



ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

Hakemli Makaleler

**Türk Borçlar Hukukunda İfaya Eklenen
Ceza Koşulu**
Fatih GENÇ

**Ceza Adaleti Sistemimizin En Önemli
Yanlış Uygulamalarından Biri Olarak
Cinsel İstismar Kapsamında Değerlendirilen
Akran Cinselliği**
Av. Prof. Dr. Hakan KARAKEHYA

**Michel Foucault ve
Cezaevlerinde Tek Tip Kıyafet Üzerine**
Tolgahan SEVEN ve Av. Ebru ÖZKAN

**Doğuma Bağlı İzinler ve
Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması**
Av. Gizem Meral KILINÇ

**Ödeme Emrinin Tebliğinden Önce
Borca İtiraz**
Av. Kerim Görkem GÖKKAYA

**Uluslararası Ceza Yargılamalarında
İnsanlığa Karşı Suçlar ve Soykırım Suçu**
Dr. Rabia Beyza İNAN

**Ceza Yargısı Duruşmalarında Ses ve
Görüntü Kaydı Alınmasının Aleniyet
İlkesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi**
Av. Ahmet Haşım ALAGÜNEY

**Örnek Bir Anayasa Mahkemesi Kararı
Üzerinden Anayasa Madde 90/5'in
Uygulama Alanının İncelenmesi**
Av. Recep Mete AYTEKİN

Makaleler

Sosyal Medyanın Bilişim Suçlarına Etkisi
Av. Murat Osman KANDIR

**Yasa Değişikliği Sonrasında Bozmadan Sonra
İslah Kurumu**
Av. İlhami AKAN

**Özel Hastane ile Hasta Arasındaki
Sözleşmenin Hukuki Niteliği**
Av. Ahmet SEYHAN

**Prof. Dr. Orhan Oğuz Hocanın
Aziz Hatırasına**
Av. Mustafa Serhat KAŞIKARA

Karar İncelemeleri

**Tüketici Senetlerinde Nama Yazılı Olmama Dair
Geçersizliğinin Takip Alacaklısına Karşı İleri
Sürülebilirliğine Dair Karar İncelemesi**
Av. Kadir Oğuzhan KARAGÖZ

**PSEG v. Türkiye ICSID Hakem Heyeti
Kararı İncelemesi**
Av. M. Mustafa DEMİR

Av. Aydın Ünlüce ve Av. Cemre Parmaksız anısına...



ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

Altı Aylık Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın

2023 Tüm Hakları Saklıdır. ISSN 1305-7731

Dergide ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir.

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

Sahibi Eskişehir Barosu Adına

Av. Mustafa ELAGÖZ

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Av. Faruk GÜNHAN

Editör

Av. Samet SARIKAYA

Editör Yardımcısı

Av. Hilal Sabire APAYDIN

Dil ve Yazım Editörü

Av. Gaye ARSLAN

Yayın Kurulu Üyeleri

Av. Sencer ÇELEN

Av. Eylem KARACASU

Av. Özlem SUT DOLMUŐ

Av. Kerem BAĞCI

Av. Selin ÖZDEMİR ALTUĞ

Av. Gülsüm ERASLAN

Av. Uğur Can KALYONCU

Danışma Kurulu

Prof. Dr. Berrin AKBULUT

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Elif UZUN

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Esra YAKUT

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Gökhan GÜNEYSU

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan KARAKEHYA

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamide ZAFER

Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selman KARAKUL

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Ahmet KARAKOCALI

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Bülent YÜCEL

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Duygu ÖZER SARITAŞ

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU

Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk fakültesi

Doç. Dr. Koray DOĞAN

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışma Kurulu

Doç. Dr. Nilüfer BORAN GÜNEYSU

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Reşit KARAASLAN

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Sabiha Gökçe CANARSLAN KARAKUL

Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Aziz Erman BAYRAM

Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Gözde ÇAĞLAYAN AYGÜN

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Hatice Derya ORMANOĞLU

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Olcay IŞIK

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Ozan Ercan TAŞKIN

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Özge ÖZSOY

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İÇİNDEKİLER

Av. Aydın Ünlüce'nin Özgeçmişi.....	VII
Av. Cemre Parmaksız'ın Özgeçmişi.....	VIII
Başkanın Sunuş Yazısı.....	IX
Av. Mustafa ELAGÖZ	

Hakemli Makaleler

Türk Borçlar Hukukunda İfaya Eklenen Ceza Koşulu.....	1
Fatih GENÇ	
Ödeme Emrinin Tebliğinden Önce Borca İtiraz.....	32
Av. Kerim Görkem GÖKKAYA	
Ceza Adaleti Sistemimizin En Önemli Yanlış Uygulamalarından Biri Olarak Cinsel İstismar Kapsamında Değerlendirilen Akran Cinselliği.....	47
Av. Prof. Dr. Hakan KARAKEHYA	
Uluslararası Ceza Yargılamalarında İnsanlığa Karşı Suçlar ve Soykırım Suçu.....	66
Dr. Rabia Beyza İNAN	
Ceza Yargısı Duruşmalarında Ses ve Görüntü Kaydı Alınmasının Aleniyet İlkesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi.....	89
Av. Ahmet Haşim ALAGÜNEY	
Örnek Bir Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerinden Anayasa Madde 90/5'in Uygulama Alanının İncelenmesi.....	106
Av. Recep Mete AYTEKİN	

Doğuma Bağlı İzinler ve Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması.....121

Av. Gizem Meral KILINÇ

Michel Foucault ve Cezaevlerinde Tek Tip Kıyafet Üzerine.....136

Tolgahan SEVEN – Av. Ebru ÖZKAN

Makaleler

Sosyal Medyanın Bilişim Suçlarına Etkisi.....150

Av. Murat Osman KANDIR

Özel Hastane ile Hasta Arasındaki Sözleşmenin Hukuki Niteliği.....170

Av. Ahmet SEYHAN

Prof. Dr. Orhan Oğuz Hocanın Aziz Hatırasına.....186

Av. Mustafa Serhat KAŞIKARA

Yasa Değişikliği Sonrasında Bozmadan Sonra Islah Kurumu.....192

Av. İlhami AKAN

Karar İncelemeleri

Tüketici Senetlerinde Nama Yazılı Olmama Dair Geçersizliğinin Takip Alacaklısına Karşı İleri Sürülebilirliğine Dair Karar İncelemesi.....203

Av. Kadir Oğuzhan KARAGÖZ

PSEG v. Türkiye ICSID Hakem Heyeti Kararı İncelemesi.....219

Av. M. Mustafa DEMİR



AV. AYDIN ÜNLÜCE

14 Ağustos 1970 tarihinde Eskişehir Kırka'da dünyaya geldi. İlk, orta ve lise eğitimini Eskişehir'de tamamladıktan sonra 1987 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesine girdi. Mezuniyetinin ardından Cumhuriyet Savcısı olarak görev yaptı. Daha sonra istifa ederek Eskişehir'e yerleşti ve avukatlık bürosu açtı. Uzun yıllar Cumhuriyet Halk Partisinde çeşitli görevlerde bulundu. 2014 yılından bu yana Odunpazarı ve Büyükşehir Belediyesi meclis üyesi olarak görev yaptı. 2019 yerel seçimlerinden sonra Büyükşehir belediyesinde 1. Başkan vekili oldu. Evli ve iki çocuk babasıdır. 19 Mart 2023 tarihinde geçirdiği kalp krizi sonucu hayatını kaybetmiştir.



AV. CEMRE PARMAKSIZ

18 Mart 1994 tarihinde Eskişehir’de dünyaya geldi. 1999-2000 eğitim öğretim yılında Bozüyük Anaokulu, 2000-2008 eğitim öğretim yılları arasında Bozüyük Saffet Şeker İlköğretim Okulu’nda eğitim gördü. 2008 yılında girmiş olduğu Bozüyük Anadolu Öğretmen Lisesi’ni 2012 yılında okul 1.si olarak tamamladı. 2012 yılında Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesine girdi. 2012/2013 Döneminde Eskişehir Anadolu Üniversitesi Yabancı Diller Yüksek Okulunda, isteğe bağlı İngilizce eğitimi aldı. 2017 yılında Hukuk Fakültesinden mezun oldu. 2017-2018’de Eskişehir Barosunda Avukatlık Stajını tamamladı 08.01.2020 tarihinde geçirdiği Trafik Kazası nedeniyle vefat etmiştir.



BAŞKANIN SUNUŞ YAZISI

Değerli Meslektaşlarım,

Eskişehir Barosu Dergisinin 8. Cilt 1. Sayısı ile yeniden karşınızda olmaktan dolayı büyük bir mutluluk ve gurur duyduğumu belirterek, dergimizin çıkmasına katkı sağlayan tüm meslektaşlarıma ayrı ayrı teşekkürlerimi sunuyorum.

Eskişehir Baro Başkanlığı'na ve Yönetimine aday olduğumuz andan sizlerin takdiriyle yeniden göreve seçildiğimiz tarihe kadar en çok gerçekleştirmek istediğimiz hedeflerden biri de Baro Dergimizi yeniden canlandırmak; böylece her geçen gün değişen hukuk sistemimiz içerisindeki güncel gelişmeleri yakından takip edebilmeyi siz değerli meslektaşlarımızın ve değerli hukukçularımızın katkısıyla sağlayabilmektir. Nitekim geldiğimiz aşamada bu hedefimizi gerçekleştirebilmiş olmanın mutluluğunu yaşıyoruz.

Uzun bir aradan sonra büyük emek ve özveriyle canlandırdığımız Eskişehir Barosu Dergisi'nin bu yeni sayısında öncekilerden farklı olarak Hakemli Makalelere de yer verilmiştir. Elinizdeki sayıda Hakemli- Hakemsiz pek çok makale ve karar incelemeleri yer almaktadır.

Hepimizin malumu olduğu gibi, "Hukuk" bir derya deniz; değinilecek ve konuşulacak çok fazla konu mevcut. Ancak tek bir sayı ile her konuya yer ayırabilmek de bir o kadar güç. Bu sebeptendir ki dergimizin süreklilik arz etmesi ve devam sayılarında sizlerden gelecek değerli katkılar büyük önem taşıyor.

Hukuk Devleti ile beraber temel hak ve hürriyetlerimizin, hukukun üstünlüğünün çok derin yaralar aldığı böylesi bir dönemde hukukun üstünlüğünün en temel savunucuları olan biz avukatlara çok büyük sorumluluklar düştüğünün farkındayız. Bunun yolunun ise bilgilerimizi sürekli olarak güncel tutmaktan geçtiğini düşünüyoruz. Umuyorum ki Eskişehir Barosu Dergisi de bu yolda tüm meslektaşlarımıza, tüm hukukçulara yol gösterecek önemli kaynaklardan birisi olacaktır.

Ayrıca Baro dergimizin bu sayısını yakın zamanda kaybettiğimiz değerli meslektaşlarımız Av. Aydın Ünlüce ve Av. Cemre Parmaksız anısına ithaf ediyoruz. Bu vesile ile de kendilerini saygı ile anıyoruz.

Yaratıcı hukukçulara çalışmalarında katkıda bulunmak ,yeni sayılarda buluşmak umuduyla saygılar sunarım.

Av. Mustafa ELAGÖZ
ESKİŞEHİR BARO BAŞKANI



ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

Türk Borçlar Hukukunda İfaya Eklenen Ceza Koşulu

Fatih GENÇ*

Öz

Hukuki işlemlerde tarafların üzerlerine düşen borçları tam ve gereği gibi ifa etmemeleri halinde, kural olarak TBK m. 112 ve devamında yer alan yaptırımlar uygulama alanı bulur. Ancak kanun koyucu, getirmiş olduğu TBK m. 179-182 hükümleriyle taraflara bu kuraldan ayrılma imkanı tanımıştır. Bu hükümlere göre taraflar, aralarındaki hukuki işlemde doğan borcun ifasını sağlamak, alacak haklarını kuvvetlendirmek ve güvence altına almak amacıyla kanunda düzenlenen ceza koşulu türlerinden birini kararlaştırabilirler. Fakat, kanun koyucu birden çok ceza koşulu türüne ilişkin ayrı ayrı hükümler getirmek yerine bunları ortak hükümlerle tek çatı altında topladığından bu hükümlerin, ceza koşulunun bir türünü oluşturan ifaya eklenen ceza koşulunun gündeme geldiği hallerde nasıl uygulama alanı bulacağı hususunun ayrıca yorumlanması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler

Ceza koşulu, ifaya eklenen ceza koşulu, borcun ihlali.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı Öğrencisi, fatih.genc1998@hotmail.com, ORCID: 0000-0002-8827-3550.

Gönderim Tarihi: 31.10.2021. Kabul Tarihi: 16.12.2022. **Hakem denetiminden geçmiştir.**



ESKİŞEHİR BAR ASSOCIATION JOURNAL

The Cumulative Penalty In Turkish Law of Debt

Abstract

If the parties to legal transactions do not pay their debts with their deeds, punishments stipulated in Turkish Law of Debt, clause 112 and thereafter are applicable as a rule. However, the law-makers offered the parties an alternative of these clauses with the clauses 179-82 of Turkish Law of Debt. According to these clauses, the parties can deliberate upon a form of punishment stipulated by the law in order to redeem the debt occurring due to the legal transaction, and to enforce and secure their rights as the borrowers. Yet, as the law stipulates all forms of punishments under a single umbrella with common clauses instead of differentiating them for each fault with single clauses, it should be interpreted how these clauses will be applied when a punishment was offered to the deed that forms one of the kinds of the punishment conditions.

Keywords

Penalty , cumulative penalty, breach

GİRİŞ

Kökenlerini Roma hukuku döneminden alan ceza koşulu kurumu, günümüz Türk hukukunda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) "Genel Hükümler" başlıklı birinci kısmının "Borç İlişkilerinde Özel Durumlar" başlıklı dördüncü bölümünün üçüncü ayrımında 179-182. maddelerinde düzenlenmektedir. Üç bölüm olarak hazırlanan bu çalışmada, ceza koşulu kurumuna ilişkin TBK'nda yer alan hukuki düzenlemelere, doktrinde yer alan hukuki görüşlere ve uygulamaya yer verilmeye çalışılmıştır.

Çalışmamızda öncelikle, genel olarak ceza koşulu kurumu açıklanmaya çalışılmış ve bu kapsamda ceza koşulunun tanımına, özelliklerine, kurumun bağlı olduğu şekle ve hukuki niteliği hususunda doktrinde yer alan görüşler açıklanmıştır.

Bu genel açıklamaların ardından çalışmamızın temelini oluşturan ceza koşulunun bir türü olan ifaya eklenen ceza koşulu kurumu esas alınmış ve bu kapsamda ifaya eklenen ceza koşulunun tanımı ve hükümleri, unsurları, bu kurumun benzer kurumlarla karşılaştırılması ve ifaya eklenen ceza koşulunun muacceliyeti konuları açıklığa kavuşturulmak istenmiştir.

Çalışmamızın son kısmındaysa, TBK'nda yer alan alacaklının aşan zararının tazminini isteme ve aşırı nitelikte kararlaştırılan cezanın indirilmesine ilişkin hükümler ifaya eklenen ceza koşulu bakımından incelenmeye çalışılmış ve ifaya eklenen ceza koşulunun zarar ve kusur ile olan ilişkisi ile son olarak bu kurumun hangi sebeplerde sona erebileceği hususları üzerinde durulmuştur.

I. CEZA KOŞULU

A. Genel Olarak

TBK'nın ilk maddesi gereğince tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan sözleşmelerde taraflardan beklenen, sözleşmeyi hukukun genel ilkeleri ve özellikle ahde vefa ilkesine uygun olarak sona erdirmeleridir. Ancak, taraflar sözleşmede yer alan yükümlülüklerini çeşitli sebeplerle tam ve gereği gibi yerine getirmemiş ya da kanun ve sözleşme hükümlerine aykırı biçimde yerine getirmiş olabilirler. İşte bu tür durumlarda esas olan, borcunu tam ve gereği gibi yerine getirmeyen ya da borca aykırı bir şekilde yerine getiren borçlunun, TBK madde 112 ve devamında yer alan şartların mevcut olması halinde yine bu

hükümlere göre alacaklının uğramış olduğu zararı tazmin etmesidir¹. Ancak, TBK m. 112 ve devamı düzenlemelerinde yer alan birtakım zorluklarla karşılaşmak istemeyen taraflar, sözleşmede yer alan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya kanun ve sözleşmeye aykırı olarak yerine getirilmesi ihtimaline karşı sözleşmeden doğan borcun ifasını sağlamak amacıyla alacaklarını güvence altına alma, kuvvetlendirme yolları arayabilir. Bu yollardan birini *ceza koşulu (cezai şart)* oluşturur².

Ceza koşulu, bağlanma ve cayma parasından hemen sonra fakat onlarla aynı bölümde TBK'nın 179-182. maddelerinde düzenlenmektedir. Bu hükümlerde, ceza koşuluna bağlanan hukuki sonuçlar düzenlenmiş; ceza koşulunun tanımına ise yer verilmeyip bu iş doktrine bırakılmıştır. Doktrinde yapılan bazı tanımlar ise şu şekildedir:

Eren'e göre, *"Ceza koşulu, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi üstlendiği, hukuki işlem ile belirlenmiş ekonomik değeri olan bir edimdir."*³.

Oğuzman/Öz'e göre, *"Borçlunun borcunu ihlal etmesi halinde alacaklıya ödemeyi kabul ettiği ceza hususundaki anlaşmaya 'ceza koşulu = cezai şart' ve ödenecek cezaya 'sözleşme cezası' denilmektedir."*⁴.

Cansel/Özel'e göre, *"Ceza koşulu, asıl borç olarak nitelendirilen borcun hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi halinde alacaklının borçluya ifa etmekle yükümlü olduğu edim borcu olarak karşımıza çıkar."*⁵.

Uslu'ya göre, *"Borçlunun alacaklıya karşı geçerli bir borcunu hiç veya gereği gibi ya da zamanında veya belirlenen vadede yerine getirmemesi durumunda ödemeyi taahhüt ettiği, hukuki işlem ile belirlenmiş ekonomik değere sahip edime ceza koşulu denir. Diğer bir ifadeyle, ceza koşulu kural olarak sözleşmenin ihlaline taraflarca bağlanan bir yaptırımdır."*⁶.

¹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22. B, Yetkin Yayınları 2017) 242, 1053-1054; Kemal Oğuzman, Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* Cilt: 2, (13. B, Vedat Kitapçılık, 2017) 529; Hilal Akkaya, *Yargıtay Kararları Doğrultusunda Ceza Koşulu* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019) 3.

² Eren (n 1) 1209; Oğuzman, Öz (n 1) 529; Akkaya (n 1) 3-4.

³ Eren (n 1) 1209.

⁴ Oğuzman, Öz (n 1) 529-530.

⁵ Erol Cansel, Çağlar Özel, 'Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu', (2013) (Özel Sayı-Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 713, 713-714.

⁶ Ebubekir Uslu, *Uygulama Örnekleri Yargıtay Kararları ile Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu* (1. B, Seçkin Yayıncılık 2019) 26.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun vermiş olduğu bir kararda ceza koşulu “...geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yerde, belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda borçlunun ödemesi gereken ve malca değeri olup, bir hukuk işlemi ile belli edilen götürü bir edimdir.” şeklinde tanımlamıştır⁷.

Görüldüğü üzere doktrinde yapılan birbirine benzer tanımlar, ceza koşulunun amacı ve nitelendirilmesine göre birtakım farklılıklar taşımaktadır. Yapılmış olan bu tanımlar çerçevesinde ceza koşulunu, bir hukuki işlemle yükümlülüklerin tam ve gereği gibi yerine getirilmemesi ya da kanun veya sözleşmeye aykırı biçimde yerine getirilmesi ihtimaline karşın alacak ve uğranacak muhtemel zararların güvence altına alındığı, asıl borca bağlı (fer'i) nitelik taşıyan ve muaccel olduğunda bağımsız bir nitelik kazanan, ekonomik bir değere sahip yan borç olarak tanımlamak mümkündür⁸.

B. Ceza Koşulunun Özellikleri

1. Kural Olarak Her Türü Borç İçin Kararlaştırılabilmesi

Ceza koşulu, geçerli ve henüz ifa ya da başkaca bir yolla sona ermemiş her türlü borç için kararlaştırılabilir⁹. TBK'de ceza koşulunun düzenlendiği hükümlerde yer alan bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için ceza koşulu kararlaştırılabileceği ifadesi, her ne kadar yalnızca sözleşmeler için ceza koşulunun kararlaştırılabileceği şeklinde anlaşılmaya müsait olsa da doktrinde de isabetle ifade edildiği üzere, sözleşme dışındaki hukuki işlemlerden doğan borçlar için de ceza koşulunun kararlaştırılabilmesi mümkündür¹⁰. Bu kabulden hareketle sözleşmeden, haksız fiilden ya da sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar için ceza koşulunun kararlaştırılabilmesi mümkün görünmektedir.

Ceza koşuluna bağlanacak asıl borcun, mutlaka ekonomik bir değer taşıması da gerekmez. Bu kapsamda, belli bir kurulda oy kullanma, dernek üyelerinin bazı işlem ve

⁷ Yargıtay HGK, 1505/85, 17.02.1971; Yargıtay 13. 3333/9489, 12.06.2006: “BK. nun 158 ve devamı maddelerinde düzenlenen ceza koşulu, hukuksal öğretimde de kabul edildiği üzere, geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yerde belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda, borçlunun ödemesi gereken ve ekonomik değeri olup, bir hukuki işlemi ile belirlenen götürü bir edimdir.”; Yargıtay 19 HD, 9429/2276, 15.2.2016: “Cezai şart, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde ödemeyi vaat ettiği, hukuki işlem ile belirlenmiş ekonomik değeri olan bir edimdir.” (Uslu (n 6) 28 dn. 33).

⁸ Benzer bir tanım için bkz.: Burcu Yağcıoğlu, Türk ve İsviçre Hukuku'nda Ceza Koşulu (Cezai Şart) (I. B, Seçkin Yayıncılık 2019) 20-21.

⁹ Oğuzman, Öz (n 1) 533; Akkaya (n 1) 14; Cansel, Özel (n 5) 716; Uslu (n 6) 47; Hüseyin Ekinci, Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu Doktrin ve Uygulama (2. B, Seçkin Yayıncılık 2015) 31,33.

¹⁰ Oğuzman, Öz (n 1) 533; Akkaya (n 1) 14; Uslu (n 6) 47; Turgut Akıntürk, Derya Ateş, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri (29. B, Beta Yayınları 2020) 164.

eylemleri hakkında ve karşı tarafı aydınlatma borcu için dahi bir ceza koşulu kararlaştırılabilir¹¹.

Hukuk düzeninin alacaklıya borçlusunu dava ve cebri icra yoluyla ifaya zorlama yetkisini vermediği eksik borçlar bakımından da ortada halen geçerli ve sona ermemiş bir borç bulunduğundan, eksik borçlar bakımından da ceza koşulunun kararlaştırılabilmesi mümkündür¹². Bu hususta, doktrinde yer alan ahlaki görevin ifası niteliğinde bir borç için ceza koşulu kararlaştırılabileceği ancak kumar ve bahisten doğan borçlar ile evlenme tellallığından doğan borçlar için ceza koşulu kararlaştırılmayacağı yönündeki görüşe biz de katılmaktayız¹³.

Para borçlarında ceza koşulunun kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı konusu ise tartışmalıdır. Yargıtay, vermiş olduğu eski tarihli kararlarda, para borçlarının ifasında gecikme olması halinde temerrüt faizinin gündeme geleceği ve bu temerrüt faizinin yerine veya temerrüt faiziyle birlikte ceza koşulu isteminin kanun sistematığı ile bağlaşmayacağı gerekçesiyle para borçlarında ceza koşulu kararlaştırılmasının caiz olmadığı görüşüne yer vermiştir¹⁴. Günümüzde ise Yargıtay görüş değiştirerek para borçlarında da ceza koşulunun kararlaştırılabileceği yönünde kararlar vermektedir¹⁵. Doktrinde esas itibarıyla para borçlarında ceza koşulunun kararlaştırılabileceği kabul edilmekte ancak konuya farklı iki noktadan yaklaşılmaktadır. Bunlardan bizim de katıldığımız birinci görüşe göre, para borçlarında ceza koşulunun kararlaştırılması mümkündür¹⁶ Ancak, taraflar hem ceza koşulu hem de temerrüt faizinin istenebileceğini kararlaştırmış olmadıkça, ceza koşulunun yanında ayrıca temerrüt faizi istenemez. İkinci görüş de para borçlarında ceza koşulunun kararlaştırılmasının mümkün olduğunu savunmakta olup, temerrüt faizi ve ceza koşulunun farklı iki kurum olduğunu ve bu sebeple ayrıca bir kararlaştırmaya gerek olmaksızın hem temerrüt faizinin hem de ceza koşulunun istenebileceğini savunmaktadır¹⁷.

¹¹ Oğuzman, Öz (n 1) 533 dn. 393, 534; Akkaya (n 1) 14; Uslu (n 6) 47.

¹² Eren (n 1) 1211; Oğuzman, Öz (n 1) 533; Ekinci (n 9) 38; Yağcıoğlu (n 8) 121; Akkaya (n 1) 16.

¹³ Eren (n 1) 89-91; Oğuzman, Öz (n 1) 593.

¹⁴ Bu husustaki Yargıtay kararları için bkz.: Oğuzman, Öz (n 1) 534, dn. 397; Ekinci (n 9) 38-39.

¹⁵ Yargıtay 11 HD, 14092/3458, 12.03.2015: “Dava, taraflar arasında düzenlenen 03.01.2007 tarihli Telif Sözleşmesi’nden kaynaklanan tazminat ve cezai şartın tahsili istemine ilişkindir. Mahkemece cezai şart talebi yönünden, sözleşmenin yorumundan taksitlerin süresinde ödenmemesi halinde tespit edilen/ kararlaştırılan taksit miktarı kadar cezai şartın ödeneceğinin anlaşıldığı, bir başka deyişle, bir taksit miktarının ödenmemesi halinde toplam miktar kadar cezai şart ödeneceği kabul edilmiş olsa idi sözleşmede cezai şartın toplam miktar üzerinden olacağına belirtileceği gerekçesiyle tek taksit miktarı kadar cezai şartın ödenmesine karar verilmiş ise de, anılan sözleşmenin 5.fıkrası “ Taraflar sözleşme hükümlerine kısmen veya tamamen uymadıkları takdirde kararlaştırılan ücret kadar cezai şartı ihtara gerek kalmaksızın ödemeyi kabul ve taahhüt ederler.” hükmünü haiz olup, cezai şartın sözleşme bedeli olan 32.000 TL olduğu anlaşılınca bu miktar cezai şarta hükmetmek gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.”.

¹⁶ Oğuzman, Öz (n 1) 534.

¹⁷ Uslu (n 6) 48.

Kural, her türlü borç için ceza koşulunun kararlaştırabilmesi olsa da bazen kanun koyucu bu kurala birtakım istisna ya da sınırlamalar getirmiş olabilir. Konut ve çatılı işyeri kiralarında kira bedelinin zamanında ödenmemesi hali için ceza koşulu kararlaştırılmayacağına ilişkin TBK m. 346, nişanlanmanın evlenme ile sonuçlanmaması halinde ceza koşulu kararlaştırılmamasına ilişkin TMK m. 119, TKHK m. 6 çerçevesinde tüketici sözleşmelerine koyulan tüketici aleyhindeki ceza koşulunun haksız şart sayılarak geçersizlik yaptırımına tabi olması, taksitle satışta alıcının temerrüdü halinde ceza koşulunun satış bedelinin yüzde onunu aşamayacağına ilişkin TBK m. 271/3 hükümleri bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

2. Kural Olarak Her Türlü Edimin Ceza Olarak Kararlaştırılabilmesi

TBK m. 182/1'e göre, ceza koşulu serbestçe belirlenebilir. Ancak, yapılacak olan bu belirlemenin kanunun öngördüğü sınırlara uygun olması gerekir. Bu bağlamda, kararlaştırılan ceza koşulunun özellikle konusunun imkansız olmaması, kanunun emredici kurallarına, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık teşkil etmemesi gerekir¹⁸. Örneğin, ceza koşulu olarak sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirmeyen tarafın 5 yıl boyunca karşı tarafın kölesi olacağı, ceza koşulunun asırlar önceki dönemde kullanılan bir para birimi olarak belirlenmesi durumlarında kararlaştırılan bu koşullar, TBK m. 27 gereğince geçersiz sayılacaktır.

Doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere, ceza koşulunun miktarı gibi cezanın konusunun da serbestçe belirlenmesi mümkündür. Bu bağlamda, ekonomik bir değere sahip olması koşuluyla verme, yapma veya yapmama ediminin ceza koşulu olarak kararlaştırılabilmesi mümkündür¹⁹. Örneğin, “*Rekabet yasağı ihlal edilirse 32.000 TL ödenecektir.*” ya da “*Borç ihlal edildiği takdirde belli miktarda hisse senedi verilecektir.*” şeklinde ceza koşulu kararlaştırılabilir.

Borç ilişkilerinin ihlali halinde tarafların, borçlunun olumlu bir davranışta bulunması şeklinde değil de bir hak veya yetkisini kaybetmesi şeklinde bir cezayı kararlaştırmaları halinde, bunun ceza koşulu sayılıp sayılmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu konudaki bir görüşe göre, bu durumda kararlaştırılan ceza, bir edim niteliğinde olmadığından ceza koşulu sayılmayacak ve TBK m. 179-182 hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır²⁰. Bu konuda

¹⁸ Oğuzman, Öz (n 1) 535; Akkaya (n 1) 19; Cansel, Özel (n 5) 717.

¹⁹ Eren (n 1) 1210; Oğuzman, Öz (n 1) 535; Akkaya (n 1) 20; Uslu (n 6) 47; Yağcıoğlu (n 8) 139.

²⁰ Akkaya (n 1) 19-20; Cihan Öktem, Tacir Bakımından Ceza Koşulunun İndirilmesi ve Geçersizliği, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019) 15.

bizim de katıldığımız bir diğer görüş ise, bu şekilde kararlaştırılan cezaların salt edim niteliğinde olmayışı gerekçesine dayanan birinci görüş isabetli olmayıp bu durumlara da en azından kıyas yoluyla ceza koşuluna ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği yönündedir²¹. Bu görüşler çerçevesinde tarafların, yüklenicinin işi geciktirdiği her ay için bedel alacağının %10'unu isteme hakkını kaybedeceğini kararlaştırdığını varsayalım. Böyle bir durumda ilk görüş çerçevesinde böyle bir ceza, TBK m. 179 vd. anlamında ceza koşulu sayılmayacak ve bu hükümler uygulama alanı bulmayacak demektir. Bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise, burada ceza koşuluna ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün olacaktır.

3. Ceza Koşulunun Asıl Alacağa Bağlı Yan Borç Olması

Ceza koşulunun kaderinin asıl alacağa bağlı olduğu kuralı TBK m. 182/2'de şu şekilde ifade edilmiştir: *“Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez. Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez.”*. Buna göre, kendisine ceza koşulu bağlanan asıl borç herhangi bir sebeple yokluk veya geçersizlik yaptırımına tabi olursa bu yaptırım onun fer'i niteliğindeki ceza koşulunu da etkileyecek ve onu da geçersiz kılacaktır. Buna karşılık, asıl borcun geçerli olarak varlığını sürdürdüğü bir durumda ceza koşulunun herhangi bir sebeple geçersiz olması halinde, ceza koşulunda meydana gelen bu geçersizlik, asıl borcun geçerliliğine bir etki bulunmayacaktır²².

Ceza koşulunun asıl borcun fer'isi olmasıyla bağlantılı olarak, ceza koşulunun alacak hakkının amacına hizmet eden ve fakat bu haktan ayrı özel nitelik taşıyan yan hak niteliğinde

²¹ Oğuzman, Öz (n 1) 536.

²² Eren (n 1) 1210-1211; Yağcıoğlu (n 8) 46-47; Ekinci (n 9) 57; Yargıtay 11 HD, 1321/8002, 09.12.2019: *“Mahkemece, tüm dosya kapsamına göre, tapulu taşınmazların satış ve devrine ilişkin sözleşmelerde TMK 706, TBK 207, Tapu Kanunu 26 ve Noterlik Kanunu 60. maddeleri gereği resmi şeklin geçerlilik koşulu olduğu, resmi şekil şartını taşımayan bir sözleşmeye dayanarak tescil talep edilmesinin mümkün olmadığı ve geçerlilik şartını ihtiva etmeyen sözleşmelerin tarafların leh veya aleyhine sonuç doğurmayacağı, 2918 Sayılı KTK'nın 20/2.d maddesi ve TTK'nın 595. maddesi gereğince araç devir işlemlerinin de noter aracılığı ile yapılmasının geçerlilik şartı olarak düzenlendiği, yine TTK'nın 595. maddesine pay devrinin noter onaylı şekilde yapılmasının geçerlilik şartı olduğu, anılan şekil şartlarını öngören sözleşmelerin ön sözleşmelerinin de asıl sözleşmelerin şekline tabi olacağı, somut olayda da taraflar arasındaki protokolün adı yazı ile düzenlendiği, içeriğindeki hükümlerin ön sözleşme mahiyetinde olduğu kabul edilse dahi anılan şekil şartlarına uyulmadığı ve bu nedenle davacı karşı davalıya tapu iptal ve tescil hakkı bahsetmeyeceği, davacı karşı davalının terditli münzam zarar ve sözleşmedeki cezai şart hükümleri, araç bedeli ve 7.500 TL bedel talebine gelince, taraflar arasındaki protokolün 4. maddesi gereği hisse devri yapıldıktan sonra diğer devir işlemlerinin yapılacağını kabul edildiği, davadan çok sonra dahi davacı karşı davalıların şirketin ortağı olarak göründükleri, bu haliyle davacı karşı davalılar dava ve islah tarihi itibarıyla kendi edimlerini ifa etmediklerinden davacı karşı davalıdan da sözleşmeden kaynaklanan edimlerini yerine getirmesini istemeyecekleri, tarafların protokoldeki cezai şart maddesine dayanan talepleri yönünden ise, TBK'nın 182/2. maddesine göre asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse ifası istenemeyeceğinden şekil şartlarını ihtiva etmediğinden geçersiz olan protokole istinaden cezai şart talep edilemeyeceği gerekçesiyle asıl ve karşı davanın reddine karar verilmiştir.”*

olduğunu da söyleyebiliriz. Bilindiği üzere yan haklar, alacak hakkını genişleten ve bu hakkı garanti eden haklar üzere ikiye ayrılmaktadır. Kanaatimizce, ifaya ekli ceza koşulu bir kenara bırakılacak olursa, ceza koşulu kural olarak alacak hakkını garanti eden yan haklar kategorisinde yer almaktadır²³.

4. Ceza Koşuluna İlişkin Hükümlerin Emredici Nitelikte Olmaması

TBK'nın 180. maddesinin 1. fıkrası, "Kısmi İfanın Yanması" başlığını taşıyan TBK'nın 181. maddesinin 2. fıkrası ve ceza koşulunun indirilmesinin düzenlendiği TBK m. 182 dışında kalan ceza koşulunun hükümleri emredici mahiyette olmadığından taraflar, ilgili hususta kanunda yer alan düzenlemenin aksine anlaşma yapabilirler²⁴.

5. Ceza Koşulunun Geciktirici Şarta Bağlı Bir Borç Olması

Ceza koşulunun TBK 170 vd. maddelerinde düzenlenen koşul kavramı mahiyetinde olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bu hususta ileri sürülen ilk görüşe göre, ceza koşulu TBK 170 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan koşul kavramı niteliğindedir. Bu görüşü savunan yazarlardan bazıları, ceza koşulunun bozucu şarta bağlı bir borç niteliğinde olduğunu savunmaktadır²⁵. Yine bu hususta günümüzde hakim fikri oluşturan yazarlar ise, ceza koşulunun geciktirici şarta bağlı bir borç olduğunu savunmaktadır²⁶. Bu hususta ileri sürülen bir diğer görüş ise, ceza koşulunun koşula bağlı bir borç niteliğinde olmadığı yönündedir²⁷. Kanaatimizce, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ifa edilmemesi ya da kanun veya sözleşmeye aykırı olarak ifa edilmesi durumu, ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüpheli bir olgudur ve bu sebeple TBK 170 vd. anlamında koşul sayılabilir. Ceza koşulu da bu olay için kararlaştırılır ve borçlunun borcu ifa etmemesi ya da borca aykırı şekilde ifa etmesi koşulunun gerçekleşmesiyle gündeme gelir. Dolayısıyla, geciktirici şarta bağlı bir borç niteliği taşır. Ceza koşulunun bu özelliği nedeniyle, somut olayda ceza koşuluna ilişkin uygulanabilecek bir hüküm bulunmaması halinde, somut olayın özelliklerine uygun düştüğü ölçüde TBK 170 vd. hükümleri uygulanabilir.

²³ Benzer yönde görüş için bkz.: Yağcıoğlu (n 8) 47.

²⁴ Eren (n 1) 1209; Yağcıoğlu (n 8) 52.

²⁵ Cansel, Özel (n 5) 716.

²⁶ Eren (1) 1211; Oğuzman, Öz (1) 531; Öktem (n 20) 26; Ekinci (n 9) 252; Uslu (n 6) 27; Akkaya (n 1) 10.

²⁷ Yağcıoğlu (n 8) 48-51.

C. Ceza Koşulunun Bağlı Olduğu Şekil

Ceza koşulu, asıl borcu meydana getiren hukuki işlemin yapıldığı sırada kararlaştırılabileceği gibi sonradan ayrı bir hukuki işlem ile de kararlaştırılabilir. Yine, ceza koşulu bizzat ilgili hukuki işlemi yapan kişi tarafından kararlaştırılabileceği gibi, onların yetkili temsilcileri tarafından da kararlaştırılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır²⁸.

Ceza koşuluna ilişkin hükümler incelendiğinde, ceza koşulunu meydana getirecek hukuki işlemin tabi olduğu şekilde ilişkin herhangi bir hükmün bulunmadığı görülmektedir. Ceza koşulu, asıl borcun fer'i niteliğinde olduğundan, bu kurumun şekle bağlı olup olmadığı meselesinin, kaderinin bağlı olduğu asıl borcu doğuran hukuki işlemin şekle bağlı olup olmadığına bakılarak çözülmesi gerektiğini düşünmekteyiz²⁹. Dolayısıyla, asıl borcu doğuran hukuki işlem herhangi bir şekilde tabi değilse; onun fer'i mahiyetindeki ceza koşulu da herhangi bir şekilde bağlı olmayacak; ancak asıl borcu doğuran hukuki işlemin herhangi bir şekil şartına tabi olması halinde ceza koşulunun da bu şekilde uyularak kararlaştırılması gerekecektir³⁰.

II. CEZA KOŞULUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kaderi asıl borcun kaderine bağlı, geciktirici koşula bağlı bir yan borç olan ceza koşulunun hukuki niteliği hakkında doktrinde çeşitli görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir. Çalışmamızın bu başlığı altında, öğretilerde ceza koşulunun hukuki niteliğine ilişkin olarak ileri sürülen görüşleri genel hatlarıyla açıklamaya çalışacağız.

Ceza koşulunun hukuki niteliğine ilişkin olarak ileri sürülen ilk görüş, bu kurumun sırf ceza niteliğinde olduğunu savunur. Bu görüşteki yazarlar, alacaklının herhangi bir zararı doğmamış olsa da borçlunun ceza koşulunu yerine getirme yükümlülüğünün düzenlendiği TBK m. 180/1'den yola çıkarak, ceza koşuluyla borçlu üzerinde bir baskı kurulduğunu ve bu kurumun, hukuka aykırı bir fiili cezalandırmak amacıyla yalnızca alacaklının menfaatlerini korumak için kararlaştırıldığını savunurlar³¹.

²⁸ Eren (n 1) 1211; Akkaya (n 1) 13-14; Ekinci (n 9) 54.

²⁹ Benzer yöndeki görüşler için bkz.: Yağcıoğlu (n 8) 161-162; Eren (n 1) 1211-1212; Oğuzman, Öz (n 1) 537.

³⁰ Eren (n 1) 1212; Oğuzman, Öz, (n 1) 537; Yargıtay 19 HD, 14654/19950, 17.12.2003: "...Asıl borç yoksa cezai şart da söz konusu olamaz. Bu niteliği itibarıyla cezai şart asıl borca bağlı fer'i bir borçtur... Cezai şart, asıl borcun bağlı olduğu şekle tabidir. Asıl borç bir geçerlilik şekline bağlanmışsa, cezai şartın borç doğurabilmesi aynı şekilde kararlaştırılmış bulunmasına bağlıdır..." (Ekinci (n 9) 92-94).

³¹ Bu görüş hakkındaki literatür için bkz.: Ekinci (n 9) 46-48; Yağcıoğlu (n 8) 25-26; Cansel, Özel (n 5) 719-720.

Bu konuda doktrinde ileri sürülen bir diğer görüş, ceza koşulunun bir sigorta mahiyetinde olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, borçlunun beklenmeyen hal veya mücbir sebep dolayısıyla meydana gelebilecek zarar risklerini üstlenmesi, sözleşmedeki yükümlülüklerini kendisine yüklenilebilecek bir kusuru olmaksızın yerine getirememiş olsa dahi ceza koşulunu ifa ile yükümlü olması durumları ceza koşuluna sigorta sözleşmesi niteliği kazandırmaktadır³².

Öğretide ileri sürülen bir başka görüşe göre ise ceza koşulu, önceden miktarı kesin bir biçimde kararlaştırılmış tazminat niteliğindedir. Bu görüşe göre ceza koşulu, bir hukuki işlemle ileride gerçekleşmesi olası bir zarar için bedel öngörmekte, hakim tarafından kanunda öngörülen şartlar çerçevesinde yükseltilip indirilebilmekte yani, tahmini olarak belirlenmiş ve belirli şartlarda değiştirilebilen bir miktar parayı ifade etmektedir³³.

Ceza koşulunun ceza-tazminat karışımı niteliğinde olduğunu ileri süren bir diğer görüşe göre ise, ceza koşulunun içeriğinde gerek tazminat gerek ceza niteliğinin bir arada bulunması mümkündür. Ayrıca, bu durum bir zorunluluk olmayıp bu niteliklerden herhangi birinin baskın olabilmesi de mümkündür³⁴.

Nihayet bizim de katıldığımız son görüşe göre ceza koşulu, teminat (güvence) niteliği taşır. Bu görüşe göre ceza koşulu, kaderinin bağlı olduğu asıl borç ifa edilinceye dek borçlu üzerinde bir baskı oluşturarak asıl borcun ifasına yönelik olarak ve asıl borcun ifa edilmemesi safhasında alacaklının uğrayacağı muhtemel zararları gidermede kolaylık sağlama olarak bir teminat niteliği taşımaktadır³⁵.

III. İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULU

A. Genel Olarak

Kanun koyucu, ifaya eklenen ceza koşulunun hüküm ve sonuçlarını esas itibariyle TBK m. 179/2'de "*Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul*

³² Hüseyin Can Aksoy, 'Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru İle İlişkisi Nedir?', (2018) 24 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 999, 1013.

³³ Akıntürk, Ateş (n 10) 163; Yargıtay da vermiş olduğu eski tarihli kararlarda ceza koşulunun götürü bir edim (tazminat) niteliğinde olduğunu kabul etmektedir: Yargıtay 13 HD, 3746/3964, 18.4.1995; Yargıtay HGK, 1505/85, 17.02.1971.

³⁴ Cansel, Özel (n 5) 720-721.

³⁵ Bu görüş için bkz.: Yağcıoğlu (n 8) 29-35.

etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir.” şeklinde düzenlemiş, ancak bu kavramın tanımına yer vermemiştir. Bu kapsamda ceza koşulunun bir türü olan ifaya eklenen ceza koşulunu, özellikle borçlunun asli edim yükümlülüklerini ilgili hukuki işlemde belirlenen zaman veya yerde ifa etmemesi hallerinde, alacaklıya hem bu asli edimin ifasını hem de kararlaştırılmış ceza koşulunu isteme yetkisi tanıyan bir edim taahhüdü olarak tanımlanması mümkündür³⁶.

Ceza koşulu, özellikle borcun taraflarca belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi için kararlaştırılmışsa, alacaklı TBK m. 179/2 gereğince hem geciken asıl borcu hem de kararlaştırılan cezayı isteyebilir. Ancak, ilgili hüküm emredici nitelikte olmadığından tarafların bu hususta aksine anlaşma yapmaları mümkündür. Dolayısıyla, taraflar kanunda belirtilen iki durumun dışındaki bir borç ihlalinde de ifaya eklenen ceza koşulu kararlaştırılabilecekleri gibi bu iki durumda alacaklının ya gecikmiş ifayı ya da kararlaştırılan cezayı talep edebileceğini de kararlaştırabilirler. Sonuç olarak, TBK m. 179/2 hükmüyle kanun koyucunun, cezanın borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumları için kararlaştırıldığı hallerde ifaya eklenen ceza koşulu lehine bir karine getirdiğini söyleyebiliriz³⁷.

İfaya eklenen ceza koşulunun özü itibarıyla alacaklı, hem gecikmiş ifayı hem de kararlaştırılan cezayı talep edebileceğinden burada taleplerin yığılması (birleşmesi) söz konusu olur³⁸.

İfaya eklenen ceza koşulu, yalnızca bir hukuki işlemle kararlaştırılabilir³⁹. Bununla birlikte, ifaya eklenen ceza koşulu bir hukuki işleme -özellikle sözleşmeye- dayanıyorsa, alacaklının kararlaştırılan cezanın bu mahiyetini ispat etmesi gerekir⁴⁰. Burada belirtilmelidir ki, yerinde ve zamanında ifa etmeme dışındaki bir borca aykırılık hali için kararlaştırılan ceza koşulunun, ifaya eklenen ceza koşulu niteliğinde olup olmadığı hususunda bir tereddüt meydana gelirse tercih seçimli ceza koşulunun varlığı yönünde kullanılmalıdır. Zira, özellikle iki durum için getirilmiş olan TBK m. 179/2 hükmü istisnai niteliktedir⁴¹.

³⁶ Selen Meşe, Türk Hukuku'nda İfaya Eklenen Ceza Koşulu (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2020) 7; Yağcıoğlu (n 8) 59; Uslu (n 6) 71.

³⁷ Eren (n 1) 1213; Oğuzman, Öz (n 1) 541-542; Meşe (n 36) 7-8; Yağcıoğlu (n 8) 59; Savaş Korkmaz, İfaya Eklenen Ceza Koşulu (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018) 7.

³⁸ Eren (n 1) 1213; İkinci (n 9) 151; Meşe (n 36) 7; Korkmaz (n 37) 5-6; Yargıtay 19 HD, 4912/8686, 05.05.2014: “...yasa hükmünden de açıkça anlaşılacağı gibi, ifaya eklenen ceza koşulunda, şart gerçekleştiği takdirde alacaklı, hem ifayı hem de cezayı talep edebilecektir. Buna öğretide taleplerin birleşmesi veya toplanması denmektedir...”

³⁹ İfaya eklenen ceza koşulunun kanundan doğabileceği yönünde bkz.: Eren (n 1) 1213.

⁴⁰ Eren (n 1) 1213; Meşe (n 36) 7.

⁴¹ Yağcıoğlu (n 8) 63; Korkmaz (n 37) 6; Meşe (n 36) 11; iki ihlal hali dışındaki borca aykırılık hallerinde seçimli ceza koşulunun varlığının aranması gerektiği yönünde bkz.: Yargıtay 19 HD, 4912/8686, 05.05.2014.

İfaya eklenen ceza koşulu, ceza koşulunun bir türü olduğundan esas olarak onun taşıdığı özellikleri haizdir. Bu anlamda, asıl alacağa bağlı olma özelliği gereğince ifaya eklenen ceza koşulunun bağlı olduğu asıl borç, hiç veya geçerli bir şekilde kurulamamışsa ya da sonraki bir sebeple baştan itibaren sona ermişse, asıl borçta meydana gelen bu haller kaderinin bağlı olduğu ifaya eklenen ceza koşulunu da etkiler⁴². Bu demektir ki, asıl borç ilişkisinin yokluk, geçersizlik, iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olduğu hallerde ve sözleşmeden geçmişe etkili olarak dönülmesi halinde ifaya eklenen ceza koşulu muaccel olmuş olsa dahi ifası istenemez. Oysa, asıl borcun fesih, ibra veya takas gibi yollarla sona ermesi hallerinde kural olarak, ifaya eklenen ceza koşulu son bulmaz. Çünkü, bu haller ilgili hukuki işlemi kural olarak ileriye etkili olacak şekilde sonlandırılır. Eğer taraflar cezayı ödeme borcunu da ortadan kaldırmak istiyorlarsa bunu da kapsam içine almalıdırlar.

Son olarak, ifaya eklenen ceza koşulunu isteme hakkını kaybetmek istemeyen alacaklının TBK m. 179/2'de de belirtildiği üzere, bu hakkından açıkça vazgeçmemiş olması ya da ifayı herhangi bir çekince koymadan kabul etmemiş olması gerekir. Şayet, ifaya eklenen cezayı isteme hakkı muaccel olan alacaklı, bu hakkından açıkça feragat eder ya da yapılan ifayı herhangi bir çekince koymaksızın kabul ederse, TBK m. 179/2 gereğince sözleşme cezası isteme hakkını kesin olarak kaybeder. Burada biz de kanuni bir faraziye (varsayım) olduğunu kabul ettiğimizden, alacaklının çekince koymamakla birlikte gerçek iradesinin ifanın yanında kararlaştırılan ceza koşulunu da istemek olduğunu ispat ederek ceza koşulunu da talep edebilme imkanının bulunmadığını savunmaktayız⁴³.

B. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması

1. Götürü Tazminatla Karşılaştırılması

Götürü tazminat, tarafların sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlali halinde yükümlülüğü ihlal eden tarafın ödeyeceği tazminat miktarının, taraflarca önceden belirlendiği kurumdur⁴⁴.

⁴² Oğuzman, Öz (n 1) 542.

⁴³ Benzer yöndeki görüşler için bkz.: Eren (n 1) 1213-1214; Oğuzman, Öz (n 1) 543, dn. 429; Yargıtay 15 HD, 373/1947, 08.05.2017: "Mahkemece dava kabul edilmişse de, sözü edilen ceza koşulu, 818 Sayılı Kanun'un 158. maddesi hükmü gereğince "ifaya ekli ceza" koşulu niteliğindedir. Yanlar arasındaki sözleşmede aksine bir düzenleme olmadığından ve sözleşme konusu iş, davacı yüklenici tarafından hiçbir önkoşul ileri sürmeksizin kabul edilmiş olduğundan; davacı, davalı alt yükleniciden ifaya ekli ceza koşulunun tahsilini isteyemez.". Farklı görüşler hakkında literatür için bkz.: Yağcıoğlu (n 8) 206, dn. 749.

⁴⁴ Oğuzman, Öz (n 1) 531-532; Meşe (n 36) 30; Korkmaz (n 37) 46-47; Yağcıoğlu (n 8) 89; Uslu (n 6) 79.

Götürü tazminat da ceza koşulunda olduğu gibi asıl borcun fer'i niteliğinde kabul edilmektedir ve sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlali neticesinde alacaklı, uğramış olduğu zararı ve miktarını ispat etme yükümlülüğünden kurtulur. Bu husus, ceza koşulu için TBK m. 180/1'de "*Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir.*" şeklinde ifade olunmuştur⁴⁵.

Ceza koşulunda olduğu gibi ifaya eklenen ceza koşulunun da amacı, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ifasını sağlamaktır. Oysa, götürü tazminatın amacı, alacaklının uğramış olduğu zararın tazminini kolaylaştırmaktır⁴⁶.

Ceza koşulunda olduğu gibi ifaya eklenen ceza koşulunda da alacaklı, TBK m. 180/2 gereğince, kararlaştırılan cezadan daha fazla bir miktarda zarara uğramış ise, belirli şartlarda bu aşan zararının tazminini isteyebilir. Oysa, götürü tazminatta şayet alacaklı kararlaştırılan tazminatı aşan miktarda bir zarara uğramış ise kural olarak bu aşan zararının tazminini isteyemez⁴⁷.

2. Temerrüt Faiziyle Karşılaştırılması

Temerrüt faizi, hukuki ilişkiden kaynaklanan para borçlarının ifasında kanunda sayılan şartların oluşması halinde mütemerrit duruma düşen borçlunun, kusuru olup olmadığına ve alacaklının uğramış olduğu bir zararın bulunup bulunmadığına bakılmaksızın ödemek zorunda olduğu faiz olarak tanımlanabilir⁴⁸.

Görüldüğü üzere, ifaya eklenen ceza koşulunda olduğu gibi temerrüt faizinde de alacaklının bir zarara uğramış olması şartı aranmamaktadır. Nitekim, ifaya eklenen ceza koşulu TBK m. 179/2 gereği borcun belirli bir zamanda ödenmemiş olması hali için kararlaştırılabilir. Aynı yönde, temerrüt faizi de hukuki ilişkiden kaynaklanan para borçlarının zamanında ödenmemesi durumunda istenebilir⁴⁹.

Buna karşılık, temerrüt faizi, kaynağını kanundan alır. Dolayısıyla, taraflar aralarında temerrüt faizi konusunda bir anlaşma yapmamış olsalar dahi kanundaki şartların oluşması neticesinde temerrüt faizi isteyebilirler. Ancak, ifaya eklenen ceza koşulunun istenebilmesi için

⁴⁵ Oğuzman, Öz (n 1) 532; Meşe (n 36) 31; Korkmaz (n 37) 48; Yağcıoğlu (n 8) 91-92; Uslu (n 6) 81.

⁴⁶ Oğuzman, Öz (n 1) 531; Meşe (n 36) 31; Korkmaz (n 37) 48-49; Yağcıoğlu (n 8) 94; Uslu (n 6) 81-82.

⁴⁷ Oğuzman, Öz (n 1) 532; Meşe (n 36) 32; Korkmaz (n 37) 48-49; Yağcıoğlu (n 8) 94-95 Uslu (n 6) 82-83.

⁴⁸ Eren (n 1) 1008; Akıntürk, Ateş (n 10) 133; Meşe (n 36) 33; Yağcıoğlu (n 8) 101; Uslu (n 6) 87.

⁴⁹ Meşe (n 36) 33-34; Uslu (n 6) 88.

tarafların bu yönde bir anlaşma yapmış olmaları bir zorunluluktur⁵⁰. Keza, temerrüt faizi, yalnızca para borçlarında karşımıza çıkabilir; buna karşılık ifaya eklenen ceza koşulunun her türlü borç için kararlaştırılabilmesi mümkündür⁵¹.

Temerrüt faizi ile ifaya eklenen ceza koşulu arasındaki bir diğer farklılık kendisini aşkın zarar noktasında gösterir. Buna göre, alacaklının uğramış olduğu zararın temerrüt faizinden fazla olduğu durumlarda, borçlunun temerrüde düşmede kusurunun bulunduğu ispatı gerekmez. Oysa, ifaya eklenen ceza koşulunda TBK m. 180/2 gereğince alacaklı, uğramış olduğu fazla zararın tazmini için borçlunun kusurunu ispat etmelidir⁵².

3. Bağlanma ve Cayma Parasıyla Karşılaştırılması

Halk arasında kaparo adıyla da bilinen bağlanma parası, aralarındaki sözleşme görüşmelerinin bittiği ve sözleşmenin kurulmuş olduğunu pekiştirmek amacıyla taraflardan birinin diğerine ödediği bir miktar para olarak tanımlanabilir⁵³.

Sözleşmeden dönmenin yaptırımı niteliğindeki cayma parası ise sözleşmenin kurulduğu sırada bir tarafın diğerine ödediği ve veren tarafa, ödemiş olduğu parayı diğer tarafa bırakarak dilediği zaman sözleşmeden dönme hakkı sağlayan bir miktar para şeklinde tanımlanabilir⁵⁴.

Cayma parasında taraflardan biri belirli miktarda parayı ödeyerek sözleşmeden dilediği zaman dönebildiğinden onun bu özelliği, ifaya eklenen ceza koşulunun sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ifasını sağlama amacıyla örtüşmez. Ayrıca, bağlanma parasında bir miktar para önceden alacaklıya ödenirken; ceza koşulunda böyle bir edim yalnızca üstlenilmektedir⁵⁵.

İfaya eklenen ceza koşulunun taraflarca aşırı miktarda belirlenmesi halinde indirilebileceğini daha önce belirtmiştik. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, gerek bağlanma parası gerekse cayma parasının taraflarca aşırı miktarda belirlendiği durumlarda, bu

⁵⁰ Meşe (n 36) 34; Yağcıoğlu (n 8) 102; Uslu (n 6) 88-89.

⁵¹ Meşe (n 36) 34; Yağcıoğlu (n 8) 102; Uslu (n 6) 89.

⁵² Meşe (n 36) 34; Yağcıoğlu (n 8) 102-103; Uslu (n 6) 88-89.

⁵³ Eren (n 1) 1219; Oğuzman, Öz (n 1) 552; Akıntürk, Ateş (n 10) 159; Yağcıoğlu (n 8) 82; Uslu (n 6) 95.

⁵⁴ Eren (n 1) 1220; Oğuzman, Öz (n 1) 554-554; Akıntürk, Ateş (n 10) 160; Yağcıoğlu (n 8) 83; Uslu (n 6) 90-91. Cayma parasının halk dilinde kaparo olarak bilindiği görüşü yönünde bkz.: Uslu (n 6) 90.

⁵⁵ Eren (n 1) 1221; Yağcıoğlu (n 8) 85; Korkmaz (n 37) 51.

miktarın indirilmesi mümkün değildir. Ceza koşulunda cezanın indirilmesi hükümlerine yer verilmişken; cayma ve bağlanma parasında bu ve buna benzer bir hüküm yer almamaktadır⁵⁶.

Doktrinde tartışmalı olmakla beraber, bizim de katıldığımız görüşe göre bağlanma ve cayma parasının konusunu para edimi dışında bir edim oluşturamaz⁵⁷. Oysa, ifaya eklenen ceza koşulunun konusu, ekonomik değere sahip olması koşuluyla herhangi bir edim olabilmektedir.

C. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Unsurları

1. Geçerli Bir Asıl Borcun Varlığı

İfaya eklenen ceza koşulunda da bireyler, hukuki işlemlerden doğan yükümlülüklerin ifasını sağlama amacıyla, geçerli bir asıl borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmeme ihtimaline karşı alacaklarını güvence altına alırlar. Bu nedenle, ifaya eklenen ceza koşulundan bahsedilebilmesinin ön şartı, kendisine bu güvencenin sağlanacağı geçerli bir asıl borcun bulunmasıdır⁵⁸.

İfaya eklenen ceza koşuluyla güvence altına alınan asıl borcun kurucu, geçerlilik ve etkinlik unsurlarının tamam olması gerekir. Asıl borcun herhangi bir sebeple sakat olması durumunda kural olarak ifaya eklenen ceza koşulu da bu sakatlıktan etkilenir. Bu husus, ifaya eklenen ceza koşulunun asıl borcun fer'i olma özelliğinden kaynaklanmaktadır. Diğer yandan, ifaya eklenen ceza koşulundaki bir sakatlık, asıl borcu etkilemez⁵⁹. Nitekim bu husus, TBK m. 182/2'de "*Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez. Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez.*" şeklinde ifade edilmektedir.

Yukarıda belirtilen şartları taşıması koşuluyla, kural olarak her türlü borç için ifaya eklenen ceza koşulunun belirlenebilmesi mümkündür. Bu kapsamda asıl borcun konusunu verme, yapma ya da yapmama edimi oluşturabilir. Keza, koşula bağlanmış bir borç için de ifaya eklenen ceza koşulunun kararlaştırılabilmesi mümkündür. Bu durumda, geciktirici koşula bağlı

⁵⁶ Benzer görüş için bkz.: Yağcıoğlu (n 8) 86; Korkmaz (n 37) 51; Yargıtay HGK, 4-1348/50, 24.01.1970. Aksi görüşteki yazarlar için bkz.: Uslu (n 6) 94, dn. 320.

⁵⁷ Benzer görüş için bkz.: Yağcıoğlu (n 8) 136-137.

⁵⁸ Eren (n 1) 1210; Korkmaz (n 37) 7; Meşe (n 36) 13; Yağcıoğlu (n 8) 109; Uslu (n 6) 46.

⁵⁹ Eren (n 1) 1210-1211; Korkmaz (n 37) 7-8; Meşe (n 36) 14; Yağcıoğlu (n 8) 109-110; Uslu (n 6) 52; Konuya ilişkin kararlar için bkz. Yargıtay 15 HD, 413/157, 17.01.2008; Yargıtay 13 HD, 3543/8902, 26.06.2008; Yargıtay 19 HD, 10669/7884, 28.05.2015.

borçlarda koşulun gerçekleşmesiyle asıl borç hüküm ve sonuçlarını doğurur. Öyleyse, henüz doğmamış borçlar açısından bile ifaya eklenen ceza koşulunun kararlaştırılması mümkündür. Bozucu koşula bağlı borçlarda ise koşul gerçekleştiğinde asıl borç sona ereceğinden, ona bağlı ceza koşulu da sona erecek demektir⁶⁰.

İfaya eklenen ceza koşulu ile ifası güvence altına alınan asıl borcun, mutlaka ekonomik bir değer taşıması gerekmez. Dolayısıyla, parayla ölçülemeyen manevi değerlerin de ifaya eklenen ceza koşulu ile güvence altına alınabilmesi mümkündür⁶¹.

Alacaklısı tarafından dava ve takip konusu yapılamayan eksik borçlar için de kural olarak ifaya eklenen ceza koşulunun kararlaştırılabilmesi mümkündür. Zira, eksik borçlarda borç halen varlığını sürdürmektedir⁶².

2. Asıl Borçtan Ayrı Bir Edimin Kararlaştırılması

İfaya eklenen ceza koşulu olarak kararlaştırılacak edimin asıl borçtan miktar veya edimin niteliği gibi ayrı bir edim taahhüdünü içermesi gerekir⁶³.

İfaya eklenen ceza koşulu, asıl borca eklenen farklı türde bir edim niteliği taşıyabileceği gibi, bir taşınır satışında bu malın ifa edilmemesi halinde iki mislinin teslim edileceğinin öngörülmesinde olduğu gibi asıl borcu çoğaltan nitelikte bir edim de olabilir⁶⁴. Buna karşılık, ifaya eklenen ceza koşulu, asıl borç ilişkisinde zaten mevcut olan veya kanundan kaynaklanan bir hakka ilişkin ise ceza koşulu olarak nitelendirilemez. Nitekim, bu durumda asıl borçtan ayrı bir edimin varlığından da söz edilemez⁶⁵. Örneğin, para borcunun sözleşmede kararlaştırılan vadede ödenmemesi halinde temerrüt faizi ödeneceğinin kararlaştırılması ceza koşulu niteliği taşımaz.

Taraflar, asıl borçtan ayrı bir edim niteliğinde olan ifaya eklenen ceza koşulunun miktarını ve konusunu kanunda öngörülen sınırlar çerçevesinde diledikleri gibi kararlaştırabilirler⁶⁶. Bu husus, TBK m. 182/1'de "*Taraflar, cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler.*" şeklinde ifade olunmuştur. İfaya eklenen ceza koşulunun mali bir değer

⁶⁰ Yağcıoğlu (n 8) 115; Meşe (n 36) 18; Korkmaz (n 37) 10.

⁶¹ Meşe (n 36) 18-19; Korkmaz (n 37) 7; Yağcıoğlu (n 8) 115-116. Burada, para borçlarında ceza koşulu belirlenebilmesi konusuna yukarıda değindiğimiz için yalnızca ilgili bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz.

⁶² Eren (n 1) 1211; Meşe (n 36) 20; Uslu (n 6) 56-58.

⁶³ Yağcıoğlu (n 8) 124; Meşe (n 36) 21; Korkmaz (n 37) 14; Uslu (n 6) 58.

⁶⁴ Meşe (n 36) 22.

⁶⁵ Meşe (n 36) 22; Korkmaz (n 37) 14.

⁶⁶ Eren (n 1) 1216; Oğuzman, Öz (n 1) 548; Yağcıoğlu (n 8) 124; Meşe (n 36) 22; Korkmaz (n 37) 14.

taşımasının gerekli olduğunu yukarıda ifade etmeye çalışmıştık. Bu kapsamda belirtilmelidir ki, ceza koşulunun belirli bir miktar paranın ödenmesi şeklinde kararlaştırıldığı durumlarda bu edimin konusunu, TBK m. 99 gereğince, Türk lirası oluşturabileceği gibi yabancı para birimi de oluşturabilir⁶⁷. Ancak, bu durumda 12.9.2018 tarih ve 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı'ndaki sınırlamalar unutulmamalıdır⁶⁸.

3. İfaya Eklenen Ceza Koşulu Anlaşması

İfaya eklenen ceza koşulunun varlık kazanabilmesi, ya asıl hukuki işlemin içerisine bir kayıt olarak konulmasına ya da ayrı bir hukuki işlemle belirlenmesine bağlıdır. Bu bağlamda, ceza koşulunun belirlendiği hukuki işlem iki ya da çok taraflı olabileceği gibi tek taraflı bir hukuki işlem de olabilir⁶⁹.

Genel işlem koşulu içeren sözleşmelerde de ifaya eklenen ceza koşuluna yer verilebilir. Bu tür sözleşmelerin geçerliliği TBK m. 21/1'de şu şartlara bağlanmıştır: *“Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır...”*. Bu şartları taşımayan genel işlem koşulları ise aynı fıkranın ikinci cümlesi uyarınca yazılmamış sayılma yaptırımı ile karşılaşacaktır. Bu tür sözleşmelere koyulan ifaya eklenen ceza koşulunun geçerliliği asıl borcun geçerliliğine tabi olduğundan, asıl borca uygulanacak olan yaptırım ifaya eklenen ceza koşuluna da uygulanacaktır⁷⁰.

İfaya ekli ceza koşulundan bahsedilebilmesi için asıl borcu doğuran hukuki işlemde olduğu gibi, ceza koşulunu doğuran hukuki işlemin de hukuken geçerli olması gerekir. Bu bakımdan TBK m. 27/1'de sayılan haller, esas itibarıyla ifaya eklenen ceza koşulunu doğuran hukuki işlemler için de aynen geçerlidir⁷¹. İfaya eklenen ceza koşulunun herhangi bir sebeple geçersiz olması durumunda, asıl borcun da geçersiz olmayacağını yukarıda açıklamıştık. Ayrıca burada, TBK m. 27/2'de *“Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı*

⁶⁷ Meşe (n 36) 26; Uslu (n 6) 203.

⁶⁸ Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Yağcıoğlu (n 8) 138-139.

⁶⁹ Meşe (n 36) 26-27; Korkmaz (n 37) 10-11; Yağcıoğlu (n 8) 152.

⁷⁰ Meşe (n 36) 28; Korkmaz (n 37) 11-12; Yağcıoğlu (n 8) 156.

⁷¹ Eren (n 1) 1210-1211; Korkmaz (n 37) 12-13; Meşe (n 36) 23; Oğuzman, Öz (n 1) 535.

açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.” şeklinde düzenlenen kısmi geçersizlik yaptırımının uygulanacağı da söylenebilir⁷².

Öğretide, ceza koşulunun ölüme bağlı bir tasarrufla belirlenemeyeceği başka bir deyişle ceza koşulu anlaşmasının sağlararası bir işlem olması gerektiği görüşü hakimdir⁷³. Bu görüşe göre, TMK m. 514 vd. hükümleri emredici nitelikte olup bu hükümlerde miras bırakanın yapabileceği işlemler bakımından sınırlı sayı prensibi geçerlidir. Bu hükümler arasında ceza koşulu yer almadığından, ölüme bağlı bir tasarrufla ceza koşulu belirlenemez. Bu şekilde kararlaştırılan şart, borçlar hukuku anlamında ceza koşulu değil, miras hukuku anlamında, şartları taşıyorsa, mükellefiyet olabilir⁷⁴.

Kanaatimizce, doktrindeki bu görüşe katılmak mümkün değildir. Önemle belirtilmelidir ki, miras hukukunda sınırlı sayı ilkesi şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar ve miras hukukuyla ilgili yapılabilecek maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar için geçerlidir. Ancak, maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların konusu yalnızca bununla sınırlı değildir. Başka bir anlatımla, miras hukukuyla ilişkili olmayan maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar da mevcuttur ve sınırlı sayı prensibi bu tür bakımından geçerli kabul edilmemektedir⁷⁵. Dolayısıyla, miras hukukuyla ilişkili olmayan ölüme bağlı tasarruflarda borçlar hukuku kurumu olan ceza koşuluna yer verilebileceğini düşünüyoruz⁷⁶.

Sınırlı sayı ilkesinin geçerli olduğu şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflardan ivazlı miras sözleşmeleri üzerinde de ayrıca durulmalıdır. İvazlı miras sözleşmelerinde, taraflardan biri ölüme bağlı tasarrufla bulunurken diğer taraf sağlar arası bir borç altına girer⁷⁷. Örneğin, mirasçı atanan kimse, bunun karşılığında miras bırakana sağlığında 30.000 TL vermektedir. İşte, bu tür hukuki işlemlerde sağlar arası borç altına girmiş olan kimsenin edimi için ceza koşulu kararlaştırılabilecek demektir. Başka bir deyişle, bir borçlar hukuku kurumu olan ceza koşulu, şekli anlamda ölüme bağlı bir tasarruf içerisinde de düzenlenebilecektir⁷⁸.

⁷² Benzer yönde bkz.: Korkmaz (n 37) 13.

⁷³ Eren (n 1) 1210, Meşe (n 36) 29-30; Korkmaz (n 37) 12; Uslu (n 6) 62; Cansel, Özel (n 5) 722.

⁷⁴ Bu görüş hakkındaki açıklamalar için bkz.: Meşe (n 36) 29-30; Uslu (n 6) 62-63.

⁷⁵ Mustafa Dural, Turgut Öz, Miras Hukuku (13. B, Filiz Kitabevi 2019) 50-55, 137-138.

⁷⁶ Benzer yöndeki görüş için bkz.: Yağcıoğlu (n 8) 159.

⁷⁷ Dural, Öz (n 75) 61, 102.

⁷⁸ Benzer yöndeki görüş için bkz.: Yağcıoğlu (n 8) 159-160; Aksi yöndeki görüş için bkz.: Korkmaz (n 37) 12.

IV. İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULUNUN MUACCEL OLMASI

A. Muacceliyet Anı

Muacceliyet, borçlunun borcunu ifa etmekle yükümlü olduğu; alacaklının da alacağını talep edebileceği andır. İfaya eklenen ceza koşulunun hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi ve talep edilebilmesi için bu borcun muaccel olması şarttır. Asıl borcun ihlal edildiği anda, ifaya eklenen ceza koşulu muaccel olur. Bunun karşılık, ifaya eklenen ceza koşulunun muaccel olması için, alacaklının zarara uğraması veya borçlunun temerrüde düşmüş olması şartları aranmaz⁷⁹.

B. Muacceliyet Şartları

1. Asıl Borcun Muaccel Olması

Asıl borç muaccel olmadıkça, kural olarak ifaya eklenen ceza koşulu da muaccel olmaz. Dolayısıyla, ifaya eklenen ceza koşulunun muaccel olabilmesi için her şeyden önce onun bağlı olduğu asıl borcun muaccel olmuş olması gerekir. Asıl borç, alacaklının alacağını (asıl borcu) talep edebileceği anda muaccel hale gelmiş olur. Asıl borcun muacceliyet zamanı, tarafların asıl borcun muacceliyet zamanı ile ilgili bir anlaşmaya varmaları halinde bu ana, bir ihbar ya da kanun hükmüne ya da TBK m. 90 gereğince asıl borcun doğum anına göre belirlenir⁸⁰.

2. Asıl Borcun İhlal Edilmesi

İfaya eklenen ceza koşulunun muaccel olabilmesi için gereken ikinci şart ise asıl borcun ihlal edilmiş olmasıdır. Asıl borcun ihlali ise kural olarak, borcun sözleşmede belirlenen yer veya zamanda ifa edilmemiş olması halinde gerçekleşir⁸¹. Nitekim bu husus, TBK m. 179/2'de "*Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa...*" şeklinde ifade edilmiştir.

⁷⁹ Akıntürk, Ateş (n 10) 166; Meşe (n 36) 54; Yağcıoğlu (n 8) 171-172; Korkmaz (n 37) 53; Uslu (n 6) 108-109.

⁸⁰ Meşe (n 36) 54-55; Yağcıoğlu (n 8) 173; Korkmaz (n 37) 53-54; Uslu (n 6) 114-115.

⁸¹ Meşe (n 36) 55; Yağcıoğlu (n 8) 173-174; Korkmaz (n 37) 55; Yargıtay bir kararında "*818 s. BK'nın 158/2.fikrasında (6098 s. TBK. m. 179/2) düzenlenen ceza, ifaya eklenen cezai şarttır. Burada ceza, asıl borcun belirli zamanda veya yerde yerine getirilmemesi halinde kabul edilmiştir. Alacaklı, kusuru ile temerrüde düşen borçlunun mevcut durumdaki ifasını kabul etmekte ve ancak ifa zamanında ve yerinde yapılmadığından, sözleşmede kararlaştırılan cezayı talep etme hakkını kazanmaktadır. İfaya eklenen cezai şart, özellikle borcun geç ifa edilmesi halinde uygulanır ve uygulamada en çok rastlanan cezai şart türüdür.*" Hükmethmiştir (Yargıtay HGK, 19-524/192, 26.02.2016.).

Müteselsil borçlarda ise ifaya eklenen ceza koşulundan tüm borçluların müteselsil olarak sorumlu olması durumunda, borçlulardan birinin asıl borcu ihlal ederek ceza koşulunu muaccel hale getirmesiyle ceza koşulu, diğer müteselsil borçlular için de muaccel hale gelir. Buna karşılık, müteselsil borçlulardan yalnız biri veya birkaçının ceza koşulunu taahhüt etmesi durumunda, ceza koşulundan yalnızca bu borçlular sorumlu olurlar⁸².

Asıl borcun ihlal edildiğini hangi tarafın ispat edeceği hususunda TBK'nın ilgili hükümlerinde herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu husus, TBK m. 6'ya göre çözümlenmelidir. İlgili hüküm şu şekildedir: *“Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.”* Bu hüküm dolayısıyla, asıl borç ilişkisinin ve ifaya eklenen ceza koşulunun varlığını ispat yükü alacaklı tarafına düşmektedir⁸³.

C. Muacceliyetin Sonuçları

Asıl borcun muaccel olması ve bu borcun ihlal edilmesiyle muaccel olan ifaya eklenen ceza koşulunda alacaklı, kural olarak, hem asıl borcun hem de ilgili hukuki işlem ile kararlaştırılmış ifaya eklenen ceza koşulunun ifasını talep edebilecektir⁸⁴. Burada daha önce de ifade edildiği üzere, taleplerin yığılması (birleşmesi) söz konusudur.

İfaya eklenen ceza koşulunun muaccel olmasıyla bu alacak bağımsız bir alacak haline dönüşür. Dolayısıyla, ifaya eklenen ceza koşulunun muaccel olmasından sonra asıl borcun sonradan imkansız hale gelmesi halinde, ifaya eklenen ceza koşulu hala talep edilebilir. Bu halde alacaklı, hem sonraki imkansızlık nedeniyle uğramış olduğu zararın tazminini hem de ifaya eklenen ceza koşulunun ifasını talep edebilmektedir. Ancak burada önemle belirtilmelidir ki, asıl borcun ifası sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkansız hale gelmişse, aksi kararlaştırılmadıkça ifaya eklenen ceza koşulunun ifası istenemez⁸⁵. Nitekim bu husus, TBK m. 182/2'de de *“Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez. Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez.”* şeklinde ifade edilmektedir.

⁸² Akıntürk, Ateş (n 10) 167; Meşe (n 36) 57-58; Yağcıoğlu (n 8) 177.

⁸³ Meşe (n 36) 58; Yağcıoğlu (n 8) 183; Uslu (n 6) 127-128.

⁸⁴ Meşe (n 36) 59; Yağcıoğlu (n 8) 59, 63.

⁸⁵ Oğuzman, Öz (n 1) 543; Meşe (n 36) 60; Yağcıoğlu (n 8) 200.

Son olarak, kanun koyucunun TBK m. 179/2’de ifanın bir çekince koymaksızın kabul edilmesi ve ceza koşulundan açıkça vazgeçilmiş olmasına ilişkin koyduğu kanuni faraziye unutulmamalıdır. Buna göre, alacaklının ceza koşulundan açıkça vazgeçmiş ya da asıl borcun ifasını bir çekince koymaksızın kabul etmesi halinde, ceza koşulu muaccel olmuş olsa bile istenemeyecektir⁸⁶.

V. İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULUNUN KUSUR ve ZARARLA İLİŞKİSİ

A. Zarar ile Olan İlişkisi

İfaya eklenen ceza koşulunun muaccel olması halinde alacaklının, uğramış olduğu bir zararın varlığını ispat etmesi, hatta bir zarara uğramış olması gerekmez⁸⁷. Bu husus, TBK m. 180/1’de “*Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir.*” şeklinde hükme bağlanmıştır.

İfaya eklenen ceza koşulu, alacaklının uğramış olduğu bir zararın bulunması şartına bağlı değildir. Dolayısıyla, alacaklının hiçbir zararının bulunmadığı hallerde dahi borçlunun ifaya eklenen ceza koşulunu yerine getirme yükümlülüğü devam edecektir. Buna karşın, doktrinde TBK m. 180/1 hükmünün emredici mahiyette olmadığı ve dolayısıyla aksinin kararlaştırılabileceği görüşü ileri sürülse de taraflarca ceza koşulunun ancak alacaklının bir zarara uğraması halinde istenebileceğinin kararlaştırılmasının ceza koşulunun özyle bağdaşmayacağı düşünülmemizden bu görüşe katılmamaktayız⁸⁸.

B. Kusur ile Olan İlişkisi

İfaya eklenen ceza koşulunun alacaklı tarafından talep edilebilmesinde borçlunun kusurunun bulunup bulunmaması gerektiği hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde, konuya ilişkin olarak TBK m. 182/2 hükmü dayanak alınarak temelde iki görüş bulunmaktadır.

Doktrinde savunulan ilk görüşe göre, borçlunun borca aykırı davranışında kusur aranmamalıdır. Dolayısıyla, alacaklının herhangi bir zarara uğramadığı ve borçlunun da kusurunun bulunmadığı durumlarda dahi ceza koşulunun yerine getirilmesi istenebilir. Bu görüşün dayanağını TBK m. 182/2’de yer alan “*Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise*

⁸⁶ Eren (n 1) 1213.

⁸⁷ Eren (n 1) 1214; Oğuzman, Öz (n 1) 546-547; Korkmaz (n 37) 71; Yağcıoğlu (n 8) 283.

⁸⁸ Görüş hakkında bkz.: Korkmaz (n 37) 72; Bizimle benzer yönde görüş için bkz.: Yağcıoğlu (n 8) 52.

veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez.” ifadesi oluşturmaktadır⁸⁹.

Doktrinde savunulan ve bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise, borçlunun borca aykırı davranışında kusurun aranması gerekir. Bu görüşteki yazarlar, aynı maddede yer alan kusursuz sonraki imkansızlık halinde cezanın ifasının istenemeyeceği ifadesine dayanarak ceza koşulunu yerine getirme yükümlülüğünün kusura dayanması gerektiğini ileri sürerler⁹⁰.

Bu başlık altında son olarak, gündelik yaşantımızı derinden etkileyen ve hukuki açıdan mücbir sebep olarak niteleyebileceğimiz Kovid-19 virüsü hakkında açıklamada bulunmak istiyoruz. Kovid-19 virüsü bir mücbir sebep olarak nitelendiğinde borçlunun kusurunu ortadan kaldıracak demektir. Dolayısıyla, borçlunun kusurunu arayan görüş çerçevesinde, bu halde borçlunun kusuru ortadan kalkacağından, ceza koşulu da borçlunun kusurunun varlığı şartı gerçekleşmediğinden istenemeyecek demektir. Ancak, borçlunun kusurunun gerekli olmadığı yönündeki görüş bakımından da sonuç değişmez. Zira, ceza koşulunun istenebilmesi için ceza koşulunun kararlaştırılmış olduğu hukuki işlemde yer alan borca aykırılık halinin meydana gelmesi gerekir. Bu nedenle bu durumda alacaklının ceza koşulunu talep edebilmesi, ceza koşulunun Kovid-19 salgını nedeniyle borcun ifa edilememesi halinde istenebileceğinin kararlaştırılmasına bağlıdır⁹¹.

VI. İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULUNU AŞAN ZARARIN TAZMİNİ

Bazı hallerde alacaklının, borçlunun borca aykırı davranışı nedeniyle uğramış olduğu zarar, kararlaştırılan ceza koşulundan fazla olabilir. Bu ihtimali göz önünde bulunduran kanun koyucu, alacaklının aşkın zararını borçludan isteyebileceğini hüküm altına almıştır. Buna ilişkin TBK m. 180/2 hükmü şu şekildedir: *“Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez.”*

Burada alacaklı, borçludan uğramış olduğu zararın tamamını değil; sadece kararlaştırılan ceza koşulunun miktarını aşan kısmın tazminini isteyebilir. Bu anlamda kanun

⁸⁹ Eren (n 1) 1214-1215; Cansel, Özel (n 5) 717.

⁹⁰ Oğuzman, Öz (n 1) 545-546; Yağcıoğlu (n 8) 283; Korkmaz (n 37) 71; Yargıtayın bu görüş çerçevesindeki kararı için bkz.: Yargıtay 23 HD, 14/3738, 20.06.2016.

⁹¹ Murat Aydoğdu, Ali Haydar Yağcıoğlu, Kovid-19 Salgınının Borç İlişkilerine ve Yargılamaya Etkileri (1. B, Adalet Yayınevi 2020) 21-23, 80.

koyucu, alacaklının hem tazminat hem de ceza koşulu yoluyla tatmin edilmesinin, başka bir anlatımla bu iki kurumun birleşmesinin, önüne geçmiştir⁹².

Kanun koyucu, alacaklının ceza koşulunu aşan zararının tazmini hususunda TBK m. 112'de yer alan karineden ayrılmış ve TBK m. 180/2 ile borçlunun kusurlu olduğunu alacaklının ispat etmesi gerektiği koşulunu getirmiştir. Ancak bu kural, borçlunun ifa yardımcısı kullandığı ve zararın bu kimsenin fiilleri neticesinde meydana geldiği durumdaki gibi kusursuz sorumluluk hallerinde uygulanmaz⁹³.

