı uygulaması sonucunda işveren vekilinin cezai sorumluluğunun doğabilmesi belli şartların birlikte gerçekleşmesine bağlanmıştır. Buna göre, işveren vekilinin cezai sorumluluğunun doğabilmesi için işverenin işin gerektirdiği teknik, hukuki veya idari bilgi ve yeterliliği dikkate alarak işveren vekili olarak atanacak kişiyi seçmesi ve bu kişiye yaşanabilecek iş kazası ve meslek hastalığını önleyebilecek şekilde gerekli hukuki otorite ve yönetim yetkisini, başka bir ifadeyle emir ve talimat verme yetkisi ile bağımsız bir şekilde bunları denetleme yetkisini içeren bir yetki devri yapması gerekmektedir. Ancak bu şartların varlığı da tek başına cezai sorumluluk için yeterli kabul edilmeyip somut olayın şartları birlikte değerlendirilerek sonuca gidilmelidir.

İşveren vekilinin, görev ve yetki alanında meydana gelen iş kazası veya meslek hastalığının gerçekleşmesinde haksızlığının, başka bir deyişle kast veya taksirinin bulunması halinde cezai sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Bu bağlamda meydana gelen iş kazası veya meslek hastalıklarının büyük kısmı, işveren vekilinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışı nedeniyle öngörülebilir olan ancak kendisi tarafından öngörülemeyen veya öngörülmesine rağmen gerçekleşmeyeceğine inanılan neticeler olduğundan işveren vekilinin cezai sorumluluğunun büyük çoğunlukla taksirli olduğu söylenebilecektir. Ancak cezai sorumlulukta asıl olanın kast, taksirin ise istisna olduğundan hareketle ancak kanunun taksirle işlenebileceğini öngördüğü suçlar bakımından taksirli sorumluluğun söz konusu olabileceği

dikkate alınmalıdır. Öğretide bilinçli taksirin iş kazası bakımından uygulama bulup bulmayacağı konusunda görüş ayrılıkları bulunsa da, mevcut hukuk sistemimizde, iş kazalarında bilinçli taksir hükümlerinin uygulanmayacağı yönünde bir hüküm de bulunmadığı dikkate alındığında işveren vekilinin bilinçli taksirle sorumluluğunun söz konusu olabileceği kanaatindeyiz. Ancak daha ağır sorumluluk öngören bilinçli taksir uygulaması genişletilmemeli, basit taksir asıl, bilinçli taksir istisna kabul edilerek her somut olayda, objektif özen yükümlülüğü açısından öngörme ölçütleri iyi bir şekilde saptanarak, işveren veya işveren vekilinin aykırılık sonucu doğacak neticeyi öngörüp öngörmediği açık bir şekilde ortaya konulmalıdır. İşveren veya işveren vekilinin meydana gelen iş kazasından dolayı olası kastla sorumlu olup olmayacağı tartışmalıdır. Ancak öğretilerde, olası kastın, iş kazaları bakımından son derece istisnai olarak uygulanabileceği kabul edilmektedir. Yargıtay'ın bu konuda verdiği kararlarına bakıldığında, olası kast kapsamında değerlendirilen her iki işyerinin de maden ocağı olduğu, kazanın grizu patlaması olduğu, benzer bir şekilde her türlü ikaz ve denetime rağmen önlemler alınmadığı ve ciddi iş sağlığı ve güvenliği ihlallerinin bulunduğu görülmektedir. Dolayısıyla olası kast değerlendirmesi yapılırken çok büyük ve spekülatif olayların da yargıyı etkilediği ve kamu vicdanını tatmin etmek amacıyla hareket edildiği söylenebilecektir.

Ancak işveren vekilinin gerek kastı gerekse de taksirinin bulunduğu durumlarda cezai anlamda sorumluluğunun doğabilmesi için meydana gelen iş kazası ile işveren vekilinin aykırı davranışı arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Zira bir insanın davranışı ile hiçbir ilişkisi bulunmayan bir dış değişiklik veya bu davranışı olmasaydı dahi yine de gerçekleşecek olan bir olay, söz konusu davranışı yapanın eseri sayılamaz ve o kişiye yüklenemez.

İşveren vekilinin, görev ve yetki alanı kapsamında kalan iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerine aykırı davranışı sonucunda meydana gelen iş kazalarından daha çok öldürme ve yaralama suçları meydana gelecektir. İşveren veya işveren vekilinin iş kazalarından dolayı olası kastının söz konusu olabileceği kabul edildiğinde TCK m.83 “kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesi” suçunun iş kazaları bakımından uygulama alanı bulup bulamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. İşveren ile yetki alanlarında ve yetkileri doğrultusunda işveren vekillerinin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerini alma bakımından garantör sıfatına sahip oldukları ve bu önlemlerin alınmamasından dolayı sorumlu olacakları kabul edilmelidir. Bu bağlamda işveren veya işveren vekillerinin, işçilerin ölümüne veya yaralanmasına sebebiyet verebileceğini öngörmelerine rağmen bunu göze alarak kanundan kaynaklanan bu yükümlülüklerini yerine getirmemesi sonucu yaşanan iş kazasından kaynaklı ölümlerde, failin davranışlarının, TCK m.83 bağlamında icrai davranışa eşdeğer olduğu söylenebilecektir.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA / REFERENCES