Doktrinde, alacaklının ifaya eklenen ceza koşulundan açıkça vazgeçtiği ya da asıl borcun ifasını bir çekince koymaksızın kabul ettiği durumlarda ifaya eklenen ceza koşulu kesin olarak son bulacağından, ceza koşulunu aşan zararların tazmini talebinin de buna bağlı olarak son bulacağı ileri sürülmektedir⁹⁴.

VII. İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULUNUN İNDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

İki taraflı hukuki işlemler olan sözleşmeler için TBK m. 26 ile kabul edilen irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkeleri, TBK m. 182/1 hükmü ile ceza koşulu için de benimsenmiştir. Anılan hükme göre taraflar, irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkeleri gereğince ceza koşulunun miktarını serbestçe belirleyebilir. Ancak, serbestçe kararlaştırılan bu ceza koşulunun miktarı, bazı hallerde borçlunun ekonomik özgürlüğünü ve ticari faaliyetlerini olumsuz yönde etkileyecek ölçüde aşırı olabilir. Bu durumu göz önünde bulunduran kanun koyucu, TBK m. 182/3 hükmüyle, hakime aşırı gördüğü ceza miktarını re'sen indirme hususunda bir yükümlülük yüklemiştir. İlgili hükümle hakime yalnızca aşırı cezanın indirilmesi şeklinde bir yetki tanındığına göre, hakimin kararlaştırılan ceza koşulunu ortadan kaldırabilmesi mümkün değildir⁹⁵. Anılan madde hükmü şu şekildedir: *“Taraflar, cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler.(f.1) Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle*

⁹² Eren (n 1) 1215; Oğuzman, Öz (n 1) 547; Akıntürk, Ateş (n 10) 168; Korkmaz (n 37) 72-73; Meşe (n 36) 70-71; ayrıca bkz.: Yargıtay 11 HD, 1483/3107, 21.03.2016; Yargıtay 11 HD, 1483/3107, 21.03.2016.

⁹³ Eren (n 1) 1215; Oğuzman, Öz (n 1) 547-548; Meşe (n 36) 71; Korkmaz (n 37) 77; Yargıtay 11 HD, 8593/12887, 04.07.2014 *“...Tüm bu yapılan açıklamalar çerçevesinde davacı (alacaklı) tarafta cezai şartı aşan bir zararın varlığı iddia ve ispat olunamadığına göre mahkemece anılan yasa hükümleri nazara alınmadan cezai şart dışında ayrıca tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...”*.

⁹⁴ Korkmaz (n 37) 76.

⁹⁵ Eren (n 1) 1216; Oğuzman, Öz (n 1) 548-549; Akıntürk, Ateş (n 10) 167; Korkmaz (n 37) 79-81.

gelmişse, cezanın ifası istenemez. Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkânsız hâle gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez.(f.2) Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir.(f.3)''.

B. İndirimin Hukuki Niteliği

Doktrinde aşırı ceza koşulunun indirilmesinin hukuki niteliğine ilişkin olarak çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. İleri sürülen ilk görüşe göre, tarafların serbestçe belirlemiş olduğu ceza koşulunun aşırı kısmı, kanun emredici hükümlerine ya da ahlaka aykırı olduğu sebebiyle kesin olarak hükümsüzdür⁹⁶.

Bu hususta ileri sürülen bir diğer görüş, hakimin ceza koşulunda yapmış olduğu indirimin iptal edilebilirlik yaptırımına tabi olması gerektiğini savunur. Bu görüşe göre, tarafların kararlaştırmış olduğu ceza koşulu başlangıçta geçerli olsa da borçlunun bu iptal hakkını kullanmasıyla (ve hakimin cezada indirim yapmasıyla) ceza koşulu, geçmişe etkili olacak şekilde geçersiz hale gelir⁹⁷.

Doktrinde ileri sürülen üçüncü görüşe göre, hakimin aşırı gördüğü ceza miktarını indirmesi yargısal yenilik doğurucu hak niteliğindedir. Ancak, bu yenilik doğurucu hak bazı noktalarda genel kurallardan ayrılır. Öncelikle, bu hakkın kullanılabilmesi için karşı tarafa yöneltilmesi tek başına yeterli olmayacak; ayrıca hakimin onayı da gerekecektir. Bunun dışında, bu hakkın kullanılabilmesi için bir devlet organının kararına ihtiyaç duyulduğundan, talebin usul hukuku kurallarına uygun olarak ileri sürülmesi gerekir⁹⁸.

C. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun İndirilebilmesinin Şartları

1. Geçerli Bir Ceza Koşulu Anlaşmasının Varlığı

TBK m. 182/3 gereğince hakimin ceza koşulunu indirebilmesi için, taraflarca aşırı da olsa kararlaştırılmış geçerli bir ceza koşulunun varlığı şarttır. Dolayısıyla, ceza koşulu anlaşması herhangi bir sebeple geçersizse ceza koşulu da geçersiz olacağından onun indirilmesi gündeme gelmeyecektir. Aynı durum, ceza koşulunun kaderinin bağlı olduğu asıl borcun geçersiz olması halinde de uygulanacaktır. Nitekim bu husus, TBK m. 182/2'de de kabul

⁹⁶ Bu görüşteki yazarlar için bkz.: Meşe (n 36) 76, dn. 468.

⁹⁷ Bu görüşteki yazarlar için bkz.: Meşe (n 36) 77, dn. 473; Yağcıoğlu (n 8) 227, dn. 807.

⁹⁸ Eren (n 1) 1218; Oğuzman, Öz (n 1) 549.

edilmiştir. Hakimden indirimi talep edilebilecek ceza koşulunun konusu para edimi olabileceği gibi paradan başka bir edim de olabilir. Ayrıca, indirimi istenen ceza koşulunun kaynağı da indirim bakımından herhangi bir önem arz etmez⁹⁹.

2. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Muaccel Olması

İfaya eklenen ceza koşulunda hakim tarafından indirim yapılabilmesi için, taraflarca kararlaştırılan ceza koşulunun geçerli bir şekilde doğması ve muaccel hale gelmiş olması gerekir. Muaccel hale gelmemiş olan ifaya eklenen ceza koşulu, henüz bağımsız bir edim niteliği kazanamaz. Dolayısıyla, borçlu henüz muaccel olmayan ceza koşulunun indirimini talep edemez. Hakim de önüne gelen uyuşmazlıkta muaccel olmamış ceza koşulunun indirimi yoluna re'sen gidemez¹⁰⁰. Buna karşın, borçlunun kararlaştırılan ceza koşulunun indirilmesini talep edebilmesi için alacaklının, ceza koşulunu talep ve dava etmiş olması ya da borçlunun temerrüde düşmesi şartı aranmaz. Dolayısıyla, muaccel hale gelen ceza koşulu, alacaklı tarafından ifasına yönelik bir dava açılmamış olsa ya da borçlu mütemerit durumda olmasa dahi, hakim tarafından indirilebilir¹⁰¹.

3. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun İfa Edilmemiş Olması

İfaya eklenen ceza koşulunun ifa edilmiş olması halinde borçlunun borcu sona erer. Dolayısıyla, borçlunun bu davranışı indirimden vazgeçtiği anlamına gelir ve borçlu, kararlaştırılan cezanın indirilmesini talep edemez¹⁰².

4. İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Aşırı Nitelikte Olması

İfaya eklenen ceza koşulunun indirilmesinin en önemli sebebi, kararlaştırılan ceza ediminin aşırı nitelikte olmasıdır. Ceza koşulunun hangi durumlarda aşırı nitelikte sayılacağı ve bunun nasıl belirleneceği hususunda kanunda hüküm bulunmadığından, hakim bu durumu önüne gelen her somut uyuşmazlık için ayrıca takdir edecektir. Hakim takdir yetkisine dayalı olarak kararını verirken alacaklı ve borçlunun taraf iradelerini, ekonomik durumlarını, alacaklının menfaatlerini, borcun ihlalinin ve borçlunun kusurunun ağırlığını, sözleşmenin türünü ve süresini göz önünde bulundurmalıdır. Bunun sonucunda hakim, kararlaştırılan ceza

⁹⁹ Eren (n 1) 1216; Oğuzman, Öz (n 1) 549; Meşe (n 36) 78; Yağcıoğlu (n 8) 231, 234; Korkmaz (n 37) 82.

¹⁰⁰ Eren (n 1) 1216; Oğuzman, Öz (n 1) 549; Meşe (n 36) 78; Korkmaz (n 37) 82.

¹⁰¹ Meşe (n 36) 78-79; Yağcıoğlu (n 8) 234; Korkmaz (n 37) 82-83.

¹⁰² Eren (n 1) 1217; Oğuzman, Öz (n 1) 549-550; Meşe (n 36) 91.

ediminin adalete ve hakkaniyete aykırılık teşkil edecek derece yüksek tutulduğu kanaatine varırsa sözleşmeye müdahale edecek ve kararlaştırılan ceza koşulu miktarını re'sen indirecektir¹⁰³.

5. Borçlunun Tacir Olmaması

TTK m. 18/2 gereğince tacirlerin, ticari işletmesine ilişkin tüm faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi davranması ve buna bağlı olarak üstleneceği yükümlülüklerin kapsam ve sonuçlarını göz önüne alarak hukuki işlem ve ilişki tarafı olması gerekir. Tacirin basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğüyle bağlantılı olarak kanun koyucu, bu kimselerin TBK'de yer alan bazı koruyucu hükümlerden faydalanabilmesine olanak sağlamamıştır. TTK m. 22 hükmüne göre *“Tacir sıfatını haiz borçlu, Türk Borçlar Kanununun 121 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla 182 nci maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525 inci maddesinde yazılı hâllerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemez.”* Bu hüküm uyarınca tacirler, ceza koşulunun aşırı olduğu hallerde, hakime bunu indirme yetkisini tanıyan TBK m. 182/3 hükmünden faydalanamaz¹⁰⁴.

TTK m. 22'nin uygulanabilmesi için kararlaştırılan ceza koşulunu ödeyecek kimsenin, TTK hükümleri gereğince bir tacir veya tacir gibi sorumlu tutulan bir kişi olması gerekir¹⁰⁵. Bu hususta doktrinde, tacirlerin ticari işletmesi gereği borç altına girmiş olması gerektiği de savunulmaktadır. Bu görüşe göre, ticari işletmesi gereği borç altına girmeyen tacirlerin, her ne kadar tacir sıfatını haiz olsa da, TBK m. 182/3 hükmünden yararlanabilmesi mümkündür¹⁰⁶.

VIII. İFAYA EKLENEN CEZA KOŞULUNUN SONA ERMESİ

İfaya eklenen ceza koşulu, asıl borcun fer'i niteliğinde olduğundan muaccel oluncaya kadar asıl borcun kaderine bağlıdır. Ancak, ceza koşulunun muaccel olmasıyla bağımsız bir

¹⁰³ Eren (n 1) 1217; Oğuzman, Öz (n 1) 548; Akıntürk, Ateş (n 10) 167; Meşe (n 36) 79-84; Yağcıoğlu (n 8) 237-247; Korkmaz (n 37) 83-84.

¹⁰⁴ Eren (n 1) 1217-1218; Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku (23. B, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2017) 152-153; Oğuzman, Öz (n 1) 550; Akıntürk, Ateş (n 10) 167-168; Öktem (n 20) 103-104.

¹⁰⁵ Arkan (n 104) 154; Oğuzman, Öz (n 1) 550; Öktem (n 20) 127-140.

¹⁰⁶ Arkan (n 104) 154; Oğuzman, Öz (n 1) 550-551; Öktem (n 20) 146-150.

nitelik kazanır. Dolayısıyla, ifaya eklenen ceza koşulunun onun fer'i niteliği gereği asıl borç ile beraber sona erebilmesi mümkün olduğu kadar, asıl borçtan bağımsız olarak sona ermesi de pekala mümkündür¹⁰⁷.

Muaccel hale gelerek bağımsız bir edim haline dönüşen ifaya eklenen ceza koşulu, her şeyden önce borçlunun bu edimi ifası ile sona erer. Bunun dışında, takas, ibra, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi ve yenileme gibi borca sona erdiren diğer sebeplerin varlığı halinde de ceza koşulu son bulur. Yine, ifaya eklenen ceza koşulunun ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple sonradan imkansız hale gelmesi halinde de TBK m. 136 gereğince sona ereceği söylenebilir. Buna karşılık, alacaklının ifaya eklenen ceza koşulundan açıkça vazgeçtiği veya asıl borcun ifasını çekince ileri sürmeksizin kabul ettiği durumlarda da ceza koşulunun istenemeyeceği hususu unutulmamalıdır¹⁰⁸.

Ceza koşulunun zamanaşımına ilişkin olarak TBK'de herhangi bir özel hüküm bulunmadığından bu süre, TBK m. 146 gereğince on yıldır¹⁰⁹.

Ifaya eklenen ceza koşulu muaccel hale gelene kadar asıl borcun kaderine bağlı olduğundan, bu süre zarfında asıl borcun herhangi bir sebeple sona erdiği durumlarda buna bağlı ifaya eklenen ceza koşulu da son bulacaktır¹¹⁰.

SONUÇ

Ceza koşulu, bağlanma ve cayma parasından hemen sonra fakat onlarla aynı bölümde TBK'nın 179-182. maddelerinde düzenlenmektedir. Bu hükümlerde, ceza koşuluna bağlanan hukuki sonuçlar düzenlenmiş; ceza koşulunun tanımına yer verilmemiştir. Bu bağlamda ceza koşulu, bir hukuki işlemle yükümlülüklerin tam ve gereği gibi yerine getirilmemesi ya da kanun veya sözleşmeye aykırı biçimde yerine getirilmesi ihtimaline karşın alacak ve uğranacak muhtemel zararların güvence altına alındığı, asıl borca bağlı (fer'i) nitelik taşıyan ve muaccel olduğunda bağımsız bir nitelik kazanan, ekonomik bir değere sahip bir yan borç olarak tanımlanabilir.

¹⁰⁷ Korkmaz (n 37) 91-92.

¹⁰⁸ ibid 92.

¹⁰⁹ ibid 92-93.

¹¹⁰ ibid 93; Yargıtay 10. HD, 11162/2163, 14.03.2017 “...Borcun sona erdiren en önemli neden, tarafların kendilerine yüklenen edimleri ifa etmeleridir. Genel olarak ifa, borçlanılmış edimin yerine getirilmesi suretiyle alacaklının tatmin edilerek borcun sona erdirilmesidir. Kural, asıl borç sona erdiğinde, bu borca bağlı fer'i borçların da sona ereceğidir. Bu sonuç, ek bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden gerçekleşir...”.

Ceza koşulu çeşitli özelliklere sahiptir. Buna göre, ceza koşulu, geçerli ve henüz ifa ya da başkaca bir yolla sona ermemiş her türlü borç için kararlaştırılabilir ve ceza koşuluna bağlanacak asıl borcun, mutlaka ekonomik bir değer taşıması da gerekmez. Bunun dışında, asıl borcun kaynağının da ceza koşulunun kararlaştırılması bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır. TBK m. 182/1'e göre, ceza koşulu serbestçe belirlenebilir. Ancak, yapılacak olan bu belirlemenin kanunun öngördüğü sınırlara uygun olması gerekir. Ceza koşulunun miktarı gibi cezanın konusunun da serbestçe belirlenmesi mümkündür. Bu bağlamda, ekonomik bir değere sahip olması koşuluyla verme, yapma veya yapmama ediminin ceza koşulu olarak kararlaştırılabilirliği mümkündür. Yine ceza koşulu, asıl borca bağlı olan bir yan borç niteliği taşır. Dolayısıyla, muaccel olduğu ana kadar ceza koşulunun kaderi bağlı olduğu asıl borca bağlıdır. Muaccel olduğu andan sonra ise bağımsız bir edim niteliği kazanır.

Ceza koşulu, teminat (güvence) niteliği taşır. Buna göre ceza koşulu, kaderinin bağlı olduğu asıl borç ifa edilinceye dek borçlu üzerinde bir baskı oluşturarak asıl borcun ifasına yönelik olarak ve asıl borcun ifa edilmemesi safhasında alacaklının uğrayacağı muhtemel zararları gidermede kolaylık sağlama olarak bir teminat niteliği taşımaktadır.

Ceza koşulunun bir türünü oluşturan ifaya eklenen ceza koşulu, uygulamada en çok karşılaşılan ceza koşulu türünü oluşturur ve esas itibarıyla TBK m. 179/2'de "*Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir.*" şeklinde düzenlemiştir.". İfaya eklenen ceza koşulu, ceza koşulunun bir türü olduğundan kural olarak, ceza koşulunun özellikleri ve unsurlarını taşır.

Ceza koşulunda, alacaklının zarara uğramış olması şartı aranmadığından götürü tazminattan ayrılır. Keza, ekonomik bir değere sahip olması koşuluyla her türlü edime konu olabileceğinden temerrüt faizi, cayma ve bağlanma parası kurumlarından da farklıdır. Zira, bu kurumların konusunu yalnızca para edimi oluşturabilir.

İfaya eklenen ceza koşulu, geçerli ve muaccel bir asıl borcun varlığı ve bu borcun sözleşmede kararlaştırılan biçimde ihlal edilmesiyle muaccel hale gelerek bağımsız bir edim niteliği kazanır. Bu sayede alacaklı, TBK m. 179/2'deki şartların da oluşmasıyla hem asıl borcun hem de kararlaştırılan ifaya eklenen ceza koşulunun ifasını borçludan isteyebilir.

İfaya eklenen ceza koşulu alacaklının bir zarara uğramamış olduğu hallerde dahi istenebilir. Nitekim bu husus, TBK 180. madde 1. fıkrada "*Alacaklı hiçbir zarara uğramamış*

olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir.” şeklinde ifade olunmuştur. Bu ceza koşulu türünde borçlunun kusurunun bulunup bulunmaması gerektiği hususunda doktrinde birlik olmasa da kanaatimizce borçlunun kusurlu olması gerekir.

Bazı hallerde alacaklının, borçlunun borca aykırı davranışı nedeniyle uğramış olduğu zarar, kararlaştırılan ceza koşulundan fazla olabilir. Bu ihtimali göz önünde bulunduran kanun koyucu, alacaklının aşkın zararını borçludan isteyebileceğini hüküm altına almıştır. Buna ilişkin TBK m. 180/2 hükmü şu şekildedir: *“Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez.”*

İki taraflı hukuki işlemler olan sözleşmeler için TBK m. 26 ile kabul edilen irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkeleri, TBK m. 182/1 hükmü ile ceza koşulu için de benimsenmiştir. Anılan hükme göre taraflar, irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkeleri gereğince ceza koşulunun miktarını serbestçe belirleyebilir. Ancak, serbestçe kararlaştırılan bu ceza koşulunun miktarı, bazı hallerde borçlunun ekonomik özgürlüğünü ve ticari faaliyetlerini olumsuz yönde etkileyecek ölçüde aşırı olabilir. Bu durumu göz önünde bulunduran kanun koyucu, TBK m. 182/3 hükmüyle, hakime aşırı gördüğü ceza miktarını re’sen indirme hususunda bir yükümlülük yüklemiştir. Hakime yalnızca aşırı cezanın indirilmesi şeklinde bir yetki tanındığına göre, hakimin kararlaştırılan ceza koşulunu ortadan kaldırabilmesi mümkün değildir. Hakimin ifaya eklenen ceza koşulunu indirebilmesi için, geçerli bir ceza koşulu anlaşmasının varlığı, ifaya eklenen ceza koşulunun muaccel olması, kararlaştırılan cezanın ifa edilmemiş olması, kararlaştırılan cezanın aşırı nitelik taşıması ve borçlunun tacir olmaması gerekir.

İfaya eklenen ceza koşulu, asıl borcun fer’i niteliğinde olduğundan muaccel oluncaya kadar asıl borcun kaderine bağlıdır. Ancak, ceza koşulunun muaccel olmasıyla bağımsız bir nitelik kazanır. Dolayısıyla, ifaya eklenen ceza koşulunun onun fer’i niteliği gereği asıl borç ile beraber sona erebilmesi mümkün olduğu kadar, asıl borçtan bağımsız olarak sona ermesi de pekala mümkündür.

KAYNAKÇA

- Akıntürk T, Ateş D, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri (29. B, Beta Yayınları 2020)
- Akkaya H, Yargıtay Kararları Doğrultusunda Ceza Koşulu (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019)
- Aksoy HC, 'Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru İle İlişkisi Nedir?', (2018) 24 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 999-1018
- Arkan S, Ticari İşletme Hukuku (23. B, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2017)
- Aydoğdu M, Yağcıoğlu AH, Kovid-19 Salgınının Borç İlişkilerine ve Yargılamaya Etkileri (1. B, Adalet Yayınevi 2020)
- Cansel E, Özel Ç, 'Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu', (2013) (Özel Sayı-Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 713-733
- Dural M, Öz T, Miras Hukuku (13. B, Filiz Kitabevi 2019)
- Ekinci H, Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu Doktrin ve Uygulama (2. B, Seçkin Yayıncılık 2015)
- Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (22. B, Yetkin Yayınları 2017)
- Korkmaz S, İfaya Eklenen Ceza Koşulu (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018)
- Meşe S, Türk Hukuku'nda İfaya Eklenen Ceza Koşulu (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2020)
- Oğuzman K, Öz T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: 2, (13. B, Vedat Kitapçılık, 2017)
- Öktem C, Tacir Bakımından Ceza Koşulunun İndirilmesi ve Geçersizliği, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2019)
- Uslu E, Uygulama Örnekleri Yargıtay Kararları ile Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu (1. B, Seçkin Yayıncılık 2019)
- Yağcıoğlu B, Türk ve İsviçre Hukuku'nda Ceza Koşulu (Cezai Şart) (1. B, Seçkin Yayıncılık 20)



ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

Ödeme Emrinin Tebliğinden Önce Borca İtiraz

Av. Kerim Görkem GÖKKAYA*

Öz

İcra hukuku gereğince borçluya dosya konusu olayı ihtar etmek için ödeme emri gönderilmektedir. Genel olarak, ödeme emrinin tebliğiyle dosyayı öğrenen borçlu, bazı istisnai hallerde haricen icra dosyasını öğrenme imkânına sahiptir. Günümüz teknoloji çağında ise bu ihtimal bir hayli artmıştır. Bu şekilde dosyadan haricen haberdar olan borçlular, ödeme emri tebliğinden önce borca itiraz etmekte, bu itiraz davalara konu olmakta ve Yargıtay'ın aynı daireleri benzer olaylarda farklı kararlar verip çelişki yaratmaktadırlar. Bu makale ile yargı kararları ışığında güncel bir soruna somut çözümler getirilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Ödeme emri, İtiraz, Tebliğ, Haricen öğrenme

* Eskişehir Barosu, kerimgokkaya@gmail.com, ORCID: 0000-0002-0363-3431.
Gönderim Tarihi: 31.10.2021. Kabul Tarihi: 16.12.2022. **Hakem denetiminden geçmiştir.**



ESKİŞEHİR BAR ASSOCIATION JOURNAL

Objection to Debt Before Notification of Payment Order

Abstract

Since the Law of Execution was established, a payment order has been sent to the debtor to warn the event that is the subject of the file. In general, the debtor, who learns the file with the notification of the payment order, has the possibility to learn the execution file externally in some exceptional cases. In today's technology age, this possibility has increased considerably. In this way, the debtors who are aware of the file externally object to the debt before the payment order notification, this objection becomes the subject of lawsuits and the same chambers of the Supreme Court give different decisions in similar events and create contradictions. With this article, concrete solutions have been brought to a current problem in the light of judicial decisions.

Keywords

Order of Payment, Objection, Notification.

GİRİŞ

İcra (Takip) hukuku, maddi hukuktan kaynaklanan taleplerin devlet yardımı ve denetimi altında takip ve tahsil edilmesi için ihdas edilmiş bir hukuk dalıdır. Geniş anlamda icra hukuku, cüz’i icra ve külli icra olarak ikiye ayrılmaktadır. Cüz’i icra ise, ilamlı icra, ilamsız icra ve rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takip olarak ayrılmaktadır. Uygulamada en çok karşılaşılan dosyalar ise genel haciz yoluyla takip, kambiyo senetlerine özgü takip, kiralanan taşınmazın tahliyesi yolu ile takip ve abonelik sözleşmelerinden kaynaklanan para alacaklarına ilişkin takipler olan ilamsız icra dosyaları oluşturmaktadır¹. Genel haciz yoluyla takipte² İİK m.58’e uygun takip talebi varsa, icra müdürü takip talebine uygun ödeme emri çıkarılmasına karar verir. Ödeme emrinde İİK m.60’ta sayılan unsurların bulunması gerekmektedir. Ödeme emrinin tebliği, icra takibinde borçluya yönelik olarak yapılan ilk icra takip işlemidir³. Nitekim ilk işlem olduğu gibi şayet usulüne uygun yapılmadığı takdirde de tebliğin ardından yapılacak tüm işlemlerin geçersiz sayılacağı unutulmamalıdır. Böylesine önemli bir rolü bulunan ödeme emri, takibin devamındaki işlemlerin yapılabilmesi için takipte âdetâ insan omurgası gibi işlev görmektedir.

I. ÖDEME EMRİ VE İTİRAZ

A. Ödeme Emri

1. Genel Olarak

Ödeme emri ile borçluya, borcu ödemesi veya itirazı varsa bunu bildirmesi ve bunları yapmazsa hakkında cebri icraya devam edileceği (malların haczedileceği) ihtar edilir⁴. Bir başka deyişle borçlunun hakkında açılmış takip dosyası için bilgilendirilmesi, ödeme yapması veya varsa itirazını bildirmesi için uyarılmasıdır. Ödeme emri, başlatılan icra takibinde takip talebi ile başlatılmak istenen icrai işlemlerinden ilk ve en önemlisidir. Adeta temel görevi gören ödeme emrindeki yazılı bilgiler, takip işleminin kökleri görevini gerçekleştirmektedir.

¹ Deniz Ayhan “İcra Patladı” 21 Kasım 2022, < https://www.sozcu.com.tr/2022/ekonomi/icra-patladi-2-7491057/?utm_source=anasayfa&utm_medium=free&utm_campaign=alt_surmanset > Erişim Tarihi 15.12.2022. Haberde “ İcra dairelerindeki dosya sayısı, son bir yılda 1 milyon 466 bin adet artarak 24 milyonu geçti. Borcunu ödeyemediği için yasal takibe girenlerin sayısı da bir önceki yıla göre yüzde 83 arttı. Bu nedenle vatandaşlara yönelik haciz işlemlerine yetismekte zorlanan icra dairelerinin sayısı artırılabilecek.” şeklinde olduğunu belirtmiştir.

² Bu makalede Genel Haciz Yoluyla sınırlı olarak inceleme yapılacaktır.

³ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan, Muhammet Özekes, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, (9. B. On İki Levha Yayıncılık 2019) 97.

⁴ Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılı İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, (2. B. Yetkin Yayıncılık 2018) 93.

2. Ödeme Emrinin İçeriği

Ödeme emrinin içeriğinden İ.İ.K. m. 60'ta (İ.İ.K. Yön. m. 29) söz edilmiştir. Kanuna göre ödeme emrinin aşağıdaki hususları içermesi gerekir:

1. Alacaklı veya vekilinin banka hesap numarası hariç olmak üzere takip talebindeki kayıtlar (alacaklı kimliği, borçlu kimliği, borcun tutarı, faiz istenmişse faiz oranı ve işlemeye başladığı gün, borcun sebebi yazılır)
2. Ödeme emri ile borçluya, borcun yedi gün içinde borcu ve takip giderlerini ödemesi gerektiği
3. Yedi gün içinde senetteki imzaya veya borca itiraz edebileceği
4. Ödeme emrinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde itiraz etmeyen veya borcu ödemeyen borçluya mal beyanında bulunması gerektiği, bulunmaz ise yaptırımları olacağı
5. Yedi gün içinde borç ödenmez ise cebri icraya devam olunacağı yazılır.

Ayrıca kanun maddesinin devamında ödeme emrinin iki nüsha olarak tanzim edileceği, bir nüshanın borçluya gönderileceği, şayet takip belgeye dayanmakta ise belgenin de tasdikli bir örneğinin ödeme emrine bağlanacağı gibi hususlar yazılmıştır.

Bunlara ek olarak takip talebinin İİK içeriğindeki şartları taşıması yeterli görülmüştür. Takip talebini inceleyen icra müdürü borcun zamanaşımına uğrayıp uğramadığını, alacağın muaccel olup olmadığını veya koşula bağlanıp bağlanmadığını incelemeyecektir⁵.

3. Ödeme Emri Tebliği

Ödeme emrinin hukuki sonuçlarının doğabilmesi için tebliğ edilebilmesi şarttır. Ödeme emrinin borçluya tebliğ edilmesi, takip hukukunda başlatılmış sürecin sorunsuz bir şekilde devam edebilmesi anlamına gelmektedir. Bir diğer deyişle ödeme emri olmaksızın takip hukukuna devam edilebilmesi mümkün değildir⁶. Ödeme emri tebligatı, Tebligat Kanunu hükümlerine tabidir. İİK m.21'deki "İcra dairelerince yapılacak tebliğler yazı ile ve Tebligat Kanunu hükümlerine göre olur. Bu tebliğler makbuz karşılığında doğrudan doğruya tevdi suretiyle de yapılabilir" hükmü ile bu süreçten açıkça bahsedilmiştir. İcra ve iflas hukukunda, tebligata ilişkin kurallar 7201 sayılı Tebligat Kanunu, Tebligat Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik, -Tebliğat Kanunu'nun 7/a maddesi gereğince yayımlanmış bulunan-

⁵ Canan Ruhi, Ahmet Cemal Ruhi, İlamsız İcra Takibi (1. B. Seçkin Yayınevi 2022) 40.

⁶ İbrahim Aşık, Yakup Oruç, Ozan Tok, Ömer Faruk Saçar, İcra ve İflas Hukuku (1. B. Seçkin Yayınevi 2022) 101.

Elektronik Tebligat Yönetmeliği, İcra ve İflas Kanunu ve İcra ve İflas Kanunu Yönetmeliği'nde yer almış bulunmaktadır⁷.

Genel haczi yoluyla takip bakımından itiraz süresi kural olarak, ödeme emrinin tebliğinden itibaren borçluya yedi gündür. (İİK m.19/1 ‘‘Gün olarak tayin olunan müddetlerde ilk gün hesaba katılmaz.’’ hükmü gereği tebliğ edilen günün katılmaması gerektiği unutulmamalıdır⁸. Dosya borçlusu bu yedi gün içinde borcu ödeyebilir, mal beyanında bulunabilir, sessiz kalıp takibin kesinleşmesini bekleyebilir veyahut borca itiraz edebilir.

B. Ödeme Emrine İtiraz

1. Genel Olarak

Genel haciz yoluyla takipte itiraz, İİK m.62 vd. hükümlerinde yer almaktadır. Hükme göre borçlu ödeme emrine itiraz etmek istiyorsa, bu itirazını ödeme emrinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde icra dairesine yapmalıdır. Bu hükümden anlaşılması gereken yegâne husus borca itiraz edebilmek için ödeme emrinin borçluya tebliğ edilmiş olması gerektiğidir⁹.

Borçlu itirazında da herhangi bir sebep bildirmek zorunda değildir¹⁰. ‘‘itiraz ediyorum’’ şeklindeki bir talep bile yeterli olmaktadır. Borçlu sebep bildirmek zorunda olmasa da, belirttiği sebeplerle bağlıdır. Bu sebepler genişletilemez veya değiştirilemez. Bu kurala istisna olarak genel mahkemelerde açılan itirazın iptali davalarında, borçlu belirttiği itiraz sebepleriyle bağlı değildir. Ayrıca borçlu itirazını her zaman geri alabilmektedir. Ancak itirazın kaldırılması yolunda borçlu, itiraz dilekçesinde gösterdiği sebeplerle bağlıdır ve itiraz sebeplerini değiştiremez, genişletemez¹¹.

2. İtirazın İleri Sürülmesi, Süresi ve Sonuçları

Takip hukukunda itirazın ileri sürülmesi birçok şekilde yapılabilir. İtirazın esasen borçlunun tek taraflı irade beyanı olduğunu söyleyen pek çok doktrinsel görüş bulunmaktadır¹².

⁷ Alper Tunga Küçük, ‘İcra ve İflas Hukukunda Tebligata İlişkin Düzenlemeler’ (2016) 74 (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 305, 305.

⁸ Talih Uyar, ‘İcra Hukuku’nda Süreler’, (2004) (55), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 239, 239 ‘‘Gün olarak belirlenen sürelerde ‘‘ilk gün’’ hesaba katılmaz, (İİK m. 19/1) örneğin; örnek 163 ödeme emri borçluya 2.2.2004 tarihinde tebliğ edilmişse, 5 günlük itiraz süresi 7.2.2004 günü tatil saatinde sona erer. Ancak, ayırık olarak, yasa ilk günün hesaba katılacağı açıkça belirtilmişse, ilk gün hesaba dâhil edilerek süre hesaplanır.’’

⁹ Canan Ruhi, Ahmet Cemal Ruhi, İlamsız İcra Takibi (1. B, Seçkin Yayınevi 2022) 44.

¹⁰ Pekcanitez (n 2) 101.

¹¹ Murat Atalı, İbrahim Ermenek, Ersin Erdoğan, İcra ve İflas Hukuku (6. B. Yetkin Yayınevi 2022) 87.

¹² İlhan Postacıoğlu, Sümer Altay, ‘İcra Hukuku Esasları’, (5. B.Vedat Kitapçılık 2010) 183.

Kanun koyucu itirazın ileri sürülmesinde herhangi bir usul öngörmemiştir. Borçlu yazılı veya sözlü bir şekilde itirazını gerçekleştirebilir. Ayrıca borçlunun itirazında herhangi bir gerekçe göstermesine de gerek yoktur. Kanun koyucu, bu nedenle borçluya ispatsız biçimde ileri sürebileceği itiraz olanağını vererek alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini sağlamıştır¹³.

Doktrinde ödeme emrine itiraz çeşitli sınıflandırmalara tâbi tutulmuştur. Ödeme emrine itiraz; içeriğine, kaynağına, ileri sürülüş biçimine, yapılış şekline veya kapsamına göre olmak üzere birden fazla biçimde sınıflandırılabilir¹⁴. Doktrinde en sık yer alan sınıflandırma; kaynağına ve ileri sürülüş biçimine göre itiraz ayrımıdır. Kaynağına göre itiraz ayrımında, maddi hukuk ile takip hukuku itirazları olmak üzere iki kategori vardır¹⁵. Maddi hukuktan kaynaklı itirazlar kuvvetle muhtemel borç ile alakalı olurken, takip hukukundan kaynaklı itirazlar yetkiye itiraz gibi hususlardır.

Kanunun lafzi yorumuna göre borca itiraz edebilmek için ödeme emrinin borçluya tebliğ olması gerekmektedir. Tebligat usulsüz şekilde yapılmış ise, ödeme emrini içeren tebligat geçersiz sayılmaz. Usulsüz tebligatta muhatap adına çıkarılmış ve muhataba gönderilmiş ancak kanuna uygun surette yapılmamış tebligat söz konusudur¹⁶. Ancak usulsüz tebligatlar tebligatın devamındaki işlemleri kendiliğinden geçersiz kılmamaktadır. Burada yapılmış olan bir tebligat olmasına rağmen usulüne uygun olmayan bir tebligatın bulunması mevzubahistir. Bu hususun da ittila tarihinden itibaren yedi gün içerisinde öne sürülmesi gerekmektedir. Örneğin Yargıtay 12. H.D. 10.05.2016 Tarih ve 2016/887 E. 2016/13740 K. sayılı ilamında, "*Ödeme emri tebliğ işleminin usulsüzlüğü iddiasının yasal dayanağı İİK'nun 16. maddesi olup, bu yöndeki şikayetin, aynı maddenin 1. fıkrası uyarınca usulsüz tebliğ işleminin öğrenildiği tarihten itibaren 7 günlük süre içinde icra mahkemesine yapılması zorunludur.*

Somut olayda, borçlu şirkete çıkartulan şikayete konu ödeme emrinin; "İş yerinde tebligatı alacak yetkili bulunmadığından tebligat mahalle muhtarına tebliğ edildi. 2 numaralı haber kağıdı çalışana verildi, çalışana haber verildi." şerhiyle tebliğ edildiği, anılan tebligatın şirketin yetkili temsilcileri olmaması durumunda çalışanına yapılması (yani teslimi) gerekirken,

¹³ Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, Emel Hanağası, 'İcra ve İflâs Hukuku', (6. B. Yetkin Yayınevi 2020), 161.

¹⁴ Cenk Akil, 'Genel Haciz Yoluyla Takipte Ödeme Emri', (1. B. Yetkin Yayınevi 2017) 52-100.

¹⁵ Barçın Özkan Kıdıl, 'Genel Haciz Yoluyla Takipte Ödeme Emrine İtirazın Geri Alınması' (2021) 29 (4) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3123.

¹⁶ Aslı Aras, 'Davada Veya İcra Takibinde Usulsüz Tebligatın Re'sen Dikkate Alınması Gerekliliği' (2022) 158, TBB Dergisi, 195.

mahalle muhtarına verildiği, şirket çalışanına ise haber verildiği, tebligatın bu haliyle TK'nun 12 ve 13. maddelerine aykırı olarak yapıldığı ve dolayısıyla usulsüz olduğu anlaşılmaktadır.

O halde, mahkemece, TK'nun 32. maddesi uyarınca, borçlu şirketin usulsüz tebligatı öğrenme tarihinin tespit edilerek, öğrenme tarihine göre şikâyet süresinde ise, öğrenme tarihi itibarıyla tebligat tarihinin düzeltilmesine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile şikâyetin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir.” şeklinde gerekçeye yer verilerek bu husus açıklanmıştır.

Ayrıca icra dairelerinin tebligatı usulsüz olup olmadığı hususunu inceleme yetkisi de bulunmamaktadır. Yargıtay'ın da bu hususta birçok kararı bulunmaktadır. Yargıtay'a göre, tebligat usulsüzlüğü mutlaka muhatap tarafından şikâyet yoluyla icra mahkemesine iletilmeli; icra mahkemesi bu konuda bir şikâyet olmadan tebliğ usulsüzlüğüne ilişkin bir karar vermemelidir¹⁷. Genel icra hukuku kapsamında borçlunun süresinde ve usulüne uygun olarak ödeme emrine itiraz etmesi üzerine de takip kendiliğinden durmaktadır.¹⁸

Tebliğ tarihinden itibaren (tebliğ tarihi hesaba katılmadan) yedi gün içinde, doğrudan icra dairesine giderek sözlü veya yazılı olarak itiraz edilebilir. Dosyanın olduğu icra-yargı çevresinden farklı mahalde oturan borçlu, meskeninin bulunduğu yer icra dairesine de oraya gönderilmek üzere itirazını yapabilir.

Bunlara ek olarak gecikmiş itirazdan da bahsetmek gerekmektedir. Gecikmiş itiraz İİK m. 65'te düzenlenmiş borçlu yararına bir müessesedir. Kusuru olmaksızın bir engel sebebiyle süresi içinde itiraz edememiş olan borçlunun itiraz hakkını kaybetmeyerek, sonradan itirazda bulunabilmesidir. Gecikmiş itiraz müessesesi, borçlunun, kusursuzluğu hâline özgü olarak kabul edilebilir bir mazerete dayanması şartıyla, itiraz süresini kaçırmış olan borçluya, itiraz hakkını kaybetmemesi amacıyla tanınmış olan bir hak olup, ödeme emrine itirazın bir istisnasıdır¹⁹. Gecikmiş itirazda bulunabilmek için birtakım şartlar öngörülmüştür. Bunlar, itirazın en geç hacizli malların paraya çevrilmesi işlemine kadar yapılması gerektiği ve engelin ortadan kalkması ile birlikte üç gün içinde yapılması gerektiğidir. Ancak hacizli mallar paraya çevrilme işlemi gerçekleştiğinde borçluya engel olan durum hâlâ devam ediyor ise bu hususta borçlunun yapacağı bir gecikmiş itiraz süresinde yapılmış olmayacaktır.

¹⁷ Bkz: 12. H.D. 34086/5257 25.02.2016 (Erişim Tarihi 10.01.2023)

¹⁸ Alper Öztürk, 'Ödeme Emri Aşamasında Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların Genel İcra ve Vergi İcra Hukuku Bakımından Karşılaştırmalı İncelenmesi' (2021) 8 (26) Gümrük Ticaret Dergisi 12, 18.

¹⁹ Alper Uyumaz, 'İcra ve İflas Hukukunda Gecikmiş İtiraz', (2010) 24, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 374.

Kanun maddelerinde ve doktrinde itirazın sonuçları belirtilmiştir. Buna göre:

1. Süresinde ve usulüne uygun olarak yapılan itiraz, takibi kendiliğinden durdurur. (m.66/1)
2. Ödeme emrine itiraz eden borçlu, mal beyanında bulunmak zorunda değildir. (m.60/2)
3. Borçlu kısmi itiraz ederse, itiraz edilen kısım için takip durur.
4. İtiraz üzerine duran takibe, itiraz giderilinceye kadar devam edilmez²⁰.

Bu madde hükmüne göre borca itiraz, süresi içerisinde ve usulüne uygunsa başka bir araştırmaya gerek kalmaksızın kendiliğinden durmaktadır. İcra takibine edilen itiraza karşı gerekli hukuki yollar neticeleninceye kadar veyahut itiraz giderilinceye kadar hiçbir icrai işlem yapılamamaktadır.

II. ÖDEME EMRİ BORÇLUYA TEBLİĞ OLMADAN İTİRAZ

Buraya kadar anlatılan kısım kanunun öngördüğü hayatın olağan akışına uygun ilerleyen icra takip hukukudur. Fakat borçlu, borcundan dolayı takip edildiği dosyayı her zaman icra dairesince yapılan tebligattan öğrenmeyebilir. Günümüz teknolojisiyle kişiler, haklarında açılan dava ve icra dosyalarını UYAP sisteminden takip edebilmektedir. Bunun dışında alacaklı, vekili veya üçüncü kişilerin haber vermesiyle dosyadan haberdar olunması mümkündür. Bu gibi durumlar kanunda düzenlenmemiş, ödeme emrinin tebliği dışında borçtan haberdar olma halleridir. Bu sebeple aşağıda da örneklendireceğimiz gibi Yargıtay'ın aynı dairesi bile konuyla alakalı farklı kararlar vermektedir.

A. Çelişkili Yargıtay Kararları

Yargıtay'ın bu konu özelinde vermiş olduğu kararlar bir istikrar sağlamış değildir. Özellikle bazı kararlardaki “*somut olayın özelliklerine göre ibaresi*” uygulamada karışıklığa yol açmaktadır. Yargıtay da istikrarlı bir şekilde somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılmasını vurgulamaktadır²¹. Bu kavram yeterince muğlak olup, hukuki güvenilirliği de zedelediği düşünülmektedir. Her olaya göre farklı kararlar verilmesi hem kanunun emredici hükmüne aykırılık teşkil etmekte hem de uygulamada karışıklıklara neden olmaktadır.

²⁰ Pekcantez (n 3) 105.

²¹ Yargıtay 12. H.D. 7314/376 13.01.2022 “*Her ne kadar bölge adliye mahkemesi kararında Dairemizin bazı içtihatlarına atıfta bulunulmuş ise de, bahsi geçen içtihatlar her somut olayın niteliğine göre oluşturulmuş olup, Dairemizin sonradan oluşan ve usul ekonomisine de uygun olan uygulamalarına göre; borçluya ödeme emrinin tebliği edilememesi halinde, borçlunun takipten haricen haberdar olup yedi gün içinde itirazını icra dairesine bildirdiğinin ve alacaklının da anlaşmazlığı ve takibi sürdürme iradesinin mevcut olduğunun anlaşılması halinde ödeme emri tebliği edilemese bile borçlunun itirazı geçerli olup alacaklının itirazın kaldırılmasını istemekte hukuki yararı vardır.*” Şeklinde belirtilmiştir. (Erişim Tarihi 13.01.2023)

Örneğin güncel kararlardan sayılan Yargıtay 12.H.D. 02.03.2021 Tarih ve 2020/6620 E. 2021/2293 K. sayılı kararın gerekçesinde ‘‘... Her ne kadar bölge adliye mahkemesi kararında Dairemizin bazı içtihatlarına atıfta bulunulmuş ise de, bahsi geçen içtihatlar her somut olayın niteliğine göre oluşturulmuş olup, Dairemizin sonradan oluşan ve usul ekonomisine de uygun olan uygulamalarına göre; borçluya ödeme emrinin tebliğ edilememesi halinde, borçlunun takipten haricen haberdar olup yedi gün içinde itirazını icra dairesine bildirdiğinin ve alacaklının da anlaşmazlığı ve takibi sürdürme iradesinin mevcut olduğunun anlaşılması halinde ödeme emri tebliğ edilemese bile borçlunun itirazı geçerli olup alacaklının itirazın kaldırılmasını istemekte hukuki yararı vardır. ...’’ diyerek her olayı somut olarak değerlendirdiklerini belirtmişlerdir.

Aynı şekilde Yargıtay 12. H.D. 13.01.2022 Tarih ve 2021/7314 E. 2022/376 K. sayılı ilamında ‘‘İİK 'nun 62/1. maddesinde; ‘‘... İtiraz etmek isteyen borçlu, itirazını, ödeme emrinin tebliği tarihinden itibaren yedi gün içinde dilekçe ile veya sözlü olarak icra dairesine bildirmeye mecburdur’’ hükmü yer almakla birlikte borçluya ‘‘ödeme emri tebliğ edilemese’’ bile, alacaklının anlaşmazlığı ve takibi sürdürme iradesi mevcut bulunduğu sürece borçluya ödeme emrinin tebliğ edilmemesi şikayet ve itirazda bulunmasına engel teşkil etmez. Kaldı ki, borçlu ...’a müdürlükçe çıkarılıp bila tebliğ iade edilen ödeme emri de bulunmaktadır. ...’’ şeklinde bir ifade ile bu hususu açıklamıştır.

Yine yakın tarihli sayılabilecek Yargıtay 12. H.D. 19.03.2020 Tarih ve 2020/1169 E. 2020/2965 K. sayılı hükmünde ‘‘... Ödeme emrinin hiç tebliğ edilmemiş olması hallerinde borçlunun takibi haricen öğrenerek itirazda bulunması durumunda itirazın geçerli olmadığı kabul edilir. Oysa davalı borçluya ödeme emri tebliği ile ilgili eksiklik tamamlanmış, ...’’ şeklinde gerekçe göstererek itiraz ettikten sonra tebliğin yapılmasının eksikliği gidereceğini belirtmiştir.

Eski kararlardan da örnek vermek gerekirse Yargıtay 12. H.D. 21.09.2006 Tarih ve 2006/13613 E. 2006/16937 K. sayılı hükmünde ‘‘... Borçlulardan H. P. adına gönderilen ödeme emri tebliğ edilmeden iade edilmiştir. Alacaklı bu borçlu hakkında takip iradesini sürdürdüğü için adı geçen itirazı süresinde kabul edilmelidir. ...’’ diyerek gerekçe gösterilmiştir.

İkisi nispeten yeni sayılacak bu üç karar da kanunun emredici hükmüne rağmen somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerektiğinden bahsetmiştir.

Bu kararların aksine yine Yargıtay 12. H.D. 11.10.2018 Tarih ve 2017/4706 E. 2018/9705 K. sayılı hükmünde ise ‘‘... İ.İ.K.'nun 62/1. maddesinde; ‘‘İtiraz etmek isteyen

borçlu, itirazını, ödeme emrinin tebliği tarihinden itibaren yedi gün içinde dilekçe ile veya sözlü olarak icra dairesine bildirmeye mecburdur” hükmü yer almaktadır. Bu durumda, borçluya henüz ödeme emri tebliğ edilmediğinden, borçlunun icra dairesine itirazı sonuç doğurmaz. O halde mahkemece, şikâyetin kabulüne karar verilmesi yerine, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir. ...” diyerek yukarıdaki kararlara aksi yönde bir karar vermiştir.

Genel haciz yolu dışından da bir örnek vermek gerekirse kiralanan taşınmazın tahliyesi için açılan takiple ilgili Yargıtay 8. H.D. 2017/4168 E. 2017/16292 K. sayılı hükmünde “... ödeme emrinin tebliğinden sonra borçlunun itiraz sebeplerini icra dairesine bildirip yasal ödeme süreleri geçtikten sonra alacaklının merciden itirazın kaldırılması ve tahliye isteyebileceği öngörülmüştür. Tahliye itirazlı ödeme emri tebliğ edilmediğinden henüz itiraz hakkı doğmamış olup anılan maddedeki itiraz ve ödeme süreleri işlemez. Borçlunun haricen icra takibini öğrenip, icra dairesine itiraz etmesi yasanın emredici hükümleri karşısında hukuki sonuç doğurmaz. Bu durumda mahkemece, istemin reddine karar verilmesi gerekirken davalı şirket yönünden yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi doğru değildir. ...” diyerek ödeme emrinin tebliği olmadan itiraz etmenin emredici hükümlere aykırı olduğu belirtilmiştir.

Yukarıdaki kararlarda da görüldüğü gibi ele aldığımız konuda uygulama tarafında herhangi bir netlik bulunmamaktadır. Bununla beraber son tarihli kararlarda yüksek mahkemenin somut olaya göre değerlendirilmesi gerektiğine dair bir kanaat oluşmuştur. Bu tür kararlar uygulamada karışıklığa yol açmasının yanı sıra somut olaya göre değerlendirilmesi kavramı, muğlak bir kavram olup kişileri muallakta bırakmaya elverişli bir durumdur. Çünkü kanun gayet emredici bir hükümle “*tebliğden itibaren yedi gün içerisinde itiraz edilir*” demiştir. Mefhum u muhalifinden tebliğ edilmediğinde itiraz edilemez sonucuna varmak gerekmektedir.

Ancak her ne kadar kanunun lafzi hükmünden tebliğ olmadan itirazın öne sürülmeyeceği anlamı ortaya çıkarılsa da doktrindeki bazı yazarlar da bunun aksi görüşündedir. Yenipınar “*borçlu taleple birlikte, aynı zamanda ileri sürdüğü öğrenme tarihine göre 7 gün içerisinde icra dairesine borca, imzaya vd. itirazlarını da bildirmek zorundadır.*” demek suretiyle öğrenmeden itibaren de itirazın başlayabileceğini ifade etmiştir²².

²² Filiz Berberoğlu Yenipınar, Uygulamada İcra Takibi (5. B. Seçkin Yayınevi 2022) 77.

SONUÇ

A. Konuya Metodolojik Bir Bakış

Kişilerarası ilişkiler ütopyalardaki gibi olsa devletler meydana gelmez, devletler mükemmel işleyen bir kurum olsa kanunlar koyulmaz, kanunlar kusursuz bir düzen yaratsa ülkelerde yargı müessesesine ihtiyaç kalmazdı. Kanun koyucu bazen koyduğu kuralın yargı dünyasında yaratabileceği infialleri öngörememektedir. Bu tür durumlarda metodolojik yöntemler bizlere nasıl bir yol izlememiz gerektiğini açıklamıştır. Bu yol da kanunların yorumlanması metodundan geçmektedir. *‘Yorum, bir hukuk kuralının gerçek anlam ve kapsamını ortaya koyma işlemi yahut kanun koyucunun düşüncesinin kapsamının açıklanması olarak tanımlanabilir. Kanunun yorumlanması, kanunun tamamına hâkim olan ilke ve esaslar ışığında belli bir kanun hükmünün içerdiği anlamı ortaya koymak için yapılan faaliyettir.’*²³ Yorum daima hukukçular tarafından kullanılması gereklidir. Nitekim mahkemelerdeki tartışmaların çoğu bir metnin yorumu hakkındadır ve yargıçlar doğru yorumun hangisi olduğuna karar vermek zorundadır²⁴. Ayrıca toplumda bir hadisenin meydana gelmesiyle hukukun hadiseyi takip ederek ihdas olunacağı da unutulmamalıdır.

Bazen kanun metni çok açık gibi gözükse de her zaman lafzi olarak yorumlamamak gerekir. Aslında kanunu lafzından anlamalı, ardından kanun koyucunun o kanunu koyarken amacının ne olduğunu düşünmemiz daha doğru olacaktır. Nitekim 8049 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1.maddesi de *‘Kanun, sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır.’* (743 sayılı mülga Türk Kanuni Medenisi'nde de 1.madde ‘Kanun, lafziyle veya ruhiyle temas ettiği bütün meselelerde mer’idir. ‘şeklinde’dir)²⁵ demek suretiyle hem lafzıyla hem de ruhuyla uyumsuzluklara uygulanacağını söylemiştir. Yorumu yapan kişi, özellikle hâkim, yorumda serbest olmayıp, kanunun sözüyle ve özüyle bağlıdır²⁶. Yargıtay Genel Kurulu da bu konuya ilişkin *‘Her hükmün lafzı, ruhu ile kontrol edilmek gerekir’* diyerek kanunun ruhunun önemini vurgulamıştır ve İçtihadı Birleştirme Kararları yargı için bağlayıcıdır²⁷. Zaten kanunun lafzı metinlerde açıkça yazılıdır. Fakat bu maddeyi meydana getiren ruhun ne olduğunu da düşünmek gereklidir.

²³ Jale Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, (7. B. Beta Yayınevi 2009) 114.

²⁴ Yasemin Işıktaç, Sevtap Metin, Hukuk Metodolojisi (5. B. Filiz Kitabevi 2016) 179.

²⁵ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607

²⁶ Mustafa Kemal Oğuzman, Nami Barlas, Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar (25. B. Vedat Kitapçılık 2016), 70.

²⁷ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı 22/2, 09.03.1955.

İ.İ.K. m.62'yi incelediğimizde de kanun açıkça "tebliğden sonra yedi gün" ibaresini kullanmıştır. Yargı ve doktrin ise bir çelişki içerisindedir. İ.İ.K. çok eski bir kanundur, yapılan güncellemelerle ayakta tutulmaya çalışılmaktadır. Kanunun tebliğ diye belirtmesinin altında yatan neden ise borçlunun borçtan haberinin olduğunun bilinmesi ve yapılan işlemlerin bilgisi dâhilinde yapılmasının istenmesidir. Tebliğin asıl gayesi borçlunun haberdar edilmesiye şunun şurasında yirmi yıl önce olmayan dokümatik telefonlarla bile artık dosyalardan haberdar olunabilmektedir. Eskiye nazaran iletişim ve teknolojinin bir hayli gelişmesiyle bu imkânlar daha da kolaylaşmış ve haricen öğrenmeler artmıştır.

B. Alternatif Çözümler

Matematik gibi sayısal bir alanda bile sonuca giderken birden farklı yoldan gidilebiliyorsa, sosyal bir alan olan hukuk alanında da problemler için de pekâlâ birden fazla seçenek sunarak sonuca varabiliriz. Yukarıda değinmeye çalıştığımız problem için kanımızca aşağıdaki işlemler yapılabilir:

1. Kanun maddesindeki tebliğ ibaresinin kaldırılıp yerine borcu öğrenme ibaresi eklenebilir.
2. Borçluya tebligat tebellüğ edilmemişse haricen öğrenmelerde yapılan itirazlar için itiraz tarihinin tebliğ tarihi sayılacağını ifade eden bir fıkra maddeye eklenebilir.
3. Kanunun emredici ifadesi uygulanıp lafzi yoruma göre tebliğ şartı gerçekleşmemiş dosyalarda yapılan borca itiraz talepleri reddedilebilir.
4. İtirazdan sonra ödeme emri tebliği şartı yerine getirilmesi koşuluyla eksiklik tamamlanarak bu sorundan kaçınılabilir. *(Eksikliğin sonradan tamamlanmasıyla itirazları geçerli sayan mahkeme kararları mevcuttur)*

C. Sonsöz ve Düşüncelerimiz

Yukarıda da açıklamaya çalıştığımız İ.İ.K. anılan hükümleri, küçük bir detaymış gibi gözükken, aslında ciddi karışıklık yaratan ve yargıyı meşgul eden hükümlerdir. Bu kafa karışıklığına karşı önlem alınması gerekmektedir. Çağa ayak uydurmakta zorlanan bu hükmün içindeki gayeyi düşünerek, acaba kanun koyucunun bu maddeyi hazırlarken amacı ne idi sorusuyla yola çıkarak çözüme hükmün tadiliyle ulaşılabileceği kanaatindeyim. Yukarıdaki alternatif çözümlerden bu kanaatimize en yakın seçenek 2. seçenektir. Şöyle ki, borçlu takip dosyasına konu borcu tebliğ dışı, haricen sebeplerle öğrenmişse artık tebliğ şartı yerine gelmese

bile tebliğin taşıdığı amacın yerine getirildiğinin kabul edilmesi gerekir. Günümüzde icra dairelerini renklendiren pembe dosyalarımızın bile tarihe karışmaya başladığı göz önüne alınırsa, avukatların ve çoğu şirketin e-tebligat adreslerinin bulunulduğu düşünülürse, kanunun da yeniliklere ayak uydurmasının sağlanması ve sorun yaratan kurallar yerine sorunları çözen kurallar getirilmesinin herkese faydası olur. Unutmayınız ki hukuk kuralları sorun yaratmak için değil çözüm üretmek için varlardır.

KAYNAKÇA

- Akil C, Genel Haciz Yoluyla Takipte Ödeme Emri, (1. B. Yetkin Yayınevi 2017).
- Akipek J, Akıntürk T, Ateş Karaman D, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, (7. B. Beta Yayınevi 2009).
- Aras A, Davada Veya İcra Takibinde Usulsüz Tebligatın Re’sen Dikkate Alınması Gerekliliği (2022) 158, TBB Dergisi.
- Aslan R, Yılmaz E, Ayvaz Taşpınar S, Hasanağası E, ‘İcra ve İflâs Hukuku’, (6. B. Yetkin Yayınevi 2020).
- Aşık İ, Oruç Y, Tok O, Saçar ÖF, İcra ve İflas Hukuku (1. B. Seçkin Yayınevi 2022).
- Atalı M, Ermenek İ, Erdoğan E, İcra ve İflas Hukuku (6. B. Yetkin Yayınevi 2022).
- Ayhan D, ‘İcra Patladı’ 21 Kasım 2022, < https://www.sozcu.com.tr/2022/ekonomi/icra-patladi-27491057/?utm_source=anasayfa&utm_medium=free&utm_campaign=alt_surmans et > Erişim Tarihi 15.12.2022.
- Berberoğlu Yenipınar F, Uygulamada İcra Takibi (5. B. Seçkin Yayınevi 2022)
- Berberoğlu Yenipınar F, Uygulamada İtirazın İptali (2. B. Seçkin Yayınevi 2021)
- Işıқтаç Y, Metin S, Hukuk Metodolojisi (5. B. Filiz Kitabevi 2016).
- Kıdıl BÖ, Genel Haciz Yoluyla Takipte Ödeme Emrine İtirazın Geri Alınması (2021) 29 (4) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3123.
- Kuru B, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, (2. B. Yetkin Yayıncılık 2018).
- Küçük AT, ‘İcra ve İflas Hukukunda Tebligata İlişkin Düzenlemeler’ (2016) 74 (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 305-329.
- Oğuzman MK, Barlas N, Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar (25. B. Vedat Kitapçılık 2016).

Öztürk A, 'Ödeme Emri Aşamasında Ortaya Çıkan Uyuşmazlıkların Genel İcra ve Vergi İcra Hukuku Bakımından Karşılaştırmalı İncelenmesi' (2021) 8 (26) Gümrük Ticaret Dergisi 12-38.

Pekcanitez H, Atalay O, Özkan MS, Özekes M, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, (9. B. On İki Levha Yayıncılık 2019).

Postacıoğlu İ, Altay S, İcra Hukuku Esasları, (5. B. Vedat Kitapçılık, 2010).

Ruhi C, Ruhi AC, İlamsız İcra Takibi (1. B, Seçkin Yayınevi 2022).

Uyar T, 'İcra Hukuku'nda Süreler', (2004) (55), Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 239-260.

Uyumaz A, İcra ve İflas Hukukunda Gecikmiş İtiraz, (2010) 24, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi.



ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

Ceza Adaleti Sistemimizin En Önemli Yanlış Uygulamalarından Biri Olarak Cinsel İstismar Kapsamında Değerlendirilen Akran Cinselliği

Av. Prof. Dr. Hakan KARAKEHYA*

Öz

Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinde düzenlenen cinsel istismar suçunun, yargı uygulamamızda, çocuklar arası rızaya dayalı akran cinselliğine ilişkin fiillerde de uygulandığı ve taraflardan erkek çocuğun cezalandırıldığı görülmektedir. Ancak birini diğerine nazaran bu tür eylemlerden kaçınmak bakımından daha fazla sorumluluk altına sokamayacağımız iki akran çocuktan birinin salt erkek olduğu için cezalandırılması, ne mevcut hukuk kurallarıyla ne de adalet duygusuyla açıklanabilir bir durum değildir. Bu bağlamda bu tür eylemleri gerçekleştiren çocuklardan biri hakkında cezai takibat ve yargılama yapılıyor olması bile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (m.3, m.5, m.6, m.7 ve m.14 bakımından) açık ihlalini oluşturmaktadır. Aynı şekilde bu tür bir uygulama; Anayasa m. 2'deki hukuk devleti ilkesine, m. 10'daki eşitlik ilkesine, m. 17'deki kişinin maddi ve manevi varlığının dokunulmazlığı, m. 19'deki kişi hürriyeti ve güvenliği ve m. 38/1'deki kanunilik ilkesine ilişkin temel haklara, açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Bu çalışmada söz konusu uygulamanın ayrıntıları ve hukuka aykırılığı üzerine ayrıntılı bir değerlendirme yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Akran cinselliği, Cinsel istismar, Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, Cinsel suç, Suça sürüklenen çocuk.

* Eskişehir Barosu / Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, hkarakehya@anadolu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5028-1216.

Gönderim Tarihi: 15.01.2023. Kabul Tarihi:16.03.2023. **Hakem denetiminden geçmiştir.**



As One of the Most Important Misapplication of Our Criminal Justice System: Peer Sexuality Considered as Sexual Abuse

Abstract

It is seen that the crime of sexual abuse regulated in Article 103 of the Turkish Penal Code is also applied in acts related to peer sexuality based on consent between children in our judicial practice and the male child is punished from the parties. However, the punishment of one of the two peer children, whom we cannot put under more responsibility in terms of avoiding such acts than the other, cannot be explained either by the current rules of law or by a sense of justice. In this context, even the fact that criminal proceedings and trials are carried out against one of the children who commit such acts constitutes a clear violation of the European Convention on Human Rights (in terms of articles 3, 5, 6, 7 and 14). Likewise, such an application; Clearly contradictory to the principle of the rule of law in article 2 of the Constitution, the principle of equality in article 10, the inviolability of the material and spiritual existence of the person in article 17, personal freedom and security in article 19 and the principle of legality in article 38/1 of the Constitution. constitutes. In this study, a detailed evaluation was made on the details of the application in question and its illegality.

Keywords

Peer sexuality, Sexual abuse, Crimes against sexual immunity, Sexual offences, Children dragged into crime.

GİRİŞ

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK'nin) ikinci kitabının altıncı bölümünde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlara yer verilmiştir. Bunlar arasında 103. maddede “çocuğun cinsel istismarı” suçu düzenleme altına alınmıştır. Tipik düzenlemeden anlaşıldığı üzere, bu suçun mağduru ancak çocuk olabilir. Peki, söz konusu düzenlemede yer alan fiilleri, akran durumunda bulunan çocuklar birbirlerine karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir vasıta kullanılmaksızın (karşılıklı rızayla) gerçekleştirdiklerinde, cezai sorumluluk ortaya çıkacak mıdır? Bu konuda doktrinde ciddi tartışmalar bulunmaktadır. Yargıtay uygulaması ise söz konusu fiillerin karşılıklı rızaya dayalı olarak gerçekleştirilmesi halinde, erkek çocuğun cezalandırılması yönünde yerleşik bir içtihat oluşturmuş durumdadır¹.

Bu çalışmada, Yargıtay'ın bu yöndeki uygulamasının hukuka aykırılığına ilişkin bir değerlendirme yapılacaktır. Söz konusu değerlendirme yapılırken, hukuki düzenlemelerimiz yanında; doktrindeki farklı görüşlerden, Türkiye'nin taraf olduğu bazı uluslararası sözleşme hükümlerinden ve Yargıtay içtihatlarından faydalanılacaktır. Bunun yanında böyle bir uygulamanın ortaya çıkışı nedenleri de irdelenecektir.

Çalışma başlığında söz konusu uygulamanın Türk yargı sisteminin en önemli yanlış uygulaması olduğu iddiasını içeren bir metnin kullanılması tercih edilmiştir. İlk bakışta bu kullanım fazla iddialı görünebilir. Ancak Türkiye'nin geleceğini oluşturan ve toplumda en çok dikkat edilmesi gereken hassas gruplar içerisinde yer alan çocuklar, 13-14 yaşlarında, sırf ergenliğe yeni adım atmanın hormonal değişikliği ve merak duygusu ile karşı cinsten bir arkadaşı ile gerçekleştirdiği cinsel eylemler dolayısıyla, 12 yıla kadar hapis cezası ile yargılanmakta (Bkz. TCK m. 102/2 ve TCK m. 31), sonuçta da 5-7 yıl gibi hapis cezaları alarak, çocukluk ve ilk gençlik yıllarını infaz kurumlarında yaşamak zorunda bırakılmaktadırlar. Bu çocuklar infaz kurumundan ne şekilde çıkacaklardır, infaz kurumlarını bilen meslektaşlardan çoğu bunu az çok takdir edecektir. Erkek çocukların tabii tutulduğu bu muamelenin yanında, söz konusu çocukları geleceğin muhtemel suçluları olma sürecine katılmaları dolayısıyla, bu uygulamanın şu an için adalet sistemimizdeki en önemli yanlış uygulama olduğu kanaatindeyiz.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, hukuk uygulamamızda sadece 12-15 yaş aralığındaki çocukların birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri cinsel davranışlar cezalandırılmamaktadır. Bunun yanında 15-18 yaş aralığındaki akran çocukların birbirlerine

¹ Bkz. Adem Sözüer, ‘İki Çocuk Arasındaki Cinsel Davranış Cezalandırılıyor’, İpek Özbey ile gerçekleştirilen Röportaj metni (16 Nisan 2018 tarihli Röportaj), < <http://www.hurriyet.com.tr> > Erişim Tarihi 15 Mart 2023.

karşı gerçekleştirdikleri rızaya dayalı cinsel ilişki boyutundaki cinsel davranışları da cezalandırılmaktadır. Bu tür eylemler bakımından da erkek çocuk TCK m. 104 kapsamında reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan sorumlu tutulmaktadır. Kanaatimizce bu kapsamdaki davranışların cezalandırılması da hukuka aykırıdır. Ancak hem suçun cezasının görece az olması hem de çocukların yetişkinliğe daha yakın yaşlarda bulunmaları dolayısıyla ortaya çıkan mağduriyetin 12-15 yaşındaki çocuklar için yapılan uygulamaya nazaran daha az olduğunu düşünüyoruz. Bu nedenle çalışma konumuzu, cinsel istismar kapsamında değerlendirilen akran cinselliğine hasretmeyi uygun bulduk.

I. AKRAN CİNSELLİĞİ KAVRAMI

Akran kelimesi gündelik hayatta çoğu kez birbiriyle aynı ya da yakın yaştaki kişileri ifade etmek için kullanılan bir terimdir. Türk Dil Kurumunun Güncel Türkçe Sözlüğü'nde ise bu terim; *“yaş, meslek, toplumsal durum vb. bakımından birbirine eşit olanlardan her biri, boydaş, böğür, taydaş, öğür”* olarak açıklanmıştır².

"Akran cinselliği" terimi, en yalın ifade ile birbirine yakın yaştaki kişiler arasındaki cinsel davranışları ifade eder. Ancak bu terim ile daha çok işaret edilen birbirine yakın yaştaki çocuklar arasındaki, karşılıklı rızaya dayalı cinsel davranışlardır. Doktrinde de bu yönde bir kullanım olduğu görülmektedir³. Ancak meramın daha net ortaya konulması bakımından biraz uzun olsa da "rızaya dayalı akran cinselliği" kavramının kullanılması da uygun olacaktır.

Çocukların akran sayılabilmeleri için aralarında en fazla kaç yaş fark olması gerektiği konusunda da bir ortak fikir birliği yoktur. Farklı hukuk sistemleri ise üç veya beş yaş farkı bulunan çocukları akran olarak kabul edip, bunlar arasındaki rızaya dayalı cinsel davranışların cezalandırılmayacağına ilişkin hükümlere yer vermiştir. Kanaatimizce aralarında üç ve daha az yaş farkı bulunan çocukların akran sayılması uygun olacaktır⁴. *“Cinsel davranışlar bakımından psikiyatrik değerlendirmeler ışığında iki çocuk arasında üç yaştan fazla fark olmaması durumunda iki çocuğun rızaya dayalı olarak cinsel davranışlar gerçekleştirebileceği yönünde genel bir görüş vardır. Bu konuda, bir yaş belirlemek yerine her olayı kendi içerisinde kendi şartları bağlamında değerlendirmek daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Uluslararası literatürde kabul edilen görüşe göre, iki çocuk arasındaki cinsel davranış, yaş veya gelişim*

² Bkz. Akran, TDK'nın Güncel Türkçe Sözlüğü, < <https://sozluk.gov.tr> > Erişim Tarihi: 15.03.2023.

³ Örneğin çocuk vakfı tarafından hazırlanan raporda bu konu "akranlık meselesi" başlığı altında ele alınmıştır. Memduh Cemil Şirin, Çocuğun Cinsel İstismarı Raporu (Çocuk Vakfı Yayını 2016) 19.

⁴ Akran cinselliği ve çocuk istismarı özelinde karşılaştırmalı hukuktaki örnekler için ayrıca bkz. Fahri Gökçen Taner, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar (Seçkin Yayınevi 2013) 288 vd.; Pınar Memiş Kartal, Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı (Der Yayınları 2014) 90 vd.; Serhat Sinan Kocaoğlu, Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (Yetkin Yayınevi 2016) 370 vd.

farkı bakımından bir çocuğun diğerine göre sorumluluk, güven ve güç bakımından üstün olması halinde cinsel istismar olarak nitelendirilmektedir.”⁵.

Bununla birlikte hukukumuzda rızaya dayalı akran cinselliğine ilişkin ayrı bir hüküm konulmuş değildir. Ancak mevcut uygulamalara bakıldığı zaman bu tür fiillerin cezalandırılmayacağına ilişkin açık bir hüküm konulması gerektiği kanaatindeyiz. Doktrinde de söz konusu fiiller bakımından, cezasızlık içeren açık bir hüküm konulması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır.

II. AKRAN CİNSELLİĞİNİ ÖNLEMELİK İÇİN MADDİ CEZA HUKUKU BİR ARAÇ OLARAK KULLANILMALI MIDIR ?

Çocukların cinsel davranışlara maruz kalmaları psikolojik açıdan sorunludur. Çünkü çocuklar, ruhsal açıdan bu tür davranışlar karşısında erişkinlere nazaran daha kırılğan bir yapıya sahiptirler. Bu bağlamda özellikle ergin bir partnerle yaşanan cinsel deneyim, çocuklar açısından son derece yıpratıcı olabilecektir. Hele ki cinsel davranışlar çocuğa cebir, tehdit veya iradeyi etkileyen başka araçlar kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmişse, çok daha travmatik sonuçlar ortaya çıkacaktır. Bunun yanında, özellikle birbirine yakın yaşlardaki çocukların, birbirleriyle erken yaşta cinsel deneyimde bulunmalarının da bir takım ruhsal sorunlara neden olduğu, bugün geniş kitlelerce kabul edilmektedir. Dolayısıyla birbirleriyle bile olsa, çocukların erken yaşta cinsel deneyim yaşamasını önlemeye yönelik tedbirlerin alınması gerekir.

Bu bağlamda özellikle çocuklara cinsel eğitim verilmesi ve bu tür davranışların sonuçları konusunda çocukların ve ailelerin yeterli oranda bilgilendirilmesi, söz konusu davranışların engellenmesi bakımından etkili olabilecektir. Ancak bireyde cinsel duygular uyanmaya başladıktan sonra, karşı cinsle ilişki kurmak birey için bir ihtiyaç haline gelmektedir. Cinselliğin bu kadar ön planda olduğu televizyon ve sosyal medya nedeniyle, önceki nesillere nazaran cinsel öğelerle çok daha fazla temas eden günümüz çocuklarının bu tür ihtiyaçlarının çok daha erken yaşlarda ortaya çıktığını söylemek mümkündür. 12-13 yaşında ve hatta yukarıda bahsettiğimiz nedenlerle bazen çok daha erken yaşta ergenliğe giren çocukların hormonal durumları merak duygularıyla birleşince, cinselliğe ilişkin çok daha fazla ihtiyaç içerisinde oldukları gözlemlenebilmektedir. Elbette ki bu hormonal durum ya da merak duygusu, çocukların yetişkinler tarafından istismarının bir gerekçesi olmamalıdır. Ancak kendi aralarında

⁵ Şirin (n 3) 19.

gerçekleştirdikleri rızaya dayalı cinsel davranışlar bakımından içinde buldukları bu koşullar makul bir neden olarak kabul edilmelidir.

Çocukların erken yaşta akranlarıyla, rızaya dayalı bile olsa, cinsel deneyim yaşamalarının onların psikolojik gelişimlerini olumsuz yönde etkilediği ve bununla mücadele edilmesi gerektiği düşünülüyorsa, bu mücadelede ceza hukuku yaptırımlarının araç olarak kullanılmaması gerekir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere eğitim, bilgilendirme, vb. araçlarla çocukların korunması mümkün ve etkili bir yöntem olabilecektir. Ancak ceza hukuku yaptırımlarının bu şekilde araçsallaştırılmasının, beklenen faydadan çok kamusal zarara neden olacağı açıktır.

“Cehenneme giden yol, iyi niyet taşlarıyla bezelidir.” şeklindeki özdeyiş, tam da çocuklar arası rızaya dayalı akran cinselliğini cezalandırma konusuna uygun bir cümledir. İnsanlık tarihi, devletin bir takım kamusal zararı olan fiilleri önlemek için yürüttüğü kamusal faaliyetlerin, önlenmeye çalışılan fiillerden çok daha fazla kamusal zarar ortaya çıkarmasına ilişkin örneklerle doludur. Çocukların daha sağlıklı bir psikolojiyle büyümesi adına iyi niyetle yapılacak hukuki düzenlemeler, sonuçta birbirlerinin rızasıyla cinsel davranışlarda bulunan çocuklardan birinin infaz kurumunda uzun süreler geçirmesi sonucunu ortaya çıkartıyorsa, toplumsal açıdan ciddi bir sorun var demektir. Bu durumda, devletin, çocukları korumak adına yürüttüğü kamusal cezalandırma faaliyeti, mücadele edilen erken yaştaki cinsellik eylemlerinden çok daha fazla kamusal zarar ortaya çıkarmakta, çocuklar bakımından çok daha ağır bir tehdit oluşturmaktadır.

Bu bağlamda, bir çocukla cinsel eylemlerde bulunmamak bakımından, birine diğerinden daha fazla sorumluluk yükleyemeyeceğimiz iki çocuğun birbirine karşı gerçekleştirdiği cinsel davranışları cezalandırmanın herhangi bir mantığı bulunmamaktadır. Dolayısıyla akran çocuklar arası rızaya dayalı cinsel davranışların bu çocuklar üzerinde olumsuz etkileri varsa, bununla başkaca yollarla mücadele edilmelidir. Ancak hiçbir şekilde bu davranışlar cezai yaptırıma tabi tutulmamalıdır.

III. CİNSEL İSTİSMAR SUÇU

Çocukların cinsel istismarı suçu TCK m. 103'te hüküm altına alınmıştır. Altı fıkradan oluşan söz konusu düzenleme şu şekildedir;

(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar

hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;

a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte filin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,

b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır.

(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz.

(3) Suçun;

a) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

b) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından,

d) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,

e) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(5) Cinsel istismar için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

Madde metninde de anlaşılacağı üzere bu suçun mağduru ancak çocuk olabilir⁶. Çocuk olmayan kişilere karşı işlenen cinsel fiiller, ancak cinsel saldırı (TCK m.102) veya cinsel taciz (TCK m.105) kapsamına girebilir. Burada cinsel istismar suçuna ilişkin ayrıntılara girilmeyecektir. Bu konuda doktrinde ayrıntılı şekilde yazılmış birçok esere bakılabilir. Burada akran cinselliği bakımından suç tipine ilişkin bir değerlendirme yapmayı daha uygun buluyoruz.

Bu bağlamda akran cinselliğinin cinsel istismar kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunu tartışmak gerekir. Aksi yönde görüşler olsa ve Yargıtay uygulaması farklı şekilde gelişmiş olsa da cinsel istismar suçu bakımından yukarıda paylaştığımız TCK m. 103 düzenlemesi, rızaya dayalı akran cinselliği yaşayan çocukların cezalandırılmasına imkan vermemektedir. Nitekim suç tipinin ismini belirlerken kanun koyucunun kullandığı "istismar" ifadesi, "birisinden yararlanma, onun iyi niyetini kötüye kullanma, sömürme" anlamlarına gelir⁷. Bir kişinin bir çocuğu cinsel yönden kötüye kullanması için onun üzerinde cinsel davranışlar gerçekleştirirken; cebir, tehdit, hile gibi araçları kullanması veya çocuğun üzerinde en azından hafiften bile olsa bir otorite kurmaya neden olacak olgunlukta olması gerekir. Bu bağlamda birbirine yakın yaşlardaki çocukların birbirine karşı, rızaya dayalı olarak bu suçu işlemesi söz konusu olamaz. 13 yaşını yeni doldurmuş bir çocuk, 13 yaşını doldurmuş başka bir çocuğu, örneğin cebir ya da hile kullanarak cinsel yönden istismar edebilir. Ama arada iradeyi etkileyen herhangi bir araç kullanımı ya da çocuk üzerinde hafiften bile olsa bir otorite kurulmasını sağlayacak yaş büyüklüğü söz konusu değilse, istismardan söz edilmesi mümkün değildir.

Bununla birlikte yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, bir çocukla cinsel eylemlerde bulunmamak bakımından, birine diğerinden daha fazla sorumluluk yüklemeyeceğimiz iki çocuğun birbirine karşı gerçekleştirdiği cinsel davranışları suç kapsamında değerlendirmek de mümkün değildir. Ancak her ne kadar bu fikirde olmasak da çocukların cezalandırılması gerektiği düşünülse bile, bu durumda tutarlılık açısından her ikisinin de cezalandırılacağı ileri sürülebilir. Ancak Yargıtay uygulamasında olduğu gibi sadece erkek çocuğu cezalandırmayı herhangi bir hukuki argümanla açıklamak hiçbir şekilde mümkün değildir.

⁶ Kocaoğlu (n 4) 271.

⁷ Bkz. İstismar, TDK'nın Güncel Türkçe Sözlüğü, <https://sozluk.gov.tr>

IV. ÇOCUĞUN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU BAĞLAMINDA, AKRAN CİNSELLİĞİNE İLİŞKİN DOKTRİNDE YER ALAN GÖRÜŞLER

İki akran çocuğun birbirine karşı rızasıyla gerçekleştirdiği cinsel davranışlar bakımından ne şekilde hareket edileceği hususunda doktrinle uygulama arasında ciddi bir farklılık söz konusudur. Söz konusu görüşler şu şekilde özetlenebilir;

Özgenç, çocuğun cinsel istismarı bakımından aynı yaş grubunda bulunan çocukların birbirlerine karşı, rızaya dayalı olarak, vücut dokunulmazlığını ihlal etmek suretiyle cinsel davranışlarda bulunmaları halinde, herhangi birisi bakımından cezai sorumluluk doğmayacağı kanaatinde⁸.

Koca-Üzülmez de cinsel istismar suçu bakımından akran çocukların birbirlerine karşı, vücut dokunulmazlığının ihlali suretiyle, rızaya dayalı olarak gerçekleştirdikleri cinsel davranışlardan dolayı cezalandırılmayacağını kabul etmektedir. Yazarlar bu görüşlerine dayanak olarak ise bir suçun faili ile mağdurunun aynı kişi olamayacağına ilişkin ilkeyi göstermektedirler. Doğrudan alıntılırsak, yazarlara göre, *“böyle bir uygulama bir kişinin aynı suçun ya faili ya mağduru olabileceği yolundaki temel ceza hukuku prensibine aykırılık teşkil etmektedir.”*⁹.

Tezcan-Erdem-Önok da benzer şekilde, vücut dokunulmazlığının ihlali suretiyle birbirine karşı rızaya dayalı olarak cinsel davranış gerçekleştiren kişilerin akran olmaları durumunda, cezai sorumluluk doğmayacağı kanaatinde¹⁰. Yazarlar görüşlerini şu şekilde ifade etmektedirler; *“hem failin hem de mağdurun 15 yaşını doldurmuş olmaları durumunda, karşılıklı rızaya dayalı cinsel davranışlar cinsel istismar suçu kapsamında cezalandırılmaz.”*¹⁰.

Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe'nin, yukarıdaki görüşlerden ayrılarak, cinsel istismar suçunda 12-15 yaş aralığındaki çocukların, birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri rızaya dayalı cinsel davranışları dolayısıyla cezalandırılmalarını, normatif bir zorunluluk olarak kabul ettikleri anlaşılmaktadır¹¹.

⁸ İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Seçkin Yayınevi 2005) 824.

⁹ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Adalet Yayınevi 2017) 312.

¹⁰ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, Ceza Hukuku Özel Hükümler (Seçkin Yayınevi 2017) 404.

¹¹ Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Seçkin Yayınevi 2015) 346.

Bununla birlikte akran çocukların birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri rızaya dayalı cinsel davranışlar bakımından, aktif olarak hareket eden ve cinsel davranışları baskın şekilde gerçekleştirenin cezalandırılmasına ilişkin görüşler de bulunmaktadır. Örneğin Ünver bu görüştedir¹². Ayrıca akran çocuklar arasındaki rızaya dayalı bu tür fiiller bakımından diğer tarafı ikna eden çocuğun cezalandırılması yönünde görüşler de bulunmaktadır. Artuk-Gökçen-Yenidünya, bu görüşü savunanlardandır¹³.

Doktrinde, uygulamadaki durumun aksi yönünde bu kadar çok görüş olması, konunun hukuken ne kadar çok problemlili olduğunun açık bir göstergesidir. Bununla birlikte, olması gereken bakımından doktrindeki hiçbir yazarın, akran çocukların rızaya dayalı cinsel davranışları nedeniyle, cinsel istismar suçundan cezalandırılmalarını savunmadığını da ifade etmek isteriz.

V. ÇOCUĞUN CİNSEL İSTİSMARI SUÇU BAĞLAMINDA, AKRAN CİNSELLİĞİNE İLİŞKİN YARGITAY UYGULAMASI

A. Genel Olarak

Doktrinde aksi yönde birçok görüş olmasına rağmen, Yargıtay uygulaması, 12-15 yaş aralığında bulunan çocukların birbirlerine karşı, rızaya dayalı olarak gerçekleştirdikleri cinsel davranışları, TCK m. 103 kapsamında cinsel istismar olarak değerlendirmekte ve bu suçun failini de erkek çocuk olarak görmektedir. Bununla birlikte doğrudan konumuz olmasa da 15-18 yaş aralığında bulunan çocuklar bakımından da benzer şekilde hareket edildiğini ve vücuda organ sokan erkek çocuğun reşit olmayanla cinsel ilişkiden sorumlu tutulduğunu ifade etmek gerekir. Yargıtay'ın bu uygulamasını hukuki argümanlarla açıklamak mümkün değildir. Her ne kadar yukarıda açıkladığımız gerekçelerle aynı görüşte olmasak da her iki çocuğu cezalandırmak belki bir yere kadar (makul olmasa da) anlaşılabilir bir durumdur. Nitekim *"kanun koyucu aksi yönde uygulama isteseydi bu yönde düzenleme yapardı. Tipik fiiller bakımından akran çocukların rızaya dayalı cinsel davranışlarına ilişkin bir istisna getirilmemiş. Bak başka devletlerde istisna getiren düzenlemeler var. Ama bizde yok."* denilerek durum nispeten hukuki bir zeminde açıklanabilirdi. Ama kız çocuğunu

¹² Yener Ünver, 'Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel İncelenmesi' in II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu, Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku (Seçkin Yayınevi 2014) 45.

¹³ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler (Adalet Yayınevi 2015) 322.

cezalandırmayıp erkek çocuğu cezalandırmanın mevcut hukuki düzenlemelerde bir karşılığı yoktur¹⁴.

Bu bağlamda aşağıda örnek olarak, 12-15 yaş grubundayken gerçekleştirdiği ve karşı tarafın rızasına dayalı olduğu düşünülen cinsel davranışından dolayı erkek çocuk hakkında hükmedilen ceza miktarlarına dikkat çekmek isteriz.

“...Tüm dosya içeriğinden, suça sürüklenen çocuğun mağdureye yönelik eylemlerini gerçekleştirdiği sırada tehdit ya da cebir kullandığına dair herhangi bir delil bulunmadığı gözlemlenmeden, hakkında T.C.K.nın 103/4. fıkrasının uygulanması suretiyle fazla ceza tayini, Mahkemece S. S. çocuk hakkında eylemine uyan T.C.K.nın 103/2-3-4-6, 43/1. maddeleri gereğince belirlenen 23 yıl 6 ay hapis cezası üzerinden S. S. çocuğun suç tarihinde oniki-onbeş yaş grubunda olması nedeniyle, aynı Kanununun 31/2. maddesi uyarınca 1/2 oranında indirim yapılması sonucunda bulunan 11 yıl 9 ay hapis cezasının 31/2-son cümle düzenlemesi karşısında 7 yıla indirilmesi ve bu miktar üzerinden T.C.K.nın 62/1. maddesiyle indirim yapılarak neticeten 5 yıl 10 ay hapis cezası tayin edilmesi gerekirken, indirimin 11 yıl 9 ay üzerinden yapıldıktan sonra T.C.K.nın 31/2-son uygulanarak 7 yıl hapis cezası belirlenmesi suretiyle sonuç cezanın fazla tayini, ...”¹⁵.

Bununla birlikte Yargıtay, 15 yaşını tamamlamış reşit olmayan iki erkeğin eşcinsel ilişkisinde vücuda organ sokan, aktif tarafın cezalandırılması yönünde karar vermiştir¹⁶. Bu

¹⁴ Çocuğun cinsel istismarına ilişkin farklı devletlerin hukuki düzenlemelerine dair ayrıntılı bilgi için bkz. Memiş Kartal (n 4) 90 vd.; Hem cinsel istismar hem de hem reşit olmayanla cinsel ilişki hem de cinsel taciz bakımından karşılaştırmalı devlet düzenlemeleri için bkz. Kocaoğlu (n 4) 370 vd, 433 vd, 477 vd. Konuya ilişkin ayrıca şu haberi de paylaşmak isteriz; “Belçika’da cinsel ilişkide rıza yaşı 16 olarak belirlendi. Akranlar arası cinselliğin dekriminalize edilmesi için, partnerler arası yaş farkının 5 olması şartıyla, bir kişinin 14 yaşında da rızaya cinsel ilişkiye girebileceği belirtildi. Belçika’da Ceza Yasası kapsamında yapılan değişikliklerle cinsel ilişkide rıza yaşı düzenlenirken, akran cinselliğinin kriminalize edilmesinin önüne geçildi...”

Rıza yaşı her ülkede değişiklik gösteriyor. Akranlar arası cinselliğin cezalandırılmaması için bir yaş aralığı belirleniyor. Örneğin Almanya’da rıza yaşı 16 olarak belirlense de, koruyucu önlemler 18 yaşına kadar tüm çocukları kapsıyor. Ayrıca akranlar arası ilişkilerde, partneri 21 yaş üzeri olmadığı sürece, rıza yaşı 14 yaş. Avusturya’da da partnerler arası yaş farkının 3 olması şartıyla, rıza yaşı 14.”: “Belçika’da Akranlar Arası Cinsellik Dekriminalize Edildi” (Bianet Bağimsız İletişim Ağı, 23 Temmuz 2018) < <https://m.bianet.org/bianet/toplumsal-cinsiyet/199423-belcika-da-akranlar-arasi-cinsellik-dekriminalize-edildi> > Erişim Tarihi: 15.03.2023.

¹⁵ Yargıtay 14 CD. E. 2013/6146, K. 2015/2313, 02.03.2015; Yargıtay’ın 12-15 yaş aralığındaki akranlar arası rızaya dayalı cinsel ilişkide erkek çocuğun cezalandırılmasına ilişkin bir diğer kararı ise şu şekildedir; “Kayden 14.06.1997 doğumlu olup suç tarihinde 15 yaşında bulunan suça sürüklenen çocuk Ali Haydar’la ilgili olarak... Mağdurenin 24.01.2012 tarihli kolluk ifadesinde suça sürüklenen çocuk Ali Haydar ve kardeşi Battal ile birlikte cebir, tehdit veya hile olmaksızın olay yerine gittiği, cebir veya tehdit olmaksızın her ikisiyle cinsel ilişkiye girdiği yönündeki anlatımları, suça sürüklenen çocuk ve kardeşinin de mağdurenin isteği üzerine terkedilmiş haldeki eve gittiklerini ve rızasıyla ilişkiye girdiklerini savunmaları, 23.01.2012 tarihli CD inceleme ve 24.01.2012 tarihli kolluk araştırma tutanaklarına göre mağdurenin suça sürüklenen çocuk ve kardeşiyle birlikte suçun işlendiği evin istikametine herhangi bir zorlama olmaksızın gittiğini gösteren kamera kaydı birlikte değerlendirildiğinde, suça sürüklenen çocuğun 5237 sayılı TCK.nın 103/2, 103/3, 103/6 ve 109/1,109/3b,f, 109/5 maddeleri uyarınca mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken, atılı suçların cebir ve tehdit ile gerçekleştirildiğinin kabulü ile 5237 sayılı TCK.nın 103/4 ve 109/2. Maddeleri uygulanmak suretiyle ceza tayini...”: Yargıtay 14 CD, 8699/14923, 29.12.2014.

¹⁶ Yargıtay 14 CD, E.2012/13961; K.2013/467, 24.01.2013; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe (n 11) 368 (190. dipnot).

bağlamda akranlar arası reşit olmayanla cinsel ilişki de farklı cinsler arası eylemlerde erkeği cezalandırırken; iki tarafın da erkek olması durumunda vücuda organ sokanı cezalandırmaktadır. Çünkü birazdan açıklanacağı üzere, ataerkil bakışta vücuda organ sokan, asıl kötülüğü yapandır. Ancak TCK m. 31'deki farklı yaş grupları söz konusu olduğunda, Yargıtay ataerkil bakış açısından sınırlanabilmiş ve üst yaş grubunda bulunanın cezalandırılacağı yönünde içtihatla bulunmuştur. Bu bağlamda 16 yaşındaki Fadime'nin 14 yaşındaki Mustafa ile cinsel ilişkisinde Fadime'nin eyleminin 103/1/a'yı (çocuğun cinsel istismarı suçunu) oluşturacağına hükmedilmiştir¹⁷. Bununla birlikte bir üst yaş grubunda da olsa bir çocuğu aralarında üç yaştan az fark varken, diğerinden daha sorumluluk sahibi görmek ve cinsel istismar gibi ağır bir fiilden dolayı cezalandırmak adil ve yerinde bir uygulama değildir¹⁸.

B. Yargıtay Uygulamasının Sosyolojik Nedenlerine İlişkin Değerlendirme

Akran cinselliğine ilişkin Yargıtay uygulamasının tek açıklaması, topluma hakim olan ataerkil bakış açısının Yargıtayı bir şekilde etkilemiş olmasıdır. Bu bakış açısı birçok sosyal alanda kadını dezavantajlı duruma getirse de söz konusu fiiller bakımından erkek çocuk için dezavantajlı bir uygulama ortaya çıkarmıştır. Toplumumuzda ataerkil bakış açısının tüm azametiyle egemen olması nedeniyle, cinsellikle ilgili davranışlar, bu davranışı yapan çocuk bile olsa “erkeğin elinin kırı” bakış açısıyla değerlendirilmektedir. Cinsel davranış nedeniyle toplumsal baskı ve dışlanmaya ilişkin sonuçlar kız çocukları ve onların aileleri üzerinde birçok olayda çok daha acımasız şekilde ortaya çıkmaktadır. Ancak birçok toplumsal problemin nedenini oluşturduğunu düşündüğümüz bu sorunlu bakış açısının hegemonyasına tabi olup, erkek çocukları cezalandırmanın kabul edilebilir bir yanı yoktur. Nitekim bu şekildeki hareket tarzı hem birçok erkek çocuğun çok küçük yaşlarda infaz kurumlarıyla tanışmasına ve hayatlarının yörüngesinin değişmesine neden olacak hem de sorunlu ataerkil düşüncenin toplumsal açıdan yeniden ve tekrar tekrar üretimini destekleyecektir¹⁹.

Söz konusu Yargıtay uygulamasını hukuki birtakım argümanlarla açıklamanın gerçekten anlamsız olduğunu düşündüğümüz için durumu sosyolojik durumla açıklamayı

¹⁷ Yargıtay 14 CD, 4557/10539, 01.11.2012; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan, Mustafa Artuç, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt III (Adalet Yayınevi, 2014) 3405 (983. dipnot).

¹⁸ Aynı yönde ayrıca bkz. Mahmut Koca, Özge Bozkurt ve İbrahim Akar, ‘Çocukların Kendi Aralarındaki Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu’ in Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan (Seçkin Yayınevi, 2020) 662 vd.

¹⁹ Toplumsal cinsel baskı konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Cahit Can, Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar (Seçkin Yayınevi, 2002) 319 vd.

uygun görüyoruz. Bu uygulamanın dayandığı ataerkillikten kaynaklı üç temel husus söz konusudur.

Birincisi toplumda cinselliğin erkeğin elinin kiri olarak görülmesi ama kadın bakımından tam tersi bir durumun söz konusu olmasıdır. Gerçekten de örneğin on dört yaşındaki iki çocuk birbirleriyle cinsel ilişkiye girdiğinde, bunun ortaya çıkması sonucu, çoğunlukla erkek çocuğun ailesi sosyal açıdan fazla utanç duymamakta ve bu durum onların hayatlarının kalan dönemini çok fazla etkilememektedir. Benzer şekilde erkek çocuk psikolojik olarak durumdan belirli oranda etkilense de toplumsal açıdan çok fazla baskıya maruz kalmamaktadır. Oysa istisnaları olmakla birlikte, birçok olayda kız çocuğun sosyal hayatı bu yaşantısı dolayısıyla felç olmakta ve hayatının gidişatı değişebilmektedir. Aynı şekilde bu çocuğun ailesi de toplumsal algı dolayısıyla fazlasıyla utanç hissetmekte ve söz konusu durum nedeniyle birçok kez yerleşim yeri değişikliği yapmak durumunda da kalabilmektedir. Bu durumu göz önünde bulunduran Yargıtay, hukuki dayanağı olmasa da temelde bu tür fiillerin mağduru olarak kız çocuğunu görmektedir. Bazen bir ailenin tamamının hayatını etkileyen bu tür fiillerin faili olarak ise erkek çocuğu kabul etmektedir.

İkincisi; yine toplumdaki hegemonik ataerkil düşüncenin sonucu olarak, erkeğin cinsel davranışları gerçekleştirmek konusunda daha aktif olduğu ve girişken davrandığı kabul edilmektedir. Oysa kız çocuğu bu konulara aklı çalışmaz, cinsellikte girişken olmaz, cinsellik için erkeği kandırmaz, kandıramaz; ancak kandırılabilir olarak görülmektedir. Dolayısıyla akranlar arası rızaya dayalı böyle bir cinsellik yaşanmışsa; bunu erkek çocuğun, kız çocuğu ikna etmek, kandırmak suretiyle yaptığı ve olayın müsebbibinin erkek olduğu algısı sosyal alanda yaygındır.

Üçüncü ve son olarak ise, erkek egemen bakış açısında, cinsellik, iki taraflı zevk veren bir faaliyet değildir. Bilakis erkek açısından gurur vesilesi yapılacak ve sadece onun zevk aldığı bir eylemdir. Kadına ise bu faaliyetle utarılan bir şey yaptırılmakta ve mağdur edilmektedir. Bu anlayış sadece bizim toplumumuzda değil; batı toplumları da dahil olmak üzere ataerkil yapının egemen olduğu birçok toplumda görülmektedir. Bu durum birçok dilde ve özellikle bizim dilimizde argomuza bile yansımıştır. Birisine küfrederken sürekli ona ya da ailesine “sokmaktan, vurmaktan, geçirmekten” bahsedilmektedir. Dolayısıyla bunlar karşı tarafı en utarılan duruma sokan ifadeler olarak tercih edilir. Bir toplumda neye çok önem verilirse onu ifade etmek için çok fazla kelime kullanılır. Örneğin Arapça’da deveyi ifade etmek için onlarca kelime olduğu, yeni doğan için ayrı bir kelime, bir yaşına gelen için ayrı kelime,

vb. olmak üzere çok sayıda deveyi işaret eden terim bulunduğu söylenir²⁰. Bizde de cinsel ilişkiyi ifade eden kelime sayısı onlarla ifade edilebilecek şekildedir. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere sokmak, vurmak, düzmek, geçirmek gibi onlarca kelimedenden cinsel ilişkiye işaret etmek için yararlanılmakta ve hemen hepsi de küfrederken kullanılmaktadır. Dolayısıyla bu durum bile toplumumuzda cinselliğe bakış açısını ortaya koymaktadır. Bu bakış açısının sonucu olarak, birisi rızasıyla da olsa bir başkasına cinsel organını sokuyorsa, temelde ona kötülük yapıyordur. Toplumsal ataerkil yapı ve algının sonucu olan bu üç husus, kanaatimizce Yargıtayın hapse gönderdiği kişinin de bir çocuk olduğunu ve rızayla giriştikleri eylem bakımından diğerinden bir farkı olmadığını gözden kaçırmamasına neden olmaktadır.

VI. AVRUPA KONSEYİ ÇOCUKLARIN CİNSEL SÖMÜRÜ VE İSTİSMARA KARŞI KORUNMASI SÖZLEŞMESİNİN AKRAN CİNSELLİĞİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi'nin 18. maddesinde taraf devletlere çocuğun cinsel istismarını önlemeye yönelik tedbirleri alma yükümlülüğü getirilmiş ve cinsel istismar oluşturacak fiillerin genel çerçevesi çizilmiştir. Söz konusu 18. maddenin çevirisi şu şekildedir;²¹

1- Taraflardan her biri aşağıdaki kasti davranışların suç teşkil etmesinin sağlanması için gerekli yasal ve diğer tedbirleri alır:

a. ulusal hukukun ilgili hükümlerine göre cinsel faaliyet için yasal yaşa ulaşmamış bir çocukla cinsel faaliyetlerde bulunmak;

b. bir çocukla aşağıdaki koşullarda cinsel faaliyetlerde bulunmak:

- baskı, zorlama, tehdit kullanılması veya,

- aile içi dâhil, çocuk üzerinde güven, otorite veya nüfuz suiistimal edilerek veya,

- özellikle bir zihinsel veya fiziksel özrürlük veya bağımlılığı sebebiyle, çocuğun özellikle savunmasız durumunun suiistimal edilmesi.

²⁰ "Deve ile ilgili kelime hazinesi en zengin olan dil Arapça'dır. Yalnız devenin cinsi, yaşı, rengi ve diğer fiziki özellikleriyle yürüyüş biçimi gibi karakteristik vasıfları üzerine Arapça'da yer alan kelimeler dahi başlı başına büyük bir kitabı dolduracak kadar çoktur (bk. Hüseyin Yusuf – Abdülfettâh es-Saîdî, s. 706-774; Ibn Sîde, II/7. sifir, s. 2-175).": Ahmet Önkal ve Nebi Bozkurt, 'Deve' (Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi) < <https://islamansiklopedisi.org.tr/deve> > Erişim Tarihi 15.03.2023.

²¹ Madde metni çevirisi için bkz. Şirin (n 4) 13 vd.

2- 1. fıkra amacına uygun olarak, taraflardan her biri hangi yaşın altında çocukla cinsel faaliyetlere girişilemeyeceğine karar verir.

3- 1.a fıkrasının hükümleri, küçükler arasında rızaya dayalı cinsel faaliyetleri düzenleme amacına yönelik değildir.

Görüldüğü üzere, sözleşmenin 18. maddesinin üçüncü fıkrasında, *cinsel faaliyet için yasal yaşa ulaşmamış bir çocukla cinsel faaliyetlerde bulunmaya yönelik kanuni tedbir ve diğer tedbirleri alma yükümlülüğünün küçükler arasında rızaya dayalı cinsel faaliyetleri düzenleme amacına yönelik olmadığı* hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla rızaya dayalı akran cinselliğini cezalandırmanın sözleşmenin bir gereği olmadığı gibi, aslında alt metinde bu tür eylemlerin en azından ağır yaptırımlarla cezalandırılmaması gerekliliği de ifade edilmiştir. Özetle devletlere, "çocukları cinsel davranışlardan koruma ve buna yönelik kanuni düzenlemeleri yapma yükümlülüğünüz var; ancak çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel davranışları engellemek bu yükümlülük kapsamında değildir" denilmektedir.

DEĞERLENDİRME

Çocuklar arası rızaya dayalı akran cinselliği konusundaki uygulama ise gerçekten çocuklar bakımından son derece can yakıcı bir yönde ilerlemektedir. Şöyle ki; akran çocuklar, TCK m. 103'teki düzenleme bakımından, rızalarıyla birbirilerine karşı bu madde kapsamına giren fiilleri gerçekleştirirlerse, erkek çocuğun cezalandırılması yönünde uygulama yapılmaktadır. Hukuki açıdan her iki çocuğu cezalandırmak belki bir yere kadar (makul olmasa da) anlaşılabilir bir durumdur. Nitekim kanun koyucu aksine yönelik bir düzenleme yapılmasını arzu etse, bu yönde bir düzenleme yapabirdi. Tipik fiiller bakımından akran çocukların rızaya dayalı cinsel davranışlarına ilişkin bir istisna da öngörülmemiştir. Bu durumda, diğer ülkelere nazaran bizim ülkemizde istisna getiren bir düzenleme olacak ve durum nispeten hukuki bir zeminde açıklanabilecektir. Ama kız çocuğunu cezalandırmayıp erkek çocuğu cezalandırmanın ne karşılaştırmalı modern hukukta ne de mevcut hukuki düzenlemelerde bir karşılığı yoktur. Söz konusu uygulamanın tek açıklaması topluma hakim olan ataerkil bakış açısının Yargıtayı bir şekilde etkilemiş olmasıdır. Bu bakış açısı birçok sosyal alanda kadını dezavantajlı duruma getirirse de söz konusu fiiller bakımından erkek çocuk için dezavantajlı bir uygulama ortaya çıkarmıştır.

Akran çocukların birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri rızaya dayalı cinsel davranışlardan dolayı cezalandırılmaları ne toplumsal menfaate ne de çocukların menfaatine hizmet etmektedir. Bilakis bu işten hem toplum hem de çocuklar zarar görmektedir. Sırf ataerkil

yapıdan kaynaklı nedenlerle erkek çocukların söz konusu eylemler nedeniyle cezalandırılmaları AİHS ve Anayasa'nın aşağıda açıklanan hükümlerine açık aykırılık teşkil etmektedir. Rızaya dayalı akran cinselliğinde TCK m.103'ün mevcut uygulamasıyla, ataerkil toplumsal yapının acımasızca yargı eliyle tekrar ve tekrar yeniden üretilmesi nedeniyle, küçük yaştaki erkek çocuklar, hayatlarının yörüngesini değiştirecek şekilde uzun süreli hapsedilmekte, hayatlarının baharını hapiste geçirmiş ve sonuçta çok daha suça eğilimli kişiler olarak tekrar topluma dönmektedirler.

Bu bağlamda; bir çocukla cinsel eylemlerde bulunmamak bakımından, birine diğerinden daha fazla sorumluluk yükleyemeyeceğimiz iki çocuğun birbirine karşı gerçekleştirdiği cinsel davranışlar demokratik bir hukuk devletinde cezalandırılmaz. Buna aykırı hukuk uygulaması;

Anayasa m.2'de hüküm altına alınan hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil eder. Nitekim bir hukuk devletinde kamusal menfaate hizmet etmeyen, ceza hukukunun son çare olma özelliği (*ultima ratio*) ile bağdaşmayan ve modern hukuk mantığıyla açıklanamayan uygulamalara cevaz verilmez. Rızaya dayalı akran çocukların cinselliği bakımından erkek olanı cezalandırmak modern hukuk mantığıyla ve AİHS ruhuyla bağdaşan bir hukuk uygulaması değildir.

Anayasa m.10'da düzenlenen eşitlik ilkesine aykırıdır. Nitekim hukuki düzenlemede hiçbir fark yokken, karşılıklı rızayla birbirine karşı cinsel davranış gerçekleştiren çocuklardan sadece erkek çocuk cezalandırılmaktadır. Ataerkil bakış açısının mantıksız bu uygulaması, kız çocuğa yapılan bir pozitif ayrımcılık değil; bilakis cinsiyete dayalı net bir ayrımcılığın yansımasıdır.

Anayasa m.17'de hüküm altına alınmış olan maddi ve manevi bütünlüğün dokunulmazlığı ilkesine aykırıdır. Nitekim hukuk devletinde cezaya müstahak olarak nitelendirilemeyecek akran cinselliğine ilişkin eylemler nedeniyle, çok küçük yaştaki çocuklar yıllarını tutukevi ve infaz kurumlarında geçirmekte, bu süreç de onların maddi ve manevi bütünlükleri üzerinde kalıcı hasarlar bırakmaktadır.

Anayasa m.19'da hüküm altına alınan bir temel hak olan kişi hürriyeti ve güvenliğini ihlal etmektedir. Nitekim demokratik bir hukuk devletinde cezalandırılmaması ve hatta soruşturma konusu dahi yapılmaması gereken eylemlerden dolayı akran çocuklardan erkek olanı, gerek gözaltına alma ve tutuklama gibi işlemler dolayısıyla gerekse de yargılama sonunda verilen cezalar nedeniyle özgürlüklerinden mahrum bırakılmaktadırlar. Kaldı ki, bu tür fillerin

cezalandırılabilir olduğu düşünülse dahi, çocuklar arası rızaya dayalı cinsel ilişki için öngörülen ceza, bu hakkı ihlal edecek derecede aşırı orantısızdır.

Anayasa m.38'de hüküm altına alınmış olan suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırıdır. Nitekim bu ilke kusura göre cezanın belirlenmesi ilkesini de bünyesinde barındırır. Bu bağlamda bir an için rızaya dayalı akran cinselliğinin cezalandırılabilir bir fiil olduğu düşünülse bile; 50 yaşındaki adamın 13 yaşındaki çocuğa karşı cebirle gerçekleştirdiği cinsel davranışla, 13-15 yaşlarındaki iki akran çocuğun karşılıklı rızayla birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri eylemler aynı kefeye konulmakta, her ikisine de "cinsel istismar" denilmekte ve cezalandırma bakımında iki eylemin ağırlığıyla orantılı bir ceza farklılaşması sağlanamamaktadır. Ayrıca cinsel ilişki olmaksızın, bu iki akran çocuktan birinin diğerini, onun rızası dahilinde öpmesi durumunda bile eylem yine cinsel istismar sayılmakta, oldukça ağır ceza ile cezalandırılmaktadır. Bu uygulamanın kusura göre cezanın belirlenmesi ilkesi ile birçok açıdan tezat teşkil ettiği, eylemin ağırlığıyla orantısız cezalar doğurduğu açıktır.

Mevcut uygulama karşısında kanun koyucunun yasal düzenleme yapması gerektiği kanaatindeyiz. Söz konusu sorunun çözümü için iki şekilde hareket edilebilir. Öncelikle akran çocukların, rızaya dayalı olarak birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri cinsel davranışlar suç olmaktan çıkartılıp, hukuka uygun kabul edilebilir. Ancak bu durumda çocuk evliliklerin önünün açılması tehlikesi ortaya çıkacağından, çocukları cinsel ilişkiye teşvik eden veya yönlendiren kişilerin cezalandırılmasına yönelik ayrı bir suç tipine yer vermek gerekir. Bizim daha yerinde olduğunu düşündüğümüz ikinci yol ise çocukların akran olmasının onlar bakımından “şahsi cezasızlık nedeni” olarak düzenleme altına alınmasıdır. Bu durumda onları bu tür fiillere yönlendirenlerin cezai sorumluluktan kurtulmasının yolu da kapanmış olacaktır²². Ayrıca söz konusu eylemlerin haksızlık içeriği de suç politikası açısından korunacaktır.

Akranlar arası rızaya dayalı cinsel davranışları cezai sorumluluk alanı dışına çıkartırken, çocukların arasında en fazla “3 yaş” fark bulunması koşulu aranmalıdır. Kanaatimizce “4 ya da 5 yaş” gibi farklar oldukça fazladır. Bu kadar yaş farkı olan çocuklardan yaşça büyük olanının, eğer işlediği fiilin hukuki anlamını algılayabilecek ve davranışlarını buna göre yönlendirebilecek durumdaysa, daha fazla sorumluluk altında olduğu kabul edilmelidir. Bu bağlamda 12 yaşındaki bir çocukla 16 ya da 17 yaşındaki bir başka çocuk rızaya dayalı karşılıklı cinsel davranışlarda bulunursa, 16 veya 17 yaşında olanı cezalandırmak gerekir. Bu nedenle en fazla “üç yaş” farkı, akranlık için uygun bir koşuldur. Örneğin; 12-15; 13-16; 14-17

²² Aynı yönde ayrıca bkz. Taner (n 4) 294.

yaş aralıklarındaki çocukların rızaya dayalı cinsel davranışlarında, taraflardan herhangi birisi diğer taraftan daha fazla sorumluluk sahibi olarak görülmemeli ve cezai yaptırıma tabi tutulmamalıdır. Bu noktada en azından TCK m.31'deki yaş grupları (12-15; 15-18) bakımından aynı yaş grubu içinde yer alanların cinsel temas ve ilişkisinin cezai alanın dışına çıkartılması da düşünülebilir. Bu tür bir düzenleme de mevcut uygulamadan daha olumlu sonuçlar verecektir. Ancak bu durumda 14 yaş 11 aylık bir çocukla 15 yaş 1 aylık (aralarında iki ay fark bulunan) diğer bir çocuğun rızaya dayalı cinsel temasında, 15 yaşını doldurmuş olanı cezalandırmak gibi sonuçların da ortaya çıkması kaçınılmazdır. Bu nedenle "3 yaş" farkını kabul etmek daha uygundur.

Son olarak yukarıda bahsettiğimiz doğrultudaki bir düzenleme, sadece akran çocuklar bakımından cezai sorumluluğun doğmasına ilişkin bir uygulama farkı doğuracağından, eşitlik ilkesini zedelemeyecek ve anayasa mahkemesinin iptal kararına da konu olamayacaktır. Nitekim TCK m.31'deki yaş indirimine ilişkin düzenlemeler de sadece çocuklar bakımından etki doğurmaktadır.

KAYNAKÇA

- Artuk ME, Gökçen A. ve Yenidünya C, Ceza Hukuku Özel Hükümler (Adalet Yayınevi 2015)
- Bianet Bağımsız İletişim Ağı, 'Belçika'da Akranlar Arası Cinsellik Dekriminalize Edildi' (23 Temmuz 2018) < <https://m.bianet.org/bianet/toplumsal-cinsiyet/199423-belcika-da-akranlar-arasi-cinsellik-dekriminalize-edildi> > Erişim Tarihi: 15.03.2023.
- Can C, Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar (Seçkin Yayınevi, 2002)
- Koca M, Bozkurt Ö. ve Akar İ, 'Çocukların Kendi Aralarındaki Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu' in Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan (Seçkin Yayınevi, 2020)
- Koca M. ve Üzülmüş İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Adalet Yayınevi 2017)
- Kocaoğlu SS, Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (Yetkin Yayınevi 2016)
- Memiş Kartal P, Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı (Der Yayınları 2014)
- Önkal A. ve Bozkurt N, 'Deve' (Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi) < <https://islamansiklopedisi.org.tr/deve> > Erişim Tarihi 15.03.2023.
- Özbek VÖ, Kanbur MN, Doğan K, Bacaksız P ve Tepe İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (Seçkin Yayınevi 2015)
- Özgenç İ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Seçkin Yayınevi 2005)
- Sözüter, A, 'İki Çocuk Arasındaki Cinsel Davranış Cezalandırılıyor', İpek Özbey ile gerçekleştirilen Röportaj metni (16 Nisan 2018 tarihli Röportaj), < <http://www.hurriyet.com.tr> > Erişim Tarihi 15 Mart 2023.
- Şirin MC, Çocuğun Cinsel İstismarı Raporu (Çocuk Vakfı Yayını 2016)
- Taner FG, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar (Seçkin Yayınevi 2013)
- TDK'nın Güncel Türkçe Sözlüğü, < <https://sozluk.gov.tr> > Erişim Tarihi: 15.03.2023.
- Tezcan D, Erdem MR. ve Önok RM, Ceza Hukuku Özel Hükümler (Seçkin Yayınevi 2017)
- Ünver Y, 'Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel İncelenmesi' in II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu, Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku (Seçkin Yayınevi 2014)
- Yaşar O, Gökcan HT. ve Artuç M, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt III (Adalet Yayınevi, 2014)



ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

Uluslararası Ceza Yargılamalarında İnsanlığa Karşı Suçlar ve Soykırım Suçu

Dr. Rabia Beyza İNAN*

Öz

Dünya siyasi tarihi şiddetin tarihi olarak da değerlendirilebilir. Şiddetin ise siyasi saiklerle gerçekleştirildiği ve ortaya çıkan büyük insan hakkı ihlallerinin sorumlularının da devletler değil insanlar olması gerektiği söylenebilir. Bu anlayıştan yola çıkarak özellikle 1. ve 2. Dünya Savaşları sırasında yaşanan büyük trajediye tekrar tanık olmamak, dolayısıyla uluslararası toplumda barış ve güvenliğin tesisini teminat altına almak amacıyla çeşitli uluslararası ceza mahkemeleri kurulmuştur. Bu mahkemeler, insanlığa karşı suç, soykırım gibi suç tanımlamaları getirerek bireysel cezai sorumluluk ilkesi gereğince söz konusu suçlara yönelik yargılamalar yapmışlardır. Böylece daha önce uluslararası hukukta aktör olarak görülmeyen bireyler uluslararası hukukun bir parçası haline gelmiştir. Çalışmada insanlığa karşı suçlar öncelikle tarihsel arka planı, hukuk metinlerine konu olması ve unsurları ile ele alınmış, daha sonra ise soykırım kavramı ve suçunun ortaya çıkışı incelenerek suçun kapsamı yer yer uluslararası mahkeme içtihatlarıyla ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler

İnsanlığa karşı suç, Soykırım, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Roma Statüsü, Uluslararası hukuk.

* Doktor (PhD), rbeyzacandan@gmail.com, ORCID: 0000-0003-3377-6086.

Gönderim Tarihi: 12.12.2022. Kabul Tarihi: 02.01.2023. **Hakem denetiminden geçmiştir.**



ESKİŞEHİR BAR ASSOCIATION JOURNAL

Crimes Against Humanity and Genocide in International Law

Abstract

World political history can also be evaluated as the history of violence. It can be said that the violence is carried out with political motives and that the people responsible for the major human rights violations should be the people, not the states. Based on this understanding, various international criminal courts were established in order not to witness the great atrocities experienced during the First and Second World Wars, and therefore to ensure the establishment of peace and security in the international community as much as possible. These courts brought criminal definitions such as crimes against humanity and genocide, and made judgments for these crimes in accordance with the principle of personal responsibility. Thus, individuals who were not seen as actors in international law before have become a part of international law. In this study, crimes against humanity were first discussed together with its historical background, being the subject of legal texts and its elements, then the concept of genocide and the emergence of the crime were examined and the scope of the crime was revealed with the jurisprudence of international courts.

Keywords

Crimes against humanity, Genocide, International Criminal Court, Rome Statute, International law

GİRİŞ

Gerek savaş gerekse barış zamanında işlenebilecek suçlar olan insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçunun, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargılama yetkisine giren diğer iki suç olan saldırı ve savaş suçundan, temelde tüm insanlığı hedef alması itibarıyla ayrıldığı söylenebilir. Erdemovic Kararında bu husus yargılamanın hakimleri tarafından vurgulanarak savaş suçlarını yasaklayan kuralların yasayla korunan bir özneye yönelik olarak suçun failinin suça sebep olan davranışıyla ilgili olduğu, oysa insanlığa karşı suçları yasaklayan kuralların failin yalnızca doğrudan kurbanına yönelik davranışıyla değil sistematik, yaygın bir politikanın parçası olarak insanlığın tümüne yönelik davranışıyla ilgili olduğu belirtilir. Bu haliyle ise insanlığa karşı suç kavramı Erdemovic yargılamasındaki hakimler tarafından Kant'ın 1795'de yeryüzünün herhangi bir yerindeki hukuk ihlalinin her yerde hissedileceğine ilişkin fikrinin modern tercümesi olarak değerlendirilir¹. Anılan suçlarda sadece bu suçlara maruz kalanlar mağdur edilmemekte, aynı zamanda mağdur olan topluluktan ayrı olarak tüm insanlık da mağduriyeti paylaşmaktadır. İnsanlığa karşı suçlarda yer alan insanlık “nitelik olarak insanlık” ve “nicelik olarak insanlık” olmak üzere ikili bir anlama işaret eder. Dolayısıyla gerek insanlığa karşı suçlar gerekse soykırım suçunu tanımlayan öge, bir yönüyle ihlal edilen değerken diğer yönüyle bu suçların soruşturulmasında çıkarı olan taraftır². Bu çalışmada insanlığa karşı suçlar ve soykırım suçunun birlikte ele alınması, benzer unsurlar taşımalarına rağmen ikisini ayıran temel unsur olan kast unsuru ve fiilin niteliği yönünden farklılıklarını mahkeme kararlarıyla ortaya koyma çabasından kaynaklanmaktadır. Zira her iki suç da kasten işlenebilen suçlar olsa da soykırım suçunda failin ulusal, etnik, ırksal ya da dinsel bir grubu kısmen ya da tamamen ortadan kaldırmaya yönelik kastı aranırken insanlığa karşı suçlarda failin sivil nüfusa yönelik genel veya sistematik eylemleriyle fiilini gerçekleştirmesi yeterlidir.

I. İNSANLIĞA KARŞI SUÇ KAVRAMININ GELİŞİMİ VE TARİHSEL ARKA PLAN

İnsanlığa karşı suçların en temel özelliği insanın politik varlığına karşı işlenmesidir³. Arendt de Nazi rejiminin insanlığa karşı suç olarak tanımlanan fiillerinin insanlığın çoğulluğunu yok etmeye yönelik olmakla insanlığa karşı suç olarak nitelendirildiğinin altını çizer⁴. Arendt, politikanın ancak evrenin yasası olan çoğulluk üzerinden gerçekleşebileceğini

¹The Prosecutor v. Erdemovic Case No.IT-96-22-T, Appeals Chamber Judgement 07.10.1997, paragraf 21.<<https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-asojmcd971007e.pdf>> Erişim Tarihi 27 Aralık 2022.

²Hüseyin Günal, ‘İnsanlığa Karşı Suçlarda “İnsanlık” Ne Manaya Gelmektedir: Felsefi Bir Analiz’ (2014) 72 (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 555, 560.

³Güenal, (n 2) 562.

⁴Hannah Arendt, *Kötülüğün Sıradanlığı* (2. B, Metis Yayınları 2012) 274.

ve bunun ortadan kaldırılmasının da politik eylemin aktörü olan insanlığı en temel özelliğinden mahrum etmek anlamına geleceğini ifade eder⁵.

İnsan onurunu ihlal eden, insan hakkı ihlallerinin çok daha ötesinde olan insanlığa karşı suçlarda, failer insan onurunu hedeflemekle kalmayıp aynı zamanda mağdurlarını toplumun bir üyesi dahi olmayan, insandan aşağı bir varlık sayarlar⁶. İnsanlığa karşı suçlar, devletlerin insanlığa karşı girişilen insanlık dışı eylemlerine yönelik kullanılan bir kavram olmuştur. Her ne kadar devletler maddi anlamda suçun doğrudan faili olmasalar ve devletlerin suç işlemeden söz edilemeye de özel kişiler tarafından devletlere atfedilecek belirli bir politika doğrultusunda gerçekleştirilen ve o kişilerin suç kapsamına giren fiillerinden dolayı devletlerin hukuki sorumlulukları gündeme gelebilir⁷. BM Şartının ilanına kadar da kavram azınlıklara yönelik devlet faaliyetleri için kullanılmıştır⁸.

Kavram olarak insanlığa karşı suçlar, modern hukukta devletin savaş sırasındaki eylemlerini ve savaş suçlarını tanımlayan 1899 ve 1907 tarihli La Haye Sözleşmelerinden sonra, ancak İkinci Dünya Savaşı'nın ardından hukuk metinlerine girmeye başlamıştır. Dinamik bir kavram olması sebebiyle tanımlanması ve sınırlanması konusunda çokça tartışmalara sebebiyet veren insanlığa karşı suçlar uzun bir dönem savaş suçlarından ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmemiştir. Ancak diğer uluslararası suçlardan farklı olarak, belli bölgelerde gerçekleşen uluslararası suçları yargılamak için kurulmuş, zaman ve yer açısından sınırlanmış mahkemelerin statülerinde yer alarak gelişmiştir⁹. İnsanlığa karşı suç kavramını ilk olarak 1890'da Afro- Amerikalı bir asker olan George Washington Williams, ABD Dışişleri Bakanı Blaine'ye gönderdiği bir mektupta Kongo'nun köle ticareti yaparak insanlığa karşı suç işlediğini ifade etmek için kullanmıştır¹⁰. Köle ticaretini insanlığa karşı suçta bir referans noktası alan başka bir kullanımın ise 1906'da yazdığı bir makalede Robert Lansing tarafından yapıldığı söylenebilir¹¹. Bunun ardından 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmelerinde 'Marten Kaydı' olarak adlandırılan hükümde, daha kapsayıcı yasaların yürürlüğe girmesine kadar sivillerin ve savaşanların insanlık kanunları ve kamu vicdanı gereklilikleri ile oluşturulan uluslararası hukuk

⁵Hannah Arendt, *İnsanlık Durumu*, (4. B. İletişim Yayınları 2009) 42.

⁶Jonathan Yovel, 'How Can a Crime Be Against Humanity: Philosophical Doubts Concerning a Useful Concept' (2007) 11 (1) *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* 39, 47.

⁷Devletlerin uluslararası sorumluluğunun değerlendirildiği bir çalışma için bkz. Hatice Geyik, 'Devletlerin İnsancıl Hukuk Kurallarının İhlali Nedeniyle Sorumluluğu' (2016) 24(2) *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*.

⁸Ezeli Azarkan, *Nürnberg'ten La Haye'ye Uluslararası Ceza Mahkemeleri*, (Beta Yayınları 2003) 88.

⁹Ayşen Seymen Çakar, 'İnsanlığa Karşı Suçlar' (2012) 103 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 169, 170.

¹⁰Norman Geras, *Crimes Against Humanity: Birth of A Concept*, (Manchester University Press 2011) 4.

¹¹Robert Lansing, 'Notes on World Sovereignty' (1921) 15 (1) *American Journal of International Law* 25.

ilkelerinin koruması altında olduğu ifade edilmiştir¹². Kavram daha sonra İngiltere, Fransa ve Rusya'nın 1915 yılında yayımladıkları "Petrograt Bildirisi"nde Osmanlı Devleti'ndeki hükümet üyelerinin Ermenilere karşı fakat aynı zamanda insanlığa ve sivillere karşı işlediği "insanlığı küçük düşürücü suçlar" olarak yer almakla birlikte insanlığa karşı suçların savaş suçlarından ayrı bir tür şeklinde ele alınmasına devletler itiraz etmişlerdir. Söz konusu itirazların sebebi ise 1907 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin insancıl hukuka ve kamu vicdanına açıkça vurgu yapması ve gerek savaşan taraflara gerekse sivillere ek güvenceler tanınmasına yönelik kapsamlı kuralların zaten kabul edilmiş olmasıdır¹³.

1. Dünya Savaşı sonrası müttefik devletlerin de içinde bulunduğu Paris Barış Konferansı'na hazırlık komisyonunda çoğunluk tarafından savaş hukukunun ağır ihlallerinden dolayı bu ihlalleri gerçekleştiren düşman devletlere üye kişilere ceza yargılamasının yapılması ve buna yönelik de bir mahkeme kurulması teklif edilmiştir¹⁴. Ayrıca savaş faillerinin sorumluluklarını belirlemek ve ilan edilen cezaları yerine getirmek üzere kurulan bu komisyon "insanlık yasalarının çiğnenmesinden" de söz etmektedir¹⁵. Bununla beraber ABD "insancıl hukuk" tabirini kapsam itibarıyla belirsiz bularak itiraz ettiği için insanlığa karşı suç kavramı 1919 tarihli Versay Barış Antlaşması'nda yer almamıştır¹⁶.

Sonuç olarak 2. Dünya Savaşı'na kadar insanlığa karşı suç ifadesi devletlerin şüphe ile yaklaştıkları bir kavram olmuş ve çoğunlukla kabul görmemiştir. Savaş döneminde insanlara ve özellikle de sivillere karşı gerçekleştirilen eylemler suç olarak kabul edilmekle beraber bunların savaş suçları içinde değerlendirilmesi gerektiği iddia edilmiştir. Zira insanlığa karşı suçlar kavramının hukuki değil politik bir içerik taşıdığı düşünülmüştür¹⁷.

Esasen insanlığa karşı suçların uluslararası hukuk tarafından tanınarak uluslararası hukuk gereğince bireylerin cezai olarak sorumluluğuna gidilmesi 2. Dünya Savaşı'yla gerçekleşmiştir. Savaş sonrası Londra Konferansı'nda kabul edilen ve uluslararası suçları tanımlayan ne tür suçların kapsama gireceğini hukuki olarak ortaya koyan ilk belge özelliğine sahip Nüremberg Statüsünde, Statünün uygulandığı Nüremberg Uluslararası Askeri Ceza

¹²International Committee of The Red Cross, <<https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/article/other/57jnh.htm>> Erişim Tarihi 27 Aralık 2022.

¹³Çakar (n 9) 172.

¹⁴Cenap Çakmak, Uluslararası Hukuk (Ekin Basım Yayım 2014) 246; Vahakn N. Dadrian, Ulusal ve Uluslararası Hukuk Sorunu Olarak Jenosid (Belge Yayınları 1995) 62.

¹⁵Mireille Delmas Marty, Isabelle Fouchard, Emanuela Fronza, Laurent Neyret, İnsanlığa Karşı Suç (İletişim Yayınları 2012) 16.

¹⁶Ezeli Azarkan, 'Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar' (2003) 52(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 275, 276-277.

¹⁷Azarkan 'Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar' (n 16) 175.

Mahkemesi'nde (Nüremberg Mahkemesi) yapılan yargılamalarda ve sonrasında Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemesi'nde insanlığa karşı suç kavramı ilk defa uluslararası hukuk bağlamında suç kabul edilmiştir. Ayrıca Nazi ve Japon savaş suçlularını yargılamak için kurulan Nüremberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemeleri uluslararası toplum tarihinde insanlığa karşı suçlar, barışa karşı suçlar ve savaş suçları ayrımı yapması bakımından da ilktir. 'Galiplerin mahkemeleri' olarak nitelense de anılan mahkemeler uluslararası suçların kabul edilerek bireylerin uluslararası ceza yargılaması yapan bir organ tarafından suçlu bulunması ve sürekli bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulmasını sağlaması açısından da ilktir. Nüremberg Mahkemesi'nde yapılan yargılamalarda da belirtildiği gibi "...soyut varlıkların değil, insanların suç işlediği ve bu suçların cezasının uluslararası hukuk müeyyideleri uyarınca insanlara verildiği" teyit edilmiştir¹⁸. Böylece bireyleri ulus devlete bağlayarak birey ile uluslararası hukuk arasına engel koyan kutsal bağ da kopmuş ve kişilerin resmi statüleri ile ulusal yasaları ne olursa olsun yargı bağıışıklığından yararlanmaksızın yargılanmalarının önü açılmıştır¹⁹. Her ne kadar devletler kendi vatandaşlarını uluslararası suç sebebiyle kendi mahkemelerinde yargılamaya yanaşmasalar da anılan kabul ile uluslararası mahkemelerin yargılama yaparak insanlığa karşı suç ve soykırım suçunu işleyen kişilerin cezasız kalmasını önlemeleri mümkün hale gelmiştir²⁰.

Uluslararası hukukun kabul ettiği savaş suçlarına girmeyen ve fakat son derece ağır ihlallere sebebiyet veren fiillerin cezalandırılabilmesi için gerekli hukuki bir temel arayışı sonucu uluslararası hukuk metinlerine giren bu suç, o dönem için daha sonra soykırım olarak adlandırılacak fiillere yönelik kullanılmıştır. Söz konusu fiillerin savaş suçu olarak nitelenememe sebebi ise savaş suçunun mağdurunun milliyeti ile ilgili belli koşullar aranmasındandır. Dolayısıyla Nazilerin Almanlara ve Almanya'nın müttefiklerine yönelik işlediği suçlar savaş suçları kapsamında değerlendirilememektedir²¹.

Nüremberg ve Tokyo Uluslararası Askeri Ceza Mahkemeleri *ad hoc* nitelikte olup 2. Dünya Savaşı öncesinde ve esnasında Alman ve Japon görevlilerin işledikleri "barışa karşı suçlar", "savaş suçları" ve "insanlığa karşı suçlar" olmak üzere üç suç tipini yargılamışlardır. Özellikle insanlığa karşı suçlar açısından ileride daimî nitelikte kurulacak bir uluslararası ceza mahkemesinin temellerini atması bakımından ayrı bir öneme sahip bu mahkemeler, bazı

¹⁸International Military Tribunal <https://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgement.pdf> paragraf 447 Erişim Tarihi 28 Aralık 2022.

¹⁹Marty, Fouchard, Fronza, Neyret (n 15) 17.

²⁰Yusuf Aksar, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II (2. B, Seçkin Yayıncılık 2013) 141.

²¹Aksar, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II (n 14) 18.

yazarlar tarafından galip devletler tarafından kurulmuş olması, kararların ardından öngörülen bir denetim mekanizmasının olmaması, kanunilik, tabii hakim ilkesi gibi ceza hukukunun temel prensiplerini ihlal etmesi gerekçeleriyle eleştirilere de maruz kalmıştır²².

İnsanlığa karşı suçların kapsamına hangi suçların girdiği Nüremberg ve Tokyo yargılamalarından sonra soğuk savaş döneminin ardından kurulan diğer uluslararası ceza mahkemelerinin statülerine bakılarak tespit edilebilir. Nüremberg Statüsü'nden sonra Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM), Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi (RUCM) ve Roma Uluslararası Ceza Mahkemesi statüleri insanlığa karşı suçlara ilişkin yer yer birbirinden farklı tanımlamalar getirmiştir. Nüremberg Mahkemesi İlkeleri²³ 6/c maddesinde “ülkelerin iç hukuklarında suç olarak tanımlansın tanımlanmasın, Mahkeme'nin yetki alanına giren tüm suçları takiben ya da bu suçlarla bağlantı içinde, savaşta ya da savaş öncesinde tüm sivil halklara karşı işlenen cinayet, yok etme, köleleştirme, sınırdışı etme ve diğer tüm insanlık dışı fiiller ya da siyasi, ırksal, dini saiklerle yapılan zulümler” şeklinde tanımlanmıştır.

EYUCM Statüsü 5. maddesinde de benzer bir tanım yapılmakla birlikte Nüremberg'deki “savaşta ya da savaş öncesinde” kriterinden farklı olarak söz konusu fiillerin uluslararası ya da iç silahlı çatışma esnasında işlenmesinden söz edilerek “iç silahlı çatışma” da kapsama alınmıştır. RUCM Statüsü 3. maddesinde ise söz konusu suçun yaygın ve sistematik bir saldırı çerçevesinde işlenmesinden bahsedilmiştir. Ayrıca EYUCM'den farklı olarak RUCM Statüsü'nde insanlığa karşı suçlar için dini, ırksal, etnik, siyasi ve ulusal temelde girişilen bir eylem olma niteliğinden de söz edilebilir²⁴. Son olarak insanlığa karşı suç, Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü kapsamlı olarak ele alınarak suçun maddi ve manevi unsurları sayılmıştır²⁵. Buna göre, Roma Statüsü'nün 7. maddesi uyarınca insanlığa karşı suç, saldırının bilincinde olarak “...herhangi bir sivil nüfusa karşı yöneltilmiş yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olarak işlenen öldürme, imha, köleleştirme, nüfusun sürgünü veya zorla nakli, uluslararası hukukun temel kurallarını ihlal eder bir biçimde hapsedme veya fiziksel özgürlükten diğer biçimde ağır yoksun bırakma, işkence, ırza geçme, cinsel kölelik, zorla fuhuş, zorla hamile bırakma, zorla kısırlaştırma veya benzer ağırlıktaki diğer cinsel şiddet biçimleri, tanımlanabilir herhangi bir grup veya topluluğa karşı politik, ırksal, ulusal, etnik, kültürel, dini, cinsiyet ayırımına veya uluslararası hukuk uyarınca evrensel açıdan izin

²²Selecen Erdal, Uluslararası Ceza Mahkemesinin Devlet Egemenliğine Etkisi (Yetkin Yayıncılık 2010) 65-70.

²³Yearbook of the International Law Commission, 1950, Vol. II, pp. 377 <<https://www.un-ilibrary.org/content/books/9789213625019/read>> Erişim Tarihi 27 Aralık 2022.

²⁴Azarkan, Nüremberg'ten La Haye'ye Uluslararası Ceza Mahkemeleri (n 8) 97.

²⁵Marty, Fouchard, Fronza, Neyret (n 15) 31.

verilmeyen herhangi diğer bir temele dayalı olarak, bu paragrafta atf yapılan fiillerden herhangi biri veya mahkemenin yargı yetkisine giren diğer suçlardan herhangi biri ile bağlantılı olarak yapılan zulüm, kişilerin zorla kaybedilmesi, apartheid suçu, kasıtlı olarak büyük acıya veya vücutta ya da zihinsel veya fiziksel sağlıkta ciddi zarara neden olan benzer nitelikteki diğer insanlık dışı fiiller” olarak tanımlanmıştır²⁶. Dolayısıyla soykırım suçunda ve Uluslararası Ceza Mahkemesinin alanına giren diğer suçlarda olduğu gibi insanlığa karşı suçlarda da bu suç işleyenlerin makamlarına ya da yargısal bağışlıklarına bakılmaksızın cezalandırılmaları mümkündür.

II. ROMA STATÜSÜ'NDE İNSANLIĞA KARŞI SUÇLARIN UNSURLARI

A. Maddi Unsurlar

1. Bir Saldırının Varlığı

Uluslararası ceza mahkemelerinin içtihatları göz önünde bulundurulduğunda ilgili suç bakımından saldırı, diğer tüm silahlı çatışmalardan ayrılmaktadır. Söz konusu saldırı, EYUCM'nin verdiği *Tadic Kararı*'nda da belirtildiği gibi, silahlı bir çatışma öncesinde, silahlı bir çatışma esnasında ya da silahlı bir çatışma sonrasında ortaya çıkabilecek olmakla beraber her zaman silahlı bir çatışma ile bağlantılı olmak zorunda değildir²⁷. UCM'nin *Kunarac Kararı*'nda ise, sivil nüfusa karşı yöneltilen bir saldırının silahlı güce başvurmayla sınırlandırılmayacağı ve sivil halka yöneltilmiş olmakla beraber tüm kötü muameleleri kapsayacağı belirtilmiştir²⁸.

Gerçekleştirilen fiillerin saldırının kapsamında değerlendirilebilmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle failin diğer suçlarının da insanlığa karşı suç kabul edilebilmesi, bu saldırı çerçevesinde işlenmesine bağlıdır. Bununla beraber söz konusu fiillerin saldırı olarak değerlendirilmesinde bu fiillerin saldırı açısından belirleyici olmaları ya da coğrafi olarak bu saldırının içinde gerçekleşmeleri şart olmayıp dolaysız bir bağ kabul edilmiştir²⁹.

²⁶Temel metin için bkz. Rome Statute of the International Criminal Court <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>> Erişim Tarihi 27 Aralık 2022, Türkçe çevirisi için bkz. Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü <http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf> Erişim Tarihi 27 Aralık 2022.

²⁷The Prosecutor v. Tadic Case No. IT-94-1-A, 15.07.1999, Appeals Chamber Judgement paragraf 251 <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf> Erişim Tarihi 27 Aralık 2022.

²⁸ibid 32, The Prosecutor v. Kunarac Case No. IT-96-23& IT-96-23/1-A, 12.06.2002, Appeals Chamber Judgement paragraf 86 <https://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf> Erişim Tarihi 27 Aralık 2022.

²⁹ibid 33.

2. Saldırının Sivil Halka Yönelik Olması

İnsanlığa karşı suçun oluşabilmesi için saldırının hedefi sivil halk olmalıdır. Siviller kavramına ilişkin RUCM II. Dava Dairesi Savcısı Kayishema, kamu düzenini korumakla yükümlü olan silahlı kuvvetler haricindeki herkesi kapsayan bir tanım getirmiştir. Siviller kavramı esas olarak uluslararası insancıl hukuk kavramı olup, içeriği uluslararası silahlı çatışmalar ve uluslararası olmayan çatışmalar ayrımıyla belirlenebilir. Uluslararası silahlı çatışma durumlarında siviller, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve Ek I. Protokolde “çatışmaya taraf silahlı kuvvetler üyesi olmayan kişiler” olarak tanımlanmıştır. Ek II. Protokolde ise uluslararası olmayan silahlı çatışma durumlarında siviller tanımlanmıştır. Buna göre uluslararası olmayan silahlı çatışma durumlarında siviller “düşman kuvvetlere bağlı olmayan ve katılmayan kişiler”dir. Bu kişiler siviller olarak korumaya tabi olmakla beraber bunlardan sivillere karşı eylemde bulunan polis ve paramiliter grup üyeleri söz konusu tanıma ve korumaya tabi değildir. Silahlı çatışmanın olmadığı hallerde siviller kavramının kapsamı Cenevre Sözleşmeleriyle tespit edilemese de Ek II. Protokol uygulamasının getirdiği güvenceler göz önüne alınarak bir kapsam oluşturulabilir. Buna göre silahlı çatışma olmayan durumlarda, sivillere yönelik eylemlere katılan silahlı kuvvet üyeleri dışındaki düşmanca hareketlere dahil olmayan kişiler siviller olarak tanımlanabilir³⁰.

Bu konuda herhangi bir şüpheye düşülmesi halinde sivil halkı insanlık dışı fiillerden korumak amaçlı uluslararası teamül hukukunun sivil halka mensubiyet karinesinin devreye girmesi gerektiği söylenebilir³¹.

3. Saldırının Yaygın Veya Sistemik Olması

Saldırının yaygın veya sistemik olması alternatif koşulları ifade eder. Saldırının “yaygın” olmasından kasıt mağdurların sayısına yönelmişken, “sistemik” olması belirli bir politika ya da planın varlığını gerektirir. Bu koşullar insanlığa karşı suçu bireysel ve rastgele eylemlerden ayırır. Söz konusu politika merkezi yönetimin bir politikası olmak zorunda olmayıp herhangi bir örgüt ya da ya da diğer özel grupların politikaları da olabilir. Belirli bir politika ya da planın varlığı, soykırım suçunu rastlantısal ve tekil eylemlerden ayrılması ile

³⁰Azarkan, Nüremberg'ten La Haye'ye Uluslararası Ceza Mahkemeleri (n 8) 101-102.

³¹Marty, Fouchard, Fronza, Neyret (n 15) 34.

sivillere yönelmiş bilinçli saldırılara ve insanlık vicdanını yaralayan eylemlere sebebiyet vermesi açısından önem arz eder³².

B. Manevi Unsur Olarak Failin Kasıtlı Olarak Suçunu Da Kapsayan Saldırının Bilinciyle Hareket Etmesi

Roma Statüsü'nün 30. maddesinde ceza hukuku genel kuralı uyarınca suçun maddi unsurunun kasıt ve bilinçle işlenmediği müddetçe mahkemenin yetki alanına giren bir suçtan kimsenin sorumlu tutulamayacağı belirtilir. İnsanlığa karşı suçlar açısından sanığın insanlığa karşı suç kapsamındaki fiilleri işlemek maksadıyla hareket etmesi gerekir. Söz konusu fiilleri işlemek maksadının olması da tek başına yeterli olmayıp sanığın işlediği fiilin yaygın ya da sistematik bir saldırı çerçevesinde olduğunun da bilincinde olması gerekir. Bununla beraber failin saldırının amacını ya da hedefini paylaşarak saldırıyı onaylaması aranmaz. Başka bir deyişle fail saldırının tüm özelliklerine ya da söz konusu plan ya da politikanın tüm detaylarına hakim olmak zorunda değildir. Failin, davranışının sivil halka karşı yaygın veya sistematik bir saldırının parçası olduğunun ya da olabileceğinin bilincinde olması yeterlidir³³.

IV. SOYKIRIM SUÇU KAVRAMININ GELİŞİMİ VE TARİHSEL ARKA PLAN

Uluslararası hukuk açısından soykırımın yasaklanması ve cezalandırılması milli, ırksal, etnik veya dinsel grupları korumak ve onlara sırf mensubiyetleri dolayısıyla gerçekleştirilecek saldırıları önlemek gayesiyledir. Bu anlamda uluslararası hukukta 1648 Westfalya Antlaşması, azınlıkların oluşturduğu grupların ilk defa korunması bakımından önem arzeder. Anılan antlaşmayla çok taraflı olarak soykırım suçunun koruduğu gruplardan biri olan dinsel gruplara ilişkin belli hak ve teminatlar da ilk defa getirilmiştir. Bununla beraber Westfalya Antlaşması'nda esas olan, ülkelerin iç işlerinde bağımsızlığı ve ülke içindeki azınlıklarla ilgili olayları da kapsayacak şekilde gerçekleşen tüm fiillere ülkenin iç mevzuatının uygulanması olduğundan bu dönemde henüz uluslararası suçtan bahsetmek mümkün değildir. Westfalya Barışı'nın önemi belli fiillerden korunmak için dinsel azınlıklara tanıdığı hak ve garantilerdedir³⁴. Soykırım suçunun doğal mağdurunun, toplumun bütününden çeşitli

³²Azarkan, Nuremberg'ten La Haye'ye Uluslararası Ceza Mahkemeleri (n 8) 99-100.

³³Marty, Fouchard, Fronza, Neyret (n 15) 40-41.

³⁴Semin Töner Şen, Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı (Oniki Levha Yayıncılık 2010) 9-10.

özellikleri sebebiyle farklılaşan topluluklar anlamında azınlıklar olduğu gerçeği düşünülürken azınlık haklarının korunması yönündeki çabalar dikkate değerdir³⁵.

20. yüzyıl, şiddet tekeli elinde tutan modern devletin de etkisiyle önceki yüzyıllardan daha yoğun biçimde belirli gruplara yönelik sistematik şiddetin uygulandığı bir dönemdir. “Suçların suçu” olarak nitelenen soykırım suçu, belirli bir gruba karşı öldürme, grubu yok etme fiilleriyle ortaya çıkar. “Genocide” Lemkin tarafından Antik Yunan’da ırk anlamına gelen “genos” ile Latince’de öldürmek anlamında “cide” kelimelerinin bir araya getirilmesiyle oluşturulmuştur³⁶. Lemkin’e göre soykırım, bir ulusu öldürerek yok etmekten ziyade tasarlanmış bir planın parçası olarak hedef seçilerek o ulusun temelden yok edilmesidir³⁷. Lemkin’e göre, ulusal yaşamın temel taşları imha edilirken ulusal ekonomik yapı, din kurumları, eğitim sistemi de yok edilmektedir³⁸. Dolayısıyla soykırım, siyasi soykırım, sosyal soykırım, kültürel soykırım, ekonomik soykırım, biyolojik soykırım, fiziksel soykırım, dinsel soykırım, ahlaki soykırım şeklinde çoğaltılabilir³⁹.

Soykırım kavramı her ne kadar ismen zikredilse de, başlı başına bir suç tipi olarak Nürnberg İlkeleri arasında yer almamış, insanlığa karşı suçlar çatısında değerlendirilmiştir. Nürnberg yargılamasında savcının kavram olarak soykırımı kullanmasına rağmen mahkemenin kararında buna atıf yapmaması kavramın henüz uluslararası hukukun kapsamına girmediğini göstermektedir. Buna ilişkin ilk hukuki belge 2. Dünya Savaşı’nın acılarını bizzat deneyimleyen Polonyalı Yahudi kökenli aileye mensup Lemkin’in çabalarıyla Birleşmiş Milletler Teşkilatı’nın Genel Kurul’unda 1946 yılında kabul edilen karardır. Kararda soykırımın uluslararası hukuk uyarınca suç olduğu ve cezalandırılmasının da uluslararası hukuku ilgilendirdiği belirtilmiştir. Taslak halindeki karar 1948 yılında 56 üye devlet tarafından kabul edilerek 1951 yılında yürürlüğe girmiştir. Böylece 1948 yılında kabul edilen Soykırım

³⁵Faruk Turinay, ‘Soykırım Suçunun Mağduru Olarak Azınlıklar’ (2014) 9(24) Ceza Hukuku Dergisi 271, 271.

³⁶Sinan Kocaoğlu, ‘Suçların Suçu: Soykırım’ (2010) 3 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 139, 142.

³⁷Raphael Lemkin, Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress (The Lawbook Exchange Ltd 2005) 79; Arzu Beşiri, ‘Soykırım ve Soykırımı İlişkin Uluslararası Mekanizmalar’ (2013) 108 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 179, 180.

³⁸Yehuda Bauer, Soykırımı Yeniden Düşünmek (Phoenix Yayınevi 2002) 20.

³⁹Feride Hamzayeve, ‘İnsanlığa Karşı Suçlar Bağlamında Soykırım Örneği’ (2013) Doğu Akdeniz Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi 26-29; Sefa M. Yürükel, Batının İnsanlık Suçları I Soykırımlar Tarihi (Nearest Publishing 2005) İklim krizinin olumsuz sonuçlarının artışıyla ekokırımın da Roma Statüsü kapsamında suç olmasının önerildiği, Stop Ecocide Foundation (Ekokırım Durdurun Vakfı) girişimiyle uluslararası uzmanlardan oluşan heyet tarafından hazırlanarak kamuoyu ile paylaşılan temel metin ve Türkçe çevirisi için bkz. Stop Ecocide Foundation, <<https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d7479cf8e7e5461534dd07/1624721314430/SE+Foundation+Commentary+and+core+text+revised+%281%29.pdf>> Erişim Tarihi 27 Aralık 2022, Haklar ve Araştırmalar Derneği, <<https://haklarvearastirmalar.org/wp-content/uploads/2021/09/ekokirim-sucu-tekli-sayfa-hali.pdf>> Erişim Tarihi 27 Aralık 2022.

Sözleşmesi⁴⁰ ile soykırım, cezalandırılabilir uluslararası bir suç haline gelmiştir. Sözleşmenin giriş bölümünde Nürnberg İlkelerinde, insanlığa karşı suç kavramı ya da Tokyo Mahkemesi Statüsü'ndeki topluca öldürme anlamı taşıyan toplu katliam kavramının kullanılması yerine sadece BM Genel Kurulunun aldığı karara atıf yapılması, soykırım suçunun artık ayrı bir suç kabul edildiğini gösterir niteliktedir⁴¹.

Soykırımı ilişkin diğer hukuksal metin de 1968 tarihli “Savaş ve İnsanlık Suçlarına Zamanaşımı Uygulanmazlığına İlişkin Sözleşme”dir. Giriş kısmında ve sözleşme içerisinde referanslarla soykırım suçunu da içeren bu sözleşmeye göre, soykırım suçu da savaş suçları ve insanlık suçları gibi zamanaşımına ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı suçlardandır. Ayrıca 1973 tarihli BM Genel Kurulu'nda kabul edilen tavsiye karar niteliğindeki “*Soykırım suçu işleyenlerin aranması, tutuklanması, geri verilmesi ve cezalandırılması konusunda uluslararası işbirliği ilkeleri*”⁴² ile de suçun nerede işlendiğine bakılmaksızın suçu işlediğine yönelik kanıt bulunan kişiler izlenebilir, tutuklanabilir, yargılanıp cezalandırılabilir⁴³. Soykırım suçunu işleyen kişilerin yargılanması kural olarak suçun işlendiği devletin yetkisine girmekle beraber sözleşmeye taraf devletler bu konuda yasal önlemleri almakla da yükümlü tutulmaktadır. Bununla beraber suçun ağırlığının evrensel yargı yetkisinin gündeme getirmesi ile de bu suçun Soykırım Sözleşmesi ile sadece taraf devletlerin yargı yetkisine girmesi kabul edilemez⁴⁴. Her kadar geleneksel uluslararası hukuk bakımından evrensel yargı yetkisinin tanımı konusunda bir uzlaşma olmasa da Grotius'un “Ya geri ver ya cezalandır.” sözü bu kavrama kaynaklık etmiştir. Dolayısıyla Uluslararası Ceza Mahkemesi savaş suçu, soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar gibi çekirdek suç kabul edilen suçlar bakımından nerede ve kim tarafından işlendiğine bakılmaksızın yargılamayı ve cezalandırmayı mümkün hale getirmek üzere kurulmuştur⁴⁵. Ayrıca soykırımın uluslararası hukuka karşı bir suç değil de uluslararası hukuka göre bir suç olarak tanımlanması gerçek kişilerin bu suç bağlamında sorumluluğunu ortaya çıkarması bakımından önemlidir. Aksinin kabulü halinde gerçek kişiler uluslararası hukukun süjesi olmadıklarından sanık sıfatıyla sorumlu tutulmaları da mümkün olmamaktadır⁴⁶.

⁴⁰https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.1_Convention%20on%20the%20Prevention%20and%20Punishment%20of%20the%20Crime%20of%20Genocide.pdf > Erişim Tarihi 27 Aralık 2022, T. C. Resmi Gazete, 29 Mart 1950, sayı: 7469.

⁴¹Şen (n 34) 27-35.

⁴²Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, <https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocities-crimes/Doc.28_Principles%20of%20international%20cooperation%20in%20detection.pdf> Erişim Tarihi 27 Aralık 2022.

⁴³ibid 36.

⁴⁴Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk (Turhan Kitabevi 2008) 203-204.

⁴⁵Evrensel yargı yetkisine ilişkin bir çalışma için bkz. Merve Şahin Akdemir, ‘Egemenlik ve Evrensel Yargı Yetkisi İlişkinin Uluslararası Ceza Hukuku Boyutu’ Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2022) 8(2), 261,275.

⁴⁶Şen (n 34) 41.

V. ROMA STATÜSÜ'NDE SOYKIRIM SUÇUNUN UNSURLARI

A. Maddi Unsurlar ve Manevi Unsur

Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü'yle 1948 tarihli Soykırım Sözleşmesi'ndeki soykırım tanımı EYUCM ve RUCM'de olduğu gibi tamamen örtüşmektedir. Roma Statüsü'nün 6. maddesinde ve 1948 tarihli Soykırım Sözleşmesi'nin 2. maddesinde soykırım, "...milli, etnik, ırki veya dini bir grubu, kısmen veya tümüyle yok etmek kastıyla... grubun mensuplarını öldürmek, grup mensuplarına ciddi bedensel veya psikolojik zarar vermek, grubun hayat şartlarını kasıtlı olarak etkileyerek maddi varlığının kısmen veya tamamen yok olmasına yol açmak, grup içinde doğumları önlemek amacıyla önlemler dayatmak, grubun çocuklarını bir başka gruba zorla nakletmek" fiillerini gerçekleştirmek olarak düzenlenmiştir. Anılan fiillerden birini sözleşmede bahsedilen gruplara karşı işlemek suçun maddi unsurunu teşkil etmektedir. Her ne kadar "mensuplar" kavramı lafzi olarak çoğul bir ifade şeklinde yorumlanabilecek olsa da bu suçun bir kişiye yönelik olarak da işlenebileceği RUCM Akayesu Kararı'nda kabul edilmiştir⁴⁷. Soykırım Sözleşmesi'nin 3. maddesinde soykırım suçunun yanısıra soykırım suçu için işbirliği ve bu suçun gerçekleşmesini doğrudan ve aleni olarak kışkırtma, soykırımı teşebbüs ve iştirak da cezalandırılabilir fiiller olarak belirtilmektedir. Ayrıca Sözleşme'ye göre belirtilen fiilleri işleyenler anayasaya göre yönetici, kamu görevlisi ya da özel kişiler de olsa cezalandırılır. Başka bir ifadeyle bu suçu işleyenler makamlarına ya da yargısal bağımsızlıklarına bakılmaksızın cezalandırılırlar.

Soykırım suçunun manevi unsuru Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargılama alanına giren diğer suçlardan farklıdır. Bu suçun işlenebilmesi için genel kast yeterli olmayıp özel kastın varlığı gerekir. Başka bir ifadeyle herhangi bir gruba mensup üyelerin öldürülmesi yeterli olmayıp soykırım suçunun oluşabilmesi failin milli, etnik, ırki veya dinsel bir grubu kısmen veya tamamen yok etme kastıyla hareket etmesine bağlıdır. Failde öldürme kastının yanında bahsedilen özel kastın da varlığı gerekir. Bu özel kastın tespitinin doğru bir şekilde yapılması önemlidir. EYUCM'nin *Jelisić Kararı*, özel kastın gerekliliğinin açık bir şekilde ortaya konduğu bir karardır⁴⁸. "Sırp Adolf" olarak anılan Goran Jelisić, 1992 yılında Müslümanlarla Hırvatların tutulduğu Luka toplama kampında yüzlerce kişiyi öldürmekten

⁴⁷Batuhan Duran, 'Soykırım Suçunun Uluslararası Hukukta ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Düzenleniş'i' (2007) Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi 28.

⁴⁸Human Rights Watch, 'Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity, A Topical Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia' (2006), 160 <<https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/ictr0110webcover.pdf>> Erişim Tarihi 11 Aralık 2022.

suçlanmıştır. Yargılamada birçok tanığın Jelisic'in Müslümanlardan nefret ettiğini, Brcko'ya da Müslümanları öldürmek üzere geldiğini, Müslüman kadınları da kısırlaştırmak gerektiğini ve ayrıca her sabah kahvaltıda kahvesini içmeden önce yirmi ila otuz Müslüman öldürmeksizin güne başlamadığını söylediğine tanık olduklarını beyan etmelerine ve hatta suçunu itiraf etmesine rağmen⁴⁹ Jelisic, mahkeme tarafından psikolojik sorunlu bir kişi olduğu gerekçesiyle soykırım suçundan suçlu bulunmamış, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçundan mahkum edilmiştir⁵⁰.

B. Soykırım suçunun kapsamı

1. Aidiyetin belirlenmesi

Her suçun mutlaka bir mağduru olduğu ve belirli bir mağduru tespit edilememesi halinde de mağduru kamu düzeni olduğu kabul edilir. Uluslararası suçlarda mağdur temel olarak kamu düzenidir. Bu yüzden soykırım suçunun da geniş anlamda mağduru kamu düzenidir. Dar anlamda ise soykırım suçunun hukuki tanımında yer alan fiillerin mağduru olan ulusal, etnik, ırksal veya dinsel grubun üyeleridir. Mağduru açısından *özgü* bir suç olan soykırım için bahsedilen sınırlı sayıdaki gruplara girmeyen grupların bu suçun mağduru olamayacağı açıktır⁵¹.

Koruma altındaki grupları tespit etmeye ilişkin gerek Roma Statüsü'nde gerekse Soykırım Sözleşmesi'nde herhangi bir kriter bulunmamaktadır. Bu kriterleri tespit etmeye yönelik olarak ancak soykırım suçuyla ilgili yargılama yapan çeşitli ulusal ve uluslararası mahkeme kararlarına gidilmiştir. Soykırım Sözleşmesi'nin uygulandığı ilk uluslararası mahkeme kararı olan ve dolayısıyla sözleşme hükümlerini kararında ilk defa yorumlayan RUCM'un bilinen davası *Akayesu Kararı* bu konuda yol gösterici niteliktedir⁵². Karar soykırım suçunun *özgü* niteliğini de ortaya koyan bir karardır. Tutsi kabilesi mensuplarının öldürülmeleri sırasında gerçekleşen Hutu kabilesinden ölümlerin soykırım fiilinin konusuna girmediğine ve soykırım teşkil etmediğine karar verilmesi suçun *özgü* niteliğine ilişkindir⁵³.

⁴⁹The Prosecutor v. Jelis Case No. IT-95-10-T paragraf 102, 103 14.12.1999, Trial Chamber Judgement <<https://www.icty.org/x/cases/jelisic/tjug/en/jel-tj991214e.pdf>> Erişim Tarihi 27 Aralık 2022.

⁵⁰Kocaoğlu (n 36) 159-160.

⁵¹Turinay (n 35) 277.

⁵²The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Case No: ICTR-96-4-T, Trial Judgement 02.09.1998 <<https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Judgement/NotIndexable/ICTR-96-04/MSC15217R0000619817.PDF>>Erişim Tarihi 28 Aralık 2022; ibid 152.

⁵³Turinay (n 35) 277.

RUCM, Akayesu Kararı'nda 511. paragrafta, mağdur gruplara ilişkin ortak ölçüt olarak sabit ve daimi bir aidiyet bağıni belirlemiştir. Devamında ise tek tek gruplar tanımlanmıştır. Buna göre ulusal grup, “hak ve ödevlerin müttekabiliyeti ilkesi etrafında birleştirilmiş, ortak bir vatandaşlığa dayanan hukuki bağı paylaşan insan topluluğu” olarak tanımlanırken, etnik grup, ortak bir dil veya kültürü paylaşan insan topluluğu, ırksal grup tüm bağlar haricinde sadece kalıtıma dayalı bağla oluşan topluluk olarak tanımlanmıştır. Ayrıca dini grup ise ortak bir dine, mezhebe ya da tapınma biçimine sahip insan toplulukları olarak nitelendirilmiştir⁵⁴.

Soykırım suçunun oluşabilmesi için failin özel kastı arandığından, saldırıya uğrayan kişilerin tanımda bahsedilen gruplardan birine girip girmediğinin tespiti önem arz etmektedir. Bu tespitnin yapılmasında dış dünyaya yansıyan yönüyle maddi algı ve mağdurun bilincinde yer alan manevi algı olmak üzere iki kıstastan yararlanılabilir. Fakat nesnel kritere göre mağdurun aidiyetinin belirlenmesi genel olarak kabul görürken tek başına mağdurun ya da failin şahsi algısı olarak farklılık duygusuyla grup aidiyetinin belirlenmesi kabul görmemektedir. Bununla beraber RUCM, Hutu ve Tutsi gruplarını nesnel olarak ayırt etmenin zorluğundan dolayı öznel kriteri kabul etmiştir⁵⁵.

Soykırım suçunun bahsedilen hukuki tanımına bakıldığında koruma altında olan mağdur grupların sınırlı sayıda olması eleştiriye açık bir husustur. Başka bir ifadeyle suçun sadece ulusal, etnik, ırksal ya da dinsel gruplara karşı işlenebilecek olması, siyasi, ekonomik ya da çoğunluğa göre farklı cinsel yönelimi olan toplulukların bu suç açısından mağdur olamayacak olması eleştirilebilir niteliktedir. Örneğin eşcinsel bir topluluğa karşı gerçekleştirilen yok etmeye yönelik fiiller ya da Şili'de darbeye iktidara gelen Pinochet'nin *Akbaba Operasyonu*yla sosyalistleri yok etmesi soykırım sayılmamaktadır⁵⁶.

Sözleşme'de siyasi gruplara karşı gerçekleştirilen fiillerin ve azınlık kültürlerinin asimilasyon ile yok edilmesinin soykırım suçu kabul edilmemesi Sözleşme'nin kapsamını oldukça daraltmaktadır. Halbuki tarihte ve günümüzde çokça karşılaşılan ve en fazla sivil ölümlerine neden olan çatışmalar siyasi gruplar arasında gerçekleşmektedir. Her ne kadar soykırım

⁵⁴The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu (n 52) paragraf 512-515; Tolgahan Alpyavuz, ‘Soykırım Suçu’ (2009) 5(1) Journal of Naval Science and Engineering 49, 54.

⁵⁵Turinay (n 35) 279-280.

⁵⁶ibid 280.

kapsamına alınmayan fiiller insanlığa karşı suç kapsamına ya da diğer suç gruplarına girse de uygulanacak yaptırım açısından söz konusu ayırım önemlidir⁵⁷.

Soykırım fiilinin mağduru olabilecek grupların bu şekilde sınırlandırılması ve siyasi ya da iktisadi topluluk üyelerinin bu gruplara dahil edilmemesi, çoğunlukla söz konusu gruplara dahil olmanın ya da ayrılmamanın kişilerin iradesine bağlı olduğu dolayısıyla gruba aidiyetin sabit olmadığı gibi gerekçelerle desteklenmektedir. Ayrıca siyasi grupların da soykırım tanımına dahil edilmesi halinde devletlerin iç siyasetine, egemenlik sahasına müdahale oluşabileceğinden milli güvenliğin zarar görebileceği tehlikesinden söz edilmektedir. Oysa hali hazırda soykırım teşkil eden eylemler soykırımla devletin şiddet tekeli arasındaki bağ da dikkate alındığında milli güvenliğin ihlalinin göze alınmasını gerektirecek derecede ağır eylemlerdir. Ayrıca bahsedilen kriterler dikkate alınacak olduğunda sadece siyasi topluluklar değil soykırım tanımındaki etnik, milli, ırki, dini diğer gruplar da mağdur olamayacaktır⁵⁸.

Belirtmek gerekir ki, var olan soykırım tanımıyla sadece siyasi, kültürel ya da ekonomik topluluklar kapsam dışı kalmamakta aynı zamanda modern toplumun arka planda kusursuz toplum yaratma düsturuyla hareket etmesi neticesinde toplum ortalamasına göre farklı ve üstelik kalıcı ve sürekli özelliklere sahip olan, eşcinseller, şizofrenler, akli ya da fiziksel yetersizliği olan kişiler de böylece tanım dışına atılmış olmaktadır. Zira modern soykırım, kusursuz toplum taslağına uygun olarak toplum düzenini sağlamaya çalışma sürecinde sosyal mühendisliğin bir parçası görünümündedir⁵⁹. Nazilerin eşcinsellere, kalıtsal hastalığı olanlara, kör, şizofren, fiziksel ya da ruhsal yetersizliği olan kişilere karşı gerçekleştirdiği kısırlaştırma eylemleri de esasen yok etmeye yönelik olmakla beraber söz konusu gruplardan birine yönelmediği için soykırım sayılmamaktadır⁶⁰.

Nersessian, *Genocide and Political Groups*” isimli eserinde Soykırım Sözleşmesi’nin siyasi grupları kapsamamasının tehlikeli ve haksız sonuçlarını belirgin olarak ortaya koyar:

“Bir hikaye düşününüz. 1994 yılının Ruanda’ında, iki ölü adam Mubuga Kilisesi’nin zemininde yatmaktadır. Biri siyaseten ılımlı bir Hutu iken, diğeri Tutsi ırkındandır. İkisi de aynı caniler tarafından, aynı sebeple -hiç Tutsi kalmayan bir Ruanda yaratmak uğruna- aynı anda ve aynı şekilde katledilmiştir. Fakat uluslararası hukuk, kullandığı terimlerle ölümleri

⁵⁷Beşiri (n 37) 184.

⁵⁸Turinay (n 35) 282.

⁵⁹Zygmunt Bauman, *Modernite ve Holocaust* (Versus Yayınları 2007) 128.

⁶⁰ibid 281.

*reddedilmesi imkansız derecede birbirine benzeyen bu iki adamı birbirinden ayırmaktadır. Biri soykırım mağduruyken öteki daha hafif bir suçun mağduru sayılmaktadır. Bunların yok edildiği hakikati, hukuk metinlerindeki birini dahil ederken öbürünü hariç tutan ifadeler yüzünden duruşma salonunda parçalanmaktadır*⁶¹.

Ayrıca soykırımın tanımıyla ilişkili olarak Sözleşme'ye getirilen diğer eleştiriler, tanımın bireylere yönelik olarak gerçekleştirilen fiillerle sınırlı olup grubun yaşadığı çevreye yönelik işlenen fiillerin göz ardı edilmesi, makul şüpheyi aşan özel kastın varlığının tespitinin zorluğu, "kısmen" kavramının tanımlanıp ölçülmesinin neredeyse imkansızlığı ve mahkeme içtihatları dikkate alınmazsa hangi sayıdaki ölümün soykırım olacağına ilişkin netlik olmamasıdır⁶².