- AKBULUT, Berrin, “İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülüğü Bulunan Kişiler ve Bu Kişilerin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Cezai Sorumlulukları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 2018, C. 13, S. 143, s. 14-30.
- AKIN, Levent, “İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşverenin Cezai Sorumluluğu”, **TİSK Akademi**, Y. 2008, C. III, S. 5, s. 210-231 (Cezai Sorumluluk).
- AKIN, Levent, “İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan İşveren ve İşveren Vekillerinin Cezai Sorumluluğu, (Çevrimiçi) <https://www.slideshare.net/iGYZirve/veren-ve-veren-vekillerinin>, E.T. 24.07.2022 (İşveren Vekili).
- ARTUK, M. Emin / GÖKCEN, Ahmet / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- AVCI, Mehmet Serhat, **İşverenin İş Kazasından Doğan Cezai Sorumluluğu**, Tekbel Yayın, İstanbul, 2018.
- AYDINLI, İbrahim, **İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuk ve Cezai Sorumluluk (Yargı Kararları ve İlgili Mevzuat)**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015.
- BAŞTERZİ, Süleyman, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2018**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- BIYIKLI, Hasan, **Sosyal Ceza Hukuku: İşçinin Ceza Yoluyla Korunması**, Gazi Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1983.
- ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat / ÖZKARACA, Ercüment, **İş Hukuku Dersleri**, 34. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.
- DEMİRCİOĞLU, A. Murat, **Ulusal ve Uluslararası Hukukta İş Güvenliği Uzmanlığı**, Beta Yayınları, İstanbul, 2006.
- DEMİREL, Muhammed, **Çifte Özen Anlayışı Çerçevesinde Taksirli Suçtan Doğan Ceza Sorumluluğu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.
- EKMEKÇİ, Ömer / KÖME AKPULAT, Ayşe / AKDENİZ, Ayşe Ledün, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

- EKMEKÇİ, Ömer / YİĞİT, Esra, **Bireysel İş Hukuku Dersler**, 3. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ERBAŞ, Rahime, **Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- ERDOĞAN, Çağla, **İşveren ve İşveren Vekilinin İş Kazasından Doğan Cezai Sorumluluğu**, Yetkin Yayınları Ankara, 2016.
- ERGÜNEŞ, Seda, “İşveren Vekilinin İş Kazasından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu”, **Legal İSGHD**, Y. 2013, C. X, S. 39, s. 137-162.
- ERTÜRK, Şükran / ŞAHİN EMİR, Asiye, “6331 Sayılı Kanun Açısından İşveren Vekili Kavramı ve İşveren Vekilinin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu”, **Legal İSGHD**, Özel Sayı: Prof. Dr. Fevzi Demir’e Armağan, Nisan 2016, s. 101-134.
- HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019 (Ceza Genel).
- HAKERİ, Hakan, **Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83**, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.
- KOCA, Mahmut / ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.
- KOVANCI, Nuray, “İş Kazası Sonucu Ölüm Nedeniyle İşverenin Cezai Sorumluluğunun Suçun Manevi Unsuru Bakımından Değerlendirilmesi”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y. 2018, S. 11, s. 263-296.
- MEMİŞOĞLU, S. Özgür / ÇINAR, Çağatay, “İşverenin İş Kazasından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğu”, **Legal İSGHD**, Y. 2012, C. 9, S. 33, s. 31-70.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş, **İş Hukuku**, 7. Bası, Lykeion Yayınları, Ankara, 2022.
- NARTER, Sami, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukunda İdari, Cezai ve Hukuki Sorumluluk**, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018 (Sorumluluk).
- NARTER, Sami, “İş Kazaları ve Meslek Hastalıklarında Tüzel Kişi Organı Olarak Ortak İşverenin Cezai Sorumluluğu”, **Gazi İİBF Dergisi**, Y. 2015, C. 17, S. 2, 2015, s. 229-266 (Tüzel Kişi).
- ÖZDEMİR, Erdem, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020 (Ders Kitabı).
- ÖZDEMİR, Erdem, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014 (İSG).
- ÖZEN, Muharrem / TOZMAN, Önder “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Işığında İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Ceza Sorumluluğu”, **Sicil İHD**, Y. 2008, S. 10, s. 214-236.

- ÖZGENÇ, İzzet **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021 (Ceza Genel).
- ÖZGENÇ, İzzet, “İhmalî Suç Teorisi”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2021, C. 25, S. 4, s. 303-378, s. 305 (İhmalî Suç).
- ÖZKAN, Halid, İş Kazalarından Doğan Ceza Sorumluluğunda Kusur Tespiti” **GÜHFD**, Y. 2016, C. 20, S. 15, 2016, s. 511-571.
- PALUT, Adem, **Kasten Adam Öldürme Suçu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- OCAK, Saim, **İş Güvenliği Uzmanlığı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- SARIBAY ÖZTÜRK, Gizem, **İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları**, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.
- SÜMER, Haluk Hadi, **İş Kazası Halinde İşveren Vekilinin Hukuki Sorumluluğuna İlişkin Bir Yargıtay Kararı Üzerine**, Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 318-327 (İşveren Vekili).
- SÜMER, Haluk Hadi, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, 5. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- SÜZEK, Sarper, **İş Hukuku**, 21. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.
- ULUSAN, İlhan, **Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1990.
- YILMAZ, Alper, **İşveren Vekilinin İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Bakımından Sorumluluğu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.