2. Soykırım Teşkil Eden Fiiller

a. Grup üyelerinin öldürülmesi

RUCM'de görülen Akayesu Kararı'nda mahkeme, grup üyelerinin öldürülmesine ilişkin iki unsur belirtmiştir. Bunlardan biri mağdurun ölmüş olmasının gerekmesi, ikincisi ise ölümün fail tarafından hukuka aykırı bir fiil sonucu gerçekleştirilmesidir.

b. Grup üyelerine ciddi surette bedensel veya zihinsel zarar verilmesi

Grup üyelerine ciddi bedensel veya zihinsel zarar verilmesi birden fazla fiille gerçekleştirilebilir. Fakat bu zararın Akayesu Kararı'nda da belirtildiği gibi kalıcı ya da telafisi imkansız bir zarar olması beklenmez⁶³. Grup üyelerini imha etme kastı olduğu müddetçe işkence, fiziksel ve ruhsal taciz, cinsel şiddet ve tecavüz, her türlü insanlık dışı muamele bu kapsama girebilir. RUCM, ciddi bedensel zarar kavramını iç ve harici organlara yahut duylara hasar vermek veya bozulmaya sebep olmak, böylece sağlığını ciddi derecede bozulması olarak anlamaktadır. Mahkeme ciddi zihinsel zararın ise sadece fiziksel bir zararın sonucu olarak görülmemesi ve her bir olay için ayrı ayrı inceleme yapılması gerektiği kanaatinindedir. Zira fiziksel bir zarar olmamakla birlikte ağır korku ve sindirme gibi saldırılar ciddi zihinsel zarara

⁶¹David L Nersessian, *Genocide and Political Groups* (Oxford University Press 2010) 222; Türkçe çevirisi için bkz. ibid 282.

⁶²Beşiri (n 37) 184.

⁶³The Prosecutor v. Akayesu (n 52) paragraf 502.

yol açabilmektedir. Burada esas önemli nokta ciddi fiziksel ya da zihinsel zarar veren bu fiillerin grubu kısmen ya da tamamen yok olma tehdidiyle karşı karşıya bırakmasıdır⁶⁴.

c. Grubun bütünüyle veya kısmen fiziksel varlığını ortadan kaldıracığı hesaplanarak yaşam şartlarını kasten değiştirmek

Bu madde fail ya da faillerin mağdurlara yönelik yaşam koşullarını ne şekilde değiştirdiğinin açıkça tespit edilmesini gerektirir. RUCM buna ilişkin faillerin grup üyelerini derhal öldürmeleri gerekmediği fakat grup üyelerini fiziksel olarak yok etmek için belirli bir çabanın harcanmış olması gerekliliğine dikkat çekmiştir. Grubu ortadan kaldırmaya yönelik olarak mahkeme, grubu açlığa maruz bırakmak, grup üyelerine tecavüz eylemleri yöneltmek ya da sağlık hizmetlerini asgari seviyeye indirmek gibi yavaş bir ölüme öncülük eden eylemleri saymıştır⁶⁵. Aynı şekilde kasıtlı olarak ağır şartlar altında gerçekleştirilen grubun yok olmasına yönelik sistematik sürgün de soykırım suçuna girebilir⁶⁶.

d. Grupta doğumları önlemek amaçlı önlemler dayatmak

Bahsedilen dayatma ifadesi bir zorlayıcılık içermektedir. Suçun gerçekleşmesi için failin başarıya ulaşmış olması gerekmez⁶⁷. EYUCM *Karadzic* ve *Mladic* davalarında, kadınlara karşı gerçekleştirilen sistematik tecavüzleri suçlunun etnik kimliğinin tecavüz yoluyla doğacak çocuğa aktarılması şeklinde yorumlamıştır. RUCM da yine cinsel işlevlerde bozukluğa neden olma, kısırlaştırma, zorunlu doğum kontrolü, kadın ve erkekleri birbirinden ayırma ve evliliklerin yasaklanması gibi dayatmaları bu başlık altına sokmuştur⁶⁸. RUCM Akayesu kararında özellikle ataerkil toplumlarda grup üyelerinin kimlikleri babanın kimliğiyle tanımlandığı için kasten hamile bırakma amaçlı cinsel eylemler de grupta doğumları önlemek amacıyla dayatılan önlemlerden kabul edilmiştir⁶⁹.

e. Grup üyesi çocukları zorla başka gruba nakletmek

Hedef alınan grubun çocuklarının başka gruba zorla nakledilmesi eyleminin soykırım suçunu oluşturabilmesi için kanıtlanması gerekmektedir. RUCM bu maddeye ilişkin olarak

⁶⁴Neslihan Verda Akün, 'Uluslararası Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu' (2004) 24 (1-2) Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 53, 61.

⁶⁵ibid paragraf 506.

⁶⁶Alpyavuz (n 54) 56.

⁶⁷Akün (n 64) 62.

⁶⁸The Prosecutor v. Akayesu (n 41) paragraf 507.

⁶⁹ibid paragraf 507.

zorla fiziksel transferin haricinde gruptaki çocukların zorla başka bir gruba nakledileceğine ilişkin travma ve tehdit duygusu yaratmanın da kapsama gireceği şeklinde yorum yapmıştır⁷⁰.

Suçun maddi unsurlarından olan grup üyelerini öldürme, grup üyelerine ağır bedensel ya da zihinsel zarar verme ve çocukları zorla başka gruba nakletme eylemleri diğer maddi unsurlardan ayrı olarak sonuca ilişkin kanıt gerektirmektedir. Fakat sonuca ilişkin kanıt bulunamasa bile soykırım teşebbüsü suçlamasıyla yargılama için engel bulunmamaktadır. Oysa grubu fiziksel olarak kısmen ya da tamamen yok etmeye yönelik yaşam koşulları altına koyma ile gruptaki doğumları önlemeye yönelik önlemler dayatma eylemleri kanıttan ziyade özel kastın ispatını gerektirir. Dolayısıyla bu iki maddenin suçun manevi unsuruyla da birebir örtüştüğü söylenebilir⁷¹.

SONUÇ

Gerek insanlığa karşı suçlar gerekse soykırım, insanlığın vicdanında derin yaralar yaratan ve mağdurları sadece saldırıya maruz kalanlarla sınırlı olmayıp tüm insanlığı hedef alan suçlar olması bakımından uluslararası hukukta kınanarak cezalandırılması gereken suçlar arasına alınmıştır. Nazi Almanyası'nda 2. Dünya Savaşı öncesinde ve savaş sırasında işlenen suçlar, Nürnberg Mahkemesinde insanlığa karşı suçlar kapsamında ele alınmıştır. Ancak daha sonra hukuki metinlere giren soykırım suçunun insanlığa karşı suça nispeten kapsamı daha dar olmakla birlikte, ilgili eylemler eğer özel kastı gerektiren soykırım suçuna girmiyorsa insanlığa karşı suçun kapsamına sokulabilir. İnsanlığa karşı suçlar ve soykırım suçu zaman zaman kesişebilecek niteliktedir. Bununla beraber soykırım suçu insanlığa karşı suçun özel bir hali gibidir. Ayrıca soykırım teşkil eden fiillerin aynı zamanda insanlığa karşı suçlar kapsamına da girmesi halinde soykırım suçu insanlığa karşı suça göre özel hüküm niteliğinde kabul edilmediği için bu suçlara ilişkin hükümlerin aynı anda uygulanmaları da mümkündür.

İnsanlığa karşı suçlarda genel kast yeterli iken soykırım suçunun oluşabilmesi için failin hedef grubu yok etmeye yönelik özel kastı aranır. Yine insanlığa karşı suçlarda saldırının sivil halka karşı gerçekleştirilmesi aranırken soykırımda böyle bir zorunluluk yoktur.

Soykırım, insanlığa karşı suçlardan sonra hukuk metinlerine girmesine rağmen 1948 tarihli Soykırım Sözleşmesi'ndeki ve ondan aynen alıntılanmış Roma Statüsü'ndeki haliyle

⁷⁰ibid paragraf 509.

⁷¹Ebru Çoban Öztürk, 'Uluslararası Hukukta Soykırım Suçu ve Suça Zemin Hazırlayan Toplumsal Yapılar: Ruanda Örneği' (2008) 5(17) Uluslararası İlişkiler 47, 52.

güncel duruma uygun düşmediğinden eleştirilere de maruz kalmıştır. Özellikle Sözleşme’de grupların sınırlı sayıda tutulması, bunun sonucu olarak ekonomik, siyasi, kültürel ya da fiziksel ve ruhsal yetersizliği olan grupların, çoğunluktan ayrı cinsel yönelimlere sahip olan eşcinsel grupların koruma dışı bırakılması temel eleştiri noktalarından biridir. Tarihteki vahşetlerin tekrar yaşanmaması ve günümüzde yaşanan insanlık dışı fiillerin cezasız kalmaması için bu kapsamın, soykırım fiilinin cezalandırılması fikrine zemin oluşturan ruha uygun bir şekilde genişletilmesi gerekir.

KAYNAKÇA

- Akün VN, 'Uluslararası Hukukta ve Türk Hukukunda Soykırım Suçu' (2004) 24 (1-2) Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 53-70.
- Aksar Y, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II (2 B, Seçkin Yayıncılık 2013)
- Alpyavuz T, 'Soykırım Suçu' (2009) 5(1) Journal of Naval Science and Engineering 49-61.
- Arendt H, İnsanlık Durumu (4 B, İletişim Yayıncılık 2009)
- Arendt H, Kötülüğün Sıradanlığı (2 B, Metis Yayıncılık 2012)
- Azarkan E, Nuremberg'ten La Haye'ye Uluslararası Ceza Mahkemeleri (Beta Yayıncılık 2003)
- Azarkan E, 'Uluslararası Hukukta İnsanlığa Karşı Suçlar' (2003) 52 (3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 275-297
- Bauer Y, Soykırımı Yeniden Düşünmek (Phoenix Yayınevi 2002)
- Bauman Z, Modernite ve Holocaust (Versus Kitap 2007)
- Beşiri A, 'Soykırım ve Soykırımı İlişkin Uluslararası Mekanizmalar' (2013) 108 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 179-210
- Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, <[https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.28_Principles%20of%20international%20cooperation%20in%20detecti on.pdf](https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.28_Principles%20of%20international%20cooperation%20in%20detecti%20on.pdf)>Erişim Tarihi 27 Aralık 2022
- Çakar AS, 'İnsanlığa Karşı Suçlar' (2012)103 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 169-198
- Çakmak C, Uluslararası Hukuk (Ekin Yayınevi 2014)
- Dadrian VN, Ulusal ve Uluslararası Hukuk Sorunu Olarak Jenosid (Belge Yayınları 1995)
- Duran B, Soykırım 'Suçunun Uluslararası Hukukta ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Düzenlenişi' (2007) Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi
- Erdal S, Uluslararası Ceza Mahkemesinin Devlet Egemenliğine Etkisi (Seçkin Yayıncılık 2010)
- Geras N, Crimes Against Humanity: Birth of A Concept (Manchester University Press 2011)
- Geyik H, 'Devletlerin İnsancıl Hukuk Kurallarının İhlali Nedeniyle Sorumluluğu' (2016) 24 (2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 57-91
- Günel H, 'İnsanlığa Karşı Suçlarda "İnsanlık" Ne Manaya Gelmektedir: Felsefi Bir Analiz' (2014) 72 (1) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 555-570
- Haklar ve Araştırmalar Derneği, <<https://haklarvearastirmalar.org/wp-content/uploads/2021/09/ekokirim-sucu-tekli-sayfa-hali.pdf>> Erişim Tarihi 27 Aralık 2022
- Hamzayeva F, 'İnsanlığa Karşı Suçlar Bağlamında Soykırım Örneği' (2013) Doğu Akdeniz Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi

- Human Rights Watch, ‘Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity’ (2006) A Topical Digest of the Case Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia <<https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/ict0110webwcover.pdf>> Erişim Tarihi 11 Aralık 2022.
- International Committee of The Red Cross, <<https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/article/other/57jnhy.htm>> Erişim Tarihi 27 Aralık 2022
- International Criminal Tribunal for Rwanda, “The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu”, Case No: ICTR-96-4-T, Trial Judgement 02.09.1998 <<https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Judgement/NotIndexable/ICTR-96-04/MS15217R0000619817.PDF>>Erişim Tarihi 28 Aralık 2022
- International Military Tribunal <https://crimeofaggression.info/documents/6/1946_Nuremberg_Judgement.pdf> Erişim Tarihi 28 Aralık 2022.
- Kocaoğlu S, ‘Suçların Suçu: Soykırım’ (2010) 3 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 139 -163
- Lansing R, ‘Notes on World Sovereignty’ (1921) 15 (1), American Journal of International Law 13-27
- Lemkin R, Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress (The Lawbook Exchange Ltd. 2005)
- Öztürk EÇ, ‘Uluslararası Hukukta Soykırım Suçu ve Suça Zemin Hazırlayan Toplumsal Yapılar: Ruanda Örneği’ (2008) 5 (17) Uluslararası İlişkiler 47-72.
- Marty MD, Fouchard I, Fronza E, Neyret L, İnsanlığa Karşı Suç (İletişim Yayınları 2012)
- Nersessian DL, Genocide and Political Groups (Oxford University Press 2010)
- Pazarıcı H, Uluslararası Hukuk (7 B, Turhan Kitabevi 2008)
- Rome Statute of the International Criminal Court <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>> Erişim Tarihi 27 Aralık 2022
- Stop Ecocide Foundation, <<https://static1.squarespace.com/static/5ca2608ab914493c64ef1f6d/t/60d7479cf8e7e5461534dd07/1624721314430/SE+Foundation+Commentary+and+core+text+revised+%281%29.pdf>> Erişim Tarihi 27 Aralık 2022
- Şen ST, Uluslararası Hukukta Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı (On İki Levha Yayıncılık 2010)
- The Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Case No: ICTR-96-4-T, <<https://ucr.irmct.org/LegalRef/CMSDocStore/Public/English/Judgement/NotIndexable/ICTR-96-04/MS15217R0000619817.PDF>>Erişim Tarihi 28 Aralık 2022

- The Prosecutor v. Erdemovic Case No. IT-96-22-T, Appeals Chamber Judgement 07.10.1997, <<https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-asojmcd971007e.pdf>> Erişim Tarihi 27 Aralık 2022
- The Prosecutor v. Jelis Case No. IT-95-10-T, Trial Chamber Judgement 14.12.1999, <<https://www.icty.org/x/cases/jelistic/tjug/en/jel-tj991214e.pdf>> Erişim Tarihi 27 Aralık 2022.
- The Prosecutor v. Kunarac Case No. IT-96-23& IT-96-23/1-A, Appeals Chamber Judgement 12.06.2002, <https://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf> Erişim Tarihi 27 Aralık 2022
- The Prosecutor v. Tadic Case No. IT-94-1-A, Appeals Chamber Judgement 15.07.1999 <<https://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf>> Erişim Tarihi 27 Aralık 2022.
- Turinay F, ‘Soykırım Suçunun Mağduru Olarak Azınlıklar’ (2014) 9(24) Ceza Hukuku Dergisi 271-287.
- Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü <http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/459_1.pdf> Erişim Tarihi 27 Aralık 2022.
- Yearbook of the International Law Commission, 1950, Vol. II, pp. 374-378.
- Yovel J, ‘How Can a Crime Be Against Humanity: Philosophical Doubts Concerning a Useful Concept’ (2006) 11(1) UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs 39-58
- Yürükel SM, Batının İnsanlık Suçları I Soykırımlar Tarihi (Near East Publishing 2005)



ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

Ceza Yargısı Duruşmalarında Ses ve Görüntü Kaydı Alınmasının Aleniyet İlkesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Av. Ahmet Haşım ALAGÜNEY*

Öz

Ceza hukuku kişilerin özgürlük alanına en yoğun biçimde müdahale edilen hukuk dallarının başında gelmektedir. Bundan dolayı, soruşturma aşamasında gizlilik esas olsa da kovuşturma aşaması aleni olarak gerçekleştirilmektedir. Aleniyet ilkesi, yargılamanın tamamını kapsayıp yargılama sonunda verilen kararların aleniyetinin sağlanmasını da içermektedir. Türk hukukunda, duruşmaların kaydı için duruşma tutanağı düzenlenmektedir. Uygulamada, hâkim ya da mahkeme heyeti tarafından tarafların ve vekillerinin beyanları özetlenerek zabıt katibine dikte ettirilmekte ve duruşma tutanaklarında yazanlar tarafların beyanlarını her zaman tam ve eksiksiz olarak yansıtamamaktadır. Her duruşmada ses ve görüntü kayıtlarının alınması halinde, tarafların ve vekillerinin kendilerini kesintisiz olarak daha iyi ifade edebilecekleri, özetleme ve dikte ettirmekle uğraşmak zorunda kalmayan hâkimin ya da mahkeme heyetinin uyumsuzluğunun esasına yoğunlaşacağı, istinaf ve temyiz makamlarının dosyayı daha etkin inceleme fırsatı bulacağı ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının daha iyi tesis edileceği değerlendirilmektedir.

Makalede, uzaktan ya da yüz yüze gerçekleştirilen her duruşmanın sesli ve görüntülü kayıt altına alınmasının duruşma tutanağının gerçeği yansıtmadığına ilişkin iddiaların ve şikayetlerin azalmasına ve maddi gerçeğe ulaşılmasına katkı sağlayacağı sonucuna varılmıştır. Yargılamanın aleniyetinin sağlanması için ses ve görüntü kaydı alınan duruşmaların ve/veya nihai kararın tefhiminin canlı olarak ya da kayıttan yayınlanması ise her somut olay özelinde çatışan temel haklar bakımından değerlendirilmesi gereken bir husustur. Gelişen teknolojide, teknik altyapılar geliştirilerek, işleme, aktarım ve muhafaza aşamalarında veri güvenliği sağlanarak bu uygulamaların sürdürülmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler

Aleniyet İlkesi, Duruşmalarda Ses ve Görüntü Kaydı, Doğrudan Doğruluk İlkesi, Adil Yargılanma Hakkı.

* Eskişehir Barosu, ahmethasim@alaguney.av.tr, ORCID: 0000-0001-5349-9237.
Gönderim Tarihi: 15.01.2023. Kabul Tarihi: 14.02.2023. **Hakem denetiminden geçmiştir.**



Evaluation of Audio and Video Recording at Hearings in the Framework of the Principle of Publicity in Criminal Proceedings

Abstract

Criminal law is one of the branches of law that interferes most with the freedom of individuals. Therefore, even though the "principle of confidentiality" is essential in the "investigation phase", criminal proceedings are carried out in open court. The principle of publicity covers the entire prosecution phase and it also includes ensuring the publicity of the decisions made by court of law at the end of the trial. In Turkish law, record of proceedings is written to record the hearings. In practice, the judge or the court board summarizes the statements of the parties of the case and/or their attorneys and dictates to the clerk of the court and the record of the proceedings do not always reflect the statements of the parties fully and completely. If audio and video recorded at the hearings, the parties and their attorneys will be able to express themselves better without interruption; the judge or the court board, who does not have to deal with summarizing and dictation, will focus on the essence of the dispute; the regional courts of appeal and supreme court will have the opportunity to examine the case more effectively, and thus the right to a fair trial will be provided more effectively.

In this study, it has been concluded that recording audio and video in every hearing held remotely or face-to-face will contribute to the reduction of claims and complaints regarding the fact that the record of the proceedings do not reflect the truth and to reach the material facts. In order to ensure the publicity of the proceedings, broadcasting the audio and video recordings of the hearings and/or the adjudgment of decision live or on tape is an issue that should be evaluated in terms of conflicting fundamental rights in each concrete case. These practices should be continued, provided that data security is ensured during the processing, transfer and storage of data, with the improvement of technical infrastructures along with the developing technology.

Keywords

Principle of Publicity, Audio and Video Recording at Hearings, Directness Principle, Right to a Fair Trial.

GİRİŞ

Bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişmeler her geçen gün hızla artış göstermektedir. Günümüzde dijitalleşme bürokratik işlemlerde de yaygınlaşmış ve ülkemiz özelinde e-devlet aracılığıyla kamu otoriteleri tarafından gerçekleştirilen birçok işlem elektronik ortamda görülmeye başlamıştır. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP), Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) gibi projelerin ortaya çıkışıyla yargıda hızlı bir dijitalleşme başlamış olup bu süreç artan şekilde devam etmektedir. Dijitalleşme denildiğinde akıllara ilk anda hızlı, kırtasiyecilikten uzak, düşük maliyetli ve şeffaf bir hizmet gelmektedir. Şeffaflık bu makalede ele alınacak önemli bir husustur. Zira çok eski tarihlerden beri yargılama kural olarak kapalı kapılar ardında değil, kamuya açık bir şekilde yürütülmekte, bu sayede de yapılan yargılama ve neticesinde verilen kararlar ile ilgili olarak toplumsal vicdan tatmin edilmektedir.

Makalede, yargıdaki dijitalleşme süreci ışığında alenilik ilkesi değerlendirilerek ceza yargılamasında duruşma aşamasında görülen birtakım aksaklıklara yönelik pratik önerilerde bulunulmakta ve adil yargılanma hakkının bir gereği olarak tarafların ve vekillerinin beyanlarının tam ve eksiksiz olarak kayda alınması için yüz yüze ya da uzaktan gerçekleştirilen tüm duruşmalarda ses ve görüntü kaydının alınması gerektiği görüşü savunulmaktadır. Ayrıca duruşmaların aleniyetinin sağlanması için kayıt altına alınan ses ve görüntülerin canlı olarak ya da kayıttan üçüncü kişilere aktarılmasının avantajları ve dezavantajları, dolaylı aleniyet, karar aleniyeti gibi hususlar çatışan temel haklar bağlamında tartışılmıştır. Son olarak ise çözüm önerilerine ve genel değerlendirmelere yer verilmiştir.

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

A. Aleniyet İlkesi

Aleniyet kelimesi köken itibarıyla açık, gizli olmayan, meydana olan anlamına gelmektedir. Hukuki açıdan ise aleniyet ilkesi, önceden izin almaksızın, belirli bir insan grubuna dahil olmaksızın ve belirli bir kişilik yapısına sahip olmaksızın herkesin mahkemedeki yargılamaya katılabilmesi, onu izleyebilmesidir¹. Aleniyet ilkesinin temelinde, bağımsız ve tarafsız mahkemelere tanınan yargı yetkisinin kullanımı sırasında hukuka uygun hareket edilip edilmediğinin şeffaflık içerisinde denetlenmesi, yargılamanın kapalı kapılar ardında yapılmasının önlenmesi ve toplum vicdanının tatmin edilmesi yatmaktadır.

¹ Yener Ünver, Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 2 (7. B, Adalet Yayınevi, 2013), 70.

Aleniyet ilkesi, Anayasa² md 141, Ceza Muhakemesi Kanunu³ (CMK) md 182; Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁴ (HMK) md 28'de öngörölmüş bir düzenlemedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi⁵ (AİHS) md 6 ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı md 47(2)'de de aleni yargılama ilkesi düzenlenmiştir.

AİHS md 6'da düzenlenmiş olan aleniyet ilkesi adil yargılama hakkının bir parçasıdır ve sadece sanığın sahip olduğu bir hak olarak değerlendirilmemelidir⁶. Bu hak, tüm tarafları hatta toplumun genelini ilgilendirir niteliktedir. Zira alenilik ilkesi toplumun haber alma hakkını da sağlamaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu (CGK) bir kararında⁷ “aleniyet ilkesi, yargılama işlemleri açısından getirilmiş olup insanların gizli olarak yargılanmasının engellenmesine, işlemlerin kanuna uygun yapılmasının denetlenmesine, adil yargılama ve mahkemelere güvenin sağlanmasına katkıda bulunur” ifadeleriyle ilkenin işlevlerini açıklamıştır.

Aleniyet ilkesinin kapsamının duruşma ile sınırlı mı olduğu yoksa yargılamanın tamamını mı kapsadığı tartışmalı bir konudur. 1982 Anayasası, 5271 sayılı CMK ve 6100 sayılı HMK içerisinde aleniyet ilkesi duruşmalara özgü olarak kaleme alınmıştır. Gözler, bu maddelerin yanlış kaleme alınmış olduğunu ve muhakeme hukukunda aleni olan şeyin duruşma değil yargılamanın bütünü olduğunu belirtmektedir⁸. Zira aleniyet ilkesi yargılamanın sadece bir aşaması olan duruşmaya indirgenirse ilkenin sağladığı güvence hem hukuk hem de ceza yargılamasında büyük ölçüde daralmış olacaktır. Zaten 1961 Anayasasında, 1982 Anayasası ile aynı şekilde hüküm olsa da 1924 Anayasası ve 1876 Anayasasında muhakemat yani yargılamalar alenidir şeklinde hüküm yer almaktadır.

Aleniyet ilkesinin doğrudan ve dolaylı aleniyet olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Aleniyet ilkesinin klasik görünüm biçimi olan doğrudan aleniyet, kişinin taraflar veya dava konusu ile herhangi bir ilişkisi olmamasına rağmen duruşmaya izleyici sıfatıyla katılarak duruşmanın seyri hakkında bilgi sahibi olması anlamına gelmektedir. Doğrudan aleniyet ilkesi duruşma salonlarının kapasitesi ile sınırlı olarak uygulanmaktadır.

²Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG 09.11.1982/17863 Mük.

³Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi: 04.12.2004, RG 17.12.2004/25673.

⁴Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

⁵Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Kanun Numarası: 6366, Kabul Tarihi: 10.03.1954 RG 19.03.1954/8662 Sözleşme Tarihi: 04.11.1950

⁶Günce Artantaş, ‘Duruşmanın Aleniyeti İlkesi ve Sınırlandırılması’ (2021) 71 (1), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 413-436, 427.

⁷Yargıtay CGK, 2017/6625 E. 2018/275 K., 12.06.2018.

⁸Kemal Gözler, ‘Aleni Olan Ne? Duruşma mı, Yargılama Mı’, (2020) < <https://www.anayasa.gen.tr/alenilik.htm> > Erişim Tarihi 16.06.2022.

Bazı davalar ise konusu itibarıyla toplumun genelini dikkatini çekmektedir. Bu bağlamda yargılama süreci ile ilgili bilgilerin duruşma salonu dışındaki başka kişilere aktarılması dolaylı aleniyet olarak tanımlanmaktadır. Geleneksel olarak bu işlev basın tarafından yerine getirilmekle birlikte sosyal medyanın günlük hayatımıza girişiyle birlikte dolaylı aleniyet bu mecralarda yer alan kişiler tarafından da sağlanır hale gelmiştir.

Yargılamanın aleni olması genel bir kuraldır ancak mutlak değildir. Doğrudan aleniyetin hangi hallerde sınırlanacağı kanunda açıkça düzenlenmiştir. Doğrudan aleniyetin kaldırıldığı hallerde dolaylı aleniyetin de kaldırıldığı ve yayın yasağı getirildiği kabul edilmektedir⁹. Zira CMK 187(2) hükmünde kapalı duruşmanın içeriğinin hiçbir iletişim aracıyla yayınlanamayacağı belirtilmektedir. Tartışmalı olan husus, doğrudan aleniyeti kısıtlanmamış olan yargılamalarda dolaylı aleniyetin sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağıdır. Bu hususa ilişkin tartışmalara üçüncü bölümde yer verilmiştir.

B. Doğrudan Doğruluk (Yüzyüzelik) İlkesi

Doğrudan doğruluk ilkesi mahkemenin veya hâkimin delillerle doğrudan doğruya temasta olması, delilleri bizzat değerlendirerek karar vermesi anlamına gelmektedir. Duruşmanın doğrudan doğruluğu ilkesi, mahkemenin veya hâkimin, tanık, bilirkişi veya sanık gibi kişilerle ve olayın tüm delilleriyle birebir karşı karşıya gelerek onlarla doğrudan temas edilmesi ve delil ikamesinin başka mahkemeye ve hâkime bırakılmaması gibi hususları ifade etmektedir¹⁰.

Literatürde SEGBİS aracılığı ile sanık savunması alınmasının doğrudan doğruluk ilkesini ve buna bağlı olarak adil yargılanma hakkını ihlal edip etmediği tartışmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) 3. Dairesi, 05.10.2006 tarihli “Viola v. İtalya” kararında¹¹, cezaevinde bulunduğu sırada üç duruşmaya rızası olmaksızın video konferans yoluyla katılan başvuruçunun başvurusu ile ilgili olarak sözleşmenin 6’ncı maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Yargıtay CGK 10.06.2008 tarihli E. 2008/9-148 K. 2008/169 sayılı kararında¹², duruşmada hazır bulunmak isteyen sanığın, duruşmada hazır bulundurulmasının sadece ödev değil aynı zamanda bir hak olduğunu belirtmiştir.

⁹Nur Centel & Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku (14. Baskı, Beta Yayıncılık, 2017), 222.

¹⁰Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku (10. B. Seçkin Yayıncılık, 2017), 76.

¹¹AİHM 3. Dairesi, Viola v. İtalya, Başvuru No: 45106/04, 05.10.2006.

¹²Yargıtay CGK, E. 2008/9-148 K. 2008/169, 10.06.2008.

Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 19.06.2015 tarihli birden çok kararında¹³ “sanık olmaksızın yargılama olmaz” ilkesi üç başlıkta açıklanmıştır. Buna göre birinci kural sanığın duruşmada hazır bulundurulmasıdır. Bu hak ancak somut nedenlerle mahkeme kararı ile sınırlandırılabilir. İkinci kural ilk ve son savunmanın yapıldığı, esasa ilişkin delillerin toplandığı oturumlara sanığın SEGBİS yolu ile katılımının açık kabulüne dayalı olmasıdır. Üçüncü kural ise sesli ve görüntülü yöntemle savunma alınması halinde, talebi doğrultusunda sanığın yanında müdafî bulunması olanağının sağlanmasıdır. Ancak bu üç koşul gerçekleştiğinde sanığın savunma hakkının kısıtlanmadığı kabul edilecektir.

AİHM ve Yargıtay kararları birlikte değerlendirildiğinde, hakkın özünü zedeleyen hatalı uygulamalar ve henüz yeterince çözüm geliştirilmeyen teknik aksaklıklar nedeniyle, sanığın ses ve görüntü kaydı ile uzaktan savunmasının alınması bazı durumlarda doğrudan doğruyalık ilkesini ve adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olabilmektedir. Bu doğrultuda SEGBİS yönetmeliğinde getirilecek usule dair güvencelerle birlikte bu yöntemin etkin bir şekilde kullanılması gerekmektedir¹⁴.

II. UYGULAMADAKİ MEVCUT DURUM

A. Duruşma Tutanağı

CMK md 219 uyarınca her duruşma için tutanak tutulmaktadır. Maddenin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde “*duruşmada yapılan işlemlerin teknik araçlarla kayda alınması halinde bu kayıtların vakit geçirilmeksizin yazılı tutanağa dönüştürülmesi gerektiği*” vurgulanmaktadır. Kanunda, duruşma tutanağının başlığında (md 220) ve duruşma tutanağının içeriğinde (md 221) nelerin yer alması gerektiği ayrıca düzenlenmiştir. Ancak uygulamada şeklen zorunlu unsurları taşısa da içerik olarak duruşma tutanaklarının bu unsurları tam olarak yansıtmadığı gözlenmektedir. Zira hâkim ya da mahkeme heyeti sanık açıklamalarını (221/1-c), tanık ifadelerini (221/1-d), taraf vekillerinin beyanlarını kendi cümleleri ile zabıt katibine dikte ettirmekte, çoğu zaman da duruşma yoğunluğu nedeniyle matbu hale gelmiş birtakım cümleler duruşma tutanağına yazdırılmaktadır. Birçok duruşma tutanağında daha önce sunulmuş yazılı ya da sözlü beyanların tekrar edildiği, aleyhe hususların kabul edilmediği, lehe hükümlerin uygulanmasının istendiği gibi kalıp ifadeler kullanılmaktadır.

¹³Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2015/1076 K. 2015/1932; E. 2015/1083 K. 2015/1926; E. 2015/1088 K. 20105/1936, 19.06.2015.

¹⁴Erdal Yerdelen, ‘Ceza Muhakemesinde Videokonferans Yönteminin (SEGBİS) Kullanımı’, (2019) (2) Bilişim Hukuku Dergisi 271, 285.

CMK md 222’de duruşma tutanağının ispat gücü düzenlenmiştir. Duruşmanın nasıl yapıldığı, kanunda belirtilen usul ve esaslara uygun yapıp yapılmadığı ancak tutanakla ispat olunabilmektedir. Ancak taraflar ya da vekilleri tutanaklara çoğu zaman beyanlarını tam olarak yansıtmak imkânı bulamamaktadır. Doğru bir şekilde kaleme alınmamış bir duruşma tutanağına karşı ise yalnızca sahtecilik iddiası yöneltelebilmektedir. Bu durum, duruşmanın tüm tarafları açısından adil yargılanma hakkını sınırlandırmaktadır.

B. Ses, Görüntü Kaydı ve Nakli Yasağı

CMK md 182 uyarınca duruşma herkese açıktır. CMK md 183’te ise adliye binasında ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda her türlü sesli, görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan aletlerin kullanılmayacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm, günümüz teknolojisi göz önüne alınarak bu aletlerin kullanılmayacağı şeklinde değil de bu aletler ile ses, görüntü kaydı veya nakli yapılamayacağı şeklinde düzeltilmelidir.

CMK 183’te düzenlenen kuralın istisnaları vardır. CMK md 52(3) hükmünde tanıkların dinlenmesi sırasındaki görüntü veya seslerin kayda alınabileceği düzenlenmiştir. Hatta mağdur çocukların ve duruşmaya getirilmesi mümkün olmayan ve tanıklığı maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunlu olan kişilerin tanıklığında bu kayıt zorunlu tutulmuştur. 52(4) hükmünde bu suretle elde edilen kayıtların sadece ceza muhakemesinde kullanılabileceği belirtilmiştir.

CMK 58(3) hükmünde de tanığın hazır bulunanların huzurunda dinlenmesinin tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek olması ve bu tehlikenin başka türlü önlenemeyecek olması halinde hâkimin hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebileceği düzenlenmiştir. Anılan fıkrada tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılabileceği belirtilmiştir.

CMK 94(2) hükmünde de yakalanan kişinin mahkemeye götürülmesinde sesli ve görüntülü iletişim sisteminin kullanılabileceği ifade edilmiştir. CMK 180(5) hükmünde tanık veya bilirkişinin aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle dinlenebilmeleri olanağının varlığı halinde bu yöntem uygulanarak ifade alınacağı belirtilmektedir. CMK 196(4) hükmünde ise hâkim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda, aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle yurt içinde bulunan sanığın sorgusunun yapılabileceği veya duruşmalara katılabileceği belirtilmiştir.

CMK 236(5) hükmünde TCK 103(2) fıkrasında düzenlenen suçlardan mağdur olan çocukların; CMK 236(6) hükmünde ise TCK 102(2) fıkrasında düzenlenen suçlardan mağdur olanların soruşturma evresindeki beyan ve görüntülerinin kayda alınacağı düzenlenmektedir. Ancak TCK 102(2) kapsamındaki suçlar için görüntülerin kayda alınmasında mağdurun rızasının alınması şarttır.

CMK 236(7) hükmünde beşinci ve altıncı fıkra kapsamında alınan beyan ve görüntü kayıtlarının dava dosyasında saklanacağı, kimseye verilmeyeceği ve gizliliği için gerekli tedbirlerin alınacağı ifade edilmektedir. Duruşmalardaki ses, görüntü kaydı ve nakli yasağı dolaylı aleniyet ilkesine bir sınırlama teşkil etmektedir. Ses ve görüntü kaydı dışında paylaşım yapılmasını ise genel olarak yasaklayan bir kural yoktur.

Kapalı görülen duruşmanın içeriğinin hiçbir şekilde yayınlanamayacağını daha önceki bölümlerde ifade etmiştik. Duruşma kamuya açık yapılmakla birlikte Anayasa'nın 28(5) hükmü ve CMK 187(3) hükümleri uyarınca yargılama konusu ile ilgili olarak yayın yasağı getirilmesi de mümkündür.

C. Mahkeme Kararlarının Yayınlanması

Aleniyet ilkesinin en yaygın görünümü duruşmaların kural olarak herkese açık olmasıdır. Bununla birlikte aleniyetin kapsamı yargılamanın tümü olduğu için yargılama sonunda verilen kararın da aleniyetinin sağlanması gerekmektedir. Bu durum uluslararası sözleşmelerle taraf devletler için bir yükümlülük haline getirilmiştir. Aleniyet ilkesinin yargılamanın geneline ilişkin olduğunu en açık biçimde ifade eden düzenleme 1876 Anayasası'nın 82'nci maddesinde yer alan "*mahkemelerde her nevi muhakeme alenen cereyan eder ve ilâmatın neşrine mezuniyet vardır*" şeklindeki hükümdür¹⁵. 1961¹⁶ Anayasası'nın 135'inci ve 1982 Anayasası'nın 141'nci maddelerinde ise aleniyet ilkesinin lafzi olarak duruşmaya indirildiği görülmektedir.

Günümüzde karar aleniyeti yaygın bir şekilde kararların elektronik veri tabanlarında yayınlanması suretiyle sağlanmaktadır. Kararın dijital veri haline getirilmesi, fiziki ortamda kararlara erişimin gerektirdiği masraf ve külfetlerden arınmış bir şekilde zaman ve

¹⁵1876 Kanun-ı Esasi, < <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1876-kânun-i-esâsi> > Erişim Tarihi: 15.10.2022

¹⁶1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 334, Kabul Tarihi: 09.07.1961, RG 20.07.1961/10859.

mekân kısıtlaması olmaksızın basit bir kelime aramasıyla bilgiye erişim imkânı sağlamaktadır¹⁷.

Kararların yayımlanması, dolaylı aleniyet ilkesinin gerçekleşmesi ve toplumun haber alma hakkı bakımından önemlidir. Mahkeme kararlarının içtihat programları, akademik çalışmalar vb. ortamlarda yayımlanması sonrasında, ilgili kişilerin, kişisel verilerin korunması ve unutulma hakkı gibi haklar çerçevesinde bu yayımlara sınırlama getirilmesini talep ettikleri görülmektedir. Bir akademik eserde yayımlanan cinsel taciz suçuna ilişkin bir karar ile ilgili olarak suçun mağduru, adının kodlanmaksızın açıkça yazılmasının kişilik haklarına bir saldırı oluşturduğu gerekçesiyle eser sahiplerinden manevi tazminat talep etmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK) verdiği kararında¹⁸ uyuşmazlığın çözümünde unutulma hakkı ve kişisel verilerin korunması hakkı ile bilim ve sanat hürriyeti arasında adil bir dengenin kurulması gerektiğini belirtmiş ve somut uyuşmazlıkta kişinin adının kitapta yayımlanmasında üstün bir kamu yararı bulunmadığı gerekçesi ile ilgili eserde kişisel verilerin açık bir şekilde yer almasını özel hayatın gizliliğini ihlal ettiğine karar vermiştir. Bir diğer önemli husus ise CMK 209(2) uyarınca sanığa veya mağdura ait kişisel verilerin yer aldığı belgelerin, açıkça istemeleri halinde, kapalı oturumda anlatılmasına mahkemece karar verilebileceğine ilişkin hükümdür. Bu husus, aleniyet ilkesine sonradan getirilen istisnalardan birisidir.

D. UYAP ve SEGBİS

Ülkemizde yargı alanında ilk otomasyon çalışmaları 1998 yılında başlamış ve 2000 yılında Adalet Bakanlığı ile Havelsan AŞ arasında imzalanan protokol ile UYAP yazılımı çalışmalarına başlanmıştır. UYAP, yargı birimlerinin ve Adalet Bakanlığının merkez birimlerinin iş süreçlerini hızlandıran, güvenilirliğini arttıran ve kurumu kağıtsız ortama taşıyan bir yönetim bilişim sistemidir¹⁹.

2011 yılında ise SEGBİS kurulmuştur. Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı tarafından yayımlanan genelgede²⁰ SEGBİS sayesinde ifade alma ve sorgu işlemleri ile duruşmaların video kaydına alınması; Cumhuriyet Başsavcılığı veya mahkemenin yargı çevresi dışında bulunan veya mahkemede hazır bulunmayan kişilerin video konferans yoluyla dinlenilmesi ve ifadelerinin kayda alınması imkânı sağlanmış olduğu ifade edilmiştir.

¹⁷Yusuf Minez, Ceza Muhakemesinde Duruşmanın ve Kararların Aleniyeti, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı 2019), 2.

¹⁸Yargıtay HGK, E. 2014/56 K. 2015/1679, 17.06.2015.

¹⁹Sami Acar, Hülya Gürsoy 'Türkiye Mahkemelerinde Sesli Görüntülü Kayıt ve Video Konferans Sistemi Uygulamasına Geçiş: Ceza Mahkemeleri Örneği', Ankara Barosu Dergisi, (2012) (4) 109, 118.

²⁰ Adalet Bakanlığı, 150 Nolu Genelge, 14.12.2011.

Genelgede ayrıca SEGBİS ile alınan soruşturma ve kovuşturma işlemi kayıtlarının CD/DVD gibi veri taşıyıcılarına aktarılarak dosyasında saklanması ve kanun yoluna müracaat halinde ilgili mercilere gönderilmesi gerektiği hususunda bir talimat da yer almaktadır.

SEGBİS uygulamalarının genel olarak farklı yerlerde ikamet eden tarafların, vekillerinin, tanıkların ve duruşmada hazır olması beklenen ama hazır bulunma imkânı olmayan kişilerin buldukları yerden duruşmaya katılımlarının sağlandığı bir yöntem olarak kullanıldığı görülmektedir. SEGBİS sayesinde ifadeler ve duruşmalar video kaydına alınmakta, tutanaklar bu kayda göre düzenlenmekte, video kayıtları taraflarca sonradan tekrar tekrar izlenebilmekte, hataların yapılması önlenmekte, iddialar ve itirazlar ciddi oranda azalarak gerçekler kolaylıkla ortaya çıkarılmaktadır²¹.

Günümüzde SEGBİS uygulamalarının kapasitesi giderek arttırılmaktadır. Duruşma salonları, ceza infaz kurumları veya tedavi kurumlarıyla sınırlı olarak uygulanan sistem avukat büroları da dahil olmak üzere yaygınlaştırılmaktadır. Hatta SEGBİS marifetiyle avukatların ceza infaz kurumlarındaki müvekkilleriyle görüşme hakkının sağlanması da mevzuat kapsamında düzenlenmeli, güvence altına alınmalıdır²².

III. KAYIT ALTINA ALINAN DURUŞMALAR YAYINLANABİLİR Mİ?

Duruşmaların ses ve görüntü sistemleri aracılığıyla kayıt altına alınması; fiziki olarak hazır bulunmaksızın duruşmaya katılmak isteyen kişilerin video konferans yoluyla duruşmaya katılması ve kayıt altına alınan duruşmaların kamuoyuna aktarılması gibi hususlar kesişen noktalar içerse de farklı temel hak ve özgürlükler ile ilişkilidir. Makalenin ana sorunsalı yüz yüze gerçekleşen duruşmaların ses ve görüntü sistemleri aracılığıyla kayıt altına alınmasına ilişkindir. Ancak bu bölümde kimi davaların canlı ya da kayıttan yayınlanması hususuna ilişkin tartışmaya da yer verilmiştir.

Duruşmaların kitle iletişim araçlarıyla yayınlanması hususunun birtakım avantajları ve dezavantajları bulunmaktadır. Aleniyet ilkesinin duruşma salonunda bulunmayan kişiler için genişletilmesi, teknik imkanlar aracılığıyla dolaylı aleniyete izin verilmesi insan onuruna ve adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edebilir ve tarafları bir gösteri aracına indirgeyebilir²³.

²¹ Yerdelen (n 15) 273.

²² Ramadan Sanıvar 'Ceza Muhakemesinde SEGBİS (Video Konferans Yönteminin) Kullanılması (Duruşmalarda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sistemi/SEGBİS Dönemi) ve Covid 19 (Koronavirüs) Pandemisi Sürecinde Uygulanabilirliği ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AIHM'in) SEGBİS Uygulamasına İlişkin Yaklaşımı: Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Marcello/İtalya İçtihat Kararı Işığında Belirlenen Kriterler', (2021) 18 (2) YÜHFD, 1615-1666, 1661.

²³ Christian Schrader, 'Aleniyet İlkesine İlişkin Almanya'daki Güncel Gelişmeler' (2017) Prof. Dr. Bülent Tahiröglü'na Armağan Özel Sayısı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 509.

Bu durum çatışan haklar bakımından da ele alınmalıdır. Bir tarafta yargılamaya katılanların kişilik haklarının korunması, lekelenmeme hakkı; diğer tarafta ise basın özgürlüğü, kitlelerin haber/bilgi alma hakkı bulunmaktadır.

Duruşmaların kayıt altına alınması ve yayınlanması konularının farklı ülkelerin gündeminde olduğu görülmektedir. Konuya ilişkin Almanya'da hazırlanan kanun tasarısına göre mahkeme somut olayda sınırlı bir şekilde salon aleniyetini genişletebilmektedir. Bu düzenlemeler, medya temsilcileri için ayrı bir çalışma odasına ses yayını yapılması, bilimsel ve tarihsel amaçlarla duruşmanın ve kararın tefhiminin ses ve görüntü olarak kayıt altına alınması gibi hususları içermektedir. 22.07.2017 tarihinde Kanun, bilimsel ve tarihi amaçlarla görüntü kaydı içermeyecek şekilde ses kaydı almayla sınırlandırılarak kabul edilmiştir²⁴.

Çin'de duruşmalar canlı ya da kayıttan Çin Açık Duruşma Ağında yayımlanmaktadır. İtalya, İspanya ve Polonya'da ise duruşmaların kayda alınması halkın haber alma hakkı ve eğitim hakkı kapsamında değerlendirilmektedir²⁵. Amerikan sisteminde ise medya aleniyetinin geniş bir uygulama alanı olduğu görülmektedir.

Alman devlet sınırında sığınmacıların öldürülmesine ilişkin olarak Demokratik Alman Cumhuriyeti devlet partisinin merkez üyelerinin sorumluluğu olup olmadığına ilişkin görülen 1995 tarihli bir davayı bir televizyon kanalı canlı olarak yayınlamak için yetkili mercilere başvurmuş ancak başvuruları reddedilince Federal Alman Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuşlardır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi oy çokluğuyla duruşmada kayıt yasağını hukuken doğru bulmuştur. Bu kararın gerekçeleri arasında, izleyiciler için çekici bir haber yaratmak için basının çarpıtma ve yanlış aktarma risklerinin olması, kişinin teşhir edilmesinin yine o kişinin topluma kazandırılması bakımından olumsuz sonuçlar ortaya çıkarması, kişilerin kamera ve ses kaydının alınması durumunda davranışlarını değiştirebilme ve samimi açıklamalar yapmaktan kaçınabilme ihtimali gibi hususlar belirtilmiştir²⁶.

IV. ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Uygulamada yaşanan birtakım sorunlara rağmen UYAP ve SEGBİS sistemleri aktif bir şekilde yargı makamları tarafından kullanılmakta, SEGBİS ile yapılan duruşmalar kayda alınmaktadır. Ancak tarafların fiziki olarak katıldıkları duruşmalarda zorunlu haller dışında bu uygulamaya gidilmemektedir.

²⁴ ibid, 515.

²⁵ Minez (n 18) 42.

²⁶ Schrader (n 24) 511.

Oysaki tüm duruşmaların istisnasız olarak kayıt altına alınması, duruşma tutanağının gerçeği yansıtmadığına ilişkin iddiaların ve şikayetlerin azalmasına ve gerçeğin ortaya konmasına faydalı olacaktır. Ayrıca istinaf ve temyiz makamları için, duruşmada hâkim tarafından dikte edilen sözlerin değil de tarafların beyanlarının doğrudan izlenmesi daha etkin bir değerlendirme yapılmasına imkân tanıyacaktır. Bu sayede kanun yolu aşamasında da doğrudan doğruluk ilkesi sağlanmış olacaktır. Sadece kanun yolu aşamasında değil, hâkim ya da heyet değişikliği gibi durumların yaşanması ihtimalinde ya da tarafların beyanlarında çelişki görülmesi gibi durumlarda da bu kayıtlardan yararlanılabilecektir.

SEGBİS ile birlikte doğan tartışmalardan biri doğrudan doğruluk ilkesi bakımından ortaya çıkmaktadır. SEGBİS yönteminin istinabe uygulaması yerine doğrudan doğruluk ilkesini daha iyi yerine getirdiğini söylemek mümkündür. Bu yüzden altyapı problemleri, ses ve görüntü kalitesi, ağ bağlantı hızı gibi hususların günün şartlarına göre geliştirilmesi gerektiğinin altını çizmekle birlikte SEGBİS uygulamasına devam edilmesi gerekmektedir. Bu çalışmada önerilen hususlar doğrudan doğruluk ilkesini daha da ileri bir boyuta taşıyacaktır. Duruşmaların kayıt altına alınması halinde hâkim veya mahkeme ifadelerin özetlenmesine ve tutanağa geçirilmesine yoğunlaşmak zorunda kalmayacak, ifade alma veya duruşma sırasında gözden kaçırdığı hal ve hareketleri istediği zaman tekrar izleyerek değerlendirme imkanına kavuşacaktır²⁷.

Duruşmaların kayıt altına alınmasının bir diğer önemi Covid-19 salgını döneminde ortaya çıkmıştır. Salgın nedeniyle tam kapanma döneminde duruşmalara ara verilmiş, tam kapanmanın sona ermesinden itibaren ise devam eden davalarda uzun süre duruşma salonlarına hakimlerin kararıyla taraflar ve vekilleri dışında hiç kimse alınmamıştır. Birçok il ve ilçede duruşma salonları küçük olduğu için bulaş riskinin bulunması nedeniyle bu uygulama anlaşılır olmakla birlikte kanuni düzenlemenin olmadığı bu hallerde aleniyet ilkesinin ihlaline yol açılmıştır. Ancak bu duruşmalar en azından görüntü ve ses olarak kayıt altına alınmış olsa aleniyet ilkesinden beklenen fayda olan duruşmanın kapalı kapılar ardında görülmemesi ve tarafların itirazlarının değerlendirilmesi imkânı sağlanabilecektir.

Duruşmaların kayıt altına alınması hakimlerin görevlerini, kanun, tüzük, yönetmelik ve genelgelere uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme imkânı da sağlayacaktır. Örneğin, duruşmalarda taraf konumunda olan savcının, hâkim ile dinleyicilerin

²⁷Acar, Gürsoy (n 20) 132.

duyamayacağı şekilde konuşması alenilik ilkesine aykırıdır²⁸. Ancak bu tip bir durum yaşanması halinde, alenilik ilkesine aykırı hareket eden taraflardan birisi hâkim olması nedeniyle bizzat hakim ya da zabıt katibi tarafından duruşma zaptında kayda alınmayacağı kuvvetle muhtemeldir. Bu durumda da taraflar için bu ihlalin ispatı neredeyse imkansızdır. Kaldı ki böyle bir duruma tanıklık eden taraf veya vekili karar öncesinde hâkimi menfi yönde etkilememek için bu tip bir ihlale karşı çoğu zaman sessiz kalmaktadır. Ancak duruşmalar ses ve görüntü olarak duruşma salonunun tamamını gösterir şekilde kayıt altına alınmış olsa bu tip şikayetler doğru biçimde çözüme kavuşturulabilecektir.

Duruşmaların kayıt altına alınması aleniyet ilkesinin kanun gereği kısıtlandığı haller için de bir alternatif teşkil edebilecektir. Örneğin kendisine HIV tanısı konan bir mağdurun CMK 209(2) kapsamında bu hususa ilişkin kişisel verilerinin kapalı oturumda anlatılmasını açıkça istemesi halinde mahkeme tarafından bu doğrultuda bir karar verilebilir²⁹. Aleniyet ilkesinin sınırlandırıldığı bu durumlarda, duruşmaların gerekli idari ve teknik tedbirler alınarak ve veri güvenliği sağlanarak kaydedilmesi halinde duruşmanın denetimi ve aleniyet ilkesinden beklenen fayda sağlanmış olacaktır.

Duruşmaların aleniliğinin sağlanması için çözüm önerilerinden birisi adliye binalarında büyük konferans salonları bulundurulmasıdır. Duruşmada bulunması zorunlu kişiler ve duruşma salonunun kapasitesi doğrultusunda seyirciler tarafından dava doğrudan takip edilirken; ulaşımı zor olmayan, kamuoyunun tarih ve yer bakımından bilgilendirildiği, veri aktarımı bakımından teknik ve idari tedbirlerin alınmış olduğu ve duruşma salonunda olduğu gibi ses ve görüntü kaydının yasak olduğu salonlarda davaların takibi de mümkün olabilecektir. Aynı şekilde imkanların elvermesi ve önceden duruşma yeri hakkında bilgi verilmesi şartıyla birden fazla duruşma salonu da bu amaç doğrultusunda tahsis edilebilir. Duruşma salonuna ek olarak hazırlanmış bu tip salonlarda basın mensupları, sivil toplum temsilcileri gibi kişiler duruşmaları takip etme imkânı bulurken bir yandan da stajyer avukatlar, hukuk fakültesi öğrencileri gibi uygulama tecrübesi kazanmak isteyen kişiler de bulunabilecektir.

²⁸Handan Yokuş Sevük, 'Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi' (2004) Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 204.

²⁹Rahime Erbaş, Büşra Ateş Sarıdağ 'Ceza Muhakemesinde Duruşmanın Aleniyeti İlkesine Yeni Bir İstisna Olarak Kişisel Veriler', Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2022) (1), 377-410, 405.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Aleniyet ilkesi insanların kapalı kapılar ardında, gizli bir şekilde yargılanmasını engelleyen, işlemlerin kanuna uygun yapılmasının denetlenmesini ve bu sayede mahkemelere güven duyulmasını sağlayan ve adil yargılama ilkesini tesis eden önemli bir ilkedir. Aleniyet ilkesinin sağladığı asıl fayda duruşmaların olabildiğince çok insana ulaştırılması değil, yapılan işlemlerin hukuka uygun olduğu konusunda toplum vicdanını tatmin etmektir.

Ceza yargılamalarında soruşturma aşamasında yazıllık ilkesi hakimken, kovuşturma aşamasında sözlülük ilkesi hakimdir. Duruşmalar sırasında sanığın sorgusu, mağdur ve tanık beyanları, delillerin tartışılması hep sözlü olarak yapılmaktadır. Sözlü olarak sunulan bu beyanlar duruşma tutanağı ile kayıt altına alınmaktadır. Duruşma tutanakları tüm bu sözlü süreci yansıtmaktan ve dolayısıyla maddi gerçeğe ulaşmak için etkili bir vasıta olmaktan çok uzaktır. Çalışmanın genelinde ifade edildiği üzere bu sorun yüz yüze ya da uzaktan gerçekleştirilen tüm duruşmaların sesli ve görüntülü kayıt altına alınması ile çözülebilecektir.

Duruşma salonlarında kamera ve ses kayıt cihazları ile kayıt alınması halinde sanığın masumiyet karinesinin ihlal edileceği, milyonlarca kişi tarafından izlendiğini düşünen bir kişinin heyecan, panik gibi duygular ile beyanlarını etkili bir şekilde sunamayarak savunma hakkını etkin bir şekilde kullanamayacağı da düşünülebilir. Bu gerçeklerle içinde bulunduğumuz dijital çağda duruşmalarda ses ve görüntü kaydının tamamen yasaklanması uygun bir çözüm değildir. Zira duruşma salonlarında ses ve görüntülerin kayıt edilmesi, bu kayıtların her defasında kitle iletişim araçlarıyla yayınlanması anlamına gelmemektedir.

Duruşmaların ses ve görüntü yoluyla kaydı kural, duruşmaların ses ve görüntü yoluyla üçüncü kişilere aktarımı ise istisnai olması gereken bir durumdur. Ceza hukuku özelinde tüm kovuşturma işlemlerinin kayıt altına alınması maddi gerçeğe ulaşılması açısından fayda sağlayacaktır ancak her somut olayda ses ve görüntülerin aktarılmasının faydalı olacağını söylemek mümkün değildir. Toplumun genelini ilgilendiren, infial uyandıran birtakım yargılamaların veya bu yargılamalardan kesitlerin tarafların talebi ve rızası halinde yayınlanması ayrıca tartışılması ve somut olay özelinde çatışan haklar bakımından değerlendirilmesi gereken bir husustur. Zira duruşmanın alenen yayınlanması sanıkların veya tanıkların ün kazanabilmesine veya daha ağır biçimde lekelenmesine yol açabilmektedir³⁰.

³⁰Centel, Zafer (n 10) 719.

AİHM'nin Krestovskiy/Rusya kararında³¹ belirtildiği üzere duruşmalar ve genel olarak adalet sistemi meşruiyetini aleni biçimde yürütülmeleri sayesinde kazanmaktadır. Duruşma salonlarının kapısının açık tutulması tek başına bu aleniyeti sağlamamaktadır. Aleniyet ilkesinin temel amaçlarından birisi hâkimin yetkilerinin sınırlandırılmasıdır. Bu nedenle kural olarak her duruşmada ses ve görüntü kaydı alınması zoruridir. Bu şekilde sağlanacak aleniyetle hem kamusal hem de bireysel menfaatler korunmuş olacaktır.

Denetimden geçirilmeyen bir yargılama faaliyetini öngören adalet sistemleri teminatsız ve yetersizdir³². Hiç şüphesiz ki verilen kararların denetimden geçirilmesine ilişkin istinaf ve temyiz gibi olağan kanun yolları ve bir takım olağanüstü kanun yolları bulunmaktadır. Ancak kanun yollarında inceleme yapan merciler sesli ve görüntülü olarak kayıt altına alınmamış bir yargılamayı sadece hâkim ya da mahkeme heyeti tarafından dikte ettirilmiş yazılı kayıtlardan takip edebilmektedir. Bu şekilde kanun yollarında etkili bir denetim yapılabileceğini söylemek mümkün değildir. Hele hele istinaf aşamasının, temyizden farklı olarak hem maddi hem hukuki yönden inceleme yapıldığı bir aşama olduğu göz önüne alındığında ve istinaf aşamasında görülen her dosyanın duruşmalı olarak görülmesinin zamansal maliyetinin çok yüksek olacağı değerlendirildiğinde, bu makamlar için duruşma salonuna hakimiyeti sağlayacak şekilde kaydedilmiş ses ve görüntü verilerinin önemi çok büyüktür.

Unutulmamalıdır ki hukuk bir dengeler sanatıdır. Duruşmalarda kayıt altına alınan görüntülerin yayınlanması durumunda bir tarafta unutulma hakkı, kişisel verilerin korunması hakkı, lekelenmeme hakkı, masumiyet karanesi, hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı gibi haklar, diğer tarafta ise basın ve ifade özgürlüğü, kitlelerin haber alma hakkı gibi haklar bulunmaktadır. Ancak tüm duruşmaların sesli ve görüntülü olarak aktarılmaksızın kayıt altına alınması halinde bireyin temel hak ve özgürlüklerini tehdit eden bir durum bulunmamaktadır. Tam aksine bu husus adil yargılanma hakkının temel bir gereksinimini karşılayacaktır.

³¹AİHM 1. Dairesi, Krestovskiy v. Rusya, Başvuru No: 14040/03, 28.10.2010.

³²Hakan Karakehya, Asuman İnce Tunçer 'İstinaf Yargılamasında Sanığın Sorgusunun Zorunlu Olup Olmadığı ve Bu İşlemlerde Segbis Kullanımı Üzerine Düşünceler', (2017) 8 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 99-135, 99.

KAYNAKÇA

- Acar S, Gürsoy H, 'Türkiye Mahkemelerinde Sesli Görüntülü Kayıt ve Video Konferans Sistemi Uygulamasına Geçiş: Ceza Mahkemeleri Örneği' (2012) (4) Ankara Barosu Dergisi, 109-137.
- Adalet Bakanlığı, 150 Nolu Genelge, 14.12.2011.
- Artantaş G, 'Duruşmanın Aleniyeti İlkesi ve Sınırlandırılması', (2022) 71 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 413-436.
- Centel N, Zafer H, Ceza Muhakemesi Hukuku, (14. Baskı, Beta Yayıncılık, 2017).
- Erbaş R, Ateş Sarıdağ, B, 'Ceza Muhakemesinde Duruşmanın Aleniyeti İlkesine Yeni Bir İstisna Olarak Kişisel Veriler', (2022) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 377-410.
- Gözler K, Aleni Olan Ne? Duruşma mı, Yargılama Mı? (2020) www.anayasa.gen.tr/aleniklik.htm. Erişim Tarihi 16.06.2022.
- Karakehya H, İnce Tunçer A, 'İstinaf Yargılamasında Sanığın Sorgusunun Zorunlu Olup Olmadığı ve Bu İşlemden Segbis Kullanımı Üzerine Düşünceler', (2017) 8 (2), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 99-135.
- Minez Y, Ceza Muhakemesinde Duruşmanın ve Kararların Aleniyeti, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı 2019).
- Özbek VÖ, Doğan K, Bacaksız P, Tepe İ, Ceza Muhakemesi Hukuku, (10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017).
- Sanıvar R, 'Ceza Muhakemesinde SEGBİS (Video Konferans Yönteminin) Kullanılması (Duruşmalarda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sistemi/SEGBİS Dönemi) ve Covid 19 (Koronavirüs) Pandemisi Sürecinde Uygulanabilirliği ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM'in) SEGBİS Uygulamasına İlişkin Yaklaşımı: Adil Yargılanma Hakkı Çerçevesinde Marcello/İtalya İçtihat Kararı Işığında Belirtilenen Kriterler', (2021) 18 (2) YÜHFD, 1615-1666.

Schrader C, 'Aleniyet İlkesine İlişkin Almanya'daki Güncel Gelişmeler', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, (2017) Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan Özel Sayısı.

Ünver Y, Hakeri H, Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 2 (7. Baskı, Adalet Yayınevi, 2013).

Yerdelen E, 'Ceza Muhakemesinde Videokonferans Yönteminin (SEGBİS) Kullanımı', (2019) (2) Bilişim Hukuku Dergisi, 271-287.

Yokuş Sevük H, 'Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi'. *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, (Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2004).



ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

Örnek Bir Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerinden Anayasa Madde 90/5'in Uygulama Alanının İncelenmesi

Av. Recep Mete AYTEKİN¹

Öz

Anayasa m.90/5 uyarınca usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Yine aynı fıkraya göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş ve aynı zamanda temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan milletlerarası antlaşmalar ise aynı konuda yürürlükteki kanunlardan farklı hükümler ihtiva etmesi durumunda ise milletlerarası antlaşma hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Çalışmamızda Anayasa Mahkemesinin, bireysel başvuru üzerine verdiği bir karar üzerinden patent hakkına ilişkin bir kanun olan İhtira Beratı Kanununun ve aynı konuyu düzenleyen bir milletlerarası antlaşma olan TRIPS'in uygulama alanı, iç hukuktaki yeri, kanunlarla çatışması durumunda öncelikle uygulanıp uygulanmayacağı üzerine AYM'nin değerlendirmeleri ile birlikte doktrindeki görüşlere ve kendi değerlendirmelerimize yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Milletlerarası Antlaşma, Anayasa, Temel Hak ve Özgürlükler, İhtira Beratı Kanunu, TRIPS.

¹ Eskişehir Barosu, meteaytekin26@gmail.com, ORCID: 0000-0001-7805-8235.

Gönderim Tarihi: 14.01.2023. Kabul Tarihi: 05.02.2023. **Hakem denetiminden geçmiştir.**



ESKİŞEHİR BAR ASSOCIATION JOURNAL

Examination of the Field of Application of the Constitution Article 90/5 Through an Example Case Decision

Abstract

International agreements duly put into effect pursuant to Article 90/5 of the Constitution have the force of law. Again, according to the same paragraph, , if international agreements on fundamental rights and freedoms duly put into effect contain provisions different from the domestic laws in force on the same subject, the provisions of international agreements will prevail. In our study, the Constitutional Court's evaluations on the application area, place in domestic law, and whether it will be applied first in case of conflict with the domestic laws on patents, , and TRIPS, which is, as known, an international treaty regulating the same subject, based on a decision of the Constitutional Court on an individual application. together with the views in the doctrine and our own personal evaluations.

Keywords

International Treaty, Constitution, Fundamental Rights and Freedoms, Turkish Patent Law, TRIPS.

GİRİŞ

Anayasanın *Milletlerarası Antlaşmaları Uygun Bulma* başlıklı 90. maddesinin 5. fıkrasına göre kural olarak Milletlerarası Antlaşmalar, kanun hükmünde olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan bir milletlerarası antlaşma ile Kanunun aynı konuda farklı hükümler öngörmesi durumunda hangi normun uygulanacağına genel hükümlere göre karar verilir.

07.05.2004 tarihli ve 5170 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile Anayasanın 90.maddesinin 5.fıkrasına eklenen cümleye göre; usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır². Bu noktada maddenin eski hâline kıyasla daha demokratik sayılabilecek ve uluslararası hukuk ve uluslararası yükümlülüklerin öncelendiği bir Anayasa değişikliği yapılmıştır. Buna göre milletlerarası antlaşmalar kural olarak Kanun hükmündedir. Bunun anlamı şudur ki; Milletlerarası antlaşmalar, kanunlarla çatışmadığı sürece kayıtsız şartsız uygulanacaklardır. Milletlerarası Antlaşmalar, Kanun hükmünde oldukları için Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle çatışmaları durumunda yine kayıtsız şartsız Milletlerarası Antlaşma hükümleri uygulanacaktır. Zira Anayasa m.104/17'ye göre “*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde, kanun hükümleri uygulanır.*”³ Anayasanın 104. Maddesinin öngördüğü sisteme göre aynı konuyu düzenleyen bir Kanun çıkarılmadığı sürece o konuyu düzenleyen Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi uygulanır. Burada Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin uygulanabilmesinin şartı o konuyu düzenleyen bir Kanun bulunmaması veya böyle bir Kanun varsa bu Kanunun, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinden daha önce yürürlüğe girmiş olmasıdır. 104.maddenin lafzından bu sonuca varılmaktadır. Zira maddeye göre Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenen bir konuda Kanun çıkarılması durumunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi hükümsüz hâle gelecek, bununla birlikte o konuda bir Kanun çıkarılana kadar Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi uygulanacaktır. Milletlerarası antlaşmalar, Anayasa m.90/5 uyarınca Kanun hükmünde oldukları için Kanunlar için yapılan bu açıklamalar Milletlerarası Antlaşmalar için de geçerlidir⁴. Aynı konuda Kanunlardan farklı hükümler içermesi durumunda öncelikle uygulanacak olan temel hak ve özgürlüklere ilişkin Milletlerarası Antlaşmalar, aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinden evleviyetle öncelikli uygulanacaklardır. Kaldı ki temel

² Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18/10/1982, RG: 9/11/1982 / 17863 (Mükerrer).

³ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası.

⁴ Yusuf Aksar, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I (4.B, Seçkin Yayıncılık, 2017) 188.

hak ve özgürlüklere ilişkin olmasa bile usulüne göre yürürlüğe konulmuş herhangi bir milletlerarası antlaşma Kanun hükmünde olduğu için aynı konuda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile farklı hükümler içermesi durumunda herhalde Milletlerarası Antlaşma hükümleri uygulanacaktır. Ayrıca öğretilerde Kelsen'e göre uluslararası hukuk normları (antlaşmalar dahil) Anayasadan bile üstündür. Yani tali ve hatta asli kurucu iktidar dahi uluslararası hukuka uygun bir Anayasa ya da Anayasa değişikliği yapmak zorundadır⁵. Ancak yine öğretilerde Bilir, milletlerarası hukuk normlarının anayasaüstü bir statüde olduklarını iddia etmenin fazla ve abartılı olduğu görüşündedir⁶.

Çalışmamızda Anayasa Mahkemesinin, bireysel başvuru hakkının kullanılması üzerine verdiği, 06/06/2015 tarih ve 29278 sayılı resmi gazetede yayımlanan 10/03/2015 tarih ve 2013/1211 sayılı Anoldus Theodorus Bernardus kararı üzerinden milletlerarası antlaşmaların iç hukukumuzdaki yeri ve Yüksek Mahkemenin bu konudaki görüşleri değerlendirilecektir.

I. MİLLETLERARASI ANTLAŞMANIN ÖNCELİKLE UYGULANMASININ KOŞULLARI

Bir Milletlerarası Antlaşmanın aynı konuda Kanunlardan farklı hükümler içermesi durumunda öncelikle uygulanması kuralının uygulanabileceği için Anayasa Koyucu tarafından iki şart öngörülmüştür. Bunlardan ilki söz konusu Milletlerarası Antlaşmanın usulüne göre yürürlüğe konulmuş bulunması, diğeri ise söz konusu Milletlerarası Antlaşmanın, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmasıdır. Bir milletlerarası antlaşmanın, aynı konuda Kanunlarla farklı hükümler ihtiva etmesi durumunda öncelikle uygulanması için bu iki şartın kümülatif olarak bulunması gerekmektedir. Yani söz konusu milletlerarası antlaşmanın hem usulüne göre yürürlüğe konulmuş olması hem de temel hak ve özgürlüklere ilişkin olması gerekir.

A. Milletlerarası Antlaşma, Usulüne Göre Yürürlüğe Girmiş Olmalıdır.

Aynı konuda Kanunlardan farklı hükümler ihtiva eden bir milletlerarası antlaşmanın, uygulamada Kanuna tercih edilmesinin ilk şartı söz konusu milletlerarası antlaşmanın usulüne göre yürürlüğe konulmuş bulunmasıdır. Bu noktada hukukumuzda milletlerarası antlaşmaların yürürlüğe girme usulünden kısaca bahsetmek yerinde olacaktır. Anayasanın, Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini düzenleyen, 104.maddesinin 11.fikrasına göre

⁵ Kelsen'in *La Garantie Juridictionelle De La Contitution: La Justice Constitutionnelle* adlı eserinden aktaran Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I* (I.B, Ekin Yayıncılık, 2011) 173.

⁶ Faruk Bilir, 'Anayasanın 90.Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri' (2005) 13 (1), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 77, 81.

milletlerarası antlaşmaları onaylamak ve yayımlamak görevi Cumhurbaşkanına aittir⁷. Bununla birlikte yine Anayasanın 90.maddesine göre; milletlerarası antlaşmalar Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmadan önce bir kural olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından bir Kanunla uygun bulunmak zorundadır. Anayasa m.90/2-3'te bu kuralın istisnaları düzenlenmiştir. Buna göre;

“Ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur.

Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.”

Yukarıdaki fıkralara göre, bir milletlerarası antlaşmanın Uygun Bulma Kanununa ihtiyaç olmaksızın doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından onaylanması ve yayımlanması için bazı şartlar öngörülmüştür. Bir milletlerarası antlaşmanın doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmasını için söz konusu antlaşmanın TBMM tarafından daha önceden uygun bulunmuş başka bir milletlerarası antlaşmanın uygulama antlaşması olması veya söz konusu antlaşmanın TBMM'nin daha önceden verdiği milletlerarası antlaşma yapma yetkisine dayanılarak imzalanmış olması gerekmektedir. Bu iki şartın birbiriyle ilişkisi alternatiftir. Yani iki şarttan birinin mevcut olması yeterlidir. Birbirine alternatif olan bu iki şarttan birinin varlığı antlaşmanın yürürlüğe girmesi için gereklidir fakat yeterli değildir. Son olarak söz konusu milletlerarası antlaşmanın Cumhurbaşkanı tarafından onaylanıp Resmi gazetede yayımlanması da şarttır. Cumhurbaşkanı tarafından yalnızca onaylanan bir antlaşma, ayrıca resmi gazetede de yayımlanmadıkça bu fıkra kapsamında yürürlüğe giremez.

Yukarıda Anayasa m.90/3 kapsamında sayılan iki şarttan herhangi biri söz konusu antlaşma için mevcut değilse o halde Anayasa m.90/2'de aranan şartların kümülatif olarak mevcut olup olmadığına bakılır. Buna göre söz konusu antlaşmanın ilk olarak ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenliyor olması; ikinci olarak süresinin bir yılı aşmıyor olması; üçüncü

⁷ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası.

olarak devlet maliyesi bakımından bir yüklenme getirmiyor olması; dördüncü olarak kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmuyor olması ve son olarak Türk kanunlarına değişiklik öngörmüyor olması (4.fıkra) gerekmektedir. Bu beş şartın birbirleriyle ilişkisi kümülatiftir. Yani beş şartın da aynı anda bulunması aranmaktadır. Ayrıca Anayasa m.90/2 anlamında istisnai kabul edilip uygun bulma kanununa gerek olmadan onaylanan ve yayımlanan milletlerarası antlaşmaların, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulmaları gerekmektedir.

Eğer bir antlaşma Anayasa m.90/3 uyarınca istisnai değilse ve m.90/2 uyarınca yukarıda sayılan beş şartı kümülatif olarak sağlamıyorsa bu hâlde söz konusu milletlerarası antlaşma istisnai bir antlaşma değildir ve Cumhurbaşkanı tarafından onaylanabilmesi için mutlaka TBMM tarafından bir Kanunla uygun bulunması gerekmektedir.

Gerek 244 sayılı Kanunda gerekse de 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde, milletlerarası antlaşmaların yürürlüğe girme usulü ile ilgili olarak Anayasaya uygun düzenlemeler mevcuttur⁸. 244 sayılı Kanunun mülga 2.maddesinde Anayasaya aykırı bir düzenleme mevcuttu⁹. Özbudun'a göre söz konusu mülga 2.madde; "244 sayılı Kanun, Devlet maliyesi bakımından bir yüklenme gerektiren, kişi hâllerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunan son derece önemli antlaşmaları, yasama organunun denetimi dışına çıkararak" milletlerarası antlaşmaların uygun bulunması ve onaylanması sistemini alt üst eden bir düzenlemeydi¹⁰. 244 sayılı Kanunun bizim de Anayasaya aykırı olduğunu düşündüğümüz, tartışma konusu 2.maddesi, ilga edilerek¹¹ tartışmaya kanun koyucu tarafından son verilmiştir.

Uygulanacak Milletlerarası Antlaşmanın usulüne göre yürürlüğe girmiş olması gereklidir ancak yeterli değildir. Aynı zamanda söz konusu milletlerarası antlaşma, uygulama tarihinde hâlihazırda yürürlükte olmalıdır. Yani uyumsuzluğa antlaşmanın uygulanacağı tarihte söz konusu antlaşmanın herhangi bir nedenle (çekilme, antlaşma süresinin sona ermesi,

⁸ Bkz. Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Cumhurbaşkanına Yetki Verilmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 244, Kabul Tarihi: 31/5/1963, RG: 11/6/1963 / 11425; Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Sayısı: 9 RG: 15/7/2018 / 30479.

⁹ Söz konusu mülga 2.madde şu şekildeydi: "milletlerarası bir antlaşmaya dayanılarak Bakanlar Kurulunca yapılan uygulama antlaşmalarından Türk Kanunlarına değişiklik getirmeyenleri onaylamak veya bunlara katılmak için; bunların konusu iktisadi, ticari veya teknik münasebetlerin dışında kalsa veya süresi bir yılı aşsa veya Devlet maliyesi bakımından bir yüklenmeyi gerektirse veya kişi hallerine veyahut Türk vatandaşlarının yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunsa dahi, onaylama veya katılmayı uygun bulmak üzere kanun yapılması zorunluluğu yoktur.", Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Cumhurbaşkanına Yetki Verilmesi Hakkında Kanun.

¹⁰ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku (17. B, Yetkin Yayınları) 229.

¹¹ 244 sayılı Kanunun 2.maddesi, 02.07.2018 tarihli ve 703 sayılı KHK'nin 181. maddesi ile ilga edilmiştir. Bkz. Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Kanun Hükmünde Kararnemenin Tarihi: 2/7/2018, No: 703 Yetki Kanununun Tarihi: 18/10/1982, No: 2709, RG: 9/7/2018 / 30473 (3. Mükerrer).

antlaşmanın geçersizliğinin ileri sürülmüş olması, antlaşmanın feshedilmesi vb.) yürürlükten kalkmamış olmalıdır.

B. Milletlerarası Antlaşma Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin olmalıdır.

Temel hak ve özgürlüklerin neler olduğu sorusunun cevabına, Anayasanın sistematik yorum yöntemiyle yorumlanması sonucunda ulaşmaktayız. Anayasanın, 12 ile 74.maddelerini kapsayan “*Temel Haklar ve Ödevler*” başlıklı İkinci Kısımında düzenlenen temel haklar ve ödevlerin, m.90/5 anlamında temel hak ve özgürlükler olduğu sonucuna ulaşılabilir. Yani Anayasada yer alan bütün hak ve ödevler temel hak ve özgürlüklerdir. Bu hak ve ödevlere ilişkin milletlerarası antlaşmalar ise kanunlarla çatışmaları durumunda, m.90/5 uyarınca öncelikle uygulanacaklardır.

II. KARARA KONU OLAYLARIN ÖZETİ

Anayasa Mahkemesinin 06/06/2015 tarih ve 29278 sayılı resmi gazetede yayımlanan 10/03/2015 tarih ve 2013/1211 sayılı Arnoldus Theodorus Bernardus kararına konu olan olayda başvuru, davalı şirketin, patent hakkına tecavüz teşkil eden ürünleri Türkiye’ye ithal ettiği iddiası ve patent hakkına yönelik tecavüzün ve haksız rekabetin durdurulması, önlenmesi, tecavüz teşkil eden ürünlerin imhası ile maddi ve manevi zararının giderilmesi talepleriyle İzmir Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi nezdinde 2008 yılında dava açmıştır. Bunun üzerine davalı şirket aynı mahkemede patentin hükümsüzlüğüne ve asıl davanın reddine karar verilmesi talepleri ile karşı dava açmıştır.

Davalı şirketin patentin hükümsüzlüğü iddiasının temelini, patentin verildiği tarih olan 22/11/1990 tarihinde yürürlükte olan 23/03/1879 tarihli İhtira Beratı Kanununa göre verildiği, adı geçen kanunda patent koruma süresinin on beş yıl olarak düzenlendiği ve bu sürenin 22/11/2005 tarihinde dolduğu, dava tarihi olan 2008 yılı itibarıyla patentin hükümsüz hale geldiği vakıaları oluşturmaktadır. Bu vakılara dayanan davalı şirket, patentin hükümsüzlüğüne karar verilmesinin mahkemeden talep etmiştir.

Davacı/Başvuru ilk derece mahkemesinde yapılan yargılamada, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 15/04/1994 tarihinde imzalanan ve 26/01/1995 tarihli ve 4067 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunan ve 03/02/1995 tarihli ve 95/6525 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile onaylanan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Antlaşması(TRİPS)’nin uyumsuzluğa uygulanması gerektiği ve bu antlaşmanın “Koruma Süresi” kenar başlıklı 33.maddesine göre patent hakkının koruma süresinin başvuru tarihinden itibaren yirmi (20) yıl

olduğunu ve bu sürenin 22/11/2010 yılında sona ereceğini ve dava tarihi itibarıyla patent hakkının halen korunmakta olduğunu ileri sürmüştür. Ancak gerek ilk derece yargılaması gerekse de kanun yolu aşamasında davacı/başvurucunun iddialarına itibar edilmemiş ve Anayasanın 90.maddesinin 5.fikrasına aykırı olduğu halde Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Antlaşması hükümleri uygulanmamış, bunun yerine antlaşmayla çatışmasına rağmen İhtira Beratı Kanunu uygulanmıştır.

İlk derece mahkemesi, patent başvurusunun yapıldığı tarih olan 22/11/1990 tarihinde yürürlükte olan mevzuatın İhtira Beratı Kanunu olmasını ve TRİPS'in 1995'te yürürlüğe girmesini gerekçe göstererek İhtira Beratı Kanununun uygulanmasına karar vermiştir. Ayrıca ilk derece mahkemesi kararına gerekçe olarak başvuru/davacının patent hakkı konusu ürününün buluş niteliğinde olmadığını, TRİPS'in patent hakkı tanırken buluş adımı kriteri araması buna mukabil İhtira Beratı Kanununun buluş adımı kriteri aramamasını bu sebeple İhtira Beratı Kanununun uygulanması gerektiğini göstermiştir. Davacı/başvurucu kararı temyiz kanun yoluna götürmüş ancak sonuç değişmemiş ve karar Yargıtayca onanmıştır. Davacı Bernardus'un patentini aldığı ürünün ne olduğu karardan anlaşılabilir. Bu sebeple ürünün buluş adımı kriterini taşıyıp taşımadığını değerlendiremiyoruz¹². Bu noktada mahkemenin Türk Patent Enstitüsüne yaptırdığı bilirkişi incelemesi sonucunda edindiği buluş kriterinin sağlanmadığı kanaatine itibar etmek gerekmektedir.

Diğer yandan davacı/başvurucu Bernardus, uyuşmazlığa İhtira Beratı Kanununun değil fakat TRİPS'in uygulanması gerektiği sebebiyle mülkiyet hakkının, mahkeme kararının gerekçesiz olduğu iddiasıyla gerekçeli karar hakkının ve yargılamanın 4 yıldan uzun sürdüğü gerekçesiyle makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkını kullanmıştır.

A. İhtira Beratı Kanunu

İhtira Beratı Kanunu, 23/03/1879 tarihinde Sultan II. Abdülhamit döneminde bir Kanun-ı Muvakkat şeklinde ihdas edilmiştir. Kanun-ı Esasi'ye göre Osmanlı Meclisi toplantıda olmadığı dönemde Hükümet (Kabine) tarafından çıkarılan ve Padişah tarafından onaylanıp

¹² “Buluşun tekniğin bilinen durumuna göre getirdiği yenilik, yaratıcı bir fikir ürünü ve aynı zamanda farkedilebilen önemli bir aşama olmalıdır.” Feyzan Hayal Şehirali, Patent Hakkının Korunması (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) Anabilim Dalı, 1997) 10; Hatta Patent Hukukunun amacının yeni şeyler ortaya çıkarmak olarak özetlenebileceğine ilişkin bkz. Tahir Saraç, ‘Patent Hukukunda Yenilik Kavramı Ve Yeniliğin Belirlenmesi’ (2001) 9 (1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 189, 190.

yürürlüğe konulan yasama işlemlerine Kanun-ı Muvakkat denir ve bu işlemler Kanun hükmündedir.

Yürürlüğe girdiği 1879'dan, 1995 yılına kadar yürürlükte kalan İhtira Beratı Kanunu, esasen Fransız İhtira Beratı Kanununun bir tercümesidir ve marka ve patent hakları ile ilgili düzenlemeler ihtiva etmektedir. Karara konu olayla ilgili olarak ise İhtira Beratı Kanunu, patent hakkının konusu olan ürünü 15 yıl korumaktadır. 15 yılın sonunda koruma süresinin re'sen veya başvuru üzerine uzayacağına dair, Kanunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

B. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Antlaşması (TRİPS)

TRİPS antlaşması, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 15/04/1994 tarihinde imzalanmış, 26/01/1995 tarihli ve 4067 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunmuş ve 03/02/1995 tarihli ve 95/6525 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile onaylanmış bir milletlerarası antlaşmadır. TRİPS, Anayasa m.90 anlamında istisnai bir antlaşma değildir. Bu sebeple onaylanabilmesi için TBMM tarafından 26/01/1995 tarihli ve 4067 sayılı Kanunla uygun bulunmuştur. TRİPS, yürürlüğe girerken izlenen yol değerlendirildiğinde usulüne göre yürürlüğe konulmuş bir milletlerarası antlaşmadır. TRİPS, marka ve patent haklarını düzenlediği için muhtevası bakımından temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir milletlerarası antlaşmadır.

Anayasa m.90/5 uyarınca TRİPS, kural olarak kanun hükmünde olmak birlikte, hem usulüne göre yürürlüğe konulmuş olması hem de temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir milletlerarası antlaşma olması sebebiyle aynı konuda yürürlükteki kanunlardan farklı hükümler ihtiva etmesi ihtimalinde kanunlara nazaran öncelikle uygulanacaktır.

TRİPS, bir ürünün patent olarak tescillenmesi için buluş adımı kriteri yani tescil edilmek istenen ürünün yeni bir ürün olması kriterini aramaktadır¹³. Oysa İhtira Beratı Kanunu böyle bir kriter aramamıştır. İlk derece mahkemesinin değerlendirmesine göre davacı/başvurucunun patentini aldığı ürün buluş adımı kriterini sağlamadığı için uyuşmazlığa İhtira Beratı Kanunu uygulanmıştır. Kanımızca yalnızca bu sebeple uyuşmazlığa TRİPS ile çatıştığı hâlde İhtira Beratı Kanununun uygulanması hatalı olmuştur. Zira Anayasa m.90/5'in ruhuna uygun bir yorum yapıldığında temel hak ve özgürlüğü (burada patent hakkını) daha koruyucu olan TRİPS'in uygulanması gerekmektedir. Eğer İhtira Beratı Kanunu, patent hakkı sahibinin bu temel hak ve özgürlüğüne daha koruyucu bir tutum takınmış olsaydı o zaman TRİPS ile çatışmasına rağmen İhtira Beratı Kanununun uygulanıp uygulanmayacağı

¹³ Anıl Özçelik, Avrupa Birliği Hukukunda Patent Hakkı Ve Korunması (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Avrupa Birliği Hukuku Bilim Dalı 2009) 96.

tartışılabilirdi. Fakat bu olay bakımından TRİPS açıkça İhtira Beratı Kanunundan daha korucuyu bir tutum takındığı için sırf, teferruat olarak nitelendirilebilecek, ürünün buluş adımı kriterini sağlamadığı gerekçesiyle İhtira Beratı Kanununun uygulanması kanımızca hatalı bir karar olmuştur ve Anayasa m.90/5'e aykırı olduğu gibi aynı zamanda davacı/başvurucu Bernardus'un patent, dolayısıyla mülkiyet¹⁴ ve gerekçeli karar haklarının ihlal edilmesine sebep olmuştur.

TRİPS'te patent hakkının koruma süresi olarak 20 yıllık bir süre öngörülmüştür. Bu noktada temel hal ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası bir antlaşma olarak TRİPS, İhtira Beratı Kanunu ile aynı konuda farklı bir hüküm ihtiva etmekte, bir başka deyişle çatışmaktadır. Anayasa m.90/5'e göre şu hâlde patent hakkının koruma süresi ile ilgili olarak TRİPS'te öngörülen 20 yıllık sürenin uygulanması gerekmektedir.

Ayrıca ilginçtir ki TRİPS antlaşması, taraf Devletlerin iç hukuktaki fikri mülkiyet mevzuatlarını antlaşmayla uyumlu hâle getirmeyi yükümlendiklerini hüküm altına almaktadır¹⁵. Şu halde Anayasa m.90/5 uyarınca TRİPS'in uygulanması gerektiği gerektiği gibi, TRİPS uyarınca da zaten iç hukuktaki fikri mülkiyet mevzuatımızı TRİPS'e uyulamamız gerekmektedir. Bu noktada 551 sayılı KHK ile fikri mülkiyet mevzuatımız TRİPS ile uyumlu hale getirilmiştir. Daha sonra 551 sayılı KHK yürürlükten kaldırılmış ve 2016 yılında yine TRİPS'teki düzenlemelere paralel düzenlemeler içeren Sınai Mülkiyet Kanunu yürürlüğe girmiştir.

C. Anayasa Mahkemesinin Değerlendirmesi

AYM, patent hakkına tecavüz fiilinin gerçekleştiği iddia edilen tarih olan 2008 tarihinde yürürlükte olan mevzuatın uyumsuzluğa uygulanması gerektiğini belirtmiş ve anılan tarihte TRİPS de yürürlükte olduğu için TRİPS hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Bununla birlikte Anayasanın 148.maddesinin 4.fıkrasında düzenlenen **“Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.”** hükmü uyarınca mahkemenin bireysel başvuru incelemesi esnasında kanun yolu şikâyeti niteliğindeki hususları inceleme yetkisinin bulunmadığı ve yukarıda açıklanan başvuru kanun hükümleri yerine antlaşma hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündeki iddialarının kanun yolu şikâyeti niteliğinde olduğu değerlendirmesinde bulunmuş ve sadece bu hususun varlığı

¹⁴ Patent hakkı, AİHS'de açıkça güvence altına alınmamış olmakla birlikte mülkiyet hakkının bir parçası kabul edilmektedir. Mülkiyet hakkı, AİHS'nin 1 Nolu Ek Protokolünün 1.maddesinde, Anayasanın ise 35.maddesinde güvence altına alınmıştır.

¹⁵ Barış Mesci, TRİPS Anlaşmasından Kaynaklanan İhtilafların Çözümü (2016) 15 (2), *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 257, 258.

sebebiyle yargılamanın yenilenmesine karar verilemeyeceği değerlendirmesinde bulunmuştur. Bu gerekçelerle mülkiyet hakkı bakımından ihlal kararı verilmemiştir.

Diğer yandan AYM, yargılamanın 4 yıldan uzun sürmesini makul sürede yargılanma hakkının ihlali olarak görmüş ve bu hakla ilgili olarak ihlal kararı vermiştir. Bu noktada makul sürede yargılanma hakkının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından, adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçası olarak değerlendirildiğini hatırlatmakta fayda görüyoruz¹⁶. Zira Anayasanın 148.maddesinin 3.fıkrasının ilk cümlesine göre; “Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.” Yani bir hakkın ihlal edildiği gerekçesiyle AYM nezdinde bireysel başvuruda bulunabilmek için ihlal edildiği iddia edilen hakkın hem Anayasada hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde (AİHS) güvence altına alınmış olan haklardan olması gerekmektedir¹⁷. Makul sürede yargılanma hakkı AİHS m.6’da ve Anayasamızın Kişi Hürriyeti ve Güvenliğini düzenleyen 19.maddesinin 7.fıkrasında güvence altına alınmıştır¹⁸. Bu sebeple makul sürede yargılanma hakkının, AİHM tarafından Adil Yargılanma Hakkı kapsamında değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

Zira Adil Yargılanma Hakkı hem Anayasanın 36.maddesinde hem de AİHS’nin 6.maddesinde¹⁹ güvence altına alınmış olup, Adil Yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla AYM nezdinde bireysel başvuruda bulunmak mümkündür.

Başvurucu ayrıca gerekçeli karar hakkının da ihlal edildiğini iddia etmiştir. AİHM’e göre gerekçeli karar hakkı, adil yargılama hakkının bir parçası olarak değerlendirilmektedir²⁰. Anayasamızın 141.maddesinin 3.fıkrasında gerekçeli karar hakkı açıkça güvence altına

¹⁶ Ayşe Özkan Duvar, ‘Bireysel Başvuru Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı’ (2019) 68 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 287, 309.

¹⁷ “Türkiye’de bireysel başvuru hakkının kabulünün amacı, iç hukukta hak ihlallerini ortadan kaldırmak ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne yapılan başvuruların miktarını azaltmaktır.” Mehmet Akad, Bihterin Vural Dinçkol ve Nihat Bulut, Genel Kamu Hukuku (16. B, Der Yayınları, 2020) 352.

¹⁸ Anayasa m.19/7: “Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.” şeklindedir. Fıkranın lafzından makul sürede yargılanma hakkının yalnızca tutuklanan kişilere tanınmış (Yani Ceza Muhakemesi Hukukuna özgü) bir hak olduğu sonucuna ulaşılabileceği de böyle bir yorum Anayasanın ruhuna uygun düşmeyecektir. Anayasanın ruhuna uygun olan yorum makul sürede yargılanma hakkının hem ceza muhakemesinde hem de hukuk muhakemesinde geçerli olduğudur.

¹⁹ Adil yargılanma hakkının AİHS’de güvence altına alındığına dair bkz. Aksar Y, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II (4.B, Seçkin Yayıncılık, 2017) 338.

²⁰ Muhammet Nedim Bekri, ‘Gerekçeli Karar Hakkı’ (2014) 3, Ankara Barosu Dergisi, 203, 209; Muharrem Kılıç, ‘Gerekçeli Karar Hakkı: Yargısal Kararların Rasyonelitesi’ (2021) 12 (47), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 1,7; Ahmet Taşkın, ‘Mahkeme Kararlarında Gerekçenin Önemi’ (2015) 1 (2), International Journal Of Legal Progress 205, 207.

alınmıştır²¹. Adil yargılanma hakkı ise hem AİHS, hem de Anayasamızda güvence altına alındığı için gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği gerekçesi ile AYM nezdinde bireysel başvuruda bulunmak mümkündür²².

SONUÇ

Kanımızca AYM'nin, başvurunun mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiası kapsamında ileri sürdüğü İhtira Beratı Kanunu yerine TRİPS hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündeki iddiaları hakkında bunların kanun yolu şikâyeti olduğu ve Anayasa m.148/4 uyarınca bireysel başvuru aşamasında ileri sürülemeyeceği yönündeki değerlendirmesi yerindedir. AYM'nin, Anayasanın açık hükmü karşısında açıkça kanun yolu şikâyeti olduğu anlaşılan bir konuda karar vermesi beklenemez. Karara konu olayda, Anayasa m.90/5 uyarınca İhtira Beratı Kanunu yerine TRİPS'in uygulanmasının gerekmesi, bu hususu kanun yolu şikâyeti olmaktan çıkarmaz. Bu sebeple patent, dolayısıyla mülkiyet hakkının ihlal edilmediği yönünde verilen karara katılıyoruz.

AYM, başvurunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiası hakkında, ilk derece mahkemesinin verdiği kararına gerekçe olarak TRİPS'in, bir ürünün patent olarak tescillenmesi için buluş adımı kriteri aramasını, oysa İhtira Beratı Kanununun böyle bir kriter aramamasını, ilk derece mahkemesinin değerlendirmesine göre davacı/başvurucunun patentini aldığı ürün buluş adımı kriterini sağlamadığı için uyumsuzluğa İhtira Beratı Kanunu uygulanması gerekçesini yeterli bulmuş ve gerekçeli karar hakkının ihlal edilmediği yönünde karar vermiştir. Bu karar katılmamız mümkün değildir. Zira İlk derece mahkemesinin kararına gerekçe olarak gösterdiği husus teferruattan ibarettir. Anayasa m.90/5'in ruhuna uygun bir yorum yapıldığında temel hak ve özgürlüğü (burada patent hakkını) daha koruyucu olan TRİPS'in uygulanması gerekmektedir. Eğer İhtira Beratı Kanunu, patent hakkı sahibinin bu temel hak ve özgürlüğüne daha koruyucu bir tutum takınmış olsaydı o zaman TRİPS ile çatışmasına rağmen İhtira Beratı Kanununun uygulanıp uygulanmayacağı tartışılabilirdi. Fakat bu olay bakımından TRİPS açıkça İhtira Beratı Kanunundan daha korucuyu bir tutum takındığı için sırf, teferruat olarak nitelendirilebilecek, ürünün buluş adımı kriterini sağlamadığı

²¹ Hakan Karakehya, Ceza Muhakemesi Hukuku (4.B, Nisan Kitabevi, 2022) 582; Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku (12.B, Seçkin Yayıncılık, 2020) 398. Ayrıca hüküm ile gerekçe arasında çelişki olmaması gerektiğine ilişkin bkz. Lütfi Şanal Görgün, Levent Börü, Barış Toraman, Mehmet Kodakoğlu, Medeni Usul Hukuku (7.B, Yetkin Yayınları, 2018) 647.

²² Hem Anayasada hem de AİHS veya ek protokollerinde güvence altına alınan haklar için bireysel başvuru hakkının kullanılabilmesine ilişkin bkz. Akad, Vural Dinçkol, Bulut (n 13) 354; Gerekçeli karar hakkının ihlal edilmesi durumunda AYM nezdinde bireysel başvuru hakkının kullanılabilmesine ilişkin bkz. Ömer Faruk Atagün, Temel Bir İnsan Hakkı Olan Adil Yargılanmanın Unsuru Olarak Gerekçeli Karar Hakkı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2020) 89.

gerekçesiyle İhtira Beratı Kanununun uygulanması kanımızca hatalı bir karar olmuştur. Bu sebeple başvurucunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği görüşündeyiz.

Son olarak AYM, yargılamanın 4 yıldan uzun sürmesi sebebiyle başvurucunun, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu karara katılmaktayız zira somut uyuşmazlıkta; uyuşmazlık noktalarının tespit edilmesi, uygulanacak mevzuatın belirlenmesi, karar verilmesi ve kanun yolu aşamaları için 4 yıl çok uzun bir süre olarak değerlendirilmektedir. Yargılamada makul sürenin ne kadar olduğunun kesin bir süre olarak belirlenemeyeceği, her somut uyuşmazlık/olay için makul sürenin mahkemece tespit edilmesi gerektiği AİHM tarafından ifade edilmiştir²³. Makul sürenin ne kadar bir süre olduğu tespit edilirken AİHM ve AYM tarafından davanın karmaşıklığı, tarafların tutumu ve ilgili kişiler bakımından dava konusunun önemi şeklinde kriterler benimsenmiştir²⁴.

²³ ECHR, *Boddaert v. Belgium*, Application No. 12819/87, 12.10.1992, p. 36 aktaran Ayşe Özkan Duvan, (n 16) 291.

²⁴ Neylan Reyhan Kürtür, *Makul Sürede Yargılanma Hakkı* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, 2019) 36.

KAYNAKÇA

Akad M, Vural Dinçkol B, ve Bulut N, Genel Kamu Hukuku (16.B, Der Yayınları, 2020).

Aksar Y, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I (4.B, Seçkin Yayıncılık, 2017).

Aksar Y, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II (4.B, Seçkin Yayıncılık, 2017).

Çağlayan R, İdari Yargılama Hukuku (12.B, Seçkin Yayıncılık, 2020).

Görgün L.Ş, Börü L, Toraman B, Kodakoğlu M, Medeni Usul Hukuku (7.B, Yetkin Yayınları, 2018).

Gözler K, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I (1.B, Ekin Yayıncılık, 2011).

Karakehya H, Ceza Muhakemesi Hukuku (4.B, Nisan Kitabevi, 2022).

Özbudun E, Türk Anayasa Hukuku (17.B, Yetkin Yayınları).

Bekri Muhammet N, 'Gerekçeli Karar Hakkı' (2014) 3, Ankara Barosu Dergisi, 203-228.

Bilir F, 'Anayasanın 90.Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri' (2005)13(1), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 77-107.

Kılıç M, 'Gerekçeli Karar Hakkı: Yargısal Kararların Rasyonalitesi' (2021) 12 (47), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 1-46.

Mesci B, TRİPS Anlaşmasından Kaynaklanan İhtilafların Çözümü (2016) 15 (2), *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 257-290.

Özkan Duvar A, 'Bireysel Başvuru Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı' (2019) 68 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 287-336.

Saraç T, 'Patent Hukukunda Yenilik Kavramı Ve Yeniliğin Belirlenmesi' (2001)9(1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 189-212.

Taşkın A, 'Mahkeme Kararlarında Gerekçenin Önemi' (2015) 1 (2), International Journal Of Legal Progress 205-246.

- Atagün Ömer F, Temel Bir İnsan Hakkı Olan Adil Yargılanmanın Unsuru Olarak Gerekeçeli Karar Hakkı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2020).
- Kürtür Neylan R, Makul Sürede Yargılanma Hakkı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, 2019).
- Özçelik A, Avrupa Birliği Hukukunda Patent Hakkı Ve Korunması (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Avrupa Birliği Hukuku Bilim Dalı 2009).
- Şehirali Feyzan H, Patent Hakkının Korunması (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) Anabilim Dalı, 1997).



ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

Doğuma Bağlı İzinler ve Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması

Av. Gizem Meral KILINÇ*

Öz

Kadın işçinin doğum nedeniyle kullandığı ücretli ve ücretsiz izin hakları 4857 sayılı İş Kanunu ve Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmiştir. İş Kanunu m. 74 hükmü gereğince, “Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı haftalık süre için çalıştırılmamaları esastır.” Üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta analık hâli izni kullandırılır. Bu sürenin bir kısmı doğum süreleri sonuna eklenebilir. Çalışmamızda bu sürelerin nasıl kullanılacağına ve koşullarına değinilmiştir. Evlat edinme durumu ve babanın kullanabileceği izinler de annelik izinleri anlatılırken incelenmiştir. Analık izni sonrası 4857 sayılı İş Kanunu'nun 74. maddesinde bahsedilen altı aylık ücretsiz izin ve yarım çalışma izni kullanılabilir. Tüm bunlara ek olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 13. Maddesi gereği kısmi süreli iş uygulaması ebeveynlerden biri tarafından tercih edilebilir. Kullanım şekli, şartları ve sona ermesi ise ilgili yönetmelikte düzenlenmiştir. Bu izinlerden ilk olarak analık izni, sonra altı ay süreyle ücretsiz izin veya yarım çalışma izni, daha sonra kısmi süreli çalışma hakkı kullanılır. İzinlerin alınabilme sıraları, kimler tarafından kullanılabilir ve koşulları bu çalışmada açıklanmıştır. Süt izni ise tartışmalı olmakla birlikte yalnızca annenin kullanabileceği bir izindir. Süt izninin yarım çalışma ve kısmi çalışma ile birlikte kullanımı ayrıca incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Doğum İzni, Süt İzni, Yarım Çalışma, Kısmi Süreli Çalışma, Altı Aylık Ücretsiz İzin

* Konya Barosu, gizemmeralkinc@gmail.com, ORCID: 0000-0001-9413-7136.
Gönderim Tarihi: 15.01.2023. Kabul Tarihi: 28.02.2023. **Hakem denetiminden geçmiştir.**



Birth Leaves and Part-Terms Working Practice

Abstract

Paid and unpaid leave rights used by female workers due to maternity leave are regulated in the Labor Law No. 4857 and the Regulation on Part-Time Work to Be Made After Maternity Leave or Unpaid Leave. Labor Law m. 74 “It is essential that female workers not be employed for a total of sixteen weeks, eight weeks before delivery and eight weeks after delivery.” One of the spouses or the adopter of a child who has not completed the age of three is given maternity leave for eight weeks from the date the child is actually delivered to the family. A part of this period can be added to the end of the birth period. In our study, how these periods will be used and their conditions are mentioned. Adoption status and the permissions available to the father were also examined while explaining the maternity leave. After the maternity leave, the six-month unpaid leave and half work leave mentioned in Article 74 of the Labor Law can be used. In addition to all these, in Article 13 of the Labor Law No. 4857, part-time employment contracts can be applied for use by one of the parents. Among these leaves, first maternity leave, then six-month unpaid leave or half-time work permit, then part-time work right is used. The order in which permissions can be obtained, by whom they can be used and their conditions are explained in this study. Breastfeeding leave is a daily leave that can only be used by the mother. The feature of use with half work and partial work has been examined

Keywords

Maternity Leave, Breastfeeding Leave, Half-Time Working, Part-Time Working, Six Months Unpaid Leave.

GİRİŞ

Kadının iş hayatında rolünün artırılması, eşitliğin sağlanması ve bununla birlikte aile yapısının korunması gerekir. İşverenin de sürece gönüllü olarak dahil edilebilmesi ile bu amaca ulaşmak mümkün olabilecektir. Ülkemizde son yıllarda bu konu üzerinde birçok gelişme yaşanmıştır. Ancak, doğum için alınan izinler kimi zaman işverenler tarafından iş aksamasına sebebiyet veren dezavantajlar olarak görülebilmektedir. Doğal olarak çalışmadan geçirilebilen bu süre, işçinin işini yapmasına engel olmaktadır. Bu sebeple işverenin yükümlülükleri artmakta, gerek işe alım sürecinde erkeğin seçilmesi gerek izne ayrılan kadın işçinin yerinin doldurulmasıyla kadının çalışma hayatına devam etmesi zorlaşmaktadır. Bununla birlikte yalnızca gebe ve anne olmuş kadın işçi için değil, evlat edinen ebeveynler ve evlat sahibi olmuş baba için de izin hakları düzenlenmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu (İK) madde 74’de yer alan analık izni, madde 74’ün devamı fıkralarına düzenlenen altı aylık ücretsiz izin hakkı, yarım çalışma ve emzirme izni gibi iş hayatından soyutlanmayı engelleyen birtakım düzenlemeler bulunmaktadır. Buna ek olarak 4857 Sayılı İş Kanunu’nun¹ 13. maddesine dayanılarak hazırlanan Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik², analık izni, ücretsiz izinler ve sonrasında uygulanabilen kısmi çalışma iznini detaylı bir şekilde düzenlemiştir. Kısmi süreli çalışma uygulaması işçiye uzun süreli başvuru hakkı taşıyan geniş kapsamlı bir haktır. Ancak tüm bu izinlerin birlikte kullanılması veya ayrılması ile ilgili birtakım boşluklar bulunmaktadır. Çalışmamızda bu konular üzerinde durulacaktır.

Doğum izni sonrası kullanılacak izinler ile istihdam devam etmekte ve çocuğun gelişimi için gerekli ortam sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu çalışmada kadının ve ailenin korunmasını amaçlayan doğum ve evlat edinmeye bağlı izinler ele alınacaktır. Tüm bu izinlerin kullanım şartları, süresi, şekli gibi unsurlar ile birlikte işçinin hakları açıklanmaya çalışılacaktır.

I. DOĞUMA BAĞLI İZİNLER

A. Analık (Doğum) İzni

Kadın işçinin doğum nedeniyle çalıştırılmadığı süre için verilen izin “Analık İzni” olarak tarif edilmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu m. 74/1 “*Kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı haftalık süre için çalıştırılmaları*

¹ İş Kanunu, Kanun Numarası: 4857, Kabul Tarihi: 22.05.2003, RG 10.06.2003/ 25134.

² Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik, RG 8.11.2016/29882.

esastır. Çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak sekiz haftalık süreye iki hafta süre eklenir. Ancak, gebelik halinin işçinin sağlık durumunu önemli ölçüde etkilemiyor olması halinde, doktorun takdiri ile kadın işçi isterse doğumdan önceki üç haftaya kadar çalışmasına devam edebilir. Bu maddeden anlaşılan iki husus vardır. İlki, doktor raporuyla uygun görüldüğü durumda kadın, son üç hafta hariç olmak üzere sekiz haftalık sürenin beş haftasını kullanmayabilir. Kullanmadığı izin hakkını doğumdan sonra kullanabilecektir³. İkincisi, kadının son üç hafta içinde çalışma imkânı yoktur.

İşverene bu konuda bilgi verilmesi bir izin isteme mahiyetinde değildir. Doktor raporu haricinde bir iznin gerekmediği ve bu sebeple de işverenin takdirine gerek olmadığını da belirtmek gerekir⁴.

Erken doğum yapma olasılığı söz konusu olduğunda, işçinin doğumdan önce kullanmadığı süreler, doğum sonrası sürelerle eklenmek suretiyle kullanılır (İK m.74/1). Çoğul gebelik durumunda uzayan iki haftalık sürenin yalnızca doğum öncesi sekiz haftalık döneme eklenebileceği, kanun lafzından anlaşılmaktadır.

“Doğumda veya doğum sonrasında annenin ölümü hâlinde, doğum sonrası kullanılmayan süreler babaya kullanılır” (İK m.74/1). Bu şekilde babanın izni uzayabilir. Bu izin, ebeveynlik ve çocuğun ihtiyaçlarının karşılanması yönündendir. Eşin ölümü sebebiyle verilen mazeret izni ise, yalnızca eşin ölümü nedeniyle çocukları olmasa dahi erkek veya kadına verilen bir izindir⁵. Çocuğun ölü doğması durumunda, düzenleme olmamakla birlikte iznin devam edeceği görüşü baskındır. Annenin psikolojik yapısı, doğum olayının yaşanmış olması, dinlenme ve tıbbi süreç gereği bu düşünce yerindedir⁶. Anne ve çocuğun birlikte ölmesi durumunda ise, babaya doğum izni kullanılmaz⁷.

³ Semra Yılmaz, ‘Türkiye’de Kadınların Çalışma Hayatındaki Yeri ve Sosyal Güvenlik Hukuku Düzenlemeleri’ (2018) 2 (2) Sosyal Çalışma Dergisi 63, 74.

⁴ Ercan Güven, Ufuk Aydın, Bireysel İş Hukuku (5. B Nisan Yayınevi 2017) 290; Talat Canbolat, Sema Deniz Özkan, ‘Doğum Borçlanması Yapılabilecek Süreler’ (2017) 3 (6) İş ve Hayat 105, 110.

⁵ Ufuk Aydın, Seher Demirkaya, ‘Çalışma Yaşamında Aile Dostu İş Hukuku Uygulamaları’ İş ve Hayat (2017) 3 (6). 72, 88; Olgu Özdemir, ‘Uluslararası Hukuk Işığında Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Hamile ve Anne İşçilere Yönelik Koruyucu Düzenlemeler’, (Tez Merkezi) <http://acikerisim.akdeniz.edu.tr/bitstream/handle/123456789/2641/T03793.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, Erişim Tarihi 19 Aralık 2022.

⁶ Oğuz Özgür, ‘Türk İş Hukukunda Koruyucu Düzenlemeler’ 2018(134) TBB Dergisi 567,581; Eda Manav Özdemir, Canan Erdoğan, ‘Türk İş Hukukunda Kadın Çalışanların Analığının Korunması’ 2021 (45) 106,109.

⁷ Halûk Hâdi Sümer, İş Hukuku (25.B Seçkin Yayınevi 2020) 161.

“Üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya evlat edinene çocuğun aileye fiilen teslim edildiği tarihten itibaren sekiz hafta analık hâli izni kullandırılır” (İK m. 74/3). Evlat edinen aileye verilen izinde amaç, çocuğun yetiştirilmesinden çok ilişki kurulabilmesi adınadır⁸. Bu sebeple evlatlık edinilen çocuğun yaşında bir sınırlamaya gidilmemesi gerektiği görüşündeyiz.

Çalışmayan kadının doğum yaptıktan sonraki sekiz hafta içerisinde bir iş akdi yapılmak için çağırılması veya iş bulması mümkündür. Bu durumda, doğum yaptığını işverene belirterek izin süresi içinde işe akdini başlatabilir ve izin süresi sonunda fiilen işe başlayabilir⁹. Bu durum, işçinin bazı özellikleri, iş için gerekliliği ve işverenin akdi bir an önce yapma isteği ile açıklanabilir.

Askıya alma, işçinin iş görme ediminin geçici olarak yerine getirmesini engelleyen durumlarda iş akdinin sona ermediğini ifade ederken kullanılan bir terimdir. Doğum izni de bu hallerden biridir. Engellerin ortadan kalkmasıyla da iş ilişkisi tekrar hükümlerini doğurmaya devam eder¹⁰. Askıda kalma her iki taraf için de geçerlidir. Bu anlamda bir fesih bildirim yapılacaksa bildirim süreleri gebelik ve doğum izni sürelerinin sonunda başlayacaktır¹¹.

B. Doğuma İlişkin Diğer İzin Hakları

1. Doğum veya Evlat Edinmeye Bağlı Yarım Çalışma

Doğum izni sonrası çocuğun henüz küçük olması ve ebeveyne muhtaçlığı gereği ek bir izin ihtiyacı doğabilir. Çocuğun hayatta olması ve iş ilişkisinin devam ediyor olması şartı ile bu ihtiyaca cevap veren birtakım haklar bulunmaktadır¹². Bunlardan biri, analık izni süresinin bitiminden sonra kullanılabilen işçinin yarım çalışma hakkıdır. *“Birinci fıkra uyarınca kullanılan doğum sonrası analık hâli izninin bitiminden itibaren çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi amacıyla ve çocuğun hayatta olması kaydıyla kadın işçi ile üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın veya erkek işçilere istekleri hâlinde birinci doğumda altmış gün, ikinci doğumda yüz yirmi gün, sonraki doğumlarda ise yüz seksen gün süreyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar ücretsiz izin verilir. Çoğul doğum hâlinde bu sürelere otuzar gün eklenir.*

⁸ Tankut Centel, ‘6663 Sayılı Yasa’yla İş Kanunu’na Getirilen Değişiklikler Analık Halinin Yeniden Düzenlenmesi (2016) 35 Sicil İş Hukuku Dergisi 9, 15.

⁹ Münir Ekonomi, ‘Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması’2009 (3) Çalışma ve Toplum 11,19.

¹⁰ Sarper Sütsek, ‘İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz izinler’ (2007) 9 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 115, 115; Fahrettin Korkmaz, Nihat Seyhun Alp, Bireysel İş Hukuku (3. B Seçkin Yayınevi 2016) 178.

¹¹ Ekonomi (n 9) 25.

¹² Yusuf Yiğit, Selda Topkaya, ‘Türk İş Hukukunda Gebe ve Emziren Anne İşçilerin Korunmasına İlişkin Düzenlemeler’ 2017 (6) 14 Emek ve Toplum Dergisi 47,60

Çocuğun engelli doğması hâlinde bu süre üç yüz altmış gün olarak uygulanır. Bu fıkra hükümlerinden yararlanan süre içerisinde süt iznine ilişkin hükümler uygulanmaz.” (İK m. 74/2). Tıpkı analık izninde olduğu gibi bu süreler de işçinin sağlık durumu ve işin özelliğine göre doktor raporu ile arttırılabilir (İK m. 74/3).

Yarım çalışma izninin kullanılması için analık izin süresi bitmiş işçinin talebi gereklidir. Bununla birlikte işçi ve çocuk hayatta olmalı ve iş ilişkisi devam ediyor olmalıdır.¹³ Kanunda ayrıca çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi amacı ifadesi kullanılmıştır. Bu ifadenin aksinden anlaşıldığı üzere çocuğun yetiştirilmesi amacını kaldıran durumlarda izin hakkı da kullanılamayacaktır¹⁴. Ayrıca bu dönemde işçi yarım çalışma ödeneğinden faydalanabilecektir¹⁵. Yarım çalışma dönemi boyunca işveren işçinin çalıştığı süreyle bağlı olarak ücret öder. Bu süreçte şartların sağlanması durumunda geri kalan ücret, İŞKUR’a başvuru sonucu işsizlik fonundan ödenebilir. Yarım çalışma ödeneğinin verilmesi ise, izin süresinin bitmesiyle sona erer¹⁶.

2. Doğum ve Evlat Edinmeye Bağlı Altı Aylık Ücretsiz İzin Hakkı

Ücretsiz izin hakları kanundan kaynaklanabilir veya iradi şekilde doğabilir. Mevzuattan kaynaklanan ücretsiz izinlerde sebep, kanunda sayılan haldir. Ayrıca meşru bir amaç aranmaz. Bu anlamda kanundan doğan ücretsiz izin haklarından altı aylık ücretsiz izin hakkı İK madde 74’te düzenlenmiştir. Düzenleme gereğince *“İsteği halinde kadın işçiye, on altı haftalık sürenin tamamlanmasından veya çoğul gebelik halinde on sekiz haftalık süreden sonra altı aya kadar ücretsiz izin verilir. Bu izin, üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinme hâlinde eşlerden birine veya evlat edinene verilir. Bu süre, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz. (İK m. 74/6).”* Bu hususta işverenin söz hakkı yoktur. İşyerlerine özel izin uygulamaları bu izin özelinde uygulanamayacağı gibi başta ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil edecek fesih beyanı da haksız olacaktır¹⁷.

Kanun koyucunun aynı maddenin farklı fıkralarında yer verdiği altı ay ücretsiz izin hakkı ve yarım çalışma izni farklıdır. Ancak kullanım zamanları aynıdır. Her ikisi de analık izni

¹³ Manav Özdemir, Erdoğan (n 7) 109.

¹⁴ Barış Duman, ‘4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Doğum ve Evlat Edinmeye Bağlı Yarım Çalışma İzni’ (2019) 10(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 187,190.

¹⁵ Manav Özdemir, Erdoğan (n 7) 113.

¹⁶ Senem Değer Ermumcu, ‘Doğum ve Evlat Edinme Sonrası Kısmi Çalışma ve Yarım Çalışma Hakkı Ödeneği’ (2018) 19, (Özel Sayı Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, 2017) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1997, 2018; Sümer (n8)162.

¹⁷ Nuri Çelik, Nurşen Canikoğlu, Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri (31. B Beta Yayınevi 2018) 708.

sonrasında kullanılabilir. Bu iki haktan birinin seçilip kullanılabileceği, ikisini de kullanmanın mümkün olmayacağı öğretide ortaya koyulmuştur¹⁸.

Yargıtay'ın 2009/ 20734 sayılı kararında¹⁹ “...İstekleri halinde kadın işçilere verilecek altı aylık ücretsiz izin hakkının işverenin tarafından direkt olarak sağlanması gerektiğini... yorum kurallarına başvurulmaksızın bu hakkın işverenin takdirine bırakılmayacağını ...” ifade edilmiştir. Karara konu olayda, işveren işçinin ücretsiz izin talebini kabul etmemiş ve iş ilişkisini sona erdirmiştir. Ancak açıklanan gerekçe ile birlikte işçinin işe iadesine karar verilmiştir.

Ayrıca doğum yapan kadın işçi, ücretsiz doğum hakkının kullandırılmaması halinde işverene bildirimde bulunarak doğum iznine başlayabilir²⁰. İşverenin izin verme yükümlülüğüne aykırı davranışı ve işçinin izin talebini reddi idari para cezasını gerektirir. Bu durum İK madde 104'de düzenlenmiştir. Ücretsiz izin süresi, yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınmaz (İK m. 74/6). Yıllık izin verilme şartlarından olan bir yıllık sürenin altı ayı bu sürede geçmiş sayılmaz²¹.

“Yukarıda öngörülen süreler işçinin sağlık durumuna ve işin özelliğine göre doğumdan önce ve sonra gerekirse artırılabilir. Bu süreler hekim raporu ile belirtilir” (İK m. 74/3). Ücretsiz iznin kullanılabilmesi zamanla ilgili doğum izninin bitiminden sonra ifadesi yer almaktadır. Ancak işçinin doğum izninin ardından işe başlaması ve aylar sonra ücretsiz izin kullanması ise mümkün olmayacaktır. Tüm bunların yanında gebelik süresince kadın işçi gerekli ve periyodik muayenelerine gitme hakkına sahiptir. Bu süreler ücretli izin kapsamındadır. Hatta hekim raporu ile, gerekli görülürse hamile işçi hafif işlere kaydırılabilir ve bu durum işçinin ücretinde azalmaya sebep olamaz (İK m. 74/5).

II. DOĞUMA BAĞLI KISMİ SÜRELİ ÇALIŞMA UYGULAMASI

Türk İş Hukukunda gebe, doğum yapmış ve emziren kadınlar için diğer gelişmiş ülkelere benzer korumaların bulunduğu, görülmektedir. Yukarıda üzerinde durulan tüm bu izin

¹⁸ Duman (n14) 197; Centel (n 8) 13; Saim Ocak, ‘Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Ücretsiz İzin ve Yarım Çalışma Ödeneği Uygulaması’, 2017(3)5 İş ve Hayat Dergisi 174,210; Sümer (n8) 162.

¹⁹ Yargıtay 9. HD, 36349/20734, 13.07.2009, <<https://www.evrensel.net/yazi/80843/kadin-isci-uccretsiz-dogum-iznine-kendi-kariyyla-ayrilabilir>> Erişim Tarihi 29 Nisan 2022.

²⁰ Çelik, Canikoğlu, Canbolat (n 17) 845.

²¹ Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku Toplu İş İlişkileri (2. B Beta Yayınevi 2013) 725.

sürelerinin sona ermesinin ardından İK m.13/5 gereği tanınan kısmi süreli çalışma hakkı ebeveynlerden biri tarafından kullanılabilir. “İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmi süreli iş sözleşmesidir” (İK m.13/1). Kısmi süreli çalışma ebeveynlerden birine tanınabilen haklardan biri olarak da Türk hukuk sistemine dahil olmuştur. Bu hakkın talep şekli, süresi, şartları bahsi geçen yönetmeliğin üçüncü bölümünde düzenlenmiştir. Ayrıca kısmi süreli çalışma düzenlenmesinde “Üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferiden evlat edinenler de çocuğun fiilen teslim edildiği tarihten itibaren bu haktan faydalanır” (İK m. 13/5) denilerek bu imkân evlat edinenlere de tanınmıştır.

“Bu kanunun 74’üncü maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağına başladığı tarihi takip eden ay başına kadar bu maddeye göre ebeveynlerden biri kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir” (İK m.13/5). Burada kastedilen başlama tarihi işçinin analık izni (16+2 hafta), altı aylık ücretsiz izin hakkı veya yarım çalışma izin hakkının sona ermesinden itibaren. Ancak işçi ve işveren dilerse ilköğretim sürecinin bitmesinden sonra da kısmi süreli çalışma konusunda anlaşmaya varabilirler²².

İşçi talebi halinde, bu hakkını kullanmadan en az bir ay önce kısmi süreli çalışmaya başlayacağı günü, her gün çalışacak ise çalışmayı düşündüğü saatleri belirtme koşuluyla işverenine bildirim yapmalıdır (AİÜİS m.9/1). İşveren çalışmayı düzenlerken bu bildirim de dikkate alır. Ücretsiz izin hakkının kullanılması şartı bu iznin tamamının kullanılması anlamına gelmez. Bu izin yarıda kesilerek de kısmi izin talebinde bulunulabilir²³.

Hükümün amacı gereği²⁴ ebeveynlerin her ikisinin de talep anında çalışıyor olması gerekir²⁵. Kısmi süreli çalışmaya başlayacak olan işçi, eşinin çalıştığını delillendirerek talebine eklemek zorundadır (AİÜİS. Yön. m9/2).

²² Yasemin Taşdemir, Ebeveyn İzni ve Yarım Çalışma Ödeneği (1. B On İki Levha Yayınevi 2019) 142; Ermumcu Değer (n16) 2004; Yasemin Taşdemir, ‘Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş Hakkına Genel Bir Bakış’ (2018) 5 (11), Avrupa Sosyal Ev Ekonomi Araştırmaları Dergisi 204, 210.

²³ Suat Uğur, Yusuf Yiğit, ‘İş Hukuku Açısından Doğum Nedeniyle Ebeveynin Kısmi Süreli Çalışma Hakkı’ (2017) 6 (1) Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi E-Dergi < <https://dergipark.org.tr/download/article-file/333234> > 71, 87; Yılmaz (n 4) 86.

²⁴ Zira kısmi süreli çalışmaya geçme hakkının tanınma amacı, çocuğun bakımı ve yetişmesini sağlamaktır; Ermumcu Değer (n 16) 2005.

²⁵ Taşdemir, Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş Hakkına Genel Bir (n 22) 207.

Eşlerden birinin kısmi süreli çalışmaya geçmeyi talep edebilmesi için gerekli olan, her iki ebeveynin de çalışıyor olması şartı, bazı hallerde aranmaz. Bu şartın aranmayacağı durumlar, Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik'te belirtilmiştir. *“Ebeveynlerden birinin sürekli bakım ve tedavisini gerektiren bir hastalığının olması ve bu hastalığın tam teşekküllü hastane ya da üniversite hastanesinden alınacak doktor raporuyla belgelendirilmesi ve velâyetin mahkemece eşlerden birine verilmesi hâlinde çocuğun velayetine sahip ebeveynin talepte bulunması”* (AİÜİS. Yön.m.10) durumlarında, her iki ebeveynin de çalışması şartı aranmayacaktır. Örneğin ebeveynlerden birinin mahkumiyeti nedeniyle velayet diğer ebeveyne verilmiş ise, velayet sahibi işçi kısmi süreli çalışma hakkını kullanabilir. Bunun için başvurduğu esnada şartları taşıyor olması yeterlidir²⁶. Ayrıca tek başına evlat edinen kimseler için bu şartın aranmayacağı açıktır.

Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmeliğin 12. maddesinde kısmi süreli çalışma hakkının işverenin izni olmaksızın uygulanmayacağı bazı haller verilmiştir. *“Kısmi süreli çalışma; özel sağlık kuruluşlarında ilgili mevzuat uyarınca mesul müdür, sorumlu hekim, laboratuvar sorumlusu ve sağlık hizmetinden sayılan işlerde tam zamanlı çalışması öngörülenler tarafından yerine getirilen işlerde, nitelikleri dolayısıyla sürekli çalıştıkları için durmaksızın birbiri ardına postalar hâlinde işçi çalıştırılarak yürütülen sanayiden sayılan işlerde, nitelikleri dolayısıyla bir yıldan az süren mevsimlik, kampanya veya taahhüt işlerinde, iş süresinin haftanın çalışma günlerine bölünmesi suretiyle yürütülmesine nitelikleri bakımından uygun olmayan işlerde, işverenin uygun bulması hâlinde yapılabilir.”*

İzne ayrılan işçinin yerine, geçici iş sözleşmesi ile bir başkasının işe alınması mümkündür. Ancak kısmi süreli çalışan işçi tam zamanlı çalışmaya geri dönmek isterse geçici iş ilişkisi kurulan işçinin iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer. İşe tam zamanlı olarak geri dönmek isteyen işçi bu durumu işverene bir ay önceden haber vermelidir. Tam zamanlı olarak işe dönen işçi aynı çocuk için tekrar kısmi çalışma talebinde bulunamaz²⁷.

²⁶ Ermumcu Değer (n16) 2007.

²⁷ Yılmaz (n 4) 77; Ocak (n10) 205; Centel (n 7) 14; Aslı Çalışkan İş Hukukunda Anlık ve Ebeveyn İzinleri (Onlki Levha Yayınları 2018) 84.

III. EMZİRME İZİNİ

“Kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılır.” (İK m. 74/7). Süt izinlerinin toplanarak kullanılması iznin amacı gereğine aykırıdır. Bu sebeple günlük kullanılması gerekmektedir²⁸.

Çoğul gebelik halinde bu sürenin uzayıp uzamayacağı konusu tartışmalıdır. Sürenin çocuk sayısına orantılı olarak artışı durumunda, günlük çalışma süresinin çok büyük kısmı süt izninde geçirilecek olabilir. Bu sebeple işçi ve işverenin menfaat dengesi göz önünde bulundurulmalıdır²⁹. İşverenin süt izni vermemesi durumunda öngörülmüş bir idari para cezası ise bulunmamaktadır. İşverenin süt izni vermemesi, doğum izinlerinin kullanılmamasında olduğu gibi idari para cezasını gerektirmelidir³⁰. Yargıtay kararlarında³¹ süt izni verilmeyen kadın işçinin süt izninde geçirmesi gereken süre, fazla çalışmış süre kapsamında değerlendirilmiştir.

Doğum veya evlat edinme halinde kullanılabilir yarım çalışma hakkından yararlanan işçiye, bu süre içerisinde süt izni verilmeyecektir³². Bazı işverenler tarafından yarım çalışma haftanın belirli günlerinde tam çalışma belirli günlerde hiç çalışmama şeklinde düzenlenir. Bu şekilde kararlaştırılması halinde işçi, tam çalıştığı günlerde süt iznine ihtiyaç duyacaktır³³. Bu düzenlemeye karşı çıkan görüşe göre yarım çalışma, haftanın belirli günlerde tam belirli günlerinde hiç çalışmama şeklinde düzenlenemez. Bu sebeple tam sürelerle çalışma yapılmaz ve süt iznine ihtiyaç duyulmaz³⁴.

Mevzuatta kısmi çalışma sürecinde süt izninin kullanılıp kullanılmayacağına dair hüküm yoktur. Ancak, kısmi çalışma talebinde bulunan işçinin çocuğu, bir yaşını doldurmamış

²⁸ Resul Kurt, ‘Türk İş Hukukunda Kadın Çalışanların Hakları’ (2018) 28 (146) Mali Çözüm 59, 77

²⁹ Çağlar Çopuroğlu, ‘Süt İzni Üzerine Düşünceler’ 2016 (1)1 Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 97,100.

³⁰ Savaş Taşkent, Dilek Kurt, ‘Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması’ 2014 (1) Çalışma ve Toplum Dergisi 29,41.

³¹ Yargıtay 22. HD, 12878/17527, 13.06.2016, Şerefettin Güler, ‘Kullanılmayan Süt İzninin Fazla Çalışma Olarak Kabulüne Yönelik Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi’ 2017 (8) Karatahta İş Yazıları Dergisi 101-116; Yargıtay 9. HD, 4320/1447, 19.01.2021 < <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2021-1447-k-2021-7358-t-1-4-2021> >, Erişim Tarihi 27 Şubat 2023.

³² Ali Cengiz Köseoğlu, ‘Türk İş Hukukunda Analık’ (2016) 2 (4) İş ve Hayat. 97- 124; Yılmaz, (n 4) 76.

³³ Baskan S.E., ‘4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamında Analık İzni, Doğum Sonrası Ücretsiz İzinler ile Doğum ve Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Hakkı’ (2016)15 (2). Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 89, 122.

³⁴ Ebru Yılmaz Erenler, ‘Türk İş Hukukunda Süt İzni’ (2020) 26 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Dergisi 382,393.

olabilir. Bu durumda süt izni konusu gündeme gelir. Kısmi sürelerle çalışan işçinin, çalışmadığı sürelerde çocuğunu emzirme imkânı olduğundan böyle bir talebi olmayabilir. Kadın işçinin böyle bir ihtiyacı ve talebi olması durumunda ise, ne olacağı tartışmalıdır. Kısmi süreli çalışmalarda ücret, işçinin çalıştığı gün ve saat ile orantılı olarak ödenir. Buradan yola çıkan görüşe göre, kısmi çalışma süresi içinde süt izni, işçinin çalıştığı sürelerle bağlantılı ve orantılı olarak verilmelidir. Haftalık çalışma süresi kırk beş saat olan bir kişi günlük bir buçuk saat süt izni kullanırken, otuz saat kısmi süreli çalışan bir kişi günlük bir saat, yirmi saat çalışma süresi olan işçi kırk dakika süt izni kullanacaktır³⁵.

İşçinin kısmi süreli çalışması, bazı günlerde tam ve bazı günlerde yarım çalışma şeklinde düzenlenebilir. Bu halde işçi, yalnızca tam çalıştığı günlerde süt izni kullanabilmelidir. İşçi yarım çalıştığı günlerde ise izni kullanamaz³⁶. Bu durum işçinin yarım çalışma hakkından faydalandığı dönemde süt izni kullanamayacağı kuralı ile uyumludur. Doğum nedeniyle kısmi çalışma hakkını kullanan kişinin çocuğun babası olması durumunda annenin süt izin hakkı devam edecektir³⁷.

Baba için süt izni verilmesi ise şu an için mümkün değildir. Ancak verilmesi gerektiği de savunulmaktadır³⁸. Bunun sebebi yalnızca erkeğin izin hakkı kazanmasını sağlamak demek değildir. Kaynağında temel bir kadın erkek eşitliği konusu vardır. Kadın ve erkek çocuğun bakımının üstlenilmesinde eşit rollere sahip olmaya başlamıştır ve süt verme günümüz şartlarında yalnızca kadının fiziki varlığıyla mümkün olmamaktadır. Bu sebeple bizim de katıldığımız görüşe göre bu iznin ebeveynlerden biri tarafından kullanılabilmesi uygun olacaktır³⁹.

Ayrıca Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik⁴⁰ hükümlerince *“işyerlerinde oda ve yurt açma yükümlülüğü 100-150 kadın çalışanın bulunduğu işyerlerinde emziren çalışanların çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından emzirme odasının kurulması ile 150’den çok kadının*

³⁵ Tülay Ulusoy, ‘Bir Sosyal Koruma Olarak İş Kanunu’nda Gebe ve Yeni Doğum Yapan Kadın Çalışanlara Yönelik İzinler ve Kısmi Süreli Çalışma Hakkı Üzerine Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi’(2017) 2 Çalışma ve Toplum,741, 758.

³⁶ Köseoğlu (n 31) 121.

³⁷ ibid 121.

³⁸ Kadriye Bakırcı, ‘Hangi Çalışma Hukuku? Aile Dostu Mu, Kadın Dostu Mu?’, in Nihal Boztekin (eds), Başka Bir Aile Anlayışı Mümkün Mü? (Görsel Dizayn Ofset 2014) MHB 60,72; Ahu Sumbaş, ‘Toplumsal Cinsiyet eşitlik politikası Olarak Ebeveyn İzni’ (2018) 8 (2) 167, 185.

³⁹ Çopuroğlu (n 29) 103.

⁴⁰ Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik RG 16.08.2013/ 28737

çalıştığı işyerlerinde 0-6 yaş arası çocukların bırakılması ve bakımı ile emziren çalışanların çocuklarını emzirmeleri için şartları Yönetmelik'te belirtilen yurtların işverence kurulması zorunludur” (GEKÇŞ. Yön. m.13/1). Bu sayının belirlenmesinde kadın işçilerin medeni durumu, yaşı gibi faktörler etkili değildir (GEKÇŞ. Yön m.13/2).

SONUÇ

Türk iş hukukunda ebeveyn olmaya, doğum yapmaya ilişkin bazı özel haklar ve izinler düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler ile aile yapısının korunması ve çocuğun gelişiminin takip edilmesi amaçlanmıştır. Yalnızca annenin değil, bazı durumlarda babanın da izin talep edebilmesi mümkündür. Bu haller kendiliğinden var olabildiği gibi annenin ölümü ile de babaya geçebilir. Bazı izin hallerinde aile yaşamını destekleyici ödenekler bulunmaktadır.

Doğum halinde kullanılacak izinlerin belirli bir sırası vardır. Örneğin analık izni bitiminden sonra ücretsiz izinler kullanılacaktır. Kısmi süreli çalışma düzenine geçilmesi için ise, yarım çalışma süresinin bitimi beklenebilir veya yarıda kesilebilir. İşçi, kısmi süreli çalışmayı işverene yapacağı bildirim ile sona erdirebilir.

Süt izni ise ancak kadın işçiye sağlanabilmektedir. Süt izninin yarım çalışma döneminde verilemeyeceği madde hükmü ile belirtilmiştir. Süt izninin kısmi süreli iş sözleşmesi boyunca verilmesinde ise farklı görüşler bulunmakla birlikte işçinin çalışma süresi ile orantılı bir uygulama yapılması gerektiğini savunan görüşe katılmaktayız. Doğum ve evlat edinmeye bağlı tüm bu izinler, kadın işçilerin gebelik ve emzirme sürecine katkı sağlamaktadır. Bununla birlikte çocuğun ebeveynlerden en az biri tarafından yetiştirilmesini destekleme amacı gütmektedir. Tüm bu izin ve uygulamaların etkinliği ise işverenin de bu sürece katılımı ile mümkün olacaktır.

KAYNAKÇA

- Aydın U, Demirkaya S, ‘Çalışma Yaşamında Aile Dostu İş Hukuku Uygulamaları’ (2017) 3 (6) İş ve Hayat Dergisi 72-104.
- Bakırcı K, ‘Hangi Çalışma Hukuku: Aile Dostu Mu, Kadın Dostu Mu?’, in Nihal Boztekin (eds), Başka Bir Aile Anlayışı Mümkün Mü? (Görsel Dizayn Ofset 2014) 60-79.
- Baskan, Ş.E, ‘4857 Sayılı İş Kanunu Kapsamında Analık İzni, Doğum Sonrası Ücretsiz İzinler ile Doğum ve Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Hakkı’ (2016)15 (2) Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 89-131.
- Canbolat Talat, Özkan Sema Deniz, ‘Doğum Borçlanması Yapılabilecek Süreler’ (2017) 3 (6) İş ve Hayat 105-136.
- Centel T, ‘6663 Sayılı Yasa’yla İş Kanunu’na Getirilen Değişiklikler Analık Halinin Yeniden Düzenlenmesi’ (2016) (35) Sicil İş Hukuku Dergisi 9-16.
- Çalışkan A, İş Hukukunda Anlık ve Ebeveyn İzinleri (Oniki Levha Yayınları 2018)
- Çelik N, Canikoğlu N ve Canbolat T, İş Hukuku Dersleri (B 31, Beta Yayınevi 2018).
- Çopuroğlu Ç, ‘Süt İzni Üzerine Düşünceler’ 2016 (1)1 Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 97-105.
- Değer Ermuncu S, ‘Doğum ve Evlat Edinme Sonrası Kısmi Çalışma ve Yarım Çalışma Hakkı Ödeneği’ (2017) 19 (Prof. Dr. Şeref ERTAŞ ’a Armağan Özel Sayı) DEÜHD 1997-2027.
- Duman B, ‘4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Doğum ve Evlat Edinmeye Bağlı Yarım Çalışma İzni’ (2019) 10(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 187-201.
- Ekonomi M, ‘Kadın İşçilerin Gebelik ve Doğum Halinde Feshe Karşı Korunması’, 2009 (3) Çalışma ve Toplum 11-34.
- Erenler Yılmaz E, ‘Türk İş Hukukunda Süt İzni’ (2020) 26 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Dergisi 382- 399.

Güler Ş, ‘Kullandırılmayan Süt İzninin Fazla Çalışma Olarak Kabulüne Yönelik Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi’2017 (8), Karatahta İş Yazıları Dergisi 101-116.

Güven E, Aydın U, Bireysel İş Hukuku (5 B, Nisan Yayınevi 2017).

Korkmaz F, Alp N.S, Bireysel İş Hukuku (3 B, Seçkin Yayınevi 2016)

Köseoğlu A.C, ‘Türk İş Hukukunda Analık’ (2016) 2 (4) İş ve Hayat Dergisi 97- 124.

Kurt R, ‘Türk İş Hukukunda Kadın Çalışanların Hakları’ (2018) 28 (146) Mali Çözüm Dergisi 59-90.

Manav Özdemir E, Erdoğan C, ‘Türk İş Hukukunda Kadın Çalışanların Analığının Korunması’, 2021 (45) 106-127.

Narmanlıoğlu Ü, İş Hukuku Toplu İş İlişkileri (2 B, Beta Yayınevi 2013)

Ocak S, ‘Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Ücretsiz İzin ve Yarım Çalışma Ödeneği Uygulaması’ 2017(3)5 İş ve Hayat Dergisi 174-227.

Özdemir O, ‘Uluslararası Hukuk Işığında Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Hamile ve Anne İşçilere Yönelik Koruyucu Düzenlemeler, (Tez Merkezi) <http://acikerisim.akdeniz.edu.tr/bitstream/handle/123456789/2641/T03793.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, Erişim Tarihi 19 Aralık 2022.

Özgür O, ‘Türk İş Hukukunda Koruyucu Düzenlemeler’, 2018(134) TBB Dergisi 567-586.

Sumbaş A, ‘Toplumsal Cinsiyet eşitlik politikası Olarak Ebeveyn İzni’ (2018) 8 (2) 2018 167–194.

Sümer H. H, İş Hukuku (25 B, Seçkin Yayınevi 2020)

Süzek S, ‘İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz izinler’ (2007) 9 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 115-133.

Taşdemir Y, ‘Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş Hakkına Genel Bir Bakış’ (2018) 5 (11), Avrupa Sosyal ev Ekonomi Araştırmaları Dergisi 204-211.

- Taşdemir Y, Ebeveyn İzni ve Yarım Çalışma Ödeneği, (On İki Levha Yayınevi 2019)
- Taşkent S, Kurt D, 'Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması' 2014 (1), Çalışma ve Toplum Dergisi 29-49.
- Uğur S, Yiğit Y, 'İş Hukuku Açısından Doğum Nedeniyle Ebeveynin Kısmi Süreli Çalışma Hakkı', (2017) 6 (1) 71.-100 Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi E-Dergi < <https://dergipark.org.tr/tr/pub/trakyaibf/issue/30831/315591> > Erişim Tarihi 12 Aralık 2022.
- Ulusoy T, 'Bir Sosyal Koruma Olarak İş Kanunu'nda Gebe ve Yeni Doğum Yapan Kadın Çalışanlara Yönelik İzinler ve Kısmi Süreli Çalışma Hakkı Üzerine Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi' (2017) 2 (53), Çalışma ve Toplum Dergisi 741-766.
- Yılmaz S, 'Güvenlik Hukuku Düzenlemeleri' (2018) 2 (2) Sosyal Çalışma Dergisi 63-80.
- Yiğit Y, Topkaya S, 'Türk İş Hukukunda Gebe ve Emziren Anne İşçilerin Korunmasına İlişkin Düzenlemeler' 2017 (6) 14, Emek ve Toplum Dergisi 47-67.



ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

Michel Foucault ve Cezaevlerinde Tek Tip Kıyafet Üzerine

Tolgahan SEVEN* - Av. Ebru ÖZKAN**

Öz

Foucault, iktidarı çeşitli sınıflandıra ayırarak incelemiştir. Çalışmamızda Foucault'a göre iktidar çeşitleri ele alınmış, bunlar açıklandıktan sonra Foucault'un özne iktidar ilişkisi hakkında düşüncelerine yer verilmiştir. Foucault, iktidarın yalnızca yönetimler aracılığıyla karşımıza çıkmadığını, yaşamın her alanında ve her anında olduğunu özellikle vurgulamıştır. Cezaevleri de yaşamın bir parçası ve her bireyin içerisinde bulunma ihtimali olan kurumlardır. Cezaevlerinde tek tip kıyafet uygulaması dünyada ve Türkiye'de tartışma konusu olmayı devam etmektedir. Foucault'un da iktidar anlayışı çerçevesinde şekillendirdiği bir cezaevi modeli (panoptikon) bulunmaktadır. İslah düşüncesi Foucault bakış açısının temelini oluşturmaktadır. Cezaevlerinde tek tip kıyafet uygulaması, ıslahın sağlanması aracı olarak önemli bir konumdadır. Tek tip kıyafet uygulaması hakkındaki tartışmalar, Foucault'un iktidar anlayışı ve panoptikonu bağlamında ele alınmıştır. Bu kapsamda, dünyada ve Türkiye de tek tip kıyafet uygulamaları örnekleri incelenmiştir. Örneklerin yaşama etkisi ve düzen sağlama çabası içerisinde gelişmeleri ele alınmıştır. Tek tip kıyafet uygulamasının Türkiye'de uygulanma gerekliliği tartışmasının, Foucault bakış açısıyla çözümlenmesi amaçlanmıştır ve çalışmamızın son bölümünde tek tip kıyafet uygulamasının Türkiye'de uygulanması hakkında düşüncelere yer verilmiştir. Aksi görüşte olsak da bu uygulamanın iktidar ve ıslah bakımından faydalı olma ihtimali vardır ancak hukuk ve insan hakları bakımından sakıncalı bir uygulamadır.

Anahtar Kelimeler

İktidar, Foucault'un iktidar anlayışı, Cezaevi, Tek tip kıyafet, İslah.

*Afyon Kocatepe Üniversitesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Tezli Yüksek Lisans Programı Öğrencisi
tolgahanseven@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-7954-725X.

** Eskişehir Barosu, avozkanebru@gmail.com, ORCID: 0000-0002-4490-0786.

Gönderim Tarihi: 15.01.2023. Kabul Tarihi: 27.02.2023. **Hakem denetiminden geçmiştir.**



On Michel Foucault and Standardized Attire in Prison

Abstract

Foucault engaged in a thorough examination of competence through various classifications. In this study has been examined the various forms of competence as understood by Foucault and subsequently delved into his thoughts on the relationship between the hypostasis and competence. Foucault emphasized that competence is not only manifest through governance but is present in every aspect and moment of life. Prisons are a part of life also prisons are institutions that every person has possibility to be in. In turkey and all world, there is debate about the standardized attire. Foucault has an opinion about prison modal while in competence. The idea of amendment of culprit is the basis of Foucault's point of view. Standardized attire in prisons has an important place as a means of amendment of culprit. Discussions about the standardized attire practice are discussed by evaluating Foucault's understanding of competence and panopticon. Examples of standardized attire practices in the world and in Turkey were examined. The effects of the examples on life and the developments in the effort to provide order were examined. It is aimed to analyze the debate on the necessity of applying the standardized attire practice in Turkey from Foucault's line of reasoning and in the last part of this essay has opinion about the practice of uniform clothing in Turkey. This practice has a chance of success for competence and amendment of culprit. As late as it is a objectionable practice in standpoint of law and human rights.

Keywords

Competence, Foucault's understanding of competence, prison, uniform standardized attire, amendment.

GİRİŞ

Foucault'un iktidar kavramı üzerine olan düşünme biçimi geçmişten günümüze merak konusu olmuştur. Klasik iktidar, disiplin temelli iktidar ve biyo-iktidar gibi çeşitli iktidarlardan söz etmesi, Foucault'un genel geçer iktidar anlayışına sahip olmadığını göstermektedir. İktidarlar yönetim güçleri ile bireyleri kısıtlayıp düzen kurduklarını iddia ederler. Düzene karşı gelen bireyleri kapalı kapılar ardında disipline etmeye çalışırlar. Aynı zamanda Foucault'un kavramsallaştırdığı biyo-iktidar ile düşüncelerini bireylere empoze ederler ve makul vatandaşlarını yaratmak için politikalar üretirler.

İktidarların disipline etme merkezleri olarak gördüğü cezaevleri ilk olarak 16. yüzyılda Amsterdam'da ortaya çıkmıştır¹. Herhangi bir sebepten cezaevinde yaşamını sürdüren bireylerin cezalandırılmak için mi, disipline edilmek için mi yoksa ıslah edilip topluma kazandırılmak için mi bu kurumlarda olduğu, adalet anlayışlarına göre değişiklik göstermektedir. Foucault'a göre ikinci seçenek olan disipline etme kavramı tam olarak cezaevlerinin kullanım amacını karşılamaktadır.

Nerdeyse cezaevlerinin ortaya çıktığı 16. yüzyıldan beri cezaevlerinde tek tip kıyafet uygulamaları da tartışmaya açık bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Cezaevlerinde bulunan bireylerin tek tipe yani makul olan vatandaşlara dönüşmeleri ya da bir nevi cezalandırılmaları amacıyla tek tip kıyafet uygulamaları görülmektedir. Ancak bu uygulama geçmişte ve günümüzde bazı sorunlara yol açmaktadır.

Cezaevlerinde tek tip kıyafet uygulamasının Michel Foucault'un iktidara yaklaşımı çerçevesinde değerlendirildiği çalışmamızda, öncelikle Foucault'a göre tarihsel olarak iktidar çeşitleri, akabinde Foucault'un iktidar anlayışı ele alınmıştır. Foucault'un iktidar anlayışı bağlamında cezaevlerinde disipline ilişkin görüşleri açıklanmıştır. Çalışmanın bu kısmında özellikle Foucault'un "Hapishanenin Doğuşu" ve "Toplumunu Savunmak Gerekir" eserlerinden faydalanılmıştır.

Cezaevlerinde tek tip kıyafet uygulaması ile ilgili olarak öncelikle uygulamanın dünyadaki örneklerine değinilmiş, ardından Foucault'un iktidar ve hapishanelerde disiplin anlayışı bakımından değerlendirilmiştir.

¹ Mehmet Emin Artuk ve Mehmet Emin Alşahin, Hapis Cezalarının ve Cezaevlerinin Tarihi Gelişimi (2015) 21 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 145, 146.

Son bölümde cezaevlerinde tek tip kıyafet uygulaması Türkiye özelinde değerlendirilmiş ve uygulamanın Türkiye’de olup olmaması gerekliliği ile ilgili değerlendirme yapılarak çalışma sonlandırılmıştır. Bu bölümde özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ilgili kararlarından yararlanılmıştır.

I. FOUCAULT VE İKTİDAR

A. Foucault’a Göre İktidar Çeşitleri

Foucault’a göre, iktidar kaynağını bireyler arasındaki bir tür ilişkiden alır². Foucault iktidarın serüvenini klasik egemen iktidar, disiplin iktidarı ve biyo-iktidar olmak üzere üç farklı şekilde ele almıştır.

Klasik egemen iktidar, yasaklayan ve sınırlayan bir iktidardır. Bu yasaklara ve sınırlara uyulmadığı takdirde, uymayan kişiler cezalandırılır. Devletin gücünün kaynağı, uyguladığı yaptırımlardır. Ancak bu yaptırımlar keyfî yaptırımlar değildir. Devlet itaatkarlığı kanunlarla sağlar. Devletin yasaklarının, sınırlarının ve uyguladığı yaptırımların nedeni egemenliğini sağlamaktır³.

Disiplin iktidarı kavramı ise “Hapishanenin Doğuşu” adlı eserinde karşımıza çıkmaktadır. 17. yüzyıl ve devamında ortaya çıkan bu iktidar hiyerarşik gözetim⁴, denetleme⁵, mekânsal olarak ayırıştırma, itaatkâr bedenler⁶ çerçevesinde şekillenmiştir. Disiplin iktidarı kavramı ilk dönem çalışmalarında incelenmiş, kurumların (hapishane, tımarhane, hastane) bireyler üzerinde uyguladığı teknikler ile disipline etme sürecinin nasıl olduğunu açıklamıştır. Disiplin iktidarı, klasik egemen iktidarın aksine toprak ve onun ürünleri ile değil, beden ve bedeninin ürünleri ile ilgilenmektedir. Burada kastedilen mal ve zenginlik değildir. Bu iktidar bedenlerden emek ve zaman elde etmeyi amaçlamaktadır. Neredeyse tüm kurumlarda ve hayatın her alanında bireyler iktidar aracılığıyla disipline edildiğinden, bu iktidarda birey basit ve rutin işler yapmaktadır⁷.

² Michel Foucault, *Özne ve İktidar* (çev. Işık Ergüden ve Osman Akınhay), (4.B, Ayrıntı Yayınları 2014), 55.

³ Çiğdem Demirbilek, *Hapishanelerde Tek Tip Elbise Uygulaması* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi 2018) 38.

⁴ Michel Foucault, *Hapishanenin Doğuşu*, (çev. Mehmet Ali Kılıçbay) (6. B., İmge Kitabevi Yayınları 1992) 214.

⁵ Foucault, *Hapishanenin Doğuşu* (n 4) 185.

⁶ ibid 167.

⁷ Hakan Karakehya ve Hande Özger, *Modern Toplumda Hapishanenin Yaygın ve Yerleşik Konuma Gelişi* (1. B., Nobel Akademik Yayıncılık 2021) 40.

Foucault'un geç dönem iktidar analizlerinde önemli bir yer edinen⁸ biyo-iktidar ve biyopolitikada ise insan biyolojik olarak siyasallaşmıştır⁹. İnsan bedeni yönetimselliğin öznesi halindedir. Nüfus artışı, doğum ve ölüm oranı, bireylerin sağlık seviyesi, hastalık oranı, ortalama yaşam süresi gibi hususlar istatistiksel olarak denetlenir¹⁰. Devlet bir nevi insan yaşamını çevrelemektedir. Teknoloji ise bunu kolaylaştırmaktadır. İktidar, teknoloji ile gözetleme-denetleme imkanını ve dolayısıyla disiplin iktidarını sağlama olanağını artırmıştır¹¹.

B. Foucault'un İktidar Anlayışı

Foucault'un iktidar sınıflandırmalarından da anlaşılacağı üzere, Foucault öncelikli olarak iktidarın ne olduğu ve kaynağı ile değil, nasıl olduğu ile ilgilenmiştir. İktidar tanımı ve kaynağı onun için ikincil sorunlardır¹². Foucault'un iktidar tanımlaması çeşitli unsurlar üzerinden şekillenmiştir. İktidarı organize, hiyerarşik ve koordine ilişkiler kümesi olarak tanımladığı söylenebilmekle birlikte; Foucault'un ifadeleriyle *"İktidar bir ilişki, bir eylem biçimidir. Ama bu, doğrudan doğruya başkaları üzerinde değil, başkalarının şimdiki ya da gelecekteki eylemleri üzerindeki bir eylemdir."*¹³. İktidar tanımının unsurları ise yine bu ifadeden çıkmaktadır: ilişkili olma, eylem üzerinde bir eylem olma ve eylemleri yönlendirme. İktidarı ilişkiler kümesi, eylemler üzerinde bir eylem olarak tanımlanması Foucault'un hakikatten iktidarın ne olduğuyla ilgilenmediğini ortaya koymaktadır. Bu tanımlar, iktidarın nerede olduğuna ve nasıl olduğuna ilişkindir.

Foucault'a göre, iktidar her yerdedir¹⁴; bir normalizasyon süreci yaratır ve bunu işletir. Bu normalizasyon sürecinin dışında kalanları da disipline etme yoluna başvurur ya da dışlama yolunu izleyerek dışarıda kalanlara yaptırım uygular¹⁵. Bununla birlikte, belirtildiği üzere biyo-iktidarda insanın biyolojik varlığı çevrelenmiştir. Foucault iktidarın bu şekilde doğrudan insan yaşamını hedef / temel almasını modern bir olgu olarak değerlendirmiştir. Sanayileşme ile birlikte liberal kapitalist bir sistem ortaya çıkmıştır ve bu sistem bedenler üzerinden yeni formlar uygulanmasını zorunlu kılmıştır. Bunun için de tehlike arz ettiği

⁸ Murat Arpacı, 'Foucault, Biyopolitika ve Biyotarih: Tarihsel Çalışma Alanları Olarak Tıp, Beden ve Nüfus' (2016) (3) ViraVerita E- Dergi 80, 82.

⁹ Arpacı (n 8) 89.

¹⁰ Michel Foucault, Cinselliğin Tarihi (Çev. Hülya Uğur Tanrıöver) (3.B., Ayrıntı Yayınları 2010) 102, 103; Engin Topuzkanamış 'Foucault'un Düşüncesinde Hukuk ve İktidar' (2019) 21 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1833, 1845.

¹¹ Altuğ Koç, 'Michel Foucault'nun "Biyopolitika" Kavramının Teorik Çerçevesi' (2018) 2 (2) Uluslararası Kriz ve Siyaset Araştırmaları Dergisi 193, 205.

¹² Michel Foucault, Toplumun Savunmak Gerekir (çev. Şehsuvar Aktas) (2. B., Yapı Kredi Yayınları 2003) 37.

¹³ Umut Koloş, Foucault, İktidar ve Hukuk (2.B., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2016), 109.

¹⁴ Hülya Özçağlar Eroğlu, 'Foucault'un İktidarı' (2016) 49 (2) Amme İdaresi Dergisi 39, 50.

¹⁵ Nadir Ateşoğlu, 'Michel Foucault'da İktidar ve Özgürlük Kavramlarının Orhan Tekelioğlu, Cem Devenci ve Tina Besley'in Çalışmaları Bağlamında Değerlendirilmesi' (2019) 5 (2) Maltepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi 220, 235.

düşünülen ya da işlevsiz olarak değerlendirilen bedenler mutlaka ıslah edilmelidir. Bu doğrultuda, bu bireylerin bulunduğu “bütünleştirici” kurumlar olan ıslahevleri, hapisane, hastane gibi yerler, ıslah girişimlerinin yoğun olduğu yerler olmuştur. Islah için buralarda, ortaya çıkan teknolojileri de kullanmak suretiyle disiplin mekanizmaları devreye sokulmalıdır¹⁶.

II. FOUCAULT’UN İKTİDAR YAKLAŞIMI ÇERÇEVESİNDE CEZAEVLERİ VE CEZAEVLERİNDEKİ TEK TİP KIYAFET UYGULAMASI

A. Foucault’da Cezaevlerinde Disiplin Ve İktidar

Foucault’un cezaevlerinde ıslah için disiplin mekanizmaları devreye sokulması gerektiği yönündeki görüşlerine değinilmiştir. Bu noktada Foucault’un disiplin kavramını nasıl ele aldığı önem arz etmektedir. Foucault, disiplini şu şekilde açıklamaktadır: *“Bedene işlemlerinin özenli denetimine izin veren, onun güçlerinin sürekli olarak tabi kılınmasını sağlayan ve onlara bir yarar oranını dayatan yöntemdir.”*¹⁷.

Eski zamanlarda hükümrânın malı / nesnesi olarak görülen beden, Foucault’a göre artık ortak ve ekonomik anlamda faydalı bir sahiplenmenin; bir başka deyişle iktidarın nesnesidir. Bireyin bedeninin iktidarın nesnesi olarak tezahür ettiği en önemli yer hapisanelerdir. Hapisanelerde hem bireylerin tüm ilişkileri iktidar tarafından denetlenmekte ve düzenlenmekte hem de cezai çalıştırma uygulanarak neticede ekonomik yarar sağlanmaktadır. Ayrıca hapisanelerde -ve benzer ıslah kurumlarında- kişilerin ıslahı yöntemine başvurulması ile disiplin teknikleri bireysel olmaktan çıkarak toplumsallaşmıştır. Foucault’a göre disiplin tekniklerinin toplumsallaşması ve disiplin toplumunun doğuşu panoptikon zihniyetin toplumsallaşması ile ilişkilidir¹⁸.

Samuel ve Jeremy Bentham’ın bir mimari projesi olan panoptikonda yer alan temel düşünce geniş kitlelerin otorite odaklı olarak kontrol altına alınmasıdır. Kontrol altına almak bakımından öne çıkan husus “gözetleme”dir¹⁹. Projede dairesel bir biçimde bir bina ile dairesel binanın merkezinde bir başka bina vardır. Dairesel bina hücrelerden oluşmaktadır, binanın dairesel olmasının sebebi mahkumları iletişimsel olarak tecrit etmektir. Merkezde yer alan bina ise mahkumları denetleyenlere aittir. Dairesel binada yer alan her hücrede dış pencere hariç

¹⁶ Murat Özdemir, ‘Foucault Sosyolojisinde İktidarın Serüveni: Pastoral İktidar, Disiplinci İktidar, Biyo-İktidar’ 2021 4 (1) Türkiye Siyaset Bilimi Dergisi 109, 117.

¹⁷ Foucault, Hapishanenin Doğuşu (n 4) 210.

¹⁸ Koloş (n 13) 205, 206.

¹⁹ Gizem Özdel, ‘Foucault Bağlamında İktidarın Görünmezliği ve ‘Panoptikon’ ile ‘İktidarın Gözü’ Göstergeleri’ (2012) 2 (1) The Turkish Online Journal of Design, Art and Communication 22, 23.

gözetleyenlerin mahkumları görebileceği bir iç pencere bulunmaktadır ancak mahkumlar gözetleyenleri görememektedir. Böylece merkezdeki binada bir gözetleyen olmasa bile mahkumlar gözetlendiğini düşünecek, kendilerini otoritenin istediği şekilde davranmaya zorlayacaktır. Gözetleyicinin görünmez kılınan bir iktidar olduğu bu sistemde iktidarın sürekliliği de sağlanacaktır²⁰.

Foucault'un panoptikonu ise bir metafordur. Bu metaforla anlatmak istediği şey, artık iktidar halk odaklı değildir; halk iktidar odaklıdır. İktidar eskiden olduğu gibi yüzünü gördüğümüz bir kral değildir. İktidar görmediğimiz ama bizlere gözlemlendiğimizi empoze eden ve böylece biz bireylere kendimizi, davranışlarımızı kontrol ettiren bir otoritedir. Foucault buna "gözün iktidarı" demektedir²¹. Foucault'un panoptikonu hem beden üzerinde hem de zihin üzerinde bir disiplin mekanizmasıdır. Beden üzerindeki disiplin yöntemi mekanlara yerleştirme, dağıtma iken zihin üzerindeki disiplin yöntemi bireye baskı ve gözetlenme korkusu hissettirmesidir. Toplumsal yapı içinde yayılma eğilimine sahip olan panoptikon disiplin toplumunun oluşumunu sağlamıştır²².

Diğer yandan, Kliniğin Doğuşu ve Gözetleme ve Cezalandırma eserlerinde anlatıldığı üzere, hapishane gibi kurumlarda bireyler suçlu/suçsuz, ıslah edilmiş/ıslah edilemeyen şeklinde ayrımlar yapılarak kimliği önceden tayin edilmiş bireylere dönüştürülmüştür²³. Nitekim Foucault'a göre hapishanelerin işlevi ıslah etmekten ziyade, suçluların takip edilmesi amacıyla kaydedilmesidir²⁴.

B. Foucault'un İktidar Anlayışında Cezaevlerinde Tek Tip Kıyafet Uygulaması

Foucault'un cezaevlerindeki disiplin ve iktidara yönelik görüşlerinde, panoptikonunda ortaya çıkan temel kavramlar tecrit, gözetleme, bireyi iktidarın istediği şekilde şekillendirmedir. Bunun için panoptikonunda mahkumların bedeni diğer mahkumlardan ve bireylerden izole edilmiş, mahkumlara merkez binadan gözetlendikleri baskısı hissettirilmiştir. Hapishaneler, bu tür yöntemlerle iktidarın normalinin dışında kalanlara korku salma ve onları disipline etme aracı olarak görülmüştür. Bireylerin kimliği "suçlu" olarak önceden tayin edilmiş, kendi kimliğini edinmesi mümkün olmamış, bireyler kimliksizleştirilmiştir. Bu

²⁰ Asude Canalp, Michel Foucault'nun Panoptikon Kuramı Bağlamında Sanat ve İktidar (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Işık Üniversitesi 2018), 24.

²¹ Özdel (n 19) 25.

²² Foucault, Hapishanenin Doğuşu (n 4) 305, 307.

²³ Nilüfer Zengin, 'Foucault'ya Bir Bakış: Öznenin Cinselliğinden Kendiliğin Haz Ahlakına' (2012) (70-71 Michel Foucault Özel Sayı) Cotigo 333, 333.

²⁴ Karakehya ve Özger (n 7) 157.

çerçevede tek tip kıyafet uygulamasını tecrit, kimliksizleştirerek normalleştirme kavramlarından bağımsız düşünmek mümkün değildir.

Foucault, “Disiplin ve Ceza” eserinde bedenın izole edildiği, izlendiği ve *giydirildiği* ve mahkûmun ruhunun şekillendirilmesinin hedeflendiği hapishanelerin her türlü kanunsuzlukla baş etmenin aracı haline geldiğini ifade etmiştir²⁵. Kimliksizleşen mahpuslar, tek tip kıyafet uygulaması ile de birbirinden farkı olmayan, tek tip kişilere dönüşmektedir.

Uygulamada tek tip kıyafetlerde numaralandırmalar olabildiği gözlemlenmektedir. Bu durum yukarıda açıklanan Foucault’un biyo-iktidarı ile bağlantılı olarak değerlendirilebilir. Biyo-iktidarda bireyler sağlık seviyesi, hastalık oranı gibi konular bakımından denetlenmekteydi. Numaralandırılmış tek tip kıyafet uygulaması ile bunların denetlenmesinin, istatiğinin tutulmasının daha kolay olduğu söylenebilir. Ayrıca temel amacın mahpusları disipline etmek, itaatkâr bireylere dönüştürmek olduğu gözetildiğinde, bu uygulama mahpusların itaatkarlık ve disipline olma seviyesini ölçmek bakımından da faydalı bir araç olarak değerlendirilebilir.

III. TEK TİP KIYAFETİN DÜNYADAKİ UYGULAMALARI VE TÜRKİYE’DE UYGULAMA GİRİŞİMLERİ

A. Dünyadaki Uygulama

Amerika Birleşik Devletleri, Almanya, Kanada, Çekya, Birleşik Krallık ve Çin cezaevlerinde tek tip kıyafet uygulamasının dünya üzerinde uygulandığı ülkelerdir. Ülkelerin tek tip kıyafet uygulamalarının temellendirmelerinde farklılıkla bulunmaktadır.

Cezaevlerinde tek tip kıyafetin uygulandığı ilk ülkelerden biri Amerika Birleşik Devletleri’dir. 1700’lü yılların sonunda Newgate Hapishanesinde hükümlü üniforması dağıtılmaya başlanmıştır. Buradaki temel amaç hükümlülerin ıslahı ya da kaçmalarını önlemek değildi; hükümlülerin bir de küçük düşürülerek cezalandırılmasıdır. Zira bu üniformalar, palyaço kıyafetine benzemektedir. Bu şekilde başlayan üniforma uygulaması 19. yüzyılda daha fazla gözetlenmeye başlanan hapishanelerin kültürlerinin yerleşik bir parçası haline gelmiştir²⁶. Günümüzde halen bu uygulama devam etmektedir ancak Amerika Birleşik Devletleri’nde tek tip kıyafet uygulaması bakımından eyaletler arasında bir birlik bulunmamaktadır, eyaletlerin

²⁵ Hazal Hürman, ‘Tarihte Tek Tip Kıyafet Uygulamaları: “Kimliksizlikten” Özgürlüğe’ (Bianet, 2017), <<https://m.bianet.org/biamag/toplum/192869-tarihte-tek-tip-kiyafet-uygulamaları-kimliksizlikten-ozgurluge>>, Erişim Tarihi 22.11.2022.

²⁶ Juliet Ash, Dress Behind Bars: Prison Clothing as Criminality (I.B. Tauris 2010) 25.

uygulamaları farklılık göstermektedir. Ayrıca mahkûmun suçluluk derecesi ve tehlike arz etme durumu da kıyafetin yapısının belirlenmesinde önem arz etmektedir.

Birleşik Krallık'ta da cezaevlerinde tek tip kıyafet uygulaması bulunmaktadır. Mahkûmlar cezaevinde verilen kıyafetleri giymek zorundadır ancak bu kıyafetler gülünç, aşağılayıcı kıyafetler değildir. Yalnızca kıyafet değil, iç çamaşırları ve çoraplar da cezaevi tarafından verilmektedir. İskoçya'da mahkûmlar vali izin verdiği takdirde, cezaevini verdiği kıyafet yerine kendi kıyafetlerini giyebilmektedir. İngiltere ve Galler'de ise hükümlü olmayan mahkûmlar kendi kıyafetlerini makul olduğu ölçüde giyebilmektedir. Ayrıca Birleşik Krallık'ta mahkûmlar mahkemeye giderken cezaevinin verdiği kıyafetlerle gitmek durumunda değildir, cezaevi personeli bu konuda gereken özeni gösterir²⁷.

Alman Hapishane İnfaz Kanununa bakıldığında 20. maddede giyimin düzenlendiği görülmektedir. Buna göre mahkûmlar cezaevi kıyafeti giyerler ancak kurum müdürü mahkûmların kendi kıyafetlerini giymesine izin verebilir²⁸. Nitekim Almanya'da cezaevlerinin amacı, mahkûmların cezaevinden çıktıktan sonra daha faydalı, üretken bir yaşam sürmesidir. Salt cezalandırma amacı güdülmemektedir. Mahkûmlara serbest kaldıktan sonra toplumda ihtiyaç duyacağı temel beceriler kazandırılmaya çalışılır. Bu nedenle de asıl olan cezaevi kıyafeti olsa da mahkûmların makul olduğu ölçüde kendi kıyafetlerini giymelerine de izin verilmektedir²⁹.

B. Türkiye'de Uygulama Girişimleri

Türkiye'de tek tip kıyafet uygulamalarının ilk sinyalleri 1980 tarihinde dönemin Adalet Bakanı Ömer Ucuşal tarafından verilmiştir. Bakan cezaevlerinde disiplini sağlamanın etkili bir yolu olarak tek tip kıyafet uygulamasının yararlarından söz etmiştir³⁰.

Türkiye'de tek tip kıyafet uygulamaları 12 Eylül 1980 darbesinden sonraki süreçte karşımıza çıkmaktadır. Bu süreçte cezaevlerindeki kontrol mekanizmaları ve disiplin artırılır³¹. Sert ve katı yargulamaların yapıldığı, binlerce insanın zulüm gördüğü bu dönemde sıkı yönetim uygulamalarından biri de mahkûmlara tek tip kıyafet zorunluluğu getirilmesidir.

²⁷ Arianna Silvestri, Prison conditions in the United Kingdom, (1. B., *Antigone Edizioni* 2013) 26, 27.

²⁸ Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung (Strafvollzugsgesetz - StVollzG), Yayın Tarihi: 16.03.1976, <https://www.gesetze-im-internet.de/stvollzg/BJNR005810976.html>

²⁹ Ram Subramanian ve Alison Shames, 'Sentencing and Prison Practices in Germany and the Netherlands: Implications for the United States' (2013) Vera Institute of Justice 1, 11-12.

³⁰ Demirbilek (n 3) 29.

³¹ Mehtap Özsoy, 'Foucaultcu Bir İktidar Analizi: Türkiye'de Hapishanelerde İletişimsel Süreçler' (2018) (28) Galatasaray Üniversitesi İletişim Dergisi 257, 272.

14 Ağustos 1983 tarihinde çıkarılan 13/1 Hapishane Yönetimleri Genelgesi ve Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkif evlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzük ile askeri ceza ve tutukevindeki mahkumlara uygulanacak uygulamalarda tek tip kıyafetin önü açılmıştır. Genelge ile askeri ceza ve tutukevinde cezasını çekmekte olan mahkumlar er statüsüne alınmıştır. Mahkumlar üç numara saç ve tek tip kıyafet giymek zorunda bırakılmıştır³². Bu kurallara uymayanlar hücre ve işkence cezaları ile cezalandırılmışlardır. Yine tek tip kıyafet giymeyenler zaman zaman iç çamaşırları ile soğukta bekletilmiş ve hatta mahkemeye de iç çamaşırları ile götürülmüşlerdir³³.

Türkiye’de cezaevinde tek tip kıyafet uygulamasının yapıldığı ilk yer Diyarbakır Cezaevi olmuştur. Uygulamaları protesto etmek için cezaevinde yıllar içinde açlık grevleri ve kendini yakma eylemleri yapılmıştır ve onlarca mahkûm hayatını kaybetmiştir. Aynı dönemin siyasi suçluları tek tip kıyafet uygulamasına uzun süre direnmişlerdir³⁴. Tek tip kıyafet uygulamasının katı bir şekilde uygulandığı diğer konum ise Metris Cezaevidir. 10 Ocak 1984 tarihinde cezaevi yönetiminin yapmış olduğu duyuruda mahkumların tamamının tek tip kıyafet giymeleri gerektiği ilan edilmiştir. Bu uygulamanın bir devlet politikası olduğu yönetim tarafından vurgulanmıştır³⁵. Ancak bir yerde bu uygulamanın kırılma noktası da yine Metris Cezaevidir. Mahkumların uzun süren direniş hareketleri bir süre sonra cezaevi yönetiminin bu uygulamayı sona erdirmesini gerektirmiştir³⁶.

1987 yılında yönetimi el değiştirmesi ile sivil iktidar başa geçmiştir. Fakat sivil iktidarın ilk hamlelerinden biri tekrar cezaevlerinde tek tip kıyafet uygulamasını uygulamaya çalışmak olmuştur. Bir süre tek tip kıyafet uygulanmıştır fakat bu sefer cezaevlerindeki direniş özellikle mahkûm yakınları ve sivil halk destek vermiştir. Ülke çapında büyüyen direniş sonucunda resmiyette tek tip kıyafet uygulaması ve bağlantılı diğer uygulamalar cezaevlerinde son bulmuştur. İlerleyen yıllarda benzer şekilde tek tip kıyafet uygulamaları denenmiş fakat hep direnişlerle karşılaşmıştır. Türkiye’de bu uygulamanın temelinde siyasi suçluların olduğu görülmüştür. Türkiye’nin siyasi dengesizliği ve ülkenin temelini sarsacak konumdaki çatışmalar ve ayaklanmalar; cezaevlerini korkutucu, caydırıcılığı yüksek, hatta mahpuslara özgü işkence merkezleri olarak halkın karşısına çıkarmıştır³⁷.

³² Demirbilek (n 3) 26, 27.

³³ Ayhan Işık, ‘12 Eylül Askeri Darbesi ve Metris Cezaevi’ (2013) (8) Toplum ve Kuram Dergisi 41, 44.

³⁴ Demirbilek (n 3) 27.

³⁵ ibid 31.

³⁶ Işık (n 33) 46, 47.

³⁷ Demirbilek (n 3) 33, 34, 37.

Dünyada, kanunlarla düzenlenmesi ve aşırılığa kaçılmaması ile tek tip kıyafet uygulamalarına daha kolay geçiş süreçleri yaşamıştır. Mutlaka diğer ülkelerde de isyanlar veya direnişler yaşanmıştır fakat hukukun üstünlüğü ve kanunların herkese aynı uygulanması bu uygulamalara karşı olan eylemleri azaltmıştır. Türkiye özellikle tek tip kıyafet uygulaması özelinde sancılı süreçler yaşamıştır. Bu sürecin bu kadar acı dolu ve sancılı olmasının sebebi Türkiye’de özellikle siyasi suçluların bu uygulamalarla karşı karşıya kalmasındandır. Siyasi dengesizliklerin ülkenin dışarıdan ya da içeriden saldırılara açık hale gelmesinden dolayı devlet yöneticileri(iktidarlar) sert ve acımasız uygulamalara başvurmuşlardır. Kendi ifadelerinden yola çıkarak siyasi suçluların, özgürlük bilincini benimsediğini varsayarsak tek tip kıyafet uygulamalarına neden bu kadar direniş gösterdiklerini anlamak çok da zor olmamalıdır. Bu kitleyi dört duvar arasında tek tip kıyafet uygulaması ile tek tip insana dönüştürmenin mümkün olmayacağı açıktır. Nitekim o dönemlerde, kıyafet uygulaması ve işkencelere direnen siyasi suçlular bu uygulama karşısında zaferler kazanmışlardır.

SONUÇ

Foucault’un iktidara yaklaşımı ile birlikte değerlendirildiğinde, cezaevlerinde tek tip kıyafet uygulamasının disiplin ve iktidar ilişkisi bağlamında faydalı olacağı söylenebilir. Tarihte mahpusların bu uygulamaya direndiği, eylemler yapıldığı ve bu uygulamanın terk edildiği örnekleri de vardır. Yani tek tip kıyafet uygulamasının tek başına mahpusların ıslahını sağladığını kabul etmek mümkün değildir ancak elbette ki bir araç olarak değerlendirilebilir. Türkiye’de de suç ve ceza politikası, özellikle toplumda infial yaratan olaylardan sonra tartışılmaktadır. Bu bakımdan disiplinde bir araç olarak kullanılan tek tip kıyafet uygulamasının Türkiye’de de uygulanmasının faydalı olacağı görüşü mevcut olabilir. Ancak Türkiye’nin bir hukuk devleti olduğunu da gözetenek konuyu hukuk bakımından da ele almak faydalı olacaktır.

Cezaevlerinde yalnızca hükümlüler değil tutuklular da kalmaktadır. Tek tip kıyafet uygulamasında hükümlü ve tutuklular aynı kıyafeti giydiği takdirde, tutuklunun da suçlu olduğu ön kabulü doğmuş olacaktır. Bu da masumiyet karinesi ihlali anlamına gelmektedir. Tek tip kıyafet uygulaması tutukluların tek tipte kıyafet giyerken hükümlülerin de başka bir tek tip kıyafet giymesi şeklinde uygulanırsa; hükümlü ve tutuklunun teşhiri söz konusu olacaktır. Cezaevindeki personelin de buna göre tutumu değişecek ve ayrımcılık yasağı ihlal edilmiş olacaktır.

İHAM bu konuyu, duruşmalara tek tip kıyafetle gelinip gelinmemesi bağlamında ele almaktadır. Jiga v. Romanya davasında, başvuru halka açık duruşmaya tek tip cezaevi

kıyafeti ile getirilmiştir; Mahkeme geçici tutuklulara yönelik uygulamaların masumiyet karinesini ihlal etmemesi gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda tutuklu başvurusunun tek tip cezaevi kıyafeti giyerek duruşmaya çıkarılmasının sanığın “suçlu” olduğu izlemine uyandırdığını ifade etmiştir. Neticede ise adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine kanaat getirmiştir³⁸. *Hadade v. Romanya* davasında ise hükümlü ya da tutuklunun tek tip kıyafet ile duruşmaya çıkarılması halinde, bu uygulama hükümlü ya da tutukluyu küçük düşürmek, onun itibarını zedelemek amacıyla yapılıyorsa ayrıca kötü muamele yasağının da ihlal edilmiş olacağını ifade etmiştir³⁹.

İHAM konuyu her ne kadar duruşma bağlamında ele almışsa da cezaevinde de idari personeller, gardiyanlar, ziyaretçiler gibi hükümlü ya da tutuklu olmayan kişiler, hükümlü ve tutukluları görmekte, onlarla iletişim kurmaktadır. Bu durumda yine masumiyet karinesinin ya da ayrımcılık yasağının ihlalinin söz konusu olacağını söyleyebiliriz.

Diğer yandan, günümüz suç ve ceza politikasının suçluları disipline etmek değil; onları rehabilite ederek normal yaşama kazandırmak olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır⁴⁰. Kişileri tek tip kıyafete zorlayıp günlük yaşamda sahip olduğu kıyafet seçme özgürlüklerini ellerinden almanın rehabilite etme amacına uygun olduğunu söylemek mümkün değildir; aksine bu durum kişinin psikolojisine ve davranışlarına olumsuz şekilde yansiyabilecektir.

Sonuç olarak kanaatimizce cezaevlerinde tek tip kıyafet uygulamasının hem suçluların ıslah / rehabilite edilmesi amacı için elverişli bir araç değildir hem disiplini sağlamak bakımından tek başına yeterli değildir hem de hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenlerle cezaevlerinde tek tip kıyafet uygulaması ne Türkiye’de ne de diğer ülkelerde bulunmalıdır.

³⁸ *Jiga v Romania* App no 14352/04 (ECHR, 16/03/2010).

³⁹ *Hadade v Romania* App no 11871/05 (ECHR, 24/09/2013).

⁴⁰ Hakan Karakehya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (1. B., Adalet Yayınevi 2022) 12.

KAYNAKÇA

- Arpacı M, 'Foucault, Biyopolitika ve Biyotarih: Tarihsel Çalışma Alanları Olarak Tıp, Beden ve Nüfus' (2016) (3) ViraVerita E- Dergi, 80-97.
- Artuk ME ve Alşahin ME, Hapis Cezalarının ve Cezaevlerinin Tarihi Gelişimi (2015) 21 (2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 145-185.
- Ash J, Dress Behind Bars: Prison Clothing as Criminality (I.B. Tauris 2010).
- Ateşoğlu N, 'Michel Foucault'da İktidar ve Özgürlük Kavramlarının Orhan Tekelioğlu, Cem Deveci ve Tina Besley'in Çalışmaları Bağlamında Değerlendirilmesi' (2019) 5 (2) Maltepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, 220-237.
- Canalp A, Michel Foucault'nun Panoptikon Kuramı Bağlamında Sanat ve İktidar (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Işık Üniversitesi 2018).
- Demirbilek Ç, Hapishanelerde Tek Tip Elbise Uygulaması (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi 2018).
- Foucault M, Cinselliğin Tarihi (Çev. Hülya Uğur Tanrıöver) (3.B., Ayrıntı Yayınları 2010).
- Foucault M, Hapishanenin Doğuşu, (çev. Mehmet Ali Kılıçbay) (6. B., İmge Kitabevi Yayınları 1992).
- Foucault M, Özne ve İktidar (çev. Işık Ergüden ve Osman Akınhay), (4.B, Ayrıntı Yayınları 2014).
- Foucault M, Toplumunu Savunmak Gerekir (çev. Şehsuvar Aktaş) (2. B., Yapı Kredi Yayınları 2003).
- Hürman H, 'Tarihte Tek Tip Kıyafet Uygulamaları: "Kimliksizlikten" Özgürlüğe' (Bianet, 2017),
- <<https://m.bianet.org/biamag/toplum/192869-tarihte-tek-tip-kiyafet-uygulamalari-kimliksizlikten-ozgurlugue>>, Erişim Tarihi 22.11.2022.
- Işık A, '12 Eylül Askeri Darbesi ve Metris Cezaevi' (2013) (8) Toplum ve Kuram Dergisi, 41-48.
- Karakehya H, Ceza Hukuku Genel Hükümler (1. B., Adalet Yayınevi 2022).

- Karakehya H ve Özger H, Modern Toplumda Hapishanenin Yaygın ve Yerleşik Konuma Gelişi (1. B., Nobel Akademik Yayıncılık 2021).
- Koç A, 'Michel Foucault'nun "Biyopolitika" Kavramının Teorik Çerçevesi' (2018) 2 (2) Uluslararası Kriz ve Siyaset Araştırmaları Dergisi, 193-218.
- Koloş U, Foucault, İktidar ve Hukuk (2.B., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2016).
- Özçağlar Eroğlu H, 'Foucault'un İktidarı' (2016) 49 (2) Amme İdaresi Dergisi, 39-54.
- Özdel G, 'Foucault Bağlamında İktidarın Görünmezliği ve "Panoptikon" ile "İktidarın Gözü" Göstergeleri' (2012) 2 (1) The Turkish Online Journal of Design, Art and Communication, 22-29.
- Özdemir M, 'Foucault Sosyolojisinde İktidarın Serüveni: Pastoral İktidar, Disiplinci İktidar, Biyo-İktidar' 2021 4 (1) Türkiye Siyaset Bilimi Dergisi, 109-133.
- Özsoy M, Foucaultcu Bir İktidar Analizi: Türkiye'de Hapishanelerde İletişimsel Süreçler' (2018) (28) Galatasaray Üniversitesi İletişim Dergisi, 257-277.
- Silvestri A, Prison conditions in the United Kingdom, (1. B., Antigone Edizioni 2013).
- Subramanian R ve Shames A, 'Sentencing and Prison Practices in Germany and the Netherlands: Implications for the United States' (2013) Vera Institute of Justice, 1-24.
- Topuzkanamış E, 'Foucault'un Düşüncesinde Hukuk ve İktidar' (2019) 21 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1833-1850.
- Zengin N, 'Foucault'ya Bir Bakış: Öznenin Cinselliğinden Kendiliğin Haz Ahlakına' (2012) (70-71 Michel Foucault Özel Sayı) Cotigo, 333-343.



ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

Sosyal Medyanın Bilişim Suçlarına Etkisi

Av. Murat Osman KANDIR*

Öz

İnternet siteleri ve mobil uygulamalardan oluşan sosyal medyanın en popüler tarafı olan sosyal ağlar kullanıcılara online profil oluşturarak kendi yaşamları ile ilgili resim, video, konum, düşünce gibi kişisel bilgileri paylaşma imkânı vermektedir. Bazen bu sosyal ağlarda yapılan paylaşımlar siber suçların kaynağı olmaktadır. Sosyal medya ortamında işlenen suçlar teknolojinin yaygınlaşmasına paralel olarak artış göstermiştir. Siber suçlar üzerindeki etkisini anlayabilmek için sosyal medya kavramını anlamak gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler

Sosyal medya, Siber suç, Sosyal ağ, Facebook, Instagram.

* Eskişehir Barosu., mkandir@yahoo.com, ORCID: 0000-0001-6918-6622.



The Effect of Social Media on Cyber Crimes

Abstract

Social networks, which are the most popular part of social media consisting of websites and mobile applications, allow users to create an online profile and share personal information such as pictures, videos, locations, thoughts about their own lives. Sometimes, the posts made on these social networks are the source of cybercrime. The crimes committed in the social media environment have increased in parallel with the widespread use of technology. In order to understand its impact on cybercrime, it is necessary to understand the concept of social media.

Keywords

Social Media, Cyber crime, Social network, Facebook, Instagram.

GİRİŞ

Dijital dönüşümün yaşanmasıyla birlikte çevremizdeki her şey dijital ortama taşındı. Sohbetler ve arkadaşlıklar da buna dahildir. Sosyal ağ uygulamalarının hayatımıza girmesiyle birlikte bireyler arasında ve bireylerin oluşturduğu grupların içerisinde çok farklı bir iletişim şekli oluştu. Geleneksel arkadaşlıklar geri planda kalırken yeni tip sanal arkadaşlıklar ön plana çıkmaya başladılar. Bu yeni tip iletişimin en büyük özelliği yüz yüze iletişimden uzaklaşmak ve dijital iletişime geçiş yapılmasıdır. Bu yeni iletişim modeli kendine has suç ve suçluları da beraberinde getirdi. Suç ve suçlu profilleri de bu dijital çağa uygun bir hal almaya başladılar. Kanun koyucu dijital ortama uygun hukuksal düzenlemeleri yapsa da tüm suç tiplerinin belirlenmesi elbette mümkün olmadı. Türk Ceza Kanunu'nda Bilişim Suçları başlığı altında dijital ortamda işlenen bazı suç tipleri tanımlansa da bilişim suçlarının buradaki suç tipleri ile sınırlı olmadığı kısa zamanda görülmüştür. Bilişim Suçları başlığı altında tanımlanan suç tipleri ile ilgili somut olaylar ile karşılaşma sıklığının bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen geleneksel suç tipleri kadar olmadığı görülmüştür. Özellikle Sosyal Medya platformları kullanılarak hakaret, tehdit, cinsel taciz, çocuk pornografisi vb. yeni suç kavramlarının gün geçtikçe daha sık karşılaşıldığı belirlenmiştir¹. Suç tipleri incelendiğinde sosyal ağlar kullanılarak işlenen suç tiplerinin hem bilişim suçları başlığı altındaki suçların hem de bilişim sistemleri kullanılarak işlenen suçların oluşturduğu grupların içinde oldukları görülmektedir. Birde bu sosyal ağ ortamlarının kullanılmasıyla işlenen suçları da düşündüğümüzde üç farklı suç grubuyla karşılaşırız. Dijital çağda her yeni teknolojik keşif kendi suçlarını da beraber getiriyor. Bilişim sistemleri ve sosyal ağların içinde olduğu somut adli olayları düşündüğümüzde, geleneksel suçların işleniş yöntemleri, delillerin tespit edilmesi, delillerin değerlendirilmesi gibi özellikleri ile geleneksel suç tiplerinden çok farklı oldukları görülmektedir. Her ne kadar dijital deliller hayatın her alanında ve hukuk sisteminin her noktasında da sıklıkla görülmeye başlansa da dijital çağın suçları ve suçlularının kendine özgü bir dünyası olduğu tartışılmaz bir gerçektir. Bir de her yaştan kullanıcısıyla birlikte hayatımızın tam ortasında yer alan sosyal ağ uygulamaları düşünüldüğünde iletişim teknolojileri bakımından bambaşka bir çağın başladığını söyleyebiliriz. Sosyal ağların her yönüyle hayatımızı etkilemesini izlerken buradaki iletişim ve etkileşimlerin suç ve suçlular üzerindeki etkisini de göz ardı edemeyiz. Önce bu ilginç ve yeni iletişim ortamını tanımak gerekiyor.

¹ Nursel Yalçın ve Filiz Gürbüz, 'Sosyal Ağlarda İşlenen Suçlar, Facebook Sosyal Ağı Örneği', Akademik Bilişim Konferansı, Eskişehir 2015.

I. SOSYAL MEDYA VE SOSYAL AĞLAR

Lietsala/Sirkkunen sosyal medya kavramını bir şemsiye kavram (üst kavram) olarak kabul etmektedir, bunun altında online içerik ve sisteme içerikle dahil olan kişilerle bağlantılı olan çeşitli ve farklı kültürel uygulamaların bulunduğunu belirtmektedir². Sosyal medya şemsiyenin altına girdiğimizde karşımıza önce sosyal ağ uygulamaları çıkmaktadır. En son hayatımıza giren ama en öne çıkan uygulamaların da bu sosyal ağ uygulamaları olduğunu söyleyebiliriz. Daha sonra ise geçmişte çok popüler olan ama sosyal ağ uygulamalarının hayatımıza girmesiyle birlikte o eski popülerliğini kaybeden bloglar karşımıza çıkmaktadırlar. Kendilerine artık pek ihtiyaç duyulmayan sohbet siteleri de artık çok fazla kullanıcıya hitap etmemektedirler. Forumlar ise teknik bilgi paylaşım siteleri olarak bu şemsiye altında yerini almaktadır. Aslında WhatsApp uygulamasında kurulan gruplar artık bu teknik bilgi paylaşılan sabit forumların yerlerini çoktan aldılar. Forum sitelerinin WhatsApp uygulamasına karşı tek artı özelliği kimlik ve telefon numarası paylaşılmadan üyelik imkânı vermesi gösterilebilir. İnternet sözlükleri de yine karşılıklı bilgi paylaşımlarına imkân veren internet kaynakları olarak sosyal medya kavramının içerisinde kabul edilmektedir.

Yaygın kullanılan sosyal ağ uygulamalarına odaklanırsak ilk farkına vardığımız özellik her ortama uygun uygulamalar olduğudur. Her türlü işletim sistemi için hazır uygulamaları olan, her türlü bilişim cihazında çalışma özelliğine sahip olan uygulamalar olduğunu görebiliyoruz. Bu sunulan uygulama çeşitliliği platform bağımsız denilebilecek bir özelliktir. Bizden kaçamazsınız! der gibiler sanki. Hemen ilk aklımıza gelen sosyal ağ uygulamalarından Instagram ve Facebook bu konuda en güzel örneklerdir. Tüm amaç profil oluşturmak ve olabildiğince çok profili arkadaş ağına dahil etmektir. Kullanıcılar sürekli bir içerik oluşturma ve veri paylaşma eğilimi içerisindeyler. Bu durumdan da anlaşıldığı üzere sosyal ağlarda sürekli bir veri üretimi ve veri paylaşımı olmaktadır.

Dijital pazarlama ajansı We Are Social'ın "Digital in 2022" raporunda Türkiye istatistiklerine bakıldığında Ocak 2022 itibariyle Türkiye'de kişilerin günlük ortalama 8 saat internet kullandığı görülmektedir. Ülkemizde 69,95 milyon internet kullanıcısı mevcuttur. Okul öncesi çocukları hesaba katmazsak neredeyse ülkenin tamamına yakını internet kullanmaktadır diyebileceğiz durumdayız. Bugünkü nüfusun %82'si internet kullanıcısı olarak görülmektedir. Aynı rapora göre bilgisayar başında geçirilen süre 3 saat 31 dakika iken bu sürenin 2 saat 59 dakikası sosyal medyada geçirilmektedir. Türkiye'de insanların günlük 4 saat 24 dakikasını

² Katri Lietsala ve Esa Sirkkunen, Social Media. Introduction To The Tools And Processes Of Participatory Economy (Tampere Üniversitesi Yayınları 2008) 17-18.

mobil cihazlarda geçirdiği yine rapordan anlaşılmaktadır. Raporda verilen zamanlar göz önüne alındığında sosyal ağların insanları etkileme gücü görülecektir³.

Türkiye’de Facebook uygulaması kullanıcı sayısı Ağustos 2021 itibarıyla yaklaşık 62 milyon ve Instagram uygulaması kullanıcı sayısı ise yaklaşık 50 milyon civarındadır⁴. Söz konusu platformlar arkadaş sayısı veya takipçi sayısı gibi farklı isimlendirmelere sahip olsa da aynı amaca hizmet eden bir yayılma politikası izlemektedirler. Çeşitli yöntemler kullanarak daha geniş kitlelere yayılma çabası göstermektedirler. Bahse konu platformlar, bazen kullanıcılarını motive etmek için kullandıkları reklam kazancı gibi ekonomik, bazen de daha çok takipçisine sahip olan profil sahipliği gibi sosyolojik hedeflerle yayılımcı bir politika izlemektedirler.

Sosyal ağ uygulamalarında profil oluşturmak başlangıçtır. Sosyal ağ mantığında en önemli konu olabildiğince verinin toplanması ve veri analitiği çalışmaları ile anlamlı sonuçlar üretilmesidir. Veri madenciliği en çok kullanılan yöntemlerden birisidir. Sosyal ağ platformları tarafından yapılan iş, kullanıcılardan toplanan veriler işlenerek elde edilen bilgilerin kullanılması ve kullanıcılara yeni profillerin sunulması işlemidir. Daha doğrusu çok paylaşım yapan ve çok içerik üreten kullanıcı profili sosyal ağlar tarafından daha fazla tercih edilen kullanıcı olmaktadır. Anaokulu bilgisini profilinde paylaşan bir kullanıcı aynı anaokulunda aynı zamanda bulunmuş olan diğer profillerin ağına dahil olmakta ve ağını geliştirmektedir. Bu bir alışkanlık haline dönüşmekte ve her türlü kişisel bilginin arkadaş ağını genişletmek amacıyla sosyal ağlarda paylaşılmasına neden olmaktadır. Aynı ortak geçmişe, aynı ilgi alanlarına sahip kişiler birbirlerini bu siber dünyada kolayca bulmakta ve birbirleriyle bağlantı kurabilme imkanına sahip olmaktadır.

İnternetin hızla yaygınlaşması ve bilişim cihazlarının zorunlu birer ihtiyaca dönüşmesi sosyal ağların yaygınlaşmasının en önemli nedeni olmuştur. Sosyal ağ uygulamalarının ilklerinden olan Facebook 4 Şubat 2004 tarihinde hayatımıza girmiştir⁵. Bu tarihten itibaren internette boy gösteren sosyal ağ uygulaması sadece internet tarayıcıları ile görüntülenebiliyordu. Kullanıcılar Facebook uygulamasına bilgisayarlarından ulaşabiliyor ve bir e-posta adresi ile profil oluşturabiliyorlardı. Teknolojinin gelişimi ve mobil cihazların siber dünyada yerlerini almalarıyla mobil cihazlara uygun mobil uygulamalar geliştirilmeye

³ Simon Kemp, ‘Another Year Of Bumper Growth’ (Digital 2022) <<https://wearesocial.com/uk/blog/2022/01/digital-2022-another-year-of-bumper-growth-2>> Erişim Tarihi 21 Aralık 2022.

⁴ <https://www.statista.com>, Erişim Tarihi: 21 Ekim 2021

⁵ Emily Scanlan, Parker Davis, Bethany Curtis ve Bailey Newman, ‘Censorship on Facebook’, BYU School of Communications COMMS 382: Global Issues in Communications, (12 Nisan 2022).

başlandı. Mobil uygulamalarda ilk olanlar sosyal ağ uygulamalarıydı. Kullanıcı dostu arayüz tasarımları ve oldukça kolay olan profil oluşturma yöntemleri ile kısa zamanda mobil cihazların vazgeçilmezleri oldu. Halihazırda birçok mobil işletim sistemleri mobil cihazlar üzerinde sosyal ağ uygulamalarını içerecek şekilde kullanıcılara sunulmaktadır⁶.

Sosyal ağ uygulamalarında kolay profil oluşturma ve bir an önce paylaşım yapma isteği kullanıcıları hızlı ve dikkatsiz davranmaya itmektedir. Zorunlu bilgileri bir an önce doldurup hemen siber dünyada yerini almaya çalışan kullanıcılar sosyal ağ platformlarının kullanıcılara sunduğu üyelik sözleşmelerini bile okumadan onaylamakta ve bir an önce uygulamayı kullanmaya çalışmaktadırlar. Kullanıcı ve üyelik sözleşmeleri son derece önemli sözleşmelerdir. Kullanıcıları sorumluluk altına sokan ve uygulama sahibi olan şirketlerin ise kullanıcılara karşı sorumluluklarını sınırlayan maddelerle doludurlar. Kullanıcılar birçok sorumluluğu uygulamayı kullanarak peşinen kabul etmiş sayılmaktadırlar. Bu durumu ancak bir güvenlik problemi ile karşılaşıp kabul ettikleri sözleşmeleri okumak zorunda kaldıklarında fark edeceklerdir⁷.

II. SOSYAL AĞLAR VE KİŞİSEL VERİLER

Ülkemizde en çok kullanılan sosyal ağ uygulamalarının başında gelen Instagram ve Facebook uygulamalarının kullanıcı ve üyelik sözleşmeleri incelendiğinde yukarıda açıklandığı gibi kullanıcıya ağır sorumluluklar yükledikleri açıkça görülmektedir. Neredeyse bir kitap kapsamı kadar bilgiye sahip olan Hakkında, Koşullar, Gizlilik, Yardım vb. başlıklara sahip bilgilendirici bölümlerde hemen hemen her konuda açıklamalar bulunmaktadır. Birçok dilde hazırlanan bu bölümlerde kullanıcılara paylaştıkları verilerin nasıl kullanılacağı açıkça anlatılmaktadır. Kullanıcıların paylaştıkları kişisel verilerin hangi şirketlere verilebileceği, hangi uygulamalarda kullanılacağı vb. bilgiler açıklanmaktadır. Aynı ilaç prospektüslerini sadece yan etkiler oluştuğunda okuma ihtiyacı duyulduğu gibi bu tür bilgilerin verildiği sayfalara da ancak bir sorunla karşılaşıldığı zaman başvurulması sıklıkla karşılaşılan bir durumdur.

Endüstri 4.0 ile birlikte en değerli varlık olan “veri” korunmaya muhtaçtır. Verinin korunması için her yerde paylaşılmaması ve dikkatli kullanılması şarttır. Dağınık olarak sosyal ağlarda paylaşılan içerikler uygun şekilde toplanıp analiz edildiğinde değerli bilgilere

⁶ Sajithra K ve Rajindra Patil, ‘Social Media – History and Components’, 2013 7 (1), IOSR Journal of Business and Management 69, 69-74.

⁷ Murat Kandir, ‘Instagram Kullanım Koşulları’ <<https://www.mkandir.av.tr/2022/03/19/instagram-kullanim-kosullari-1/>> Erişim Tarihi 3 Ocak 2023.

dönüşmektedirler. Maalesef bu çok değerli bilgiler kişilerin kendi rızalarıyla paylaştıkları verilerden oluşmaktadır. Her geçen gün Kişisel Verilerin değeri artmakta ve korunmaları için yeni yasal düzenlemeler yapılmaktadır. Dijital dönüşümün hızlı bir şekilde gerçekleşmesi kişisel verilerin değerini artırmıştır. Birçok hizmetin siber ortama taşınarak dijitalleşmesi ve bu hizmetlere erişim sağlanırken kişisel verilerden faydalanılması güvenli erişim için veri güvenliğinin önemini ortaya çıkarmıştır. Siber suçlular yapmayı planladıkları siber saldırıların ilk adımı olarak keşif yapmaktadırlar. Bu keşfin amacı ise kendilerine hedef seçtikleri kullanıcılara ait verileri sosyal medyadan temin etmek ve bu verileri kullanarak saldırılarını gerçekleştirmektir.

İnternetin Derin Web (Derin Ağ) veya Dark Web (Karanlık Ağ) olarak bilinen bir bölümü vardır. Bu bölümde uyuşturucudan silaha, yasal olmayan içeriklerden kişisel verilere kadar birçok şeyin ticareti yapılmaktadır. Kişisel verileri bir şekilde ele geçiren siber suçlular DeepWeb ya da Dark Web olarak adlandırılan bölümdeki yasal olmayan internet sitelerinde verileri pazarlamaktadırlar⁸. Dünyadaki istihbarat örgütlerinin ihtiyaç duydukları bilgilerin %80 gibi bir miktarını açık kaynak dediğimiz ortamlardan elde ettikleri gerçeği istatistik olarak bilinmektedir⁹.

III. AÇIK İSTİHBARAT KAYNAĞI OLARAK SOSYAL AĞLAR

Sosyal Ağların ana hedefi kullanıcıların içerisinde oldukları sosyal ilişkiler yardımıyla diğer profilleri ağlarına dahil etmeleri veya onların ağlarına dahil olmalarıdır. Bu şekilde ağlar genişlemekte ve takipçi sayıları, arkadaş sayıları gibi sosyallik ölçüm parametreleri artmaktadır. Sosyal ağlarda başarı bu sayıların büyüklüğüyle ölçülmektedir. Bu sayılar sosyalleşmenin bir göstergesi olduğu kadar sayılar büyüdükçe kontrolde zorlaşmaktadır. Binlerce arkadaşı olan bir profil sahibi arkadaşlarının profillerini takip edememekte ve hiç tanımadığı kullanıcıların bir şekilde ağına sızmalarına engel olamamaktadır. Sosyal ağ kullanıcıları ilgi alanlarına uygun içeriklerin olduğu sayfaları takip etmekte ve bu tür paylaşımların yapıldığı gruplara üye olmaktadır. Kullanıcıların sosyal ağ kullanım eğilimleri bilen siber korsanlar tuzak sayfalar hazırlamakta ve gruplar oluşturmaktadır. Bu gruplara katılan kullanıcıların bilgilerini sosyal mühendislik tekniklerini kullanarak ele geçirmeye çalışmaktadırlar. İlgi alanlarına yönelik güncel içerikleri takip eden kullanıcıları sahte

⁸ Miloš Ilić ve Žaklina Spalević, (2017) 'The Use of Dark Web for the Purpose of Illegal Activity Spreading', (2017) 63 (1) Ekonomika, 73-82.

⁹ Sudhanshu Chauhan ve Nutan Kumar Panda, 'Hacking Web Intelligence', (2015) (8) Network Security.

içeriklerle aldatarak kullanıcıları istismar etmekte ve kişisel verilerini ele geçirmeye çalışmaktadırlar¹⁰.

Siber saldırı çeşitli adımlardan oluşan planlı ve sistematik bir eylemdir. Bu eylemin ilk adımı belirlenen hedefe yönelik saldırı yöntemini seçmek için hedefle ilgili bilgi toplama adımıdır. Bu aşamada hedefle ilgili her türlü bilgiye ihtiyaç duyulmaktadır. Ne kadar çok veri toplanırsa seçilecek saldırı yönteminin başarısı o derece artacaktır. Özellikle kişiler hakkında bilgi toplamak için Facebook ve Instagram gibi çokça kişisel medya içeren sosyal ağların kullanıldığı bilinmektedir. Söz konusu sosyal ağları sıkça kullanan profil sahipleri günlük rutinlerini bu ortamda çeşitli metin ve görsel içeriklerle tüm profillerin erişimine açık olarak paylaşmaktadırlar. Geleneksel suçların internet ve bilişim cihazları kullanarak işlendiği hallerde sosyal ağlardaki kişisel paylaşımlardan elde edilen bilgilerin önemi büyüktür¹¹.

Bir hırsızlık suçunun sosyal ağlardan elde edilen bilgilere dayandırılması belki de bu alanda verilebilecek en güzel örnek olacaktır. Tatilde olduğunu gösteren içerikleri sosyal ağ hesabından paylaşan bir aile tatil sonrası evine döndüğünde evinin hırsızlar tarafından soyulduğunu görmüştür. Hedef olarak bu ailenin seçilmesi sosyal ağlarda tüm ailenin paylaştığı tatil içerikleri sonrasında evin boş olduğunun hırsızlar tarafından öğrenilmesinden kaynaklanmıştı. Sosyal ağlar olmasa ve bu paylaşımlar yapılmıyorsa evin boş olduğunu tespit etmek için hırsızlar günlerce izlemek zorunda kalacaklardı. Hiçbir zaman ailenin dönüş zamanını kestiremeyecekler ve bu kadar rahat hareket edemeyeceklerdi. Bu hırsızlık olayı sosyal ağların tüm suçlular tarafından bilgi ve istihbarat kaynağı olarak kullanıldığının en güzel örneğidir¹².

Teknolojinin her geçen gün gelişmesi çok farklı suç tipleri ile karşılaşılmasına neden olmaktadır. Yapay zekâ teknolojilerindeki gelişmeler de suçlular tarafından kullanılınca o güne kadar hiç karşılaşılmayan suçların gerçekleşmesine ve siber ortamın kendi suçlularını yaratmasına imkân vermektedir. Yapay zekâ teknolojisinin temelinde yapay sinir ağları bulunmaktadır. Yapay sinir ağları verilerle eğitilerek istenilen sonuçları elde etmektedir. Ses ve görüntü dosyaları ile eğitilen yapay sinir ağları benzer ses ve görüntü dosyalarını tekrardan istenilen şekilde üretme yeteneğine sahip olmaktadır. Özellikle Çekişmeli Üretici Ağ

¹⁰ C.Dianne Martin, 'Taking The High Road White Hat, Black Hat: The Ethics Of Cybersecurity', (2017) 8 (1) ACM Inroads Magazine, 33, 33–35.

¹¹ Regner Sabillon, Jeimy J. Cano, Víctor Cavaller Reyes ve Jordi Serra Ruiz, 'Cybercrime And Cybercriminals: A Comprehensive Study' (2016) 4 (6) International Journal of Computer Networks and Communications Security 165, 165–176.

¹² Kolokotronis Nicholas ve Shialis Stavros, Cyber-Security Threats, Actors, and Dynamic Mitigation (I. B. CRC Press 2021) 372.

(Generative adversarial networks) olarak adlandırılan yapay sinir ağı ile resim ve video dosyaları gerçeğinden ayırt edilemeyecek şekilde yeniden üretilebilmektedir¹³.

Bu yeni teknoloji ile şu an hayatta olmayan insanların bir şarkıyı seslendirmesi, bir reklam filminde oynaması mümkün olmaktadır. İnsanlar hiç gitmedikleri ülkelerde çekilmiş fotoğraflarını kolayca oluşturmada ve sanki bir film yıldızı gibi ünlü filmlerde boy göstermektedirler. Hemen hemen her kullanıcının cep telefonunda bir yapay zekâ destekli fotoğraf işleme uygulaması bulunmaktadır. Kullanıcılar fotoğraflarını ya da kamera yardımıyla o anda çektikleri fotoğraflarını bu uygulamalar ile işleyerek kendilerinin çeşitli filtreler yardımıyla işlenmiş görüntülerine kavuşabilmektedirler. Ancak bu uygulamalar işlemek için bizde aldıkları her fotoğrafımızı veri tabanlarına eklemekte ve gerçek verilerden oluşan bir fotoğraf havuzu oluşturmaktadırlar. Mobil cihazlarımızda kullandığımız bu uygulamaların bizim fotoğraflarımızla kimlerle ve niçin paylaştığını tespit etmemize ne imkân vardır ne de engelleyebiliriz. Zaten uygulamaları bizden istediği erişim izinleriyle mobil cihazlarımıza kurduğumuz andan itibaren peşinen her türlü şartını kabul etmiş oluyoruz.

Mobil uygulamaların paylaşıldığı Playstore ve Applestore gibi platformlarda sunulan ücretsiz uygulamalar aslında kullanıcıların en değerli varlıklarını yani kişisel verilerini ücret olarak almaktadırlar. Ancak kullanıcılar ekonomik bir değer karşılığı bu uygulamalara sahip olmadıkları için ücret vermediklerini düşünmektedirler. Bu konuda söylenecek en güzel söz “Eğer bir şey için ücret ödemiyorsanız ücret -siz- oluyorsunuz demektir”.

Kişilerin hiç söylemedikleri kelimeleri söylemiş ve hiç olmadıkları yerde bulunmuş gibi video ve resimlere sahip olduklarını görebilmekteyiz. Özellikle toplumca tanınmış kişilerin söylemedikleri sözleri onların seslerinden ve gerçeğinden ayırt edilemeyecek kadar sahici olarak duyabilmekteyiz. Günümüzde yapay zekâ ve bilgisayar yazılımlarının gerçek ses verisi ile çalışması sonucunda gerçekten ayırt edilemeyecek kadar başarılı, taklit ses verisi üretilmektedir. Aynı başarı görsel olarak da video ve resim üretilmesinde kullanılmış ve başarılı olunmuştur¹⁴. Bu tür taklit ses, resim ve video üretimi için bu medyaların gerçek örneklerine ihtiyaç duyulmaktadır. İşte bu taklit üretim sürecinin olmazsa olmaz parçası olan gerçek örnekler de çok rahat bir şekilde sosyal ağlar üzerindeki paylaşımlardan temin edilebilmektedir.

¹³ Mukhiddin Toshpulatov, Wookey Lee ve Suan Lee, ‘Generative Adversarial Networks And Their Application To 3D Face Generation: A Survey’, 2021, 108 Image and Vision Computing, <<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S026288562100024X>> Erişim Tarihi: 19 Ocak 2023.

¹⁴ Tianxiang Chen, Avrosh Kumar, Parav Nagarsheth, Ganesh Sivaraman ve Elie Khoury, ‘Generalization Of Audio Deepfake Detection’ Odyssey 2020 The Speaker and Language Recognition Workshop 1-5 November 2020, Tokyo, Japan, <https://www.isca-speech.org/archive_v0/Odyssey_2020/abstracts/29.html> Erişim Tarihi: 19 Ocak 2023.

Böylesi önemli olan kişisel verilerimizden ses, resim ve videolarımızı sosyal ağlar da paylaşmadan önce bir daha dikkatlice düşünmek büyük önem arz etmektedir.

Sosyal Ağ profilimizden paylaştığımız bilgiler hesabımıza giriş yaptığımız şifrelerimizi ele verebilmektedir. Eğer tüm bilgilerimizi ağımda bulunan profillere değil de herkesin paylaşımına açarsak ve herkes bu bilgilere erişebilir ise bilgilerimiz profilimizin ya da e-posta adresimiz gibi diğer hesaplarımızın şifrelerinin tahmin edilmesinde kullanılabilir. Doğum tarihi, eğitim bilgileri, aile fertleri, ev adresi, işyeri bilgileri vb. kişisel bilgilerin herkese açık ağda paylaşılması halinde böylesi bir sakınca bulunmaktadır. Herkese açık olarak paylaşılan bu bilgiler dünyada çokça kullanılan şifre oluşturma eğilimleri ile birleştirildiğinde ortaya muhtemel şifreler çıkmaktadır. Siber suçlular sadece belirli aralıklarla oluşturduğu muhtemel şifreleri hedef kullanıcıların çeşitli hesaplarının şifre bölümlerinde kullanarak hesapları ele geçirmeye çalışacaklardır¹⁵.

IV. SOSYAL MEDYANIN VERDİĞİ ANONİMLİK DUYGUSU

Suç sosyolojisinde internet ortamında suçluları suç işlemeye yönelen önemli motivasyonlardan birisi de yakalanma riskinin düşük olduğunun düşünülmesidir. Özellikle “doğru olmayan kimlik bilgileri” ile oluşturulan profiller kullanılarak işlenen suçların da bu motivasyonla işlendiği düşünülmektedir. Gerçek sahibi bilinmeyen bu tür profiller üzerinden işlenen suçlar sonrasında kolluk kuvvetleri ve soruşturmadan sorumlu adalet birimlerinin iş yükü artmaktadır. Bu tür profiller suç sonrası kapatılarak delil toplanmasının engellenmeye çalışılması da ayrı bir yük getirmektedir. Bir de bu tür suçların büyük bir çoğunluğunun şikâyete bağlı olması ve şikâyet süresinin ise 6 ay olmasıyla birlikte bir süre kısıtlanması da durumu daha da karmaşıklştırmaktadır.

Sosyal Medya kullanıcıları tarafından internet ve haberleşme teknolojisinin tam olarak bilinmemesi nedeniyle bu ortam bir anonimlik hissi vermektedir. Siber suçlular yakalanma risklerinin düşük olduğu kanısıyla suç işlerken rahat olmaktadır. Ancak siber dünya olarak adlandırılan bu ortamda hiçbir iz gerçekten silinmemektedir. İnternette gerçekleşen iletişim yöntemlerinin teknik tarafları incelendiğinde hiçbir veri hareketinin izinin tamamen silinmediği görülecektir. Dünyaca ünlü siber suçluların güvenlik güçleri tarafından yapılan dijital iz takipleri sonucunda yakalanmaları bu konuya en güzel örnek olacaktır. Bu ortamda yapılan her eylem mutlaka kaydedilmektedir. Nasıl dijital delillerde silinen veriler

¹⁵ Gautam Kumar, Dinesh Kumar Saini ve Nguyen Ha Huy Cuong, *Cyber Defense Mechanisms: Security, Privacy, and Challenges (Artificial Intelligence (AI): Elementary to Advanced Practices* (I. B. CRC Press 2020) 230.

çeşitli teknik çalışmalar sonucunda geri getirilerek erişim sağlanabiliyorsa internette de paylaşılan her türlü veriye erişim sağlanabilmektedir¹⁶.

Instagram ve Facebook kullanıcıları profillerini ve bu profilde paylaştıkları içerikleri silmeye karar verip sildiklerinde bu veriler 30 gün süre ile geri döndürülebilir şekilde sosyal ağ platformu sahibi şirketlerin sunucularında tutulmaktadır. Kullanıcı bu süre içerisinde fikrini değiştirirse tekrar profilini canlandırabilmektedir. Güvenlik önlemleri nedeniyle sosyal ağ platform sahibi şirketler tüm verilerini fiziksel olarak başka yerlerdeki veri tabanlarında da depoladıkları için profil sahibi tarafından silinen hesapların yedeklendiği veri tabanından silinmesi ise yaklaşık 90 günlük bir süre almaktadır. Bunlara ek olarak eğer sosyal medya platformlarının sahibi olan şirketler, bu silinen profildeki bilgilerin gelecekte sorun çıkarabilecek yapıda olduğu kanısına varırlarsa bu verileri hiç silmeyebilmektedirler. Görüldüğü üzere sosyal ağlar başta olmak üzere bir kez internet ortamında paylaşılan verilerin tamamen bu ortamdan silinmesi çok uzun zaman almaktadır. Eğer bir de internet sitelerinin birer örneklerini sürekli kopyalayıp depolayan arşiv maksatlı internet siteleri hesaba katıldığında paylaşılan verilerin sürekli dolaşımında kaldığı söylenebilir.

V. SOSYAL AĞLARIN KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KAPSAMINDA İNCELENMESİ

Özellikle Avrupa'nın Kişisel Veriler kapsamında yaptığı düzenleme olan General Data Protection Regulation (GDPR) sonrasında kişisel verilerin korunması büyük önem taşımaya başlamıştır. En çok kişisel verinin işlendiği ortamlar da Sosyal Ağlar olduğundan tüm dikkatler bu alana yönelmiştir. İnternete taşınan her türlü hizmet kişisel verileri kullanmaktadır. Hem resmî kurumlar hem de ticari çaba içerisinde olan şirketler kullanıcılardan en az adı soyadı ve telefon numarası bilgisi talep etmektedir. Bir de geri dönüşüm sağlamak ve kullanıcı adı olarak kullanmak için talep edilen e-posta adresi düşünüldüğünde kontrolsüzce ortada dolaşan kişisel verilerin olduğu aşikardır.

Sosyal ağlar ve bulut alanlarında kullanıcılara tahsis edilen alanların ücretsiz olduğu düşünüldüğünde kişisel verilerin önemi bir kez daha ortaya çıkmaktadır. Kişisel verilerin toplanarak büyük verinin oluşturulması ve bu verinin birçok alanda kullanılması yapay zekâ çağında büyük önem taşımaktadır. Sosyal ağ platformlarına sahip olan şirketler kullanıcılardan

¹⁶ Turgay Henkoğlu, Adli Bilişim Dijital Delillerin Elde Edilmesi ve Analizi (2. B. Pusula Yayınevi 2014) 290.

bir hizmet bedeli talep etmemektedirler. Kullanıcılar ise bu ücretsiz olan hizmetlerde aslında ücret olarak kişisel verilerini verdiklerinin çoğu zaman farkında değildirler¹⁷.

Siber dünyada meydana gelen siber saldırıların çoğunda hedef kişisel veriler olmaktadır. Böylesi değerli verinin kendi isteğiyle kişiler tarafından sosyal ağ şirketlerine teslim edilmesi sürecinde şirketler tarafından kişiler ile yapılan sözleşmelerin önemli bir yeri vardır. Sosyal Ağ uygulamalarının kurulması sürecinde bazı sözleşmelerin kullanıcıya onaylatılması gerekmektedir. Kullanıcılar tarafından kişisel verilerine yönelik işlenmesi, transfer edilmesi, kullanılması ve paylaşılması hususlarında izin ve onay verilirken bilinçli olunması gerekmektedir. Onay verilirken onay kapsamı ve izinlerin gerekliliği sorgulanmalıdır¹⁸. Aksi halde verilen izinler sonrasında sosyal ağlarda paylaşılan kişisel veriler siber saldırganlar tarafından ele geçirilmekte ve sonrasında planlanan siber saldırılar için keşif bilgisi olarak kullanılmaktadır. Yapılan araştırmalar siber saldırılar öncesi siber korsanlar tarafından yapılan keşif çalışmalarında önceliğin sosyal ağlarda olduğunu göstermiştir¹⁹.

VI. SOSYAL MEDYA YOLUYLA İŞLENEN SİBER SUÇLAR

Sosyal medyada karşılaşılan ve içerisinde bilişimin, bilişim cihazlarının etkili olduğu suçlara bakıldığında bir ayırım yapmak gerektiği anlaşılmaktadır. Yargıtay kararlarının incelenmesinde de bu tür bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Bilişim suçları; doğrudan bilişim suçları (gerçek bilişim suçları); TCK. m. 243, 244, 245, 245/A ve 246. maddelerinde yer alan suçlar ve dolayısıyla bilişim suçları (bilişim bağlantılı suçlar); TCK. m. 112, 113, 125, 132, 133, 134, 135, 136, 138, 142/2-e, 158/1-f, 213, 218, 226 ve 228. maddelerinde yer alan suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır²⁰.

Doğrudan bilişim suçları mantık olarak bir bilişim sistemini hedef olarak alınan suçlar olarak düzenlenmiştir. Bilişim sistemleri ve bilişim sistemlerinin sahip olduğu veriler bu kapsamda suçun zarar verdiği süje olarak belirlenmiştir²¹. Bilişim sistemlerine yetkisiz erişim sağlanması, erişim sağlanan bilişim sisteminde bulunan verilerin bir şekilde zarar uğraması ya da bu verilerin manipüle edilmesi gibi çeşitli eylemler suç kapsamına alınmıştır. Ancak bilişim

¹⁷ Olga Stepanova, ve Patricia Jechel 'The Privacy, Data Protection and Cybersecurity Law Review: Germany'. (2020) < <https://t.ly/cEAF> > Erişim Tarihi: 23 Aralık 2022.

¹⁸ Ayşe Nur Akıncı, Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün Getirdiği Yenilikler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Kalkınma Bakanlığı (2017) <http://www.bilgitoplumu.gov.tr/wp-content/uploads/2017/07/AB_Veri_Koruma_Tuzugu.pdf> Erişim Tarihi: 24 Aralık 2022.

¹⁹ Martin (n 10) 33–35.

²⁰ Yargıtay Ceza Daireleri Uygulamasında Sıklıkla Rastlanan Bozma Sebepleri (2. B. Türkiye Adalet Akademisi Yayınları 2018) 829.

²¹ Yavuz Erdoğan, Türk Ceza Kanunu'nda Bilişim Sistemini Engelleme Bozma Verileri Yok Etme Değiştirme Suçu (Yayımlanmış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2011) 31.

gibi her gün yeni bir gelişmenin yaşandığı alanda kesin suç tanımları yaparak tüm alanı kontrol altında tutmak kolay değildir. Bu nedenle bazı eylemlerin hangi kanun maddesi kapsamına gireceğini belirlemek oldukça zor bir çalışma sonucunda ortaya çıkmaktadır. Özellikle konunun tamamen teknik olması bu durumu daha da zorlaştırmaktadır. Bilirkişilerin raporları bu alandaki mahkeme kararlarında oldukça belirleyici bir etkiye sahip olmaktadır. Hatta zaman zaman Bilişim suçları ile ilgili hazırlanan bilirkişi raporlarını anlaşılabilir kılmak için ayrı bir bilirkişiye bile ihtiyaç duyulabilmektedir.

Sosyal ağlarda doğrudan bilişim suçları kapsamında karşımıza çıkan siber saldırı yöntemleri genelde kişisel bilgileri hedef alan Kimlik Avı saldırılarıdır. Kullanıcıların sosyal ağ, e-posta, internet bankacılığı vb. dijital erişim bilgilerini ele geçirmek için sosyal ağların kullanım eğilimlerini ve alışkanlıklarını kullanan bu saldırılar kullanıcıları aldatmaya yönelik saldırılardır. Kişilerin iradelerini sakatlayarak onlardan gerçekte asla vermeyecekleri bilgileri ele geçirmeye yönelik yapılan eylemlerdir²². Bir de bu saldırıların daha teknik olan tarafı vardır. Bilişim sitelerine yetkisiz erişim yapılması kapsamında zararlı yazılımların (virüs, truva atı, vb.) kullanılarak hedef bilgisayarda erişim hakkı kazanılması kapsamında sosyal ağlar kullanıcılarına bu yazılımların gönderilmesi amacıyla kullanılmaktadır²³. Bu nedenle güvenlik uzmanları sürekli olarak kullanıcıları sosyal ağlardan kendilerine gönderilen mesajlardaki bilinmeyen bağlantılara tıklamamaları gerektiği, bilinmeyen Ek dosyaları indirmemeleri gerektiği konularında uyarmaktadırlar.

Dolaylı bilişim suçlarında ise bilişim cihazları bir araç olarak kullanılmaktadır²⁴. Buradaki geleneksel ve klasik olan suçlar internetin ve bilişim cihazlarının sağladığı bazı avantajların kullanılması yardımıyla işlenmektedir. İnternetin sağladığı anonimlik b kapsamında büyük rol oynamaktadır. Kullanıcıların kendilerini görünmez olarak hissetmeleri bu bölümdeki suçların gerçek dünyada yüz yüze olarak işlenmesiyle karşılaştırıldığında çok daha kolay işlenir olduğunu göstermektedir. Sosyal ağlar dolaylı bilişim suçlarında ise bir suç işleme platformu şekline dönüşmektedir. Gerçek hayatta bir araya gelmeleri çok zor olan binlerce insan bir sosyal ağ uygulamasının sunduğu hizmetle bir grup oluşturarak anında iletişim ve etkileşim imkanına kavuşmaktadır. Bir müddet sonra bu ortam bir suç mahaline dönüşebilecektir.

²² Mert Küçükvardar, 'Suç Olgusunun Değişen Yüzü: Siber Suçlar' (2018) (1) Uluslararası Bilişim, Teknoloji ve Felsefe Dergisi 1, 1-17.

²³ Özge Apiş, 'Bilişim Sistemine Girme Suçu Bakımından Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama Elkoyma Koruma Tedbiri' (2018) (37) Yasama Dergisi 49, 49-86.

²⁴ Ahmet Gül, Doğrudan Dolaylı Bilişim Suçları (3.B, Seçkin Yayıncılık 2021, Ankara) 56-57.

Sosyal ağların suç işleme maksatlı kullanımından önce bilgi toplama amaçlı kullanıldığından bahsetmiştik. Son yıllarda sosyal ağların yeni medya kapsamında kitleleri etkileme gücünün büyük bir hızla arttığına şahit olduk. Bu kapsamda dezenformasyon ve manipülasyon yapılarak sosyal ağ kullanıcılarının etkilenmesinin mümkün olduğu görülmüştür. Böylesi güçlü bir teknolojinin merkezinin yurt dışında olması bu gücün etkilerinden zarar görmemek için alınabilecek önlemler açısından da büyük bir güçlük çıkarmaktadır. Bu kapsamda 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun kapsamında değişiklikler yapılarak çeşitli önlemler alınmaya çalışılmıştır.

Uygulamada karşılaşılan suçlara bakıldığında sosyal ağlar ve internette yayımlanan diğer blog, internet sitesi, forum vb. platformlar kullanılarak işlenen suçların büyük bir çoğunluğunun bilişim sistemlerinin araç olarak kullanıldığı suçlar olduğu görülmektedir. Klasik olarak işlenen suçlar olan hakaret ve tehdit bilişim sistemleri kullanılarak gerçekleştirilebilmektedir. Sözlü, yazılı ve yüz yüze olarak işlenen hakaret ve tehdit suçları bilişim sistemleri üzerinden işlendiğinde de aynı şekilde ve aynı hükümlere göre cezalandırılacaktır. Ancak burada bir fark ortaya çıkmaktadır. Suçu işleyen kişi yüz yüze bir ortam olmayan internet ortamında istediği bir kimliğe bürünebilmektedir. Sosyal ağların en büyük zaaflarından birisi olan anonimliğe izin vermesi ile bu tür suçlarda kolayca suç işleyen kimliğine erişmek mümkün olmamaktadır. Suçun failinin sosyal ağlar üzerinden gerçek olmayan kimlik bilgileri ile yaratmış olduğu sosyal ağ profilini kullanarak, "kendini tanınamayacak bir hale sokarak" işlemesi durumunda failin cezasının TCK m. 106/2(b)'deki "Kişinin kendisini tanınamayacak bir hâle koyması suretiyle..." düzenlemesi nedeniyle ağırlaştırılması söz konusu olacaktır.

Suç işlendikten sonraki soruşturma süreci ise geleneksel suçlara oranla daha karmaşık bir hal almaktadır²⁵. Suçun işlendiği ortam siber ortamdır. Kimliklerin net olmadığı profillerin gerçeği yansıtmayı yansıtmadığının belli olmadığı adeta karanlık bir samanlık gibidir. Böylesi bir ortamda dijital deliller ve dijital delillerin hemen elde edilmesi hususu çok önemli bir hale gelmektedir²⁶. Büyük bir hız ve hassasiyetle delillerin toplanması ve soruşturmaya başlanması

²⁵ Cumhur Şahin, 'Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlar, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma' (2019) 1 (2) Yaşar Hukuk Dergisi 271, 271-286.

²⁶ Merve Erdem ve Gürkan Özocak, 'Sınırşan Bir Suç Olarak Siber Suçlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği' <<http://ozocak.com/Dosyalar/d863d5.pdf>> Erişim Tarihi: 15 Kasım 2021.

bir zorunluluktur. Aksi halde dijital delillere ulaşmak mümkün olmayacak ve suçla ilgili en önemli ispat aracı olan dijital delillerden mahrum kalınacaktır²⁷.

Sosyal ağlarda hakaret, tehdit gibi suçlar uygulamada en çok karşılaşılan suç tipleridir. Bu suçların yanına cinsel taciz suçu da eklenebilir. Özellikle sosyal ağlara üyelik esnasında ciddi bir yaş sınırlaması olmadığından hemen her yaştan bilişim sistemi kullanıcısı rahatça sosyal ağ profilleri oluşturup kullanıcı olabilmektedirler. Sosyal Ağ Uygulamalarının sahibi olan şirketler beyana dayalı bir üyelik sistemine sahiptirler. Her ne kadar bazı uygulamaları 18 yaş üzeri kullanıcıların hizmetine sunuyor olsalar da bu yaş kontrolü kullanıcıların beyanı ile yapılmaktadır. Cinsel taciz ve özellikle çocukların hedef alındığı müstehcenlik ya da daha çok çocuk pornografisi olarak da bilinen bu suçların öncelikli hedefi çocuk yaştaki sosyal ağ kullanıcıları olmaktadır. Sosyal ağların herkesin birlikte aynı ortamda bulunacağı bir şehir meydanı gibi düşünüldüğünde hedef olarak belirlenen kişilere ulaşmak çok kolay olmaktadır. Böylesi sisl bir ortam her türlü suçun işlenmesine kolaylık sağlayan bir ortam haline gelmiştir. Sosyal ağların yapısı itibarıyla ve cinsel taciz suçunda kanun koyucunun failin fiziksel temasını aramaması, failin mağduru "cinsel amaçlı olarak taciz etmek" davranışını suçun oluşması için yeterli görmesi sosyal ağlarda özellikle mesajlaşma kapsamındaki etkileşimlerde fazlaca karşılaşılan bir suç olarak karşımıza çıkartmaktadır. Failin mağdura karşı cinsel içerikli sözler söylemesi veya bu amaçla görseller paylaşması cinsel taciz suçunu oluşturacaktır.

Özellikle yeni teknolojiler olarak adlandırabileceğimiz Blockchain, NFT ve Metaverse gibi kavramlar sosyal ağların bu teknolojilerin tamamlayıcısı olarak kullanılmasına neden olmuştur. Non-fungible token kelimelerinin kısaltması olan NFT Türk Dil Kurumu tarafından Nitelikli Fikri Tapu olarak Türk diline kazandırılmıştır. Resim, müzik, video, tweet, sosyal ağ durumları, makaleler, pul koleksiyonlarındaki pulların dijital görünimleri ve dijitalleştirilebilen her türlü medya NFT olarak dijital ortama aktarılabilmektedirler. NFT ticareti internet üzerinde kurulan pazaryeri adı verilen internet sitelerinde yapılmaktadır. Kripto varlıklara ve Blockchain teknolojisine ilgi duyan meraklıların aktif olduğu birçok sosyal ağ grupları ve sayfaları bulunmaktadır. Sosyal ağlarda irili ufaklı birçok bu tür grup görmek mümkündür. Bunu fırsat bilen siber korsanlar kullanıcıları tuzağa düşürmek için ünlü grupların sahte profillerini ve sayfalarını açarak var olmayan NFT'leri kullanıcılara satmaya çalışmaktadırlar. NFT'lere merak duyan kişilerin bu merakını kullanan siber korsanlar hem

²⁷ Murat Volkan Dülger, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku (9. B. Seçkin Yayıncılık, 2022) 741

kişisel verilerin hem de haksız kazanç elde etmenin peşindeler. Siber hırsızlar NFT hırsızlığı için Sosyal ağları yoğun bir şekilde kullanmaktadırlar.

SONUÇ

Doludizgin yaşadığımız internet sürecinin en önemli aktörleri tartışmasız sosyal ağ uygulamalarıdır. İnternet kullanım yaşının anaokulu yaşı ile eşit seviyede olduğu bir çağ yaşanmaktadır. Mobil cihazlar bebeklerine mama yedirirken annelerin en büyük yardımcısı olmuş durumda! Amerikan ordusu bağımlılık listesine cep telefonu ve internet bağımlılığını ekledi. Yakın bir gelecekte sosyal ağ bağımlılığının da Amerikan ordusunda bağımlılık olarak tanımlanacağı konuşuluyor. İnterneti eğitim amaçlı kullananların sayısının internette sadece sosyal ağları kullananların sayısına oranla çok daha az bir miktarda olduğu araştırma sonuçlarına yansımaktadır. Sosyal ağlar sayesinde nickname denilen isimlendirme şekli hayatımıza girmiş durumda. Sosyal ağlarda ünlüler ve ticari işleri için kullananlar hariç kendi kimliğini kullananların sayısı her geçen gün düşüyor. E-posta ve sosyal ağ profillerinin oluşturulma koşullarının kontrol altında olmamasından kaynaklanan bir karmaşa ortama hakim olmuş durumda.

Sosyal ağlara üye olmak için sadece bir e-postanızın olması yeterli olmakta. O e-posta sahibi olmak için ise hiçbir bilginizin kontrol edilmemesi zaten ortamdaki kimlik doğrulama sürecinin ne durumda olduğunu gözler önüne seriyor. Maalesef bu belirsizlik karanlık bir ortamın oluşmasına meydan veriyor. Böylesi bir bilinmezlik kendi suç ve suçlularını yaratmakta hiç geç kalmıyor. Sosyal ağlarda işlenen siber suç olarak tanımladığımız suçların kolayca işlenmesi kullanıcıların profil oluştururken kimliklerini maskeleyerek ağlarda boy göstermelerine doğrudan bağlı olarak gözükmektedir. Bahsettiğimiz anonimlik hissi kullanıcıların gerçek dünyaya oranla daha rahat hareket etmelerine olanak veriyor. Son yüzyılda bilgisayar oyunlarına gösterilen ilgi sanal dünyada farklı kimliklere bürünme konusunun daha fazla ilgi çekmesine neden oldu. Özellikle internet üzerinden gerçek kişilerin çevrimiçi olarak birbirlerine karşı oynadıkları ve yoğun şiddet içeren oyunlar insanların zihninde sanal dünya ile gerçek dünyanın zaman zaman birbirine karışmasına neden olmaya başladı.

Okula giderken çocuklarını tanımadıkları yabancı kişilere karşı sıkı sıkıya tembihleyen anneler çevrimiçi oyunlarda tanımadıkları yabancı kişilere teslim ederken aynı hassasiyeti göstermiyorlar. Muhtemelen bu rahatlık fiziksel temasın olmayacağı düşünülmüşünden kaynaklanıyor. Ancak birçok suçun işlenmesi için aynı fiziksel ortamda bulunulma zorunluluğunun olmaması göz ardı ediliyor. Toplu taşıma aracında çocuğuna biraz dikkatlice bakan kişilerden rahatsız olan ebeveynler, çocuklarının resimlerini sosyal ağlar

üzerinden milyonlarca insanın görebileceği bir erişim yetkisiyle paylaşabiliyor. Ancak ciddi bir adli olay yaşandığında sanal ortamın da en az gerçek dünya kadar zararlı ve tehlikeli olduğu anlaşılıyor. Buradaki problem sahalarının en başında ebeveynlerin dijital okur yazarlık konusundaki eksiklikleri geliyor. Bu eğitim eksikliğinin sonucunda ise mağdur çocuklar ve dolayısıyla mağdur ebeveynler olmaktadır.

Pandemi döneminin eğitim ve ticaret alanlarında internet kullanımını neredeyse zorunlu hale getirmesiyle artan internet kullanımı kullanıcı sayısının artmasına ve kullanıcı yaşının düşmesine neden olmuştur. Artan teknoloji kullanıcı sayısına karşın kullanıcıların siber güvenlik bilgisinin yeterli olmaması da siber suçların artışında etkili olmuştur.²⁸ İnsanların gerçek kimliklerini, yaşlarını, cinsiyetlerini vb. özelliklerini saklayarak bu ortama girmeleri hayal ettikleri kimliklere bürünmeleri ve daha da önemlisi dijital ortamda kimlik tespitinin çok daha zor olması bu ortamda suç işlemeyi çekici hale getirmiştir. Sosyal ağlar yardımıyla yapılacak dezenformasyonun kısa zamanda göstereceği yıkıcı etki de göz önüne alındığında bu sosyalleşme ortamlarının ne kadar tehlikeli olabileceği tahmin edilebilecektir. Ülkemizde yapılan yasal düzenlemelere rağmen hala sosyal ağ platformlarının sahibi şirketler gerekli önemi göstermemekte ve yetkili kişilerini ülkemizde görevlendirmemektedirler. Halihazırdaki internet teknolojileri merkezizetsiz uygulamalara sahip değildir. Gelecekte bir de merkezizetsiz internet teknolojilerinin hayatımıza gireceği düşünüldüğünde gerektiğinde sorumlu tutulacak sosyal ağ platformu sahibi bir şirket bulamayacağız. Halen tam otonom araç teknolojilerinde bir kaza sonrasında sorumluluğun kimde olacağı konusu açıklığa kavuşmamışken, yapay zekanın sorumluluk sahibi olup olamayacağı tartışmaları devam ederken merkezizetsiz internet teknolojilerinde kime hesap sorulacağı konusuyla ilgili ortada hiçbir ipucu bulunmamaktadır.

²⁸ James H. ve Usha D., The Pocket Guide to Cyber Security, (Amazon Digital Services LLC - KDP Print US, 2020) 84.

KAYNAKÇA

- Akıncı AN, Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün Getirdiği Yenilikler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Kalkınma Bakanlığı (2017) <http://www.bilgitoplumu.gov.tr/wp-content/uploads/2017/07/AB_Veri_Koruma_Tuzugu.pdf> Erişim Tarihi: 24 Aralık 2022.
- Apiş Ö, 'Bilişim Sistemine Girme Suçu Bakımından Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama Elkoyma Koruma Tedbiri' (2018) (37) Yasama Dergisi, 49-86.
- Chauhan S. ve Panda NK, 'Hacking Web Intelligence', (2015) (8) Network Security.
- Chen T, Kumar A, Nagarsheth P, Sivaraman G. ve Khoury E, 'Generalization Of Audio Deepfake Detection' Odyssey 2020 The Speaker and Language Recognition Workshop 1-5 November 2020, Tokyo, Japan, <https://www.isca-speech.org/archive_v0/Odyssey_2020/abstracts/29.html> Erişim Tarihi: 19 Ocak 2023
- Dülger MV, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku (9. B. Seçkin Yayıncılık, 2022)
- Erdem M. ve Özocak G, 'Sınıraşan Bir Suç Olarak Siber Suçlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği' <<http://ozocak.com/Dosyalar/d863d5.pdf>> Erişim Tarihi: 15 Kasım 2021.
- Gül A, Doğrudan Dolaylı Bilişim Suçları (3.B, Seçkin Yayıncılık 2021, Ankara)
- Henkoğlu T, Adli Bilişim Dijital Delillerin Elde Edilmesi ve Analizi (2. B. Pusula Yayınevi 2014)
- Ilić M. ve Spalević Z, (2017) 'The Use of Dark Web for the Purpose of Illegal Activity Spreading', (2017) 63 (1) Ekonomika, 73-82.
- James H. ve Usha D., The Pocket Guide to Cyber Security, (Amazon Digital Services LLC - KDP Print US, 2020)
- Kandır M, 'Instagram Kullanım Koşulları' <<https://www.mkandır.av.tr/2022/03/19/instagram-kullanim-kosullari-1/>> Erişim Tarihi 3 Ocak 2023.

- Kemp S, 'Another Year Of Bumper Growth' (Digital 2022) <<https://wearesocial.com/uk/blog/2022/01/digital-2022-another-year-of-bumper-growth-2>> Erişim Tarihi 21 Aralık 2022.
- Kumar G, Dinesh Kumar Saini ve Nguyen Ha Huy Cuong, Cyber Defense Mechanisms: Security, Privacy, and Challenges (Artificial Intelligence (AI): Elementary to Advanced Practices (1. B. CRC Press 2020)
- Küçükvardar M, 'Suç Olgusunun Değişen Yüzü: Siber Suçlar' (2018) (1) Uluslararası Bilişim, Teknoloji ve Felsefe Dergisi, 1-17.
- Lietsala K. ve Sirkkunen E, Social Media. Introduction To The Tools And Processes Of Participatory Economy (Tampere Üniversitesi Yayınları 2008)
- Martin DC, 'Taking The High Road White Hat, Black Hat: The Ethics Of Cybersecurity', (2017) 8 (1) ACM Inroads Magazine, 33-35.
- Nicholas K ve Stavros S, Cyber-Security Threats, Actors, and Dynamic Mitigation (1. B. CRC Press 2021)
- Sabillon R, Cano JJ, Cavaller Reyes V. ve Serra Ruiz J, 'Cybercrime And Cybercriminals: A Comprehensive Study' (2016) 4 (6) International Journal of Computer Networks and Communications Security, 165-176.
- Sajithra K ve Patil R, 'Social Media – History and Components', 2013 7 (1), IOSR Journal of Business and Management, 69-74.
- Scanlan E, Davis P, Curtis C. ve Newman B, 'Censorship on Facebook', BYU School of Communications COMMS 382: Global Issues in Communications, (12 Nisan 2022).
- Stepanova O, ve Jechel P, 'The Privacy, Data Protection and Cybersecurity Law Review: Germany'. (2020) <<https://t.ly/cEAF>>Erişim Tarihi: 23 Aralık 2022.
- Şahin C, 'Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma' (2019) 1 (2) Yaşar Hukuk Dergisi, 271-286.
- Toshpulatov M, Lee W. ve Lee S, 'Generative Adversarial Networks And Their Application To 3D Face Generation: A Survey', 2021, 108 Image and Vision Computing, <<https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S026288562100024X>> Erişim Tarihi: 19 Ocak 2023.

Yalçın N. ve Gürbüz F, 'Sosyal Ağlarda İşlenen Suçlar, Facebook Sosyal Ağı Örneği', Akademik Bilişim Konferansı, Eskişehir 2015.

Yargıtay Ceza Daireleri Uygulamasında Sıklıkla Rastlanan Bozma Sebepleri (2. B. Türkiye Adalet Akademisi Yayınları 2018)

Yavuz Erdoğan, Türk Ceza Kanunu'nda Bilişim Sistemini Engelleme Bozma Verileri Yok Etme Değişirme Suçu (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2011)

<<https://www.statista.com>>, Erişim Tarihi: 21 Ekim 2021



ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

Özel Hastane ile Hasta Arasındaki Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Av. Ahmet SEYHAN*

Öz

Özel hastane ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliğine ilişkin gerek öğretide gerekse Yargıtay içtihatlarında konu ile ilgili farklı görüşler bulunmaktadır. Bu çalışma hastanın özel hastanede ayakta tedavi olması durumu ile yatarak tedavi olması durumlarında taraflar arasındaki hukuki ilişkinin ne olacağı ve hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda öğretide yer alan görüşleri incelemektedir.

Anahtar Kelimeler

Özel Hastanenin Hukuki Sorumluluğu, Hastaneye Kabul Sözleşmesi, Vekâlet Sözleşmesi.

* Eskişehir Barosu, ahmetseyhan@seyhanpartners.com, ORCID: 0000-0002-3766-3858.



Legal Characteristics of the Agreement Between the Private Hospital And the Patient

Abstract

There are various opinions regarding the legal characteristics of the legal relationship between the private hospital and the patient, both in the doctrine and Supreme Court practises. This study examines the views in the doctrine on what the legal relationship between the parties will be and which statutory provisions will be applied in the case of outpatient treatment and inpatient treatment individually.

Keywords

Legal Responsibility of Private Hospital, In-Patient Care Admission Agreement, Attorney's Retainer Agreement.

GİRİŞ

Günümüzde hukuk kurallarının hazırlanmasının en büyük amacı insanın kendi varlığını düzen ve huzur içerisinde devam ettirebilme arzusudur. Bu doğrultuda kendisine kurallar koyan insan, bu kuralları yine kendisi uygulayarak kendisine daha sağlıklı ve iyi bir dünya yaratma amacıyla hareket etmektedir. En temel ve korunması gereken hak ise yaşam hakkıdır. Sağlık hakkı da yaşam hakkı ile doğrudan bağlantılı olup insanların sağlık hizmetlerine kolayca erişim hakkının sağlanması hem devletin hem de o devlette yaşayan insanların refahı için elzemdir. T.C. Anayasası md. 56'da herkesin beden ve ruh sağlığının korunması konusunda devlete sorumluluk yüklenmiştir. Ayrıca aynı maddede devletin bu yükümlülüğü yerine getirirken özel kuruluşlardan da yararlanabileceği belirtilmiştir.

Günümüzde özellikle şehir hastanelerinin kurulması ile devlet, sağlık sektöründe hastane sayısını ve yatak kapasitesini arttırmak istemektedir. Ayrıca neredeyse her ilde ve büyük ilçelerde açılan özel hastaneler ile ülkemizde nüfus ile orantılı günden güne artan hasta sayısına cevap verilmeye çalışılmaktadır. Ruh veya beden bütünlüğünde bir rahatsızlık olduğunu düşünen kişiler bu ızdıraplarını dindirmek için kamu veya özel hastaneye başvurmaktadır. Hasta, özel hastaneye hastalığı ile ilgili başvurduğu zaman aralarında zımni veya yazılı bir sözleşme kurulmaktadır. Eğer hasta özel hastanede yatarak tedavi görecekseniz öğretilerde bu sözleşmeye “hastaneye kabul sözleşmesi” adı verilmektedir. Ayakta tedavi halinde ise yine taraflar arasında bir sözleşme akdedilmektedir ve öğretilerde baskın görüş bu sözleşmenin vekâlet sözleşmesi olduğu yönündedir.

Bu çalışmada öncelikle özel hastane kavramı üzerinde durulacaktır. Sonrasında özel hastane ve hasta arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğinin daha iyi anlaşılabilmesi için hekim ve hasta arasındaki sözleşmenin niteliği irdelenecek ve genel hatlarıyla hastaneye kabul sözleşmesinin hukuki niteliği üzerine öğretilerde yer alan görüşler incelenecektir.

I. ÖZEL HASTANE KAVRAMI

Kişilere, ruh ve beden sağlığının korunması veya bozulması durumunda düzeltilmesi konularında devletten talepte bulunabilme hakkı sağlayan sağlık hakkı ülkemizin de taraf olduğu İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Philadelphia Bildirgesi, Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme gibi birçok uluslararası kaynakta yer

bulmuştur¹. Bu noktada sağlık hakkının devamı niteliğinde olan herkese sağlık hizmetinin sunulması konusu bir kamu hizmeti olarak nitelendirilebilir. Anayasanın md. 56/4 hükmü dayanak alınarak kurulan özel hastaneler de devletin denetiminde bu kamu hizmetini sağlamak için kurulan işletmelerdir². Katılmadığımız görüşe göre³ özel hastaneler, sağlık hizmeti sunarken kamu hizmeti amacı gütmeyeceği belirtilmektedirler. Özel hastaneler her ne kadar kâr amacı güderek faaliyet gösteriyor olsalar da yaptıkları hizmetin niteliği gereği kamu hizmeti ifa etmektedirler. Bu nedenle yaşam hakkını doğrudan ilgilendiren bu kamusal nitelikte hizmeti verirken özen ve sadakat yükümlülüğü altındadırlar⁴.

Özel hastane kavramı gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri tarafından kurulan, Sağlık Bakanlığı'na, özel idarelere, belediyelere, üniversitelere, devlet tarafından yönetilen vakıflara bağlı olmayan, Sağlık Bakanlığı denetiminde olan, yatarak veya ayakta sağlık hizmetini kar amacı güderek insanlara sunan ve 2219 sayılı HHK md. 3 uyarınca Sağlık Bakanlığı'nın izni ile kurulan kuruluşlardır⁵. Günümüzde özel hastaneler çoğunlukla TTK kapsamındaki ticari işletmeler tarafından işletilmektedir⁶. Tanımdan da anlaşılacağı üzere özel hastaneler her ne kadar kamusal faaliyet yürütse de ekonomik olarak varlıklarını sürdürebilmeleri için kazanç elde etmeleri gerekmektedir. Sağlık hakkı gibi yaşam hakkına bağlı bir konu üzerinden kazanç sağlanması oldukça tehlike arz eden bir durum gibi görünse de bu durumun hastaya daha iyi bir sağlık hizmeti sağlama konusunda özel hastaneler arasında rekabetin varlığı gibi olumlu yanlarının da olduğu bir gerçektir⁷.

Hasta ve Çalışan Güvenliğinin Sağlanmasına Dair Yönetmelik md. 4'te özel hastanede çalışan tüm sağlık personellerinin ve sağlık meslek grubundan olmasa bile sağlık hizmetinin verilmesine yardımcı olan tüm personelin özel hastane çalışanı olduğu belirtilmiştir⁸. Özel hastanede çalışan tüm personel, hastaya verilen sağlık hizmeti konusunda

¹ Öznur Vuran Doğan, 'Bir İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı ve Uluslararası Dayanakları', (2009) 1 (1) Sağlık Hukuku Digestası 341, 343.

² Çağrı Ülker, Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Hukuki Niteliği (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü Uluslararası Ticaret Hukuku ve AB Anabilim Dalı 2017) 4.

³ Hayrunnisa Özdemir, 'Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu', Sağlık Hukuku Makaleleri 1 (İstanbul Barosu Yayınları 2012) 296.

⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 13-291/370, 23.06.2004.

⁵ Ülker (n 3) 8.

⁶ Çağlar Özel ve Doğan Nadi Leblebici, 'Organizasyon Kusurundan Doğan Zarar Açısında Özel Hastane ve Hekimlerin Sorumluluklarına Kısa Bir Bakış' (2007) 10 (2) Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi 177, 183.

⁷ Ülker (n 3) 11.

⁸ Hasta ve Çalışan Güvenliğinin Sağlanmasına Dair Yönetmelik, RG: 06.04.2011/27897.

6098 sayılı TBK md. 116 kapsamında özel hastane işletmecisinin ifa yardımcısı konumundadır⁹.

II. HASTANEYE KABUL SÖZLEŞMESİ

Özel hastane ile hasta arasındaki ilişki genellikle hastanın kendisi fiziksel ve ruhsal bütünlüğünde bir sorun olduğunu düşünmesi ve bunun neticesinde özel hastaneye başvurması ile başlamaktadır. Bu ilişkinin bir tarafında özel hastane işletmesi bünyesinde hekimler, diğer sağlık personelleri ve özel hastane çalışanları bulunurken diğer tarafında ise hasta ve varsa kanuni temsilcileri bulunmaktadır¹⁰.

Hastaneye kabul sözleşmesi tedavi için özel hastaneye başvuran hasta veya kanuni temsilcisi ile özel hastane işletmesi arasında kurulan bir sözleşme olup bu sözleşme türünde hasta, özel hastanede yatarak tedavi olmakta ve bu hizmetler karşılığında ücret ödemektedir¹¹. Tanımdan da anlaşılacağı üzere hastaneye kabul sözleşmesinde hasta, özel hastanede yatarak tedavi olmaktadır. Ayakta tedavi veya poliklinik hizmetleri durumunda bu sözleşmeden bahsetmek mümkün değildir.

Hastaneye kabul sözleşmesinde özel hastanenin hastanın hastalığının teşhis edilmesi ve tedavisi, özen ve sadakat yükümlülüğünün yerine getirilmesi, hastanın aydınlatılması ve rızasının alınması, hasta ilgili kayıtların tutulması ve sır saklanması borçları bulunmaktadır¹².

Bu sözleşmenin kurulması ile 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun (TŞSTİDK) gereği tıbbi müdahale etme yetkisi özel hastanelerin denetiminde doktorlar, diş hekimleri, ebeler, hemşireler, diş protez teknisyenleri ve sağlık memurlarına verilmiştir¹³.

A. Sözleşmenin Unsurları

6098 sayılı TBK md. 1 gereği bir sözleşmenin kurulması için tarafların karşılıklı irade beyanlarının birbiri ile örtüşmesi gerekmektedir. Yine aynı kanunda md. 12'de sözleşme

⁹ Mehmet Refik Korkusuz ve Mustafa Halit Korkusuz, 'Sağlık Elemanlarının Görevleri Nedeniyle Verdikleri Zararlara Karşı Kamu Kurumlarının Rücu Hakkı', (2015) 4 (8) Tıp Hukuku Dergisi 19, 21.

¹⁰ Ülker (n 3) 24.

¹¹ ibid 30.

¹² ibid 41.

¹³ ibid 25.

serbestisi ilkesinden bahsederek taraflara kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla herhangi şekle tabi olmaksızın sözleşme akdedebilmeleri hakkı tanınmıştır.

Hastaneye kabul sözleşmesi de hasta ve özel hastane arasında tarafların birbirine uygun irade beyanları doğrultusunda ve sözleşme serbestisi ilkesi dâhilinde kurulur. Bu sözleşmede özel hastane, tıbbi tedavi ve bu tedavi için gerekli diğer edimleri (oda ve yatak hizmeti, ısınma, yemek, banyo, temizlik gibi) üstlenirken hasta da bu hizmetler karşılığında ücret ödemekle yükümlüdür. Ayrıca öğretide ücret ödeme yükümlülüğü dışında hastanın başkaca yükümlülükleri olduğundan da bahsedilmiştir. Buna göre hasta iş birliği yükümlülüğü kapsamında tedaviyi engelleyecek faaliyetlerden kaçınmalı, katlanma yükümlülüğü kapsamında kendisine uygulanan tedavi sürecinde rızası doğrultusunda gerçekleşen vücut bütünlüğüne müdahalelere katlanmalı, son olarak bildirme yükümlülüğü kapsamında hekime kendisi ve geçmişi ile ilgili tıbbi verilerini, geçirdiği hastalıkları, alerjilerini paylaşmalıdır¹⁴. Özel hastane eğer bulunduğu mülki idarede tek hastane değil ise kendisine başvuran hastayı kabul edip etmemekte serbesttir¹⁵.

Özel hastaneye başvuran hastanın küçük olması halinde bu sözleşme hastanın anne ya da babası tarafından imzalanır. Bazı durumlarda hastanın bilinci kapalı olabilir veya şok halinde olduğundan dolayı iradesini açıklayamayacak durumda olabilir. Yürürlükte olan 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu (HHK) md. 32/1 gereği özel hastaneler acil durumda kendilerine gelen hastaların tedavilerini yapmak zorundadır. Bu gibi durumlarda özel hastane önce acil tedavi hizmetini sağlamak zorunda olup hasta, bilinci yerine geldikten sonra kendisi ile sözleşme ilişkisi başlatıp tedavi hizmetine devam edebilir¹⁶. İlgili yasaya göre acil olan durumun sona ermesine müteakip hastaya bu husus bilgilendirilmeli ve hastanın ücret ödemesi karşılığında tedaviye devam edip etmek istemediği hususu yazılı olarak kayda alınmalıdır¹⁷.

B. Sözleşmenin Çeşitleri

Barınma, ısınma, banyo gibi tıbbi tedavi dışında kalan diğer edimler hastaneye kabul sözleşmesinde şüphesiz özel hastane tarafından karşılanması gereken yükümlülüklerdir. Fakat türüne göre tıbbi tedavi hizmeti verilmesi özel hastane dışında başka bir hekime verilebilir. Bu noktada hastaneye kabul sözleşmesi tam hastaneye kabul sözleşmesi, bölünmüş hastaneye

¹⁴ ibid 62-63.

¹⁵ Yasemin Durak, 'Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi', (2014) 3 (6) Tıp Hukuku Dergisi 147, 150.

¹⁶ Ülker (n 3) 29.

¹⁷ ibid 35.

kabul sözleşmesi, hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye kabul sözleşmesi olarak üçe ayrılmaktadır. Bu türler de bağlayıcı olmayıp somut durumun niteliğine göre taraflar farklı türde bir hastaneye kabul sözleşmesi de yapabilirler¹⁸.

Hastaneye tam kabul sözleşmesinde, sözleşmenin tarafları yalnızca özel hastane ile hasta olup tıbbi tedavi dâhil yatarak tedaviye ilişkin her türlü hizmet özel hastane tarafından hastaya ücret karşılığında verilmektedir¹⁹. Bu sözleşme türünde hastanın tedavisini yapacak hekim HHK md. 12 gereği özel hastane tarafından seçilmektedir. Bu durumun doğal sonucu olarak tıbbi teşhis ve tedavi ile ilgili tüm sorumluluk özel hastanenin üzerinde olup bu sözleşmenin ihlalden doğan zararlarda hekimin sorumluluğuna gidilememektedir²⁰.

Eğer özel hastaneye başvuran hasta bazı durumlarda kendisine tıbbi müdahalede bulunacak hekimi kendisi tercih etmek isteyebilir²¹. Bu durumda hasta, hastaneye tam kabul sözleşmesine ek olarak özel hastanenin bünyesinde çalışan veya dışarıdan bir hekimle ayrıca bir sözleşme imzalarsa hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye tam kabul sözleşmesi varlığından bahsedilir²². Özel hastaneler personeliyle ve tüm donanımları ile hastaya güven veren işletmeler olduğu için kendilerine başvuran hastalara verdiği hizmette özen ve sadakat yükümlülüğüne uygun davranmak zorundadırlar²³. Bu sözleşmede tıbbi teşhis ve tedavi yükümlülüğü ve hukuki sorumluluğu hastaneye tam kabul sözleşmesi ile özel hastane tarafından, hekimlik sözleşmesi ile de ayrıca hekim tarafından üstlenilmiştir. Hastanın teşhis ve tedavisi konusunda bilgilendirilmesini kapsayan aydınlatma yükümlülüğü hem özel hastanenin hem de hekimin üzerinde olup öğretide aydınlatmanın tedaviyi bizzat uygulayan hekim tarafından yapılması gerektiği belirtilmiştir²⁴.

Hastaneye tam kabul sözleşmesinde hastalığın teşhis ve tedavisi hekim tarafından özel hastane işletmecisi nam ve hesabına gerçekleştirilir²⁵. Hekimlik ilaveli hastaneye kabul sözleşmesinde ise bu faaliyet hem hekim hem de özel hastane tarafından üstlenilmiş

¹⁸ Ülker (n 3) 36.

¹⁹ Durak (n 16) 149.

²⁰ Ülker (n 3) 37.

²¹ Durak (n 16) 163.

²² Ülker (n 3) 38.

²³ Cahid Doğan, 'Hekimlik Sözleşmesi Katkılı Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi) ile Bölünmüş-Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi, Dar Anlamda Hastaneye Kabul Sözleşmesi)' (2014) 3 (6) Tıp Hukuku Dergisi 177, 186.

²⁴ Durak (n 16) 162.

²⁵ Durak (n 16) 144.

olduğundan tıbbi müdahalenin hukuka ve meslek kurallarına uygun ve özenli olarak yürütülmesinden hem hekim hem de özel hastane müteselsilen sorumludurlar²⁶.

Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde de yine hasta hem özel hastane ile hem de kendi seçtiği hekim ile iki ayrı sözleşme imzalamaktadır. Ancak burada farklı olan ise hastanın özel hastane ile tıbbi teşhis ve tedaviye ilişkin bir sözleşme yapmamasıdır. Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinin hekimlik sözleşmesi ilaveli hastaneye tam kabul sözleşmesi ile karıştırılmaması için taraflarca sözleşmede tıbbi teşhis ve tedaviyi uygulayacak hekimin bu faaliyetinden bizzat sorumlu olduğu ve özel hastanenin tıbbi faaliyetle ilgili herhangi bir sorumluluğunun olmadığı açıkça kararlaştırılması gerekmektedir²⁷. Bu sözleşme türü genellikle özel muayenehanesi olan veya özel hastanede yarı zamanlı çalışıp serbest meslek icra eden hekimlerin ameliyat ya da yatarak tedavi gerektiren durumlarda kendi özel hastalarını anlaştıkları hastanelere yatırmak istedikleri durumlarda karşımıza çıkmaktadır²⁸. Bu gibi durumda bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinin tarafları hasta ile özel hastane olabileceği gibi hastanın temsilcisi sıfatıyla²⁹ hekim ile özel hastane de olabilir.

C. Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Hastaneye kabul sözleşmesinin hukuki niteliği öğretide tartışmalı bir konu olup benzer tartışmalar hekimlik sözleşmesi hakkında da mevcuttur. Bu nedenle her iki hususta da benzer mahiyette olan bu tartışmaları aynı başlık altında incelemede yarar olduğunu düşünüyoruz.

1. Hizmet Sözleşmesi Görüşü

6098 sayılı TBK md. 393'e göre hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağlı olarak belirli veya belirsiz süreli iş görmesi ve işverenin de işçiye zamana veya yaptığı işe göre ücret ödemesi olarak tanımlanmıştır. Kanunda yapılan tanımdan da anlaşılacağı üzere hizmet sözleşmesinin taraflarının işçi ile işveren olduğu, unsurlarının ise işçinin ücret karşılığında işverene bağımlı olarak iş görmeyi taahhüt etmesi ve bu iş görme ediminin belirli veya belirsiz süreli olarak taraflarca kararlaştırılabilmesi olduğu görülmektedir.

²⁶ Ülker (n 3) 43.

²⁷ Erhan Temel, 'Alman Sağlık Sisteminde Hastaneler ve Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu', (2010) 68 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 245, 272.

²⁸ Durak (n 16) 165.

²⁹ ibid 168.

Öğretide tüzel kişilerin işçi statüsünde olamayacağı görüşünün baskın olması ve uygulamada da bu durumun kabul edildiği dikkate alındığında hastaneye kabul sözleşmesinin bir tarafı olan özel hastanenin bir tüzel kişi olması durumu çelişki yaratacaktır³⁰. Bir diğer husus ise bağımlılık unsurudur. Hizmet sözleşmesinde işçi, işveren tarafından belirlenmiş düzen içerisinde işverenin talimatları ile iş görmekte, bu iş görmeye işverene hesap vermekte ve işveren tarafından denetlenmektedir³¹. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi md. 6 kapsamında hekimler, görevlerini ifa ederken bağımsız hareket ederler ve kimseden talimat almazlar. Bu açıdan bakıldığında zaman da hizmet sözleşmesi görüşünün ne hekimlik sözleşmesi ile ne de özel hastane ve hasta arasında akdedilen sözleşme ile bağdaşmadığı açıktır. Son olarak belirtmek gerekir ki, hizmet sözleşmesi belirli veya belirsiz süreli olarak akdedilebilir iken hastaneye kabul sözleşmesinin bu şekilde bir süreye tabi kılınması veya süresiz akdedilmesi mümkün değildir.

2. Eser Sözleşmesi Görüşü

Öğretide ve Yargıtay kararlarında en çok tartışılan konu ise hekim ile hasta arasındaki sözleşmesinin eser sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı konusudur. 6098 sayılı TBK md. 470'te eser sözleşmesi, yüklenici tarafından iş sahibine ücret karşılığında bir eser meydana getirilmesi olarak tanımlanmıştır. Yüklenici, bu sözleşme ile yeni bir şey üretebilir veya var olan bir şeyi onarımını ve değiştirilmesini sağlayabilir³². Eser sözleşmesi, hizmet sözleşmesinden farklı olarak yüklenici uzmanlık alanına giren bir konuda bir eser üretirken veya var olanı değiştirirken iş sahibinin denetimi altında değildir. Vekâlet sözleşmesinden farklı olarak ise eser sözleşmesinde yüklenici, edimin sonucu üstlenmektedir³³.

Önemle belirtmek gerekir ki Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi md. 13'e göre teşhis ve tedavide gerekli özeni gösteren özel hastaneler, tedavinin başarılı olmamasından sorumlu değildir. Gerek ayakta tedavi de gerekse yatarak tedavi de özel hastaneler tedavi ile ilgili bir sonucu garanti edemezler. Fakat uygulamada zorunlu olmayan estetik, cinsiyet değiştirme gibi bazı tıbbi müdahalelerde hekimler tarafından sonucun garanti verildiği görülmekte olup Yargıtay tarafından bu tür durumlarda hekim ile hasta arasındaki ilişkinin eser sözleşmesi olduğuna karar verilmiştir³⁴. Öğretide buna karşı çıkan görüşlerde savunulan husus, insan

³⁰ Ülker (n 3)66.

³¹ Yargıtay 9 HD, E. 2008/7876, K. 2009/20602, 13.07.2009.

³² Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (9. B. Yetkin Yayınları 2012) 313.

³³ Ülker (n 3) 75.

³⁴ Yargıtay 3. HD, E. 2015/17955, K. 2017/2959, 13.03.2017.

bedenin bir eser olarak nitelendirilip maddeleştirilmemesi gerektirir³⁵. Ayrıca karşı görüşlerde bulunan yazarlar tarafından estetik operasyonlarında da hekim tarafından öngörülmesi mümkün olmayan sorunlar çıkabileceği ve bu nedenle hekime eser sözleşmesinden doğan sorumlulukların yüklenmesinin ağır olduğu belirtilmiştir³⁶. Bu görüşe göre eğer hekim tarafından herhangi bir tıbbi müdahalede hastaya önceden bir sonuç garantisi veriliyorsa, bu durumun ayrıca bir garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu ve ayrıca bu verilen garantinin de hekimin aydınlatma yükümlülüğünün ihlali sonucunu doğurduğu savunulmaktadır³⁷.

Yargıtay'ın görüşüne iştirak etmekle birlikte somut olayın durumuna göre tıbbi zorunluluk olmayan estetik veya diş protezi gibi durumlarda hekim veya özel hastane tarafından hastaya bir sonuç garantisi veriliyorsa bu sözleşmenin niteliği eser sözleşmesi kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

3. Vekâlet Sözleşmesi Görüşü

TBK md. 502'de vekâlet sözleşmesi şu şekilde tanımlanmıştır: "*Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir.*" Vekâlet sözleşmesinde vekil, müvekkilinden bağımsız olarak hareket ederek müvekkilinin menfaatine iş yapmaktadır. Vekilin bu bağımsızlığı müvekkilin talimatı ile sınırlı³⁸ olmasına rağmen hastaneye kabul sözleşmesinde bu talimatın hastanın aydınlatılması doğrultusunda tıbbi müdahaleye vereceği rızadan ibaret olduğu öğretilmektedir³⁹. Bu sözleşme türü günümüzde en çok avukatlık ve hekimlik meslek gruplarında uygulama alanı bulmaktadır.

Hasta ile özel hastane arasındaki sözleşme hastanın tedavisi sonuçlanmadan bitmiş ise veya tedavisi başarısız sonuçlanmış ise vekâlet sözleşmesi hükümleri gereği bu durum sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirilmemeli, sadece özen yükümlülüğünün ihlali olup olmadığı hususuna bakılmalıdır⁴⁰. Bir diğer anlatımla vekâlet sözleşmesinde vekil, gerekli özeni göstermek şartıyla o işe ilişkin bir sonuç garantisi vermemektedir. Bu durumda sonuca ilişkin risk müvekkilin üzerindedir. Benzer şekilde ne özel hastanenin ne de hastaneden bağımsız hekimin hastaya herhangi bir iyileşme garantisi veremeyeceği açık olup hastane ve

³⁵ Nuriye Savaş, 'Hekimin Tazminat Sorumluluğu', Sağlık Hukuku Makaleleri 1 (İstanbul Barosu Yayınları 2012) 112.

³⁶ Ülker (n 3) 79.

³⁷ Ülker (n 3) 80.

³⁸ Aral ve Ayrancı (n 33) 401.

³⁹ Çetin Aşçıoğlu, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar (Tekişik Ofset Tesisleri 1993) 17.

⁴⁰ Zekeriya Kürşat, 'Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü' (2009) 67 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 143, 156.

hekim yalnızca hastanın ruhsal veya fiziksel hastalığının tedavisi veya eski sağlığına kavuşması için özenle iş görme taahhüdü altındadırlar⁴¹.

Yargıtay birçok kararında hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin kaynağını vekâlet sözleşmesine dayandığını belirtmiştir⁴². Antalya Bölge Adliye Mahkemesi ise bir kararında⁴³ hekimin hastasına karşı vekâlet ilişkisinden doğan özen borcuna aykırı davrandığını belirterek uyumsuzluğa vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulamıştır.

Özel hastane ile hasta arasındaki sözleşmede hastanın özel hastaneye başvurarak ayakta tedavi olması durumunda kanaatimizce de taraflar arasında vekâlet ilişkisi kurulmuş demektir. Fakat yatarak tedavi durumu mevcut ise tıbbi teşhis ve tedavi konusunda yine aynı şekilde vekâlet ilişkisi kurulurken özel hastanenin diğer edimleri olan barınma, temizlik, banyo gibi konulardaki tarafların arasındaki sözleşme ilişkilerinin ne olacağı konusu tartışmalıdır⁴⁴.

4. Karma Sözleşme Görüşü

Karma sözleşme, yasada düzenlenmiş birden çok sözleşmeye ait unsurların yine yasada öngörülmeden bir şekilde bir araya gelmesi durumu olarak tanımlanmaktadır⁴⁵. Öğretide baskın görüşe göre özel hastanenin tıbbi teşhis ve tedavi borcu, vekâlet sözleşmesi; hastaya oda tahsis etmesi borcu, kira sözleşmesi; hastaya ilaç verilmesi, satış sözleşmesi unsurlarını barındırmakta olup yukarıda açıklanan tanıma uygun olarak tüm bu sözleşmeler yasada belirtilmeyen şekilde bir araya geldiğinden dolayı hastaneye kabul sözleşmesi karma sözleşme niteliğindedir⁴⁶. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında⁴⁷; “*Özel hastane ile hasta arasındaki sözleşme, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş tipik bir sözleşme değildir. Özel hastaneye başvuran bir hasta veya kanuni temsilcisi ile yapılan ve özel hastane işleticisinin hem tıbbi hem de diğer mutad edimleri (yatırma, yedirip içirme vs.) yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeye “Hastaneye Kabul Sözleşmesi” adı verilmektedir. Hastaneye kabul sözleşmesinin kurulması için herhangi bir şekil şartına uyulması zorunluluğu bulunmamaktadır (B.K. m. 11/1); hatta bu sözleşmenin zımnî irade açıklaması ile kurulması dahi mümkündür. Bu şekilde hastaneye (hasta) kabul sözleşmesi adı altında, birden fazla edimi içeren, karma yapıda ve nitelikte, bir sözleşme ilişkisinin kurulması söz konusudur... Hastaneye kabul sözleşmesinin*

⁴¹ Aşçıoğlu (n 40) 18.

⁴² Yargıtay 13. HD, E. 2015/40778, K. 2017/3963, 05.04.2017.

⁴³ Antalya BAM 3. HD, E. 2017/511, K. 2017/452, T. 25.05.2017.

⁴⁴ Ülker (n 3) 100.

⁴⁵ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (13. B. Beta Yayınları 2011) 193.

⁴⁶ Aral ve Ayrancı (n 33) 54.

⁴⁷ Yargıtay HGK, 13-393/452, 21.10.2009.

hukuki niteliğinin tespiti bakımından, günümüzde gerek Alman ve İsviçre hukuklarında, gerekse Türk hukukunda “karma sözleşme” olarak kabul edilmektedirler.” demek suretiyle özel hastane ile hasta arasında kurulan hastaneye kabul sözleşmesinin karma nitelikli bir sözleşme olduğunu vurgulamıştır.

Karma sözleşmelere uygulanacak hükümlerin tespitinde ise birçok farklı görüş bulunmaktadır. Bunlardan en çok imtisas görüşü kabul edilmiş olup; bu görüş de kendi içerisinde saf imtisas ve saf olmayan imtisas olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Saf imtisas görüşüne göre karma sözleşmeyi oluşturan unsurlardan hangisi asli edim ise bu edime ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir. Buna benzer olarak TBK md. 502/2’de *“Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düşükleri ölçüde, Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır.”* hükmü nedeniyle vekâlet sözleşmesinin kapsayıcı bir sözleşme olduğu belirtilmektedir. Ankara Bölge Adliyesi de bu duruma ilişkin vermiş olduğu bir kararda; *“Örneğin özel hastaneler ve bu hastanelere tıbbi yardım almak için başvuran kişiler arasında kurulan sözleşme ilişkisi gerek uygulamada gerekse doktrinde vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilip, bu ilişkiden doğan uyuşmazlıklara da vekâlete ilişkin hükümler uygulanmaktadır.”* denilmiştir⁴⁸. Fakat öğretilde isabetli olarak karma sözleşmelere saf imtisas görüşünün veya TBK md. 502/2 hükmünün değil, saf olmayan imtisas görüşünün uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Buna göre karma sözleşmedeki unsurlardan asli edime ilişkin hükümler öncelikli uygulanmalı fakat bu durumun yeterli olmaması halinde diğer unsurlara ilişkin hükümler de uygulanmalıdır⁴⁹. Bu nedenle hastaneye kabul sözleşmesi incelendiğinde asli edimin tıbbi teşhis ve tedavi olması nedeniyle sözleşmeye öncelikle vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması, somut olaya göre uygun düşüğü takdirde diğer sözleşme hükümlerinin de uygulanabileceği öğretilde basın görüşü olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁰.

Hastaneye kabul sözleşmesinde asli unsurun vekâlet sözleşmesi olması ve ayakta tedavi durumunda hasta ile özel hastane arasında vekâlet ilişkisinin kurulması hususu birlikte değerlendirildiğinde 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md. 3/1-1 hükmüne göre vekâlet sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar yine bu kanun kapsamında değerlendirilecek

⁴⁸ Ankara BAM 4. HD, 1360/1114, 19.07.2017.

⁴⁹ Erden Kuntalp, Karşık Muhtevalı Akit (2. B. Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2013) 229.

⁵⁰ Durak (n 16) 154.

ve aynı kanunda yer alan md. 13'e göre aylık hizmet hükümleri kapsamında çözüme kavuşturulacaktır.

6. Sözleşmenin Sona Ermesi

Hastanın tıbbi teşhis ve tedavisinin sona ermesi veya hastanın ölümü durumunda hastaneye kabul sözleşmesi tarafların edimlerini ifa etmesi sebebiyle kendiliğinden sona ermektedir.

Bir diğer ihtimalde sözleşme devam ederken hasta, özel hastane işletmecisini her zaman azledebileceği gibi özel hastane işletmecisi veya hekim de haklı sebeplerin varlığı halinde istifa edebilir⁵¹. Hastanın yaşam hakkını ilgilendiren ve vücut bütünlüğüne müdahale anlamına gelen tıbbi müdahaleye rıza vermesi ile hastaneye kabul sözleşmesinin imzalanması aynı anlama gelmez. Hastanın tedavisi sırasında tıbbi müdahaleye rıza vermemesi hastaneye kabul sözleşmesini sona erdirecektir⁵².

Her ne kadar öğretilerde hekimin iflasının hekimlik sözleşmesini sona erdirmeyeceği⁵³ belirtilse de özel hastane açısından hastanenin iflası, tedavinin mümkün olmaması veya mücbir sebep gibi durumların sözleşmeyi sona erdireceği kabul edilmektedir⁵⁴. Günümüzde karşımıza çıkan hastane yangınları veya bazı durumlarda hastanenin yoğun bakım ünitesinin malum korona virüs pandemisi nedeniyle pandemi ünitesine çevrilmesi hususları bu duruma örnek olduğu kanaatindeyiz.

SONUÇ

Doğrudan yaşam hakkı ile bağlantısı olan sağlık hakkı devletin koruması altındadır. Her ne kadar günümüzde özel hastaneler yaygınlaşıyor ve bu hastaneler kâr amacı güderek hareket ediyor olsa da özel hastanelerin faaliyetleri kamusal niteliktedir. Günümüzde özel hastaneye başvuran hasta ile özel hastane arasında kurulan hukuki ilişkinin niteliği tartışmalı bir konudur. Hastanın hastaneye yatmadan sadece ayakta tedavi olması durumunda özel hastane ile hasta arasında vekâlet ilişkisinin varlığından söz edilmektedir. Aynı şekilde hekim ile hasta

⁵¹ Ülker (n 3) 63.

⁵² ibid 34.

⁵³ Durak (n 16) 165.

⁵⁴ Doğan (n 24) 190.

arasındaki hukuki ilişki de gerek öğretide gerekse Yargıtay içtihatlarında vekâlet ilişkisi olarak tanımlanmıştır.

Hekimler ve özel hastaneler gerek vekâlet sözleşmesi hükümleri gereği gerekse özel yasa hükümleri gereği hastaya tedavinin sonucunu garanti edemezler. Ancak günümüzde oldukça sık karşımıza çıkan estetik ameliyatı gibi bazı operasyonlarda hekimler tarafından tedavi sonucunun hastaya garanti edildiği görülmektedir. Bu durumda hekimin veya özel hastanenin aydınlatma yükümlülüğünü ihlal ettiği kabul edilmelidir. Yargıtay bazı içtihatlarında tedavi amacı gütmeyen ve zorunlu olmayan bazı durumlarda TBK'da belirtilen eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

Eğer hasta, özel hastanede yatarak tedavi görüyorsa bu durumda taraflar arasında hastaneye kabul sözleşmesi varlığından bahsetmek gerekir. Bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi haricinde özel hastane hem tıbbi teşhis ve tedavi borcu altına girmekte hem de barınma, oda tahsisi gibi birçok edimi de üstlenmektedir. Bu durum da bu sözleşmenin karma sözleşme olduğunu göstermektedir. Hastaneye kabul sözleşmesinde asli edimin tıbbi teşhis tedavi olduğu kabul edilmesi gerekir ve öncelikli olarak vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Ancak öğretide baskın olan saf olmayan imtisas görüşüne göre vekâlet sözleşmesi hükümleri yanı sıra somut durumun mahiyetine göre diğer edimlere ilişkin hükümler kıyasen uygulanabilir.

KAYNAKÇA

- Aral F. ve Ayrancı H, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (9. B. Yetkin Yayınları 2012)
- Aşçıoğlu Ç, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar (Tekişik Ofset Tesisleri 1993)
- Doğan C, ‘Hekimlik Sözleşmesi Katkılı Tam Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi) ile Bölünmüş-Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi (Kısmi Hastaneye Kabul Sözleşmesi ve Hekimlik Sözleşmesi, Dar Anlamda Hastaneye Kabul Sözleşmesi)’ (2014) 3 (6) Tıp Hukuku Dergisi 177-196.
- Durak Y, ‘Hastaneye Tam Kabul Sözleşmesi’, (2014) 3 (6) Tıp Hukuku Dergisi 147-176.
- Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (13. B. Beta Yayınları 2011)
- Korkusuz MR. ve Korkusuz MH, ‘Sağlık Elemanlarının Görevleri Nedeniyle Verdikleri Zararlara Karşı Kamu Kurumlarının Rücu Hakkı’, (2015) 4 (8) Tıp Hukuku Dergisi 19-44.
- Kuntalp E, Karışık Muhtevalı Akit (2. B. Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2013)
- Kürşat Z, ‘Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü’ (2009) 67 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 143-166.
- Özdemir H, ‘Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu’, Sağlık Hukuku Makaleleri 1 (İstanbul Barosu Yayınları 2012)
- Özel Ç. ve Leblebici DN, ‘Organizasyon Kusurundan Doğan Zarar Açısında Özel Hastane ve Hekimlerin Sorumluluklarına Kısa Bir Bakış’ (2007) 10 (2) Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi 177-200.
- Savaş N, ‘Hekimin Tazminat Sorumluluğu’, Sağlık Hukuku Makaleleri 1 (İstanbul Barosu Yayınları 2012)
- Temel E, ‘Alman Sağlık Sisteminde Hastaneler ve Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu’, (2010) 68 (1-2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 245-274.

lker , Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Hukuki Niteliği (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü Uluslararası Ticaret Hukuku ve AB Anabilim Dalı 2017)

Vuran Doğan , 'Bir İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı ve Uluslararası Dayanakları', (2009) 1 (1) Sağlık Hukuku Digestası 341-379.



ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

Prof. Dr. Orhan Oğuz Hocanın Aziz Hatırasına

In Memory Of Beloved Prof. Dr. Orhan Oğuz

Av. Mustafa Serhat KAŞIKARA*

Öz

Bu makale, Eskişehir’de bulunan Anadolu Üniversitesi’nin kurucu rektörü ve kıymetli hocası olan Prof. Dr. Orhan Oğuz hakkında yazılan bir anı yazısıdır.

Anahtar Kelimeler

Prof. Dr. Orhan Oğuz, Anadolu Üniversitesi, Eskişehir İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi, Eskişehir.

Abstract

This article is a memoir written about Prof. Dr. Orhan Oğuz, the founding rector and eminent scholar of Anadolu University in Eskişehir.

Keywords

Orhan Oğuz; Anadolu University, Eskişehir Academy of Economics and Commercial Sciences, Eskişehir.

* Eskişehir Barosu, kasikarahukuk@gmail.com, ORCID: 0000-0002-1832-2249.

Sanırım Eskişehirli olan ya da yolu bir şekilde Eskişehir'den veya Anadolu Üniversitesi'nden geçen herhangi bir kişinin, “*onun ismini hiç duymadım...*” diyemeyeceği nadide şahsiyetlerden biridir Orhan OĞUZ.

İnsanlar, ardında bıraktıklarıyla anılırlar. Geride hoş bir seda bırakmak, herkese nasip olmaz derler. Ardında hoş bir seda bıraktığını düşündüğüm ender kişilerdendir Orhan hoca. Eskişehir için Orhan OĞUZ, gerçekten çok önemli bir figürdür. Bu önem, onun Eskişehir'e kazandırdıklarından, ardında bıraktığı binlerce öğrenciden, yetiştirdiği yüzlerce akademisyenden ve yol göstermesiyle ülkeye büyük katkılar yapmış devlet adamlarından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, **dua** **yen** **hocamız Prof. Dr. Orhan OĞUZ'un hikâyesine bakıldığında, ülkemizin aydınlık geleceğine ve eğitime adanmış koca bir ömrün özetine bakılacaktır aslında.** Bu yüzden, Orhan hocama büyük saygım vardır. Hatta, kıymetli hocamın yetiştirdiği bir değer olan ve onun “*Yetişmesinde çok emeğim olan ve Akademi Başkanı seçildikten sonra Kurumun gelişmesi yolunda büyük hizmetler vermiştir*” dediği Anadolu Üniversitesi Eski Rektörü ve Eskişehir Büyükşehir Belediye Başkanı Prof. Dr. Sayın Yılmaz Büyükerşen hocama yaptığım özel bir ziyarette, Orhan hocamın kulaklarını da cınlatmış ve “*Orhan hocam şu an nerede? Üzerinizde büyük emekleri var Yılmaz hocam. O yüzden onu görmek ve sizi yetiştirdiği için ona özel olarak teşekkür etmek isterim...*” demişim. Fakat, pandemi sürecinin patlak vermesi nedeniyle Orhan hocamı ziyaret etmek ne yazık ki nasip olmadı. Hayırlısı olsun, ne diyelim... Ama, tüm hayatını ülkemizin geleceği için özveri ile çalışarak, değerler yaratarak geçiren saygıdeğer hocam Orhan OĞUZ'u son yolculuğuna uğurlamak için Anadolu Üniversitesi Atatürk Kültür ve Sanat Merkezinde 21 Ekim Perşembe günü saat 11.00'de düzenlenen cenaze töreninde, *ona duyduğum bir vefa borcu olarak*, hocamı yalnız bırakmadım. Büyük bir insandı. Koca bir efsanenin aramızdan ayrılışını hem üzüntüyle hem de özlemle izledim. Bu ayrılış, bir yok oluş asla değil; bir dönüşüm ve değişim meselesi... Allah, mekânını cennet eylesin ve nurlar içinde yatsın. Hocama Allah'tan rahmet, ailesine, öğrencilerine ve tüm sevenlerine başsağlığı diliyorum.

Şöyle bir geçmişe baktığımızda, Orhan OĞUZ'un, bunca zamana dek yapmış olduğu tüm etkinlikleri, çıkarı açan bazı faaliyetleri, yalnızca Eskişehir'in değil, ülkemizin bir gururu olarak tüm Türkiye'nin bir kazanımı olduğunu açık yüreklilikle ifade etmeliyim. Dahası söz konusu bu kazanımlar, hâlen de ses getirmektedir. Bunlardan, şehrimiz açısından en önemli olanı ise, tabiki Anadolu Üniversitesi'dir.

HAYATI, ÜSTLENDİĞİ GÖREVLER VE ESERLERİ

Orhan OĞUZ, Eskişehir’de 1924 yılında dünyaya gelmiş, ilk, orta ve lise eğitimini burada bitirmiştir. Babası ve Annesi Eskişehir’in yerli ailelerindedir. Yüksek öğrenimini İstanbul’da Yüksek İktisat ve Ticaret Okulu’nda tamamlayan OĞUZ, daha sonra Fransa’ya gitmiştir. Paris’teki Sorbonne Üniversitesi’nde “*hukuk doktorası*” yapan OĞUZ, 1950 yılında yurda dönmüştür. Meslek yaşamına, İzmir Yüksek Ekonomi ve Ticaret Okulu’nda iktisat ve maliye dersleri vererek başlamıştır. 1951-1955 yılları arasında, Afganistan’ın Kâbil Üniversitesi’nde 4 yıl öğretim üyeliği yapmıştır. OĞUZ, akademik kariyerini sürdürdüğü İzmir’den Eskişehir’e gelerek 1958 yılında Anadolu Üniversitesi’nin temelini oluşturan Eskişehir İktisadî ve İdarî İlimler Akademisi’ni kurmuş ve 11 yıl burada görev yaptıktan sonra, 1969 yılında Akademi Başkanlığı’ndan ayrılmıştır.

1969 yılında Eskişehir Milletvekili olarak TBMM’ye giren OĞUZ, 1969-1977 arasında Eskişehir Milletvekiliği yapmış ve Süleyman Demirel döneminde (2. Demirel Kabinesi), Millî Eğitim Bakanlığı görevini ifa etmiştir. OĞUZ, Eskişehir İktisadî ve İdarî İlimler Akademisi’nin Anadolu Üniversitesi hâline dönüştürülmesinde büyük çabalar sarf ederek, Anadolu Üniversitesi’nin kurulması kanununun çıkartılmasında, öncülük etmiştir.

OĞUZ’un Bakanlığı, 12 Mart 1971 tarihinde sona ermiştir. Bundan sonraki hizmetlerini parlamentoda 1977 yılına kadar sürdüren OĞUZ, 1978 yılında İstanbul İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi Başkanlığı’na seçilmiştir. OĞUZ’un kurucusu olduğu İstanbul İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi “*Marmara Üniversitesi*”ne; Eskişehir İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi ise “*Anadolu Üniversitesi*”ne dönüşmüştür. Marmara Üniversitesi’nin kurulma görevi, kurucu rektör olarak Prof. Dr. Orhan OĞUZ’a verilmiştir. 1992 yılında Marmara Üniversitesi Rektörlüğü’nden emekli olan OĞUZ, 1996-1997 yıllarında Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) Başkanlığı görevinde bulunmuştur.

İktisadî konularda basılmış birçok kitap ve araştırması olan Orhan OĞUZ, Güler OĞUZ ile evli ve iki çocuk, iki torun ve bir torun çocuğu sahibidir. Eskişehir’de kendi adında bir Anadolu Lisesi bulunmaktadır. İstanbul İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi’nin yeniden kuruluşu ve Marmara Üniversitesi’ne dönüştürülmesinde öncülük etmiştir. OĞUZ, Marmara Üniversitesi rektörlüğünden emekli olmuştur.

Orhan OĞUZ’a 1991 yılında Fransız Cumhurbaşkanı tarafından Legion D’honneur nişanı taltif edilmiştir.

Prof. Dr. Orhan OĞUZ'un kurduğu veya kuruluşuna katkıda bulunduğu yurtiçi ve yurtdışı eğitim kurumları şunlardır:

- 1) Afganistan'ın Kâbil şehrinde Türk kolonisinin çocuklarını okutmak için kurduğu Türk İlkokulu, Ortaokulu ve Lisesi (1952).
- 2) Afganistan Yüksek Levazım Okulu kuruluşuna katkı (1953).
- 3) Afganistan Maliye Vezaretine bağlı Maliye Yüksekokulu'nun kurulması (1954).
- 4) Eskişehir İktisadi ve Ticarî İlimler Akademisi (Kurucu Başkan olarak 1958-1969).
- 5) Adana İktisadi ve Ticarî İlimler Akademisi (1968).
- 6) Eskişehir Devlet Mühendislik ve Mimarlık Akademisi'nin kurulması (1970 yılında Milli Eğitim Bakanı olarak).
- 7) Sakarya Devlet Mühendislik ve Mimarlık Akademisi'nin kurulması (1970 yılında Milli Eğitim Bakanı olarak).
- 8) Konya Devlet Mühendislik ve Mimarlık Akademisi'nin kurulması (1970 yılında Milli Eğitim Bakanı olarak).
- 9) Denizli ve Gaziantep Devlet Mühendislik ve Mimarlık Akademilerinin açılış hazırlık çalışmalarına katkıda bulunmuştur.
- 10) Türkiye'de 10 adet Devlet Mühendislik ve Mimarlık Akademilerinin açılmasını öngören kanunun hazırlanması ve çıkarılmasına katkıda bulunmuştur. Bu kurumların hepsi, sonradan üniversiteye dönüşmüştür.
- 11) Bursa İktisadi ve Ticarî İlimler Akademisi'ni kurmuştur (1970 yılında Milli Eğitim Bakanı olarak).
- 12) Adana Tıp Fakültesinin kurulması (1970 yılında Milli Eğitim Bakanı olarak).
- 13) Elazığ'da Veteriner Fakültesi'nin açılmasını sağlamıştır (1970 yılında Milli Eğitim Bakanı olarak).
- 14) Eskişehir Tıp Fakültesi'nin kurulması (Hacettepe Üniversite'ne bağlı olarak açılması sağlanmıştır).
- 15) Eskişehir Eğitim Enstitüsünü 1971 yılında Milli Eğitim Bakanı olarak açmıştır.
- 16) Sivas Cumhuriyet Üniversitesi'nin kurulması.
- 17) Ülkemizin birçok il, ilçe ve beldelerinde Ortaöğretim Kurumlarının ve Meslek Teknik Eğitim Kurumlarının açılmasına katkı sağlamıştır.
- 18) Eskişehir'de Anadolu Üniversitesi kurulması hakkında kanun teklifini Eskişehir Milletvekili olarak hazırlamış ve arkadaşlarına da imzalatarak yasanın TBMM'den geçmesini 1973 yılında sağlamıştır.

- 19) 1977 yılında Akademik hayata yeniden dönen Prof. Dr. Orhan OĞUZ, İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi Akademi Başkanlığı'na seçilmiştir. Akademi içinde içerisinde bazı kurumları Fakülte haline dönüştürerek geliştirmiştir.
- 20) Trabzon İktisadî ve Ticarî Akademisi'nin kuruluşunu sağlamıştır.
- 21) 1982 yılında YÖK Kanunu ile İstanbul İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi, "Marmara Üniversitesi"ne dönüştürülmüş ve kurucu rektörlüğüne atanmıştır. Marmara Üniversitesi'ne bağlanan Fakülte ve Yüksekokullar yanında yeni Fakülteler ve Enstitüleri de kurarak, büyük ve düzeyli bir üniversite hâline getirmiştir.
- 22) Marmara Üniversitesi Rektörü olarak, bağımsızlığına kavuşan Azerbaycan'da Hazar Üniversitesi'nin kurulmasına katkı sağlamıştır.

Görüldüğü üzere, bugüne dek sayısız eğitim kurumunun kurulmasını sağlayan ve yine sayısız eğitim kurumunun kurulmasına öncülük eden OĞUZ hoca, kurduğu vakıflar aracılığıyla eğitim hayatına katkılarını sürdürmeye devam edecektir.

BAZI ANEKDOTLAR:

"Anadolu'da Bir Üniversitenin Kuruluş Öyküsü" adlı kitabında, Eskişehir'de bir üniversite kurma hayâlinin nasıl gerçeğe dönüştürdüğünü anlatan Orhan OĞUZ hoca, Meclise sundukları Eskişehir Anadolu Üniversitesi Kanun Teklifi'nin yoğun çabaları neticesinde 7 Ekim 1973 yılında kabul edilmesinden sonra, duygularını şu sözlerle ifade etmiştir:

"Ben Eskişehir Milletvekili olarak görevini yapmış insanların ruh hâli içinde çok mutluydum. Orhan OĞUZ'un mimarı olduğu Üniversitemiz, bugün milyonlarca öğrencisi ve mezunu ile dünyanın en büyük eğitim ailelerinden biri konumunda."

Aynı kitapta Orhan OĞUZ hoca, Prof. Dr. Yılmaz Büyükerşen'in kadirşinaslığını şu sözlerle dile getirmiştir:

"1977 yılının Haziran ayında milletvekilliğim nihayete erince; Eskişehir'den Prof. Dr. Yılmaz Büyükerşen ve arkadaşları Bayramoğlu'nda ziyaretime geldiler. Biraz sohbet edip, eskiden yeniden konuştuktan sonra Yılmaz Büyükerşen, 'Hocam biz bir kusur işledik, bizi affet. Sizin rızanızı almadan emekliliğinizi kaldırdık, sizi yeniden kadroya aldık. Gelin başımıza geçin; aramızda olun' dedi. Benim için büyük bir sürpriz olmuştu. Öte

yandan yetiştirdiğim bu gençlerin böyle bir kadirşinaslık sergilemeleri de beni fevkalâde duygulandırmıştı. Bir şartla teklifinizi kabul ediyorum. Yeniden idareye katılmaksızın sadece öğretim üyesi olarak kalmak kaydıyla...’ dedim.”

Bugün, Eskişehir’in bir **“öğrenci şehri”** olarak ülkemizin bilim, sanat ve kültür alanında en önemli kentlerinin başında gelmesinde, Orhan OĞUZ Hocamızın çok büyük emekleri vardır. Onu anmak ve de anlamak gerektiğini düşünüyorum. Bu yazı vesilesiyle onu tekrar hatırlamak, yaptıklarına saygı duymak, gelecek nesillerin onu tanımasına vesile olarak ondan feyz almalarını sağlamak ve kendisini yad etmek adına, naçizâne böyle bir anı yazısı kaleme almak istedim. Hatalarım olduysa, şimdiden affola; katkım olduysa da, ne mutlu bana...



ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

Yasa Değişikliği Sonrasında Bozmadan Sonra İslah Kurumu

Av. İlhami AKAN*

I. GİRİŞ ve GENEL DEĞERLENDİRME

Davanın taraflarından birinin, karşı tarafın rızasına bağlı olmaksızın, tek taraflı irade beyanı ile, usule ilişkin işlemlerini kısmen ya da tamamen düzeltmeleri şeklinde tanımlanabilecek olan ıslah kurumu, gerek mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu¹ (HMUK), gerekse de 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK) yer alan ve uygulamada sıklıkla kullanılmakta olan usul kavramlarımızdan birisidir.

Taraflar, dava dilekçesi ve davaya cevap dilekçesi ile iddia ve savunmalarını temel olarak ortaya koyduktan sonra, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile iddia ve savunmalarını, herhangi bir kısıtlama olmaksızın ve karşı tarafın rızasına gerek bulunmaksızın genişletebilirler. Bu aşamadan sonra, iddia ve savunma genişletilemez. Buna, kavramsal olarak, “iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı” adı verilmiştir. Bu kavram, bir hukuk yargılamasında, tarafların, iddia ve savunmalarını ve delillerini, yargılamanın belirli bir aşamasına kadar sunmaları gerektiği olarak kısaca özetlenebilecek olan ve usul hukununun temel ilkelerinden birisi olan, Teksif İlkesi'nin bir yansıması² olarak kabul edilmektedir. ISLAH kurumu işte tam da bu noktada, iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağının, yasaca da tanımlanmış bir istisnası olarak karşımıza çıkmaktadır. Yeri gelmişken, karşı tarafın açık muvafakati ile de iddia ve savunmanın genişletilebileceğini belirtmekte yarar vardır.

* Eskişehir Barosu/ Arabulucu/ Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Öğretim Elemanı, av.ilhamiakan@gmail.com.

¹ Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 29.1.2001, RG 08.12.2001/24607.

² Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 2020/3077 Esas, 2020/5741 Karar. Tarih: 19.10.2020: “Türk Medeni Usul Hukukuna yön veren en önemli ilkelerden biri teksif ilkesidir. Teksif ilkesi tarafların bütün iddia ve savunma sebeplerini belli bir usul kesitine kadar mahkemeye sunmalarını öngörmektedir. Bu ilke uyarınca taraflar dava malzemelerini yargılamanın herhangi bir aşamasında değil, ancak kanunca öngörülen süre dâhilinde mahkemeye hasredeceklerdir. Teksif ilkesiyle davaların gereksiz ve kötü niyetli olarak uzamasının önlenmesi ve yargılamanın sürüncemede bırakılmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Teksif ilkesi hem tarafları hem de Hâkimleri kanunda belirtilen süreye uymaya zorlayarak yargılamanın hızlanmasını sağladığından usul ekonomisi ilkesinin gerçekleşmesine de hizmet etmektedir. Teksif ilkesinin yargılamadaki en önemli yansıması iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağıdır. 6100 Sayılı HMK'nın 141/1. maddesinde tarafların yargılamada iddia ve savunmalarını ne zamana kadar değiştirebilecekleri düzenlenmiştir. Buna göre, taraflar cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Bu düzenleme ile kural olarak dilekçeler aşamasında tarafların iddia ve savunmalarını sunmaları istenmektedir. İddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi yasağının ancak ıslah ve karşı tarafın açık muvafakati ile aşılabileceği yine HMK'nın 144/2.maddesinde belirtilmiştir. Karşı tarafın rızasının olmadığı durumlarda ıslah, yasağın başladığı andan itibaren iddia ve savunmaları değiştirme noktasında taraflar için tek enstrüman olacaktır.”

İslahın, sözlü ve yazılı olarak, ve tahkikatın sona ermesine kadar yapılabileceği HMK 177'nin amir hükmüdür. Tahkikatın sona ermesi, HMK 184 ve 185. maddelerinde yer aldığı üzere, davayla ilgili olarak araştırılacak başka bir hususun kalmadığının tesbiti sonrasında, mahkemece tahkikatın bittiğinin taraflara tefhimi ile gerçekleşmektedir. Bu şekilde davanın tarafları, ıslah kurumunu kullanarak davadaki usul işlemlerini kısmen ya da tamamen ıslah edebilmektedirler.

Uygulamada ıslah, yargılamalara çoklukla davacının davasını kısmen ya da tamamen ıslahı, müddeabihin artırımı, dayanılan dava konusunun değiştirilmesi şeklinde yansımakla birlikte, azlıkla da davaya cevap dilekçesinin ve buna paralel olarak delillerin ıslahı gibi durumlarla da karşılaşılabilir.

Bu şekilde tahkikatın sona ermesinden sonra, tarafların yasa yollarına başvurusu sonucunda kararın ara derece ya da üst mahkemesince incelenmesi aşaması başlamaktadır.

Yargıtay'ın bozma kararından ya da Bölge Adliye Mahkemesi'nin kaldırma kararından sonra ıslah yapılıp yapılmayacağı konusu ise yasa bu konuda açık hüküm bulunmaması nedeniyle, içtihatlarla çözüme kavuşturulmuş bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmamızda ise, Yargıtay'ın bozma kararı veya Bölge Adliye Mahkemesi'nin kaldırma kararından sonra ıslah yapılabilip yapılamayacağı konusu, yasa değişikliği öncesi ve sonrasındaki uygulamalar ve usuli müktesep hak kavramı ışığında değerlendirilecektir.

II. BOZMADAN SONRA ISLAH KONUSUNDA 1948 TARİHLİ İÇTİHADI BİRLEŞTİRME KARARI VE UYGULAMASI

A. İctihadi Birleştirme Kararı:

01.11.2011 tarihine kadar yürürlükte kalmış olan mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda ıslah kurumu düzenlenmiş ise de bozmadan sonra ıslah yapılıp yapılamayacağı konusunda bir hüküm bulunmaması nedeniyle bu konuda farklı uygulamalar ve tabiatıyla da Yargıtay Hukuk Daireleri arasında farklı içtihatlarla sebebiyet vermiş, akabinde, 04.02.1948 tarih ve 1944/10 Esas. 1948/3 Karar sayılı İctihadi Birleştirme Kararı³ ile, Yargıtay'ca hüküm bozulduktan sonra ıslahın mümkün olmadığına oy çokluğuyla karar verilmiştir.

³ (Resmi Gazete, 17.06.1948 – 6934)

Karar oldukça tafsilatlı olmakla birlikte temel gerekçe, “gerek kendi kanunumuzun 84. maddesi ve gerekse de menşe mahiyetindeki Neuchatel Usul Kanunu’nun 78. maddelerinin ibarelerinden, ıslahın yalnız tahkikat ve yargılama safhalarında yani tahkikat bitinceye ve hüküm verilmeye kadar mümkün olabileceğinin kastedildiği, sonraki aşamalarda bu hakkın kullanılamayacağıın anlaşılması gerektiği, kanunumuzun temyiz faslında hükmün temyizen bozulmasından sonra ıslahın mümkün olduğuna dair açık bir hükmün bulunmadığı, aksine tahkikat ve hüküm devreleri gösterilmek suretiyle bir devre ve zaman ile sınırlandırıldığı, hükmün istisnai bir hüküm olduğu ve Yargıtay’ın kararı bozmasından sonraki safhalara da tatbikinin kabul edilmesinin, bozma kararıyla kazanılan hakları ihlal edebileceği gibi tamamen ıslah suretiyle davanın değiştirilmesi hallerinde de işin sonuçlanmasının güçleşeceği, bu suretle bu kurumdan beklenen gayeye ve çabukluk esaslarına aykırı düşeceği”dir.

B. Anayasa Mahkemesi’nin Bu Konudaki Kararı:

Vezirköprü Kadastro Mahkemesi Hakimi’nce, 1086 sayılı HUMK’nun 83. maddesinin “Aynı davada her taraf ancak bir kere ıslah hakkını kullanabilir” hükmünün Anayasa’nın 2., 36., 13. ve 141. Maddelerine aykırı olduğundan bahisle açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi, 2797 sayılı Yargıtay Kanunu’nun 45. Maddesi gereğince İçtihadı Birleştirme Kararları’nın benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini veya mahkemeleri bağladığı, ve bu konuda 04.02.1948 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı da bulunduğu gerekçesiyle, davayı reddetmiştir⁴.

C. İçtihadın Farklı Uygulanma Halleri:

Bozmadan sonra ıslah yapılamayacağına yönelik İçtihadı Birleştirme Kararı’ndan sonra uygulamada genel olarak, hükmün Yargıtay’ca bozulmasından sonra ıslahın yapılamayacağı şeklinde bir genel kabul olduğu bilinmektedir⁵. Ancak zaman zaman buna yönelik farklı uygulamalarda görülmektedir. Yargıtay’ın bazı daireleri bozmadan sonra ıslah olmaz içtihadını mutlak olarak uygulamakta,⁶ bazı daireleri bozmanın esastan olup olmamasına göre nispi olarak uygulamakta olup, bozmadan sonraki ıslahı yeni bir dava ya da ek dava olarak nitelendiren farklı uygulamalarla da karşılaşmaktadır.

⁴ Resmi Gazete, 10.03.2000 – 23989

⁵ Mehmet Akif Tutumlu, Kuram ve Uygulama Işığında Medeni Usul Hukukunda Islah (Seçkin Yayıncılık 2015) 171.

⁶ Bu konudaki Yargıtay ilke kararları için bkz: Mustafa Ateş, HMK Yargıtay İlke Kararları Cilt 2 (Yeterkin Yayınları 2014) 956.

Hukuk Genel Kurulu'nun, 16.03.2004 tarih ve 13-97/150 sayılı içtihadı ile özetle, “bozma gerekçesinin usule yönelik olduğu, bozmaya uyulmasından sonra tahkikatın devam ettiği, tahkikat neticesinde ortaya çıkan rakama göre bozma sonrası ıslah yapıldığı ve tahkikatın bitiminden önce ıslahen davadaki talep miktarının artırılmasının hukuken mümkün olduğuna hükmetmiştir. Bunun dayanağı olarak da yine gerekçede, 04.02.1959 tarih ve 13/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında yer alan “Bir mahkeme kararının her ne sebeple olursa olsun temyizce bozulması sonunda mahkemenin bozma kararına uyması ile dava yeniden duruşma (muhakeme) safhasına girmiş olacağı cihetle duruşma henüz bitmemiştir” şeklindeki değerlendirmeye paralel nitelikte olduğu da belirtilmiştir.

Daire kararı olarak ise, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 30.09.2010 tarih ve 2010/4062 Esas, 20120/12408 Karar sayılı içtihadında özetle “bozma kararının mahkemenin görevi ile alakalı olması nedeniyle usule ilişkin olduğu, HUMK'un 84. Maddesinin ıslahın tahkikatın bitimine kadar yapılabileceğini hüküm altına aldığı, bu sebeple bozma gerekçesi göreve ilişkin olduğundan tahkikatın bittiğinin söylenemeyeceği, bu sebeple somut olayda 04.02.1948 tarih ve 10/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanma imkanını bulunmadığı, hal böyle olunca mahkemece, bozmadan sonraki ıslaha göre davanın kabulüne karar verilmesi gerektiği” şeklinde hüküm kurmuştur.

Görüldüğü üzere, her ne kadar Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile “bozmadan sonra ıslahın mümkün olmadığı” yönünde bir hüküm kurulmuş ise de, uygulamada, bu içtihadın da ihtiyacı karşılamadığı gerçeğinden hareketle farklı uygulamalar ortaya çıkabilmiştir. Gerçekten de, örneğin bozmadan önce ıslah yoluna hiç başvurmamış olan bir davanın davacısının, bozmadan sonra tahkikatın bir şekilde devam etmesi, ve tahkikatın neticesinde ortaya çıkan alacağı yönünden ıslah yoluna başvurması halinde, sadece ve sadece bu kararın herhangi bir sebeple evvelce Yargıtay tarafından bozulmuş olduğu gerekçesiyle ıslaha başvurma hakkının elinden alınmasının çok da adil olduğu düşünülemez. Aynı şekilde esasen Kanun Koyucu'nun iradesinin de bu olduğu söylenemez.

Usulsüz esas olamayacağı gibi, esasın usule kurban edilmemesi gerektiği şeklindeki kanaat, çok da hukuki bir kanaat olmasa da, işte tam da burada, usulün bu derecede katı uygulanmasının hakkın özüne zarar verdiği iddiası uygulamada ortaya çıkan bu sorunla birlikte vücut bulmaktadır. Evet mülga HUMK'da temyizden sonra ıslah yapılabileceğine dair açık bir hüküm yoktur, aynı şekilde bozmadan sonra ıslah yapılamayacağına dair bilinen İçtihadı Birleştirme Kararı da mevcuttur. Ancak, yukarıda verilen örnekte olduğu gibi, anılan içtihat, mahkemece esasa hiç girilmeden verilmiş bir kararın usule yönelik sebeplerle bozulması, yahut,

davacının bozmadan önce davasını hiç ıslah etmemiş olması, veya ıslah edilse dahi bozmadan sonra tahkikatın devam etmiş ve yeni bir ilave alacağın ortaya çıkması gibi hallerde nasıl davranılacağı konusuna cevap verememektedir.

III. BOZMADAN SONRA ISLAHIN KABUL EDİLMEMESİNİN DAYANAĞI OLARAK: USULİ MÜKTESEP HAK KAVRAMI

A. Tanımı ve Yasal Dayanağı:

Gerek 1086 sayılı mülga HUMK'da ve gerekse de 6100 sayılı HMK'da usulî müktesep hak konusunda bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.

“Bu kurum, davaların uzamasını önlemek, hukuki alanda istikrarı sağlamak ve kararlara karşı genel güvenin sarsılmasını önlemek amacıyla Yargıtay uygulamaları ile geliştirilmiş, öğretilde kabul görmüş ve usul hukukunun vazgeçilmez ana ilkelerinden biri haline gelmiştir. Usulü müktesep hak, anlam itibarıyla, bir davada, mahkemenin ya da tarafların yapmış olduğu bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine doğmuş ve uyulması zorunlu olan hakkı ifade etmektedir. Mahkemenin, Yargıtay'ın bozma kararına uyması ile bozma kararı lehine olan taraf yararına bir usulü kazanılmış hak doğabileceği gibi, bazı konuların bozma kararı kapsamı dışında kalması yolu ile de usulü kazanılmış hak gerçekleşebilir. Yargıtay tarafından bozulan bir hükmün bozma kararının kapsamı dışında kalmış olan kısımları kesinleşir. Bozma kararına uymuş olan mahkeme kesinleşen bu kısımlar hakkında yeniden inceleme yaparak karar veremez. Bir başka anlatımla, kesinleşmiş bu kısımlar, lehine olan taraf yararına usulü kazanılmış hak oluşturur.”⁷.

B. İstisnaları

Bir çok hukuki kavramda olduğu gibi, Yargıtay içtihatları ile geliştirilmiş olun usulî müktesep hak kavramının da istisnaları, yine Yargıtay uygulamaları ile benimsenmiştir.

“Bu istisnalar kısaca şu başlıklarda özetlenebilir.

- 1) Mahkemenin görevi ile ilgili usulî kazanılmış haktan sözedilemez.
- 2) Yargıtay'ın bozma kararından sonra yeni bir İçtihadı Birleştirme Kararı'nın çıkarılmış olması da usul kazanılmış hakkın istisnasıdır.
- 3) Karar henüz kesinleşmeden geçmişe etkili olarak çıkarılan bir kanun hükmü de usulî kazanılmış hakkın istisnasını oluşturur.

⁷ Yargıtay 10 HD, 6889/5292, 01.10.2020.

4) Bir kanun hükmü Anayasa Mahkemesince iptal edilirse iptal edilen kanun hükmü usuli kazanılmış hakka aykırı olsa bile uygulanacak öncelik usuli kazanılmış hakta değil Anayasa Mahkemesinin iptal kararında olacaktır.

5) Usuli kazanılmış hakkın bir diğer istisnası ise kesin hükümdür. Bozmadan sonra usuli kazanılmış hak ile kesin hüküm çelişiyorsa öncelik usuli kazanılmış hakta değil, kamu düzeninden sayılan ve dava şartı olarak re'sen nazara alınması gereken kesin hükümdedir.

6) Kamu düzenine aykırılık da usuli kazanılmış hakkın istisnalarından bir diğeridir.

7) Son olarak maddi hataya dayanan bozma kararına uyulması ile de usuli kazanılmış hak doğmaz.”⁸.

C. Uygulama

Uygulamada da genel eğilim, bir hükmün Yargıtay tarafından bozulmasından sonra devam eden tahkikat aşamasında davanın kısmen ya da tamamen ıslahının mümkün olmadığıdır. Kuralın hukuk camiasında bilinen ismi de, “bozmadan sonra ıslah olmaz ilkesi” şeklinde kendini göstermiştir.

Ne var ki, yukarıda da belirtildiği gibi, bazı hallerde bu kuralın tatbiki, gerek usul ekonomisi ile beklenen amacın sağlanması, gerekse de yargılamaların uzamaması bakımından ihtiyaca cevap veremeyecek duruma gelmiş, sonuç olarak, Kanun Koyucu tarafından 22.07.2020 yürürlük tarihli 7251 sayılı Kanun ile, 6100 sayılı HMK'nın 177. maddesinde değişiklik yapılarak bir fıkra eklenmiştir.

IV. HMK 177. MADDESİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİK

22.07.2020 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 7251 sayılı Kanun’un 18. maddesi ile aşağıdaki şekilde hüküm getirilmiştir:

MADDE 18 – 6100 sayılı Kanununun 177 nci maddesine birinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiş ve diğer fıkra buna göre teselsül ettirilmiştir.

“(2) Yargıtay’ın bozma kararından veya bölge adliye mahkemesinin kaldırma kararından sonra dosya ilk derece mahkemesine gönderildiğinde, ilk derece mahkemesinin tahkikata ilişkin bir işlem yapması hâlinde tahkikat sona erinceye kadar da ıslah yapılabilir. Ancak bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durum ortadan kaldırılamaz.”

Her ne kadar uygulama ile gelişip yerleşen bir konuda, yasal düzenleme getirilmiş ise de yapılan bu değişiklik, doktrinde bazı yazarlar tarafından eleştiriyile karşılanmıştır. Örneğin Pekcanitez, Özekes ve Atalay hocalar, genel olarak yapılan tüm değişikliklerde, üslup sorunu olduğunu belirtmenin yanında, ıslah konusundaki bu yeniliğin aslında İçtihadı Birleştirme Kararı ile çözülmüş olduğunu, yeni bir olgu oluşturmadığını, esasen bu değişikliğe gerek dahi

⁸ Yargıtay 4 HD, 280/1399, 24.03.2021.

bulunmadığını, maddenin sonuna getirilen, “Ancak bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durum ortadan kaldırılamaz” ibaresinin usul hukukunda bir karşılığının bulunmadığını, istinaf aşamasında ıslah yasağının hala devam ettiğini, bu nedenle ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılarak tahkikata devam eden Bölge Adliye Mahkemesi’nde ıslahın hala yapılamayacağını, bozmadan sonra ıslah için ancak doyanın ilk derece mahkemesine gelmesinin beklenmesinin gerektiğini, oysa BAM’ın kaldırması sonrasında BAM’da tahkikat devam ederken ıslahın hala yapılamamasının, bu değişikliğin ana mantığı değerlendirildiğinde bir anlamı bulunmadığını ifade etmişlerdir⁹.

a) Böylece, yasada yapılan değişiklik ile, bir hükmün Yargıtay tarafından bozularak ya da Bölge Adliye Mahkemesi tarafından kaldırılarak dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi halinde, ilk derece mahkemesi tarafından tahkikata ilişkin bir işlem yapılması halinde, tahkikat sona erinceye kadar ıslah yapılabilmesi yasal olarak mümkün hale gelmiştir.

b) Getirilen değişiklik konusunda doktrindeki tartışmalar bir yana, uygulamada bir başka sorun daha karşımıza çıkmıştır. O da, bozma ya da kaldırma kararından sonra yapılan ıslahın, yasa değişikliğinden önce yapılmış olması halinde ne olacağıdır. Gerçekten de yeni hükmün, yasa değişikliğinden sonraki davalarda uygulanacağı konusunda bir tereddüt sözkonusu olmamakla birlikte, şu ya da bu şekilde yasa değişikliğinden önce, bozmadan ya da kaldırma kararından sonra ıslah yapılmış ve ilgili dosya henüz kesin bir karara ulaşmamış ise bu ıslaha değer verilip verilmeyeceği yeni bir sorun olarak ortaya çıkmıştır.

c) Yargıtay uygulaması: ıslahın yasa değişikliğinden önce yapılmış olması halinde Yargıtay’ın farklı dairelerinden yeni sayılabilecek tarihlerde çıkan kararlarda genel kabul, her ne kadar yasa değişikliği öncesinde ıslah yapılmış ise de buna değer verilerek bozma sonrası ıslaha göre davanın karara bağlanması yönündedir. Bir kaç karardan alıntılar yaparak konunun daha da açıklığa kavuşması sağlanacaktır.

i) Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 2020/3077 Esas, 2020/5741 Karar sayılı ve 19.10.2020 tarihli kararında,¹⁰ bozma üzerine başvuru karar düzeltme yasa yolunda verdiği kararla, davacının 03.09.2016 tarihinde verdiği ıslah dilekçesine değer verilmesi gerektiğini, yapılan yasa değişikliğinin, usuli müktesep hakkın istisnası niteliğinde olduğunu ifade etmiştir:

“28.07.2020 yürürlük tarihli 7251 sayılı Kanun ile değişen 6100 sayılı HMK’nın 177/2.maddesi ile Yargıtayın bozma kararından sonra tahkikata ilişkin bir işlem yapılması halinde, tahkikat sona erinceye kadar da ıslah yapılabileceğine dair açık düzenleme yapıldığı gözetilerek, yukarıda açıklandığı üzere usulü kazanılmış hakkın istisnası niteliğindeki yasa

⁹ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, ‘Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme’ (2020) (150) Türkiye Barolar Birliği Dergisi.

¹⁰ Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı

değişikliği uyarınca karar verilmesi gerekliliği hasil olmuştur. Açıklanan nedenlerle Mahkemece davacı tarafın 03/09/2016 tarihli ıslahına değer verilerek hüküm tesis edilmesi gerektiği anlaşıldığından kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir. “

ii) Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 2021/280 Esas, 2021/1399 Karar sayılı ve 24.03.2021 tarihli içtihadında,¹¹ sonrasında ıslah yapılan bozmanın aktif husumet yokluğuna dayandığı, dolayısıyla, yeni getirilen yasa maddesinin devamındaki Ancak bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durum ortadan kaldırılamaz” hükmünün burada uygulama alanı bulamayacağı, bu sebeple bozmadan sonraki, 07.03.2017 tarihli ıslaha değer verilmesi gerektiği şeklinde hüküm kurulmuştur.

Bu karardaki dikkat çekici husus; yerel mahkeme tarafından “7251 sayılı Kanun ile eklenen HMK’nın 177/2. maddesinin yürürlük tarihi itibarıyla olaya uygulanmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle dava dilekçesindeki talep doğrultusunda davanın kısmen kabulüne” karar verildiği hususudur.

“HMK’nın 177. maddesinin (2) numaralı fıkrasında ilk derece mahkemesinin bozma sonrası tahkikat işlemi yapması halinde tahkikat sona erinceye kadar ıslahın mümkün hale geldiği, istisnai olarak ise daha önce bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durumun ortadan kaldırılamayacağını, diğer bir deyişle usuli kazanılmış hakkın korunması gerektiği ifade edilmiştir. Somut olayda,bozma usule ilişkin olup bozma öncesi tarafların kazanılmış hakkını ihlal edecek hukuki durum söz konusu olmadığından anılan kanun hükmü ile bozmadan sonra ıslah mümkün hâle gelmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere kanun değişikliğinin usuli kazanılmış hakkın istisnalarından olduğu göz önüne alındığında ıslahın geçerli olduğu kabul edilerek sonuca gidilmesi gerekir. Kararın açıklanan nedenle bozulması gerekmiştir.”

iii) Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, 2020/6889 Esas, 2020/5292 Karar sayılı ve 01.10.2020 tarihli kararında,¹² getirilen yasa değişikliğinin geçmişe etkili bir değişiklik olduğu ve usuli müktesep hakkın istisnalarından olduğu gerekçesiyle, değişiklikten önce de yapılmış olsa, bozma sonrası ıslaha değer verilmesi gerektiğinden bahisle hüküm kurmuştur. Önemine binaen kararın ilgili bölümleri alıntılanmıştır:

“Yargıtay içtihatları ile kabul edilen “usulü kazanılmış hak” olgusunun, bir çok hukuk kuralında olduğu gibi yine Yargıtay içtihatları ile geliştirilmiş istisnaları bulunmaktadır. Örneğin Mahkemenin bozmaya uymasından sonra yeni bir içtihadı birleştirme kararı (09.05.1960 gün ve 21/9 sayılı YİBK) ya da geçmişe etkili yeni bir kanun çıkması karşısında,

¹¹ Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı

¹² Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı

Yargıtay bozma ilamına uyulmuş olmakla oluşan usulü kazanılmış hak hukukça değer taşımayacaktır.

Usulü kazanılmış hakkın hukuki sonuç doğurabilmesi için; bir davada ya taraflar ya mahkeme ya da Yargıtay tarafından açık biçimde yapılmış olan ve istisnalar arasında sayılmayan bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine doğmuş uyulması zorunlu olan bir hakkın varlığından söz edilebilmesi gerekir. (HGK.nun 12.07.2006 T., 2006/4-519 E, 2006/527 K, 03.12.2008 T., 2008/10-730 E., 2008/732 K.) Zira usulü kazanılmış hak ilkesi kamu düzeniyle ilgilidir. (09.05.1960 T., 21/9; 04.02.1959 gün 13/5 sayılı İçtihadı Birleştirme kararı)

Bu açıklamalar ışığında, Mahkemece verilen ilk kararın özetle zararlandırıcı olayın iş kazası olup olmadığının Mahkemece ön sorun kabul edilerek değerlendirilmesi ve iş kazası olduğuna kanaat getirilmesi halinde davacının maddi ve manevi tazminat istemleri hakkında bir karar verilmesi gerektiği gerekçesi ile Dairemizce bozulduğu; bozma ilamına uyulmak sureti ile Mahkemece tahkikata dair işlemler tesis edildiği, bu doğrultuda davacı vekilinin maddi tazminat istemini 25.04.2016 tarihli ıslah dilekçesi ile arttırdığı ve Mahkemece ıslaha itibar edilerek maddi tazminatın belirlendiği; söz konusu ilamın Dairemizin 21.02.2019 tarih, 2018/159 Esas ve 2019/1217 Karar sayılı ilamı ile Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunca alınan 06.05.2016 tarih ve 2015/1 Esas, 2016/1 Karar sayılı ilam doğrultusunda bozmadan sonra ıslah yapılamayacağı gerekçesi ile bozulduğu anlaşılmıştır. Akabinde Yerel Mahkeme her ne kadar Dairemizin Bozma ilamına uymuş ise de; 22.07.2020 yürürlük tarihli 7251 sayılı Kanun ile değişen 6100 sayılı HMK'nın 177/2.maddesi ile Yargıtayın bozma kararından sonra tahkikata ilişkin bir işlem yapılması halinde, tahkikat sona erinceye kadar da ıslah yapılabileceğine dair açık düzenleme yapıldığı gözetilerek, yukarıda açıklandığı üzere usulü kazanılmış hakkın istisnası niteliğindeki yasa değişikliği uyarınca karar verilmesi gerekliliği hasıl olmuştur.

Mahkemece yapılacak iş; 22.07.2020 yürürlük tarihli 7251 sayılı Kanun ile değişen 6100 sayılı HMK'nın 177/2.maddesi doğrultusunda davacı tarafın 25.04.2016 tarihli maddi tazminat isteminin ıslahına değer verilerek hüküm tesis edilmesinden ibarettir.”

iv) Son olarak Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 2020/1323 Esas, 2021/124 Karar sayılı ve 21.01.2021 tarihli kararında,¹³ usule ilişkin yasa değişikliğinin geçmişe etkili olarak uygulanması gerektiğinden bahisle bozmadan sonraki, ancak yasa değişikliği öncesi yapılan ıslaha değer verilerek karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

¹³ Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı

“Usuli kazanılmış hak yukarıda belirtildiği üzere açık bir kanun hükmüyle düzenlenmemiş olsa da önemli ve temel bir hukuk ilkesidir. Ancak usuli kazanılmış hak ilkesinin de istisnaları bulunmaktadır. Geriye etkili kanun değişikliği, görev kuralına aykırılık, sonradan ortaya çıkan içtihadı birleştirme kararı (09.05.1960 gün ve 21/9 sayılı YİBK), hak düşürücü süre, kamu düzeni gibi hususlar kazanılmış hak kuralının istisnalarındandır. Bu durumda usuli kazanılmış hakkın hukuki sonuç doğurabilmesi için; bir davada ya taraflar ya mahkeme ya da Yargıtay tarafından açık biçimde yapılmış olan ve istisnalar arasında sayılmayan bir usul işlemi ile taraflardan biri lehine doğmuş uyulması zorunlu olan bir hakkın varlığından söz edilebilmesi gerekir (HGK.nun 12.07.2006 T., 2006/4-519 E, 2006/527 K, 03.12.2008 T., 2008/10-730 E., 2008/732 K.). Zira usuli kazanılmış hak ilkesi kamu düzeniyle ilgilidir (09.05.1960 T., 21/9; 04.02.1959 gün 13/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı).

Bu anlatımlar ışığında somut olay incelendiğinde; mahkemece verilen ilk kararın Yargıtay 23. Hukuk Dairesi tarafından, taraflar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesinin davalı arsa sahibinin kusuru ile sona erdiği gözetilerek yüklenicinin yaptığı faydalı masraflar ve kar kaybı istemleri hakkında karar verilmesi gerektiği gerekçesi ile bozulduğu, bozma ilamına uyulmak sureti ile Mahkemece tahkikata dair işlemler tesis edildiği, bu doğrultuda davacı vekilinin alacak istemini 16.02.2016 tarihli islah dilekçesi ile arttırdığı, Mahkemece islah itibar edilerek alacağın belirlendiği; söz konusu ilamın Dairemizin 25.06.2018 tarih, 2018/638 Esas ve 2018/2674 Karar sayılı ilamı ile Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunca alınan 06.05.2016 tarih ve 2015/1 Esas, 2016/1 Karar sayılı ilam doğrultusunda bozmadan sonra islah yapılamayacağı gerekçesi ile bozulduğu anlaşılmıştır.

Mahkemece, her ne kadar Dairemizin bozma ilamına uyulmuş ise de; 22.07.2020 yürürlük tarihli 7251 sayılı Kanun ile değişen 6100 sayılı HMK'nın 177/2. maddesi ile Yargıtay'ın bozma kararından sonra tahkikata ilişkin bir işlem yapılması halinde, tahkikat sona erinceye kadar da islah yapılması mümkün hale getirilmiştir.

Sonradan aynı hususta bir kanun çıkarılmış olmasının usuli kazanılmış hakkın istisnası olduğu, usule ilişkin kanun değişikliğinin geçmişe etkili olarak uygulanması gerektiği, mahkemece verilen nihai karardan sonra değişiklik yapılmış olsa dahi, bu değişikliğin uygulanmasında zorunluluk bulunduğu Yargıtay kararlarıyla açıklanmıştır (Yargıtay HGK 20.02.2008 gün, 2008/13-160 E., 2008/147 K.). Açıklanan tüm bu nedenlerle mahkemece

ıslahla arttırılan talebin de değerlendirilerek, sonucuna uygun karar verilmesi gerekmele, hükmün bu yönden bozulması gerekmiştir.”¹⁴

d) Görüldüğü üzere, 7251 sayılı yasa ile HMK 177’ye eklenen ikinci fıkra ile uygulamada karşılaşılan bazı sorunlara çözüm bulunmuş olduğunu, yeni ortaya çıkan bazı sorunların da yine içtihatlar ile çözülmekte olduğunu söylemek mümkündür.

Özetle; Yargıtay’ın bozma kararından sonra, Bölge Adliye Mahkemesi’nin kaldırma kararından sonra dosyanın yerel mahkemeye gelmesi ve yerel mahkemeye tahkikata yönelik işlem yapılması halinde artık bozmadan ya da kaldırma kararından sonra da ıslah yapılabilmesinin yasal olarak önü açılmıştır. Son olarak, bu ıslah hakkının yine davanın tüm aşamaları boyunca bir kere olduğunu, ikinci bir ıslah hakkının bozma ya da kaldırma kararından sonra dahi olsa mümkün olmadığını belirtmekte yarar görüyoruz.

¹⁴ Bu kararın oyçokluğuyla alındığını, ve yasa değişikliğinin geçmişe yürütülemeyeceği yönünde azlık oyu bulunduğunu da belirtmek isteriz.



ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

Tüketici Senetlerinde Nama Yazılı Olmama Dair Geçersizliğin Takip Alacaklısına Karşı İleri Sürülebilirliğine Dair Karar İncelemesi

Av. Kadir Oğuzhan KARAGÖZ*

Öz

Tüketicinin, borçları için kıymetli evrak niteliğinde senet düzenlemesi halinde; mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun m. 6/A uyarınca (yürürlükteki 6502 sayılı kanun m. 4/5), her bir taksit için ayrı ve nama yazılı olacak şekilde tanzim olunabilecektir. Aksi halde kambiyo senedi geçersiz kabul edilecektir.

Bir tüketici sözleşmesinden kaynaklı hukuki ilişki için ayrıca kambiyo senedi düzenlenmiş olduğu durumda yukarıda açıklanan geçersizliğin, takip alacaklısı üçüncü kişiye karşı def'i olarak ileri sürülmesi ile senedin geçersizliğine dayalı olarak İİK. m. 170/a uyarınca şikayet yoluna başvurulması durumunda mahkemece şikayetin kabulüne mi karar verilecektir? Yoksa iş bu def'i şahsi nitelikte olup TTK. m. 690 yollamasıyla TTK. m. 599 uyarınca bile bile borçlunun zararına hareket edilmesi hali mi incelenecektir. Bu çalışmamızda bu konuya ilişkin olarak ihdas edilen YHGK. 21.05.2014 tarihli 2014/12-403 Esas ve 2014/682 Karar sayılı ilamı inceleme konusu yapılmıştır

Anahtar Kelimeler

Tüketici, Kambiyo Evrakı, Def'i.

* Eskişehir Barosu, av.kadirkaragoz@gmail.com, ORCID: 0000-0002-9206-1649.



Decision Review Regarding The Invalidity Of Non-Registered

Certificates Against The Creditor

Abstract

In case the consumer issues a bill of value for his debts; pursuant to the abrogated Consumers Protection Code, Act No. 4077 article 6/A (*article 4/5 of the current Law, Act No. 6502*), it can be arranged separately for each installment and in a registered form. Otherwise, the bill of exchange will be considered invalid.

In the event that a bill of exchange is also issued for a legal relationship arising from a consumer contract, the above-mentioned invalidity is asserted as exceptio against the third person, the creditor, and based on the invalidity of the bill if a complaint is filed in accordance with Code of Execution And Bankruptcy article 170/a, will the court decide to accept the complaint? Otherwise, will the case of deliberately acting to the detriment of the debtor pursuant to article 599 with reference to article 690 of the Turkish Commercial Code? In this study, the decision of the cassation court numbered 2014/12-403 and 2014/682 on the subject was examined.

Keywords

Consumer, Bill of Exchange, Exceptio.

I. OLAY

Karara konu olayda; dava dışı satıcı K.. Construktion.. Aş. ile alıcılar Mehmet T. ve Gülcan T. arasında kurulan 09.07.2008 tarihli taşınmaz satışına ilişkin vadeli satım sözleşmesine müstenit olarak kambiyo ilişkisi¹ kurulmuştur. Bu minvalde, taraflar arasında tanzim olunan bono daha sonra lehtar K.. Construktion.. Aş. tarafından takip alacaklısı D.. Haber .. Aş.'ye ciro yoluyla devredilmiştir.

Söz konusu senedin teslimiyle birlikte ödenmeyen senet bedelinin tahsiline yönelik olarak yetkili hamil konumunda bulunan D.. Haber .. Aş. tarafından, kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla icra takibine girilmiş, hazırlanan ödeme emri Mehmet T. ve Gülcan T.'ye tebliğ edilmiştir.

Takip borçluları keşideciler Mehmet T. ve Gülcan T. tarafından süresi içerisinde İİK. m. 170/a uyarınca şikayet yoluna gidilerek, söz konusu senedin tüketici senedi niteliğinde olduğu, TKHK. m. 6/A uyarınca ancak nama yazılı olarak tanzim edilebileceği aksi halde senedin geçersizlikle malul olacağı takibe konu senedin emre muharrer bono niteliğinde olduğu iş bu sebeple geçersiz olduğu gerekçesiyle İcra Mahkemesinden takibin iptali talep edilmiştir.

İcra Mahkemesince talep kabul edilmiş, davalı takip alacaklısı D.. Haber .. Aş. tarafından karar temyiz edilmekle Yargıtay 12. Hukuk Dairesince Bozma kararı verilmiştir. Bozma üzerine yerel mahkemece direnme kararı verilmekle uyuşmazlık Hukuk Genel Kurulunun önüne gelmiştir.

II. HUKUKİ SORUNLAR

A. Kararda İnceleme Konusu Yapılan Geçersizlik Def'inin Hukuki Niteliği

Karara konu olayda senedin geçersizliği takip alacaklısına karşı ileri sürülmüş olup söz konusu def'inin hukuki niteliğine göre borçlu tüketicilerin talebinin yerinde olup olmadığı belirlenecektir. Zira geçersizlik def'inin kimlere karşı hangi şartlarda ileri sürülebileceğinin tespiti söz konusu uyuşmazlığın çözümü için esas teşkil etmektedir.

B. Usul Hukuku Açısından Muterizlerin Talebinin İcra Mahkemesince İncelenebilirliği

Her ne kadar hem özel daire hem de genel kurul, uyuşmazlığın; tüketici senedi niteliğindeki senedin geçersizliğinin takip alacaklısı üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilir sürülemeyeceği noktasında toplanmış olduğu yaklaşımını sergilemiş olsalar da, hukuk genel kurulunda İİK. m. 170/a maddesinin de değerlendirme konusu yapılmış olduğu ancak detaylı bir incelemeye girilmediği görülmektedir. Buna göre 4077 sayılı TKHK m. 6/A'da düzenlenen

¹ Kambiyo senedi bir temel ilişkiye dair verilmektedir. Bu yönde detaylı bilgi için bkz. Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen ve Arslan Kaya, Kıymetli Evrak Hukuku (7. B. Oniki Levha Yayıncılık 2013) 86-89: "Bu temel ilişki bir borçlar hukuku sözleşmesidir (satış, kira, ödünç, sigorta gibi). Temel ilişkiye ve bu kapsamda ifanın kambiyo senedi ile yapılacağına ilişkin anlaşmaya/yan anlaşmaya(ifa anlaşması) dayanılarak kambiyo senedinin verilmesi (kambiyo taahhüdünün doğumu) ile kambiyo ilişkisi meydana gelir."

geçersizlik sebebi İİK. m. 170/a uyarınca değerlendirme konusu yapılabilecek midir? Yoksa icra mahkemelerinin dar yetkisi göz önüne alınarak iş bu sorunun maddi hukuka ilişkin yargılamaya muhtaç olduğu şeklinde bir değerlendirmeye mi gidilecektir?

III. HUKUKİ KAYNAKLAR

Değerlendirme konusu yapılan uyuşmazlıkta; kambiyo taahhüdünün düzenlendiği Türk Ticaret Kanunu, iş bu taahhüde ilişkin takip yolu ile şikayete ilişkin olarak İcra ve İflas Kanunu ve takip borçlularının tüketicici sıfatını haiz olup olmadıkları ile özel bir kanuni düzenlemeyle getirilen geçersizlik def'ine ilişkin olarak Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun çözüme dair hukuki kaynaklar olarak değerlendirilmiştir².

A. Mercî Görüşleri

1. Yerel Mahkemenin Yaklaşımı (İstanbul 15. İcra Hukuk Mahkemesi)

² Bu minvalde ilgili hükümler şu şekildedir:

6762 sayılı Mülga Türk Ticaret Kanunu:

IV - Defiler:

Madde 599 – Poliçeden dolayı kendisine müracaat olunan kimse keşideci veya önceki hamillerden biriyle kendi arasında doğrudan doğruya mevcut olan münasebetlere dayanan def'ileri müracaatta bulunan hamile karşı ileri süremez; meğer ki, hamil, poliçeyi iktisab ederken bile borçlunun zararına hareket etmiş olsun. Alacağın temlik yoluyla yapılan devirlere ait hükümler mahfuzdur.

C) Tatbik olunacak hükümler:

Madde 690 – Bononun mahiyetine aykırı düşmedikçe poliçelerin cirosuna ait (593- 602) ... bonolar hakkında da caridir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu:

Nama Yazılı Senetler

A) Tanımı

MADDE 654- (1) Belli bir kişinin adına yazılı olup da onun emrine kaydını içermeyen ve kanunen de emre yazılı senetlerden sayılmayan kıymetli evrak nama yazılı senet sayılır.

IV - Def'iler

MADDE 687- (1) Poliçeden dolayı kendisine başvuru olan kişi, düzenleyen veya önceki hamillerden biriyle kendi arasında doğrudan doğruya var olan ilişkilere dayanan def'ileri başvuru hamile karşı ileri süremez; meğerki, hamil, poliçeyi iktisab ederken bile borçlunun zararına hareket etmiş olsun.

(2) Alacağın temlik yoluyla yapılan devirlere ilişkin hükümler saklıdır.

4077 sayılı Mülga Tüketicinin Korunması hakkında Kanun:

Taksitle Satış

Madde 6/A- (Ek: 6/3/2003-4822/8 md.)

...

Sözleşmeden ayrı olarak kıymetli evrak niteliğinde senet düzenlenecekse, bu senet, her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde ve sadece nama yazılı olarak düzenlenir. Aksi takdirde, kambiyo senedi geçersizdir.

...

6502 sayılı Tüketicinin Korunması hakkında Kanun:

Genel Esaslar Temel İlkeler

MADDE 4- (1) Bu Kanunda yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmeler en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenir...

(5) Tüketicinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle kıymetli evrak niteliğinde sadece nama yazılı ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde senet düzenlenebilir. Bu fıkra hükümlerine aykırı olarak düzenlenen senetler tüketici yönünden geçersizdir.

...

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu:

A) Haciz yolu ile takip:

Ödeme emri:

Madde 168 – (Değişik: 18/2/1965-538/81 md.) İcra memuru senedin kambiyo senedi olduğunu ve vadesinin geldiğini görürse, borçluya senet sureti ile birlikte hemen bir ödeme emri gönderir. Bu ödeme emrine şunlar yazılır:

1. Takibin müstenidi olan senet kambiyo senedi vasfını haiz değilse, beş gün içinde icra mahkemesine şikayet etmesi lüzumu,

...

Borçlunun kambiyo hukuku bakımından şikayeti:

Yerel mahkemeye, önüne gelen uyuşmazlıkta İİK. m. 170/a uyarınca inceleme yapılmış; takip konusu senedin tüketici senedi niteliğinde olduğu, 4077 sayılı TKHK. m. 6/A uyarınca bu senetler ancak nama yazılı düzenlenebileceği, aksi durumun kanunun açık hükmü çerçevesinde senedin geçersizliğine yol açacağından bahisle talebin kabulü ile takibin iptaline karar verilmiştir.

2. Temyiz Mahkemesinin Yaklaşımı (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi)

Yerel mahkemeye verilen kararın alacaklı tarafından temyiz edilmesiyle Yargıtay Hukuk Dairesinin önüne gelen söz konusu uyuşmazlıkta, temyiz mercii, 6762 sayılı (E)TTK. m. 690 yollamasıyla m. 599³ inceleme konusu yapılmış, bu cihetle takip borçluları tarafından takip alacaklısının kötü niyetli olduğu iddia ve ispat edilmediği, senet metninde de söz konusu senedin tüketici sözleşmesi nedeniyle verildiğine ilişkin bir ibare bulunmadığı belirtilmiştir. Yine borçlular tarafından takip dayanağı senetdeki imzaya itiraz edilmediği, borcun ödendiğinin de ispat edilmediği ifade edilerek; 4077 sayılı TKHK. m. 6/A'da düzenlenme alanı bulan geçersizlik def'inin 6762 sayılı (E)TTK. m. 690 yollamasıyla m. 599 uyarınca takip alacaklısına karşı ileri sürülemeyeceğinden bahisle yerel mahkeme kararının BOZULMASINA dair hüküm ihdas edilmiştir.⁴

Madde 170/a – (Ek: 18/2/1965-538/85 md.) Borçlu, alacaklının bu fasıl hükümlerine göre takip hakkı olmadığını 168 inci maddenin 3 üncü bendine göre şikayet yolu ile ileri sürebilir.

İcra mahkemesi müddetinde yapılan şikayet veya itiraz dolayısıyla, usulü dairesinde kendisine intikal eden işlerde takibin müstenidi olan kambiyo senedinin bu vasfı haiz olmadığı veya alacaklının kambiyo hukuku mucibince takip hakkına sahip bulunmadığı hususlarını re'sen nazara alarak bu fasla göre yapılan takibi iptal edebilir. (Ek: 9/11/1988-3494/34 md.) Her ne suretle olursa olsun, imza inkarı itirazı geri alınmış veya borç kısmen veya tamamen kabul edilmiş ise bu madde hükmü uygulanmaz.

Uygulanacak diğer hükümler:

Madde 170/b – (Ek: 18/2/1965-538/85 md.; Değişik: 17/7/2003-4949/48 md.) 61 inci maddenin ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları ve 62 ilâ 72 nci maddeler bu fasıl hükümlerine aykırı olmadıkça, kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takip hakkında da uygulanır.

³ Kanun metni için Bkz. yukarıdaki kısım IV.

⁴ Kararın tam metni;

12. Hukuk Dairesi 2012/10039 E. , 2012/15276 K.

"İçtihat Metni" MAHKEMESİ : İstanbul 15. İcra Hukuk Mahkemesi

TARİHİ: 17/01/2012 NUMARASI : 2011/1146-2012/45

Yukarıda tarih ve numarası yazılı mahkeme kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye gönderilmiş olup, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve dosya içerisindeki tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Alacaklı tarafından borçlular hakkında kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile icra takibine başlanmıştır. Takip dayanağı bononun incelenmesinde keşidecinin muteriz borçlular M.C. . ve G. T.lehtarın ise dava dışı diğer borçlu KC C ... A.Ş. olduğu, senedin takip alacaklısı DTV Haber ... A.Ş.'ye ciro yoluyla devredildiği görülmektedir. Borçlunun icra mahkemesine başvurusu dayanak senedin 09.7.2008 tarihli sözleşme nedeniyle tüketici senedi olarak verildiğine ilişkinidir.

Anılan sözleşmenin incelenmesinde; konut vadeli satışlar için düzenlenen taşınmaz satış sözleşmesi olduğu ve alıcı muteriz borçlular M.C.T.ve G. T.ile satıcı dava dışı diğer borçlu KC C ... A.Ş. arasında düzenlendiği, takip alacaklısının anılan sözleşmede yer almadığı anlaşılmaktadır. TTK.nun 690.maddesi göndermesiyle bonolar hakkında da uygulanması gereken aynı kanunun 599.maddesinde; " ... keşideci, lehtarla doğrudan doğruya arasında mevcut olan münasebetlere dayanan defileri, müraacaatta bulunan hamile karşı ileri süremez. Meğer ki, hamil, poliçeyi iktisap ederken, bile bile borçlunun zararına hareket etmiş olsun" hükmü düzenlenmektedir.

Somut olayda takip alacaklısının kötü niyetli olduğu iddia ve ispat edilmediği gibi senet metninde de tüketici sözleşmesi nedeniyle verildiğine ilişkin bir ibare bulunmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca muteriz borçlu tarafından takip dayanağı senetdeki imzaya itiraz edilmediği gibi borcun ödendiği de ispat edilmemiştir.

3. Hukuk Genel Kurulunun Yaklaşımı

a. Çoğunluğun görüşü

Temyiz incelemesi sonrasında yerel mahkemece bozma üzerine yeniden inceleme yapılmış önceki kararda direnilmiştir. Direnme dolayısıyla Hukuk Genel Kurulunca incelemeye alınan uyuşmazlık konusu hakkında hukukumuzda kıymetli evrakın durumuna işaret edilmiş hak sahibinin senetten tespitine göre üç şekilde kıymetli evrak tanzim olunabileceği belirtilmiştir. “Nama”, “Emre” ve “Hamiline” yazılı olarak düzenlenebilecek olan kıymetli evrakın unsurları inceleme konusu yapılmıştır. 6762 sayılı (E)TTK. m 736 değerlendirilerek bononun kanunen emre yazılı senet mahiyetinde olduğu ifade edilmiş bu sebeple 6762 sayılı (E)TTK. m 599’da düzenlenme alanı bulunan hüküm uyarınca geçersizlik def’inin ileri sürülebilmesi için takip konusu senedin kötü niyetli olarak iktisap edildiği hususunun ispatlanması gerektiği yönündeki temyiz mahkemesinin yaklaşımı benimsenerek direnme kararının BOZULMASI yönünde karar ihdas edilmiştir.⁵

Bu durumda TTK'nun 599.maddesi hükmü gereği keşideci borçlunun, lehtara karşı ileri sürebileceği defileri (senedin tüketici senedi olarak verilmesi nedeni ile 4077 sayılı Tüketici'nin Korunması Hakkında Kanun'un 6/A maddesi gereğince nama yazılı düzenlenmesi gerektiği iddiasını) takip alacaklısına karşı ileri süremeyeceği hususu nazara alınarak istemin reddi yerine takibin iptaline dair verilen mahkeme kararı isabetsizdir.

SONUÇ :Alacaklının temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nun 366. ve HUMK'nun 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA), 04/05/2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

⁵ Kararın tam metni;

T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

Esas: 2014/12-403 Karar: 2014/682 Tarih: 21.05.2014

●NAMAYAZILI SENETLER

●TÜKETİCİ SENETLERİNİN NAMAYAZILI OLMASI

(2004 s. İİK m. 168 , 170)

(4077 s. TKHK m. 6/A)

(6502 s. Tüketicinin Korunması Kanunu -Yeni- m. 4)

(6102 Türk Ticaret K m. 654 , 658)

(6762 s. TTK m. 599)

ÖZET

Mahkemece, 6762 sayılı TTK'nun 599. maddesi hükmü gereği borçluların "senedin tüketici senedi olarak verilmesi nedeni ile TKHK'nun 6/A maddesi gereğince nama yazılı düzenlenmesi gerektiği iddiasını" takip alacaklısına karşı ileri süremeyeceği gibi, keşidecinin bu durumu sonradan iyiniyetli hamile karşı da ileri sürmesi mümkün değildir.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'na incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, takibin iptali istemine ilişkindir.

Davacılar (borçlular) vekili; takibe konu senedin Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun (TKHK) kapsamında düzenlenerek K... Construction A.Ş.'ne verildiğini, TKHK'nun 6/A maddesi gereğince bu tür senetlerin nama yazılı olarak düzenlenmesi gerektiğini, oysa takibe konu senedin emre yazılı olarak düzenlendiğinden geçersiz olduğunu, bu durumun herkese karşı ileri sürülebileceğini ve re'sen dikkate alınması gerektiğini belirterek takibin iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı (alacaklı) hamil vekili; davacı borçlunun temel borç ilişkisinden doğan defilerini senedi düzgün ciro zinciri ile ve iyiniyetle devralan müvekkili hamile karşı ileri süremeyeceklerini, ayrıca davacının senedi bilerek ve isteyerek emre yazılı olarak düzenleyerek tedavil yeteneği kazandırmalarının sonuçlarına katlanmaları gerektiğini, diğer davacı K... Construction A.Ş.'nin tüketici sayılamayacağını belirterek davanın reddini talep etmiştir.

Yerel mahkemece, TKHK'nun 6/A maddesindeki emredici hükmü rağmen emre yazılı olarak düzenlenen takibe konu senedin geçersiz olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne dair verilen karar davalı vekilinin temyizi üzerine, Özel Dairece

yukarıda başlık bölümünde yazılı gerekçeyle bozulmuş; mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Direnme kararını, davalı vekili temyize getirmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; dosya kapsamına göre davacı keşidecinin senedin tüketici senedi olarak verildiğinden bahisle "nama yazılı düzenlenmesi gerektiği" iddiasını takibe konu senedi ciro yoluyla devralan takip alacaklısı/davalya karşı ileri sürüp süremeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Hukukumuzda kıymetli evrak, hak sahibinin senetten tespiti şekline göre "nama", "emre" ve "hamile" yazılı kıymetli evrak olarak üçe ayırmak mümkündür.

Hak sahibi, diğer bir deyişle alacaklı, senede hamil olmak keyfiyetiyle birlikte, bir temlik (alacağın temlik) işleme de bakılarak tespit ediliyorsa, böyle bir senet "nama yazılı senet" niteliğindedir. Yani, senette müdemiç hakkın sahibi olabilmek için, senedin mülkiyetini karşı tarafa geçiren işlemin yanında, ayrıca bir de temlik muamelesinin yapılması, nama yazılı senetlerde şarttır.

Nama yazılı kıymetli evrak, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (6762 sayılı TTK)'nın 566. maddesinde (6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (6102 sayılı TTK)'nın m. 654), "Belli bir şahsın namına yazılı olup da, onun emrine kaydını ihtiva etmeyen ve kanunen de emre yazılı senetlerden sayılmayan kıymetli evrak, nama yazılı senet sayılır" şeklinde tanımlanmıştır.

Nama yazılı senet için verilen tanımda iki husus üzerinde durulmuştur. Bir defa, "senedin belli bir şahsın namına (adına) yazılı olması" gerekir. Bu birinci şarttır (olumlu, pozitif şart). İkinci şart ise, "senedin emre kaydını ihtiva etmemesi" ve "kanunen de emre yazılı senetlerden sayılmamasıdır" (olumsuz, negatif şart).

Bazı kıymetli evrak vardır ki, Kanun bunları, aksine bir kayıt taşımadıkları takdirde, emre yazılı saymıştır. Bunlar, belli bir şahsın namına yazılı olsa ve emre kaydı ihtiva etmese bile, kanun hükmü gereği emre yazılı kıymetli evrak sayılır. Böyle senetleri, ancak emre yazılı olmadıklarını "açıkça" belirtmek suretiyle nama yazılı olarak düzenlemek mümkündür. Bu belirtme, senede "menfi emre kaydı" konarak yapılır.

Buna karşılık, senede hamil olma durumunun hak sahipliği sıfatını tespit yönünden yeterli olduğu senetler ise, "hamile yazılı kıymetli evraktır". Hamile yazılı kıymetli evrakta, "senedin hamili olma", alacaklılık sıfatının tespitinde yeterli olmaktadır.

Hamile yazılı senetler, Türk Ticaret Kanunu'nun kıymetli evraka ilişkin kitabının üçüncü faslında hükme bağlanmıştır (6762 sayılı TTK. m. 570- 581; 6102 sayılı TTK'nun m. 658- 669). Hamile yazılı senetler için verilen genel tanım şöyledir: "Senedin metin veya şekinden, hamili kim ise, o kimsenin hak sahibi sayılacağı anlaşılın her kıymetli evrak, hamile (hamiline) yazılı senet sayılır" (6762 sayılı TTK. m. 570/1; 6102 sayılı TTK'nun m. 658). Görüldüğü üzere tanım, iki ana unsura dayanmaktadır: Bunlardan birincisi, hamile yazılı senetlerin kıymetli evrak olduğu; ikinci unsur ise, hamile yazılı senetlere, hamile yazılı senet niteliği kazandıran "hamile kaydı"dır. Hamile kaydı hakkında belli bir şekil öngörülmüştür. Bazı senetlerin hamile yazılı düzenlenebileceği ise, Kanun'da açıkça belirtilmiştir: Hamile yazılı çek (6762 sayılı TTK. m. 697), ipotekli borç ve irat senedi (TMK. m. 914), tahviller (6762 sayılı TTK. m. 425/1), rehinli tahvilat (TMK. md. 971), intifa senetleri (6762 sayılı TTK. m. 573), hamile yazılı havale (818 sayılı BK. m. 426) gibi... Öte yandan, senede hamil olma hali yanında, hak sahibinin tespiti bakımından bir "cironun yapılmış bulunması" keyfiyetinin de arandığı kıymetli evrak da vardır ki, bunlara "emre yazılı kıymetli evrak" denir.

Emre yazılı senetler, kambiyo senetlerinden sonra yer alan ve "Kambiyo Senetlerine Benzeyen Senetler" başlığını taşıyan beşinci faslında düzenlenmiştir. Kanun yapıcı, poliçe hakkındaki hükümlerin, bütün emre yazılı senetlerde de uygulanabileceğini düşünmüş; bu hükümler, özel bir hükümle farklı esaslar benimsenmediği sürece, diğer emre yazılı senetler için de uygulanabilecek genel hükümler olarak kabul edilmiştir.

Emre yazılı senedin tanımı, 6762 sayılı TTK'nun 736. maddesinde yapılmıştır. Buna göre, "emre yazılı olan veya kanunen emre yazılı sayılan evrak, emre yazılı senetlerdendir" (6762 sayılı TTK. m. 736; 6102 sayılı TTK'nun m. 824/1). Tariften de anlaşılacağı üzere, emre yazılı senetler iki türlü olabilir: Ya, belli bir senet tipi kanun yapıcı tarafından "kanunen emre yazılı senetler" olarak kabul edilir; yahut da, esas itibarıyla emre sayılmayan bazı senetlere "emre" kaydının konması suretiyle o senet emre yazılı senet haline getirilir (iradi olarak emre yazılı senetler).

"Kanunen emre yazılı senet", belli bir tipe (gruba) dahil senetleri ifade eder. Bu tipe dahil senetlerin emre yazılı olduğu kabul edilir. Mesela, kambiyo senetlerinin emre yazılı olması gibi. Poliçe, bono ve çek, "kambiyo senedi tipine dahil olduğu için" emre yazılı senettir (Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, 11. Bastı, Ankara 2005, s. 41- 51).

Diğer taraftan 6762 sayılı TTK'nun 690. maddesinin yollamasıyla bonolarda da uygulama yeri olan 6762 sayılı TTK'nun 599. maddesinde "Poliçeden dolayı kendisine müraacaat olunan kimse keşideci veya önceki hamillerden biriyle kendi arasında doğrudan doğruya mevcut olan münasibetlere dayanan def'ileri müraacaatta bulunan hamile karşı ileri süremez; meğer ki, hamil poliçeyi iktisap ederken bile bile borçlunun zararına hareket etmiş olsun" hükmü öngörülmüştür.

Alacaklının takibine dayanak yaptığı senet kambiyo senedi (bono, poliçe ve çek) niteliğinde olmadığı halde, icra müdürü takip talebini kabul ederek borçluya kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluna ilişkin ödeme emri gönderirse, beş gün içinde icra mahkemesine şikayette bulunarak, kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takibin iptalini sağlayabilir (İİK. m. 168/3, 170a.I). Bu nedenle, icra müdürü, alacaklının takip konusu yaptığı belgenin kambiyo senedi olup olmadığını incelemekle yükümlüdür (İİK. m. 168/I). İcra müdürü, alacaklının dayandığı senedin kambiyo senedi olmadığı kanısına varırsa, takip talebini reddetmelidir; reddetmezse, kambiyo senetlerine mahsus takip, şikayet (İİK. m. 168/3, m. 170a.I) üzerine veya re'sen (İİK. m. 170a.II) icra mahkemesi tarafından iptal edilir. Ayrıca, takip talebini alan icra müdürü, alacaklının kambiyo hukuku mucibince takip hakkına sahip bulunup bulunmadığını da incelemek zorundadır (İİK. m. 170a.II) (Baki Kuru, İcra ve İflas El Kitabı, İstanbul 2004, s. 658, 686).

Somut olayda, takip konusu senedin kambiyo senedi özelliklerini taşıdığı ve alacaklının kambiyo hukuku gereğince takip hakkına sahip bulunduğu anlaşılmaktadır. Diğer taraftan 6762 sayılı TTK'nun 690. maddesinin yollamasıyla bonolarda da

b. Karşı oy yazarının görüşü

Hukuk Genel Kurulunca oy çoğunluğuyla alınan kararda kaleme alın karşı oy yazısında; yerel mahkeme ile temyiz mahkemesi arasındaki görüş farklılığının, takibe konu senedin 4077 sayılı kanun m. 6/A gereğince nama yazılı olmaması durumunda senet lehtar ile keşidesi açısından geçersizliği noktasında toplanmış olduğu ifade edilerek; tüketici niteliğini haiz keşideci açısından takibin iptalinin yerinde olduğu ancak lehtar açısından yerel mahkeme kararında isabet bulunmadığı kanaatine ulaşıldığı belirtilmiştir. Ayrıca özel dairece yerel mahkeme kararının ilk defaki incelemesinde onandığı ancak karar düzeltme yoluyla tekrar özel dairesinin önüne gelen uyuşmazlık konusunda bozma kararı verildiği ifade edilerek ilk inceleme esnasında tüketicinin hukuki durumunun gözetildiği ifade edilmiştir⁶.

uygulama yeri olan 6762 sayılı TTK'nun 599. maddesi uyarınca poliçeden dolayı kendisine müracaat olunan kimse keşideci veya önceki hamillerden biriyle kendi arasında doğrudan doğruya mevcut olan münasebetlere dayanan def'ileri müracaatta bulunan hamile karşı ileri süremez; ancak, hamil poliçeyi iktisap ederken bile borçlunun zararına hareket etmiş olması halinde bu def'iler ileri sürebilecektir.

Dosya kapsamına göre, takip alacaklısının kötü niyetli olduğu iddia ve ispat edilmediği gibi senet metninde de tüketici sözleşmesi nedeniyle verildiğine ilişkin bir ibare bulunmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca muteriz borçlular tarafından takip dayanağı senetteki imzaya itiraz edilmediği gibi borcun ödendiği de ispat edilmemiştir.

Bu durumda mahkemece, 6762 sayılı TTK'nun 599. maddesi hükmü gereği borçluların "senedin tüketici senedi olarak verilmesi nedeni ile TKHK'nun 6/A maddesi gereğince nama yazılı düzenlenmesi gerektiği iddiasını" takip alacaklısına karşı ileri süremeyeceği gibi, keşidecinin bu durumu sonradan iyiniyetli hamile karşı da ileri sürmesi mümkün değildir.

Hukuk Genel Kurulu'nun 05.03.2014 gün ve 2013/12-1286 E., 2014/207 K.; 05.03.2014 gün ve 2013/12-1514 E., 2014/208 K. sayılı ilamlarında da aynı ilkeler kabul edilmiştir.

Bu itibarla; Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Bu nedenle, direnme kararı bozulmalıdır.

S O N U Ç : Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen ilave nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanunun 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" afıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcın yatırana geri verilmesine, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'na 5311 sayılı Kanunun 29. maddesi ile eklenen "Geçici madde 7" afıyla uygulanmakta olan aynı Kanun'un 366/III. maddesi uyarınca kararın tebliğinden itibaren 10 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 21.05.2014 gününde oyçokluğu ile karar verildi)

⁶ KARŞI OY YAZISI Tam Metin:

Yerel Mahkeme ile, Yargıtay Özel Dairesi arasındaki uyuşmazlık; takibe konu senetlerin 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6/A maddesi gereğince nama yazılı olması gerekirken, emre yazılı olarak düzenlenmesi nedeniyle, keşideci (tüketici) ve senet lehdarı yönünden geçerli olup olmadığı noktasındadır. Alacaklı şirket tarafından takibe konu edilen senetler, tüketici (keşideci) ile yüklenici (lehdar) arasında, taşınmaz satımı sebebiyle düzenlenen taksitle satış sözleşmesinin teminatı olarak düzenlenmişlerdir. Emre yazılı olarak düzenlenen bu senetler nedeniyle, senet lehdarının, ciro yoluyla senedi devrettiği hamile karşı sorumlu olduğunda duraksamaya yer yoktur. Lehdarın sorumluluğu kambiyo (kıymetli evrak) hukukundan kaynaklanmaktadır. Çünkü, keşideci yönünden herhangi bir sebeple hükümsüz olan senet, diğer senet borçluları yönünden, 6762 T.T.K.nun 589. maddesinde öngörülen imzaların istiklalî (bağımsızlığı) ilkesi gereğince geçerliliğini korur. Lehdar, ayrıca senet hamiliyle aralarındaki temel hukuki ilişkiye göre de sorumludur. Bu itibarla, yerel mahkemenin senet lehdarı yönünden verdiği direnme kararında isabet yoktur. Keşideci (tüketici) yönünden ise, durum tamamen farklılık arz etmektedir. Keşideci (tüketici) ile lehdar (yüklenici) arasında 4077 Sayılı Kanun'un 6/A maddesine göre düzenlenmiş taksitle satış sözleşmesi vardır. Sözleşmede satılan konutun blok numarası, bağımsız bölüm numarası ve taksit adedi belirtilmiştir. İşte takibe konu edilen senetler tamamen bu sözleşmedeki vadeye göre düzenlenmiş senetlerdir. Her senedin ön yüzünde taksitli satışa göre verilmiş sıra numarası, konutun blok ve bağımsız bölüm numarası okunaklı bir biçimde ayrıca ve açıkça yazılmıştır. Senet sebebiyle hak sahibi olmak isteyen herhangi bir kişi, senet metnini incelediğinde, bunun tüketici işleminden kaynaklandığını kolayca anlayabilir. Bunun için tacir olmaya gerek yoktur. Kaldı ki: senedi ciro yoluyla devralan hamil, tacirdir ve tacir basiretyle davranmak durumundadır. Şimdi konuya daha yakından bakalım. Yargıtay Özel Dairesinin bozma ilamına dayanarak yaptığı T.T.K.nun 599. maddesinde. "Poliçeden dolayı kendisine müracaat olunan kimse keşideci veya önceki hamillerden biriyle kendi arasında doğrudan doğruya mevcut olan münasebetlere dayanan def'ileri müracaatta bulunan hamile

IV. DEĞERLENDİRME

İnceleme konusu kararda gerek detaylarıyla değerlendirmeye alınan gerekse işaret edilen birkaç hukuki problem bulunmaktadır. Yukarıda tespiti yapılan bu sorunların sırasıyla değerlendirilmesi faydalı olacaktır.

A. Borçlular Tarafından İleri Sürülen Def'inin Hukuki Niteliği

Tüketicinin borçları için tanzim etmiş olduğu senetlerin bir takım şartları ihtiva etmesi zorunludur. Bu anlamda taraflar arasındaki temel hukuki ilişkiye müstenit olarak bir kambiyo ilişkisi kurulacaksa bu ilişkinin düzenlenen senet mutlaka nama yazılı olmalıdır. Mülga 4077 sayılı TKHK m. 6/A'daki düzenleme uyarınca tüketicinin keşide ettiği senedin nama yazılı olmaması, senedin geçersizliği sonucunu doğuracaktır. Burada dikkati çeken husus, mülga TKHK 'ın söz konusu hükmü taksitli satışlar için düzenlenmiş iken yürürlükteki 6502 sayılı kanundaki karşılığı olan m. 4/5'de kanunun genel esaslarının içerisinde temel ilkeler başlığı altında düzenleme yoluna gidilmiş olmasıdır. Yine uygulama ve doktrindeki itirazların göz önüne alınmasıyla "kambiyo senedinin geçersizliği" yerine "kıymetli evrakın tüketici yönünden geçersizliği" ibareleri kullanılmıştır. Yeni düzenlemedeki söz konusu değişiklikler oldukça önemlidir. Zira önceki kanunun döneminde kambiyo evrakının geçersizliğinden bahsedilirken şu an senedin tüketici yönünden geçersizliğinden bahsedilebilecektir.

Uyuşmazlık konusu olayda dava dışı lehtar K.. Constructkion.. Aş ile takip borçluları arasında taşınmaz devrine dair taksitli satış sözleşmesi kurulduğu ve taraflar arasında ayrıca kambiyo taahhüdünün bulunduğu görülmektedir. Olayımız açısından taraflar arasındaki temel

karşı ileri süremez. Meğer ki, hamil, poliçeyi iktisap ederken bile bile borçlunun zararına hareket etmiş olsun. Alacağın temlikî yoluyla yapılan devirlere ait hükümler mahfuzdur." hükmü öngörülmüştür. Anılan maddeye ve istikrar kazanmış Yargıtay İçtihatlarına göre, keşideci lehara karşı ileri sürebileceği şahsî defileri, senedi ciro yoluyla devralan diğer hamillere karşı ileri süremez. Bu durum, kıymetli evrakın kendini doğuran hukukî işlemden mücerretliği (soyutluğu) ilkesi gereğidir. Bu ilke gereğince keşideci, hamile karşı bedelsizlik iddiasında bulunamaz. Senet bedelinin lehara haricen ödediğini ileri süremez. Hatır senedi olduğunu ileri süremez. Temel hukukî ilişkinin geçersizliğini de ileri süremez. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Ne var ki, somut olayımızda keşideci (tüketici) şahsî defileri yanında, senet metninden anlaşılan hükümsüzlük nedenine de dayanmıştır. Takibe konu senetlerin taksitle satış sözleşmesine dayalı olarak düzenledikleri uyuşmazlık konusu değildir. 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6/A maddesinde: taksitle satış sözleşmesi düzenlenirken, tüketici lehine, "Sözleşmeden ayrı olarak kıymetli evrak niteliğinde senet düzenlenecekse bu senet, her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde ve sadece nama yazılı olarak düzenlenir. Aksi takdirde kambiyo senedi geçersizdir." emredici hükmü öngörülmüştür. Görüldüğü gibi, burada kanundan doğan bir hükümsüzlük hali söz konusudur. Çünkü senetler kanunun emredici hükmüne aykırı olarak, nama yazılı değil de, emre yazılı olarak düzenlenmişlerdir. Burada herkese karşı ileri sürülebilen mutlak hükümsüzlük hali söz konusudur. Senette sahtekarlık ve tahrifat da bunun gibidir. Hal böyle olunca, takibin keşideci (tüketici) yönünden iptalinde yasaya aykırılık yoktur. Esasen, özel daire önce mahkeme hükmünü onamıştır. Karar düzeltme aşamasında bozma kararı verilmiştir. Kanaatimizce, bozma kararı verilirken, keşideci (tüketici) nin hukukî durumuyla lehdarın hukukî durumu arasındaki 4077 Sayılı Kanundan kaynaklanan özel durum gözden kaçırılmıştır. Nitekim, HGK.nun 12.5.1999 tarih ve 1999/12-5567/6156 Sayılı "Takip dayanağı senedin kayıtsız şartsız borç kararını içermediği ve taksitle mal alım sözleşmesi gereği verildiği anlaşıldığından, bu haliyle takip dayanağı belge T.T.K.nun 688. maddesindeki koşulları taşımamaktadır. Bu durumda borçlunun itirazları takip yapan hamile karşı da ileri sürülebilir. Borçlunun borcu kabulü de bulunmadığından 2004 Sayılı İcra İflas Kanununun 170/a-son maddesi hükmünün olayda tatbik yeri yoktur. Borçlunun itirazının bu sebeple kabulüyle takibin iptaline karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizdir." şeklindeki içtihadı görüşümüzü doğrular mahiyettedir. Tüm bu nedenlerle, keşideci (tüketici) yönünden yerel mahkemece verilen direnme kararı usul ve yasaya uygun olup, tüketici yönünden onanması gerekirken, aksine düşüncelerle bozulmasına dair sayın çoğunluğun değerli görüşüne katılmıyorum.

hukuki ilişkinin tüketici işlemi niteliğinde olduğu, bu nedenle Mülga 4077 sayılı TKHK m. 6/A'daki düzenlemenin söz konusu olayda uygulanma alanı bulacağı açıktır.⁷ İnceleme konusu yapılan Hukuk Genel Kurulu Kararında da bu hususta bir tereddüde işaret edilmemiş temel ilişkinin tüketici işlemi niteliğinde olduğu zımnen kabul edilmiştir.

Söz konusu geçersizlik, tüketici senedinin nama yazılı şekilde düzenlenmemesinden kaynaklanmaktadır. Kanun koyucu tüketici senedinin nama yazılı olması zorunluluğunu ihdas ederken tüketicinin menfaatlerini koruma altına almış durumdadır. Senedin nama yazılı olmasının zorunlu sonucu olarak tüketici temel ilişkiden kaynaklı tüm haklarını senedi devralan kişiye karşı da kullanabilecektir. Zira nama yazılı senedin devri alacağın temlikihükümdedir. Bu anlamda nama yazılı senet kambiyo evrakı arasında borçluya en çok koruma sağlayan senettir.⁸

Takip borçluları ödeme emrinin kendilerine tebliğinden sonra yasal süresi içerisinde İcra Mahkemesinden takibin iptalini talep etmişlerdir. Söz konusu taleplerine gerekçe olarak 4077 sayılı TKHK m. 6/A'daki düzenlemeye dayanmışlardır. İş bu düzenleme ile açıkça tüketici tarafından düzenlenecek senedin nama yazılı olması gerektiği aksi durumda senedin geçersizlikle malul olacağı ifade edilmiş durumdadır. Bu halde takip borçlusu tüketicinin söz konusu kanuni düzenlemeden kaynaklı def'i hakkının niteliği konusunun değerlendirilmesi gereklidir. Zira doktrinimizde çoğunlukla kabul edilen def'ilerin tasnifi içerisinde 4077 sayılı TKHK m. 6/A'daki geçersizlik def'inin yerinin tespiti ile sonuca gidilmesi doğru olacaktır. Geline nokta kısaca hukukumuzdaki def'i sisteminden bahsedilerek 4077 sayılı TKHK m. 6/A'daki geçersizliğin hukuki niteliğinin tespitine çalışılacaktır.

1. Hukukumuzdaki Def'i Sistemi

Def'i hakkı, sahibinin bu hakkı kullanmakla kendisine bir edimin yerine getirilmesini talep eden kimseye karşı, bu ifadan geçici yahut sürekli kaçınma imkanı bulunduğu hal, dar anlamda def'i hakkı olarak ifade edilmektedir.⁹ Doktrinde çoğunla kabul edildiği üzere def'iler; mutlak def'iler-nispi def'iler ve senetten anlaşılan def'iler-hükümsüzlük def'ileri-şahsi def'iler şeklinde tasnif edilmektedir. Bunlardan ilk ayırım def'inin ileri sürülebildiği kişileri, ikincisi def'inin temelindeki sebebi ve kanundaki sistematığı esas almaktadır.¹⁰

a. Mutlak def'i nispi def'i ayrımı

Klasik görüşü temsil eden sınıflandırmada, def'i hakkı sahibi tarafından, herkese

⁷ Eski ve Yeni kanuni düzenlemeler ışığında tüketici uyumsuzluğunun hukuki nitelendirmesi konusunda detaylı bilgi için bkz.; Murat Aydoğdu, Tüketici Hukuku Dersleri (1. B. Adalet Yayınları 2015) 60 vd.; Mehmet Akif Tutumlu, Tüketici Yargılaması Hukuku, (Seçkin Yayınevi 2015) 61 vd.

⁸ Özgür Doğan, 'Tüketici Senetleri' (2018) 76 (2) Ankara Barosu Dergisi 111, 124.

⁹ Merve Sarıkaya, Kambiyo Senetlerinde Teminat Kaydı, (1. B. Vedat Kitapçılık 2018) 109; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (23. B. Yetkin Yayınları 2018) 72.

¹⁰ Numan Sabit Sönmez, Kambiyo Senetlerinde Şahsi Def'iler (1. B. Oniki Levha Yayınları 2019) 32.

karşı ileri sürülebilenlere mutlak def'i; yalnız belli kişi veya kişilere karşı ileri sürülebilecek olanlara ise nispi def'i denilmektedir.¹¹ Bu anlamda hak sahibinin herkese karşı ileri sürebildiği örneğin senedin zorunlu unsurlarının bulunmaması mutlak def'i niteliğindeki, sadece temel ilişkinin tarafına ileri sürülebilecek olan örneğin temel ilişki kapsamında borcun haricen ödendiğine yönelik bir def'i nispi def'i niteliğindedir.

b. Senet metninden anlaşılan def'iler - senedin hükümsüzlüğüne ilişkin def'iler - şahsi def'iler ayrımı

Bu ayrım ise def'ilerin doğmasına yol açan sebebe göre ve kanun sistematığına uygun biçimde “*senet metninden anlaşılan def'iler-senedin (taahhüdün) hükümsüzlüğüne ilişkin def'iler-şahsi def'iler*” şeklinde yapılmaktadır.

Senet metninden anlaşılan def'iler herkesin senede bakarak görebileceği, senedin şekli unsurlarındaki noksanlıklar veya senet üzerine konulan kayıtlar gibi hususlardan kaynaklanır.

Senedin hükümsüzlüğüne ilişkin def'i ise “senedin” değil “senet” üzerindeki belirli bir taahhüdün hükümsüzlüğüdür.¹²

Şahsi def'iler belirli bir senet borçlusu ile belirli bir senet alacaklısı arasında mevcut olan, senedin doğumuna sebebiyet veren temel ilişkiden ve senetten bağımsız bir diğer ilişkiden veya senede yönelik yapılan senet dışı özel anlaşmadan kaynaklanan, istisnalar dışında yalnızca taraflar arasında ve senedi devralırken bilerek borçlu zararına hareket eden üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilen def'ilerdir.¹³

c. TKHK m. 6/a'daki geçersizliğin hukuki nitelendirmesi

Yukarıdaki açıklamalar ışığında açıkça görüldüğü üzere öğretilerde; kambiyo hukukunda def'iler için TTK'nın sistematığı benimsenmiştir. Bu durumda tüketici senetleri için özel kanun niteliğindeki düzenlemeyle ayrıca bir geçersizlik öngörülmesiyle buna ilişkin ileri sürülecek def'i herkese karşı ileri sürülebilen bir mutlak def'i midir? Yoksa 6762 sayılı Mülga Türk Ticaret Kanunu m. 599 uyarınca senedi iktisap edenin kötü niyetinin ispat edilmesi halinde ancak müktesibe karşı ileri sürülebilecek bir şahsi def'i midir?

Söz konusu nitelendirmeye ilişkin olarak çeşitli görüşler dermeyan edilmiştir. Bir kısım yazarlar anılan geçersizliğin kambiyo hukuku açısından bir etkisinin bulunmadığını, sadece temel ilişkinin tarafları arasında şahsi def'i olarak ileri sürülebileceğini ifade etmişlerdir.¹⁴ Yine bu görüşe göre, her ne kadar kambiyo ilişkisinin bir tarafı tüketici de olsa senet metninden açıkça emre yazılı yahut nama yazılı olduğunun belirtilmesini gerekliliğine

¹¹ Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku (22 B. Turhan Kitapevi 2018) 45-46; Reha Poroy ve Ünal Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları (22. B. Vedat Kitapçılık 2018) 99.

¹² Hasan Pulaşlı, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları (5. B. Adalet Yayınevi 2017) 64; Öztan (n 11) 46.

¹³ Ülgen, Helvacı, Kendigelen ve Kaya (n 1) 68-70.

¹⁴ Ülgen, Helvacı, Kendigelen ve Kaya (n 1) 130.

dikkat çekilmektedir.

Bir kısım yazarlar ise söz konusu geçersizliğin bir mutlak def'i olduğunu ifade etmektedirler.¹⁵ Zira mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması hakkında Kanun m. 6/A'da¹⁶ düzenlenme alanı bulan hükümde doğrudan doğruya senedin geçersizliğinden bahsedildiği kaldı ki kanun koyucunun zayıf durumdaki tüketiciyi ayrıca ve açıkça korumak istediği kanunun ruhundan da bu sonuca ulaşılabileceği ifade edilmektedir.

Bir kısım yazarlar ise söz konusu düzenlemenin bir istisna niteliğinde olduğunu kaldı ki tüketicinin kambiyo hukukunu bilemeyeceğini ifade etmektedirler.¹⁷ Neticeten söz konusu taahhüdün tüketici yönünden geçersizliğinin açık olduğuna dikkat çekilmektedir.

Görüşümüze göre mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması hakkında Kanun m. 6/A(*Yürürlükteki 6502 sayılı Tüketicinin Korunması hakkında Kanun m. 4/5*) uyarınca getirilen geçersizlik hali bir mutlak def'i niteliğindedir. Her ne kadar TTK. sistematigi içerisinde yer almamış olsa da TKHK, TTK.'ya göre özel nitelikte bir kanun olup kanun koyucu tüketicinin korunmasına ihtimam göstermekte olduğundan söz konusu düzenlemeye gitmiştir. Bu anlamda her ne kadar kıymetli evrakın mücerretliği ilkesinin gözetilmesinin gerekliliği ile söz konusu düzenlemeden kaynaklı olarak kambiyo ilişkisinin temel ilişkiden soyutluğuna hanel getirildiği, doktrin¹⁸ ifade ediliyor olsa da söz konusu hüküm emredici niteliktedir. Yine, yeni kanuni düzenlemeyle de açığa kavuşturulduğu üzere senedin nama yazılı düzenlenmemiş olması sadece tüketici yönünden geçersizlikle maluliyet sonucunu doğuracaktır. Kambiyo hukuku açısından senedin geçerliliği etkilenmeyecektir. Her ne kadar eski düzenlemede senedin geçersizliğinden bahsedilmiş olsa da inceleme konusu yapılan karardaki karşı oy yazısında isabetle ifade edildiği üzere kastedilen tüketici açısından geçersizliktir. Ancak bu durumda senedi iyi niyetli olarak iktisap eden üçüncü kişinin kambiyo taahhüdünün mücerretliğinden kaynaklanan işlem güvenliğinin zedelendiği haklı olarak ifade edilmektedir.¹⁹ Burada hakların tehlikeli kurumunun göz önüne alınması gerektiğini düşünmekteyiz. Zayıf konumda bulunan tüketici lehine emredici düzenleme ile koruma altına alınması işlem güvenliğine tercih edilebilirliği gündeme gelecektir. İnceleme konusu yapılan karardaki karşı oy yazısında da belirtildiği üzere senet geçerliliği etkilenmeyeceğinden sadece borçlu tüketici açısından geçersizlik gündeme gelecek, takip alacaklısının başvuru borçluları ve lehtar açısından sende

¹⁵ Aydın Zevkliler ve Murat Aydoğdu, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (3. B. Seçkin Yayınları 2004) 179-180.

¹⁶ Bilindiği üzere yürürlükteki 6502 sayılı Tüketicinin Korunması hakkında Kanun m. 4/5 uyarınca söz konusu geçersizlik tüketici yönünden geçerli olmak üzere sınırlandırılmıştır. Bu anlamda yeni düzenlemenin yerinde olduğu ile yeni düzenlemeyle de mutlak def'inin kabul edildiği yönünde değerlendirmeler bulunmaktadır.

¹⁷ Ahmet Battal, 'Kıymetli Evrakla Borç Altına Giren Tüketicinin Korunması', (1998) 19 (3) *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 95, 100-112.

¹⁸ Zevkliler ve Aydoğdu (n 15) 180.

¹⁹ Sevilay Uzunallı Eroğlu, 'Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Kıymetli Evrak Hukukuna Etkileri' (2004) 6 (1) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 113, 134.

bağlı talep hakkı korunacaktır.

Burada bir hususa değinmek gerekmektedir. Söz konusu olaya ilişkin olarak İcra Mahkemelerinde yapılan incelemelerde temyiz dairesi olan 12. Hukuk Dairesi çoğunlukla uyuşmazlık konusu def'inin şahsi def'i niteliğinde olduğunu bu nedenle üçüncü kişi konumunda bulunan hamile karşı ancak kötü niyetinin ispat edilebilmesi halinde ileri sürülebileceğini ifade etmektedir. Diğer yandan tüketici uyuşmazlıklarına ilişkin olarak temyiz incelemesi istendiğinde dosyanın 13. Hukuk Dairesinin önüne geldiği, bu özel dairenin de çoğunlukla uyuşmazlık konusu def'inin mutlak nitelikte olduğu yönünde içtihat oluşturduğu görülmektedir.²⁰ Bu hususa, aşağıda incelenen İcra Mahkemesinin inceleme yetkisinin kapsamı sorununda değinilecektir.

2. Uyuşmazlığın İcra Mahkemesince İncelenbilirliği

İnceleme konusu kararda detaylarıyla ele alınmamış olsa da tüketici işleminden kaynaklı geçersizliğin İİK. m. 170/a uyarınca incelenip karara bağlanmasının yerinde olup olmadığı incelenmelidir.

Kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla girilen takipte, icra müdürlüğüne takibe konu senedin kambiyo vasfını haiz olup olmadığı incelenmelidir. Takibe konu senedin kambiyo vasfını haiz olmaması durumunda takip talebinin reddedilmesi gerekli olup aksi durum İİK. m. 170/a'da düzenlenen özel şikayet yoluyla İcra Mahkemesince inceleme konusu yapılabilecektir.

Bahsedilen şekliyle borçlu, alacaklının dayandığı senedin kambiyo senedi olmadığı ve kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip yoluna başvurma hakkının bulunmadığını ileri sürüyorsa, bunu beş gün içerisinde şikayet yoluyla İcra Mahkemesine şikayet yoluyla bildirmelidir. Kambiyo senedi niteliği taşımayan bir senede dayanarak ödeme emri gönderilirse, alacaklı yetkili hamil değilse, takip yapma yetkisi/hakkı yoksa, kambiyo senedinde borçlu olmayana karşı takip yapılırsa protesto çekilmesi gerekli durumlarda protesto çekilmemişse beş günlük şikayet söz konusudur.²¹

Bu halde İİK. m. 170/a/II uyarınca İcra Mahkemesi her ne surette önüne gelmiş olursa olsun senedin kambiyo vasfını inceleyecektir. Yine İİK. m. 170/a uyarınca yapılacak inceleme hemen yukarıda belirtildiği üzere takip hakkının bulunup bulunmadığı, kambiyo vasfının bulunup bulunmadığı, takip alacaklısının yetkili hamil olup olmadığı takip borçlusunun kambiyo taahhüdünde borçlu sıfatıyla yer alıp almadığıyla sınırlı dar bir yetkidir.

Yukarıda da değinildiği üzere Yargıtay özel daireleri arasında içtihat birliği

²⁰ Doğan (n 8) 136-138.

²¹ Hakan Pekantez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özkes, İcra ve İflas Hukuku (10. B. Yetkin Yayınları 2012) 423.

bulunmamakta icra mahkemesi kararlarını değerlendiren Özel Dairece inceleme konusu yapılan geçersizlik şahsi def'i olarak nitelendirilmektedir. Benzer bir durumda başka bir hukuki uyumsuzluk noktasındaki içtihat farklılığı nedeniyle Hukuk Genel kurulunca İçtihadı birleştirme talebinde bulunulmuştur²¹. Söz konusu kararda nafaka takiplerindeki harici ödemenin hesaba katılıp katılmayacağına dair uyumsuzlıklarda icra mahkemelerinin kararlarını değerlendiren Özel Daire ile genel mahkeme kararlarını değerlendiren Özel Daire arasındaki içtihat farklılığının giderilmesinin talep olduğu görülmektedir. Kararın gerekçesinde İcra Mahkemesinin dar yetkili mahkeme niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararında, her ne kadar içtihadı birleştirmeye yer olmadığı sonucuna ulaşılmış ise de gerekçeleri itibarıyla açıklayıcı nitelikte bulunduğu dikkate alınmalıdır. Kararın ilgili bölümünde aynen şu ifadeler yer verilmiştir;

“İcra mahkemeleri dar yetkili yargı yerleridir. Yöneltilen ve yargısal birtakım görevleri vardır. İcra mahkemeleri münhasıran takip hukukuna ilişkin sorunları çözümler. Buna karşılık işin esası ile ilgili sorunların çözüm yeri genel mahkemelerdir (Uyar, T.: İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Manisa 1974 8.15 vd.).

İcra mahkemeleri genel olarak icra ve iflas takibi sırasında doğan uyumsuzlukları sınırlı ve biçimsel olarak incelemeye ve karar vermeye yetkili olup, genel mahkeme gibi geniş yetkili bir mahkeme değildir. Mahkemelerin bu sınırlandırılmış yetkisinden ötürü icra mahkemesi kararları kural olarak maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Mahkemenin takip hukukuna ilişkin kararları sadece yürütülen takip konusu bakımından tarafları bağlar ve sadece takip hukuku anlamında kesin hüküm teşkil eder. Bunun sonucu olarak icra mahkemesi tarafından verilen karar daha sonra genel mahkemelerde dava konusu yapılabilir.”

Yukarıda izah edilen hususlar çerçevesince; İİK. m. 170/a uyarınca yapılacak incelemenin sadece takip hukukundan kaynaklı sorunların çözümü ile sınırlı olacağı kanaatindeyiz. Bu anlamda İcra Mahkemesince yapılacak inceleme; yukarıda belirtildiği üzere takip hakkının bulunup bulunmadığı, kambiyo vasfının bulunup bulunmadığı, takip alacaklısının yetkili hamil olup olmadığı takip borçlusunun kambiyo taahhüdünde borçlu sıfatıyla yer alıp almadığıyla sınırlı olacaktır. Bu halde temel işlemin tüketici işlemi niteliğinde olup olmadığına dair inceleme maddi hukuka dair yargılama gerektirmekte olup İcra Mahkemelerinin dar yetkisinin kapsamı dışındadır.

SONUÇ

Dava dışı lehtar ile takip borçluları arasında kurulan taşınmaz devrine dair taksitle satım sözleşmesi kapsamında emre muharrer kambiyo senedi düzenlenmiş sonrasında söz konusu senet takip alacaklısına cirolanarak devredilmiştir. Bunun üzerine borçlular tarafından mülga 4077 sayılı TKHK. m. 6/A uyarınca geçersizlik hukuki sebebine dayanılarak takibin

iptaline yönelik olarak şikayet yoluna başvurulmuştur. Yerel mahkemece şikayetin kabulü ile takibin iptaline karar verilmiştir. Yerel mahkemenin iş bu kararına katılmak mümkün değildir. Zira her ne kadar söz konusu kanun hükmünde senedin geçersizliğinden bahsediliyorsa da kanunun yürürlükte olduğu tarihte dahi anılan hükmün tüketici yönünden geçersizliği kabul edilmesi gerektiği ifade edilmekteydi. Diğer yandan kambiyo senetlerinin mücerretliği ilkesi uyarınca işlem güvenliği dikkate alınarak lehtar açısından takibin iptali yerinde olmamıştır. Yine yukarıda açıklandığı üzere İcra Mahkemesinin inceleme yetkisinin sınırlı olduğu yerel mahkemece göz önüne alınmamıştır. Zira somut olayda her şeyden önce dava dışı lehtar ile takip borçluları arasındaki temel ilişkinin tüketici işlemi niteliğinde olup olmadığı ile takip borçlularının tüketici sıfatını haiz olup olmadıkları hususu takip hukuka dair sorunlardan olmayıp genel mahkemeler nezdinde yargılamayı gerektirmektedir. Bu halde icra mahkemesince takip hakkı kapsamında sınırlı bir inceleme ile sonuca gidilmesi gerekli iken anılan şekilde hüküm kurulması yerinde olmamıştır.

Özel Daire ile Hukuk Genel Kurulunun benzer gerekçeler ile ihdas etmiş oldukları hükümler ise mülga 4077 sayılı TKHK. m. 6/A'da düzenlenme alanı bulan geçersizliğin zayıf konumda bulunan tüketicinin korunmasına dair emredici nitelikte olduğunun göz ardı edilmesiyle hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Zira karşı oy yazısında da açıkça belirtildiği üzere senedin nama yazılı olmaması nedeniyle tüketici yönünden geçersizliği, tüketici tarafından herkese karşı ileri sürülebilecek nitelikte olup sırf bu sebeple kambiyo senedinin geçersizliği sonucunu doğurmayacak, imzaların istiklali ilkesi gereğince senet dolayısıyla diğer borçluların sorumluluğu devam edecektir. Açıkça görüldüğü üzere geçersizlik sadece tüketici yönünden gündeme gelecektir.

Önemle belirtmek gerekir ki inceleme konusu yapılan Hukuk Genel Kurul kararı netice itibariyle yerindedir. Zira her ne kadar TKHK.'da düzenlenme alanı bulan geçersizlik hali mutlak def'i niteliğinde ise de bu geçersizlik İİK. m. 170/a kapsamında İcra Mahkemesince değerlendirilmeye konu edilemeyecektir. Bu hususta genel yetkili mahkemece bir incelemenin yapılmasıyla sonuca gidilmesi gerekmekte olup temel işlemin tüketici işlemi olup olmadığı hususu takip hukukundan kaynaklı bir problem olarak ele alınamayacaktır.

KAYNAKÇA

Aydoğdu M, Tüketici Hukuku Dersleri (1. B. Adalet Yayınları 2015)

Battal A, 'Kıymetli Evrakla Borç Altına Giren Tüketicinin Korunması', (1998) 19 (3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 95-112

Doğan Ö, 'Tüketici Sentleri' (2018) 76 (2) Ankara Barosu Dergisi 111-141

Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (23. B. Yetkin Yayınları 2018)

Öztan F, Kıymetli Evrak Hukuku (22 B. Turhan Kitapevi 2018)

Pecanitez H, Atalay O, Sungurtekin Özkan M. ve Özekes M, İcra ve İflas Hukuku (10. B. Yetkin Yayınları 2012)

Poroy R. ve Tekinalp Ü, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları (22. B. Vedat Kitapçılık 2018)

Pulaşlı H, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları (5. B. Adalet Yayınevi 2017)

Sarıkaya M, Kambiyo Senetlerinde Teminat Kaydı, (1. B. Vedat Kitapçılık 2018)

Sönmez NS, Kambiyo Senetlerinde Şahsi Def'iler (1. B. Oniki Levha Yayınları 2019)

Tutumlu MA, Tüketici Yargılaması Hukuku, (Seçkin Yayınevi 2015)

Uzunallı Eroğlu S, 'Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Kıymetli Evrak Hukukuna Etkileri' (2004) 6 (1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 113-176

Ülgen H, Helvacı M, Kendigelen A. ve Kaya A, Kıymetli Evrak Hukuku (7. B. Oniki Levha Yayıncılık 2013)

Zevkililer A. ve Aydoğdu M, Tüketicinin Korunması Hukuku (3. B. Seçkin Yayınları 2004)



ESKİŞEHİR BAROSU DERGİSİ

PSEG v. Türkiye ICSID Hakem Heyeti Kararı İncelemesi

Av. M. Mustafa DEMİR¹

Öz

Bu çalışmada Türkiye'nin ICSID kapsamında yargılandığı ilk tahkim davası olan PSEG Global Inc. and Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Ltd. Şti. v. Republic of Turkey Davası hukuki yönden incelenecektir. Söz konusu dava, Türkiye açısından ilk ICSID Tahkim yargılaması olması ve içtihadî açıdan gelişime katkı sağlaması açısından ciddi bir öneme sahiptir. İnceleme konusu davada tahkim heyetinin özellikle niçin “Adil ve Hakkaniyetli Muamele” ilkesinin ihlal edildiğine kanaat getirdiği ve Başvurucunun diğer iddialarını neden reddettiği ve somut olayda nihai anlamda verilen kararın hukuka uygun olup olmadığı meseleleri ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler

Yatırım Tahkimi, Yatırım Uyuşmazlığı, ICSID.

¹ İstanbul Barosu, m.mustafademir@icloud.com, ORCID: 0000-0002-2325-9600.



ESKİŞEHİR BAR ASSOCIATION JOURNAL

Review Of the PSEG v. Turkey ICSID Arbitration Decision

Abstract

In this study, PSEG Global Inc., the first arbitration case in which Turkey was tried under ICSID. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Ltd. Sti. v. The Republic of Turkey Case will be examined in legal terms. The case in question has a serious importance in terms of being the first ICSID Arbitration proceeding for Turkey and contributing to the development in terms of jurisprudence. In the case under reviewing, the issues of why the arbitral tribunal decided that the principle of "Fair and Fair Treatment" was violated, why it rejected the plaintiff's other claims, and whether the final decision in the concrete case was in accordance with the law will be discussed.

Keywords

Investment Arbitration, Investment Dispute, ICSID.

GİRİŞ

1980’li yıllarda Türkiye’nin yaşadığı artan elektrik talebinin bir sonucu olarak, devlet enerji sektörünü serbestleştirmeye ve yabancıların katılımını teşvik etmeye karar verdi. Bu bağlamda Türkiye, özel girişimlere yetki veren yasalar çıkararak iç hukukunda söz konusu hedef doğrultusunda revizyonlar yaptı. Şirketlerin elektrik üretimi için tesisler kurması ve ürettiği elektriği satması için hazine garantisi de dahil olmak üzere devlet tarafından bir dizi teşvik sağlandı, uzun vadeli enerji satış anlaşmaları akdedildi.

1994 yılında ABD menşeli PSEG şirketi, başvuruda bulundu ve Türkiye’nin Konya ilinde kömürle çalışan bir elektrik santrali ve bitişindeki bir kömür madeninin inşasına ilişkin fizibilite çalışması yapma yetkisi verildi. PSEG ile Türkiye arasında “Uygulama Sözleşmesi” ve “İmtiyaz Sözleşmesi” imzalandı. Ancak daha sonra taraflar arasında sözleşmenin akdedilip akdedilmediği konusunda anlaşmazlık çıktı. İmtiyaz sözleşmesi, temel ticari şartlar hakkında nihai bir anlaşma içermiyordu. Ayrıca taraflar, projenin hayata geçirilmesinde kurumsal yapıyı önemli kılan bir unsur olan ‘vergisel sonuçlar’ konusunda anlaşmaya varamadılar.

Tüm bu olaylar yaşanırken Mart 2001’de 4628 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesiyle birlikte yasal çerçevede de değişiklik yapılmış ve Başvurucuların, proje için hazine garantisi alma ihtimalleri ortadan kalkmıştır. (Ancak kanunun ilgili hükmü Mart 2002’de Yargıtay tarafından iptal edilmiştir.)

Başvurucuya göre tüm bu olaylar, Türkiye tarafından Başvurucunun yatırımını yok etme niyeti taşımaktaydı. PSEG’in önerdiği kömür madeni ve elektrik santralinin inşaatı hiçbir zaman başlamamış olsa da, şirket 1990’ların sonlarında ilk fizibilite çalışması, takip çalışmaları ve devlet kurumlarıyla yapılan birkaç tur müzakere için milyonlarca dolar harcadı.

2001 yılının başlarında, taraflar santral kapasitesi ve enerji tarifeleri gibi temel konulardaki müzakereleri bir türlü sonuçlanamayınca ve 4628 sayılı kanunun yürürlüğe girmesine takriben PSEG, Türkiye’nin ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*) kurallarını çeşitli nedenlerle ihlal ettiğini öne sürerek Türkiye-ABD İkili Yatırım Anlaşmaları kapsamında ICSID işlemlerini başlattı. Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, müzakerelerin uygunsuz yürütülmesi ve yasal çerçevenin sözleşmeye aykırı olarak değiştirilmesi gibi sebepleri ileri sürdü. PSEG, Türkiye’nin adil ve hakkaniyetli muamele ile tam koruma ve güvenlik sağlamadığını, keyfi ve ayrımcı tedbirlerle yatırımın idamesini, kullanımını ve yararlandırılmasını engellediğini, Yatırım Tahkim’inde “*umbrella clause*” maddesine uymadığını ve yatırımı dolaylı olarak

kamulaştırdığını savundu. PSEG, Türkiye’den 3 farklı yöntemden biriyle hesaplanacak (yatırımın adil piyasa değeri, gelecekteki yoksun kalınan müstakbel karların toplamı veya asgari olarak yaptığı gerçek yatırımların bedelini)tazminat talep etti.

ICSID Hakem Heyeti, Türkiye'nin adil ve hakkaniyetli muamele yükümlülüğünü ihlal ettiğini tespit etti, ancak diğer tüm iddiaları reddetti. Ödenecek tazminatı belirlerken, ICSID Hakem Heyeti “adil piyasa değeri” standardını, kamulaştırma bulunmadığı ve üretken varlıklara herhangi bir zarar gelmediği için reddetmiştir. ICSID Hakem Heyeti ayrıca, PSEG'nin gelecekteki kâr kaybı iddiasını da, kar ve performansa ilişkin yerleşik bir kayıt olmadığı için reddetti. ICSID Hakem Heyeti, ICSID tahkiminde gerçek Başvurucular tarafından üstlenilmeyen bazı masraflar düšüldükten sonra, projeye yatırdığı tutarı PSEG'e vermeye karar verdi. ICSID Hakem Heyeti ayrıca Türkiye'nin toplam tahkim masraflarının ve avukatlık ücretlerinin %65'ini ödemesine hükmetti.

I. TARİHSEL GELİŞİM

1980'lerde artan enerji talepleri nedeniyle Türkiye, enerji sektörünü serbestleştirmeye ve yabancı yatırımları çekmeye çalışmıştı. Bu amaçla, şirketlere yap-işlet-devret (YİD) sözleşmeleri teklif eden ve şirketlere enerji üretim santralleri inşa etme ve daha sonra devlete devretmeden önce işletme imtiyazları tanıyan bir yasa çıkardı. YİD yaklaşımı, Devlete ait Türkiye Elektrik Üretim ve İletim A.Ş.'den (TEAŞ) uzun vadeli enerji alım garantilerinin yanı sıra Hazine garantilerini içeriyordu.

1991 yılında bir ABD şirketi olan PSEG, Türkiye'nin Konya ilinde kömürle çalışan bir elektrik santralının inşası için bir fizibilite çalışması yapmak için başvurdu ve izin aldı. Teklifte, tesisin yakıtını sağlayacak bir linyit madeninin geliştirilmesi de öngörülüyordu. Fizibilite Çalışması, belirli parametrelere sahip ve 38 yıllık işletme süresi olan bir tesisi ele aldı. Projenin Devlet Planlama Teşkilatı tarafından onaylanması ile bu planlar, 1996 yılı Ağustos ayında taraflarca imzalanan bir Uygulama Sözleşmesine dahil edilmiştir.

Uygulama Sözleşmesi ayrıca PSEG ile TEAŞ arasında Uzun Vadeli Enerji Satış Anlaşması ve Hazine garantisinden yararlanacak proje olarak tasarlandı. Danıştay, Mart 1998'de İmtiyaz Sözleşmesi şeklinde Uygulama Sözleşmesini onayladı. Proje varlığının kurumsal yapısı üzerinde uzun süren müzakerelerden sonra, projeyi uygulamak üzere Konya Ilgın Ltd. Türkiye'de kuruldu.

Uygulama Sözleşmesi, PSEG'nin kömür madeni ile ilgili ek çalışmalar yapmasına ve gerekirse, kömür üretimi ve elektrik üretim maliyetlerindeki herhangi bir maliyet artışını yansıtan revize edilmiş bir enerji tarifesi öneren bir Revize Maden Planı sunmasına izin verdi. Kuzey Amerika Kömür Şirketi (NACC)², PSEG'e projenin madencilik yönleriyle yardımcı oldu ve sonuç olarak, yatırımcının fizibilite çalışmasından elde ettiği orijinal hesaplamalar, öngörülen maliyet artışlarının yanı sıra vergi sonuçlarında beklenen değişiklikler nedeniyle öngörülen maliyetler önemli ölçüde artırdı. Akabinde PSEG, Aralık 1997'de, tesisin üretim kapasitesini artırarak artan maliyetleri dengelemeyi öneren revize edilmiş bir Maden Planını sundu.

Taraflar, revize edilen şartlar üzerinde bir anlaşmaya varamadan, müzakereler başladı. PSEG ile Türkiye Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı (ETKB) arasındaki müzakereler sırasındaki temel sorun, santralin kapasitesi ve enerji için uygulanacak tarifeler konusunda anlaşmaya varılmasıydı. Temel atma töreni dışında herhangi bir maden işletmesi yapılmadı ve inşaa başlanmadı. Bu arada, Mart 2001'de 4628 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle yasal çerçevede de değişiklik yapılmıştır. Bu kanunun 8(1) maddesi yatırımcıların Hazine garantisi alma olasılığını ortadan kaldırmıştır. Ancak 4628 sayılı Kanunun bu hükmü, Mart 2002'de Yargıtay tarafından geçersiz kılınmıştır.

2001 yılının başlarında, taraflar santral kapasitesi ve tarifeler gibi kilit konulardaki müzakerelerde çıkmaza girince ve 4628 sayılı Kanun'un (PSEG) yürürlüğe girmesinin ardından, proje şirketi ve NACC, Türkiye'nin Sözleşmede yer alan çeşitli korumaları ihlal ettiğini iddia ederek ICSID tahkimine başvurdu. PSEG, Türkiye'nin adil ve hakkaniyetli muamele yapmadığını, tam koruma ve güvenlik sağlamadığını, keyfî ve ayrımcı tedbirlerle yatırımın idamesini, kullanımını ve yararlanılmasını engellediğini; yatırımın korunmasına ilişkin yükümlülükleri yerine getirmedeğini savundu. Tüm bu iddialar doğrultusunda PSEG, Türkiye'den tazminat talep etmiş ve tazminatın değerlendirilmesi için üç alternatif yaklaşım ortaya koymuştur: Adil piyasa değeri, kayıp kar değerlemesi ve proje sponsorları tarafından fiilen yapılan yatırımlar.

² Esasa ilişkin karardan önce, heyet, Türkiye'nin yargı yetkisine yönelik itirazlarının çoğunu reddetmiş ancak Türkiye'nin PSEG'in ortak Başvurucularından biri olan NACC'nin "yatırımcı" olmadığı yönündeki iddiasını onaylamış ve 4 Haziran 2004 tarihli yargı yetkisi kararı vermiştir. NACC bu nedenle daha sonraki işlemlerden hariç tutulmuştur.

II. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Uygulanabilir mevzuata bakıldığında; “Turkey-US Bileteral Investment Treaties(Türkiye-ABD İkili Yatırım Anlaşmaları), Uluslararası Hukuk, Türk mevzuu hukuku” olduğu görülecektir.

A. Adil ve Hakkaniyetli Davranma Yükümlülüğü Açısından Değerlendirilmesi

ICSID Hakem Heyeti, yaptığı değerlendirmede “adil ve hakkaniyetli muamele” standardının ihlal edildiğine dair birkaç vaka tespit etti. İlk olarak ICSID Hakem Heyeti, Başvurucularla müzakerelerin yürütülmesi konusunda İdare'nin bariz ihmaline işaret etti. ICSID Hakem Heyeti, Türk idari makamlarının, Başvurucular tarafından ek maliyetlere yol açan ve Türkiye'nin Başvurucularla profesyonel ve yetkin bir şekilde müzakereleri yürütememesine yol açan mazur görülemez sessizliklere, gecikmelere ve tutarsızlıklara işaret etti. İkinci olarak, ICSID Hakem Heyeti, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın elektrik için tahsil edilecek tarifelerle ilgili olanlar da dahil olmak üzere, sözleşme şartlarının tam teşekküllü bir yeniden müzakeresini başlatmaya çalıştığına, yetkinin kötüye kullanıldığına karar verdi. Keza bu husus Bakanlığın yasal yetki sınırlarının dışında kalmaktaydı. ICSID Hakem Heyetinin yasama ortamındaki sürekli değişikliklerin "*roller-coaster*" etkisi olarak kabul ettiği şeyle ilgili olarak FET³ standardının üçüncü bir anlaşma ihlali bulundu. Gerçekten de ICSID Hakem Heyeti, "değişmeye devam edenin yalnızca yasa değil, özellikle yönetimin tutum ve politikaları olduğunu" kaydetti. ICSID Hakem Heyetinin görüşüne göre, bu tür değişiklikler, ev sahibi devletlerin "yatırımcıların faaliyet gösterebileceği istikrarlı ve öngörülebilir bir iş ortamı" sağlamasını zorunlu kılan FET yükümlülüğüne aykırıydı.

B. Tam Koruma ve Güvenlik Yükümlülüğü Açısından Değerlendirilmesi

ICSID Hakem Heyeti, tam koruma ve güvenlik yükümlülüğü konusunda kişilerin ve tesislerin fiziksel güvenliğini referans almıştır. Sadece bazı istisnai durumlarda yasadaki değişikliklerin veya idari işlemlerin yatırım üzerindeki olumsuz etkileri söz konusu yükümlülüğün ihlali sonucunu doğurabilmektedir. Oysa dava konusu olayda fiziksel bir emniyet ve güvenlik sorunu olmadığı gibi, CME'de olduğu gibi daha geniş kapsamın

³ FET: Fair and Equitable Treatment (Adil ve Eşit Davranma Yükümlülüğü)

uygulanmasını haklı çıkaran herhangi bir istisnai durum olmadığından ICSID Hakem Heyeti, tam koruma ve güvenlik yükümlülüğünün ihlal edilmediğini tespit etmiştir.

C. Keyfilik ve Ayrımcılık Yasağı Kapsamında Değerlendirilmesi

Türkiye ile ABD arasındaki “İkili Yatırım Anlaşması”nın 2.maddesinin 3.fıkrasında “yatırımın yönetimini, işletilmesini, bakımını, kullanımını, yararlanımını, genişletilmesini veya elden çıkarılmasını” engelleyen keyfi ve ayrımcı önlemlere karşı koruma sağlanmıştır. ICSID Hakem Heyeti, yaptığı değerlendirmede Türk makamlarının hatalı uygulamalarının “adil ve hakkaniyetli davranma yükümlülüğü”nün ihlali kapsamına girdiğini, dolayısıyla da keyfilik nedeniyle ayrı bir sorumluluk başlığı açılmasına gerek olmadığı kanaatine varmıştır. Ayrıca ICSID Hakem Heyeti yaptığı değerlendirmede makro-ekonomik politikadaki değişikliklerin bir bütün olarak ekonomiyi ilgilendirmesinden dolayı herhangi bir ayrımcılık kanıtı bulamamıştır.

D. “Umbrella Clause” Maddesi Bakımından Değerlendirilmesi

ICSID Hakem Heyeti, sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerin esaslı bir şekilde ihlal edilmediğini tespit etti ve böyle bir ihlalin olmaması durumunda, BIT(Türkiye-ABD İkili Yatırım Anlaşması) “umbrella clause” maddesinin ihlal edilip edilmediğine karar vermeyi gereksiz gördü.

E. PSEG’in Dolaylı Kamulaştırma İddiasının Değerlendirilmesi

ICSID Hakem Heyeti, dolaylı kamulaştırmanın gerçekleşmesi için “yatırımcının yatırımın kontrolünden, şirketin günlük operasyonlarının yönetiminden bir tür mahrumiyetin olması gerektiğine karar verdi. Yani kar dağıtımını engelleyen, memur ve yöneticilerin atanmasına müdahale eden veya şirketin mülkiyetinden ya da kontrolünden tamamen ya da kısmen mahrum bırakan bir yönetimin varlığını gerekli görmüştür. Her ne kadar ICSID Hakem Heyeti, Türk hükümetinin hatalı uygulamaları olsa da, bu uygulamaların dolaylı kamulaştırma sonucunu doğurmayacağına karar vermiştir.

F. PSEG’in Uğradığı Zarar İddiası ve Tazminat Taleplerinin Değerlendirilmesi

Başvurucu, uğradığı kayıpların tazmini konusunda 3 farklı alternatif öne sürmüştür;

1. Adil Piyasa Değeri

Yatırımlarında kamulaştırma olduğu varsayımıyla, Başvurucular yatırımlarını kamulaştırma tarihi itibarıyla 114.951 milyon ABD Doları olarak değerlendirmiştir. Başvurucular, kamulaştırma tarihinin 3 Mart 2001 olarak kabul edileceğini ileri sürmüşlerdir. Başvurucuların Hazine garantisini alma olasılığını ortadan kaldıran Elektrik Piyasası Kanununun yürürlüğe girdiği tarih adil piyasa değerinin tespit edilmesinde referans olarak kabul edilmiştir.

2. Kâr Kaybı

Başvurucular, İmtiyaz Sözleşmesi kapsamında elde edecekleri kâr olarak toplam 223.742 milyon ABD Doları talep ettiler. Başvurucular, kârlarla ilgili kesinliğin, projenin teknik ve mali olarak uygulanabilir olmasından ve her yıl TEAŞ'a "alıcı-ödeme" esasına göre, belirli bir tarife üzerinden satılacak asgari bir elektriğin kabul edilmesinden kaynaklandığını ileri sürdüler. Bu hesaplamada "Oranlı-Hazine Garantili Tarife" nin referans alınması gerektiğini savundular.

3. Yatırım Miktarı

Başvurucular, en azından, sponsorları tarafından proje Şirketine yapılan yatırımı telafi etmeye çalıştılar. Bu maliyetler beş ana kategoride gruplandırılmıştır: yasal; maden ve yakıt temini; diğer teknik çalışmalar; çevresel; ve proje hazırlama.

ICSID Hakem Heyeti, Başvurucunun ileri sürdüğü 3 farklı alternatif hesaplama yöntemini de inceledi ve sonuç olarak "Gerçek Yatırım Miktarı" na göre tazminatın hesaplanmasına karar verdi.

ICSID Hakem Heyeti, yaklaşımını gerekçelendirmeksizin, uygun zarar ölçüsünün, Başvurucuların Projenin teknik ve yasal yönlerinin hazırlanması ve müzakeresi sırasında maruz kaldığı yatırım harcamalarının tazmini olacağına karar verdi. Davalı, madencilik yapılmadığı ve tesisin inşasına bile başlanmadığı için masrafların tazminine itiraz etmiştir. ICSID Hakem Heyeti, bu argümanı şu gerekçeyle reddetmiştir: "Bir yatırım, inşaat aşamasına gelmeden önce, yatırım öncesi harcamalarla bağlantılı olsa bile, en önemlisi müzakerelerin maliyeti ve Projenin gerçekleşmesine yol açan diğer hazırlık çalışmaları dahil olmak üzere birçok şekilde olabilir. Özellikle, bu durumda olduğu gibi, taraflar arasında usulüne uygun olarak yürütülen geçerli ve bağlayıcı bir Sözleşme varsa." ICSID Hakem Heyeti, Fizibilite Çalışmasının hazırlanmasını bir

bitiş anı olarak seçti: o zamandan önce yapılan harcamalar, “yatırım öncesi” harcamalar olarak görülmesi gerektiği için tazmin edilemezdi⁴.

ICSID Hakem Heyeti, Türkiye'nin PSEG'e ödeyeceği tazminatın miktarını şu şekilde hesaplamıştır; Başvurucuların uzmanı tarafından tahmin edilen harcama tutarını (11.467.668 ABD Doları) “sağlam bir temel” ve tazminatın hesaplanması için başlangıç noktası olarak kullanmıştır⁵. Bu masraflar aslında PSEG'in proje ortakları NACC ve Güriş tarafından üstlenildiği için ICSID Hakem Heyeti bu miktardan 3.317 milyon ABD Doları kesinti yapmıştır. ICSID Hakem Heyeti, tahkim yargılamasına taraf olmadıkları için bu kuruluşlar tarafından yapılan yatırım harcamalarına ilişkin olarak tazminat ödenemeyeceğine karar verdi⁶. ICSID Hakem Heyeti ayrıca, bu harcamalar Fizibilite Raporunun hazırlanmasından önce yapılmış olduğundan ve dolayısıyla yatırım öncesi giderler olarak değerlendirilmesi gerektiğinden 94,126 ABD Doları tutarında bir kesinti yapmıştır⁷. ICSID Hakem Heyeti ayrıca, Başvurucuların Amerikan-Türk Konseyi'ne katılımı için katlanılan 21.730 ABD Dolarını da mahsup etti, çünkü bunlar “doğrudan proje geliştirme ile ilgili bir maliyet” değildi. ICSID Hakem Heyeti ayrıca, Güriş'in olası yolsuzluk uygulamaları nedeniyle soruşturulan Şirketle ilgili bir davada maruz kaldığı yasal masrafları da (67,234 ABD Doları) aynı nedenle ve Güriş'in tahkime taraf olmaması nedeniyle mahsup etmiştir⁸. ICSID Hakem Heyeti, Davalı'nın iddia edilen kamulaştırma tarihinden sonra yapılan harcamaların miktarına göre tazminatın azaltılmasına yönelik diğer taleplerini özet bir şekilde reddetmiştir⁹. ICSID Hakem Heyeti, toplam tazminatı 9.061.479.34 ABD Doları olarak belirledi.

ICSID Hakem Heyeti, her ne kadar Başvurucular parasal taleplerinin büyük bir kısmında haklı görülme de, Türkiye'nin bazı anlaşma ihlalleri nedeniyle yargı yetkisi ve sorumluluk konusunda galip geldikleri kanaatine varmıştır. Adaletin sağlanması için tahkim başlatılması ve bu amaçla masraf yapılması zaruri hale gelmiştir. ICSID Hakem Heyeti bu masrafların %65'ini Türkiye'ye, %35'ini Başvuruculara yüklemiştir.

⁴ Bu bulgu, heyetin daha önceki bir gözlemleriyle (paragraf 304), bu yatırımın giderler “yatırım öncesi harcamaları” da içerebilir.

⁵ PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ilgın Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, Paragraf 321. < <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0695.pdf> > Erişim Tarihi: 12.11.2022.

⁶ ICSID Case No. ARB/02/5, Paragraf 322-326.

⁷ ICSID Case No. ARB/02/5, Paragraf 327-328.

⁸ ICSID Case No. ARB/02/5, Paragraf 334-336.

⁹ ICSID Case No. ARB/02/5, Paragraf 327-329.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

ICSID Hakem Heyeti, PSEG'in Türkiye'ye yönelttiği tazminat talebi konusunda hesaplama yöntemini seçerken "Adil Piyasa Değeri Yöntemi"nin yalnızca kamulaştırma davalarında ve kamulaştırma dışında bazı istisnai durumlarda kullanılacağından bahisle net bir gerekçe de göstermesizin bu yöntemi reddetmiştir. Ancak ICSID Hakem Heyetinin tam olarak açık olmayan bu yaklaşımına henüz üretim aşamasında olmayan bir yatırımın da piyasa değeri olabileceği yönünde eleştiriler gelmiştir.

Ayrıca ICSID Hakem Heyeti, "Kar Kaybı Yöntemi"nin gelecekteki karları, belirsiz ve spekülatif olarak nitelendirmiş ve bu nedenle de bu hesaplamayı yapmayı reddetmiştir. ICSID Hakem Heyetinin bu yaklaşımı sorumluluk ve inisiyatif almaktan kaçınmak olarak değerlendirilebilir.

ICSID Hakem Heyetinin tercih ettiği "Fiili Yatırım Miktarı Yöntemi"nde yatırım projesine ilişkin giderler, proje gerçekleşme bile tazmin edilecektir. Yatırımcı ortaklarının projeye yaptığı harcamalar tazminattan mahsup edilmiştir.

ICSID Hakem Heyeti, hükmedilen miktar üzerinden vergilerin gelecekte ödenmesini hesaba katmak için tazminat miktarının artırılması gerekip gerekmediği meselesinden kaçındı. Faizin hangi tarihten itibaren ödeneceği belirlenirken, yapılan belirli harcamaların belirli tarihlerini kullanmak, çok hantal hesaplamalara neden olacağından, uygulanabilir değildi. 7 yıllık bir dönemde telafi edilebilir giderlerin yapıldığı ortalama bir tarih seçmek yeni ve pratik bir çözümdür. ICSID Hakem Heyeti, Fizibilite Çalışmasının hazırlanmasını bir kesinti anı olarak seçti: o zamandan önce yapılan harcamalar, "yatırım öncesi harcamalar" olarak değerlendirilmeleri gerektiği için tazmin edilemezdi¹⁰. Bu bulgunun, ICSID Hakem Heyetinin yatırım harcamalarının "yatırım öncesi harcamaları" da içerebileceğine ilişkin daha önceki bir gözlemiyle¹¹ uzlaştırılması oldukça zordur. ICSID Hakem Heyeti ayrıca, yatırım ve yatırım öncesi harcamalar arasında ayırım yapmak için hangi testin benimsenmesi gerektiğini de netleştirmedir. Uygun faiz oranına karar verirken, ICSID Hakem Heyeti, Türk tahvil getirisinin ve ABD Hazine bonolarının kullanılması önerilerini, bu tür menkul kıymetlere yatırımın olanaksız olacağı gerekçesiyle reddetmiştir. Bileşik faiz artı LIBOR oranının %2 üzerinde verilmesi için hiçbir sebep gösterilmemiştir.

¹⁰ ICSID Case No. ARB/02/5, Paragraf 328.

¹¹ ICSID Case No. ARB/02/5, Paragraf 324.

Türkiye'nin ICSID kapsamında davalı olarak yargılandığı ilk dava olması yönünden ciddi öneme sahip olayda, ICSID Hakem Heyetinin “Adil ve Hakkaniyetli Muamele İlkesi” nin ihlal edildiğine dair yaptığı değerlendirme kanaatimizce hukuka uygundur. Zira her ne kadar ülkeler, egemenlik yetkilerinin bir sonucu olarak iç hukuklarında diledikleri revizyonları yapma konusunda serbestiye sahip olsalar da, bu revizyonların yatırımcının yatırımı ortadan kaldıracak ve tabiri caizse yatırımcıya *roller-coaster* etkisi yaratmayacak şekilde olması gerekmektedir. ICSID Hakem Heyetinin, Başvurucunun ileri sürdüğü diğer tüm iddiaları reddetmesi de kanaatimizce hukuka uygundur. Zira dava konusu olayda ortada halihazırda somut bir yatırım ve dolayısıyla üretken varlıkların ziyarı söz konusu olmadığından iddiaların kabulü mümkün değildir.



Adres ve İletişim: Kurtuluş Mahallesi Yargı Sokak No:20
Odunpazarı/ESKİŞEHİR · 0 222 240 14 00 · bilgi@eskisehirbarosu.org.tr.